

## Modernas direcciones de la contratación

POR

JUAN OSSORIO MORALES

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL

El Derecho, como fenómeno de cultura, como producto histórico, como manifestación vital de la convivencia humana, evoluciona y se transforma constantemente, a compás de la vida, en estrecha relación con las demás manifestaciones culturales y sociales de cada época, adecuándose siempre a las exigencias y conceptos del momento. Unas veces, de un modo lento e imperceptible; otras en forma rápida y tumultuosa, ya que los cambios del ordenamiento jurídico no siempre se realizan sin esfuerzo y sin dolor, como los españoles sabemos por triste experiencia y ya puso brillantemente de manifiesto Ihering en su glosa polémica frente a la Escuela histórica y especialmente en su tesis magistral «La lucha por el Derecho.»

Estas transformaciones del orden jurídico son ciertamente más perceptibles y radicales en la esfera del Derecho público que en el ámbito del Derecho privado. Todos nosotros—aun los que estamos todavía mediando la vida—hemos conocido virajes fundamentales en la organización y en el pensamiento político de los pueblos y en cambio, tenemos la sensación de vivir todavía bajo

el imperio de las mismas leyes civiles que nos vieron nacer. Radbruch atribuye este fenómeno, este distinto ritmo [en la evolución de ambas ramas del Derecho, a que los hombres nos sentimos primordialmente sujetos de relaciones privadas: propietarios, padres, esposos, comerciantes, acreedores, etc. y sólo después ciudadanos. Y por eso, de ordinario, los intereses existentes se oponen de un modo más tenaz a la transformación del Derecho privado que a la modificación del orden político. Y aunque esta explicación—excesivamente fría y egoísta—pudiera parecernos recusable, el fenómeno es patente: frente a la línea en zigzag, con bruscas cisuras y trágicos declives del orden político, el Derecho privado marcha lentamente, majestuoso, con una trayectoria suave y al parecer inalterable; pero marcha también. Sería erróneo creer que el Derecho privado puede permanecer estacionario un sólo instante. También él va a compás de la vida; sobre él influyen poderosamente las fuerzas sociales y cada época le imprime sus caracteres propios.

Es frecuente considerar a nuestro actual Derecho civil como una mera reproducción—más o menos alterada en puntos accesorios por otras influencias—del Derecho romano recopilado por Justiniano en el Corpus Juris. Pero semejante concepción responde, sin embargo, a una visión superficial de ambos sistemas. La técnica jurídica ha conservado y utilizado ciertamente, a través de los siglos, el método, el lenguaje, los esquemas, las clasificaciones, las líneas externas del sistema romano; pero la pretendida identidad es más aparente que real y la subsistencia del derecho formal—del tecnicismo sobre todo—no siempre deja percibir con claridad suficiente las profundas mutaciones del Derecho vivo. Así, lo que hoy llamamos *propiedad*—función social, tan recargada de deberes como de derechos—no presenta apenas ninguna semejanza con la propiedad absoluta y teóricamente ilimitada del Derecho romano, aunque se la designe con el mismo nombre. Ni esa unión íntima de convivencia y mutua ayuda entre hombre y mujer, fundada en el mutuo afecto y en el mutuo consentimiento que seguimos llamando *matrimonio*, tiene analogía con aquel poder absoluto y discipli-

nario que el marido tenía sobre la mujer—sobre la *uxor in manu*— como uno más entre los elementos personales y materiales que constituían su casa, su patrimonio. La *patria potestad*, de tal modo se ha transformado que ya no es *patria*—puesto que no sólo al padre corresponde—, ni es *potestad*, sino delicada función tuitiva de asistencia que sobre los padres recae como imperativo ineludible. Los ejemplos podrían multiplicarse indefinidamente. Y no es necesario remontarse a época tan remota para percibir los cambios; basta con tomar como punto de referencia el Derecho civil surgido al calor de la Revolución francesa y las codificaciones del siglo pasado—incluso la nuestra—para percibir la distancia ideológica que de ellos nos separa.

El Derecho de obligaciones, a pesar de ser la parte del Derecho privado que los juristas romanos construyeron con mayor sutileza, con mayor rigor lógico, donde la técnica de aquéllos alcanzó su mayor perfección, no ha podido permanecer extraño a esa profunda evolución y por virtud de influencias muy diversas han ido surgiendo en él principios totalmente ajenos al pensamiento romano, que no conoció, por ejemplo, ni la fuerza obligatoria de la palabra dada, ni el justo equilibrio de las prestaciones prometidas, ni la protección al contratante más débil, ni la seguridad frente a quien abusa de su derecho, ni tantos otros principios del moderno Derecho de obligaciones.

Esa transformación, que constantemente se opera en las instituciones jurídicas, justifica que podamos hablar hoy, con pleno sentido y quizás con provecho, de un concepto *actual* del contrato, intentando señalar, a grandes rasgos, lo que esta figura jurídica ha llegado a ser en nuestros días; su concepto y los principios informadores de su mecanismo. Concepto y principios actuales que ciertamente están a la vista de todos, al alcance de la más superficial observación, a pesar de lo cual, la doctrina, por cautela o quizás por inercia rutinaria, no suele recogerlos ni apenas insinuarlos, dándose así el caso de que por lo general, el estudiante universitario, si se limita a la información que el libro de texto le suministra,

obtenga una visión del contrato que no responde ya a lo que éste es realmente en el mundo actual.

Y téngase en cuenta, que si bien hemos de limitar nuestras observaciones a la figura del contrato, la trascendencia de su evolución conceptual en el mundo de lo jurídico traspasa el ámbito escueto de esta institución, porque durante mucho tiempo el contrato, como prototipo de acto jurídico voluntariamente consentido y como tal vinculante, ha sido, en cierto modo, el esquema básico del orden jurídico, que la Ciencia ha trasplantado a otros sectores, y con arreglo al cual se han explicado y moldeado las más diversas instituciones. Acudiendo al contrato se quiso justificar el origen del Estado; igual origen contractual se asignó a la ley, estimando que su fuerza derivaba de la adhesión expresa o implícita del individuo a la sociedad; el matrimonio—a pesar de su carácter eminentemente ético—fué considerado como un simple contrato; a esta figura hubo que acudir también para explicar la naturaleza jurídica de los tratados internacionales. Aunque parezca extraño, hasta la presunción de paternidad que sirve de base a la filiación legítima, ha sido explicada por Colin y Capitant mediante una referencia al contrato, justificándola por la idea de un acto de voluntad del marido que, al casarse, conviene tácitamente con su mujer en aceptar de antemano como suyos los hijos que ésta conciba durante el matrimonio.

Vemos pues, que la figura del contrato ha penetrado en los más remotos confines de la sistemática jurídica, y es claro por consiguiente que la deformación de aquella figura ha de reflejarse en toda la ciencia jurídica.



