

Las nuevas tendencias en el Derecho Contractual y la Legislación Peruana (*)

INTRODUCCION

SUMARIO 1.—La teoría de los contratos y la crisis del Derecho. 2.—Los estudios de Josserand sobre las transformaciones del derecho contractual. 3.—Plan del trabajo.

I.—LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS Y LA CRISIS DEL DERECHO.
—Es indudable que un nuevo estado jurídico, creado por la realidad misma de la vida, tiende a imponerse en el derecho contractual. El desequilibrio económico y la inquietud social resultantes de la primera guerra mundial, han sacado de su pretendida inmutabilidad a la teoría de los contratos, imprimiéndole una intensa fermentación.

Esta evolución no es, por lo demás, sino un aspecto de un movimiento de más remotos antecedentes y de mucha más grande envergadura, que abraza al Derecho en todas sus ramas, y en el que se discierne la aparición de un orden jurídico nuevo, cuya característica dominante la constituye el auge del punto de vista social sobre el punto de vista individual.

Dentro de este proceso general de socialización se encuentran singularmente afectados los dos grandes principios del derecho civil: la propiedad individual y la soberanía del contrato. Y si se considera que la estabilidad de los contratos es uno de los fundamentos de la convivencia social, no se puede perma-

(*) Tesis para el doctorado en Derecho..

necer indiferente ante las mutaciones que experimenta aquel principio.

El contrato basado en el libre acuerdo de las voluntades y llegado al estado de perfeccionamiento de que es expresión el art. 1328 del Código Civil, constituye, ciertamente, una de las conquistas más preciosas de la humanidad. La vida social se resuelve en una infinidad de contratos, simples o solemnes, escritos o verbales, expresos o tácitos. Instrumento de cambio flexible y perfecto, el contrato desarrolla en el hombre el sentido de la responsabilidad, corolario de la libertad. Summer Maine decía, por eso, que el progreso de una civilización se mide por el lugar que ocupa el contrato en las relaciones humanas.

El legislador que—como lo apunta Stammmler en su “Génesis del Derecho”—no hace brotar la materia del derecho positivo por la virtud de su arbitrio soberano, viene procurando elaborar fórmulas jurídicas para corregir el desarreglo de los estados sociales. Los efectos de la pavorosa conflagración que otra vez conmueve al mundo exigirán, sin duda, nuevas adaptaciones de la técnica del derecho privado a las transformaciones de los hechos.

Atentos a la evolución del derecho, en cuanto refleja los cambios que se operan en la vida social y económica contemporánea, intentamos analizar en este trabajo las manifestaciones de las recientes tendencias en el régimen de los contratos, tanto en el derecho comparado como en el nacional, con la pretensión de situar nuestra realidad jurídica en materia contractual, dentro del movimiento de ideas que marcan la legislación y la jurisprudencia, en algunos de los países más representativos de ese proceso. Nos proponemos hacer un estudio principalmente objetivo, aunque animados también por un espíritu de buscar soluciones capaces de conciliar los principios fundamentales de la libertad y de la fuerza obligatoria del vínculo contractual, con el legítimo cuidado de evitar que su aplicación muy rígida hiera en exceso la vieja regla de la equidad, sin el respeto de la cual no hay verdadera justicia.

2.—LOS ESTUDIOS DE JOSSEERAND SOBRE LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO CONTRACTUAL.—Louis Josserand, el eminente Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon, se ha preocupado como ningún otro juriconsulto, de los diversos aspectos de la transformación del derecho de los contratos. En una serie de artículos de la más alta importancia,

que la crítica universal ha recibido con vivo interés, Josserand expone con su característica nitidez y con una extraordinaria riqueza de pensamiento, las mutaciones que se producen en el campo contractual, revelándonos nuevos horizontes que vamos a tratar de escrutar.

En un primer ensayo aparecido en 1933, (1) resume Josserand su análisis de las perturbaciones por las que pasa actualmente el derecho de los contratos, en este rasgo sintético: el fenómeno del dirigismo. El vocablo ha hecho pues fortuna, trascendiendo del cuadro económico al jurídico. Sirve para denotar, en la vida de los contratos, el creciente intervencionismo del poder público, representado por el legislador y por el juez, no sólo para proteger a la parte más débil al tiempo de la formación del contrato, sino también para modificar sus efectos, a despecho del principio de su fuerza obligatoria.

Pareció durante mucho tiempo un dogma indiscutible, que no era dado a los jueces ni al legislador alterar las obligaciones estipuladas por las partes. Mas, por virtud de la extensión dada a principios superiores como el del interés social, el de la buena fe, el de la equidad, así como por efecto de la penetración de la teoría que la doctrina ha denominado de la imprevisión, es hoy un hecho cada vez más patente el de la intromisión de los poderes públicos en la vida de los contratos. La fuente de este fenómeno jurídico, en el que algunos quieren ver la desintegración del régimen contractual, la encuentra Josserand en causas de orden político y, principalmente, de orden económico.

Distingue el profesor francés tres fases, en cuanto a las fuentes diversas de las que el derecho ha extraído sus inspiraciones y su substancia: la era religiosa, el período moral y el estadio económico. El derecho estaría viviendo bajo la tiranía implacable de los hechos económicos. Con la acumulación de capitales y la concentración de empresas, han cambiado la figura y la personalidad de los contratantes. Grupos poderosos, empresas gigantes, elaboran textos y convenciones del mismo modo que el legislador dicta leyes. La libertad contractual no funciona sino en provecho del más fuerte. "A la igualdad teórica, en adelante quebrantada por los hechos, precisaba substituir la igualdad efectiva instituyendo una política de reglamentación y de intervencionismo. Los fenómenos económicos han deter-

(1) L. Josserand.—*Le contrat dirigé*. — París — Dalloz, Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence, 2 novembre 1933.

minado una verdadera transfiguración de los contratos, que fatalmente tenía que repercutir sobre lo jurídico. Han hecho ineluctable un cambio en la configuración de los contratos, a expensas de los principios de libertad y de autonomía de las voluntades que constituían antes la atmósfera y el alma misma del contrato". (2).

Es así como un régimen de reglamentación, de proteccionismo, se instala sobre las ruinas de un sistema de libre cambio que ya no responde a las necesidades ni a las ideas de una comunidad que se ha vuelto más social. El derecho contractual se hace cada vez más público: el *negotium juris* de los romanos ha llegado a ser un negocio privado a la par que público, y la libertad ha cesado de ser el principio regulador de los contratos. Esta comprobación no solamente es aplicable al derecho contractual. Vale para todos los derechos: patria potestad, autoridad marital, derecho de propiedad, etc. Cumpliéndose la fórmula y el deseo de Cosentini, los códigos de puro derecho privado se transforman en códigos de derecho privado social, y la antigua demarcación entre el derecho público y derecho privado está en vías de desvanecerse.

Asistimos también a un desenvolvimiento cuantitativo a la vez que cualitativo, del contrato. Cuantitativo, porque los contratos son cada día más numerosos y diversos. No solamente los contratos antiguos se utilizan con mayor frecuencia que antes por efecto de la intensificación del comercio entre los hombres, sino que nuevas formas de contratos han aparecido en los hechos.

El desenvolvimiento que se opera es asimismo cualitativo, en el doble sentido de que se enriquece el contenido obligatorio de los contratos y se extiende su radio de acción.

El enriquecimiento de la substancia contractual se manifiesta en las obligaciones que la jurisprudencia hace surgir de ciertos contratos, especialmente esa obligación de seguridad, atribuida por los tribunales franceses al contrato de transporte de personas o a las relaciones de ciertos empresarios con sus clientes.

El radio de acción de algunos contratos se extiende considerablemente. Del primitivo contrato inoperante respecto de terceros, se ha llegado a los contratos colectivos, cuyos efectos

(2) L. Jossierand. — *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*. — Rev. Trim. de Droit Civil. — París, 1937, No. 1, pág. 4.

se imponen tanto a quienes los celebran, como a personas que han permanecido extrañas a ellos y que puedan hasta haberles sido hostiles.

En su ensayo titulado "Un ordre juridique nouveau", publicado en 1937, (3) Josserand intenta emitir un juicio de valor sobre los resultados de las nuevas concepciones jurídico-económicas del derecho de los contratos, para lo que establece una especie de balance de la situación, en cuyo activo y como elementos beneficiosos, reconoce los siguientes hechos: el enriquecimiento de la gama contractual, que comporta ese cúmulo de contratos *modern style*, tales las convenciones colectivas y otras categorías en pleno desarrollo, como los contratos de adhesión; las medidas para proteger al más débil contra el más fuerte en el momento de la formación del contrato; el esfuerzo para restablecer el equilibrio económico injustamente roto entre dos patrimonios, sea por la acción de *in rem verso* que sanciona el enriquecimiento sin causa y que se desarrolla paralelamente a esta teoría, sea también por la rescisión o la revisión de los contratos lesivos. Incluye, asimismo, en el activo de la tesis económica y solidarista, la ampliación de la responsabilidad contractual, obtenida en gran parte por su obtención.

Como contrapartida, anota Josserand que debido a su enlace con la coyuntura económica, el derecho ha perdido sus condiciones de estabilidad, haciéndose caprichoso, movedizo y fugitivo, transformándose a merced de las necesidades económicas; el contrato ha dejado ser *vinculum*, y desaparecen sus originarias condiciones de duración y seguridad; lo que ayer era lícito, hoy resulta condenable y mañana vuelve a ser correcto. Al lado de este "crepúsculo de la fuerza obligatoria de los contratos" surgen otros graves peligros a juicio del profesor de Lyon: el derecho se *amoraliza*, es decir, se hace neutro desde el punto de vista moral. "El deudor puede faltar a sus compromisos—dice Josserand—bajo el ojo indiferente, cuando nó estimulante, de los poderes públicos. Así como un día se apartó el derecho de las leyes divinas hoy se aleja visiblemente de la ley moral. Las leyes que consagran la decadencia de la fuerza obligatoria del contrato pagarán el más pesado tributo que jamás haya sido pagado por el derecho".

(3) L. Josserand. — Un ordre juridique nouveau. — Dalloz. — Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence. — 10 juin 1937.

No empero estas expresiones y a pesar de la severidad con que condena los excesos de la intromisión de los poderes públicos en la vida de los contratos, Josserand no se alinea con los jurisconsultos pesimistas—Planiol, Ripert, Capitant—que proclaman con pesar la decadencia, la degeneración y hasta la muerte del concepto contractual. Josserand considera que lo que presentiamos no es el crepúsculo del contrato sino su transformación y renovación. “Al concepto contractual—escribe—del derecho romano, tal como lo habían acogido los redactores de nuestro código civil, sucede un instrumento jurídico muy diferente, que toma sus puntos de apoyo sobre otros postulados que los del derecho tradicional, pero que no por ello deja de estar dotado de una gran vitalidad, y cuyo rol, lejos de ser reducido, será más importante, más cargado de juridicidad que el de su antecesor. A tiempos nuevos, instituciones nuevas. Por la realización de este aforismo de buen sentido se transforma en nuestros días el derecho de los contratos”. (4).

Tales son, en apretada síntesis, los rasgos principales del cuadro que Josserand traza de las transformaciones contemporáneas del derecho contractual. Los ensayos del gran jurista son, seguramente, los más dignos de consideración sobre el espíritu y la dirección de la teoría de los contratos en nuestro tiempo. Pero sus posiciones doctrinales no pueden ser todas aceptadas sin discusión.

La división de la historia del derecho en tres períodos, en cuanto a las fuentes de las normas jurídicas, ha merecido ya la crítica de varios autores. Gaston Morin, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montpellier, en un ensayo aparecido en la “Revue Trimestrielle de Droit Civil” (5) y Eduardo Coutere, uruguayo, en un artículo publicado en la Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, (6) objetan razonablemente la división de la historia del derecho en tres períodos, en cuanto a las fuentes de las normas jurídicas, y esa reducción a la unidad, en cada período, de la complejidad heterogénea del estado social.

En apoyo de su interpretación de la inspiración moral del antiguo derecho, Josserand invoca la prohibición del préstamo

(4) L. Josserand. — *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*. — *Rev. Trim. de Droit Civil*. — Janvier-Mars. 1937, p. 5.

(5) Gaston Morin. — *Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts*. — *Rev. Trim. de Droit Civil*. — Juillet-Septembre 1937.

con intereses. "Pero, observa Morin, uno se da cuenta hoy de que el préstamo a interés, en la edad media, se presentaba bajo la forma del préstamo al consumo y no del crédito a la producción, que es el único que importa al interés económico de la sociedad y el que debe ser alentado".

No puede tampoco aceptarse, sin reservas, la tesis de Josserand sobre el materialismo exclusivo y sobre la amoralización del derecho actual. "¿Podrá decirse acaso—se pregunta Couture—que es la moral la desigualdad y lo amoral, lo neutro en el orden ético, el intento de aproximación, la intención, lograda o no lograda, de disminuir el desnivel y la angustia que las vigorosas coacciones económicas, crean entre los individuos? Si con la pretendida nivelación no se realiza el bien a quienes lo merecen; si la legislación de excepción permite a los grandes peces acogerse al bien que otros merecen, ello se deberá a la técnica, pero no a la esencia, a la razón eficiente del nuevo orden jurídico. Es entonces—admite Couture—que las ideas de Josserand vuelven a ser verdad". (6).

Morin destaca, además, la vasta aplicación que la jurisprudencia contemporánea hace de ciertas teorías, como la del abuso del derecho, la del enriquecimiento indebido, y la de la obligación natural, que denotan la intervención de la moral en el derecho y el cuidado de la justicia.

3.—PLAN DEL TRABAJO.—Estas controversias y preocupaciones son un signo de la agitación de ideas que existe en el campo del derecho contractual. El observador y el crítico experimentan, en realidad, serias dificultades para discernir las verdaderas tendencias y apreciar sus efectos. Los problemas son tan delicados que es imposible resolverlos sin tocar a los fundamentos mismos del orden jurídico. Ciertamente la vida económica y social contemporánea se rebela contra el individualismo puro, fundamento ideológico sobre el cual los jurisconsultos modernos han edificado los conceptos más generales del derecho civil: el de los contratos, y las grandes nociones de la responsabilidad, de la propiedad, del matrimonio.

Nos hemos propuesto analizar en este trabajo esas nuevas corrientes en el derecho de los contratos, descubriendo sus manifestaciones en nuestra realidad jurídica y en el derecho comparado. Los estudios de Josserand nos ofrecen un excelente derro-

(6) Edo. J. Couture. — Espíritu y técnica en el derecho contemporáneo. — Revista del Colegio de Abogados de Bs. Aires. — Nov.-Dic. 1937, pág. 567.

tero para encaminar nuestras investigaciones. Pero en esos estudios, por su misma amplitud y generalidad, se han dejado de lado algunos puntos interesantes que merecen un estudio particular. Atendiendo a unos y otros, creemos que las nuevas tendencias en la teoría de los contratos pueden reducirse a las siguientes:

I.—Decadencia del principio de la autonomía de la voluntad y debilitamiento de la fuerza obligatoria del contrato;

II.—Socialización de las instituciones contractuales, a través de las restricciones impuestas al abolutismo de los derechos subjetivos y de la constitución de un derecho de clase;

III.—Intervencionismo creciente del legislador y del juez en la vida de los contratos, manifestado en los hechos siguientes:

A) En las limitaciones legales a la soberanía de la voluntad en el momento de la formación del contrato (formalismo y fiscalización, prohibiciones contra ciertas cláusulas, fijación *a priori* de determinados elementos del contrato);

B) En el desarrollo de la función judicial en materia contractual; y

C) En la aparición de una legislación de excepción que afecta a los contratos en curso, suspendiendo o modificando sus efectos.

IV.—Limitaciones a la libertad de contratar derivadas de los contratos de adhesión y de la difusión del derecho corporativo y de los acuerdos colectivos;

V.—Penetración de la teoría de la imprevisión y de otros sistemas revisionistas, en la jurisprudencia y en la legislación;

VI.—Tendencia a la especialización contractual y constitución de nuevas categorías contractuales;

VII.—Evolución del principio de la relatividad de los contratos en el sentido de un aumento del dinamismo contractual y de su esfera de alcance; y

VIII.—Desarrollo del contenido obligatorio del contrato.

Comprende esta enunciación cuanto hay de más esencial y característico en las nuevas corrientes del derecho contractual. Casi todas las tendencias apuntadas no son sino manifestaciones de un mismo proceso, a saber: la reducción progresiva del principio de la autonomía de la voluntad.

En los capítulos que siguen desenvolvemos, en su aspecto técnico y en el de sus aplicaciones prácticas, las distintas cuestiones

enumeradas, consagrando el Capítulo Octavo y último al examen de los contratos que se encuentran más afectados en el Perú por la legislación derogatoria del derecho común.

CAPITULO PRIMERO

EVOLUCION TECNICA DEL CONTRATO FUNDADO SOBRE LA DECLARACION DE VOLUNTAD

SUMARIO: 1.—Decadencia del principio de la autonomía de la voluntad. 2.—Debilitamiento del principio de la fuerza obligatoria de los contratos. 3.—Posición del Código Civil peruano.

I.—DECADENCIA DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.—La teoría del contrato en las legislaciones civiles basadas en el orden jurídico salido de la revolución francesa, se funda en dos grandes principios: a) la libertad contractual; y b) la fuerza obligatoria del contrato una vez formado. Ellos resumen todo el contenido de la concepción contractual del Código Civil napoleónico y de los que en él se han inspirado.

La libertad contractual, tal como la entiende el Código francés, es la autonomía de la voluntad de los contratantes, consecuencia de la soberanía individual. Ello implica que todas las cláusulas son libremente determinadas por las partes y que los poderes públicos no intervienen sino para asegurar su fuerza obligatoria.

El principio de la autonomía de la voluntad y de la no intervención del Estado, no reconoce otros límites, dentro de esa concepción tradicional, que la prohibición de los contratos inmorales o contrarios al orden público; la protección de las personas incapaces; o la acción de nulidad permitida al contratante víctima de dolo, error, violencia, o de lesión en ciertos contratos, ya que la ley quiere que la voluntad sea libre y esclarecida. El legislador cuidaba, en suma, de asegurar la libertad contractual, el respeto del orden público y la observancia de la palabra empeñada.

Pues bien; esa "edad de oro" del contrato se halla en riesgo de terminar. La teoría de la autonomía de la voluntad salida

de la revolución francesa y el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, se encuentran hoy minados por la acción simultánea de la doctrina, de la jurisprudencia y de la ley.

La difusión de los llamados contratos de adhesión, en los cuales una de las partes juega un papel preponderante, dirige el contrato, e impone a la otra sus condiciones, significó ya una perturbación de aquel orden jurídico tradicional. Pero por lo menos subsistía en esos contratos la igualdad jurídica, ya que no la igualdad económica.

Mucho más grave es la situación cuando actúa un dirigismo que viene, ya no del interior del contrato, sino del exterior y que persigue sin descanso lo que se ha dado en llamar la socialización o *estatización* del contrato. Es este mucho más destructivo de la autonomía de la voluntad. Los autores socialistas se han encargado de exaltar y de justificar, en distintas formas, esos propósitos.

“La libertad contractual—escribía Rodbertus—no es para la mayoría más que una subordinación perpetua a la voluntad individual de otro, a la voluntad y a la moral de los propietarios; no es sino la esclavitud y la sujeción”.

Para Cosentini, la legislación moderna no puede contentarse con una igualdad de derecho entre las partes contratantes, existiendo una desigualdad de hecho. Propugna, por consiguiente, la transformación de los códigos de puro derecho privado en códigos de derecho privado social. “Existe pues—dice—un sistema de defensa y de garantías por crear, para impedir que los pobres sean despojados por los más ricos, los más inexpertos burlados por los más astutos”. (7).

