

DERECHO CIVIL

Capítulo 5

**Alfredo Bullard
Gastón Fernández**
(Editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1997
FACULTAD DE DERECHO



Primera edición: octubre de 1997

Diseño de Cubierta: AVA diseños

Derecho Civil Patrimonial

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 460-0872 y 460-2291 - 460-2870 anexos 220 y 356.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-029-9

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

¿POR QUE SE CONTRATA?

Manuel de la Puente y Lavalle

Al llegar Robinson Crusoe a la isla que creyó deshabitada, dictó reglas para su propia conducta, tales como cuándo dormir, cuándo comer, cuándo cazar, cuándo pescar, cuándo limpiar la cabaña. Sin embargo, estas reglas podían ser variadas a su libre albedrío.

Posteriormente, al encontrarse con Viernes y convenir con él en llevar una vida en común, tuvieron que ponerse de acuerdo para distribuirse entre sí la práctica de los mismos menesteres.

¿Convirtió este acuerdo en obligatorios tales deberes para ambos?

La respuesta varía según la noción que se tenga de la autonomía privada.

Piensan unos, siguiendo a Kant, que la autonomía privada significa el poder absoluto de la voluntad, que es no sólo el principal elemento en la formación del acto jurídico y en la determinación de sus efectos, sino también el fundamento de su fuerza obligatoria. Esta concepción de la autonomía privada llegó a cobrar tal auge en el Siglo XVIII que fue incorporada a la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", en cuyo Artículo 4º se declara que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos.

Esta libertad, existente dentro de marcos tan amplios, permitió a los particulares crear todas las relaciones imaginables, sin verse costreñidos por límites legales que afectaran su autonomía, al extremo

que llegó a decirse que la “libertad es un bien, por lo cual la ley, que limita dicha libertad, es un mal”.

Tal concepción, llamada doctrina clásica de la autonomía de la voluntad, ha sido sintetizada del siguiente modo : “En la base de la construcción jurídica está el hombre, ser libre por naturaleza, amo de sí, responsable de sus actos. En la voluntad libre del hombre está el origen del derecho, el origen de la ley, el origen del acto jurídico. El derecho subjetivo es un poder de la voluntad; la ley obliga si la voluntad libre del hombre ha concurrido a su sanción; el acto jurídico -voluntad jurídica lícita, dirigida inmediatamente a crear, modificar, confirmar o extinguir una relación de derecho-, es fruto de esa voluntad libre, en la que debe hallarse no sólo el resorte de su formación, sino también de sus efectos precisos. Elemento esencial del acto, de ella deriva éste su fuerza obligatoria, y su fiel esclarecimiento es la más correcta norma para la interpretación”.

Si aplicamos la doctrina clásica de la autonomía de la voluntad, el solo acuerdo de voluntades entre Robinson Crusoe y Viernes, actuando a título particular, haría obligatorias las obligaciones convenidas entre ellos.

Frente a la doctrina clásica de la autonomía privada se yergue en el Siglo XIX la teoría normativista que, en la palabras de Ferri, “ha abierto camino a la idea que sólo la voluntad del Estado es fuente de derechos subjetivos; que los efectos jurídicos se producen por obra del ordenamiento jurídico, entendido este como el conjunto de normas creadas por el Estado. Al negocio se atribuye la sola función de dar existencia al supuesto de hecho al que la norma estatal liga el efecto jurídico o -como han dicho los alemanes con expresión imaginativa- la exclusiva función de liberar o desatar los efectos jurídicos ya fijados por la ley”.

Según esta teoría, los particulares al celebrar un contrato no constituyen un ordenamiento autónomo o distinto que el del Estado, sino uno que obra en el ámbito del ordenamiento del Estado. En otras palabras, la obligación que nace del contrato adquiere la naturaleza de vínculo jurídico sólo si se inserta en el ordenamiento jurídico del Estado. Norma pública y norma privada forman, por tanto, un ordenamiento único.

Si adoptamos la teoría normativista, el acuerdo entre Robinson Crusoe y Viernes, por no existir en la isla un ordenamiento estatal que le conceda efectos jurídicos, no sería obligatorio para ellos.

Sólo si Robinson Crusoe y Viernes decidieran crear un sistema de gobierno en la isla, aunque fuera constituido por ellos mismos, que dictara normas reguladoras de la vida en común, entre las que estuviera una que concediera fuerza obligatoria a las convenciones, entonces el acuerdo celebrado entre ellos sobre distribución de las faenas tendría valor vinculante y sería exigible compulsivamente.

De ser, como lo he sido, voluntarista en mi juventud, entusiasmado por la idea de la autonomía de la voluntad, con el correr de los años he ido derivando hacia el normativismo porque, en efecto, no encuentro razón de peso que justifique que la voluntad individual tenga en sí la potencialidad suficiente para crear relaciones obligatorias, ya que precisamente esa misma libertad permitiría al hombre deshacer lo que creó.