Según el esquema tradicional, el contrato se nos presenta como un *libre acuerdo de voluntades*. Los contratantes (comprador y vendedor, arrendador y arrendatario, etc.), con objeto de satisfacer sus respectivas necesidades, sopesando ventajas e inconvenientes, pactan libremente aquello que consideran más ajustado a sus intereses y a los fines que, contratando, se proponen realizar. Tal es la concepción clásica del contrato, heredada del Derecho roma-

no. Es cierto que este Derecho, poco propicio a la abstracción, no llegó a construir un concepto general del contrato, elaborando sólo figuras contractuales singulares y determinadas; y que las fuentes, no ofrecen ninguna definición unitaria, capaz de abarcar todos los tipos particulares de contrato. Pero generalizando sobre la base del casuismo romano, cabe afirmar, que si bien no todo pacto, no todo acuerdo de voluntades bastaba en Roma para engendrar obligaciones contractuales, todo contrato implicaba un pacto, un convenio, un *consensus*, ya que sin acuerdo de voluntades no había contrato posible. Sobre esa base, la doctrina romanista consagró la fórmula: *duorum in idem placitum consensus*.

El individualismo liberal del siglo XVIII acoge con entusiasmo esa noción del contrato y la lleva a sus últimas consecuencias. El querer individual constituye el principio rector de toda la vida social y jurídica, y la función del Estado queda limitada a reconocer y proteger aquella voluntad, que se estima anterior y superior a él.

El Código civil francés, basado en las ideas de *igualdad* y *libertad* jurídicas, vió en el contrato—considerado como acuerdo de voluntades iguales, libremente realizado—la palanca suprema de toda la vida social, proclamando en su artículo 1.134 que las convenciones legalmente pactadas *tienen valor de ley* entre quienes las han celebrado. Y por aplicación del principio—tan en boga entonces—de que el libre juego de las fuerzas económicas produce siempre, automáticamente, lo mejor, se llegó a la convicción de que todo contrato, en cuanto resultado de dos declaraciones de voluntad libremente emitidas, había de producir necesaria y fatalmente un resultado justo. «*Qui dit contractuel, dit juste*», fué el axioma unánimemente aceptado. Toda obligación para ser justa, debe ser libremente consentida; y toda obligación libremente consentida, es, sólo por eso justa. El principio de la autonomía de la voluntad constituyó el principio básico de la contratación clásica, y se reconoció a los particulares la posibilidad de fijar libremente el contenido y los efectos del contrato, de tal suerte, que las normas positivas que los Códigos de la época dedican a la contratación tienen,

en su inmensa mayoría, carácter supletorio o dispositivo, y se establecen simplemente para llenar las lagunas que los contratantes hubieran dejado imprevistas al pactar. Siendo sintomático, respecto al punto de vista imperante, que tales normas se justificaban en consideración a *la voluntad presunta* de las partes. Si éstas no habían reglamentado todos los efectos del contrato, mediante una expresa declaración de voluntad, la ley presumía lo que habrían querido. En esencia, todo particular era libre para contratar cuando quería, como quería y con quien quería. Esa libertad sólo estaba limitada negativamente por una referencia genérica a la ley y al orden público.

Muy pronto, sin embargo, todavía en plena euforia liberal, se inicia una atenuación de esos principios.

De un modo tímido, fragmentario, el legislador se ve obligado a intervenir en el juego de la contratación, comenzando por el *contrato de trabajo*, donde las consecuencias de aquella libertad acusaban más graves daños. La legislación del trabajo a fines del siglo XIX y principios del XX multiplica las limitaciones a la libertad contractual. Intervencionismo que también trasciende fuera de la órbita del contrato de trabajo, reduciendo poco a poco el área donde puede desenvolverse la voluntad privada al contratar. El número de normas de carácter imperativo en materia de contratación tiende a aumentar de día en día.

No obstante, era y es tal la fe que los antiguos principios suscitaban, que ese creciente intervencionismo del Estado se consideró durante mucho tiempo como algo excepcional, episódico, impuesto por las necesidades apremiantes del momento, y que no afectaba a la integridad y solidez de los principios; y el dogma de la autonomía de la voluntad siguió teóricamente intacto. Todavía la Constitución de Weimar formulaba el principio de que «en el tráfico económico rige la libertad de contratación, dentro de los límites señalados en la ley».

Pero esa tan decantada libertad contractual había de sufrir nuevos y graves embates. Y no era ya el legislador quien impera-



tivamente la coartaba, sino la nueva organización económica e industrial, que, al calor de las nuevas necesidades, creaba espontáneamente y hacía surgir nuevas figuras de negocios jurídicos que, conservando el nombre de contratos, van desviándose de los principios que tradicionalmente regían la contratación. Aparece así el *contrato colectivo*, como remedio a la desigualdad de hecho en que el individuo aislado se encuentra frente a la gran industria, frente a la gran empresa capitalista. Estos contratos colectivos—acerca de cuya naturaleza jurídica tanto se ha controvertido—se limitan a fijar las normas o bases con arreglo a las cuales han de celebrarse necesariamente los contratos en que intervengan los individuos pertenecientes a determinadas categorías profesionales. Estos individuos, por el hecho de pertenecer al sindicato, a la corporación, al grupo profesional no son ya libres para fijar el contenido y las cláusulas de los contratos aislados que ulteriormente celebren, sino que han de hacerlo con arreglo al esquema fijado de antemano, de suerte que en las convenciones particulares que celebren han de incluir necesariamente las cláusulas previamente convenidas por la agrupación a que habían acudido buscando la fuerza compensadora que los amparara. Siendo de advertir—para apreciar en toda su magnitud el fenómeno—que en algunos casos se ha llegado al extremo de dar a tales contratos colectivos, debidamente intervenidos por autoridades administrativas, fuerza obligatoria con carácter general, respecto a todos los que se dedican a una actividad determinada, pertenezcan o no como miembros a una agrupación profesional.

En todos estos contratos colectivos o reglamentarios (normativos), la voluntad contractual es totalmente ineficaz para configurar el contenido del negocio, los contratantes no convienen nada libremente y no hay más acto volitivo que la determinación inicial de contratar o no. Y aun éste, en la mayoría de los casos, viene impuesto imperiosamente por las circunstancias.

Todo esto ha dado lugar a que, parte de la doctrina, haya negado a estos contratos colectivos o de tarifa verdadero carácter

contractual, por considerar que, dada su naturaleza normativa, más que verdaderos contratos privados constituyen la realización de una función pública que el Estado delega en los propios interesados. Radbruch los llama «leyes autónomas de un oficio», por nacer del mismo campo donde han de prestar su utilidad. Y está bastante generalizada la tesis de quienes ven, en el contrato colectivo, una nueva fuente de derecho objetivo, bien considerándolo como reglamento o figura intermedia entre el contrato y la ley, o como substitutivo de los usos.

Pero aceptada esta concepción, sería enorme y cada día mayor la masa de negocios jurídicos que quedarían excluidos del derecho de la contratación y substraídos a sus normas. Porque no debe olvidarse que si bien estos contratos colectivos aparecen originariamente en el campo de las relaciones laborales, como contratos colectivos de trabajo, van lentamente desbordando ese campo inicial y penetrando en ciertas esferas del Derecho mercantil y de la Economía, originando contratos colectivos de tipo no laboral (por ejemplo, cabe considerar como tal el celebrado entre una Sociedad de Autores y una Sociedad de Empresarios de Teatro, fijando las normas con arreglo a las cuales los derechos de autor han de fijarse y abonarse a éstos).

