

LA NOCIÓN CLÁSICA Y LA EVOLUCIÓN CONTEMPORÁNEA DEL CONTRATO

MARCO AURELIO RISOLIA

Presidente de la Academia Nacional de
Derecho y Ciencias Sociales.

Para los juristas que cruzan a pie firme el siglo XIX y para los que penetran con alguna prevención en el siglo XX, hay una concepción clásica del derecho, de la ley, del acto jurídico, que reconoce como base un elemento psicológico de capital importancia: **la voluntad**. Es una concepción de larga y noble historia en la lucha contra el absolutismo, tachada hoy de individualista, de racionalista, de liberal, de dogmática, pero que proclamó el triunfo de los derechos esenciales del hombre, en íntima relación con los movimientos revolucionarios de Europa occidental y de América. Según sus términos, **el derecho** es un "poder de la voluntad", que se ejerce para la protección de un interés legítimo; **la ley** es una manifestación de la "voluntad general", concretada en normas de ineludible observancia; **el acto jurídico**, en fin, la manifestación del poder creador de la voluntad en el campo del derecho, donde actúa con una fuerte aptitud genética o "jurígena", para usar expresiones consagradas.

Esa concepción presupone la existencia de un hombre libre, amo de sí, responsable de sus actos, capaz de pensar, capaz de elegir, capaz de virtud o de vicio. De tal modo, el elemento básico voluntad puede investigarse en el campo de la lógica, porque el acto de voluntad reflexiva viene precedido del juicio; en el campo de la ética, porque es la voluntad autónoma, independiente de toda condición necesaria, la que introduce al hombre en el reino de la moralidad y permite que se le imputen las consecuencias de sus actos; y, por último, en el campo del derecho, reducido por Jellinek a "un mínimo de ética", como suele repetirse sin mucha meditación por escolares y maestros desaprensivos. **"La voluntad es la inclinación del alma hacia un fin razonable"**, escribió Platón

en "La República". **"Lo voluntario es lo que principalmente determina la virtud"**, escribió Aristóteles en la "Ética a Nicómaco". **"La autonomía de la voluntad es el único principio de las leyes morales y de los deberes (morales o jurídicos) que a ella le corresponden"**, escribió Kant en la "Metafísica de las costumbres". Con razón pudo decir Portalis, en el "Discurso Preliminar", que **"el derecho es la voluntad"**.

En esa corriente de ideas, nuestro Código Civil, siguiendo el camino que abrieron el Código de Prusia y el "Esbozo de Freitas", formuló una **teoría general de la voluntad jurídica** y una **teoría general de la obligación**, ausentes en el Código francés, que sirvió de modelo a tantos otros. El libro segundo de la obra de Vélez Sársfield es, sin duda, el libro de las grandes generalizaciones; el libro donde se leen las grandes palabras sobre la voluntad jurídica, sobre su proceso interno y externo, sobre los vínculos que anuda o extingue y sobre la responsabilidad que genera, pues es bueno subrayar que en esas sistematizaciones capitales el Código Civil aborda no sólo el aspecto positivo de la voluntad jurídica, no sólo lo que hace a la génesis de una situación o relación de derecho, sino también lo que hace a su disolución, su invalidez o su fracaso.

Siempre para los juristas a que me referí "ab initio" hay también – y aquí debo detenerme– una **concepción clásica del contrato**, con apoyo en el mismo elemento psicológico –vale decir la voluntad de un ser libre y responsable, capaz de vicio y de virtud –, a cuyo respecto también formula el Código Civil una teoría general de significativa trascendencia, en la que se recoge el zumo de la teoría general del acto voluntario y de la teoría general de la obligación. El contrato es, en efecto, el paradigma del acto jurídico bilateral y la fuente más copiosa de obligaciones civiles en el ámbito de lo patrimonial creditorio (arts. 944, 946, 1137, 1169 y conc., Cód. Civ.). La conclusión es clara y lógica en extremo, si se parte de las premisas anteriores: una voluntad eficaz, genitora, y un vínculo vigoroso que compromete y constriñe. Bien entendido que, como queda apuntado, hay materia en la ley para indagar tanto el aspecto positivo como el frustráneo del "vinculum juris"; tanto lo que hace a la formación como al aborto o disolución de las relaciones o situaciones de derecho.