Con razón afirma Mosset Iturraspe que “la autonomía o soberanía de la voluntad nace de una delegación del orden jurídico. El Derecho, que por un lado coarta la superficie de la libertad existencial, devuelve como recompensa a la libertad jurídica de las personas el poder de dominar incontrastablemente sobre el ámbito sometido a su señorío”. En realidad, la autonomía privada debe ser rectamente entendida como el poder, atribuido o delegado por la ley a los particulares, de crear derechos.

¿Qué consecuencias tiene la adopción de la teoría normativista? Podría pensarse que, en principio, si la configuración del ordenamiento jurídico corresponde al Estado, habría sido necesario, para lograr un sistema jurídico completo y preciso, que el Estado dictara un conjunto de normas jurídicas que cubriera toda el área del Derecho.

En determinados sectores de la actividad jurídica ello ha ocurrido así, como es el caso del Derecho administrativo que regula minuciosamente todas las situaciones que pueden o deben presentarse, quedando excluida la participación del administrado. En otros campos, especialmente en el Derecho civil y muy particularmente en los contratos, las cosas han ocurrido de otro modo.

Al observar que lo que está en juego en el ámbito de las obligaciones es la creación de relaciones jurídicas que vinculan privadamente a los hombres para la satisfacción de sus propios intereses, el Estado consideró que no existe inconveniente conceptual alguno para que el ordenamiento jurídico confíe a los particulares la potestad de regular entre sí el contenido de sus respectivos derechos y obligaciones, desde que si lo que se encuentra en juego son intereses patrimoniales merecedores de tutela, es conveniente confiar esa tutela a quienes van a ser afectados por la regulación. Al fin y al cabo, cada contrato busca encontrar una solución particular a cada colisión o armonización de intereses opuestos o afines que surja entre las partes.

Fue así como el Estado se limitó inicialmente a establecer un marco muy amplio para que dentro de él los particulares ejercitaran su autonomía privada, esto es, el poder de regular entre sí sus derechos subjetivos. Creyó conveniente que bastaba prohibir que el contenido de los contratos fuera contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, concediendo en lo demás una absoluta libertad de configuración del contenido contractual.

Empero, con el discurrir del tiempo, el propio Estado pudo comprobar que una libertad de tal magnitud, admisible cuando la sola igualdad jurídica se consideraba garantía suficiente para asegurar el equilibrio contractual, era contraproducente. Debido al cada vez más frecuente desequilibrio económico que se presenta en la celebración de diversas categorías contractuales, tales como los contratos de trabajo, de arrendamiento de viviendas, de transferencia de bienes y prestación de servicios en situación de monopolio, en los cuales suele existir una marcada desproporción en el poder de negociación de las partes, se da lugar a la presencia del contratante fuerte que impone sus condiciones con patente injusticia, frente al contratante débil.

Resultó necesario, pues, que el Estado, para combatir esta situación, estrechara el marco del contrato dictando reglas imperativas aplicables al contenido del mismo para mantener el equilibrio contractual mediante la protección del contratante débil. Es entonces, como dice Stiglitz, que se alteran los términos y se acuña la idea opuesta : “es la libertad la que esclaviza y es la ley la que libera”.

Se marca así el intervencionismo estatal en la contratación, que está recogido por la disposición contenida en el Artículo 1355° del Código Civil, cuyo texto es el siguiente : “La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”.

Obsérvese que este artículo invoca consideraciones de interés social y público, con lo cual se pone de manifiesto que el principio de la autonomía privada está orientado no sólo a la finalidad, en cierto modo egoísta, del bien de los contratantes, sino a lograr también, mediante su adecuado ejercicio, una meta más alta, cual es el bien de la comunidad, lo que se explica en el concepto de “solidaridad social”.

Ha causado preocupación la tendencia a considerar el intervencionismo del Estado en la contratación como una manifestación de lo que, con mayor o menor propiedad, se ha denominado “socialización del contrato”.

Se piensa que esta socialización debe ser entendida en el sentido de aproximamiento al “socialismo”, con lo cual se le da una marcada connotación política. La similitud de las palabras ha dado lugar a esta asimilación.

Sin embargo, la utilización de la palabra “socialización” está orientada a poner de manifiesto que el Derecho civil (y también el Derecho de los contratos) debe inspirarse en el “espíritu de socialidad”, para atenuar su carácter individualista. Al respecto Vallespino expresa que el vocablo denota la rebelión del mundo jurídico contra el sistema individualista y cita a Germán Bidart Campos, quien señala que “la socialización, lejos de significar un curso hacia la colectivización de los bienes, hacia la propiedad común de los medios productivos, aspira a desfraccionar la riqueza mal acumulada y a descomprimir el poder económico”.