Por otra parte, la actual organización económica, ha dado lugar a otro tipo de negocios jurídicos que, aun llamándose también contratos (de adhesión), se apartan igualmente del esquema clásico. Colocado el individuo aislado frente a las grandes empresas —en posición monopolista de hecho o de derecho—rómperse la igualdad contractual, impidiendo al particular contratante pactar y discutir libremente con aquellas. El *trust*, el *cartels*, la gran empresa, impone o dicta unilateralmente las condiciones de los contratos que está dispuesta a celebrar, mediante cláusulas inalterables sobre las cuales no cabe el derecho de discusión; el particular acepta o rechaza dichas cláusulas, dice simplemente *sí* o *no*. A esa mera opción queda ya limitada su libertad contractual; puede contratar o no contratar, pero si quiere hacerlo ha de ser en las



condiciones que la otra parte le dicta, e incluso con personas que él no ha elegido libremente, sino que de derecho o de hecho son impuestas (piénsese por ejemplo en los llamados *cartels* de zona en que los fabricantes de un producto acudan, para su venta, distribuirse el territorio nacional). Y en la mayoría de los casos ni esa sombra de libertad inicial le resta al particular, pues se trata de contratos en que necesariamente ha de tomar parte, ya que de lo contrario tendría que renunciar a viajar, a utilizar fluido eléctrico, a comprar específicos, a utilizar los servicios de un Banco, a asegurar sus bienes, etc. Con razón afirma Rippert que sería una broma de mal gusto decir a quien se ha visto obligado a celebrar uno de estos contratos, en condiciones oneroso: «tu lo has querido». En la generalidad de los casos, quien celebra uno de estos contratos, está en el fondo, disconforme con las condiciones que se le imponen; si pudiera hacerlo, contrataría de tal suerte que es consubstancial con tales negocios un cierto vicio en el consentimiento, que sin embargo, no los invalida. La ley del contrato no es ya aquí lo convenido por las partes, sino que viene formulada unilateralmente por una de ellas mediante formularios, cláusulas impresas, pólizas, precios únicos y fijos, etc.

Y debe advertirse—para abarcar en toda su amplitud el panorama que contemplamos—que el ámbito de aplicación de estos negocios jurídicos no se limita a la esfera de los servicios públicos, pues si bien es en ella donde principalmente se manifiestan, se ofrecen también abundantes ejemplos de esta figura dentro del Derecho mercantil (por ejemplo, seguros, suscripción de acciones y obligaciones, etc.) y en el más puro Derecho civil (por ejemplo, hospedaje, representaciones teatrales). En realidad, el llamado contrato de adhesión no es una categoría especial de la contratación, sino una forma de manifestarse el contrato (en cuanto a su generación y conclusión), aplicable a los distintos tipos clásicos de contrato. Forma que de día en día extiende su dominio a nuevas figuras contractuales, de un modo análogo al contrato colectivo, que nacido, como dijimos, al calor de la relación de trabajo, va pene-



trando, en virtud de su fuerza expansiva, en las relaciones mercantiles y de la economía.

Estos, llamados por la doctrina, desde Saleilles, *contratos de adhesión*, asumen modalidades diversas que aquí sería inoportuno detenernos a analizar. Pero sí conviene destacar—a los efectos que nos proponemos en estas lecciones—el que todos ellos ofrecen como nota común la de representar una deformación del molde tradicional, que concebía al contrato como el resultado de un libre acuerdo de dos voluntades iguales. La adhesión supone la aceptación separada, por parte de numerosos contratantes, de un esquema de condiciones invariables, preparadas e impuestas por la voluntad de un contratante único. Según la conocida y gráfica expresión de Josserand, el proyecto de contrato viene a ser entonces como un *cliché* contractual, del cual pueden obtenerse un número indefinido de pruebas. El contrato se realiza en serie, se deshumaniza, se hace mecánico.

No cabe desconocer, ciertamente, que también en estos llamados contratos de adhesión, entran en juego dos declaraciones de voluntad: la de la empresa que formula el esquema, la póliza o el boletín de suscripción, y la del particular que se adhiere aceptándola. Pero estos dos momentos no pueden confundirse con la *oferta* y la *aceptación* cuya coincidencia, según la fórmula consagrada (por ejemplo en el artículo 1.262 de nuestro Código civil), engendra el consentimiento contractual. La *oferta* y la *aceptación* del Código son dos elementos intercambiables, de idéntico valor; el que recibe una oferta puede no aceptarla, modificándola y convirtiéndose a su vez en oferente; y este juego de ofertas recíprocas, que constituyen las negociaciones o fase preparatoria del contrato, puede repetirse indefinidamente, hasta el punto de que, al llegarse a una coincidencia de voluntades, no sea posible atribuir a ninguno de los dos contratantes la condición ideal de oferente o de aceptante. En el contrato de adhesión, en cambio, cada una de las partes juega un papel predeterminado e invariable, y sus respectivas voluntades se limitan a actuar dentro del molde rígido que les

está asignado. La oferta tiene carácter *general y permanente*: está destinada a engendrar un número indeterminado de contratos y se mantiene indefinidamente inalterada, siendo indiferente a su existencia, como tal oferta, el hecho de que sea o no aceptada. En cambio la aceptación es *individual*, emitida por un caso concreto, y además, *transitoria* en sus efectos. Claramente se advierte, examinando el proceso de formación de estos contratos de adhesión, que no puede hablarse ya, en el sentido clásico, de coincidencia de dos declaraciones de voluntad, puesto que teleológicamente son distintas, dirigida la una al público con carácter general y la otra concreta y específica. En la contratación automática, por ejemplo, ¿cómo hablar ya de un acuerdo de voluntades entre el industrial desconocido que coloca una báscula en un paseo público, y el transeunte que, depositando en ella una moneda, desea averiguar si adelgazó durante el verano?

Todas estas consideraciones—que muy sucintamente hemos expuesto—han hecho pensar que, no obstante el nombre con que se les conoce, estos negocios jurídicos no son ya propiamente *contratos*. Para algunos autores—procedentes en general del campo del Derecho público—se trata de negocios o actos unilaterales, consistentes en el sometimiento de una de las partes a una norma general de carácter reglamentario formulada por la otra; el único acto de voluntad del adherente consistiría en colocarse en la situación prevista, para que la norma formulada por la otra parte, le fuera aplicable. Tesis que exigiría, para ser aceptable, la existencia de una delegación expresa por parte del Estado en favor de una de las partes, quien de otro modo carecería del poder jurídico necesario para crear e imponer normas de carácter obligatorio y alcance general.

Pero todavía en los últimos años, se ha llegado a más en el fenómeno que señalamos, de deformación del concepto clásico del contrato, con la figura de los llamados contratos «forzosos» o «dictados», según la terminología introducida por Nipperdey: aquellos que el orden jurídico configura con preceptos inderoga-

bles, cuyo contenido y condiciones están imperativamente dictadas, y que en algún caso extremo son incluso de celebración obligatoria. En los contratos relativos a artículos sometidos a tasa por ejemplo, el precio se impone a los contratantes, que no pueden apartarse del establecido con carácter forzoso y general, en los arrendamientos rústicos, las leyes fijan plazos mínimos de duración, formas de pago de la renta, etc; que no pueden ser alteradas por los contratantes, aunque quieran hacerlo; en los arrendamientos urbanos, el legislador impone con carácter forzoso la duración indefinida, contra la voluntad del arrendador. Normas que «no podrán ser modificadas mediante pacto en contrario», según la fórmula de estilo mediante la cual la voluntad general afirma su predominio sobre la voluntad particular en materia de contratación. El ordenamiento jurídico, concibiendo el contrato como inserto en el conjunto de la Economía nacional, interviene en ocasiones limitando los beneficios que de un determinado contrato pueden obtener las partes, no ya en atención al interés de los particulares contratantes que se enfrentan, como en la doctrina clásica de la lesión, sino en función de la situación general y de las necesidades estatales. A veces, no sólo el contenido del contrato viene imperativamente dictado, sino que *su celebración misma* es obligatoria, sin facultad siquiera para elegir la persona del otro contratante (por ejemplo, los productores de trigo tienen forzosamente que venderlo, en condiciones previamente dictadas, al Servicio Nacional; el viajero que toma un billete de ferrocarril, celebra al mismo tiempo que el contrato de transporte, sépalo o no, un contrato de seguro, quienes celebran un arrendamiento de finca urbana, tienen que celebrar también, por imperativo legal, un contrato de fianza. ¡Una fianza que es *obligatoria incluso para el acreedor*, aunque esto parezca extraño, siendo la fianza una garantía para el acreedor ¡Es una garantía obligatoria!)