Sustentan la concepción clásica del contrato tres principios capitales: el de **autonomía de la voluntad** (art. 1197, Cód. Civ.), que para muchos equivale a la libertad de contratar; el de **efecto relativo** (art. 1195), que también traduce normas básicas sentadas con anterioridad respecto de las obligaciones y los actos jurídicos (arts. 503 y 910); y el de **fuerza obligatoria**, cuya esencia –al margen de los criterios de justificación ensayados por la doctrina– fluía de los artículos 1197 –ya citado– y 1198, hoy materia, este último de una reforma de singular proyección. Por lo demás, está claro que la concepción clásica permite valorar la

institución contractual desde tres ángulos bien distintos, pero de evidente gravitación en nuestro análisis: **valoración jurídica**, como fuente inexcusable de las obligaciones; **valoración económica**, como agente del proceso económico de producción, circulación y consumo de la riqueza; y **valoración ética**, como clave de un sistema de conducta que otorga fundamental importancia al respeto de la palabra empeñada, de la firma, de la "foi jurée", como lo pone de resalto la copiosa literatura que se refiere a este asunto.

Naturalmente, este planteo preliminar responde a una filosofía, a un modo de concebir el papel que juegan en el universo y en la sociedad organizada el hombre y el Estado; en suma, a una política —en el más alto sentido de esta comprometedora palabra— que concluye en una opinión y en una postura sobre el gran tema de todos los tiempos: **el tema de la libertad**. No hay teoría general del contrato que no empiece por tomar partido en punto a la personalidad, a la imputabilidad, a la responsabilidad de los sujetos de derecho, optando por el libre arbitrio o la determinación necesaria; no hay teoría general del contrato que no empiece por la investigación y el análisis de las fuentes de las obligaciones y, tras un proceso de lógica simplificación, no concluya por enfrentar la voluntad del hombre (lícita o ilícita) con la voluntad del Estado; el derecho que parte de la concepción de un hombre libre, amo de sí, responsable de sus decisiones voluntarias, y el derecho que lo considera como una pieza del gran organismo social o, extremando las cosas, como una visera del Leviathan mitológico, devorador de las libertades humanas, porque a ese precio se nutre y se sustenta.

Un código es —o debe ser al menos —un sistema coherente de normas y, en el mejor de los sentidos, un instrumento de alta política, que oriente y propugne la realidad nacional, según una filosofía y un programa de acción que le preste unidad y garantice su eficacia. Presupone una clasificación de los derechos, un método feliz en la distribución de las materias y una armónica actuación de las instituciones concebidas para lograr aquel fin.

En punto a la institución que nos ocupa, el Código de Vélez Ilenó, sin duda, tales exigencias, según las premisas y las motivaciones de su tiempo. El contrato —acto jurídico bilateral y fuente de obligaciones civiles —se presenta en el Código Civil de 1871 como un vínculo firme, duradero, que aprisiona el porvenir y fija con certeza la relación de derecho entre las partes, a las que, como principio, si bien les es posible contratar libremente, no les es posible, en cambio, abandonar libremente la posición asumida, aunque su querer y las motivaciones de su querer hayan variado con el transcurso de las horas. Los acuerdos resultan de un proceso deliberativo, concretado en ofertas y aceptaciones individuales que han de ser aprobadas o rechazadas en block,

porque la modificación que se introduzca en ellas supone la proposición de un nuevo contrato (arts. 1144, 1148 y 1152). Se hacen para ser cumplidos según sus términos de origen. Frente al incumplimiento, sólo cabe la demanda de ejecución. La disolución del vínculo sólo puede ser el fruto de la cláusula resolutoria expresa o de la disposición legal que excepcionalmente la autorice. En este último aspecto, el sistema apuntado resulta de los artículos 1203 y 1204, Cód. Civ., en su redacción original, y las razones que lo abonan están expuestas en la nota al artículo 1432, que precisa sus antecedentes. Pero no ha de entenderse que es éste un sistema rígido en extremo, consagración indeclinable de la vieja fórmula romana "pacta sunt servanda". En la teoría general de las obligaciones y de los hechos y actos jurídicos, en la teoría general del contrato y aún en los contratos en particular se halla el modo de aflojar el grillete, merced al uso de pautas e instituciones correctoras, pactos de distensión o excepciones previstas para las figuras nominadas.