Dice Spota que “el contrato tiende a socializarse, es decir a tener un aspecto social, en el sentido que los derechos y los deberes deben ser ejercidos funcionalmente, sin desviar los fines económicos, los fines éticos, los fines sociales que el ordenamiento legal ha tenido en cuenta”, agregando que en su concepto, lo acertado sería hablar de la función social del contrato.

Miccio, por su parte, piensa que la locución tiende a expresar que las relaciones jurídicas deben ser sociales, en cuanto a desenvolverse en el campo social.

Para terminar este punto, conviene destacar que Hernández Gil, refiriéndose al rechazo de la individualidad por la socialización, aclara que la socialización ha recibido dos versiones jurídicas : una, la creación de un Derecho específicamente social; y otra, la revisión, desde el punto de vista social, del ordenamiento jurídico.

Debe tenerse presente que la Constitución de 1993 establece en su Artículo 62° lo siguiente : “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.

Conviene establecer cuál es el carácter de esta disposición, vale decir, si constituye una expresión de la doctrina clásica de la autonomía de la voluntad o si es una manifestación de la teoría normativista. Para ello es de vital importancia fijar la posición de este artículo con relación a la tónica que informa los artículos 1354° y 1355° del Código Civil en lo que se refiere a la autonomía privada.

Al respecto, es muy interesante destacar las dudas que han surgido sobre la interpretación del Artículo 1355° del Código Civil, que como se recuerda, dispone que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. A fin de conocer el verdadero sentido de este artículo, se precisa conocer sus antecedentes.

La versión contenida en el Artículo 3° de la primera ponencia sustitutoria presentada por el doctor Max Arias Schreiber a la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936 era la siguiente :

Artículo 3°.- La ley podrá por consideraciones de interés social, pú-

blico o ético, imponer estipulaciones o establecer limitaciones al contenido del contrato.

Las estipulaciones se considerarán automáticamente incluídas, formando parte de la declaración contractual.

Las limitaciones operarán también automáticamente, entendiéndose excluído del contrato todo lo que las contravenga.

En las sucesivas ponencias sustitutorias presentadas por el propio doctor Arias Schreiber se fueron introduciendo determinadas modificaciones orientadas a dejar en claro que las disposiciones imperativas integraban no sólo los contratos a celebrarse después de dictada la ley que imponía estipulaciones y establecía limitaciones sino también los contratos ya celebrados.

Sin embargo, en el vigente Artículo 1355° del Código Civil se ha suprimido la referencia hecha en las sucesivas Ponencias sustitutorias a que las reglas o modificaciones al contenido de los contratos sustituyen las cláusulas que en contrario hayan sido introducidas por los contratantes, no habiéndome sido posible conocer las razones de esta supresión. ¿Se debe a un rechazo a la inclusión automática en los contratos de las reglas o limitaciones, o bien a la consideración de que tal párrafo, por ser obvio, resultaba innecesario?

En sustento de la primera interpretación se ha aducido en primer lugar, que si un contrato ya ha sido celebrado con el contenido que le han dado las partes, las estipulaciones de dicho contrato son obligatorias entre ellas y no pueden ser modificadas por una ley posterior, porque ello equivaldría a crear una relación jurídica distinta de la convenida por los contratantes. En segundo lugar, que este procedimiento determinaría darle a la ley un efecto retroactivo.

Conviene reflexionar sobre estos argumentos. Para ello, debe tomarse en consideración que como el artículo 1355 dice que la ley puede imponer reglas imperativas y no meramente dispositivas. Lo que se impone o establece legalmente, obliga a su cumplimiento.

En estas condiciones, si el propósito del artículo 1355 fuera que las

reglas y limitaciones se aplicaran sólo a los contratos a celebrarse, este propósito ya habría sido alcanzado por el artículo 1354, que no permite que las partes den al contrato un contenido contrario a norma legal de carácter imperativo. El artículo 1355 resultaría, pues, innecesario y, por ello, no tendría efecto propio alguno.

Es preciso, por ello, encontrar al Artículo 1355° una significación que justifique su existencia, que explique su rol en nuestro ordenamiento civil, desde que una de las reglas de interpretación de la ley es que, a semejanza de los contratos, sus disposiciones deben interpretarse en el sentido en que tengan algún efecto y no en aquel según el cual no tendrían ninguno. Creo que esto sólo se logra interpretando dicho artículo en este sentido: las reglas y limitaciones a que él se refiere rigen también para los contratos que se encuentran vigentes en el momento de expedición de la ley que las establece.