Que pueda llegarse a la *obligación de contratar*, como deber positivo, es algo que hace unas décadas hubiera parecido una incongruencia y ningún jurista hubiera admitido.

Ante esta realidad tan patente, no puede menos de apreciarse la inanidad del artículo 1.255 de nuestro C.c. cuando dice que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». Hoy la ley no es ya sólo un límite, una barrera que el contratante no pueda transpasar; sino la flecha que le indica el camino a seguir.

Este rápido bosquejo nos permite comprobar que la inmensa mayoría de los contratos que hoy se celebran, no encajan ya en el viejo molde; que muchos de los principios tradicionales, no les son aplicables, ni nos sirven ya para explicar el mecanismo del contrato, ni sus efectos. Así por ejemplo, las palabras de un civilista tan prestigioso y tan próximo a nosotros como Capitant, cuando dice que «para que haya contrato es necesario que las voluntades de los contratantes se pongan de acuerdo sobre los diferentes elementos que constituyen el contrato», son representativas de una fórmula caduca, y están revelando la enorme distancia que hoy media entre lo que se afirma que es el contrato y lo que la más elemental observación nos enseña.

Y esta comprobación nos coloca ante el siguiente dilema: o todos estos negocios a que hemos hecho referencia no son ya realmente contratos aunque por inercia sigamos llamándolos así, o el contrato es algo distinto de lo que tradicionalmente viene enseñándose: *libre acuerdo de voluntades*.

Lo primero supondría restringir el campo de la contratación a límites cada vez más exigüos, a parcelas muy acotadas del tráfico económico, cuando precisamente el volumen de éste es más intenso y el cambio se realiza a un ritmo vertiginoso. Si sólo hemos de seguir llamando contratos a aquellos convenios libremente pactados y configurados al arbitrio de las partes, el contrato llegará a ser pronto una especie a extinguir en el cuadro de las instituciones jurídicas.

¿No es más lógico admitir que el concepto del contrato ha evolucionado, que su tecnicismo, adaptándose a las nuevas exi-





gencias y concepciones sociales, se ha distanciado del que los juristas romanos modelaron, y que sirvió después de apoyo a una sociedad que consideraba a la libre voluntad individual como causa de todos los fenómenos jurídicos y como fundamento de toda vinculación? ¿Si todos los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica privada—propiedad, tutela, patria potestad—se han transformado radicalmente en lo que va de siglo, a compás de la vida, por qué empeñarse en mantener fosilizado el concepto del contrato, cuando la realidad nos demuestra que ha dejado de ser lo que fué para el mundo romano y para los codificadores liberales del siglo XIX?

Lógicamente, el concepto del contrato, los principios fundamentales de la contratación han tenido también que modificarse, en función de la vida económica y social, que nunca se detiene en su incesante evolución. Y solo por pereza mental se explica que sigamos proclamando, en los libros y en las aulas, unos principios que en lugar de ser ya los que realmente y con carácter general informan la contratación, representan únicamente reminiscencias de aplicación excepcional. Hoy ciertamente, se contrata más que nunca; pero por regla general los contratantes no pueden contratar lo que quieren, ni cuando quieren, ni con quien quieren.

En suma, el concepto y la doctrina clásica del contrato atraviesa una crisis, que ofrece los caracteres negativos que Ortega y Gasset asigna a toda auténtica crisis histórica. A un sistema de convicciones que hasta hace unos años parecían inconvencibles, sucede una situación angustiosa, en que el jurista percibe que los principios tradicionales son falsos e inservibles; pero careciendo todavía de otros con que sustituir aquéllos, vacila, y sigue repitiéndolos mecánicamente, falto de fe.

Hora es ya, si queremos vivir en nuestro tiempo, de indagar cuáles sean las notas que con carácter más acusado se perfilan hoy en la contratación.



La doctrina clásica concebía a los contratantes como dos antagonistas, como dos enemigos, cada uno de los cuales sólo aspiraba a conseguir el mayor beneficio posible a costa del otro. Y el ordenamiento jurídico la permitía; el contrato era un negocio que sólo a los contratantes interesaba.

Pero hoy parece evidente que la contratación, en cuanto cambio y movimiento de riqueza, ofrece un marcado interés común, ya que indirectamente aprovecha a la riqueza general, y el contrato ha de insertarse, por consiguiente, en un orden aprobado por el Estado. Por encima de los intereses particulares, el contrato—la masa de contratos que los ciudadanos de un Estado celebran diariamente—repercute en la colectividad. Y está por ello plenamente justificado que no puede al pleno arbitrio de los particulares señalar libremente el contenido y los efectos de los contratos que celebren, puesto que no se contrata exclusivamente—aunque lo parezca—en beneficio propio. Utilizando una expresión de Josseland puede afirmarse que a medida que el propietario tiende a convertirse en el «funcionario» que ya Stuart Mill profetizaba, el contratante va convirtiéndose en la persona que realiza un acto social, una verdadera función, de la cual el Poder público no puede desinteresarse. Al contratar se cumple realmente una función, que si bien tiene por móvil inicial estímulos egoístas, sólo merece la protección del orden jurídico cuando se encuadra en el marco que el interés general exige. No se trata ya de aquel límite negativo; que prohibía incluir en los contratos cláusulas contrarias a la ley o al orden público, sino de una determinación positiva de su contenido y efectos, a modo de instrumento que, completamente elaborado, se pone a la disposición del particular para la satisfacción de sus intereses, y del cual, en ocasiones, tiene que servirse ineludiblemente porque así conviene al interés general.

El *cousensus* no se forma ya casi nunca por la libre confluencia de dos declaraciones de voluntad, concertadas libremente entre los interesados, sino por la común conformidad de ambas a un esquema o proyecto preexistente e inalterable en sus líneas funda-

mentales. El contrato se *tipifica* y al mismo tiempo se *desindividualiza*.

La voluntad privada sigue siendo factor decisivo en la contratación, en cuanto a la declaración de querer contratar compete—por regla general y salvo excepciones ya apuntadas— a la iniciativa particular; pero a ésta ya no le está permitido configurar ese contrato que quiere celebrar, según su propia conveniencia, sino simplemente ajustarse al tipo objetivo y uniforme de contrato que mejor responde a las exigencias del bienestar social, que es al mismo tiempo el suyo. Una vez que la voluntad privada realiza aquel acto inicial, las consecuencias de la declaración vienen fijadas por normas inderogables, cuyos efectos no dependen de la voluntad de las partes; el contrato adquiere así vida propia y autónoma, independiente de la que los contratantes han querido darle.