El Código Civil alemán, entre todos los códigos modernos, parece haber interpretado mejor estas ideas en su minuciosa reglamentación de la declaración de voluntad. La mayor parte de las reglas del Código alemán persiguen el respeto a la voluntad de la ley más que a la voluntad verdadera de las partes y dan a los convenios privados las consecuencias legales que parecen más conformes a los fines de la ley, vale decir, a las exigencias de la equidad, de las buenas costumbres y de la justicia social.

Al ocuparse de esta misma cuestión, escribe Morin: “las reglas de la vida social no derivan ya únicamente de la voluntad

(7) Cosentini Feo. — La reforma de la legislación civil y el proletariado. — Lib. Feo. Beltrán.— Madrid, 1921, pág. 403.

del hombre, sino también de las necesidades colectivas y de las exigencias de la equidad que el juez debe reconocer y consagrar. El estudio objetivo de la evolución jurídica contemporánea demuestra pues la existencia de un derecho, independiente de la voluntad humana, que rige a los gobernantes como a los gobernados, superior a las leyes y a los contratos". (8).

Georges Ripert ve en todo esto los signos de la decadencia de la soberanía del contrato, fenómeno grave, capaz de quebrar la disciplina social. En su libro magistral titulado "*Le régime démocratique et le droit civil moderne*" publicado en 1936 y escrito con cierto sentido de amarga ironía, comprueba que nuestro siglo rechaza la teoría filosófica de la autonomía de la voluntad, que aparece como la manifestación de un individualismo caduco. "El contrato—expresa—resulta tan profundamente rebajado de esta discusión, que nada podrá devolverle su fuerza de antes. Asistimos a una decadencia de la soberanía del contrato. Ella se acentúa en la hora actual". (9).

Reflejando estas corrientes, la noción de orden público sobrepasa la significación moral y política que antes se le atribuía y alcanza al cuadro general de las relaciones económicas y sociales, imponiendo crecientes restricciones a la soberanía de la voluntad. El ordenamiento corporativo del Estado italiano le ha impreso un nuevo sentido a aquella noción, completándola con los conceptos de *orden y solidaridad corporativa*, que el novísimo Código Civil promulgado el 15 de marzo último y que ha comenzado a regir el 21 de abril del corriente año de 1942, (10), erige en límites de la voluntad contractual, a la vez que en principios reguladores de las relaciones jurídicas y de la interpretación de los contratos. Se halla expresado el concepto, en primer lugar, en el art. 31 del Tít. Preliminar, en el que después de señalarse al orden público y a las buenas costumbres como límites de las leyes y de los actos jurídicos, se agrega que es parte integrante del orden público, el *ordenamiento corporativo*. El art. 1332, perteneciente al capítulo de las disposiciones generales sobre los contratos, establece, de otro lado, el alcance de la autonomía contractual, en los términos siguientes:

(8) Gaston Morin. — *La loi et le contrat*. — La décadence de leur souveraineté. — Paris, Lib. Félix Alcan. — 1927, pág. 3.

(9) Georges Ripert. — *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. — Paris, 1936, pág. 270.

(10) Codice Civile — Testo approvato con R. decreto 16 marzo 1942. — 1ª edizione. — La Libreria dello Stato. — Roma, 1942 — XX E. F.

"Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas". El orden y la solidaridad corporativa son llamados a regir, también, el modo de ejecución y la interpretación de los contratos, según los arts. 1175 y 1371 del mismo Código.

2.—DEBILITAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS.—Una inmensa dificultad encierra este problema de la fuerza obligatoria del contrato. Lo encuentra la ley civil cada vez que quiere buscar la extensión del principio de la autonomía de la voluntad, cuando se preocupa de la igualdad que debe reinar entre los contratantes, cuando determina los efectos de la desequivalencia en las prestaciones y afronta el problema de la lesión o, en fin, cuando debe resolver los problemas que se originan con motivo de cambios sobrevenidos con posterioridad a la celebración de un contrato y que tornan su ejecución para una de las partes sumamente difícil u onerosa.

La doctrina de la voluntad soberana y de la fuerza obligatoria del vínculo contractual, tuvo su más enérgica expresión en la fórmula lapidaria del art. 1134 del Código Napoleón: "*Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre los que las han celebrado. Ellas no pueden ser revocadas sino con su consentimiento mutuo, o por las causas que la ley autoriza, y deben ser ejecutadas de buena fé*". Todo se encuentra en esta regla. Desde el *vinculum juris* de las Institutas hasta la equidad que le sirve de medida y que da testimonio del progreso moral de los hombres. Nuestro Código derogado enunciaba principios análogos en sus arts. 1256 a 1258 y agregaba, además, en el art. 1257, que los contratos eran obligatorios no sólo en cuanto se había expresado en ellos, "sino también en lo que sea de equidad o de ley, según su naturaleza".

Dentro de la concepción tradicional, el contrato es, pues, un asunto privado en el que la libertad existe para entrar más no para salir, a menos que estén de acuerdo los contratantes. Las convenciones tienen fuerza de ley entre las partes: *pacta sunt servanda*, decían los juristas de la ciudad antigua. El derecho acuerda toda su protección a las obligaciones nacidas de esas convenciones. Son *vincula juris*. El contrato permite prever y tomar garantías contra las inseguridades del porvenir; es un creador de seguridad. La palabra empeñada no puede poner-

se en tela de juicio; hay en ello una cuestión de índole moral y de honor, común a todos los pueblos civilizados.

La fuerza obligatoria se impone igualmente al juez, el que carece de derecho de corregir los términos de la convención y sólo está llamado a asegurar su ejecución. Aparte de la facultad de conceder prórrogas de gracia, reconocida al juez en el Código Civil francés (art. 1224) y desconocida por nuestros códigos civiles, así como de algunas excepciones de alcance restringido, simplemente confirmatorias de la regla, la fuerza obligatoria de los contratos no presentaba grietas. Era esa fórmula—según expresión de Josserand—“una de las bases fundamentales del derecho privado, que reposaba en ella como en una roca”. (11).

Ahora bien: esa roca, al decir del mismo autor, se ha vuelto arena movediza. El legislador actual parece que se complaciera en debilitar su autoridad. La tendencia tomó cuerpo durante la primera guerra mundial. El transtorno de las condiciones normales de la vida económica y social y la necesidad, en los países beligerantes, de subordinar todo a la defensa de la patria, pudo entonces explicar el fenómeno. Se contaba con que al llegar la paz se restablecería el imperio del derecho común. Pero la paz sobrevino con un cortejo de problemas casi tan graves como los de la guerra, que han acentuado y extendido el fenómeno de que nos ocupamos. El mundo vive desde entonces bajo el régimen de una legislación de emergencia, transitoria, pero que tiende a hacerse permanente, y que deroga o mantiene en suspenso muchos principios del derecho común, en un afán de corregir las situaciones producidas por la crisis. Ya nadie se sorprende hoy con las leyes que acuerdan prórrogas o moratorias a los deudores, que suspenden las acciones judiciales, que instituyen la revisión o modificación de las convenciones regularmente concluidas entre las partes, que enervan, en suma, la fuerza obligatoria del contrato. Al favor de esta legislación y por la acción concurrente de la jurisprudencia, la teoría de la imprevisión gana terreno, bajo diversos ropajes, en todas partes.

Un sector de la doctrina, el de los jurisconsultos del tipo de Planiol, aferrados a los postulados de la escuela clásica, ve con inquietud los avances de lo que Capitant llama “el régimen

(11) L. Josserand. — *Aperçu général des tendances actuelles*, etc. — *Rev. Trim. de Droit Civil*. — Paris — Janvier Mars, 1937, pág. 18.

de la violación de los contratos". Empero, muchos de ellos, en nombre de la equidad, convienen en ciertas derogaciones a la inflexibilidad de la ley contractual. El insigne Pothier, precursor de tantas novedades de nuestro tiempo propugnaba, hace más de siglo y medio, que el juez pudiera reducir y moderar las penas excesivas, "porque es contra la naturaleza de esta cláusula que pueda ser llevada más allá de los límites que la ley prescribe a los daños y perjuicios. El deudor acepta en la falsa confianza de que no faltará a su obligación, y cree no comprometerse a nada sometiéndose a la cláusula penal" (12). Asociándose a este criterio, Colin y Capitant preconizaban la admisión de la regla de los códigos alemán y suizo de obligaciones, que nuestro Código ha incorporado en el art. 1227, y según la cual el juez puede reducir equitativamente la pena.

Gaston Morin, con ser también un jurisconsulto de filiación clásica, pertenece al grupo de los que más se emancipan de los viejos moldes. A sus ojos, Josserand pasa por ser un rigorista, y cree que conviene atemperar un poco el principio de la fuerza obligatoria del contrato. "Sin duda—dice—no se puede ser libre de no cumplir o matener la promesa y de romper el contrato por voluntad unilateral. Pero ¿sería contrario a la moral reconocer a la autoridad social el poder de desligar en ciertos casos muy graves? Un derecho en el que precisamente las consideraciones morales juegan un gran rol, el derecho canónico, subordina la fuerza obligatoria del contrato, lo mismo que la libertad contractual, a la justicia. Puede haber injusticia en la ejecución del contrato, una injusticia post-contractual resultante de un transtorno extraordinario e imprevisible del valor de las prestaciones recíprocas. Entonces se subentiende en los contratos la cláusula *rebus sic stantibus* que permite la revisión del contrato". (13).

Santo Tomás de Aquino admitía, efectivamente, que aquel que no había hecho lo que tenía prometido podía ser excusado "si las condiciones de la persona habían cambiado". Se sabe que los glosadores desarrollaron la idea y subordinaron la fuerza obligatoria del contrato al mantenimiento del estado de hecho.

Ripert, por su parte, se pregunta si no será preciso buscar

(12) Cita de Gaston Roussel. — Le contrat. — De l'intervention du juge et du législateur dans son exécution. — Paris. — Lib. Gen. de Droit et de Jurisprudence. — 1937, pág. 54.

(13) Gaston Morin. — Les tendances actuelles de la théorie des contrats, etc. — Rev. Trim. de Droit Civil. — París. — Juillet-Septembre, 1937, pág. 557.

la manera de mantener en el contrato la igualdad de las partes y de las prestaciones, para satisfacer el ideal de justicia, si es que el contrato puede servir a la explotación del hombre por el hombre y consagrar el enriquecimiento injusto de uno de los contratantes y la lesión del otro. Pero el mismo autor declara, a continuación, que el hecho de que se planteen estas cuestiones demuestra que la autoridad del contrato está quebrantada, y que este quebrantamiento no puede verse sin inquietud cuando subsiste en el fondo del espíritu la idea de que el respeto a los contratos constituye uno de los principios de la moral. (14).

3.—POSICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO.—El Código Civil de 1936 enuncia la fuerza obligatoria del vínculo contractual en una fórmula menōs rotunda que la del Código anterior y la del Código Napoleón. “*Los contratos son obligatorios—dice el art. 1328—en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*”. Aseveración sin duda, menos absoluta que decir que los contratos tienen “fuerza de ley”.

La fórmula del nuevo Código supera, con todo, a la del antiguo, y puede descomponerse en dos proposiciones. “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”, dice la proposición primera. He aquí expresado el qué de la prestación, el contenido de la deuda. El vínculo jurídico se circunscribe a lo que ha sido objeto de la manifestación de voluntad, explícita o implícita. El contenido de las obligaciones contractuales hay, pues, que tomarlo en sentido estricto; no puede ampliarse por vía de interpretación. El Código, por lo demás, no da reglas para la interpretación de la voluntad de los contratantes. No han seguido en esto, nuestros codificadores, al Código alemán, que sí da reglas de interpretación en su artículo 157.

La segunda proposición que enuncia el art. 1328, de que los contratos “deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”, atempera el rigor de la primera al regular el cómo o manera de la prestación, y reconoce su fuente en el art. 242 del Código alemán, según el cual el deudor está obligado a efectuar la prestación “como lo exigen la lealtad y la confianza recíproca en correlación con los usos admitidos en los negocios”.

(14) Georges Ripert. — *La règle morale dans les obligations civiles*. — Paris, 1927, pág. 41.

Esta consagración de la buena fe como norma reguladora de los efectos del contrato, en lo que atañe a su ejecución, tiene un significado trascendente. La aplicación del principio de la buena fe puede dar lugar a una amplia facultad de apreciación del juez, lo mismo que la interpretación de la común intención de las partes, y hay quienes ven en la fórmula de nuestro Código un modo de amparo a la teoría de la imprevisión, superior y preferible a una regla detallada que hubiera invitado directamente al juez a revisar o rescindir el contrato en caso de sobrevenir graves dificultades para su cumplimiento.

Al erigir nuestros codificadores a la buena fe como norma central del derecho contractual, se han inspirado en las ideas que prevalecen en el mundo jurídico contemporáneo. Enseña Ennecerus que en Alemania la doctrina y, en particular, la jurisprudencia, "han deducido como principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe, pero teniendo presente que el contenido de la deuda, cuando se trata de obligaciones derivadas de negocio jurídico, se determina en primer término por la voluntad de los interesados, mientras que en las obligaciones legales esta voluntad es indiferente" (15). El mismo tratadista anota que la jurisprudencia alemana, fundándose en el art. 242, al que correspondería la última parte del art. 1328 del Código peruano, ha llegado a establecer que la buena fe prohíbe que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas; y puede imponer un deber de prestación más amplio que el contenido fijado en el contrato por la ley o, también, atenuar el deber de prestación. Puede, asimismo, de la buena fe, emanar un derecho del deudor de ser liberado de aquél deber o un derecho a que se transforme la relación contractual.

Resulta de lo dicho que el poder del contrato se debilita cada vez más, por acción de la doctrina, de la legislación y de la jurisprudencia, que tratan de interpretar las nuevas situaciones. El individualismo liberal afirmaba la concordancia de los

(15) Ennecerus, Kipp. Wolff. — Tratado de Derecho Civil. — t. II, vol. I. — Barcelona, 1935, pág. 19.

intereses privados, libremente debatidos, con el bien público. Tal reconocimiento implicaba una exageración del poder del contrato, que la escuela del derecho natural consideraba conforme a la ley moral y a la justicia, por el hecho de ser voluntario. Las nuevas concepciones jurídicas impugnan ese sentido de la fuerza contractual. Los derechos individuales, se oye hoy decir, no se dan al hombre sino para llenar su función social, de donde se sigue que las situaciones jurídicas contractuales deberán ser controladas en su nacimiento y modificadas, si precisa, en su cumplimiento, a fin de que permanezcan conformes al interés general.

CAPITULO SEGUNDO

EL DIRIGISMO CONTRACTUAL

SUMARIO: 1.—Conceptos de Josserand y de Morin sobre el dirigismo contractual. 2.—Sentido general del intervencionismo legislativo. 3.—Las intervenciones legislativas y la técnica jurídica. 4.—Justificación y límites de las intervenciones del legislador. 5.—El intervencionismo del juez y el desarrollo del arbitrio judicial en la doctrina y en las legislaciones modernas. 6.—Textos del Código Civil que reconocen el arbitrio judicial en materia contractual y que autorizan al juez a intervenir.

Hemos expresado que el desarreglo económico y social generado por la guerra mundial anterior, ha traído en todos los países una acentuación del intervencionismo de los poderes públicos en el dominio contractual, por intermedio del legislador y del juez, y que este fenómeno se manifiesta tanto en la génesis o formación de las convenciones como en los efectos que les son reconocidas y en la interpretación que les es dada. A esta intrusión ha denominado Josserand *dirigismo contractual*, entendiéndolo como tal el que se ejerce por los poderes del Estado; pues hay también una forma particular de dirigismo intrínseco, emanado del propio contrato, como el que practica, en los contratos de adhesión, la parte que ha redactado la fórmula ofrecida al público, o el que resulta de los acuerdos colectivos

entre patrones y obreros que regulan de antemano las condiciones de los contratos individuales de trabajo.

La mayor autoridad reconocida a los jueces en materia contractual por las legislaciones contemporáneas, así como las facultades especiales de que se han visto investidos por las leyes de emergencia y de circunstancia, han hecho posible el dirigismo o intervencionismo de tipo judicial.

El dirigismo o intervencionismo legislativo actúa, como el anterior, contra los dogmas de la soberanía de la voluntad y de la fuerza obligatoria de los contratos y se realiza por obra, más que de la legislación orgánica y codificada, de aquella otra legislación de excepción dictada en todas las naciones cada vez que los códigos resultaron instrumentos demasiado rígidos para adaptarse a las nuevas situaciones, o cuando la jurisprudencia no tuvo o no pudo tener la flexibilidad necesaria.

Tratemos ahora de precisar, en primer término, el concepto del *dirigismo contractual*, tal como lo expone el autor de la expresión y lo observa Morin, para luego pasar a ocuparnos de las manifestaciones generales del intervencionismo legislativo y del judicial, teniendo en cuenta para considerar este último en nuestra realidad jurídica, la importancia atribuida a la función judicial en el nuevo Código Civil del Perú.

I.—CONCEPTOS DE JOSSE RAND Y DE MORIN SOBRE EL DIRIGISMO CONTRACTUAL.—Josserand, según lo hemos dicho, encuentra la fuente primera de este fenómeno jurídico que él ha bautizado con el nombre de *dirigismo*, en las transformaciones económicas debidas al maquinismo, es decir, en la concentración de capitales y empresas, en la dictadura de las compañías industriales, financieras y de transportes. Los débiles se han visto sometidos. Los poderes públicos han intervenido entonces para restablecer el equilibrio de las partes en presencia, reglamentando las convenciones, al mismo tiempo que los sindicatos se formaban y se desarrollaban.

Considera Josserand que con el advenimiento del dirigismo el contrato ha cambiado de fisonomía, se ha vuelto menos individual, quizás si hasta menos contractual, pero que, a pesar de todo, el concepto contractual subsiste. Es menester sí, encausar al dirigismo. "El dirigismo debe ser un factor de orden y no una escuela de anarquía jurídica y social; un método científico aplicado con un espíritu de continuidad y no una expe-

riencia fantástica hecha de reacciones bruscas y de peligrosos sobresaltos". (16).

En oposición directa con esta interpretación del fenómeno del intervencionismo y de las tendencias actuales de la teoría del contrato, se encuentra, en el terreno de la técnica, la opinión de Morin.

El profesor de Montpellier trata de demostrar que, en el hecho, el dirigismo opera una desnaturalización del contrato tan completa, que lo hace desaparecer, y que la doctrina tiene el deber de elaborar conceptos nuevos que respondan a las exigencias de la realidad.

Conceptúa Morin que el sistema del individualismo filosófico de la dependencia del individuo hacia sí mismo, ya no subsiste como el solo principio de disciplina social; que hoy aparece otro principio de orden: el de la interdependencia de los individuos respecto de los demás; el hombre tiende a estar menos ligado hacia sí mismo y más ligado hacia los otros. De aquí concluye que el dirigismo legal y jurisprudencial sería un hecho generador de anarquía social, dentro de un sistema que continuara regido por el principio individualista como solo principio de disciplina social.

2.—SENTIDO GENERAL DEL INTERVENCIONISMO LEGISLATIVO.—Aparte de estas discusiones, que lindan con el difícil problema de la concordancia entre lo real y lo nocional, la observación de los hechos revela que el intervencionismo del legislador afecta tanto a la formación del contrato como a sus efectos y que se produce mediante medidas de carácter permanente o de circunstancia.

En lo tocante a los requisitos impuestos para la formación y validez del contrato, toma cuerpo el intervencionismo, a la vez, en un renacimiento del formalismo y de la fiscalización, en la multiplicación de las prohibiciones contra ciertas cláusulas y en la fijación, a priori, de determinados elementos del contrato, tales como el precio de venta o de locación: todo ello al amparo de la extensión cada día mayor, de la noción de orden público.