Para corroborarlo, sin perjuicio de cuanto está dicho en normas tan generales como las de los artículos 21, 502 y 953, situémonos en el capítulo VIº, sección IIIª, libro IIº, que lleva por título "Del efecto de los contratos". Allí, luego de precisar el efecto relativo (art. 1195) y de incluir –con objetable método– la referencia a la acción subrogatoria, está la norma clave del artículo 1197, que consagra el poder "jurígeno", la fuerza creadora de la voluntad, capaz de anudar un vínculo de derecho al que las partes deben someterse "como a la ley misma". Y allí están también los ya citados artículos 1203 y 1204, abriendo la puerta resolutoria del pacto comisorio expreso, también fruto, por tanto, de la voluntad, cuando se cree prudente atender a una eventualidad que grave sobre la permanencia inalterada del vínculo. Pero obsérvese que no están solos ni juegan su papel con absoluta independencia de otros recursos y efectos que son propios de los contratos –sobre todo de los bilaterales– y que funcionan armónicamente, incluso abriendo paso a la intervención del juez en la vida del sistema.

Dijimos que, como principio, en el Código de Vélez el incumplimiento sólo autoriza a demandar la ejecución del contrato. Pero hete aquí que como un efecto propio de los contratos bilaterales, el artículo 1201 consagra la "exceptio non adimpleti contractus", según la cual sólo puede demandar el cumplimiento quien prueba haber cumplido, ofrece cumplir o acredita que no cumple porque su obligación está sujeta a un plazo aún no transcurrido que lo favorece. Y naturalmente el demandado, a quien la ley le suministra esta defensa, hallase en condiciones de cuestionar el cumplimiento que alegue el actor, con lo que se plantea una primera y sustancial cuestión que debe decidir el juez y que en otros códigos es materia de soluciones positivas.

En efecto: ¿Cuándo ha de entenderse que está suficientemente cumplida la obligación de la parte que demanda? ¿Se aplicará para esclarecer ese punto el criterio estricto con que procedió Porcia para vencer a Shylock en "El mercader de Venecia"? ¿Se dirá —como lo dice el art. 1426 del Código Civil— que no puede demandarse el precio de una compra y venta cuando no se ha entregado "exactamente" la cosa vendida? ¿Se argumentará —como Porcia argumentaba— que el contrato refiérese a una libra de la carne de Antonio, pero sin incluir en el corte ni una gota de su sangre?

Es sabido que la doctrina, la jurisprudencia y la legislación comparada coinciden en atemperar tan extremo rigor, analizando, desde luego, las circunstancias de especie. Una diferencia de centavos en cifras millonadas servirá, sin duda, para afirmar que no se entregó "exactamente" lo convenido, pero no puede autorizar en justicia el rechazo de la demanda interpuesta contra el vendedor que retiene la cosa. La falta de un alfiler en un millón de alfileres también servirá para afirmar que no se entregó "exactamente" lo convenido, pero tampoco puede autorizar en justicia el rechazo de la demanda que persigue el cobro del precio. Es el juez quien dirá, por tanto, si hay o no incumplimiento de grado suficiente como para abrir o cerrar paso a la acción. Y la suya no podrá ser una apreciación de bulto, porque no es lo mismo, si bien se mira, la falta de un tornillo en mil comprados a la gruesa, que la falta de aquel tornillo indispensable para completar la montura de un reloj.

Aclarada la existencia de un suficiente incumplimiento, se abre, pues, la hipótesis de los artículos 1203 y 1204 del Código de Vélez. Salvo la existencia de cláusula resolutoria convencional o legal, sólo cabe demandar la ejecución del contrato incumplido. Digo "cláusula resolutoria" y no "pacto comisorio", porque la disolución del vínculo contractual, con el alcance de una verdadera condición resolutoria, puede concretarse en ese o en otros pactos expresos de análoga significación (arts. 1363 y sigts.). Y digo "convencional o legal", porque a veces es nuestra ley civil la que concreta la disolución resolutoria en disposiciones que, por su número, constituyen tal vez la regla aparentemente desestimada (arts. 1412, 1413, 1420, 1430, 1519, 1520, 1524, 1559, 1563, 1564, 1566, 1567, 1579, 1643, 1644, 1735, etc.).