Cierto que existen todavía casos en que los contratantes se ponen de acuerdo libremente sobre el contenido y efectos del contrato que celebran; pero esto ocurre ya en un ámbito tan reducido de la contratación—a modo de archipiélago en el gran mar de las relaciones económicas organizadas, según frase de Mossa—que sería pueril seguir formulando el concepto genérico del contrato a base de un *libre acuerdo de voluntades*, que sólo excepcionalmente entran ya en juego. La excepción no puede servirnos para formular un concepto del contrato, como categoría capaz de abarcar todos los tipos que la realidad social nos ofrece.



Por otra parte, como consecuencia del concepto clásico del contrato, concebido como arma que permitía a cada una de las partes obtener las máximas ventajas posibles, a costa de otro, el legislador sólo se cuidaba de sancionar las consecuencias del error, la violencia y el dolo, es decir, de garantizar que el consentimiento había sido prestado de un modo consciente y libre. Si el consentimiento no estaba, en su origen, afectado de ninguno de aquellos vicios, el orden jurídico se cruzaba de brazos, indiferente an-

te la explotación, ante el posible desequilibrio entre las prestaciones convenidas. E incluso era tolerante con el llamado *dolus bonus*: exageraciones, lisonjas y halagos de valor convencional en las transacciones.

En esto, el sistema jurídico del siglo XIX fué más radical que el Derecho romano, pues si bien éste en la época clásica—como consecuencia según Riccobono, de la moral pagana—enseñaba que en los contratos bilaterales es lícito «*naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere*» (engañarse mutuamente), después, cuando ya el Derecho romano experimenta la influencia de los nuevos principios que constituyen la base moral del cristianismo, y con San Ambrosio se anuncia la idea del *justo precio*, se introduce por Justiniano, interpolando dos rescriptos de Diocleciano y Maximiano, la doctrina de la rescisión por lesión enorme, que a pesar de su timidez y de lo restringido de su campo de aplicación—limitada sólo a la compraventa—representa ya la elevación a norma jurídica del principio moral que no tolera la explotación del prójimo. Después, en los Padres de la Iglesia, en los escritores cristianos medievales y sobre todo en la *Summa* de Santo Tomás, la doctrina del *precio justo* se desarrolla floreciente; y en el Derecho común la rescisión por lesión es acogida con unanimidad, señalándose como uno de los requisitos del precio que éste sea *justo*, y ampliando la rescisión no sólo a la compraventa sino a todos los contratos de buena fe.

Pero la Escuela del Derecho natural (los Locke y los Bentham, y los fisiócratas y Turgot) combate energicamente tal remedio en nombre de la libertad del comercio y de la seguridad jurídica; y no obstante los textos favorables de Pothier, y los esfuerzos de Portalis, el Código napoleónico reduce de nuevo el ámbito de la rescisión por lesión al caso de la compraventa de inmuebles y sólo para el caso de que aquella exceda de las siete duodécimas partes del valor. Y a pesar de ello, todavía decía Jourdan a mediados del siglo XIX, refiriéndose al art. 1.674, que es el que consagra esta institución, que era «una mancha en el Código».

En el nuestro, como es bien sabido, a pesar de los precedentes de nuestro Derecho histórico, la rescisión por lesión ha desaparecido por completo, cuando se trata de contratantes con plena capacidad.

Pero el equilibrio contractual comienza a preocupar de nuevo desde hace bastantes años, y diversos procedimientos técnicos empiezan tímidamente a entrar en juego para conseguirlo; para reprimir la lesión, protegiendo al débil contra el fuerte, al inexperto frente al hombre de presa, al necesitado contra el oportunista, falto de escrúpulos. La máxima *volenti non fit injuria* está en franca decadencia.

A esta tendencia responde el § 138 del Código civil alemán, según el cual será nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres, y en particular aquel por el cual, explotando cualquiera la desgracia, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o dar por él o por tercero, a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que excedan del valor de esa prestación, de tal modo, que, según las circunstancias, las ventajas estén en enorme desproporción con ella. Precepto que, aunque contenido en la parte general y referido en su anunciado a todos los actos jurídicos, tiene su aplicación principal en el campo de la contratación.

De un modo análogo, el art. 21 del Código suizo de las obligaciones establece que «existiendo una desproporción manifiesta entre la prestación y la contraprestación estipuladas en un contrato, la parte lesionada puede, en el término de un año, solicitar la rescisión así como la devolución de lo pagado, siempre que la lesión haya sido determinada por la explotación de su necesidad, de su ligereza o de su inexperiencia».

El Proyecto del Código de las obligaciones para Francia e Italia, que representaba un notable avance técnico sobre los cuerpos legales de ambos países, daba también acogida a una acción general de rescisión por lesión en los contratos, cuando por la desproporción entre las obligaciones asumidas por los contratantes y el provecho obtenido por uno de ellos, fuera de presumir que el consentimiento de éste no había sido prestado con libertad sufi-

ciente. Claro que este precepto, más tímido que los anteriores, se inspira todavía en la idea de un vicio presunto del consentimiento, de modo que la lesión no asume el carácter objetivo que presenta en los Códigos alemán y suizo; pero en cambio introduce con respecto a ellos la novedad—interesante por lo que luego diremos—de facultar al Juez para corregir la desproporción, reduciendo la prestación lesiva.

En Francia, algunas leyes especiales acogen también la idea de proporcionalidad entre las prestaciones, sancionando la explotación abusiva; como por ejemplo la Ley de 8 de julio de 1907, que faculta al comprador de abonos y piensos para los animales, para pedir la rescisión o la reducción del precio, en el caso de lesión en más de la cuarta parte; y la Ley de 29 de abril de 1916, encaminada a evitar los abusos en los casos de convenios sobre salvamento marítimo. Y la jurisprudencia, desde hace tiempo, ha reconocido a los tribunales la facultad de reducir los honorarios de procuradores, médicos, arquitectos, etc., aunque hayan sido fijados libremente por las partes.

En España la Ley de la usura de 1908, con objeto de poner coto a los desmanes que la libertad de contratación producía en materia de préstamos (aunque aparezcan encubiertos bajo la engañosa vestidura de otros contratos), concede a los Tribunales facultades amplísimas para sancionar la explotación y el abuso por parte de los prestamistas.

Todas estas normas, mediante procedimientos técnicos ciertamente diversos, responden a una misma orientación y se proponen la misma finalidad; la realización del equilibrio contractual, o al menos, la evitación de una desproporción excesiva entre las prestaciones. Después de un largo auge del individualismo liberal, este renacer de la idea de lesión en los contratos, dice Ripert, representa el triunfo de la regla moral sobre el libre juego de los principios jurídicos. El negocio reviste los caracteres formales exigidos por el ordenamiento jurídico para ser válido, pero su contenido repugna a la conciencia de un hombre honorable (es, como dicen los Tri-

bunales ingleses de *Equity, unconscionous*) y debe ser rechazado en nombre de la equidad y la justicia.

Claro es, que la cristalización de esta tendencia humanitaria, en normas positivas concretas, ofrece riesgos y dificultades extraordinarias. ¡Encontrar un criterio, siquiera aproximado, para apreciar la equivalencia entre las prestaciones! Es el problema que preocupó ya a Aristóteles, el *justum contrapeseum* que ofreció a los canonicos campo inagotable para sus ejercicios dialécticos.