Esta interpretación encuentra su justificación en las siguientes razones :

a).- La historia del Artículo 1355° revela que el legislador ha ido abandonando su criterio inicial de que las reglas y limitaciones sólo eran aplicables a los contratos a celebrarse. Como la única alternativa es que se apliquen también a los ya celebrados, tal abandono únicamente encuentra explicación si se entiende que el legislador ha optado por esta última solución.

b).- Esta opción guarda coherencia con el sistema civil peruano, pues el Artículo III del Título Preliminar del Código Civil dispone que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, con lo cual se está aceptando la teoría de la aplicación inmediata de la ley, que no significa darle fuerza ni efectos retroactivos.

En tales condiciones, como el contrato constitutivo crea una relación jurídica patrimonial, toda ley imperativa dictada con posterioridad al mismo se aplica a las consecuencias de dicha relación, con lo cual se explica por qué las reglas y limitaciones impuestas por la ley son aplicables a los contratos ya celebrados, sin que esto signifique, por indicación expresa del citado Artículo III del Título Preliminar, que la ley tenga efectos retroactivos.

Pierde así sustento el argumento de que la aplicación de las reglas y limitaciones establecidas por la ley a los contratos ya celebrados importa admitir el principio de la retroactividad de la ley.

c).- Si los contratantes saben que, por razón del Artículo 1355° del Código Civil, las reglas y limitaciones que imponga la ley en el futuro se aplicarán a los contratos ya celebrados, no obstante lo cual celebran el contrato, están aceptando esta contingencia. Ello determina que uno de los efectos previstos al celebrar el contrato es tal aplicación.

Es razonable, pues, admitir que las reglas y limitaciones a que se refiere el Artículo 1355° del Código Civil son aplicables tanto a los contratos ya celebrados antes de dictarse la ley que las imponga como a los celebrados después.

Como síntesis de todo lo anteriormente expuesto puede llegarse a la conclusión de que si las reglas y limitaciones de que trata el Artículo 1355° del Código Civil existen antes de la celebración del contrato, se incorporan automáticamente a éste, siendo ineficaces las cláusulas que se estipulen en contra de ellas; y si las reglas y limitaciones se dictan con posterioridad a la celebración del contrato, las cláusulas existentes que fueran opuestas a ellas quedan automáticamente sustituidas, sin que sea necesaria una indicación expresa de la ley en ese sentido.

Cuando se discutía en el Congreso Constituyente Democrático el que después fue Artículo 62° de la nueva Carta Magna, se advirtió a su Comisión de Constitución que una declaración de rango constitucional en el sentido que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, daría lugar a que los jueces, por respeto al principio de la jerarquía de las normas, se verían obligados a preferir el proyectado artículo constitucional sobre el Artículo III del Título Preliminar y el Artículo 1355° del Código Civil, lo que determinaría un indeseable desconcierto en la administración de justicia. Además, habría lugar a la acción de inconstitucionalidad contra estos artículos, lo que sería aún menos deseable.

Pese a esta advertencia, el Congreso Constituyente Democrático aprobó el Artículo 62° de la Constitución con el texto proyectado, aduciendo que el principio de la libertad de contratar declarado por la nueva

Carta Magna, que garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, justifica que los contratos así pactados no puedan ser modificados por leyes posteriores a su celebración.

Debe tenerse presente que el Código Civil entiende la libertad de contratar, más propiamente llamada libertad de configuración interna, en un sentido similar al que le otorga la Constitución, pues su Artículo 1354° establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Lo que ocurre es que a partir de esta inicial coincidencia, la Constitución deriva hacia la inmutabilidad del contrato por razón de leyes posteriores a su celebración, mientras que el Código Civil permite que leyes posteriores puedan imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos ya celebrados.

Producido el enfrentamiento entre la Constitución y el Código Civil, cuya consecuencia es la prevalencia de la primera sobre el segundo, conviene determinar dentro de qué línea jurídica se encuentra la Constitución.

Hemos visto que, a diferencia de la doctrina tradicional de la autonomía de la voluntad que postula que la voluntad humana es ley de sí misma y da vida a su propia obligación contractual, la teoría normativista reconoce que el poder de regular el contenido del contrato emana en principio del Estado, el que lo concede por delegación a los contratantes.

Parecería, a primera vista, que la prohibición constitucional de modificar por leyes los términos contractuales, al reconocer de este modo la santidad de los contratos, se orienta hacia la doctrina tradicional de la autonomía de la voluntad que deriva de la voluntad libre la fuerza obligatoria del contrato. Sin embargo, nada impide que dentro de la teoría normativista el Estado, pese a su poder de imponer reglas y establecer limitaciones al contenido de los contratos, se autolimita respecto de este poder, renunciando a la facultad de modificar un contrato ya celebrado.