Interviene también la autoridad social en esta etapa inicial, para proteger a la parte más débil en los contratos llamados de adhesión, en los que el contenido del contrato es establecido

(16) L. Jossierand. — *Aperçu général des tendances actuelles, etc.* — Rev. Trim. de Droit Civil. — Paris. — Janvier Mars, 1937, pág. 20.

por la parte económicamente más fuerte. Excluye en algunos de estos contratos entre desiguales—contrato de trabajo, transportes, seguros, servicios públicos, etc.—ciertas cláusulas abusivas e inserta, de viva fuerza, en el cuadro contractual, obligaciones que no han sido queridas por las partes.

En el orden de los efectos e interpretación de los contratos, el dirigismo del legislador va mucho más lejos. Acuerda prórrogas o moratorias a los deudores, impone la rescisión o la modificación de las condiciones contractuales, instituye la revisión de las convenciones regularmente concluidas entre las partes, deroga al principio de la no retroactividad de las leyes, suspende las ejecuciones, etc.

3.—LAS INTERVENCIONES LEGISLATIVAS Y LA TÉCNICA JURÍDICA.—Estas intervenciones rara vez se han justificado en la discusión con argumentos jurídicos o medios técnicos. Han obedecido a preocupaciones económicas y a poderosas necesidades de asegurar la paz social, aunque haya que reconocer que, en algunos casos, han influido razones menos elevadas, como el cuidado de complacer a ciertas categorías de ciudadanos.

Los maestros de la técnica han criticado vivamente los excesos e imperfecciones de las intervenciones legislativas, que no tienen la unidad, la cohesión, ni la armonía deseables y que, sobrepasadas pronto por los acontecimientos, ha sido preciso, a menudo, interpretar, rectificar o reemplazar. “Son un aliento—dice Roussel—a la inobservancia de los compromisos adquiridos. ¿Por qué pagar, desde que una nueva ley vendrá a dispensarlo a uno o a reducir sus obligaciones?”. (17).

La obra legislativa hubiera sido, ciertamente, menos imperfecta si los artífices de la técnica, juristas y economistas, se hubieran unido para armonizar textos y poner orden en el caos. Pero no podía esperarse una obra de esta clase en medio de las exigencias muchas veces imperiosas e inaplazables de la realidad.

Mientras tanto, con estas intervenciones se han derogado los grandes principios de la libertad y de la fuerza obligatoria en materia de contratos, “de la misma manera—comenta Stoicesco—que se había dado un golpe a los conceptos clásicos de la propiedad, devenida simple función social, y de la responsabilidad, en la que se tiende a substituir la idea de daño a la

(17) Gaston Roussel, ob. cit., pág. 192.

de culpa". (18). Se ha proclamado que en los períodos en que la evolución no se efectúa de una manera insensible, esto es, en los períodos de desorden y de crisis, el legislador tiene el deber de intervenir. Y esto ha bastado.

4.—JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES DE LAS INTERVENCIONES DEL LEGISLADOR.—Los códigos del siglo pasado no previeron, sino excepcionalmente, la posibilidad de modificar la importancia de prestaciones sucesivas en los contratos sometidos a la acción del tiempo, y ni siquiera el monto de moneda en que se expresaban esas prestaciones. Esto obedeció a que casi todo el siglo pasado fué un período de prosperidad excepcional y de estabilidad relativa, lo que trajo una cierta permanencia o fijeza en las relaciones jurídicas, así como entre los valores de las cosas y servicios que los hombres cambiaban.

Un autor, Emmanuel Gounot, en un interesante libro sobre el principio de la autonomía de la voluntad en derecho privado, aparecido en 1912, (19), decía desde entonces, anticipándose a los próximos acontecimientos y especulaciones doctrinarias, que la era de la armonía del contrato estaba clausurada; y que había que envolver al art. 1134 del Código Napoleón "en el sudario de púrpura de los dioses muertos". En su trabajo, Gounot trata de demostrar, citando en su apoyo a una serie de autores que empieza con Paulo y Gayo en Roma, sigue con Santo Tomás y llega hasta Ihering, Tarde, Hauriou, Geny y Ripert, después de haber pasado por Domat, Pothier, Daguesseau, Portalis y Larombière, que si bien es preciso que se respete a los contratos, es también preciso que en los contratos se respete la justicia.

"El liberalismo del siglo XIX—manifiesta Ripert al ocuparse de este asunto—ha sido poco favorable a la intervención contractual. No veía ninguna fuente de injusticia posible en el contrato, en razón de la sumisión voluntaria del deudor al acreedor. "Quien dice contractual dice justo", escribía Fouillé, traduciendo el pensamiento de Kant. Filosóficamente el contrato, al cual el Código da el valor de la ley, es, en tanto que fuente de obligación, superior a la ley, puesto que es aceptada, pero no impuesta. Económicamente, se realiza con el contrato

(18) M. Stoicesco. — Les mesures prises en faveur des débiteurs pour l'exécution de leurs obligations à la suite de la crise économique. — Paris. — Bulletin de la Société de Législation Comparée. — Janvier-Mars, 1938, pág. 74.

(19) E. Gounot. — Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Thèse, Dijon, 1912.

la mejor repartición de los bienes y de los servicios, cada hombre defiende por sí mismo lo que le es más útil". (20).

En otra parte de su gran libro, Ripert trata de demostrar, no obstante los anteriores conceptos, que la libertad contractual no realiza necesariamente la justicia y que la regla moral no es siempre respetada en la convención libremente formada. "La igualdad, dice, que reina en el contrato es puramente teórica; es una igualdad civil, es decir, la condición jurídica, pero no una igualdad de fuerzas. La incapacidad o el vicio del consentimiento es el defecto jurídico de una u otra de las partes en presencia. La protección es todavía conforme a la idea de la autonomía de la voluntad. Lo que nos interesa, al contrario, es la intervención del legislador para impedir que por el juego del contrato, uno de los contratantes se encuentre lesionado, por ser el más débil, y ello aún cuando haya aceptado serlo. Anular un contrato abusivo, es, después de todo, rendir homenaje a la fuerza obligatoria del contrato libremente concluido. Cuando el legislador impide la adhesión irreflexible, o prohíbe la lesión, o detiene el abuso del derecho, defiende en el fondo la idea de la fuerza contractual y puede vanagloriarse de perfeccionar la obra del Código Civil". (21)

Pero la intervención, tal como se practica, significa una afectación grave al valor del contrato. "No se trata ya—continúa Ripert—de proceder, como lo prescribe el Código, al examen de las situaciones individuales, para asegurar el respeto a la libertad contractual. El legislador presume la debilidad de toda una categoría de contratantes y prohíbe, para protegerla, convenciones y cláusulas que afectarían a sus intereses. Está entonces obligado a dar él mismo las reglas que deben seguirse. Propone a la adhesión de los interesados tipos rígidos o semirígidos". (21).

Resulta, pues, que aún los adversarios del intervencionismo llegan a reconocer su justificación dentro de ciertos límites. Gaston Roussel—a quien ya hemos citado—en su notable libro consagrado a la intervención del juez y del legislador en la ejecución del contrato, estudia si estas intervenciones están en la línea del desarrollo de la teoría de los contratos, si son dese-

(20) Georges Ripert. — *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. — Paris, 1936, pág. 177.

(21) Georges Ripert. — *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. — Paris, 1936. — págs. 179 y 271.

bles o evitables y, finalmente, cómo y dentro de qué límites pueden realizarse. Concluye emitiendo un juicio favorable en los siguientes términos: "Los acontecimientos internacionales y económicos de nuestra época, hacen imposible las previsiones a largo plazo, siendo difícil culpar a los contratantes de que los contratos sean más o menos alcanzados, de no haber previsto las consecuencias. No es pues anormal que, de una manera por lo demás prudente, el juez y, si es menester el legislador, vengan a reparar en cierta medida un desequilibrio profundo no atribuible a los contratantes. Necesidades de orden moral, económico y social pueden justificar la intervención. El contrato, en el curso de su lenta evolución, no ha cesado de *humanizarse* y también de *moralizarse* tanto que después de siglos de civilización greco-latina y sobre todo cristiana, la equidad, esta forma jurídica de la moral común a todos los pueblos occidentales, impregna y suaviza hoy todos los códigos, todas las legislaciones. Conocemos críticas a este concepto vago y la gran dificultad que existe para hacerlo pasar al lenguaje preciso del derecho. Pero es un hecho que, desde hace mucho tiempo, domina las relaciones jurídicas de los hombres. La equidad y la regla moral no han cesado, pues, de ser tenidas en cuenta. Si el derecho no es sino el conjunto de reglas que tiene por objeto asegurar con armonía las relaciones de los hombres que viven en sociedad, ese derecho debe doblegarse cuando su aplicación estricta—*summun jus*—es capaz de traer consecuencias antisociales, de crear una *summa injuria*; pues el derecho no debería turbar un orden social que tiene por objeto defender". (22).

Debemos admitir, por consiguiente, en nombre de las anteriores consideraciones, la necesidad de la intervención del legislador en la génesis y en los efectos de los contratos. La dificultad reside en señalar los límites y las condiciones de esas intervenciones, ya que no deberían ser admitidas sino dentro de las máximas precauciones, cuando derogan o suspenden eventualmente el derecho común. Los autores formulan diversas directivas capaces de encausar al intervencionismo de que son responsables las leyes de circunstancias. A algunas de aquellas directivas habremos de referirnos a propósito de la teoría de la imprevisión. La Corte Suprema de los Estados Unidos, en un caso en el que debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de ciertas leyes de emergencia, enunció un conjunto de reglas

(22) Gaston Roussel, ob. cit., pág. 241.

para que pudiera reconocerse en una ley el indicado carácter, reglas que constituyen al mismo tiempo un intento de establecer los límites y condiciones de la legislación de excepción o de circunstancias y que son las siguientes: a) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado la necesidad de amparar los intereses vitales de la comunidad; b) que la ley tenga por finalidad legítima proteger los intereses generales de la sociedad y no los de determinados individuos; c) que las moratorias sean razonables y justificadas por las circunstancias; y d) que las derogaciones que se impongan sean temporales y limitadas al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria su adopción. (23).

Desgraciadamente, como habremos de ver, no siempre se han inspirado las intervenciones legislativas en estas reglas de buen sentido.

5.—EL INTERVENCIONISMO DEL JUEZ Y EL DESARROLLO DEL ARBITRIO JUDICIAL EN LA DOCTRINA Y EN LAS LEGISLACIONES MODERNAS.—Expuestos los rasgos generales del dirigismo o intervencionismo del legislador en la génesis, y en los efectos del contrato, debemos referirnos ahora al otro aspecto del fenómeno general del dirigismo contractual, a saber: el intervencionismo judicial.

Es una importante cuestión ésta de la autonomía progresiva del poder judicial y de los nuevos métodos de interpretación de la ley y de las convenciones contractuales.

El absolutismo legal consagrado por la revolución francesa hacía del juez un ejecutor mecánico de la ley. Cuando el caso se encontraba directamente previsto por un texto, la función del intérprete era puramente automática: bastaba leer el texto y aplicarlo. Si el caso no estaba directamente previsto por ningún texto, si la fórmula legislativa era insuficiente para revelar el pensamiento del legislador, el juez debía recurrir a diversos procedimientos de razonamiento lógico que le señalaba la ley. En último término, a los principios de derecho, que los jurisconsultos desprenden por inducción de una serie de decisiones particulares dadas por el legislador y de las que se hace salir en seguida, por deducción, los corolarios, para aplicarlos a las necesidades nuevas reveladas por la práctica.

Privaba esta doctrina jurídica sobre los métodos de inter-

(23) Eugenio O. Cardini. — La teoría de la imprevisión. — Bs. Aires, 1937, pág. 168.

pretación de la ley, cuando apareció el Código Napoleón. Según ella, correspondía al legislador la soberanía absoluta para dictar e interpretar las leyes y el juez sólo debía aplicarlas. Reaccionando, en cierto modo, contra dicho absolutismo legal, el Código francés de 1804 puso bajo la custodia del juez la garantía del orden público y de las buenas costumbres en sus relaciones con el derecho privado (art. 6.º), y le señaló numerosas funciones de control en la ejecución de los contratos. Esto era ya bien atrevido. Durante mucho tiempo, sin embargo, la doctrina continuó vinculada al antiguo método de interpretación, hasta que la fuerza latente, irresistible y triunfante que resulta de los hechos o mejor aún de la aplicación de la idea de justicia a las realidades de la vida, determinó una flexibilización en los sistemas de interpretación de la jurisprudencia francesa.

Nuestro código derogado, trasuntando a su modelo, preceptuaba en el art. IX del Título Preliminar, que los jueces, por falta, obscuridad o insuficiencia de las leyes, debían resolver atendiendo, en primer término, al espíritu de la ley, luego, a otras disposiciones sobre casos análogos y, finalmente, a los principios generales del derecho. Reprodujo también el Código de 1852, en cuanto a las funciones del juez en materia contractual, la mayor parte de las disposiciones del Código francés, con la notable excepción del art. 1244 que, traduciendo la preocupación de equidad de sus autores, permite a los jueces franceses acordar términos de gracia a los deudores de buena fe que se encuentran en mala situación.

La reacción doctrinaria contra el absolutismo legal emanado de la revolución francesa se sintió primero en Alemania. Bulow, afirmó que el oficio del juez no se reduce a un simple silogismo. "Si el deber del juez,—dijo—se redujera a declarar la ley, la misión de la ciencia jurídica limitaría al conocimiento de las normas ya contenidas en la ley. El florecimiento de la ciencia jurídica demuestra todo lo contrario". (24).

En 1899 apareció en Francia el célebre libro de Géný titulado "Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo", que iba a determinar una orientación nueva en el pensamiento jurídico. Geny combate la idea de una ciencia lógica, acusándola de estancar el derecho, de paralizar la evolución económica y social; y propone en su lugar un nuevo método que,

(24) Citado por Horacio R. Thedy. — A propósito del arbitrio judicial. — Rvta. de Derecho Civil. — Bs. Aires. — Año I, t. I, pág. 468.

basándose en el tradicional del respeto a la voluntad del legislador permita, sin embargo, al intérprete, la *libre investigación científica*, más allá de lo que ha sido efectivamente previsto y querido por el legislador. Abate así el postulado de la ley como única fuente del derecho.

Dice Géný: "El derecho civil, que nadie consiente hoy en considerar como anquilosado en las leyes escritas, debe desarrollarse y progresar por una elaboración racional y experimental que sepa utilizar todas las investigaciones de las ciencias sociales ampliamente entendidas y profundamente penetradas. A la cabeza de éstas, por lo menos por la neta delimitación de su dominio y la precisión de sus medios de investigación, figura la economía política. El derecho civil sería un mecanismo girando en el vacío si no fuera constantemente nutrido de la substancia económica. El derecho civil no debe permanecer concentrado y replegado sobre sí mismo. La regla del derecho debe adaptarse a los postulados de la vida social". (25).

Géný encontró brillantes adherentes y continuadores en Saleilles, Esmein, Lambert, Demogue y otros. Saleilles y Lambert tuvieron una concepción más atrevida que Géný. Para ellos el intérprete debe *substituir* sistemáticamente, al *sentido* primitivo y verdadero del texto, un sentido nuevo, conforme a las necesidades del momento. "Hay que ir más allá del Código Civil, pero por el Código Civil", decía Saleilles en su célebre fórmula. El método de Saleilles y Lambert—observa Morin—tiene la ventaja sobre el de Géný de que permite la adaptación de la regla del derecho a las exigencias de la vida, en todos los casos, y no solamente, como el método de Géný, en la hipótesis de la falta de texto legal.

Estos sistemas pueden invocar en su favor, la gran experiencia de la historia. Por ellos se ha realizado el progreso de las sociedades humanas. Roma antigua nos ofrece el ejemplo. Los pontífices primero, los pretores y prudentes después, no vacilaron en doblegar los textos cuando sus fórmulas estrechas conducían a la injusticia, apelando a la equidad y a los usos sociales y creando el derecho universal, sistematizado y renovado por Justiniano con elementos griegos y cristianos.

Es hoy un hecho indiscutible y consagrado, el aumento del arbitrio judicial. Casi todos los autores se complacen en exaltar

(25) F. Géný. — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. — Paris, 1919.

la obra creadora de la jurisprudencia e invitan al juez a hacer reinar más justicia por una amplia interpretación de los textos legales o contractuales. Negar ese aumento del arbitrio judicial sería—como dice Thedy—colocarse en el siglo XVIII, desconocer el progreso del derecho. Autores como Planiol, tan apegados al derecho tradicional, admiten que la ciencia jurídica sería falsa e iría contra su fin si terminara en soluciones injustas y perjudiciales. “El método lógico—dice—no debe, por consiguiente, emplearse solo; hace falta moderarlo por las consideraciones de utilidad, de equidad y de bien social”. (26).

Morin encuentra que la vida social no puede obedecer solamente a reglas o disposiciones legales comunes y fijas. “De la misma manera—expresa—que todas las disciplinas humanas y todas las terapéuticas, la disciplina jurídica debe comportar una gran parte de casuística, en el sentido etimológico del término, esto es, soluciones variables siguiendo los casos y móviles, siguiendo las circunstancias. Una casuística así entendida domina en la medicina y encuentra su expresión en el axioma *no hay enfermedades sino enfermos*; ha penetrado el derecho penal, en donde se llama *individualización de la pena*, es decir, adaptación de la pena a la naturaleza de los criminales. Es menester que ella se extienda al dominio del derecho civil, que el juez debe tener por función individualizar”. (27).

Apenas esbozado por el Código Civil alemán de 1900, este movimiento de individualización judicial en el derecho civil ha adquirido precisión en el Código de Obligaciones suizo que empezó a regir en 1912, y cuyo art. 2.º reconoce al juez la facultad de participar en la formación del contrato, regulando los puntos secundarios sobre los cuales no se hayan puesto de acuerdo las partes.

No escapan a Morin las grandes dificultades que la aplicación de este método de individualización ofrece. Acorde con su teoría de la falta de conformidad entre lo real y lo conceptual, considera, en primer lugar, que los grandes conceptos doctrinarios conforme a los cuales se construyó el Código francés de 1804, no están en armonía con los resultados actuales del movimiento social y que el juez no podría adaptarlos a la vida sin

(26) Planiol et Ripert. — *Traité Pratique de Droit Civil Français*. — Paris, 1930, t. VI, pág. 512.

(27) Gaston Morin. — *La loi et le contrat*. — *La décadence de leur souveraineté*. — Paris. — Lib. Félix Alcan. — 1927, pág. 143.

deformarlos. Anota luego el mayor obstáculo a la aplicación del método, el de la deficiente formación intelectual de los jueces. "Para decir el derecho ya no le bastará, en todos los casos, con interpretar por análisis gramaticales y razonamientos lógicos, los textos de las leyes y de los contratos. A fin de dar vida a las leyes que no contengan sino indicaciones generales, a fin de corregir si hay lugar, los contratos, conformándolos a las exigencias de la justicia, le será preciso *considerar la realidad económica y social*". (28).

+ A las anteriores críticas sobre los métodos de interpretación de los contratos, se suma la de los jurisconsultos socialistas. Para ellos el verdadero fundamento de la obligación contractual no debe buscarse en un raro acuerdo de voluntades individuales, sino más bien en las necesidades de la sociedad y del crédito público. Así es como el derecho contractual debería ser informado en un espíritu social.

Expresa Cosentini que, según la teoría clásica, la voluntad interna une a las partes y no la voluntad exteriorizada o socializada, por decirlo así, por la palabra o la escritura; ninguna consideración de utilidad pública, ninguna razón de crédito social, puede reemplazar a la verdadera voluntad. "Para adaptarse a las necesidades de la práctica, la teoría clásica debe constantemente suponer intenciones que los individuos en realidad no han tenido; impone al juez crear ficticiamente una voluntad de las partes. Obligando al magistrado a observar en sus sentencias ciertas reglas e impidiéndole tener en cuenta únicamente las circunstancias, se le coloca en un conflicto entre el código que es para él la ley humana, y su conciencia que le conduce a consideraciones de orden moral". (29).