Como problema hondamente humano y moral, en que la conciencia y la equidad juegan un papel más importante que la fría matemática, es forzoso conceder en esta materia un gran margen de confianza al juzgador, fijándole únicamente criterios generales de apreciación, dentro de los cuales pueda desenvolverse con amplia libertad, poniendo en juego su sensibilidad moral, su conocimiento de la vida y del medio social en que la contratación se desarrolla. Con lo cual se viene a coincidir con una de las corrientes que más fuertemente se acusan en el Derecho actual; la de dotar al juzgador de una mayor libertad de criterio y de discrecionalidad, para individualizar las relaciones privadas sometidas a su conocimiento.

Y no sólo en el momento inicial, en la generación del contrato, se aspira a garantizar el justo equilibrio entre las prestaciones de las partes, sino que también se reacciona contra la posibilidad de un desequilibrio sobrevenido por circunstancias posteriores.

Las obligaciones libremente convenidas entre las partes, siempre que el contrato no adoleciera de algún vicio de origen, tenían—según la expresión consagrada— *fuerza de ley*. Y esa *ley* particular, había necesariamente de cumplirse, sin que requerido el Juez para hacerla cumplir, pudiera modificar su contenido, lo mismo que carece de facultades para alterar los mandatos de las leyes generales. La dogmática clásica era en esto rígida. El Juez podía, en cada caso concreto, examinar si un contrato al celebrarse se había o no ajustado al orden jurídico formal; pero su decisión no admitía más que una disyuntiva: o declaraba la eficacia y obligatoriedad del



contrato desde su origen (sin modificar lo convenido por las partes) o decretaba su total invalidez.

Este punto de vista tiende hoy a ser superado.

Y no voy a referirme—puesto que ello exigiría una extensión incompatible con una lección breve—a las tendencias doctrinales que, en relación con los contratos de tracto sucesivo y larga duración—principalmente al de suministro—pretenden justificar la liberación del deudor cuando por un cambio de las circunstancias de hecho existentes al tiempo de contratar, la prestación prometida se hubiera convertido para él en excesivamente onerosa. Se recurre para ello a la vieja teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, a las doctrinas de la *presuposición* y de la *base del negocio*, al principio del abuso del derecho; a la teoría de la causa; a la doctrina del *riesgo imprevisible*. En el fondo de todos estos esfuerzos doctrinales late la noble aspiración de atenuar las situaciones ruinosas que pueden originarse a un contratante como consecuencia de los grandes trastornos económicos que las actuales circunstancias imponen al mundo.

Recientemente se han ocupado de estos temas, en sendas monografías, los profesores españoles Sres. Candil y Dualde; a cuyos trabajos puede acudir para obtener una detallada información.

Pero aquí queremos destacar otra tendencia, próxima a esta en su finalidad, pero que tiene un alcance menos episódico y circunstancial, en cuanto tiende a penetrar, como principio de carácter estable, en la legislación y en la jurisprudencia.

Se trata de reconocer al juzgador—hasta ahora sólo en casos particulares—la facultad de *corregir* el contenido del contrato. Examinando éste las estipulaciones de las partes, procede a un reajuste de las prestaciones, a revisar su contenido, y sin decretar su ineficacia total, sino por el contrario manteniendo su fuerza obligatoria, determina lo que en él debe ser cumplido y lo que, por resultar excesivamente oneroso, no debe vincular. El Juez colabora así en la determinación del contenido del contrato, y fija el alcance de las prestaciones, de tal suerte que en realidad *impone* unas prestacio-

nes, por considerarlas más justas que las que las partes quisieron.

Claro es que un gran sector de la doctrina jurídica clama contra esta tendencia, que viene a sustituir el dogma clásico *pacta sunt servanda*, por el de *pacta sunt dirimenda*. Se invoca en contra el principio de la seguridad jurídica, la inviolabilidad de la palabra dada; se dice, que la consagración del nuevo principio equivaldría a instaurar en el campo de la contratación una verdadera anarquía jurídica; se afirma, tergiversando el problema, que la moralidad pública sufriría si los deudores se habituaran a la idea de que podían ser autorizados para no cumplir sus compromisos, cuando en realidad el nuevo principio no tiene ese alcance ni autoriza semejante desafuero; no se trata de no cumplir, sino de cumplir en la *medida justa*.

Esos peligros—algunos de ellos ilusorios y sofisticos como acabamos de ver—pueden ser evitados con una prudente regulación de las facultades judiciales, fijando criterios que encuadren su actividad revisora, dentro de ciertos límites extremos y en que la medida—siempre excepcional—esté suficientemente justificada. Y en último término, como dice el profesor Castán, si en algún caso la colisión entre el principio de *seguridad* y el de *moralidad* puede parecer inevitable, a nadie debe repugnar que el primero quede sacrificado en aras del segundo.

Es notable, como exponente extranjero de esa facultad revisora y moderadora del juzgador, con vistas a una equitativa compensación de intereses, la Ordenanza alemana de 30 de noviembre de 1939, recientemente comentada, con su habitual maestría, por el profesor Pérez Serrano.

Entre nosotros, la Ley de arrendamientos de fincas rústicas de 1935—vigente en esta parte—después de decir en su artículo 7.º que la fijación de la renta *quedará al arbitrio de las partes contratantes*, faculta al Juez para *revisarla* a instancia de cualquiera de ellas, fijando la que ha de satisfacerse; teniendo en cuenta para ello «la producción normal de los precios, el precio medio de sus productos en el mercado, los gastos de cultivo y de explotación, el líqui-

do o riqueza imponible y los usos y costumbres locales en relación a la cuantía de las rentas en fincas de análogas condiciones». Es decir, que el Juez puede fijar una renta, que, atendidas todas esas circunstancias, estime *justa*, distinta de la libremente convenida por el arrendador y el arrendatario, cuando a su juicio ésta sea abusiva y uno de ellos provoque su intervención. Con otro dato interesante y nuevo: no puede ser objeto de revisión aquel contrato que en el momento de su formalización fuere sometido por ambas partes al conocimiento y aprobación del Juez, quien debidamente asesorado, dictaminará si la renta es o no abusiva; con lo cual se busca preventivamente la colaboración del Juez, en el momento de la celebración del contrato, para la fijación de un contenido justo.

Se comprende, que una Judicatura comprensiva y enamorada de su alta función, se vea insensiblemente atraída por esta nueva misión correctora que se le insinúa. Y así se explica que nuestro T. S. en una sentencia reciente de 20 de diciembre último—ya comentada por mi en otro lugar—se haya elevado por encima de los preceptos del Código, para justificar, sin apoyo positivo, la intervención del Juez en la equitativa nivelación de las prestaciones contractuales.