La disposición del Artículo 62° de la Constitución, según la cual

los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes, no constituye de por sí, pues, un índice infalible sobre el sustento doctrinal de la libertad de contratar consagrada por nuestra Carta Magna, desde que puede sustentarse indistintamente en la doctrina tradicional o en la teoría normativista. Empero, el hecho mismo de ser la propia Constitución la que otorga a la libertad de contratar en el sentido de garantizar que los términos contractuales no puedan ser modificados por leyes, pone de manifiesto que esta garantía existe porque la Constitución expresamente la impone (tan es así que establece una normatividad distinta que la precedentemente consagrada por el Código Civil) y no simplemente se limita a reconocer su existencia, con lo cual nos encontramos dentro del campo de la teoría normativista.

En estas condiciones, la Constitución de 1993 no tiene en materia contractual un corte marcadamente voluntarista, que haga de la voluntad humana una ley de sí misma, sino que cabe afirmar que, al conceder a los particulares la garantía de pactar libremente según las normas vigentes al tiempo del contrato, se encuentra, en esta materia, en la misma línea normativista que el Código Civil. Esto no significa, sin embargo, que no exista incompatibilidad entre el Artículo 62° de la Constitución y el Artículo 1355° del Código Civil, por lo cual, dado el principio de jerarquía de las normas declarado por el Artículo 51° de la Constitución, los jueces deben preferir el primero, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 138° de la misma Constitución.

De ello se desprende que, si hipotéticamente la isla de Robinson Crusoe estuviera regida por la Constitución del Perú, con prescindencia de su Código Civil, no sería suficiente el acuerdo de voluntades entre él y Viernes para hacer obligatorias las convenciones que celebrasen entre sí, sino que sería necesario que se organizaran en un sistema de gobierno que dictara una norma en el sentido que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Sería en virtud de esta norma y no de la convención que el acuerdo de voluntades cobraría fuerza vinculante.

Puede ahora responderse a la pregunta que constituye el título de esta charla : ¿Por qué se contrata? En el Perú se contrata porque el Estado ha delegado en los particulares el poder de vincularse entre sí, al establecer en el Artículo 62° de la Constitución que las partes pueden pactar libremente los términos del contrato y al declarar el Artículo 1361° del

Código Civil que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Si dos personas desean crear voluntariamente una relación jurídica obligacional de ineludible cumplimiento, el contrato se los garantiza.

Este Congreso Internacional que nos reúne bajo los auspicios de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tiene por tema principal tratar sobre el Derecho Civil Patrimonial. Acabamos de ver que el contrato es el instrumento jurídico necesario para crear voluntariamente una relación jurídica patrimonial, por lo cual tenemos que ocuparnos ineludiblemente del contrato en su función patrimonial.

El tema es de incuestionable actualidad porque existe una corriente de pensamiento muy moderna que analiza el derecho contractual desde un punto de vista económico. Para facilitar la aplicación de esta corriente de pensamiento se plantean en el sistema legal anglosajón diversos métodos, tales como la co-enseñanza de cursos de Derecho contractual por economistas; la inclusión de material económico en libros de casos y la preparación de material escrito suplementario.

Anthony Kronman y Richard Posner sugieren este último método para mostrar los esfuerzos hechos tanto por economistas como por abogados que tienen una inclinación por lo económico, para aplicar principios económicos a los contratos y al Derecho contractual. Para tal efecto destacan que el fundamental principio económico que ellos toman como punto de partida es que si los intercambios voluntarios están permitidos -si, en otras palabras, un mercado está en aptitud de operar- los recursos gravitarán hacia sus más valiosos usos. Ponen como ejemplo que si "A" es propietario de un bien que para él vale solamente US \$ 100.00 pero US \$ 150.00 para "B", ambos saldrán mejor parados mediante un intercambio del bien de "A" por el dinero de "B" a cualquier precio entre US \$ 100.00 y US \$ 150.00; y si ellos comprenden esto, realizarán el intercambio. Por el hecho de salir ambos beneficiados, el intercambio incrementará también la riqueza de la sociedad (de la cual ellos forman parte), asumiendo que el intercambio no reduce el bienestar de los terceros más que lo que él aumenta el bienestar de "A" y el de "B". Antes del intercambio -que digamos tiene lugar al precio de US \$ 125.00- "A" tiene un bien que vale US \$ 100.00 para él y "B" tiene US \$ 125.00 en dinero, o sea un total de US \$ 225.00. Después del inter-

cambio, "A" tiene US \$ 125.00 en dinero y "B" tiene un bien que vale para él US \$ 150.00, o sea un total de US \$ 275.00. El intercambio ha beneficiado el bienestar de la sociedad en US \$ 50.00. Agregan dichos autores que el principio es el mismo si hablamos de un collar de perlas, el tiempo de un abogado, una máquina para fabricar zapatos o un lingote de aluminio. La existencia de un mercado -un lugar de oportunidades para intercambios mutuamente beneficiosos- facilita el destino del bien o servicio en cuestión al uso en el cual es más valioso, maximizando con ello el bienestar de la sociedad.

