

# Crisis en la dogmática del contrato<sup>(1)</sup>

JUAN OSSORIO MORALES  
Catedrático de Derecho Civil

El Derecho, como fenómeno de cultura, como producto histórico, evoluciona y se transforma constantemente a compás de la vida, en estrecha relación con las demás manifestaciones culturales y sociales de cada época, adecuándose a las exigencias y realidades del momento. Estas transformaciones se producen a veces de un modo lento e imperceptible; otras, en forma rápida y tumultuosa, porque los cambios del orden jurídico no siempre se realizan sin esfuerzo y sin dolor, como 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 hemos conocido virajes fundamentales en la organización y en el pensamiento político de los pueblos; mutaciones esenciales se han operado ante nuestros ojos en la estructura del Estado; y hemos sido protagonistas o espectadores de una total inversión de los principios políticos bajo cuyo signo empezamos a pensar. En cambio, tenemos la sensación de seguir viendo sometidos a las mismas leyes civiles que nos vieron nacer, salvo pequeños retoques, modificaciones de mero detalle, que nada sustancial parecen aportar al sistema tradicional. Frente a la línea en zigzag, con bruscas cisuras y trágicos declives del orden político, el Derecho privado marcha lentamente, con una trayectoria suave e imperceptible, con ligeras ondulaciones, que en nada parecen alterar el conjunto del secular paisaje.

Pero es evidente que también el Derecho privado evoluciona a compás de la vida, y sería erróneo pensar que puede permanecer inalterable un solo instante, pues sobre él influyen poderosamente los más varios factores sociales, y cada época le imprime caracteres propios. También en la esfera del Derecho privado las transformaciones son, en algunos extremos, radicales y rápidas. Lo que ocurre es que la dogmática privatista, esencialmente conservadora, se resiste

---

(1) Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, en el curso 1951-1952.

a abandonar sus esquemas tradicionales, a crear nuevas categorías, y sigue utilizando los conceptos, las clasificaciones, las líneas externas de un sistema consagrado a través de los siglos, como si nada hubiera cambiado. Pero esa subsistencia formal y terminológica enmascara con frecuencia mutaciones sustanciales del Derecho vivo, haciendo pensar en una inmutabilidad, en una persistencia, que no existe. Las mismas palabras cobijan realidades muy distintas. Y así, por ejemplo, seguimos llamando *propiedad* a ese complejo de funciones, cargado de deberes sociales, que tanto dista en su contenido de la categoría tradicional; y *patria potestad* a esa delicada función tuitiva y de asistencia, que ya ni es sólo *patria* ni es realmente *potestad*.

Ante esa mutación que las realidades sociales y económicas producen en el contenido y mecanismo de las instituciones jurídicas, constituye un tema altamente atrayente para el jurista el de traer a revisión la dogmática tradicional con objeto de contrastar hasta qué punto aquellas categorías conceptuales clásicas son todavía útiles o si deben ser reemplazadas por otras más conformes con su actual naturaleza.

Refiriéndonos concretamente al Derecho de obligaciones, a pesar de ser ésta la parte del Derecho privado que los juristas romanos construyeron con mayor sutileza, con mayor rigor lógico, donde la técnica de romanistas, pandectistas y civilistas alcanzó su mayor perfección, constituyendo casi una especie de ciencia matemática, transmitida y mantenida hasta nuestros días con un religioso respeto, no cabe ignorar la floración de nuevos principios, totalmente ajenos al pensamiento tradicional, que invaden hoy el régimen de las obligaciones, y que no es posible armonizar con la dogmática clásica: la protección que la ley dispensa a veces a uno de los contratantes por considerarlo más débil; la necesidad de reaccionar frente al acreedor que, ejercitando aparentemente su derecho, lo hace en forma anormal o abusiva; la preocupación por mantener e imponer el justo equilibrio entre las prestaciones prometidas; la posibilidad de revisar el contenido de los contratos después de pactados libremente; y tantos otros principios que pueden parecer heréticos a quien, considerando el Derecho romano como verdadera *ratio scripta*, no quiera darse cuenta de la crisis radical que el Derecho está experimentando en lo que va de siglo. Evolución que Hedemann vaticina habrá de superar en intensidad e importancia a las representadas por la Reforma, la Revolución francesa o el Renacimiento, aunque nosotros, protagonistas de ella, no nos demos clara cuenta de su alcance, como sin duda no la percibirían quienes vivieron aquellos otros momentos cruciales del pensamiento humano.