Pero hay todavía en el capítulo del efecto de los contratos otras normas generales que juegan a favor de la disolución del vínculo. Antes de sentar el principio básico de los artículos 1203 y 1204, en el artículo 1202, el Código de Vélez consagra el modo más simple de lograr aquel objeto, mediante la estipulación de una señal o arras. Nuestros tribunales se han atrevido a decir —con manifiesto error— que en nuestra ley esa estipulación —en lo civil de carácter penitencial— "implica la existencia, de un pacto comisorio". Y digo "con manifiesto error" porque para el

Código de Vélez el pacto comisorio nunca era **implicado** o **implícito**; y porque, además, hay en él diferencias señaladas entre el régimen de la señal o arras y el régimen del pacto comisorio: a) la señal o arras funciona a favor de ambas partes; el pacto comisorio a favor de la parte no culpada; b) la señal o arras funciona automáticamente; el pacto comisorio libra a un examen de la culpa para establecer quién tiene derecho a pedir la resolución; c) la señal o arras juega como una predeterminación de todo daño y perjuicio irrogable; el pacto comisorio libra también a una estimación de daños y perjuicios que deberá resarcir la parte culpada. Pero al margen de todo ello y de las múltiples observaciones a que se presta el régimen de la institución, queda claro que el modo más simple de lograr la disolución de un contrato es pactar una señal o arras, aunque el Código las tiene previstas, según la letra del artículo 1202, "para asegurar el contrato o su cumplimiento". Su efecto no es confirmatorio sino penitencial, pues alumbraba para ambas partes la facultad de arrepentirse, que en otros códigos debe ser objeto de estipulación expresa. La razón de Vélez fue, sin duda, de política legislativa. En un código que propugna un vínculo contractual firme, duradero, irresoluble, es congruente legislar al servicio de esa orientación, sobre arras confirmatorias y no penitenciales. Sólo el propósito de ablandar tanta dureza, así sea convencionalmente, justifica la concepción de nuestro legislador.

El derecho es una disciplina teleológica. Prevalece en sus realizaciones la relación de medio a fin. Y el fin califica al acto voluntario que será, según él, digno de protección o de repudio.

Ningún ordenamiento jurídico puede sensatamente desdeñar la estimación del fin que se persigue con los actos privados. Ninguno puede renunciar a ejercer cierto género de policía de las costumbres, de la moralidad, del orden, con el propósito último de proteger un interés legítimo o sancionar una conducta reprochable.

El Código de Vélez no constituye, por cierto, una excepción a esta regla. En la teoría general del acto jurídico están las normas que se refieren a su formación, a su objeto y a los vicios de la voluntad, y en la teoría general de la obligación están las normas que se refieren a las prestaciones admisibles y a la causa —y en particular a la causa ilícita—, normas todas de aplicación en la teoría general del contrato y que por sí solas bastan para muñir al juez del recurso técnico que le permita ejercer la policía del acto privado a que nos referíamos poco antes. Posibilidad, comercialidad, licitud, moral y buenas costumbres, orden público, libertad de las acciones y de la conciencia, protección de los terceros, voluntad libre de los vicios de error, de dolo, de violencia, son pautas generales de magnífica gravedad puestas por Vélez a disposición del magistrado que no sufra ceguera o esclerosis. En su virtud, mentando la sustancia y el fin del acto, cupo descargar

sobre él, si las circunstancias lo imponían, su más tremenda sanción civil: la nulidad.

Cada época tiene, sin embargo, sus problemas, su lenguaje, su estilo. Nuevas concepciones jurídicas, éticas, económicas han martillado durante el siglo XX –sobre todo a la zaga de dos conflictos mundiales– para torcer las grandes líneas en que se apoya la concepción clásica del contrato. Y en definitiva se ha sentido la necesidad de atenuar la fuerza obligatoria del vínculo y favorecer su disolución o su reajuste.

No es ajena a esa orientación una distinta concepción política, un distinto modo de ver la organización, las funciones y los fines del Estado y de resguardar o cohibir, consecuentemente, la autonomía o la libre determinación individual. El gran problema político es, en última instancia, el problema de la libertad, amparada o sacrificada según la relación que se establezca por el ordenamiento jurídico entre los súbditos y los órganos receptores del poder.