Debo reconocer que estoy algo desconcertado por otorgar a esta operación el carácter de una manifestación del derecho contractual en sentido estricto.

Comprendo que ello podría parecer así, a primera vista, en el sistema legal anglosajón, donde el Derecho de los contratos está confinado a un intercambio de promesas futuras que la ley hará cumplir. En la mayoría de los casos una oferta de contrato es una promesa de una prestación que hace el oferente al destinatario a cambio de una promesa recíproca o de la ejecución de otra prestación. Por su parte, una aceptación es el nombre que se da a la acción (promesa o ejecución de una prestación) cumplida por el aceptante.

Tomemos un ejemplo para comprender mejor la situación: "A" promete a "B" que ejecutará una prestación determinada, como la construcción de una casa, si "B" se compromete a pagarle un precio. El contrato quedará formado en la oportunidad en que "B" formula a "A" la promesa de pagar el precio propuesto o efectivamente paga tal precio.

Puede observarse que el contrato no busca crear una relación jurídica entre "A" y "B" en la que existen derechos y obligaciones de las partes, sino que "A" se obliga directamente mediante su oferta a ejecutar una determinada prestación y "B", por su parte, se obliga directamente mediante su aceptación a ejecutar otra prestación. Se trata, pues, de un intercambio de promesas de prestaciones a cargo del oferente y del aceptante.

Se comprende que en un sistema legal de esta naturaleza, donde la oferta no contiene la propuesta de celebrar un contrato sino la promesa

de ejecutar una prestación, el factor económico juega un rol protagónico en la formación misma del contrato desde que la valorización de las prestaciones resulta del contenido de la oferta y de la aceptación.

En cambio, en el sistema legal neolatino la determinación de las prestaciones y la valorización de las mismas se efectúa normalmente en la etapa previa de la negociación, donde cada parte plantea sus expectativas para llegar a un acuerdo sobre el contenido de una proyectada relación jurídica entre ellas. Cuando esta relación queda definitivamente configurada en la etapa de la negociación, recién se llega a la etapa de la celebración del contrato, en la cual el oferente no propone ejecutar una prestación sino crear la relación jurídica convenida que contiene los derechos y obligaciones de ambas partes. El oferente propone simplemente al destinatario hacer obligatoria la relación jurídica obligacional mediante la aceptación de su oferta por el destinatario. Negociación de la relación jurídica y celebración del contrato son, pues, dos etapas perfectamente delimitadas.

Se comprende, por ello, que el Artículo 1362° del Código Civil diferencie la negociación, la celebración y la ejecución del contrato, requiriendo una buena fe-lealtad u objetiva en las etapas de la negociación y de la ejecución del contrato y una buena fe-creencia o subjetiva en la etapa de celebración del mismo.

La realización de un negocio no da necesariamente lugar a la celebración de un contrato. "A" y "B" pueden plantear, discutir y culminar un negocio -en el sentido de estar de acuerdo sobre la operación económica que proyectan realizar- y, sin embargo, no otorgarle carácter obligatorio a través de su conversión jurídica en un contrato. Por otro lado, es posible que "A" y "B" celebren un contrato que no plasme un negocio, como suele ocurrir con los contratos de confianza, tipo mandato o por persona a nombrar. Comprendo que esto puede parecer una sofisticada abstracción, porque es difícil en la práctica separar el negocio del contrato, pero debe tenerse en cuenta que nos encontramos en el campo de las ideas, donde es necesario precisar los conceptos.

Estamos trabajando con hipótesis, desde que nuestra labor es analizar si dos nociones conceptuales, el negocio y el contrato, se han identificado entre sí en el área del Derecho de tal manera que la una no tiene vi-

gencia jurídica propia sin la otra, por lo cual debemos proceder reflexivamente, sin dejarnos llevar por un atractivo anhelo de cambio expresado mediante la ruptura de los moldes tradicionales. No todo lo nuevo es necesariamente bueno. Creo con sinceridad que científicamente no es posible desconocer la diferencia entre el negocio que crea la voluntad de vinculación y el contrato que otorga valor jurídico a esta vinculación.

En realidad, la celebración del contrato es una operación jurídica de carácter técnico, donde se regula el juego de la oferta y de la aceptación como medios de exteriorizar el acuerdo de voluntades que se ha ido plasmando en la etapa de la negociación.