Ante la imposibilidad de abordar, dentro de los límites soportables de una conferencia, las repercusiones que las realidades de la vida han tenido en la dogmática tradicional del Derecho de obligaciones, alterando sus más fundamentales principios, vamos a fijar

nuestra atención en una sola categoría, si bien es la que constituye el centro de toda la vida económica y jurídica: *el contrato*. Siendo de advertir, para apreciar el alcance que la fijación de este concepto tiene en la ciencia del Derecho, que la figura del contrato ha venido siendo utilizada por la técnica jurídica para explicar y moldear las más diversas instituciones, no ya sólo del Derecho privado, sino de toda la sistemática jurídica. 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 tácita del individuo a la sociedad; el matrimonio—a pesar de su carácter eminentemente ético—fué considerado como un simple contrato. Y el contrato ha servido para explicar la naturaleza jurídica de los tratados y la del acto constitutivo de una sociedad. 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 como suyos los hijos que ésta conciba durante el matrimonio.

Con estos antecedentes se comprende cómo el mantenimiento o la transformación del concepto tradicional del contrato ha de repercutir y reflejarse en todos los ámbitos de la ciencia jurídica.

El problema que frente a la figura del contrato se plantea el jurista de hoy, atento a la realidad social, es éste: existe un concepto clásico del contrato, que se sigue formulando en los textos y enseñando en las aulas; un concepto teórico mantenido por inercia o pereza mental; un concepto que, a modo de definición, debería comprender y al cual deberían ajustarse todos los contratos posibles.

Pero la más superficial observación de la realidad nos enseña que la mayor parte de los negocios que seguimos llamando *contratos* no encajan ya en el viejo molde ni coinciden con aquel esquema teórico. Lo cual nos coloca ante el siguiente dilema: o todos estos negocios no son ya *contratos*, aunque rutinariamente sigamos llamándoles así, o el contrato es algo distinto de lo que tradicionalmente viene predicándose. Si admitimos lo primero, el campo de la contratación quedará restringido a límites cada vez más exiguos, a parcelas cada vez más acotadas del tráfico económico, y será necesario encontrar y construir una nueva categoría que comprenda a esos negocios no contractuales. Si con un criterio menos conservador, más adaptado a las realidades de la vida, admitimos que toda esa multiplicidad de figuras en que el tipo ideal del contrato aparece deformado siguen siendo, no obstante, contratos, será necesario y urgente—y lo exige así la seriedad de nuestra ciencia—sustituir aquel concepto clásico por otro más ajustado a la realidad.

*Duorum in idem placitum consensus*; libre acuerdo de voluntades. Tal es el esquema tradicional. Los contratantes (comprador y vendedor, arrendador y arrendatario, asegurado y asegurador), con ob-

jeto de satisfacer sus respectivas necesidades y valorando 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 romano, y que el individualismo liberal del siglo XVIII acogió con entusiasmo, llevándola a sus últimas consecuencias. El querer individual constituye así el principio rector de toda la vida social y económica, y la función del Estado queda limitada a reconocer y proteger aquella voluntad, que se estima superior y anterior 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 pactado—la palanca suprema de toda la vida social, proclamando en su art. 1.134 que las convenciones libremente convenidas 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 así el principio básico de la contratación, 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 síntesis: todo particular podía contratar *cuando quería, como quería y con quien quería*. Esa libertad sólo estaba limitada negativamente por una referencia genérica al orden público y a lo prohibido por la Ley.

Muy pronto, sin embargo, todavía en plena euforia liberal, se inicia en la práctica una atenuación de tales 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; limitaciones que también trascienden fuera de la órbita del contrato de trabajo, reduciendo poco a poco el área donde puede desenvolverse la voluntad privada al contratar. Como reflejo de las nue-

vas exigencias de la Economía en sus diversas modalidades (estatismo, intervencionismo, Economía dirigida, planificada, etc., que aquí no interesa examinar), encaminadas a impedir que las fuerzas de la naturaleza actúen ciegamente, a ordenar la producción y la distribución, a impedir el agio y la especulación, van aflorando en los ordenamientos jurídicos positivos una masa ingente de limitaciones a la autonomía de la voluntad y a la libertad de contratación. Cada vez aumenta más el campo de lo prohibido por la Ley.