La primera manifestación de este planteo en el campo del derecho civil toca la delicada materia de las fuentes de las obligaciones. A la zaga de una concepción robusta del Estado, la vieja y conocida clasificación –contrato, cuasi-contrato, delito, cuasi-delito y ley– tiende a simplificarse. Colín y Capitant reducen la pentalogía a una trilogía –contrato, voluntad unilateral y ley–; Planiol a un dualismo bien significativo –voluntad individual y ley–; los más osados a un monismo absoluto: ley solamente. Esta solución armoniza, sin duda, con la prédica de un derecho cada vez más penetrado de principios "sociales" –aunque todo el derecho sea, en rigor, fenómeno social– y se traduce en un signo cierto de la realidad contemporánea: la penetración creciente del derecho público en el campo del derecho privado a que alude Savatier, la disminución creciente del papel que juega la voluntad que se dice autónoma y la multiplicación en número de las obligaciones legales. De más en más somos obligados sin haberlo querido. De más en más la ley cumple, incluso, como diría Lambert, la misión del contrato.

Tampoco es ajena a la concepción que nos ocupa una distinta concepción moral, un distinto enfoque del problema ético. El derecho clásico exaltó siempre el valor de la palabra empeñada, el respeto sacramental y a menudo doloroso de la firma puesta al pie de un compromiso. Sin duda son nociones de valor permanente, que será difícil desarraigar en absoluto; pero parecería ingenuo negar que hoy no pesa lo mismo, en el grueso de una población multiplicada y apremiada, el viejo canon de la "foi jurée". Se elude la obligación y se menosprecia la firma cada vez con mayor frecuencia. Se multiplican las hipótesis de simulación y de fraude. Triunfa la apariencia sobre la verdad y la falacia asciende a los más altos niveles, sin hallar contención ni en la jerarquía social ni en la cultura. La escala de los valores, las motivaciones de la conducta y hasta

la índole de la sanción prevista en la ley civil se han mudado del polo moral al económico, donde es sabido que tienen mayor cabida la apariencia, el "engaño lícito" y las claudicaciones de la fe.

Pero es sobre todo por la vía de la nueva realidad económica por donde avanza la crisis de la fuerza obligatoria del contrato. El contrato es el vehículo del proceso económico. El molde en el cual se vierte esa realidad. Una realidad que desacredita hoy el teórico equilibrio de las partes y de las prestaciones de que se hacía mérito ayer; que barre la contratación individual; que suprime la clásica deliberación de Ticios y Sempronios y que cae en fórmulas prerredactadas, adocenadas, colectivas, de adhesión o de sometimiento, en cuya calificación, integración e interpretación se concluye por apelar a la intervención previsor o subrogante del Estado. Desvanecida la noción del contrato como "vinculum juris", vuelta cada vez más anónima la personalidad de los contratantes, es lógico que se caiga en el régimen ordinario de "violación de los contratos", a que alude Capitant, y en la institucionalización del "derecho de no pagar las deudas" a que alude Ripert.

Y siendo así, resulta claro que no bastan, en tren de facilitar la desobligación del contratante, las normas previstas en los viejos códigos para la rescisión, para la resolución, para la revocación, para la nulidad. Es preciso cambiar las estructuras, como se dice en la jerga de hoy. Es preciso rendir tributo a la primacía económica –así sea con aprietos para la moral– y correr en auxilio de reales o supuestas "partes débiles", porque el legislador y el juzgador de nuestro tiempo están prontos a colocar en la condición de víctimas al desalojado, al concursado, al ejecutado, al deudor moroso, cancelando o reajustando las obligaciones que asumieron, aun a riesgo de quebrar la seguridad jurídica, esfumar la confianza que se deben entre sí las personas y gobernar, en suma, con prejuicios de momento, aunque se invoque siempre la autoridad de la ley y la suprema realización de la justicia.

La doctrina y la jurisprudencia han marchado hacia allí. La ley positiva ha concluido por acoger los nuevos criterios. Viejos códigos liberales incorporan instituciones novedosas o resucitan las que hasta ayer se juzgaron añejas. Ya no son esos códigos las catedrales de estilo inconfundible de que se habló algunas veces. Son o suelen ser a menudo grandiosos y tristes palacios de otras épocas que se adaptan penosamente a destinos actuales. En ocasiones, son arquitecturas con puertas falsas y oscuros pasadizos, por donde se cuelan malos vientos o se concretan fugas de osados y temerosos.

Frente a este proceso que despertó nuestra inquietud hace ya varias décadas, cuando aspirábamos al grado doctoral, es nuestro propósito ahora echar una rapidísima ojeada sobre los recursos de que se ha valido el legislador para darle respuesta en nuestro país y en nuestro tiempo.