En cambio, para la teoría alemana de la "declaración de voluntad" desenvuelta por Ihering, Danz, Bulow y, sobre todo por Schlossmann, el elemento constitutivo del consentimiento es el hecho exterior. Acogiendo esta teoría, el Código alemán recomienda buscar la intención real, en materia de declaraciones unilaterales de voluntad; pero en materia de contratos, el art. 157 impone al juez decidir según la buena fe y las costumbres.

Contradiciendo esta corriente en favor de la amplitud del arbitrio judicial se encuentra, entre otros autores, el eminente

(28) Gaston Morin. — La loi et le contrat. — La décadence de leur souveraineté. — pág. 145.

(29) Francisco Cosentini. — Ob. cit., págs. 411 y 424.

jurisconsulto argentino Bibiloni. En un artículo sobre el abuso del derecho, publicado en la "Revista de Derecho Civil" de Buenos Aires, después de manifestarse adverso a esa noción, por la vaguedad que encierra, y cuya interpretación se entrega al arbitrio judicial, se pronuncia contra la ampliación del arbitrio judicial en los siguientes vigorosos términos: "Cada juez verá el significado social y económico de la ley según su criterio moral, político, económico. Lo que no saben los escritores, puesto que sólo le dan fórmulas generales, lo que no sabe tampoco la ley, ¡eso lo sabrá el juez! ¡Y qué magnífica oportunidad se da al deudor deshonesto, al que espera arrancar por un litigio, al propietario vecino, al coheredero, una concesión injusta! Con argumentar que se usa de su derecho de acuerdo con la ley, es cierto, pero contra sus fines sociales y económicos, que sólo se quiere perjudicar y nada más, basta. Una sociedad moderna no puede regirse con semejantes doctrinas. La ley, estable, conocida de antemano, que permite ajustar los actos a sus disposiciones, no puede ser derogada por el arbitrio personal del juez. Es su intérprete y no su dueño. Y los hombres de bien no pueden ser sacrificados entregándolos a la deshonestidad de sus deudores sin escrúpulos y a los litigantes temerarios, porque, en algún caso, se abusa de su situación. Ninguna institución humana, ninguna organización constitucional, ninguna fórmula jurídica escapan a la posibilidad de no responder a sus fines sociales. El voto es criticable en sus resultados. ¿Habrá que retirarlo a los ciudadanos?" (30).

Esta opinión, no empuja la autoridad que la respalda, es extrema, y ha sido combatida por otros autores en la misma Argentina. Alfredo Colmo, favorable al desarrollo del arbitrio judicial, escribe: "Pretasarlo todo, mediante conceptos legales, equivale a querer que los hechos se ajusten a las leyes. En las circunstancias de hecho, para decidir, por ejemplo, acerca de la magnitud de un perjuicio, de la calificación de una persona para el desempeño de un cargo, hay que confiar al juez libertad de apreciación". (31).

También el profesor Busso, de la Universidad de Buenos Aires, se muestra favorable a la ampliación del arbitrio judi-

(30) J. A. Bibiloni. — El abuso del derecho. — Rvta. de D. Civil. — Bs. Aires. — t. I, No. 1, pág. 11.

(31) Alfredo Colmo. — La reforma del C. Civil argentino. — Rvta. de Derecho Civil. — Bs. Aires. — t. I, pág. 68.

cial y refuta la objeción formulada por Bibiloni, diciendo: "Sábase que la autonomía de la voluntad tiene una restricción sabia y previsoras: el orden público. ¿Quién ha establecido con precisión objetiva los límites de ese concepto, que cada día adquiere mayores proyecciones? Y no por ser un concepto que deja mucho a la apreciación de los jueces, se pretendiera suprimirlo de las legislaciones positivas". Y luego termina: "Es que no es dado al legislador encerrar al juez en un lecho de Procusto: la función judicial exige indispensablemente cierta libertad de apreciación". (32).

Este debate doctrinal revela la importancia en la actualidad de la cuestión del intervencionismo judicial. Cualquiera que sea el valor de las opiniones contrarias, el asunto puede considerarse resuelto en favor de la ampliación del arbitrio judicial. Queda reducida a una cuestión de especie, para cada país, la graduación de los poderes del juez. Es obvio afirmar que el arbitrio judicial tiene sus límites. Por más libertad de apreciación que se dé a un juez, se entiende que no podrá fallar contra el texto expreso de la ley. "Jamás se podrían invocar—expresa Thedy—los progresos del arbitrio judicial para justificar estas extralimitaciones" (33).

Recogiendo la corriente mencionada, las legislaciones más modernas le acuerdan al juez una gran libertad de apreciación. Los códigos de Alemania (1900), Suiza (1912), Brasil (1916), Rusia Soviética (1922), Turquía (1926), China (1929), México (1928), Polonia (1934), el proyecto franco-italiano de las obligaciones, el Código Civil italiano de 1942, y nuestro propio Código Civil de 1936 traducen, en distinto grado, las nuevas ideas sobre la materia.

El Código alemán, al que puede considerarse como el monumento legislativo más importante de los últimos tiempos, por haber impuesto su dogmática y su técnica en todos los códigos posteriores a su publicación, contiene, según hemos manifestado, interesantes disposiciones liberales sobre la interpretación de las convenciones y el abuso del derecho. Los arts. 157 y 242 estipulan, respectivamente, que los contratos y la obligación del deudor de efectuar la prestación, deben ser interpretadas, "como lo exigen la lealtad y la confianza recíprocas, en co-

(32) Edo. B. Busso. — "A propósito del abuso del derecho" — Rvta. de D. Civil. — Bs. Aires. — t. I, pág. 287.

(33) Horacio R. Thedy. — Ob. cit.

relación con los usos admitidos en los negocios". Y el art. 226 no permite el uso de un derecho, cuando no tiene otro fin que el de causar un daño a otro.

Se advierte en el Código alemán—según hemos dicho—una distinción entre la interpretación de la declaración de voluntad unilateral y la bilateral en los contratos. Mientras el art. 133, recomienda buscar la intención real del autor en las declaraciones de voluntad unilaterales: en materia de convenios, cuando se está en presencia de varias personas cuyas intenciones a menudo no concuerdan, el art. 157 impone una regla diferente al juez. Este no deberá escudriñar la intención real de las partes, sino decidir según la buena fe y las costumbres. Las consideraciones de orden social se substituyen así, en la apreciación del contrato, a las de orden individual.

El Código Civil suizo promulgado en 1907, representa la reacción más pronunciada contra la rigidez del legalismo, y pone a la jurisprudencia como fuente inmediata y directa del derecho. El art. 1.º del Título Preliminar reconoce al juez, en efecto, el poder de declarar el derecho según la costumbre, a falta de una disposición legal aplicable y, en defecto de una costumbre, *según las reglas que el juez establecería si tuviera que hacer el papel de legislador*. El juez deberá inspirarse, en todo caso, en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia. El art. 4.º del mismo Título Preliminar sanciona el poder del juez de aplicar las reglas del derecho y de la equidad, cuando la ley reserva su poder de apreciación o cuando le encarga pronunciarse teniendo en cuenta sea las circunstancias, sea justos motivos.

El Código suizo de obligaciones, promulgado en 1911, reconoce al juez—según hemos expuesto—la facultad de participar en la formación del contrato, regulando los puntos secundarios sobre los cuales no se hayan puesto de acuerdo las partes (art. 2.º). Según Demogue, serían puntos secundarios susceptibles de ser determinados por el juez, la forma escrita de la convención, el término de entrega, la fijación de la cláusula penal, los gastos de transporte, etc. (34). Establece, además, el Código, reglas sobre la interpretación de los contratos, en el sentido más liberal posible (arts. 18, 19, 21, 23, 29, etc.). Apa-

(34) René Demogue. — *Traité des obligations en général*. — Paris, 1923. — t. 2, pág. 522.

rece de todo esto el amplio lugar que se ha dejado en la legislación suiza a la apreciación del juez.

El código soviético de 1922, al que Morin califica de "documento sociológico de vivo interés", sanciona una verdadera política de abandono y de abdicación, en provecho del poder judicial

El Código polaco de obligaciones, promulgado en 1933 y entrado a regir el 1.º de julio de 1934, consagra un capítulo a la interpretación de las declaraciones de voluntad (arts. 107 y 108), y reconoce al juez, en su art. 269, un poder casi absoluto para decidir el modo de ejecución, el monto de la prestación y aún la rescisión del contrato, a consecuencia de acontecimientos excepcionales que colocan a uno de los contratantes frente a dificultades excesivas, o que lo amenazan con una pérdida exorbitante que las partes no han podido prever al tiempo de la conclusión del contrato.

El recentísimo Código Civil de Italia contiene también un capítulo sobre la interpretación de los contratos por el juez, a quien habilita, en otra parte, para modificar o declarar la resolución de los contratos, cuando una de las prestaciones ha devenido excesivamente onerosa a consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (arts. 1467 a 1469).

El derecho anglo-sajón, por su parte, aplica numerosas directivas flexibles, que los juristas americanos designan bajo el nombre de *standards*. "Considerado de una manera general—enseña Demogue—el uso del *standard* no es sino un poder reconocido a los jueces, después que han comprobado los hechos, de pesar en cierta manera su valor, para ver de qué lado deben hacer inclinar la balanza en el proceso".

Inspirándose en la dirección anglo-sajona, Hauriou cree que el problema del equilibrio de las reglas de derecho legales y de las jurisprudencias discrecionales, debe resolverse por un dualismo, en la ley, del elemento regla de derecho con el elemento *standard-directiva*. Es este, para él, el remedio necesario a la crisis del contrato.

En Francia, la jurisprudencia se ha esforzado en adaptar el viejo código a las nuevas exigencias de la vida social. Pero no puede decirse que haya entrado por la vía de la intervención, afectando la esencia de los contratos o revisando sus cláusulas, a pesar de los esfuerzos desplegados por un sector de la doctrina, representada por Bruzin, Gorphe, Hauriou, Bonnecase, y

otros, para llevarla por ese camino. Con todo, pueden citarse algunos ejemplos de la acción vivificadora de los tribunales franceses. Han reducido los jueces, en múltiples resoluciones, el monto de los honorarios percibidos por abogados, notarios, banqueros, agentes de negocios, considerándolos como mandatarios y sacando la consecuencia, fundada en la gratitud del mandato, de que la remuneración debe ser formalmente estipulada y de que no es legítima "sino a condición de ser proporcionada al servicio prestado". Por otro esfuerzo casuístico, utilizando la teoría de los vicios del consentimiento, han reducido el monto de la promesa hecha por personas bajo el imperio de un peligro inminente (violencia moral), siempre y cuando la violencia emane de los actos de una persona y no sólo de los acontecimientos.

En materia de lesión, también ha tomado la jurisprudencia francesa iniciativas atrevidas para agrandar su campo, al margen de toda prescripción legal.

Merece también destacarse la cabida que han dado los jueces franceses a la teoría del abuso del derecho, con la que han atenuado, en ciertos casos, el rigor de la regla del art. 1134, ejerciendo un control sobre la ejecución de los contratos.

Han establecido asimismo, tanto la jurisprudencia como la ley, limitaciones a la forma negativa de la libertad, o sea al derecho de no hacer. Las diversas aplicaciones de la noción de asistencia y de culpa por omisión revelan, sin duda, que aumentan para el hombre día a día, sus obligaciones sociales.

Pero estas intervenciones del juez francés han tenido, hay que reconocerlo, un carácter excepcional. El juez ha rehusado, casi siempre, alterar la esencia del contrato, sea descargando de su ejecución, sea revisando sus cláusulas, y se ha limitado a suspender o retardar su cumplimiento, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 1244 para conceder términos de gracia.

He aquí el panorama que ofrece, en algunos países representativos, el movimiento en favor de la ampliación de la esfera de acción judicial. Dentro de ese movimiento, nuestro Código Civil de 1936, sin desmedro de los principios de la autonomía de la voluntad y de la soberanía del contrato, ha recogido.

con explicable prudencia, la tendencia contemporánea apunta. Abandonando las antiguas reglas de hermenéutica remite a los jueces, por deficiencia de la ley, simplemente, a los principios generales del derecho (art. XXIII. Tít. Prel.). Y sin llegar, por cierto, a confiarle al juez una misión de la naturaleza de la que le confieren los códigos suizo y polaco, ni de la que ha venido a investirlo el nuevo Código italiano, ha ampliado el Código, no obstante, de una manera considerable, el campo del arbitrio judicial, no sólo en materia de ejecución de contratos, sino en muchos otros aspectos. La misma omisión de reglas para la interpretación de los contratos significa una mayor libertad para la acción judicial. Explicando esta omisión, dice la Exposición de Motivos: "Los problemas de este orden tienen una gran variedad y se hallan subordinados por su naturaleza a la práctica jurisprudencial. El arbitrio del juez es indispensable tratándose de procesos de lógica y de hechos de la vida apreciables en su momento, en su medio y en sus circunstancias. Las normas preconstituídas conducen en muchos casos a aplicaciones contrarias a la justicia".

A fin de apreciar el alcance atribuído por el Código Civil a la función judicial en materia contractual, vamos a intentar una enumeración de los diversos textos en los que se inviste al juez de la facultad de intervenir.

6.—TEXTOS DEL CÓDIGO CIVIL QUE RECONOCEN EL ARBITRIO JUDICIAL EN MATERIA CONTRACTUAL Y QUE AUTORIZAN AL JUEZ A INTERVENIR.—Aparte de la función que incumbe al juez, dentro de la órbita del derecho de obligaciones, de declarar la nulidad manifiesta del acto jurídico, de apreciar los vicios del consentimiento, de calificar la buena o la mala fe de los agentes, de pronunciarse sobre la ilicitud de los actos jurídicos y de fijar, en fin, las indemnizaciones provenientes de estos actos teniendo o no en cuenta el daño moral, existan en el Código una serie de disposiciones de carácter general o específicamente referidas a determinados contratos, que confieren al juez atribuciones eficaces en relación con la ejecución de los contratos válidamente concluídos. Unas erigen al juez en distribuidor de equidad y en guardián de la regla moral; otras le reconocen el poder de apreciar la legitimidad de los motivos que inspiran el ejercicio de un derecho, o le permiten suplir el silencio de las partes contratantes o su falta de acuerdo sobre determinadas cuestiones, y hasta modificar el contenido de ciertos contratos.

Entre los preceptos de orden general se presentan, en primer término, los dirigidos a asegurar la conservación de la regla moral en los actos jurídicos y, por tanto, en los contratos. Tales son, el art. II del Tít. Preliminar, del que se deriva la facultad del juez de calificar o determinar las manifestaciones abusivas de las voluntades individuales; el art. III del mismo Título, que pone bajo la custodia del juez la garantía del orden público y de las buenas costumbres en sus relaciones con el derecho privado; y los arts. 1103 y 1104, que dejan al criterio del juez la apreciación de las condiciones ilícitas, inmorales o imposibles que invalidan el acto subordinado a ellas.

Hacen del juez un distribuidor de equidad, textos como el art. 1227, que lo autoriza a reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, y el art. 1134, relativo a la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales.

Varios dispositivos reconocen la potestad del juez de señalar plazos para la ejecución de obligaciones legales o contractuales, a saber: el art. 1115, para el cumplimiento de las obligaciones cuando el acto no lo señala y se dedujera que ha debido concederse al deudor; el art. 1117, para el cumplimiento de los cargos; el art. 1200, para el cumplimiento por el deudor omiso de una obligación facultativa; el art. 1420, para el pago del precio por el exceso hallado de más en la venta de cosas por extensión o cabida, cuando el vendedor se negase a acordar un plazo al comprador; el art. 1680, para la difusión o representación de una obra literaria o artística, a pedido del autor, y cuando no se haya fijado un plazo en el contrato; el art. 1668, para la entrega de la obra por el autor, a pedido del editor; y, finalmente, el art. 1673, para la publicación por el editor, a pedido del autor, de una nueva edición, cuando se hubiese agotado la anterior.

De un modo específico, prevén la intervención del juez en la ejecución de los contratos, los siguientes textos: el art. 1357, que deja a su arbitrio la apreciación del descuido del adquirente que hubiese dado lugar a la pérdida de una cosa afectada de vicio oculto; el art. 1389, que faculta al juez para fijar el precio de venta, en el caso de que no se conformaren las partes con el que resulta de la tasación a que se hubieren sometido; el art. 1439, que autoriza al juez para declarar la rescisión por lesión del contrato de compra-venta de predios rústicos o urbanos teniendo en cuenta no sólo la desproporción señalada por la ley si-

no todas las circunstancias del caso; el art. 1426 que autoriza al juez a reducir, según las circunstancias, la amplitud de la indemnización de perjuicios convenida en los contratos de venta al crédito para el caso de que se rescinda la venta por no haberse pagado totalmente el precio; el art. 1502, que permite al juez conceder rebajas en la renta, por calamidades que menoscaben la cosecha; el art. 1524, que somete, implícitamente, al juez la apreciación de si el subarrendatario propuesto por el conductor ofrece todas las condiciones de solvencia y buen crédito; el art. 1545, que deja al criterio del juez el resolver, según las circunstancias, la rescisión del contrato de locación conducción por incumplimiento del pacto de mejoras; el art. 1548, que faculta al juez para fijar la retribución, en el contrato de locación de servicios, atendiendo a la costumbre y circunstancias del caso, cuando no se estipuló la retribución; el art. 1658, que permite al juez fijar la amplitud de la responsabilidad del gestor de negocios, apreciando las circunstancias que indujeron al gestor a encargarse de la gestión; el art. 1663, que le autoriza para decidir sobre la utilidad o necesidad del gasto en que incurre el gestor, según las circunstancias del momento en que se hizo; el art. 1674, que habilita al juez a fijar, previo dictamen de peritos, la remuneración del autor, cuando en el contrato no se hubiese estipulado; el art. 1719, que reconoce la potestad del juez de apreciar, según su prudente arbitrio, las causas capaces de justificar el pedido de disolución de una sociedad antes del plazo convenido; el art. 1737, que confiere al juez, en defecto de acuerdo de los interesados, la facultad de designar liquidadores de las sociedades civiles; el art. 1743, que le permite autorizar al liquidador, también en defecto de acuerdo de los socios, para practicar actos o contratos no considerados en sus facultades; y, en fin, el art. 1772, que reconoce al juez el poder de reducir la obligación por pérdidas en juego o apuesta no prohibidos, "en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia".

A la anterior enumeración cabe agregar la de los preceptos en los que se sujeta la solución de determinadas cuestiones contractuales, a las reglas de *la costumbre*. Son ellos los arts. 1333, 1513, inc. 3.º, 1517, inc. 5.º, 1547, 1548, 1550 y 1594. Es el juez el llamado a apreciar, en cada caso, lo que constituye *la costumbre*.

Abren estas disposiciones un vasto campo a la acción del

juez en la vida de los contratos. Algunas lo autorizan, de un modo claro, a modificar el contenido de los convenios, como el art. 1227 que permite al juez revisar la cláusula penal; el art. 1426, informado en el anterior, que lo faculta para reducir la amplitud de la indemnización de perjuicios en la rescisión de ventas al crédito; y el art. 1772 que autoriza al juez a reducir las obligaciones por pérdidas en el juego o apuestas. Otros preceptos, como los arts. 1115, 1548 y 1674, son de los que permiten suplir las omisiones de la voluntad de las partes o completar esa voluntad. Y si se tiene en cuenta, por último, el alcance que puede darse a la función de asegurar la ejecución de los contratos conforme a las reglas de la buena fe, se percibe la evolución que se ha operado con la nueva legislación civil en materia de arbitrio judicial.

Es evidente que la función judicial se ha complicado sobremanera en el Perú, con el cúmulo de atribuciones de que ha sido investida. Las soluciones judiciales tienden a devenir un elemento normal del derecho del país. El peligro de la arbitrariedad judicial es, pues, hoy mayor que antes, lo que causa inquietud a algunos. En cambio, otros expresan una actitud de confianza en las aplicaciones del nuevo Código peruano. Juan Bautista de Lavalle, al ocuparse del punto en el discurso que leyó al asumir la Presidencia de la Corte Superior de Lima en la apertura del año judicial de 1938, decía, refiriéndose a los resortes de seguridad capaces de evitar las extralimitaciones: "La resoluciones judiciales tienen por fortuna el amplio control de la revisión; de la intervención de los defensores; de una creciente publicidad; de un más asiduo interés por el estudio de ellas en el ambiente profesional y en la enseñanza del derecho". (35).