Pero conviene advertir que este aspecto del intervencionismo legal, de carácter *negativo*, en cuanto se limita a prohibir determinados pactos, a ampliar el ámbito de *lo no permitido* por la Ley, no pugna todavía con el concepto clásico del contrato, pues siempre, aun bajo la influencia del más ortodoxo individualismo, se admitió que la norma prohibitiva constituía una limitación indispensable a la libertad contractual. Nuestro C. c., en su art. 1.255, después de proclamar el principio de la autonomía de la voluntad autorizando a los contratantes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones *que tengan por conveniente*, añade que no se puede pactar nada contrario a las leyes. Y son bastantes numerosas las dispositivas, prohibitivas y restrictivas de la libertad contractual que el propio Código contiene. Así, por ejemplo, no se puede pactar el arrendamiento de servicios por toda la vida (art. 1.583), ni se puede contratar sobre la herencia futura, salvo las conocidas excepciones (art. 1.271), ni se puede constituir eficazmente un usufructo a favor de una corporación por más de treinta años (art. 515), ni donar los bienes futuros (art. 635), ni pactar eficazmente la indivisión de la cosa común por más de diez años (art. 400), y tantas otras prohibiciones como aparecen dispersas a través del articulado del Código. De suerte que cuando la nueva legislación intervencionista se limita a acumular prohibiciones, reduce ciertamente más y más la esfera de la autonomía de la voluntad, pero no deforma todavía sustancialmente el concepto teórico del contrato, porque éste sigue siendo un acuerdo de voluntades, que libremente puede adoptarse, *siempre que no vaya contra una prohibición legal*. Por muchas que sean estas limitaciones *negativas*, la esencia del contrato queda a salvo.

Pero el alcance de la normación intervencionista, restrictiva de la autonomía de la voluntad, llega pronto a más. Y no se trata ya sólo de *prohibir* ciertos pactos, de ordenar que sobre tal o cual materia no se puede contratar, sino de imponer con carácter absolutamente imperativo determinadas cláusulas o condiciones, determinado contenido contractual, que necesariamente ha de insertarse en el acuerdo de voluntades.

En los contratos relativos a artículos sometidos a tasa por ejemplo, el precio—elemento esencial del contrato de compraventa—se *impon*e 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 renta, etc., que

no pueden ser alteradas por los contratantes, aunque de común acuerdo quieran cosa distinta; en los arrendamientos urbanos, el legislador impone con carácter forzoso la duración indefinida, aunque el arrendador no la haya querido ni la quiera. Cláusulas contractuales impuestas, independientes de la voluntad de los contratantes, que no pueden “ser modificadas mediante pacto en contrario”, según la fórmula de estilo por virtud de la cual la voluntad general afirma su predominio sobre la voluntad particular en materia de contratación. Y se habla entonces de contratos “forzosos” o “dictados”—según la terminología introducida por Nipperdey—; contratos que el orden jurídico configura con preceptos inderogables, negando a los interesados, en mayor o menor medida, la facultad de fijar el contenido del pacto.

Es patente que en esta fase más acentuada de intervencionismo legislativo, que podemos llamar *positivo*—frente al incipiente intervencionismo *negativo* que no hacía más que *prohibir*—, ya la categoría clásica del contrato resulta inservible, y pretender mantenerla intocada como algo “tabú” bordea los límites del ridículo. La misma expresión de *contrato dictado* es contradictoria si el concepto clásico de contrato se mantiene, porque no cabe hablar de *acuerdo de voluntades* cuando en gran medida no existe *acuerdo* ni *voluntad*. Y ello se comprueba con meridiana claridad en aquellos casos extremos—aunque no infrecuentes actualmente—en que no sólo el *contenido* del contrato, alguna de sus cláusulas o condiciones viene imperativamente dictado, sino que *su celebración misma* es obligatoria, sin facultad siquiera para elegir la persona del otro contratante ni para optar entre contratar y no contratar.

Así sucede, por ejemplo, con los productores de trigo, que tienen forzosamente que *venderlo* (se sigue utilizando la terminología contractual), y tienen que venderlo a *un determinado precio* y a un *determinado comprador*. A veces el contrato se celebra, no ya sólo sin quererlo, sino hasta sin saberlo: el viajero que toma un billete de ferrocarril celebra, al mismo tiempo que el contrato de transporte, otro de seguro, sépalo o no. Quienes celebran un arrendamiento de finca urbana tienen que celebrar también, por imperativo legal, un contrato de garantía, que la Ley llama con absoluta impropiedad contrato de *fianza*. Y se trata de una fianza que es obligatoria, incluso para el arrendador, es decir, para el acreedor, aunque éste no estime necesario asegurarse frente a posibles incumplimientos de su deudor. ¡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. Y ante una realidad tan patente es fácil apreciar la inanidad, la inutilidad del concepto clásico del contrato que sigue proclamándose en los libros de texto y enseñándose en las aulas. Después de cuanto llevamos dicho tienen que dar la sensación de algo totalmente vacío y formulario, por ejem-