En estas condiciones, la intervención del economista, que está orientada a apreciar las ventajas económicas del negocio, se produce exclusivamente en la etapa de la negociación, sin requerirse la intervención del abogado. Las partes actúan en esta etapa, más que como sujeto de derecho, como negociantes, sumidos en la evaluación de las propuestas y contrapropuestas orientada a fijar el contenido económico del contrato.

Sólo cuando concluye la etapa de la negociación mediante el acuerdo sobre los términos del negocio, surge la etapa de la celebración, donde el abogado desplaza al economista, cuya labor ha terminado. Corresponde entonces exclusivamente al abogado desarrollar su operación técnica, apreciando la capacidad de los contratantes, la posible existencia de vicios de la voluntad, la eventual presencia de lesión, la absoluta conformidad entre la oferta y la aceptación, la oportunidad de una y otra, la adecuada exteriorización de estas declaraciones y, en fin, todo lo relacionado con la mecánica de la formación del contrato.

Lo que no llego a comprender es la necesidad, tanto en el sistema anglosajón como en el neolatino, de analizar el Derecho contractual desde un punto de vista económico. Pienso que el campo del Derecho contractual y el de la economía están perfectamente delimitados, siendo el primero el medio en el que actúa el abogado y el segundo el lugar de actuación del economista. Lo que sí ocurre es que ambos campos se complementan, pues el abogado viene a construir el contrato sobre el terreno que le ha preparado el economista. De la misma manera como no puede concebirse un contrato que no tenga un contenido patrimonial previamente determinado con el invalorable auxilio del economista, así también no

cabe dar fuerza obligatoria a dicho contenido sin la intervención del abogado. Ambos trabajan de la mano pero sin llegar a realizar la función de uno a través de la actuación del otro. El abogado no evalúa la conveniencia patrimonial del negocio de la misma manera como el economista no maneja la técnica del contrato.

No se trata, pues, de una colaboración entre el abogado y el economista en la formación del contrato, manifestada mediante la co-enseñanza de cursos de Derecho por economistas o la inclusión de material económico en los libros de casos, pues cada uno tiene su campo de acción perfectamente delimitado y ambos actúan en oportunidades diferentes.

Puede objetárseme que sigo los pasos de la recientemente criticada escuela vienesa de Kelsen sobre la pureza del método, que afirma que “si el Derecho es un objeto independiente y, por tanto, la disciplina jurídica es una ciencia autónoma, urge entonces apartarla de toda mezcla con otras ciencias...”

La objeción es fundada en parte porque creo que el Derecho y la Economía son dos disciplinas distintas, cuyos conocimientos apuntan a finalidades diferentes. El primero tiene por fin la determinación de las relaciones obligatorias de coexistencia y cooperación de los hombres entre sí. El Derecho es, en palabras de Santi Romano, un “ordenamiento jurídico”. La Economía, en cambio, es la ciencia que se relaciona con los problemas comunales de la vida económica”.

Tal como dice Bianca, el contrato no es reducible a una operación económica, debiendo entenderse esto : a) en el sentido de que el contrato es un fenómeno jurídico distinto respecto a la subyacente operación económica; y, b) en el sentido de que la relación contractual no es una simple resultante de leyes económicas. El contrato se distingue respecto de la operación económica en cuanto que él es el título jurídico sobre el cual se funda la operación. El contrato, precisamente, no es el intercambio de bienes y servicios sino el acuerdo, tácito o explícito, mediante el cual debe fijarse cuales son las prestaciones correspondientes a las partes. Es en base al contrato, pues, que la parte tiene el derecho de retener la prestación recibida o de pretender que la prestación sea ejecutada. Debe excluirse, como se ha dicho, la idea de que el contrato sea una simple re-

sultante de leyes económicas o la simple trasposición en términos jurídicos de un fenómeno económico.

La objeción es infundada porque estoy muy lejos de negar la importancia de la Economía en el Derecho, especialmente en el Derecho contractual. Según la definición contenida en el Artículo 1351° del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear una relación jurídica patrimonial, siendo evidente que el elemento de la patrimonialidad entra de pleno en el campo de la economía. Tal como dice Diez-Picazo, una relación jurídica es patrimonial cuando versa sobre bienes e intereses que posean una naturaleza económica, lo cual ocurre cuando pueden ser objeto de valoración. Esta valoración y su influencia en la economía del contrato pueden y deben ser obra de economistas, quienes, de esta manera, participan en la concertación del negocio que constituye el contenido del contrato.

Quizá quien explica mejor la interrelación entre el contrato y la economía es Messineo. Nos dice que el contrato debe estudiarse en su aspecto sustancial (contenido), y en su aspecto estructural (forma). Desde el primer punto de vista, el contrato se manifiesta como entidad instrumental; desde el segundo, como entidad más estrictamente técnico jurídica. El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, tiene un contenido constante : el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica. De esto resulta que, como tal, el contrato lleva la vida económica y también la vida del Derecho. Desde el punto de vista estructural (y, por consiguiente jurídico) el significado del contrato es el de acto humano, esto es, precisamente, acto jurídico.