Pero es lo cierto que la enorme responsabilidad que gravita sobre los jueces por virtud del nuevo Código Civil, requiere una magistratura dotada de sólida cultura jurídica. Se ha propiciado, con este fin, la creación de cursos complementarios obligatorios, en las Facultades de Derecho, para aquellos estudiantes que elijan la carrera judicial. Mientras tanto, el proceso de selección y nombramiento de los jueces debe hacerse con el mayor tino y severidad, en especial tratándose de los jueces

(35) J. B. de Lavalle. — "La renovación del derecho peruano y la función judicial". — Discurso publicado en "La Revista del Foro" No. Enero-Marzo, 1938, pág. 35.

de provincias, que son los más expuestos al influjo de los intereses locales.

Sin dejar, pues, de advertir los riesgos y las dificultades de las nuevas funciones del juez en el Perú, tenemos que convenir en que el Código habría faltado a su destino si hubiera permanecido indiferente y rezagado frente a las exigencias y a las corrientes de su tiempo, ignorando los progresos jurídicos en el terreno del arbitrio judicial. Hay una gran diferencia entre el juez de hoy y el juez simple servidor de la voluntad rígida y abstracta de la ley que imaginaron los hombres de la revolución francesa. Se fragua en nuestros días un nuevo derecho en el que la flexibilidad de los preceptos permitirá a la jurisprudencia vivificar las fórmulas hieráticas de la ley.

CAPITULO TERCERO

EL PROCESO DE SOCIALIZACION DE LAS INSTITUCIONES CONTRACTUALES

SUMARIO: 1.—El contrato-institución y la relatividad de los derechos subjetivos. 2.—Otras manifestaciones de la socialización en el derecho contractual: la constitución de un derecho de clase, de protección de los débiles y de liberación del deudor.

I.—EL CONTRATO-INSTITUCIÓN Y LA RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.—El intervencionismo del juez y del legislador en la vida contractual y la evolución en los métodos de interpretación judicial, son signos característicos del vasto movimiento de socialización que se opera en la teoría de los contratos y que tiende a destruir el dogma de los derechos subjetivos absolutos y a afirmar su relatividad.

En nuestros días el contrato, entendido como un conjunto de reglas voluntarias, como una relación jurídica que crea, por una voluntad común, un derecho para el uno y una obligación para el otro, tiende a ceder el paso a la institución, esto es, a un conjunto de reglas permanentes que persiguen repartir las ventajas y los riesgos. En los contratos de locación-conducción y

de trabajo se advierte más intensamente esta transformación. El derecho contractual se encuentra en ellos dominado por el derecho reglamentario.

Duguít y Hauriou fueron los primeros en proponer los conceptos de "acto-regla" o de "institución" para completar el concepto contractual. Hauriou, ensayando una aplicación de su idea de que en la ejecución de los contratos lo que hay que examinar no es lo que el deudor ha prometido sino en qué medida deben ser repartidas las ventajas y los riesgos, llegó a soluciones singulares. Así, en el contrato de alquiler de ganado (cheptel), los tribunales debieran hacer una distribución de las pérdidas entre el propietario y el arrendatario; en el contrato de trabajo debieran repartirse, entre el patrón y el obrero, los riesgos imprevisibles. No llega a decir, por lo demás, cómo podrá hacerse esa repartición, ni en qué medida satisfará ella la equidad. Le basta con declarar que el orden jurídico tradicional se encuentra transtornado. (36).

Nada acusa mejor el debilitamiento de los derechos subjetivos que la amplitud y difusión alcanzada por la teoría del abuso de los derechos, la más vasta entre las teorías contemporáneas sometidas a los juristas. Ella toca la teoría del riesgo, engloba la teoría de la causa, la de la imprevisión y también la del tercero cómplice de la violación de una obligación contractual. Si bien las tendencias a las cuales responde se descubren fácilmente en Roma, en donde la evolución de las instituciones llevó a la limitación del absolutismo de ciertos derechos, puede decirse, no obstante, que los primeros ensayos de sistematización técnica son apenas anteriores al año 1900, en el que cristalizó el instituto en la fórmula general del art. 226 del Código Civil alemán. Saleilles, Josserand y Charmont se encargaron, luego, de ponerla de moda en Francia. Favorecida en Suiza por la doctrina y la jurisprudencia, fué también incorporada en el art. 2.º del Código de obligaciones. Lo propio hicieron, luego, los códigos del Brasil (art. 160), México (art. 1911) y el proyecto franco-italiano.

En Francia la jurisprudencia, sacando partido del art. 1382 que estatuye la responsabilidad cuasi-delictual, también ha impuesto la teoría. Los mismos pueblos anglosajones, tan instintivamente individualistas, han llegado a acogerla. Nues-

(36) v. Hauriou. — Principes de droit public. — Paris, 1916.

tro Código de 1936 constituye su más novísima consagración legislativa, en el art. II del Título Preliminar, que dice: "*La ley no ampara el abuso del derecho*".

Se diría, en vista de estas limitaciones legales al ejercicio de los derechos, que nuestra civilización quisiera rehacer, en sentido inverso, el camino de la coacción en el contrato, que el historiador Summer Maine mostraba como el sentido mismo del progreso social.

En la admisión por las modernas legislaciones de la teoría del abuso del derecho, no puede verse sino el triunfo del principio de la relatividad de los derechos subjetivos. En vano ha protestado el espíritu clásico y preciso de Planiol, viendo en la expresión misma de la teoría, una singular contradicción. Su protesta ha quedado aislada. La condena del ejercicio antisocial de los derechos es, mientras tanto, uno de los signos más característicos de las transformaciones jurídicas modernas.

Ripert, menos ortodoxo que Planiol, admite que la teoría del abuso del derecho introduce una moralidad superior en la vida social y puede ser justamente defendida; pero se inquieta al comprobar los peligros de traducir en la práctica esta teoría filosófica sobre la medida de los derechos. "Libres de definir el abuso y decididos, por lo demás, a no admitirlo sino si es grave, los jueces ven en la teoría del abuso del derecho el medio supremo de desarmar en el último momento a aquel que creía triunfar invocando el texto de la ley". (37).

Conviene Ripert en que la vieja concepción de los derechos individuales, poderosos instrumentos capaces de ser puestos al servicio de todos los intereses y de todas las pasiones, ha caducado. Pero objeta, empero, el planteamiento de las nuevas teorías. "Todo derecho—manifiesta—tiende al absolutismo. La relatividad de los derechos no significa nada. *Un derecho puede ser limitado, pero no relativo. ¿Relativo a qué?, ¿al interés social?* Hay que ser lógico: o reconocer el absolutismo del derecho individual o negar la existencia del derecho". (37).

En verdad que la crítica de Ripert parece que se redujera más a una cuestión de expresiones que a otra cosa, porque desde el momento en que acepta la teoría del abuso del derecho y reconoce, por otra parte, que la concepción de los derechos individuales absolutos no puede ser sostenida sin limitaciones.

(37) G. Ripert. — *La règle morale dans les obligations civiles*. — Paris, 1927, págs. 227 y 233.

¿no está, acaso, aceptando el principio de la relatividad o de la limitación de los derechos individuales?

Los panegiristas de la teoría de la relatividad de los derechos ven en la negación del derecho subjetivo el procedimiento técnico que permitirá reconstruir a la sociedad con una organización económica nueva.

Duguit ensayó elaborar una doctrina jurídica para demostrar que la evolución del derecho llevaba a la eliminación completa del derecho individual. Decía que era menester abandonar las categorías tradicionales sobre las cuales se ha construido el derecho civil e invitaba a los juristas a restaurarlo, declarando que el tratado magistral de Planiol, en el que el ilustre maestro permanecía adherido a las ideas tradicionales era "el canto del cisne" del derecho individual". (38).

Otros autores modernos proclaman ideas semejantes. Kosechember-Lyskowsky dice que el derecho subjetivo no es sino "un malentendido histórico". Gurvitch ensaya construir un derecho nuevo. Las teorías de Kelsen, aún cuando no tocan directamente al derecho privado, convienen igualmente en la negación del derecho subjetivo individual.

Josserand propone como fórmula de la relatividad de los derechos subjetivos la del art. 1.º del Código Civil de los Soviets, que dice así: "*Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en la medida en que son ejercidos en un sentido contrario a su destino económico y social*". Lambert ve en el Código de los Soviets el derecho del porvenir. Emmanuel Lévy escribe: "A los derechos individuales y perpetuos se substituyen derechos colectivos y temporales". (39) Más cerca de nosotros, el profesor argentino Busso, a quien ya hemos citado, exalta igualmente lo que el llama el "principio fecundo" de la relatividad de los derechos subjetivos; pero advierte: "Los progresos de la técnica jurídica no han alcanzado, hasta ahora, a concretar en fórmulas objetivas las reglas que permitan apreciar los fines perseguidos en el ejercicio de los derechos subjetivos. Mientras ello no ocurra, habrá necesariamente que reconocer un margen de apreciación más o menos extenso". (40)

He aquí, pues, el nudo de la cuestión para nosotros: el de la aplicación práctica de esta teoría del abuso del derecho que,

(38) León Duguit. — *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*. — Paris, 1920.

(39) v. E. Lévy. — *visión socialiste du droit*.

(40) Edo. B. Busso. — *Ob. cit.*, pág. 293.

instalada en el nuevo Código Civil, consagra la admisión por nuestros legisladores de la concepción social de la relatividad o de la limitación de los derechos subjetivos. José de la Riva Agüero, en la Memoria que presentó al Colegio de Abogados de Lima, al cesar en el cargo de Decano en marzo de 1937, expresó la inquietud que le inspiraba la incorporación de la flamante figura contra el abuso del derecho. Preveía el surgimiento, ante los jueces de provincia, de un rico manantial de demandas, excepciones e interpretaciones conjeturales. "Este tremendo poder preventivo de los jueces y tribunales—decía—es muy capaz de paralizar o torcer toda la legislación escrita, retrotrayéndonos a las facultades discrecionales de la jurisprudencia primitiva, porque es adagio que los extremos se tocan. Entramos en el reino de la inestabilidad".

Sin dejar de reconocer el peligro de la arbitrariedad judicial en la aplicación de la figura del abuso del derecho, hay que convenir en que el Código no podía permanecer impermeable a una construcción jurídica que se impone en todas partes al amparo de las concepciones sociales de la época.

Un Código debe ser el producto de la historia y reflejar la conciencia jurídica del país; pero, al mismo tiempo, puede ser capaz de crearla y de imprimirle una orientación nueva.

2.—OTRAS MANIFESTACIONES DE LA SOCIALIZACIÓN EN EL DOMINIO CONTRACTUAL: LA CONSTITUCIÓN DE UN DERECHO DE CLASE, DE PROTECCIÓN DE LOS DÉBILES Y DE LIBERACIÓN DEL DEUDOR.—La penetración del socialismo en el derecho contractual se expresa no sólo en el detrimento que sufren los derechos subjetivos e individuales en favor de lo que se entiende por intereses colectivos, sino también en otros aspectos que contradicen, a primera vista, el principio igualitario que inspira al movimiento socialista. Nos referimos a la constitución de un derecho de clase y a la protección que tanto la legislación como la jurisprudencia se inclinan a prestar a los débiles, a los deudores.

Para el socialismo la igualdad ante la ley, impuesta por la revolución francesa, favorece el desarrollo de la desigualdad resultante de la posesión de los bienes. De donde se sigue que, sin faltar a la idea de igualdad, pueda consagrarse un trato desigual a los sujetos de derecho.

Es así como asistimos a la creación de un derecho de clase. Se favorece al obrero y al empleado, al locatario, al mutua-

tario, en detrimento del patrón, del locador, del capitalista. Se elaboran leyes para salvar dificultades, muchas veces momentáneas, de ciertas categorías de contratantes, haciendo poco caso de principios de derecho tenidos como intangibles, tales como la libertad de los contratos y el respeto de la propiedad. El deudor, y sobre todo el deudor en apuros, se ha convertido en el niño mimado de la ley y del juez, que no mantienen sus severidades sino para el acreedor despiadado que tiene la temeridad de contar con la exacta ejecución del contrato firmado. Los medios técnicos, cuando se invocan para justificar estas medidas, son poco o mal precisados y muy diversos: fuerza mayor, imprevisión, lesión, enriquecimiento indebido. Los hombres cesan de ser iguales frente al contrato y al mismo tiempo frente a la ley. Las categorías sociales se oponen las unas a las otras y la desigualdad de los contratantes se presume según su condición económica y social. El contrato de trabajo obedece ya a un estatuto especial como también y aún más todavía, la convención colectiva, en los países en que está legislada. El contrato de arrendamiento, antes dependiente del derecho común contractual, está dotado de un régimen particular, una de cuyas características es la de constituir un provisorio indefinido.

Ripert, en su libro famoso tantas veces citado, sobre el régimen democrático y el derecho civil, publicado bajo la impresión de los excesos a que llegó el gobierno del Frente Popular en Francia, critica acerbamente esa política inmoderada de protección a los débiles y de liberación del deudor y denuncia las exageraciones del intervencionismo debidas al empuje democrático. Investiga Ripert la importancia del factor político en el espíritu y en la elaboración del derecho civil contemporáneo. Bajo el ropaje de una legislación de excepción se introduce—dice—el derecho nuevo, que no es ya la obra de juristas, cuidadosos de ajustar la intención a la técnica, sino del legislador todopoderoso, atento a los intereses del momento y a quien no preocupa el orden general de la organización civil, sino el deseo de satisfacer los intereses de los electores.

El propio Ripert, en un ensayo que lleva el expresivo título de "*Le droit de ne pas payer ses dettes*", dirige su crítica a las leyes de protección que son fuentes de injusticia y que sólo pueden ser toleradas cuando un interés económico superior prescribe para la salud del país, el sacrificio de ciertos derechos. Pero es matar el contrato, como expresa el autor, liberar legal-

mente al deudor cada vez que experimenta una dificultad de pago.

Destaca Ripert en su mencionado ensayo, la significación de una ley francesa que es realmente digna de llamar la atención de los juristas, por ser tal vez la primera ley civil que establece una división de los sujetos en dos clases, según su fortuna, para hacer depender el derecho del acreedor de la clase social a la cual pertenece el deudor. Es la ley de moratoria del 21 de agosto de 1936 que, a título transitorio y a partir de su promulgación, suspendía, de pleno derecho, todas las ejecuciones y medidas conservatorias. Pero no a todos beneficiaba esa moratoria legal. Se clasificaba a los franceses en dos categorías: los que estaban acotados en el padrón general de impuesto a la renta y los que no lo estaban. Los últimos gozaban de los beneficios de la moratoria; los otros quedaban excluidos. La sujeción al impuesto devino así el signo de una discriminación en la aplicación de las leyes civiles. La ley francesa del 21 de agosto de 1936 es una ley de clase; una ley para los proletarios y no para los burgueses. "La idea de igualdad civil fué a unirse así, en la reserva de las concepciones caducas, al principio del respeto a los contratos". (41).

Estos resultados del derecho contemporáneo son poco edificantes y revelan, en cierto modo, un desajuste entre la intención y la técnica, como lo advierte Couture. Hay en el fondo de todo este derecho un sentido de protección para el desafortunado y un deseo de mejoramiento para el mayor número; pero mientras el legislador se produzca apresuradamente, sin considerar las consecuencias finales de los nuevos textos dentro del concierto jurídico y sin atender a los consejos de los maestros de la técnica, se tendrá ese derecho inorgánico y carente de unidad, que caracteriza a la legislación contemporánea.

Se encuentra en el Código Civil peruano algunas plausibles medidas de protección al deudor, que mencionamos en el Capítulo Octavo, entre las observaciones generales a nuestra legislación sobre contratos. También en algunas leyes especiales se ha significado esa protección como en la de Prenda Agrícola No. 2402, del año 1916, cuyo art. 12 permite el pago anticipado del deudor. Pero es, sobre todo, por obra de las leyes de excepción y de circunstancia—cuyo análisis reservamos

(41) G. Ripert. — *Le droit de ne pas payer ses dettes*. — Paris, Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence, Dalloz. — 8 oct., 1936, pág. 59.

para el mismo Capítulo Octavo—como se ha infiltrado en nuestro derecho positivo esa legislación derogatoria del derecho común, empeñada en proteger al deudor en apuros y en corregir las desigualdades entre los contratantes. Aquí, como en otras partes, se ha llegado en esa política de favor para los deudores, a extremos lamentables, que relajan las medidas de seguridad instituídas en defensa de los acreedores. Como a una muestra reciente, cabe referirse a un pedido formulado en la sesión del Senado del 27 de agosto de 1942, por el representante señor Zapata, a efecto de que se dicten las disposiciones necesarias con el objeto de que los Notarios, como encargados de guardar la fe pública, se abstengan de pasar relaciones de los documentos protestados, a las Cámaras de Comercio, a los Bancos y a otras instituciones similares. Se quiere así cohonestar con una razón aparente—ya que los protestos no son actos reservados sino públicos, que constan en los registros de los Notarios (art. 90 Ley de Notariado)—la nota desdorosa que importa no pagar un efecto comercial a su vencimiento, y privar al comercio de una saludable práctica que lo pone a cubierto de los individuos insolventes o inescrupulosos y que contribuye, en especial, a asegurar el prestigio de la letra de cambio, instrumento fundamental del crédito. En lo que debería pensarse no es, pues, en la supresión de la práctica aludida, sino en su regularización, creando un Registro oficial y público, de efectos de comercio protestados, como lo advocaba la Corte Superior de Lima, en un ilustrado informe que emitió en 1940, a propósito de una consulta del Ministerio de Hacienda.

Informado en análogo espíritu de protección a una categoría de contratantes, existe un proyecto de ley, aprobado desde el año 1940 por la Cámara de Diputados y sometido ahora al Senado, que prohíbe estipular en los contratos de arrendamiento de casas habitación, el empoce de dinero o la entrega de prenda como garantía del cumplimiento de las obligaciones del locatario, bajo pena de multa del décuplo del depósito. Dispone así mismo el proyecto, que si en el contrato se pacta fianza, ésta se limitará al importe de tres mensualidades de la renta estipulada, no pudiendo el locador, en caso de existir tal garantía, embargar los sueldos o jornales del locatario en la proporción que el proyecto permite. Interesa anotar, a este propósito, que la Corte Suprema tiene sentado el criterio de que el fiador de un inquilino no es responsable sino por la renta de dos meses y

medio, cuya falta de pago da lugar a la acción de desahucio (Ej. Sup. del 15 de sept. de 1937.—Revta. de los Tribunales. 1938, pág. 61).

La progresión de esta política de favor para los deudores lleva, en realidad, a acordarle a ciertas categorías de contratantes, una situación privilegiada, a expensas, algunas veces, de la justicia y de las legítimas garantías que resguardan a los acreedores.

CAPITULO CUARTO

EL INTERVENCIONISMO EN LA FORMACION DE LOS CONTRATOS Y SUS MANIFESTACIONES

SUMARIO: 1.—Restricciones legales a la soberanía de la libertad de contratar: I.—Renacimiento del formalismo contractual; II.—Fiscalización de las operaciones contractuales; III.—Multiplicación de las prohibiciones o nulidades contra determinadas cláusulas o pactos; IV.—Fijación a priori de ciertos elementos del contrato. 2.—Limitaciones a la libertad de contratar derivadas de los contratos de adhesión, de las convenciones colectivas y de los contratos tipos elaborados por los sindicatos y asociaciones: I.—Contratos de adhesión: II.—Las convenciones colectivas; III.—Contratos tipos elaborados por los sindicatos, corporaciones y asociaciones.