Se trataba del arrendamiento de un inmueble que, a causa de un terremoto, quedó parcialmente inutilizado durante la vigencia del contrato; y se planteaba el problema de si ello había de ser causa de rescisión del contrato y, caso contrario, el de fijar la renta que el arrendatario había de pagar por el tiempo en que no pudo utilizar parte del inmueble. Empieza el T. S. por reconocer que «faltan en nuestro Código civil preceptos reguladores de las consecuencias que la imposibilidad parcial de utilización del inmueble, no imputable a los contratantes y posterior al nacimiento de la relación arrendaticia, produce en la vida de éste»; afirma después, mediante una aplicación analógica del artículo 1.558, que el criterio legal es favorable a la subsistencia del contrato y que aquel evento no produce la extinción de éste contra la voluntad

del arrendatario. Y al referirse al problema de la renta a pagar durante ese período, establece la siguiente doctrina, cuya trascendencia no cabe desconocer:

«Pactada la realización de prestaciones estimadas equivalentes en el momento de la perfección del contrato, el carácter oneroso (probablemente se ha querido decir bilateral) del mismo exige que al disminuir la extensión o amplitud de la establecida a cargo del arrendador, se reduzca proporcionalmente la del arrendatario, sin que quepa argüir como argumento eficaz, que el juzgador no puede, sustituyendo el consentimiento de los contratantes, señalar una renta, porque si bien es verdad que *la fijación de ésta obedece inicialmente a la voluntad concorde de aquéllos*, es igualmente cierto que *los Tribunales pueden tener atribuciones*, una vez en vigor el contrato, para modificar la cuantía de la estipulada y señalar la que estimen justa, por medio de la oportuna revisión, admitida, no sólo en la legislación especial de arrendamientos, sino también implícitamente en el repetido artículo 1.558 del Código civil.»

Es evidente que hay en esta doctrina mucho de buena voluntad, aunque no tanto de fundamentación sólida. Ciertamente que los Tribunales *pueden tener* esas atribuciones de modificar la cuantía de una prestación señalando la que estimen justa—como dice el fallo—, pero hace falta que esas atribuciones les sean concedidas expresamente, como lo hace—según hemos visto—la legislación especial de arrendamientos. Pero falta en nuestro Derecho común una norma que atribuya semejante facultad moderadora en relación con todos los contratos bilaterales y onerosos; la invocación final al artículo 1.558 del Código, no es más que un punto de apoyo muy débil y remoto, puesto que ese precepto se refiere al caso concreto de que sea necesario realizar reparaciones urgentes en la casa arrendada, y no permite, en buena hermenéutica, una ampliación analógica de tal envergadura. ¡Como que lo que en esencia se declara en ese fallo, con carácter general y términos amplísimos, es que los Tribunales pueden, en los contratos onerosos (y bilaterales) verificar, después de celebrados, un reajuste de pres-

taciones, señalando las que estimen justas! Y esto, ni está en el Código, ni es compatible con la dogmática del mismo. ¿No tienen las obligaciones que nacen de los contratos—según el artículo 1.091— fuerza de ley entre los contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos? ¿No obligan los contratos al cumplimiento de lo expresamente pactado, según el artículo 1.258? Las posibles intervenciones moderadoras autorizadas al juzgador son, en el Código muy tímidas, y siempre expresamente reconocidas, como la de modificar equitativamente la cláusula penal cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Y de esto, pasa el T. S. a reconocer como cosa normal—al menos así resulta de sus palabras, aunque no sabemos si sería su propósito llegar tan lejos—la facultad de los Tribunales para restablecer el equilibrio de las prestaciones de acreedor y deudor, durante la vigencia del contrato.

Y es que la realidad, que va moldeando nuevos derroteros en la esfera contractual, subraya cada vez más la intervención judicial como fiscalizadora y correctora de desmanes individuales, en aras de un ideal supremo de justicia. Y los hombres de Derecho, que viven en su tiempo, impregnados de estas nuevas concepciones, no pueden sustraerse a su fuerza y pugnan—a veces de un modo intuitivo—por abrirse camino a través de las mallas del Código, señalando al mismo tiempo derroteros al legislador de mañana.

Y la tendencia es esa: del contrato libremente concertado por las partes, y ante el cual el juzgador ha de permanecer en una pasividad inerte, simple testigo de la injusticia, al contrato corregido, que se impone, por más justo, a las encontradas codicias de las partes.

Estos imperativos éticos, que impregnan el moderno Derecho de la contratación, señalando la necesidad de fiscalizar el contenido justo del contrato y la conducta de las partes en el momento

de la celebración (*in contrahendo*), así como durante su vigencia, han conducido lógicamente a la doctrina a extender también su atención a la conducta de los contratantes durante la fase preparatoria del contrato.

Para la doctrina tradicional, las obligaciones de las partes arrancan del momento de perfeccionarse el contrato; a partir de ese instante, quedan sujetos los contratantes a una norma de conducta, que les impone el deber ineludible de cumplir puntualmente la prestación prometida, observando la diligencia necesaria para que el derecho de la otra parte no quede frustrado. El deudor responde del incumplimiento imputable, ya derive de falta de diligencia o de dolo. Pero el orden jurídico se desentiende de la fase preparatoria del contrato: o hay ya contrato, con todas sus consecuencias, o no ha llegado a haberlo, y por consiguiente no hay vinculación alguna.

Pero la doctrina moderna, se preocupa de la conducta de las partes antes de la perfección del contrato, y de las consecuencias que esa conducta debe producir; de la responsabilidad que de los actos preparatorios del contrato puede derivarse, antes, y aunque el contrato no llegue a perfeccionarse.

Por una parte, se acusa cada día con mayor vigor la obligatoriedad de la simple propuesta de contrato, como una exigencia de la buena fe y de la tutela debida a las legítimas expectativas de aquél a quien la propuesta va dirigida. En la dogmática tradicional, lo mismo que en el Derecho romano, la persona que tomando la iniciativa dirige a otro (ausente) una oferta o propuesta de contrato, tenía en su mano la posibilidad de frustrar el nacimiento de éste, si su voluntad cambiaba antes de serle comunicada la aceptación. De modo que el receptor de la propuesta, no podía estar nunca seguro de que su declaración de voluntad, aceptando, perfeccionase el contrato; en realidad la existencia del contrato dependía, en definitiva, de la sola voluntad del proponente, si al recibir la aceptación persistía en su propósito de obligarse y de contratar.



Por eso, con objeto de dar mayor seguridad y estabilidad a las relaciones contractuales celebradas a distancia, las legislaciones más modernas imponen, en mayor o menor medida, la eficacia vinculatoria de la propuesta para quien la emite, a menos que expresamente se reserve el derecho a revocarla —«sin compromiso», según la fórmula mercantil— en cuyo caso no hay verdadera oferta, en sentido técnico, sino una simple invitación a la otra parte para que ella la formule.

Entre nosotros a pesar de que un cuerpo legal español—el Código de las obligaciones y contratos para la Zona del Protectorado en Marruecos—reconoce la obligación de mantener la oferta hecha a un ausente, durante el tiempo preciso para recibir la respuesta por correo en circunstancias normales, nuestra jurisprudencia se muestra reacia a reconocer la fuerza vinculante de la oferta contractual, y cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema, ha eludido el problema, limitándose a decir que *no hay contrato sin concurso de voluntades*. Pero no se trata de saber si hay contrato, sino de si, antes de que el contrato exista, puede ya existir un vínculo obligatorio, surgido de las relaciones preparatorias del contrato. En cambio, la jurisprudencia francesa, que no encontraba tampoco en el articulado de su Código base positiva para admitir el nuevo principio, lo ha recogido, acudiendo a la doctrina del *abuso del derecho*, estimando, que cuando el desistimiento del proponente no obedece a ningún motivo legítimo, comete en realidad un *abuso del derecho de retractación*, que ha de ser sancionado mediante indemnización de daños y perjuicios causados al destinatario de la propuesta retirada.