La tendencia moderna busca, con razón, dar cabida al economista en el aspecto sustancial del contrato, o sea el de su contenido. Es allí donde las futuras partes contractuales realizan su negocio y donde, cada día con más urgencia, se requiere la intervención activa del economista, porque es precisamente allí donde el contrato cumple su finalidad de ser el centro de la vida económica. En cambio, desde el aspecto estructural el contrato deriva hacia un campo dominado por la técnica jurídica, donde no se atiende al contenido sino a la forma, donde se da vida al acto jurídico. En este aspecto, la función del economista pierde sentido, porque la arquitectura del contrato, que es el campo propio del abogado

(construir el acto jurídico dotándolo del contenido que le ha proporcionado el economista), escapa a sus conocimientos.

Esto ocurre también, aunque de una manera peculiar, en el sistema legal anglosajón. En el ejemplo propuesto por Kronman y Posner, corresponde al economista demostrar que no obstante tratarse de un mismo bien, éste tiene para "A" un valor distinto que para "B", por lo cual conviene a ambos que "B" pague a "A" un precio intermedio entre el valor que le asigna cada uno. Pero una vez efectuada esta demostración y preparadas mediante ella las voluntades de "A" y "B" para celebrar el contrato, termina la labor del economista para empezar la del abogado, quien tiene a su cargo dirigir el intercambio de promesas que llevarán a la concertación del contrato.

Quizá lo que determina la diferencia de criterio entre la concepción anglosajona y la concepción neolatina del contrato es la finalidad de éste. Ya se ha visto que según el Artículo 1351° del Código Civil la finalidad del contrato es crear una relación jurídica patrimonial. Pues bien, de acuerdo con la definición dada por el Restatement of Contracts norteamericano, un contrato es una promesa o un conjunto de promesas por cuya violación la ley da un remedio, o la ejecución en la cual la ley de alguna manera reconoce un deber.

Lo que se busca en el sistema legal neolatino es el cumplimiento de la relación jurídica patrimonial creada por el contrato. Por ejemplo, si mediante un contrato "A" se obliga a construir una casa para "B" por un precio determinado, si "A" incumple su obligación por no ejecutar la prestación a su cargo, los primeros recursos de los que dispone "B" son, según el Artículo 1219° del Código Civil, el emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado o procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor. La indemnización de daños y perjuicios es sólo el tercer recurso del que dispone el acreedor.

En cambio, relata Atiyah que las Cortes inglesas raramente hacen cumplir los contratos mismos, y más raramente aún, ordenan a las partes ejecutar sus promesas. Generalmente hablando, el derecho no compele al cumplimiento del contrato, sino meramente da un remedio, normalmente el pago de daños y perjuicios por la ruptura. En la práctica, esto signifi-

ca que lo que la Corte ordena hacer a la parte infiel es raramente lo que efectivamente estuvo de acuerdo en hacer, y ello puede ser un punto de alguna importancia para entender los fundamentos teóricos del derecho contractual.

En el mismo sentido nos dice Furnish, que en los Estados Unidos el Derecho compensa al demandante, en caso de incumplimiento de un contrato, con una indemnización monetaria, siendo remota la posibilidad de obtener por sentencia el cumplimiento del contrato (specific performance). Se acoge así el principio de que entre las alternativas abiertas al obligado según un contrato siempre cabía la posibilidad de realizar un pago en caso de incumplimiento cuando ello le convenía económicamente, pues de otra forma habría un “desperdicio económico”. El contrato es, en esta visión, un fenómeno netamente económico que tiene un valor en dinero.

Esto explica quizá la diferente concepción de la finalidad del contrato que tienen la doctrina legal neolatina y la anglosajona. Si a esta altura de la exposición en vez de seguir preguntando ¿por qué se contrata? se formula otra pregunta ¿para qué se contrata? podría obtenerse la siguiente respuesta: en el sistema legal neolatino se contrata para lograr el cumplimiento específico de la relación jurídica obligacional creada por el contrato; en el sistema legal anglosajón se contrata para obtener una compensación económica en caso de incumplimiento de dicha relación. Queda patente así que una misma pregunta puede tener dos respuestas distintas según se trate del sistema legal dentro del cual se formula. Para nosotros, la respuesta está dada por el Artículo 1361° del Código Civil, según el cual los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, lo que significa que se contrata porque se quiere tener la seguridad de que el Derecho pone a nuestra disposición todos los medios legales necesarios para obtener el cumplimiento del objeto del contrato, o sea de las obligaciones creadas por él.