Hemos enunciado como una de las características del nuevo orden jurídico, el hecho de que cada vez se circunscriba más el libre juego de las voluntades individuales para la formación de las convenciones, ya sea por acción directa del legislador o por efecto de la generalización de los contratos de adhesión, de las convenciones colectivas y de los contratos-tipos elaborados por los sindicatos y asociaciones gremiales o profesionales.

La política reglamentista e intervencionista oficial toma cuerpo en un renacimiento del formalismo y de la fiscalización, en la multiplicación de las prohibiciones y de las nulidades contra ciertas cláusulas y pactos, al amparo del desarrollo de los conceptos de orden público y de buenas costumbres, y, por último, en la fijación, a priori, de ciertos elementos del contrato,

tales como el precio de venta o de locación, la tasa del interés, etc.

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad provenientes de los llamados contratos de adhesión, de las convenciones colectivas, o de los contratos-tipos elaborados por los sindicatos y asociaciones son, en cierto modo, la expresión de una autoridad privada. Pero la acción de la ley se manifiesta también en ellas, ya sea en cuanto las consiente, ya en las medidas que adopta para proteger a la parte más débil.

Vamos a examinar, en este capítulo, los dos órdenes del intervencionismo en la formación de los contratos, a saber, el que resulta de la acción directa del legislador y el que se produce por la acción privada.

I.—RESTRICCIONES LEGALES A LA SOBERANÍA DE LA LIBERTAD DE CONTRATAR.—La libertad contractual, es decir, la determinación de las cláusulas de los contratos por la libre voluntad de las partes, estaba en armonía con la realidad económica de la primera mitad del siglo pasado, en la que todavía prevalecía un régimen de pequeño comercio y de pequeño patronato, frente a la pequeña mano de obra. Había entonces una igualdad aproximativa en la situación económica de los hombres. Pero las agrupaciones de capitales y la constitución de grandes empresas, a partir de la segunda mitad del siglo, acrecentaron las desigualdades económicas, con el resultado de que en las operaciones convencionales es, a menudo, una de las partes la que fija las condiciones de la operación. El movimiento jurídico contemporáneo propende a corregir esas desigualdades económicas y a dotar de una mayor seguridad a la declaración de voluntad, por diversos procedimientos de reglamentación y de intervencionismo, que llevan a reconocerle un alcance siempre creciente a las nociones de orden público y de buenas costumbres. Al mismo tiempo, la política fiscalizadora que persigue el Estado en materia tributaria y el control que se reserva la administración sobre ciertos actos, determinan un cúmulo cada vez mayor de requisitos y de diligencias para la celebración de los contratos, que entraban considerablemente el comercio jurídico.

Podemos agrupar los sistemas y procedimientos intervencionistas en la formación de los contratos, motivados por las razones antedichas, bajo los rubros siguientes: I, Renacimiento del formalismo contractual; II, Fiscalización de las operaciones

contractuales; III, Multiplicación de las prohibiciones o nulidades contra determinadas cláusulas o pactos y IV, Fijación a priori de ciertos elementos del contrato.

I.—*Renacimiento del formalismo contractual*.—“Contemporáneamente—expresa León Barandiarán en sus Comentarios al Código Civil—los principios de seguridad en materia de negocios jurídicos, esencialmente en mira de salvaguardar los derechos de tercero, el principio de la declaración de voluntad y la vinculación de orden pragmático entre la forma y la prueba, han hecho renacer apreciablemente la importancia del formalismo”. (42).

No obstante todo ello, las formalidades para contratar prescritas por el nuevo Código son apenas un poco más acentuadas que las del Código anterior. Se exige escritura pública para la donación de inmuebles (art. 1474); en el contrato de mandato, para que el mandatario pueda disponer de la propiedad del mandante (art. 1608); para el contrato de sociedad (art. 1689); para la constitución de renta vitalicia (art. 1750); para la emisión de bonos hipotecarios (art. 1807); para la transacción que no se haga por petición ante el juez que conoce del litigio (art. 1308); para constituir anticresis e hipoteca (arts. 1005 y 1012). Impone, además, el Código, forma escrita, para la donación de muebles de valor (art. 1474); para el mutuo cuyo valor pase de quinientos soles (art. 1585); para el depósito (art. 1608); y para la fianza (art. 1776). También debe constar por escrito de fecha cierta la prenda, para que surta efectos contra tercero (art. 983).

Aún cuando la sanción de nulidad por falta de la forma prescrita por la ley, solamente la establece el Código de un modo expreso, tratándose de la renta vitalicia, de la donación de muebles de valor y de la fianza, es lo cierto que los demás contratos indicados requieren también, para su perfeccionamiento o eficacia legal, la observancia de la forma impuesta como solemnidad o como modo obligatorio de prueba. Se acepta, sin embargo, en armonía con el sistema alemán, que de probarse en diversa forma el mutuo y el depósito, darían derecho a reclamar la devolución de la cosa mutuada o depositada, porque de otro modo se enriquecería indebidamente quien la hubiera recibido.

(42) José León Barandiarán. — Comentarios al Código Civil Peruano. — t. I.—Lima, 1938, pág. 179.

El Código anterior prescribía análogas formalidades, aparte de las relativas a los contratos de donación de muebles de valor, de sociedad y de fianza. La renta vitalicia, la anticresis, la hipoteca y la donación de más de 500 pesos debían constar por escritura pública. La transacción podía celebrarse por escritura pública, por petición ante el juez y por escritura privada, pero ésta solamente surtía efecto desde que, reducida a instrumento público, se protocolizaba.

No se encuentra, pues, en las formas y solemnidades para contratar prescritas en el Código, un recargo apreciable del formalismo, el cual resulta, más bien, de leyes especiales y del empleo de los Registros, cuando se quiere poner el acto en conocimiento del público y hacerlo oponible a terceros (Registros Públicos, Registro Fiscal de Ventas a Plazos). Los contratos inscribibles en los distintos Registros Públicos deben constar, en efecto, de escrituras públicas, con excepción de los contratos de prenda agrícola que celebre el Banco Agrícola del Perú (art. 232, Reglamento de Inscripciones). Los demás contratos de prenda agrícola deben constar por escritura pública cuando su cuantía sea de más de quinientos soles. Cuando no llegue a esa suma o no haya Notario en el lugar de la celebración bastará hacerlo constar por un documento extendido ante un juez de paz (art. 7.º, ley 2402 del 13 de dic. de 1916).

Pertenece también al género de las formalidades impuestas por leyes especiales, la obligatoriedad para las personas que forman parte de la Cámara Algodonera de contratar con sujeción a las reglas fijadas por la Cámara y de presentar dichos contratos para su registro en la institución (ley 8990 del 19 de octubre de 1939).

Aparte de las formalidades precitadas, existen una serie de trámites y requisitos, de orden tributario o simplemente administrativo, que afectan a los contratos y que son también un signo de la reglamentación creciente, por el poder público, del comercio jurídico. Trataremos, ahora, de ellos.

II.—*Fiscalización de las operaciones contractuales.*—La fiscalización en materia de percepción de impuestos y el control que ejerce el Estado respecto de ciertos actos, determinan un conjunto de trámites—previos o consiguientes a la celebración de los contratos—que se multiplican sin cesar a medida que crece la política reglamentista y que se estrecha en torno de los con-

impuestos.

tribuyentes, el cerco del Fisco para impedir la evasión de los

En el Perú funcionan un gran número de exigencias de esa naturaleza, que embarazan considerablemente la contratación y que contrarrestan cualquier tendencia que de otro lado pudiera manifestarse hacia la simplificación del comercio jurídico.

Las leyes sobre impuestos a la renta y las relativas al tráfico patrimonial—registro, sucesiones, timbres, alcabala de enajenaciones, etc.—imponen a los Notarios la obligación de someter las minutas de los contratos que puedan estar afectos a esos impuestos, a la visación sucesiva de una serie de dependencias administrativas, encargadas de su acotación o cobranza, antes de poder extender dichas minutas en sus registros públicos.

Esta política de fiscalización se extremó con el decreto supremo, hoy derogado, de 30 de septiembre de 1936. Según él, ninguna persona natural o jurídica podía celebrar contratos de cualquiera naturaleza que fuese, ni ausentarse del país las personas naturales, si adeudaba alguno de los impuestos sobre la renta considerados en la ley 7904. Se prohibía, al mismo tiempo, a los Notarios públicos extender escritura alguna sin la constancia previa de la entidad recaudadora de que todas las personas que intervenían en ella se encontraban al día en el pago de los impuestos que les correspondían.

Para la mejor aplicación de este decreto se dictó, el 22 de junio de 1938, una resolución suprema en la cual limitóse la exigencia fiscal al pago de los impuestos cuyos recibos estuviesen en cobranza, y al impuesto sobre la renta del capital movable que afectara a cualquiera de los contratantes principales en la condición de deudor. La práctica demostró al cabo la inconveniencia y la injusticia de tan rigurosas medidas, que retraían del otorgamiento de escrituras públicas, que perjudicaban muchas veces, a personas interesadas en los contratos y que no eran omisas en sus pagos. De ahí que, por resolución suprema del 26 de marzo de 1940, se haya dispuesto que el funcionario encargado de "dar pase" a la minuta en aplicación del decreto de 1936 y de la resolución aclaratoria de 1938—las que se declaran sin efecto—no podrá negarlo ni retener la minuta por razón de deuda de impuestos, debiendo limitarse, en tal caso, a poner el hecho del adeudo de los contratantes, bajo la responsabilidad, en conocimiento de la autoridad que debe ordenar el empleo del procedimiento coactivo. A esto ha quedado reducido el discutido

decreto del 30 de septiembre de 1936 el cual, por lo demás, nunca pudo aplicarse integralmente, por la falta de un registro personal de los contribuyentes.

Otro "pase" de carácter general, al que están sujetas todas las minutas de contratos—con excepción le las de mandato—resulta del *impuesto de registro*. Las minutas han de someterse a la Sección correspondiente del Departamento de Recaudación para el efecto de la acotación y pago de ese impuesto, o de que se declare que el contrato está exento de él conforme a la ley (ley 5004 del 16 de enero de 1925).

Al lado de los anteriores trámites funcionan los que conciernen específicamente a determinados actos o contratos, según que estén afectos a la alcabala de enajenaciones, al impuesto de timbres, al impuesto a las sucesiones o a los impuestos sobre la renta.

Por razón de la *alcaba de enajenaciones*, las minutas de contratos sujetos a este impuesto deben ser visados por la Sección respectiva, para la acotación o exoneración del impuesto. La ley declara nulos los contratos que se celebren por escritura pública sin haber abonado el impuesto, y sujeta a los Notarios que legalicen contratos sin haberlo abonado, a una multa equivalente al décuplo del impuesto (ley 4881 del 9 de enero de 1924, art. 3.º). Sin perjuicio de este pase por razón de la alcabala de enajenaciones, algunos contratos de transferencia de derechos están gravados con sobre-impuestos, cuyo pago supone nuevos trámites. Así, las transferencias de concesiones de explotación de petróleo, las de concesiones auríferas, las de lotes de terrenos adquiridos a plazos, están gravadas con impuestos adicionales, aparte del derecho de alcabala (ley 4452, petróleo; ley 7601, oro; resolución suprema del 14 de diciembre de 1933, terrenos).

Las leyes y reglamentos sobre *impuesto de timbres* imponen también a los Notarios la obligación de someter las minutas de constitución de compañías mercantiles al "pase" de la Sección Timbres de la institución recaudadora, para el efecto de acreditar el pago del impuesto que afecta a las acciones de las compañías (resolución suprema del 25 de mayo de 1938).

El *impuesto a las sucesiones* determina, asimismo, que requieran el visto bueno del Departamento de Sucesiones de la Superintendencia General de Contribuciones, todas las minutas de contratos sobre bienes o responsabilidades hereditarias. Para cautelar el pago de este mismo impuesto y evitar que se

eluda mediante la constitución de sociedades anónimas con acciones al portador, la ley ha establecido los casos en que las compañías necesariamente deben constituirse con acciones nominativas, y ha instituído con tal objeto, un nuevo "pase" para las minutas de sociedades con acciones al portador (dec. supremo del 23 de mayo de 1939, reglamentario de las leyes 8548 y 8872, y derogado en parte por la resolución suprema del 8 de julio de 1942). Se requiere, igualmente, el pase de la Superintendencia General de Contribuciones en las minutas que se otorgan para convertir—en aplicación de la ley 8548—las acciones al portador en acciones nominativas. En la práctica los Notorios, para no entrar en discriminaciones expuestas a error, remiten para el pase del Departamento de Sucesiones, todas las minutas sobre constitución o modificación de compañías anónimas.

Por último, la legislación sobre impuestos a la renta, impone también obligaciones previas a los Notarios, en relación con el impuesto sobre la renta del capital movable y con el impuesto sobre las utilidades industriales y comerciales. Los contratos públicos o privados que den lugar al pago del *impuesto sobre la renta del capital movable*, deberán registrarse en la Matrícula respectiva en la institución recaudadora, no pudiendo los Notarios insertar en su registro contratos que no hayan sido inscritos ni legalizar firmas en los privados, sino han cumplido con registrarlos. Tampoco se les permite insertar escrituras que cancelen o modifiquen en cualquier forma, contratos anteriores de crédito, sin el comprobante de pago o de la improcedencia del impuesto, el que deberán insertar en la escritura (art. 24 del Reglamento aprobado por res. suprema de 23 de junio de 1936).

En relación con el *impuesto sobre las utilidades industriales y comerciales*, el art. 24 del Reglamento de la materia, aprobado por resolución suprema del 14 de septiembre de 1936, prescribe que la entidad recaudadora no dé pase a ninguna escritura de traspaso de arrendamiento de fundo rústico ni de negocio comercial o industrial, si dicho fundo o negocio adeuda alguna suma por concepto de ese impuesto.

Junto a los trámites y requisitos previos hasta aquí descritos, dirigidos a la mejor percepción de diversos impuestos, actúan otro más, también de carácter preliminar, y clara expresión de la política intervencionista y reglamentista del Estado

en aquellos asuntos en los que está de por medio el interés público. Pertenecen a esta clase de medidas, las siguientes: la aprobación que debe prestar el Poder Ejecutivo a los estatutos de las sociedades que se establezcan para vender inmuebles por mensualidades (ley del 14 de noviembre de 1900, art. 27); la necesidad de que la Dirección de Trabajo autorice los contratos de trabajo para que éstos adquieran eficacia (resolución suprema del 27 de octubre 1936); el permiso que debe prestar el Gobierno a los contratos de transferencia o de arrendamiento de propiedades mineras y petrolíferas, requisito sin el cual no tendrá validez el convenio ni podrá elevarse a escritura pública (ley 4452, art. 10; resolución suprema de 17 de junio de 1922, resolución suprema de 18 de diciembre de 1934; resolución suprema de 14 de junio de 1940; resolución suprema de 22 de marzo de 1941); la visación de la Dirección General de Fomento en los contratos de compra-venta de terrenos urbanos o de quintas huertas, condición sin la cual no podrán ser tramitados esos contratos por la Caja de Depósitos y Consignaciones ni por los Notarios Públicos, ni inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble (Resolución Suprema de 9 de julio de 1940); la visación que debe poner el Ministerio de Relaciones Exteriores en los contratos de traslación del dominio o de la posesión de propiedades rústicas situadas en las provincias limítrofes de la República, en aplicación de la ley No. 7943, del 10 de diciembre de 1934, que prohíbe esas traslaciones, bajo pena de nulidad en favor de personas colectivas o individuales extranjeras.

Cabe mencionar también al lado de las anteriores medidas, ciertas reglas particulares establecidas para los contratos en que sea parte el Gobierno.

El decreto supremo del 19 de febrero de 1937 establece que antes de celebrar cualquier contrato de enajenación, arrendamiento o gravamen en general de bienes fiscales, deberán las reparticiones públicas o las instituciones que administran inmuebles del Estado, dar cuenta de esos contratos al Ministerio de Hacienda (art. 1.º). Igual obligación se impone para la celebración de cualquier acto o contrato de bienes de terceros a favor del Estado, así como para la anulación, rescisión o caducidad de contratos anteriores en que sea parte el Estado (art. 2.º)

Otro reciente decreto, del 15 de septiembre de 1942, invocando la necesidad de mejor cautelar los intereses fiscales, es-

tablece que todo contrato que celebre el Gobierno en el que se conceda exoneración de impuestos o arbitrios, deberá pasar previamente a informe de la Superintendencia General de Contribuciones, sin cuyo trámite serán nulas las cláusulas respectivas.

A los requisitos y formalidades previas hasta aquí enumeradas han venido a agregarse últimamente, complicando aún más la contratación en el Perú, los que resultan de las restricciones dictadas contra los súbditos de los países miembros del pacto tripartito.

Los contratos en que sean parte nacionales de esos países o de los territorios ocupados por ellos, o las personas jurídicas peruanas o extranjeras en las que aquellos nacionales tengan interés predominante a juicio del Gobierno, o, por último, las personas naturales o jurídicas sujetas a restricciones por acción de algún Estado participante en la conferencia de Río de Janeiro (vale decir, incluidas en las "listas negras"), serán nulos si no son autorizados por la Superintendencia de Economía o por una resolución del Ministerio de Hacienda, en su caso (arts. 5.º y 12 de la ley 9586). También deberán someterse a la aprobación de la Superintendencia de Economía los contratos vigentes anteriores a la ley, cuya ejecución no haya sido especialmente autorizada (art. 14). Solamente se exceptúan de la aprobación previa, los contratos de arrendamiento de casas habitación, los de locación de servicios y de transporte, y las ventas al por menor (art. 15). Para el mejor cumplimiento de todas estas rigurosas prescripciones, el decreto del 15 de abril de 1942, reglamentario de la ley 9586, les ha señalado nuevas obligaciones a los Notarios públicos, a saber: exigir a los contratantes, sean hombres o mujeres, que acrediten su nacionalidad con instrumento público; y someter, en general, a la aprobación del Gobierno, todo contrato en el que alguna de las partes contratantes se halle sujeta a restricciones por la ley 9586, lo que supone, en cada caso, una investigación en tal sentido.

Todos estos trámites y requisitos previos para contratar, dictados a medida que se han considerado necesarios y sin obedecer a ningún plan ni sistema, se explican y justifican si se atiende a los motivos particulares a que responden. Pero cuando concurren varios de esos trámites para la celebración de un mismo contrato, significan rémora y obstáculo muy onerosos, que deben simplificarse en lo posible. No es difícil imaginar un

contrato sobre el que puedan incidir ocho o diez de los diversos "pases" requeridos.

La fiscalización no queda agotada, por lo demás, al concluirse los contratos. Persigue, en algunos casos, a los contratantes después de su celebración y les impone diversas obligaciones que deben cumplir, bajo pena de multa o de no obtener el reconocimiento de sus derechos emanados de esos contratos.

Así, los contratos de transferencia de concesiones mineras y petrolíferas, sujetos, según hemos visto, a la autorización previa del Gobierno, deben presentarse, con el testimonio respectivo, a la Dirección de Minas y Petróleo, a fin de que se expida la resolución que ordene la inscripción de la transferencia en el Padrón (decreto del 17 de julio de 1922 y resolución suprema del 6 de noviembre de 1940). Los interesados deben solicitar, asimismo, la inscripción de las empresas mineras en el Registro de Entidades Mineras, en acatamiento del decreto supremo de 3 de febrero de 1930.