Desde ya nos parece útil señalar que una terminología muy propia de instituciones escasamente perfiladas corresponde a la descripción de los fenómenos que antes mencionamos. El lenguaje jurídico – que también atrajo nuestra atención no hace mucho– puede servir para denunciar la índole de una evolución inquietante. Medítese, entre otras, sobre estas locuciones en uso: contrato "impersonalizado", "desindividualizado", "standardizado", "prerredactado", "tarifado", "regulado", "necesario", "reglamentario", "intervenido", "dirigido", "de adhesión", "colectivo", "impersonal", "consigo mismo", "cuasi contractual" y "cuasi obligatorio".

La doctrina comenzó por trabajar con algunos institutos de dilatada proyección. Como ya lo hemos apuntado, los hay que responden a concepciones más o menos novedosas. Los hay que actualizan concepciones añejas. Los hay que pueden considerarse como el desarrollo de institutos en vigor exigidos al máximo merced a una interpretación osada o complaciente. Y porque en muchos casos chocan con ordenamientos prestigiados por una larga y fructuosa existencia, los hay, finalmente, que instalan la anfibología y la paradoja en el ámbito puro del mejor lenguaje jurídico.

Los módulos generales son bien conocidos: retorna la lesión, eso sí, rotulada como subjetiva; prospera la teoría de la imprevisión –que es la lesión sobreviniente en los contratos de ejecución continuada o diferida –; se abunda en el desarrollo de la teoría de la causa, hasta cubrir un amplio espectro que va desde la correlación y equivalencia material de las prestaciones en los negocios sinalagmáticos hasta la indagación del fin concreto y variable que persigue cada uno de los protagonistas y aun a las motivaciones recónditas de su decisión; se extiende al máximo la invocación catalítica de nociones generales, elásticas, casi indefinibles, como la de orden público, para cohibir el acuerdo privado y lograr la imperatividad, la retroactividad y la territorialidad de la ley, cerrando el paso a la libre determinación de las partes; se controla la evolución de los patrimonios para que la demasía genere la obligación de restituir aquel enriquecimiento que no tiene causa o, mejor aún, que no tiene justificación; se ahonda en los vicios de la voluntad para extender la excusabilidad del error y admitir refinadas formas de violencia y de dolo que antes se hubieran descartado; en fin, contra el rigor lógico del artículo 1071 del Código de Vélez, se recepta la teoría del abuso del derecho, según la cual es posible desembocar en lo ilícito transitando las vías de la ley. A lo que cabe añadir que se postula el ensanche generoso de la resolución implícita, la protección acentuada de los intereses colectivos y de la buena fe y una interpretación integrativa de las convenciones, que supera frecuentemente el marco de la voluntad real o declarada.

Ha favorecido este proceso –sobre todo en las últimas décadas – el terrible desequilibrio económico financiero que padece el mundo. El

crecimiento de la población, el desarrollo de las comunicaciones, la multiplicación del tráfico, servido por una enorme masa de producción y de consumo, la universalización del crédito, de la banca, de la bolsa, de los medios de pago, han concluido por componer una realidad fluida, correlacionada, interdependiente, que sufre en cualquier lugar las consecuencias de los colapsos más remotos. El agente inestimable de la medición y circulación de los valores, el principal instrumento de los pagos, la llave de las cancelaciones, de la previsión, del ahorro, del seguro —en una palabra, **la moneda**—, ha perdido su estabilidad y su virtud al convertirse en un falso metro que se dilata y se contrae según las circunstancias de momento. Y corresponde advertir desde ya que es allí, en las alteraciones de la moneda, donde nace el gran número de las demandas de resolución o reajuste de los contratos.

El primer paso fue dar cabida a las nuevas concepciones en la ley vigente. Así se ha dicho fundadamente en nuestro medio que la lesión subjetiva cabe en el texto del artículo 953 del Código de Vélez y que otro tanto puede decirse de la teoría de la imprevisión, con referencia al texto del artículo 1198. Tocante a la teoría de la causa, es harto conocido lo que se extrae de los artículos 500, 501 y 502, en un empeñoso esfuerzo por distinguir lo que es causa fuente de lo que sería causa fin. Y respecto del enriquecimiento sin causa, luego de rastrear el pensamiento del codificador en las notas a los artículos 43, 499, 637, 728, 784, 1744, 2441, 2589, 2567, 2594, etc., es también notorio el intento de sistematizar soluciones concretas de la ley para hacer de la acción de "in rem verso" no sólo una acción comprendida o auxiliar dentro de la gestión de negocios o el empleo útil, sino una acción autónoma, derivada del "principio de razón natural" que impide que alguien se enriquezca en perjuicio de otro, a que alude Vélez en la segunda de las notas citadas.