Pero no es esa la única consecuencia que la dogmática moderna atribuye a la conducta de los contratantes, previa a la perfección del contrato, sino que se estima que los actos preparatorios de un contrato crean entre las partes que están en negociaciones una *relación de confianza*, que no debe impunemente ser defraudada, y de la cual derivan ciertos deberes de diligencia y de conservación, así

como responsabilidades independientes de que el contrato llegue o no a concluirse.

Arranca esta doctrina del conocido estudio de Ihering, sobre la *culpa in contrahendo*, consistente en una falta de diligencia en la fase preparatoria del contrato (p. ej. se emite la propuesta en forma equívoca, o se silencia alguna circunstancia personal que impide contratar, o una ilicitud del objeto), dando lugar con ello a que el contrato sobre el que se ha negociado no llegue a concluirse o a que después resulte nulo. Lo cual debe originar, para quien no puso mayor cuidado y diligencia en constatar si el contrato podía celebrarse válidamente, la obligación de indemnizar los perjuicios causados al que confió fundadamente en la seriedad y diligencia que debe observarse en el comercio jurídico. Responsabilidad, que no es propiamente contractual, puesto que el contrato, o no llegó a celebrarse, o resultó nulo.

Después, el área de esta responsabilidad precontractual se ha extendido, y el interés de la doctrina se detiene en investigar, sobre quien deben recaer los gastos que en el curso de la preparación del contrato se hayan realizado, a los perjuicios que durante ese período se hayan producido. Por ejemplo, varios individuos, que se proponen constituir una Sociedad industrial, llevan a cabo gastos de tasaciones, estudios técnicos, viajes, etc.; si la Sociedad no llega a constituirse, y no hay pacto expreso sobre ello, ¿quién ha de sufragar los gastos? El propietario de una casa, hallándose en conversaciones preliminares con un presunto inquilino, de aparente solvencia y seriedad, realiza en ella obras de decoración y adaptación que aquél insinúa, y luego éste desiste de alquilar la casa ¿podrá el propietario exigirle el pago de los gastos que ha realizado por razón del contrato negociado y no concluído, y cuál sería el fundamento jurídico de esa reclamación?

Todos estos problemas son hoy objeto de atento estudio por parte de los civilistas, a partir especialmente de la monografía de Saleilles—*Responsabilité précontractuelle*—que puso de relieve la existencia de un campo amplísimo de obligaciones precontractuales,

carentes hasta ahora de regulación, y abandonadas a las fluctuaciones de una doctrina casuística, que para explicar su naturaleza, se inspira unas veces en la añeja teoría del cuasi contrato, o en la idea de convención tácita, o en la culpa aquiliana, o en la noción de buena fe, o en el abuso del derecho. En lo que desde luego la doctrina moderna está de acuerdo es en admitir esas obligaciones de reparar los perjuicios o abonar los gastos causados, a consecuencia de haberse roto las conversaciones preliminares de un contrato, rompiendo la *relación de confianza* que las negociaciones crean entre las partes.

Entre nosotros el problema está intacto, y tampoco nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de dejar oír su voz sobre esa situación jurídica, que *sin ser todavía un contrato*, crea ya ciertos vínculos de responsabilidad.

Sin propósito, naturalmente, de abordar por nuestra parte el tema, estimamos útil señalar que, dentro de nuestro ordenamiento positivo, existen varios preceptos que, por referirse a supuestos comprendidos en la hipótesis estudiada, podían servir de punto de partida para la elaboración de una doctrina general de estas obligaciones precontractuales en nuestro Derecho positivo.

Tales son: el art. 19 de la Ley de 21 de noviembre de 1931, sobre el contrato de trabajo, el cual, después de decir que los gastos que ocasione la celebración del contrato de trabajo, los pagará el patrono, si no se hubiere pactado lo contrario, añade, que si el patrono exigiese previamente a un trabajador que se le presente para ver si le conviene, deberá suplirle los gastos hechos justificadamente, aunque el contrato de trabajo no llegue a celebrarse. La 2.<sup>a</sup> disposición general de los Aranceles notariales de 30 de marzo de 1927, prevé otro supuesto de gastos precontractuales, al ordenar que cuando de conformidad con los interesados, se hubiere redactado un documento, y no llegare a autorizarse, por desentimiento de alguno o de todos ellos, los gastos deberán satisfacerse por el que haya desistido. Preceptos éstos que unidos al art. 44 del Código, que impone en ciertos casos la obligación de resarcir

la otra parte *los gastos hechos por razón del matrimonio prometido*, en el supuesto de quebrantamiento de promesa matrimonial, podrían constituir la base positiva para iniciar en nuestro Derecho el estudio general de estas obligaciones, que, a medida que la contratación se complica y la actividad económica se hace más intensa, atrae más la atención de los juristas.



Otro aspecto en que la doctrina moderna señala una tendencia evolutiva muy marcada, es el relativo a la *forma* del contrato, reaccionando contra el sistema de libertad, y de la perfección del contrato *solo consensu*

Se observa en algunas legislaciones y se propugna en la teoría, un retorno al *formalismo*, si bien con un sentido distinto al que inspiraba el de los antiguos sistemas formalistas. Como dice Oertmann, las legislaciones primitivas—y entre ellas tanto la romana como la germánica—dotaban a los actos jurídicos de la mayor plasticidad posible, haciéndolos destacar en un mundo de los sentidos, ya que el hombre de entonces carecía de finura espiritual y la educación psicológica necesaria para percibir en la mera insinuación de una palabra, la existencia de una declaración encaminada a la constitución de una relación jurídica. Más adelante, las necesidades del comercio exigieron la creación de formas de negocios más rápidos y simples, ya que por otra parte un arte jurídico más refinado podía percibir en formas de manifestación menos llamativas, el ser y el contenido de la verdadera voluntad. En el propio Derecho romano se inicia ya—como es bien sabido—esa labor de superación del formalismo, aunque, en relación a muchos actos importantes, por su trascendencia o por el peligro social que implican, no se llegue a proclamar la libertad absoluta de forma, que, en general, es el sistema que acaba por predominar en los Códigos liberales del siglo XIX, como una aplicación más del principio de libertad.

Pero actualmente, se advierte en esta materia una crisis del principio de la consensualidad, una regresión al formalismo que parecía condenado para siempre, aunque su finalidad es diversa a la que antes lo justificaba, en cuanto, dotando al contrato de formalidades se persigue una mayor garantía de publicidad efectiva —en interés de terceros— como ocurre hoy entre nosotros con la prenda mobiliaria sin desplazamiento de posesión, y el medio de asegurar la prueba de ciertos negocios destinados a perdurar en el tiempo o en el espacio como el seguro y el transporte que tienden cada vez más a perder el carácter consensual que el Código les atribuía. Siempre la preocupación de un interés unitario y superior al interés particular de los contratantes.

• • •

Para terminar, una observación general. En esta época nuestra, materialista, cargada de preocupaciones económicas, todas las orientaciones, tanto doctrinales, como legislativas y jurisprudenciales, que inspiran el Derecho de la contratación, están impregnadas de un profundo ideal ético. Equidad, justicia social, buena fe, son ideas que tienden a matizar con una nota de espiritualidad el frío mecanismo de la contratación, aspirando a mentener y reforzar la conexión del Derecho positivo con la Ley Eterna, a aproximar en lo posible la Ciudad humana a la Ciudad de Dios.