Sobre los contratos de arrendamiento y de subarrendamiento de predios rústicos y urbanos recaen también obligaciones de esta índole, prescritas en las resoluciones supremas del 15 de marzo de 1941 y del 20 de agosto de 1942. La primera, por razones de orden tributario, obliga a los arrendatarios de *inmuebles rústicos o urbanos*, a declarar a la Superintendencia General de Contribuciones, los contratos de sub-arriendo que celebren, dentro de los primeros 30 días, así como también la de avisar dentro del mismo plazo, la terminación del contrato; bajo pena de sufrir una multa de S/o. 10.00 a S/o. 200.00, y sin perjuicio de responder del impuesto dejado de percibir. La resolución suprema del 20 de Agosto de 1942, dictada en uso de la facultad conferida al Poder Ejecutivo por la ley 9245, e invocando la necesidad de que la administración fiscal conozca con la debida oportunidad las modificaciones que se produzcan en la situación de los contribuyentes, reitera y modifica en parte lo dispuesto en la anterior resolución, en cuanto impone a los propietarios de los *fundos rústicos* arrendados y a los arrendatarios que subarrienden dichos fundos, la obligación de poner en conocimiento de la Superintendencia de Contribuciones—bajo pena de multa hasta de cinco mil soles—los contratos de arrendamiento, dentro de los 30 días de celebrados, debiendo también

comunicar con 60 días de anticipación la terminación de los referidos contratos.

Por consideraciones de orden tributario, quedan obligados también los vendedores o compradores de ciertos productos a poner en conocimiento del Gobierno las ventas o las adquisiciones que efectúan. Así, el decreto supremo del 17 de junio de 1937 prescribe a las empresas que compren o que benefician por cuenta ajena, materias primas de producción nacional, la obligación de enviar semestralmente a la Superintendencia de Contribuciones una relación de dichos productos, bajo pena de S/o. 100.00 a S/o. 1,000.00 de multa.

Con fines de estadística agrícola, la resolución suprema del 29 de abril de 1942 impone a los compradores de algodón en rama la obligación de remitir mensualmente a la Cámara Algodonera del Perú una relación de sus compras.

Son estas las principales medidas a través de las cuales se manifiesta en el Perú la política de fiscalización tributaria y de control público en la celebración de contratos. Forma ya el conjunto de los requisitos y diligencias apuntadas un verdadero embolismo que embaraza seriamente el tráfico contractual y, por ende, la circulación de la riqueza. Habría que reducir esas medidas a las estrictamente necesarias y limitar la hipertrofia fiscalista en la contratación, introduciendo las reformas convenientes en nuestro sistema tributario.

III.—*Multiplicación de las prohibiciones o nulidades contra determinadas cláusulas o pactos.*—La noción de orden público, a pesar de que continúa siendo incierta y difícil de precisar, sobrepasa hoy—según hemos dicho—la significación moral y política que antes se le atribuía y alcanza al cuadro general de las relaciones económicas y sociales.

El Código Civil enuncia en el art. III del Título Preliminar, la prohibición de derogar por las convenciones a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. En otra parte dice el Código que para la validez del acto jurídico se requiere que el objeto sea lícito (art. 1075). Estas reglas tuvieron en el Código derogado y en su modelo el Código francés, alcance limitado y el juez hizo de ellas una aplicación tímida, de acuerdo con la concepción filosófica de la autonomía de la voluntad y por la falta de un medio o fórmula que le permitiera conocer las leyes de orden público. Hoy, sin que pueda decirse

que se haya encontrado esa fórmula, las mismas reglas toman un sentido nuevo.

Se entiende, de un modo general, que sólo las leyes de orden público o que interesan a las buenas costumbres, son irreductibles a la voluntad individual; pudiendo, en cambio, ser derogadas por una manifestación de voluntad contraria, las leyes o preceptos interpretativos, supletorios o declarativos. Fuera, pues, de los límites que se le trazan, el principio de la libertad de contratar se conserva, en principio, íntegro. Sólo que esos límites, por efecto de la política reglamentaria e intervencionista, reducen cada vez más dicha libertad.

Ya el código civil alemán—según lo advierte el profesor argentino Saravia—ha manifestado la tendencia, en determinados preceptos de derecho supletorio, de oponer cierta resistencia a la voluntad individual de derogarlos. Esa misma dirección se ha precisado en el Código Civil soviético, que adopta una posición extrema; la ley reglamenta los contratos y autoriza a los individuos a celebrarlos, pero los obliga a ajustarse a la reglamentación y categorías legales. “Es la desconfianza sistemática—escribe Saravia—en la libertad de contratar y sobre todo el deseo de parte del Estado de mantener bajo su control el comercio jurídico del país”. (43).

Son raros los preceptos de nuestro Código relativos al derecho contractual que asumen, expresamente, un carácter indeclinable de orden público y que prohíben toda convención contraria. Pero se entiende, por todos, que los preceptos prohibitivos son siempre de orden público, y por tanto irrenunciables. Serían nulos, por esta razón, pactos como el de no enajenación (art. 852) y el de renuncia a gravar un bien con segundas o ulteriores hipotecas (art. 1023).

Para marcar el carácter imperativo de las reglas de orden público, lo más simple habría sido, evidentemente, que el mismo codificador señalara qué normas invisten ese carácter. Pero ello habría encasillado y limitado el alcance de una noción de suyo flotante. Por eso, si el legislador omite decir el alcance de la regla dictada, tiene que ser grande el embarazo del juez para fijarlo. Y si la noción de orden público, en general, es siempre imprecisa, la dificultad se hace mucho mayor cuando se trata de determinar si un contrato es susceptible de afectar

(43) Manuel Saravia. — Crisis del principio de la libertad de contratar. — *Rvta. de D. Civil.* — Bs. Aires. — t. I, pág. 341.

al orden de las relaciones económicas que el legislador estima deseable. La legislación económica de hoy resulta esencialmente variable e inestable, porque debe tomar en cuenta elementos que sufren continuas modificaciones. Las nuevas leyes le imponen al juez ser un economista experto. En tales condiciones difícilmente puede formularse una jurisprudencia. Se vió esto cuando se trató de aceptar o condenar, frente al curso forzoso, las cláusulas de garantía que se insertaron en los contratos para salvaguardarse de las fluctuaciones monetarias. Aquí, como en otros países, los tribunales sucesivamente aprobaron y desconocieron las cláusulas en moneda extranjera o de garantía de cambio en moneda extranjera, las cláusulas oro o valor oro, las cláusulas de escala móvil, etc.

Mas si las codificaciones han sido reacias a marcar el carácter de las normas imperativas y de orden público, las leyes especiales y las disposiciones gubernativas, en cambio, no han tenido reparo en ampliar cada vez más la noción. Son características esas prohibiciones de todo pacto en contrario, en las leyes del trabajo en general. No puede estipularse en los contratos de locación de servicios la renuncia a los beneficios de la ley del empleado (ley 4916, art. 7.º; Reglamento, art. 53; ley 6871, art. 11). Son nulos los contratos de trabajo que establezcan renuncia de parte de los servidores a gozar de los beneficios que las leyes y resoluciones gubernativas de carácter social les otorgan, estando, además, sujetos los contraventores de esta disposición a multas de S/o. 500.00 a S/o 5.000.00 (dec. supremo del 27 de octubre de 1936). Podrían citarse, además, un sinnúmero de leyes dictadas en los últimos veinticinco años, igualmente inspiradas en la preocupación de defender los intereses de una clase o de una categoría de ciudadanos: la ley contra el agio y la usura; las leyes que prohibieron los intereses penales en los contratos de mutuo; la ley que declara nulos los intereses penales en los contratos de compraventa de terrenos en las urbanizaciones, y los pactos que autorizan a las empresas a apropiarse de las cuotas pagadas y de las fábricas verificadas por compradores de lotes, etc. Informado por el mismo espíritu que estas medidas, existe un proyecto de ley—al que ya hemos hecho referencia—aprobado por la Cámara de Diputados y próximo a debatirse en el Senado, por el que se prohíbe el empeño de dinero o la entrega de prenda, como garantía de las obligaciones del locatario en los contratos de arrendamiento de casas habi-

taciones. Otras veces, invocando el carácter de orden público de las leyes monetarias, se han prohibido las cláusulas en moneda extranjera y los pactos de salvaguardia contra las diferencias de cambio. Finalmente, por consideraciones de índole tributaria, se ha prohibido estipular en los contratos de locación de inmuebles en que el Estado sea conductor, que el impuesto predial sea de cargo de éste (resolución suprema del 5 de setiembre de 1935).

En cuanto al carácter técnico de la nulidad de las convenciones contrarias a las leyes que interesan al orden público, se ha admitido siempre que esa nulidad es absoluta, de donde se sigue que la acción está abierta a todos los interesados, que ella no desaparece por la confirmación o la prescripción, que la nulidad puede ser invocada por vía de acción como por vía de excepción, que ella trae la destrucción de todo lo que ha sido hecho y la repetición de cuánto ha sido pagado.

Empero, las convenciones contrarias al orden público económico no siempre han sido tratadas con ese rigor por los tribunales. A menudo, por aplicación de la regla sobre nulidad parcial del acto jurídico que nuestro Código Civil consagra en el art. 1127, la nulidad ha alcanzado tan sólo, a las cláusulas infractorias, más nó al contrato entero. En este sentido nuestra jurisprudencia ha declarado nulas, en repetidas ejecutorias, las estipulaciones de intereses en los contratos de mutuo, cuando aquéllos excedían de la tasa señalada por ley 2760, a pesar de que ésta, en su art. 7.º, declara la nulidad de todo contrato de préstamo en que se estipule un interés superior al que permite. Guarda analogía esta solución jurisprudencial, que declara no puesta la cláusula de intereses y mantiene el contrato, con la que da el Código Civil, en materia de exceso en las donaciones, cuando declara inoficioso el exceso, dejando subsistente el contrato en cuanto lo consiente la ley.

Estas soluciones difícilmente pueden justificarse por una voluntad presumida de las partes y no tienen, en realidad, sino una explicación; el contrato se mantiene porque se le considera útil desde el punto de vista económico. La cláusula se juzga nula; pues se la borra, dejando subsistir el contrato. En definitiva, se le impone a las partes la conclusión de un contrato que no es el que han querido, únicamente para mantener una relación económica juzgada útil. Con ese criterio se pronunció en Francia la nulidad de las cláusulas tendentes a salvaguardar de la

depreciación monetaria, sin destruir los contratos en que se hallaban insertas.

Un examen de la legislación comparada revela la universalidad de las intervenciones coactivas del legislador. En todas partes han querido corregir las desigualdades profundas que los fenómenos económicos han creado entre los contratantes. Como un antiguo antecedente puede citarse, por vía de ejemplo, la ley francesa del año 1905 que prohíbe las cláusulas de no responsabilidad en los contratos de transporte por ferrocarril. En la Argentina una ley modificatoria del art. 1504 del código civil, ha declarado nula la cláusula que pretende excluir de la habitación o casa arrendada o subarrendada a los menores que se encuentran bajo la patria potestad o la guardia del locatario, o sublocatario.

Otras veces las leyes invisten en su integridad, el carácter de orden público, y encierran fórmulas finales en las que se declara nulo cualquier pacto o disposición que se les oponga. El legislador desconfía de las estipulaciones capaces de contrarrestar su obra, y esteriliza así, por medio de una cláusula legislativa de estilo, las cláusulas, también de estilo, contractuales.

Dentro de esta misma órbita se mueven una serie de medidas legislativas o administrativas que, mediante diversos procedimientos técnicos, persiguen una finalidad sanitaria o policial. Tales, las prohibiciones para vender drogas, animales enfermos, remedios secretos, etc.; las que restringen o prohíben la exportación, importación o venta de determinados artículos; la serie de medidas reglamentarias que autorizan a verificar la calidad de ciertos productos que son objeto de comercio, etc.

Dice Ripert, refiriéndose a estas medidas, que el Código Civil había creído encontrar en la nulidad por error o dolo y en la garantía por los vicios, los remedios suficientes a las convenciones abusivas. "El medio,—observa—es únicamente represivo. El derecho moderno substituye a esta represión la prevención".

Puede también considerarse entre el género de restricciones que estudiamos las que, por razones de interés nacional, autoriza a establecer el art. 35 de la Constitución, para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, por su naturaleza, por su condición o por su situación en el territorio. Informadas en esa autorización, se han dictado varias disposiciones legislativas y ejecutivas, como la ley 7943—ya ci-

tada—que prohíbe las transferencias de propiedades rústicas a extranjeros, en las provincias limítrofes del territorio, y otras en materia de minas, como la resolución suprema del 5 de agosto de 1941, que prohíbe los contratos de arrendamiento y de cesión de derechos, respecto de las concesiones auríferas de explotación, acordadas a trabajadores nacionales de las respectivas regiones en conformidad con la ley 7601. Por razones de defensa nacional, el decreto supremo del 22 de junio de 1941 prohíbe la adquisición o arrendamiento por extranjeros, de propiedades inmuebles vecinas a los establecimientos y defensas militares.

El legislador contemporáneo se hace cada vez más autoritario, más prohibitivo, más reglamentario y más comprensivo. Pretende afirmar la preeminencia de la ley sobre el contrato y no admite que su voluntad pueda ser puesta en jaque por las voluntades individuales. Consideraciones de orden económico, financiero o político, e intereses de clase, más que invocaciones de carácter moral, son las que se encuentran en la base de los textos.

IV.—*Fijación a priori de ciertos elementos del contrato.*—La política reglamentaria e intervencionista del legislador se traduce a este respecto, en aquellas medidas que, contrariando el libre juego de las fuerzas económicas en presencia, determinan ciertos elementos de los contratos, como los precios de algunos bienes y servicios, los de los alquileres, la tasa del interés, etc. Generalmente, la intervención se produce en provecho de los compradores o de los consumidores, para impedir el alza de los precios, los que se fijan exactamente o dentro de un máximo y un mínimo.

El número y la importancia de las intervenciones del Estado en esta materia se han acrecentado considerablemente a partir de la primera guerra mundial. Hasta entonces sólo fueron admitidas esas medidas excepcionalmente, salvo en lo que se refiere al comercio internacional. Hoy se las considera recursos usuales y necesarios. No podría decirse, sin embargo, que se haya demostrado su eficacia. La coacción estatal suele desarreglar aún más el mecanismo económico. Y es que no basta con que el Estado todopoderoso diga una palabra para que se pleguen a su voluntad los fenómenos económicos. Son más discernibles, en cambio, los peligros de esa intervención de los poderes públicos en la determinación de los precios, porque una

vez en movimiento, el engranaje de las intervenciones se desarrolla con un automatismo temible.

En Francia, donde reinaba el libre juego de la oferta y la demanda, sin más restricción que la proveniente del art. 419 del Código penal que sanciona el delito de acaparamiento, se dictó en el año 1916 una ley que creó el delito de "especulación ilícita" sin que llegara a determinarse, por lo demás, a partir de qué momento la especulación, esencia misma del comercio, se volvía ilícita. Fué juzgada en consecuencia, dicha ley, por algunos, como un procedimiento fácil para hacerle creer al público que la carestía de la vida se debía a los especuladores. Otra ley francesa del año 1926, dió carácter permanente a la anterior y sin ganarla en precisión, elevó a la categoría de delito los actos de especulación que operaran alzas o bajas fuera de la concurrencia natural y libre.

El nuevo Código Civil italiano contiene un artículo, el 1339, instalado en el capítulo "De los requisitos de los contratos", que atribuye expresamente carácter indeclinable, a los elementos contractuales fijados por la autoridad. Dice así el precepto: *"Las cláusulas, el precio de los bienes o de los servicios, impuestos por las leyes o por las normas corporativas, son de derecho insertas en los contratos, aún en sustitución de las cláusulas contrarias insertas por las partes"*.

Entre nosotros, por efecto de la actual guerra mundial, ha empezado a formarse una nutrida legislación de este género. Se han creado organismos como la Superintendencia de Bienestar Social, la Dirección de Alimentación Nacional (supeditada a la Junta Nacional de Fomento de Producción Alimenticia), la Inspección Fiscal de Precios, a los que se ha confiado la función de fijar los precios de un conjunto de artículos útiles para la vida.

Al lado de las anteriores disposiciones cabría citar otras muchas, como las que limitan el interés en los contratos de mutuo, las que señalan salarios mínimos, las que sujetan a tarifas la explotación de servicios públicos, etc. Puede decirse que casi no hay contrato que escape, en la hora actual, a la fijación por los poderes públicos de algunos de sus elementos.

En la compra-venta, se fija el precio de un número cada vez mayor de objetos de consumo; se señalan ciertas reglas y condiciones que deben contener las ventas por el sistema cooperativo, las de terrenos en las urbanizaciones, las de algodón, etc.

En la locación, se llega a fijar el monto de los alquileres; se prohíbe el alza; se imponen las reparaciones que debe ejecutar el propietario.

En el trabajo, la minuciosa reglamentación ha originado una disciplina nueva que la estudia. Entre todos los contratos, el del trabajo escapa más a la libre voluntad de las partes; en él el sistema reglamentario sustituye más ostensiblemente al sistema liberal de la consensualidad. El contrato de trabajo resulta así el más dirigido de todos los contratos, como lo atestigua el art. 1572 del Código Civil, que señala una serie de reglas imperativas contra las cuales viene a estrellarse la libertad patronal. La intervención legal impide que la pujanza económica suprima determinados beneficios que todo contrato debe contener.

En el contrato mercantil de transporte, las tarifas y demás condiciones se encuentran, igualmente, sujetas al poder público.

De igual manera, los contratos de seguro, los de constitución de sociedades por acciones, las operaciones bancarias, la emisión de obligaciones hipotecarias al portador, se efectúan reconociendo elementos que fijan la ley.

De esta sumisión de las partes, en el contrato moderno, a un conjunto de reglas legales obligatorias resulta que, una vez concluidos los contratos, vienen a ser, en cierto modo, contratos de doble adhesión.

La libertad de las convenciones, consagrada en el art. 1328 del Código Civil, se mantiene como el gran principio regulador del comercio jurídico; pero el legislador tiende a substituir al libre contrato de derecho civil y mercantil una forma que es medio-contractual, medio-legal, en la cual la declaración de voluntad no es necesaria sino para reconocer la sumisión de las partes a la situación impuesta por la ley. Los intereses de la colectividad prevalecen y comprimen los intereses particulares y, con ellos, la libertad contractual. Hay en ese deseo de corregir la desigualdad contractual, de proteger a una determinada categoría de contratantes, de reprimir el beneficio exagerado, una notable reaparición de la condena que los canonistas formularon contra la usura voraz y los mercaderes.

2.—LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE CONTRATAR DERIVADAS DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN, DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS Y DE LOS CONTRATOS TIPOS ELABORADOS POR LOS SIN-

DICATOS Y ASOCIACIONES.—Después de haber examinado las manifestaciones del intervencionismo del Estado en la formación de los contratos, nos toca tratar de las limitaciones a la autonomía de la voluntad provenientes ya nó de la ley, sino de los contratos de adhesión, de las convenciones colectivas y de los contratos tipos elaborados por los sindicatos o asociaciones, actos jurídicos que poseen hoy un gran radio de acción. Se ha dicho que son la expresión de una autoridad privada. Aseveración exacta sólo hasta cierto punto, pues también se manifiesta en esos actos la acción de la ley, ya sea en cuanto los permite, expresa o tácitamente, ya en cuanto adopta medidas de protección para la parte más débil.

Analícemos en qué medida limitan dichos actos la autonomía de la voluntad.

I.—*Contratos de adhesión*.—Saleilles es el autor de la expresión. Llama así a aquellos contratos en los que la posición de una de las partes es tal, que uno de los contratantes se ve obligado a tratar en condiciones que le son ofrecidas, a la vez que impuestas, por la otra parte.