No es de extrañar. Los juristas suelen empeñarse con ahínco en hacer que las concepciones nuevas quepan en los moldes viejos. Por otra parte, lesión, imprevisión, causa, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, reconocen todos un fundamento de equidad, de justicia, de equilibrio en las prestaciones, de moralidad, en suma, que los aproxima y emparenta. ¿No se ha dicho, acaso, que se repara la lesión para evitar un enriquecimiento sin causa? ¿No se ha esgrimido el mismo argumento tratándose de la imprevisión? ¿No es la descalificación del fin lo que se arguye en apoyo de la teoría de la causa y no es análoga descalificación, referida al ejercicio del derecho, lo que presta sustento a la teoría del abuso? ¿No es la equidad, la justicia contractual, la noción de causa, la noción de equivalencia y correlación de las prestaciones y una apelación generosa al derecho natural, al orden público, a la moral y las buenas costumbres y a la misión pacificadora del derecho todo lo que

se invoca como fundamento de la resolución y el reajuste de los contratos?

Naturalmente, todo ello concluye en una opción de política jurídica. La doctrina, la jurisprudencia y ahora el derecho positivo buscan incorporar una constelación de principios generales que respondan a esa orientación y permitan combatir situaciones injustas. Pero toda generalización de la ley positiva tiene un destinatario: el juez; el juez que "esculpe en la niebla", como diría Unamuno, aunque él prefería que eso lo hicieran los poetas. Porque –conviene repetirlo– cualquier vaguedad de la ley concluye en un robustecimiento de las facultades del magistrado. No en balde al Libro de los Jueces sigue en la Biblia el Libro de los Reyes...

Si el juez ha de ser el destinatario de tan vastos poderes, es claro que una política afirmativa sólo puede recomendarse en una comunidad altamente evolucionada, donde todo contribuya a afianzar la independencia, el celo clarividente y el ejercicio inobjetable de la magistratura. No es garantía de acierto la decisión de quien maneja la ley imprecisa como quien esgrime un arma peligrosa, cuya tenencia o portación sólo puede consentirse midiendo al milímetro la personalidad del agente.

Esa es la tremenda responsabilidad de los legisladores. No cabe duda de que es tentador el sistema legislativo que permite ejercer en cada caso la justicia concreta, al modo de Salomón o de San Luis de Francia. Pero algún sentido tiene en comunidades donde no se dan por cientos esas maravillas, fijar las soluciones en la ley, no consentir su vaguedad o su misterio, librar de tentaciones a la magistratura y defender, si cabe, la plaza fuerte en la primera línea de fortificaciones.

Es, en el fondo, un dilema que se relaciona, en alguna medida, con aquel otro del derecho escrito o del derecho libre. Las fuentes del derecho positivo y las normas de interpretación –diría Gény– son el resorte de la paz social, si ha de logrársela con la colaboración de juristas, legisladores, jueces y abogados. Ningún sistema que abra las puertas a la discrecionalidad de unos o de otros planta sus soluciones en suelo firme, al abrigo de las demasías.

Desarmar, desintegrar la noción clásica de contrato parece ser el último y peligroso arresto de la especulación jurídica.

Es casi vulgar la crítica que se dirige contra la "voluntad común" o la "común intención" de las partes, calificadas como abstracciones infusas.

De esa premonición se han beneficiado nuevos sistemas del derecho positivo, como el que asigna a la voluntad unilateral el carácter de fuente de las obligaciones.

Desde hace mucho un gran filósofo – Kant– tiene escrito que sólo la deducción trascendental de la noción de contrato puede salvar las

dificultades con que se choca para concebir como simultáneos actos que necesariamente deben sucederse en el tiempo, como son la oferta y la aceptación a las que se refiere su análisis. Y un ilustre jurista –Schlossmann– llegó a afirmar que el contrato es la primera y más importante ficción de que se valen los hombres de derecho.