La teoría de los contratos de adhesión se ha formulado en vista del tipo contractual diferente que resulta del fenómeno de la concentración de capitales y de empresas. Un modelo o fórmula preestablecida, que no cabe discutir, es ofrecida al público, al que sólo toca adherirse al *cliché* sin discutirlo. Tres ejemplos característicos de esta situación, los constituyen la mayoría de los contratos de servicios públicos, el contrato de seguro y el contrato de trabajo. No se discute el precio de un boleto de ferrocarril, como no se debaten las tarifas de correos y telégrafos, las del suministro de agua, electricidad, etc. Forzoso es contentarse con aceptar la tarifa elaborada por el peticitante, ora libremente, ora bajo el control de los poderes públicos. “Debido a ello—manifiesta Josserand—la estructura de la operación contractual se encuentra grandemente perturbada; las convenciones se forman y se reproducen en serie, por un procedimiento automático y de *standardización*; la técnica del contrato se transpone sobre un nuevo plano, y una desigualdad flagrante estalla entre los papeles desempeñados por las dos partes, de las que una tiene la iniciativa de la fórmula, de la redacción, mientras que la otra se limita a entrar en la combinación, que ha sido establecida fuera de su participación, de suerte que *la autonomía de la voluntad es reducida al minimum*.

a la elección entre la conclusión y la no conclusión del contrato, entre la adhesión y la abstención, elección por lo demás ilusoria cuando, como acontece frecuentemente, el autor de la prere-dacción del *cliché* contractual, beneficia de un monopolio que obstaculiza el libre juego de la concurrencia. El contrato de adhesión es un contrato estereotipado, standardizado, sin autonomía de voluntad de parte del adherente, a veces aún sin libertad de determinación efectiva; en el hecho, más aún que en derecho, el aceptante sufre entonces la ley del peticitante". (44).

En el campo doctrinal, se mantiene vivo el debate sobre la teoría de los contratos de adhesión y se analiza sutilmente, el valor de la voluntad y el del consentimiento. Sin llegar a sostener que la sola naturaleza del contrato signifique la falta de consenso o haga presumirlo viciado, muchos autores ven en ese sometimiento a la fórmula preestablecida, a veces protestando internamente, una voluntad débil y de categoría rebajada, capaz de permitir mediante una interpretación ingeniosa del contrato, dispensar de la observancia de las cláusulas que el adherente no habría aceptado si las hubiera conocido o podido conocer de antemano.

La expresión en sí, *contratos de adhesión*, la encuentra Morin contradictoria. "La adhesión así entendida—dice—puesto que se opone a la libre discusión de las cláusulas del acto es, por ello mismo, contraria a lo que es la esencia del contrato. En realidad, se encuentra uno en presencia de dos actos unilaterales sucesivos". (45).

Pero los tribunales, encargados de aplicar las reglas de los códigos, no han admitido que pueda haber una diferencia entre la adhesión y el consentimiento. Aceptada la expresión en todas partes, pero sin atribuirle ningún valor técnico especial, las codificaciones recientes, con excepción de los códigos polaco e italiano, no legislan, por eso, en particular, sobre esta construcción jurídica. En el Código italiano de 1942—la más reciente y, tal vez, la más avanzada expresión en el concepto social del derecho—se encuentran hasta tres preceptos dirigidos a proteger eficazmente a la parte que se adhiere a la fórmula preestablecida. Son ellos los siguientes:

"Art. 1332 (Adhesión de la otra parte al contrato). Si a

(44) L. Jossierand. — *Aperçu des tendances actuelles*, etc.

(45) G. Morin. J.— *La loi et le contrat*, etc., pág. 112.

un contrato puede adherirse la otra parte y no está determinada la modalidad de la adhesión, ésta debe dirigirse al organismo que ha estado constituido para la actuación del contrato, o por falta de aquel, a todos los contratantes originarios”.

“Art. 1341 (Condiciones generales de los contratos). Las condiciones generales de los contratos predispuestas por uno de los contratantes, son eficaces respecto del otro, si al momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o debido conocer usando de la ordinaria diligencia. En ningún caso tienen efecto, si no son específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, a favor de aquel que las ha predispuesto, limitaciones de reponsabilidad, facultad de rescindir el contrato o de suspender su ejecución, o bien sanciones a cargo del otro contratante, caducidad, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con tercero, prórroga tácita o renovación del contrato, cláusula compromisoria o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial”.

“Art. 1342 (Contratos concluidos mediante modelos o fórmulas). En los contratos concluidos mediante la subscripción de modelos o fórmulas, preestablecidas para regir de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas añadidas al modelo o a la fórmula prevalecen sobre aquellas del modelo o de la fórmula en caso de que sean incompatibles, aunque éstas últimas no hayan sido suprimidas”.

Los redactores del Código Napoleón no ignoraron que en ciertos contratos, la voluntad de una de las partes es todopoderosa y hace la ley; y cuando juzgaron peligrosa esa preponderancia, prohibieron el contrato creando incapacidades relativas: venta o donación irrevocable entre esposos, compra por el tutor de los bienes del pupilo, etc. Desde luego, dichos redactores no pudieron tener en vista los tipos de contratos de adhesión que han dado lugar a la moderna construcción jurídica.

Es, pues, lo cierto que en los llamados contratos de adhesión se da un consentimiento que tiene valor legal. La ley exige dos consentimientos para la formación del contrato: ella no mide con un dinamómetro—dice Ripert—la fuerza de las voluntades. La desigualdad de los contratantes no es en sí misma sospechosa, porque es fatal y existe en todos los contratos, y hasta

es justo que las desigualdades manifestadas en el comercio jurídico sean fuente de ventajas. Lo que al poder público le toca impedir, son los abusos de la potencia económica, la explotación de la miseria y de la debilidad en el contrato.

Con el objeto de evitar esas abusos y explotaciones en los contratos de adhesión, se han introducido diversos procedimientos correctivos, que acusan cierta reacción espiritualista provocada por la standardización del contrato y la mecanización del derecho. Son algunos de esos procedimientos correctivos, los siguientes:

a) El ofrecimiento por el peticionante al público de varias fórmulas para que elija entre ellas.

b) La tendencia, manifestada por los tribunales, a desconocer, en caso de litigio, la eficacia de ciertas cláusulas insertas en formularios impresos, en materia de transportes y seguros. Los tribunales franceses, acogiendo al art. 1162 del Código Civil sobre interpretación de las convenciones en favor del deudor y que, desde luego, sólo tuvo en vista el contrato de tipo tradicional, han resuelto que si la fórmula empleada aparece oscura, la duda debe resolverse en contra de su autor.

c) La aplicación de ciertas teorías de inclinación psicológica, como la teoría de la causa, en las legislaciones causalistas, que investiga los móviles individuales; la teoría de la lesión, que gana terreno sin cesar; y la teoría del abuso de los derechos, que rige el campo entero de los contratos, ya se trate de su formación, de su ejecución, de su interpretación y aún de su disolución.

d) Las intervenciones del legislador para impedir los abusos de la potencia económica. En muchos contratos de este género, las condiciones son objeto de una aprobación administrativa previa, y los contratantes tienen la certeza de que la administración no dejará pasar cláusulas abusivas. Los contratos de trabajo, de transporte, de seguro, de servicios públicos, merecen así una reglamentación abundante. Nos hemos referido ya, como una indicación de esta política, a la ley francesa del año 1905 que prohíbe las cláusulas de no responsabilidad en el contrato de transporte terrestre. No puede decirse, sin embargo, que la cláusula de no responsabilidad sea en sí misma abusiva; lo es solamente—como observa Ripert—“si el transportador que la impone no consiente en condiciones particulares” (46).

(46) G. Ripert. — La règle morale, etc., pág. 108.

II.—*Las convenciones colectivas*.—No parece exagerado decir que la institución de los contratos colectivos ha revolucionado el régimen contractual.

Sabemos que la convención colectiva del trabajo es una reglamentación de las condiciones del trabajo, y especialmente de la tasa de los salarios, dictada, de común acuerdo, por un sindicato de patrones y uno de obreros o empleados, que tiene por objeto determinar la regla general según la cual deberán ser celebrados, en el futuro, los contratos individuales de trabajo, en una profesión determinada.

Inglaterra, por obra de los *trade-unions*, ha sido la patria de origen de este contrato. La ley francesa de 1884, al atribuir personalidad jurídica a los sindicatos, hizo entrar el contrato en el dominio del derecho positivo. En los Estados Unidos, los contratos colectivos son plenamente reconocidos y ampliamente discutidos. En Suiza, el Código Federal de las Obligaciones no se limita a acoger el contrato colectivo, cuya validez subordina a la forma escrita (art. 322), sino que lo hace prevalecer sobre los contratos particulares de los obreros y patrones ligados por un contrato colectivo. Otro tanto dispone la legislación italiana,

En el Perú, la convención colectiva del trabajo, prevista en el art. 43 de la Constitución y en el art. 1572 del Código Civil, todavía mera expectativa, necesita ser legislada.

Mientras las convenciones colectivas no fueron verdaderamente imperativas sino para los sindicatos que las habían celebrado, la institución respondía a la concepción contractual tradicional, expresada en el art. 1329 del Código Civil. El principio de la relatividad de los contratos era respetado. La convención colectiva aparecía como el mejor medio de armonía entre el capital y el trabajo, y como el mejor resultado del principio de libre asociación. Los civilistas, para explicar cómo cada miembro de la agrupación podía encontrarse ligado, recurrieron a las construcciones técnicas del mandato, de la gestión de negocios, de la estipulación por tercero, o del derecho contractual de asociación. Por lo demás, el contrato individual podía derogar a la convención colectiva, si el miembro del sindicato o asociación se salía de ella.

Pero ese sistema liberal de la convención colectiva del trabajo ya no prevalece. Desde el momento en que, por acto del le-

gislador, los contratos colectivos se han hecho capaces de imponerse no solamente a quienes los celebran sino también a personas que permanecen ajenas a la convención o que pueden hasta serle adversas, la institución ha adquirido un carácter que, en rigor, no se ajusta a la concepción contractual tradicional. Basta el hecho de pertenecer al grupo para que se caiga obligatoriamente bajo el imperio de la convención colectiva del trabajo y para que las reglas de ésta se impongan a cualquier contrato individual.

Reciente expresión de este proceso, la ley francesa del 24 de junio de 1936, apartándose del sistema liberal, autoriza al Ministro del Trabajo para hacer obligatorias, dentro de una profesión y en una región determinada, las convenciones colectivas que hayan sido celebradas por comisiones mixtas emanadas de las organizaciones sindicales, patronales y obreras, *más representativas*. Resulta de allí que la convención colectiva procura ventajas a individuos que no la han consentido, de la misma manera que les impone cargas. Ella constituye a la vez una estipulación por otro y una promesa por otro.

Morin considera todo esto negativo de la propia esencia del contrato; y de la misma manera que le desconoce verdadero carácter contractual a los convenios de adhesión, fulmina la fórmula *contratos o convenciones colectivas* porque, según él, constituye una ficción, que enmascara lo que hay de realmente nuevo en la institución, con conceptos antiguos. "El hombre, escribe, es soberano. No puede ser ligado por la voluntad de otro. El contrato, modo único en el Código de las relaciones sociales, no puede ser sino un tratado entre individuos soberanos, en el que todas las cláusulas son libremente determinadas por ellos. Así, como lo dice Durkheim en su "División del Trabajo Social", los solos compromisos que merecen el nombre de contractuales son aquellos que han sido queridos por los individuos y que no tienen otro origen que esta voluntad libre. Inversamente, toda obligación que no ha sido mutuamente consentida, no tiene nada de contractual". (47).

Capitant y Cuche expresan un criterio parecido al de Morin. "Si la convención colectiva, dicen, tiene en sí un valor superior al de los contratos individuales, es necesariamente porque

(47) Gaston Morin. — v. artículo cit. "Les tendances actuelles...", etc., pág. 557.

no es de naturaleza contractual: ella participa, a la vez, del carácter institucional y del carácter contractual". (48).

Hay en realidad en la convención colectiva, una especie de ley de agrupación, inferior en su fuerza a la del Estado, pero superior a la ley privada que nace del contrato. En su aplicación a los miembros de la agrupación, la convención colectiva asume el carácter de un super-contrato, o de un reglamento corporativo.

Sin pretender dilucidar el problema doctrinario sobre la naturaleza jurídica de la convención colectiva, lo que nos interesa establecer aquí es la existencia de esa figura como una expresión más de la limitación del principio de la autonomía de la voluntad y asimismo, el hecho de que las convenciones colectivas adquieren, cada día, mayor radio de acción, gracias al desarrollo del derecho corporativo.

La institución de la convención colectiva se presenta también, sin necesidad del supuesto de una agrupación organizada entre los contratantes, en materia de obras de pavimentación y otras de análoga naturaleza, cuando la ley establece que basta la aceptación de una proporción determinada de propietarios, para que los demás queden obligados a sufragar el costo de las obras en la parte que les corresponde. La ley 6186, del 27 de abril de 1928, introdujo entre nosotros el sistema al disponer, en su art. 4.º, que cuando un número de propietarios que en conjunto posean cuando menos las dos terceras partes de inmuebles con frente a un girón, en no menos de sus tres cuartas partes sin solución de continuidad, soliciten del Gobierno la pavimentación con concreto o asfalto del referido girón, en la proporción indicada, allanándose a cubrir el costo íntegro de esa pavimentación, el Gobierno aceptará la solicitud y esa aceptación obligará al resto de los propietarios a pagar el costo íntegro de la obra por los frentes que les respecta.

III.—*Contratos tipos elaborados por los sindicatos, corporaciones y asociaciones.*—La convención colectiva del trabajo no es sino el esbozo de la ley profesional. El movimiento espontáneo de los hechos lleva al establecimiento de reglas contractuales generales, elaboradas por los representantes de la profesión o corporación. La vida jurídica, en su aspecto contractual, parece que fuera a ser dominada por la profesión. Los acuerdos colectivos que regulan las relaciones entre patronos y obre-

(48) Capitant et Cuche. — Précis de législation industrielle. — No. 97.

ros, tienden a aplicarse, progresivamente, a las relaciones entre patronos y domésticos, propietarios y locatarios, compradores y vendedores, productores y consumidores.

Morin ve en este movimiento, que apenas se insinúa en el Perú, la expresión de la decadencia del monopolio legislativo del Estado. Pero esta enunciación solamente sería cierta en el supuesto de que el grupo o corporación pudiera darse reglas capaces de ser impuestas a los adherentes, sin la ingerencia del Estado para consentirlas o autorizarlas. De otro modo, siempre se descubre la acción de la ley.

Se crea hoy, como quiera que sea, al lado del derecho estatista, un derecho corporativo. Asistimos a su nacimiento o, si se quiere, a su renacimiento, ya que no se puede perder de vista que la organización social durante la Edad Media estuvo inspirada en la idea corporativa. El sindicalismo y el corporativismo son movimientos sociales que persiguen proporcionar estructura jurídica a los diversos grupos de hombres.

Obedeciendo a esa tendencia, se hacen cada vez más frecuentes los convenios que regulan la conducta profesional o las operaciones contractuales de los miembros de sindicatos, corporaciones o asociaciones. En virtud de ellos, los contratos individuales de los miembros de esas agrupaciones entre sí o con terceros, deberán realizarse conforme a las reglas o condiciones previamente fijadas, a veces según contratos-tipos. Sin duda la sumisión a la regla gremial o corporativa es voluntaria y le es posible a un miembro apartarse de ella; pero tendría que hacerlo saliéndose de la asociación y renunciando a todas las ventajas que pudieran derivarse de permanecer en ella.

La manifestación más interesante en nuestro medio de esta corriente jurídica, la constituye la Cámara Algodonera del Perú, creada por la ley 8900 del 19 de octubre de 1939, con personería jurídica propia. Integran la institución dos clases de miembros: facultativos unos, obligatorios otros. Son miembros facultativos los productores de algodón que lo soliciten. Son miembros obligatorios los corredores o intermediarios que comercien en algodón desmotado y los compradores y exportadores de algodón desmotado.

Ahora bien, conforme al art. 3.º de la ley precitada, toda persona o entidad jurídica que forme parte de la Cámara, estará obligada a contratar dentro de las condiciones fijadas por la misma ley y por los estatutos de la Cámara. Los contratos cele-

brados sobre compra-venta de algodón desmotado y todos los pactos relacionados con dichos contratos, estarán sujetos a la autoridad de la Cámara. Los contratos deberán celebrarse con sujeción a las reglas y formularios fijados por la Cámara y ser presentados para su registro. Dispone igualmente la ley, en su art. 22, que en todo caso en que un miembro de la Cámara o un productor, sea o no miembro de ella, fuere demandado ante los tribunales con motivo de cualquier acto o contrato relacionado con el comercio de algodón desmotado, podrá deducir la excepción de jurisdicción y exigir que la diferencia sea sometida a la Cámara Algodonera como Tribunal Privativo, conforme a lo establecido en la ley. El art. 23 por último, autoriza a la Cámara a reglamentar el comercio de algodón en rama y dispone que aprobada que sea la reglamentación, todas las diferencias que se susciten con motivo de ese comercio, quedarán sometidas a la jurisdicción privativa de ese organismo, con arreglo a las disposiciones referentes al algodón desmotado.

Con la creación de la Cámara Algodonera del Perú se ha sustraído al régimen del derecho común, uno de los más importantes objetos del tráfico contractual y de la economía nacional. Desde entonces los contratos de compra-venta de algodón se celebran según las fórmulas adoptadas por la Cámara para las distintas modalidades del comercio de la fibra y se sujetan a las reglas mencionadas y a los estatutos de la Institución, la que, según queda expuesto, comprende a los distintos grupos interesados en la producción y en el comercio del algodón.

El desarrollo del derecho corporativo y de asociación, llevará, seguramente, a la formación de entidades análogas a la Cámara algodонера, para la contratación de otros productos de nuestra industria agrícola y ganadera. Por lo pronto, en vista del desarrollo alcanzado por la industria del lino en el país, ya se ha encomendado a la misma Cámara Algodonera, por resolución suprema del 29 de febrero de 1941, que proponga la formación de una Cámara Linera.

Siempre que las asociaciones, corporaciones o sindicatos comprenden a los principales representantes de una actividad comercial o profesional, fácilmente consiguen imponer un tipo de contrato a sus miembros en sus relaciones con el público. Es así como los seguros, los transportes marítimos, las operaciones bancarias, se celebran conforme a pólizas impresas y a cartas de porte y conocimiento y a formularios cuyas condiciones e-

senciales han sido establecidas por las asociaciones de aseguradores, de armadores y de banqueros. Otro tanto ocurre con la venta al por mayor de ciertos productos o mercaderías, según fórmulas de contratos aprobadas por asociaciones de productores o de mayoristas. Cada día se generalizan más las asociaciones de comerciantes de un mismo giro que, con el fin de impedir los malos efectos de la concurrencia, se conciertan entre sí con el objeto de fijar las condiciones de los contratos de venta u otros que celebran con el público, los plazos, precios, descuentos, etc. También atienden esas asociaciones, desde luego, a la defensa de los intereses comunes cuantas veces sea menester. Los Bancos, las Compañías de Seguros, los vendedores de automóviles, de llantas, los exhibidores cinematográficos, los productores de arroz, etc., tienen ya constituidas, entre nosotros, asociaciones de ese género que, en algún modo, los obligan a amoldar sus operaciones contractuales a las reglas de las entidades a que pertenecen.

En ciertas grandes ciudades, las Cámaras de Propietarios adoptan formularios de contratos para la locación de inmuebles, según los cuales los celebran sus miembros.

En el comercio internacional el contrato tipo también se difunde. Las ventas de sedas o de granos se hacen en el mundo entero siguiendo las mismas condiciones; el transporte siguiendo los mismos conocimientos; el seguro marítimo siguiendo las mismas pólizas; todo conforme a las reglas adoptadas por asociaciones de interesados de carácter internacional.

Ocorre, también, que la regla contractual se vuelve regla legal. Adquiere el valor de uso y cuando el legislador interviene no hace sino recoger los sistemas ya establecidos para convertirlos en leyes.

Del examen que antecede se desprende que en el incremento que toman los contratos colectivos y los contratos tipos elaborados por los sindicatos, corporaciones y asociaciones, se afirma la tendencia del derecho contractual, a asumir un carácter colectivo, en desmedro de la libertad individual y soberana del hombre.

ENRIQUE GARCÍA SAYÁN.

(Continuará).