Políticos y economistas han contribuido después a reforzar esta postura con su grano de arena. La noción clásica de contrato especula con un sistema económico que reconoce como derecho sustancial el de la propiedad privada. En un sistema que niegue esta premisa –y los hay, va de suyo –, es obvio que la noción clásica de contrato no puede sobrevivir incólume. Para esas comunidades –como dice Kelsen– el contrato no va más allá de ser un acto de participación en la voluntad del Estado,alzada sobre la voluntad nula o casi nula de una multitud de hombres inducidos y fungibles.

Es nuestra opinión que no hay, no puede haber derecho sin libertad, sin voluntad autónoma, sin contrato. El contrato es, a nuestro juicio, una categoría necesaria del derecho común, una fuente indeclinable de obligaciones. La concepción jurídica que lo invalida o menoscaba, coadyuva al triunfo de una concepción política y económica que no nos seduce. Afirmar el derecho de propiedad; dejar a los particulares la libre disposición de sus bienes y servicios; alentar la iniciativa privada; favorecer la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas,- proteger la invocación y defensa de los derechos subjetivos, es el programa que estimamos conveniente para asentar un Estado de Derecho en el que obren sin mengua la libertad, la voluntad autónoma, el contrato.

En resumen: la noción clásica de contrato se arma con voluntad autónoma, efecto relativo y fuerza obligatoria. Para ella, el contrato es un vínculo personal, individualizado, firme, fruto de un proceso reflexivo, deliberativo, destinado a cubrir las necesidades de un hombre libre, capaz, responsable, que maneja a ese fin un patrimonio y empeña su fe en el respeto celoso de sus compromisos.

Los tiempos que corren golpean sobre esa concepción, desajustándola. Hay una evolución técnica del contrato que lo acredita: de más en más el contrato se celebra entre ausentes; de más en más la oferta se dirige a personas indeterminadas,- de más en más el consentimiento se manifiesta por adhesión; de más en más enriquecen su estatuto las obligaciones legales; de más en más prosperan las fórmulas reglamentarias y colectivas; de más en más se lo prerredacta; de más en más se lo integra y se lo reajusta; de más en más se lo resuelve, se lo interviene, se lo dirige.

Las desigualdades sociales y económicas, el robustecimiento del Estado, una más flácida moral y un purrito de socialización y colectiviza-

ción a ultranza gobiernan contemporáneamente este proceso, cuyo eco jurídico no puede ignorarse. La doctrina y la ley positiva acusan el impacto, pero las grandes verdades todavía siguen en pie.

El destino del hombre se amasa ineluctablemente con libertad, con voluntad, con responsabilidad, con justicia, manejando un tesoro de bienes que Dios ha puesto en la tierra para que él lo aplique a la satisfacción de sus necesidades merced a un dominio que sólo se justifica como fruto de la inteligencia, del trabajo, del cambio equitativo y útil. Para favorecer y ordenar tal empresa nace el derecho y se concibe el contrato. Un derecho y un contrato que acompañan al hombre desde sus orígenes y que no pueden desaparecer mientras él sobreviva. Son expresiones de su existencia que han conocido y conocerán crisis agudas pero no catástrofes aniquiladoras. Porque si eso sucediese —como se ha escrito entre nosotros— de nuevo el hombre volvería, a la vuelta de los años o de los siglos, a descubrir estas verdades perennes: que donde hay sociedad debe haber derecho; que donde hay derecho debe haber libertad; que donde hay libertad debe haber voluntad autónoma; que de la voluntad autónoma (lícita o ilícita) y de la ley nace la obligación; que la obligación es un vínculo de derecho dignificado por una aspiración de bien y de justicia; que las prestaciones de dar o de hacer son el objeto de la obligación y mediante ellas se transfiere la propiedad o se utiliza en nuestro beneficio el esfuerzo del prójimo; que el contrato, en fin, es el precioso instrumento jurídico de solidaridad, de civilización y de cambio que armoniza intereses contrapuestos e instituye la paz consciente y perdurable.

Hasta Dios, según las Escrituras, tuvo trato convencional con el hombre. Un trato que Dios renueva diariamente, aunque el hombre se obstina en no cumplir su compromiso. Lo que importa afirmar que, pese a todo, el acuerdo de voluntades sigue siendo el recurso insustituible para instaurar la paz y afianzar la justicia. Un programa feliz a los ojos de Dios y de los hombres.