plo, 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 lo constituyen”. Giorgi—no quiero citar más que autores ya desaparecidos, pero próximos a nosotros—definía el contrato como “expresión de voluntad conforme de varios sobre algún asunto”. Nuestro gran maestro Clemente de Diego en sus Instituciones, que con tanto fruto pueden todavía manejarse—, decía que el contrato es “la expresión de la voluntad humana coincidente de dos o más personas en la producción de una obligación”. En términos parecidos se sigue manteniendo el concepto del contrato, cuyo elemento básico se coloca en el *libre acuerdo de voluntades*: pero la más superficial observación nos revela la enorme distancia que hoy media entre lo que realmente es el contrato y esas fórmulas tan cargadas de historia y de tópicos.

Y no es sólo el criterio intervencionista de la legislación actual—que pudiera considerarse como algo excepcional, transitorio, episódico—lo que contribuye a hacer inservible la categoría tradicional del contrato. No se trata sólo del efecto fugaz de una legislación de emergencia—permítaseme emplear esta fea palabra—que no afecte a la integridad y solidez de la dogmática clásica. Porque no son sólo las intromisiones legislativas las que deforman aquella categoría, sino las realidades de la vida, que al calor de las nuevas necesidades va creando espontáneamente nuevas figuras de negocios jurídicos, que conservando el nombre de contrato van deformando los principios que tradicionalmente regían la contratación y el concepto mismo del contrato como intercambio o coincidencia de voluntades libremente formadas.

Y surge así, por ejemplo, sin apoyo inicial en la legislación positiva, como creación espontánea de la vida económica, el llamado *contrato de adhesión*, que tiene muy poco de contrato en el sentido tradicional. Susceptible esta forma negocial de múltiples modalidades o variantes, todas ellas ofrecen como nota común la de no producirse sus efectos obligacionales como consecuencia de un libre acuerdo de voluntades, y menos de dos voluntades de igual valor, productor de efectos jurídicos.

Es cierto 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 asimilarse a la *oferta* y la *aceptación* cuya coincidencia, según la fórmula consagrada, engendra el consentimiento contractual. La oferta y la aceptación del art. 1.262 de nuestro Código civil 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 y sucesivas puede repetirse indefinidamente, constituyendo las negociaciones o fase preliminar

del contrato, de suerte que al llegarse a una coincidencia de voluntades no es posible muchas veces atribuir a ninguno de los dos contratantes la condición tipo de oferente o de aceptante.

En cambio, en el contrato de adhesión cada una de las partes juega un papel predeterminado e invariable, y sus respectivas voluntades se limitan a actuar dentro de un esquema rígido que la realidad les impone. La oferta tiene carácter *general y permanente*; está destinada a engendrar un número indeterminado de contratos y se mantiene inalterada, siendo indiferente, para su existencia como tal oferta, el hecho de que sea aceptada o no. En cambio, la *aceptación* es individual, emitida para 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 teológicamente son distintas y no recíprocas, la una, general y dirigida al público, la otra, concreta e individualizada. El contratante que acepta la fórmula propuesta no puede hacer más que eso: aceptar o no, contratar o no contratar; pero su voluntad no interviene para nada en la configuración del contenido del contrato. 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 diciendo simplemente *sí quiero*; pero el querer del aceptante carece por completo de fuerza creadora para configurar, con base en su voluntad, las consecuencias de su acto volitivo. Contrata o no contrata, eso es todo. El contrato se realiza en serie, se deshumaniza, se hace mecánico.

Y adviértase, para apreciar la magnitud del fenómeno, que el ámbito de aplicación de este tipo de negocios es cada vez más amplio. Colocado el individuo, aislado cada vez más frecuentemente frente a la gran empresa—en posición monopolística de hecho o de derecho—y rota la presunta igualdad contractual en que la sistemática tradicional se funda, el particular no puede pactar ni discutir libremente con aquella. El *trust*, el *cartel*, la poderosa sociedad anónima, impone o dicta unilateralmente las condiciones de los contratos que está dispuesta a celebrar. El particular, si quiere contratar, ha de hacerlo en las condiciones que se le dictan, e incluso con personas que él no ha elegido libremente, sino que de hecho o de derecho le son impuestas. Piénsese, por ejemplo, en los llamados *cartels* de zona, en que los fabricantes de un producto acuerdan, para su venta, distribuirse el territorio nacional.

En la mayoría de estos casos no queda al particular ni la sombra de aquella libertad inicial, que consiste en optar entre contratar o no contratar, entre decir *sí* o *no*, pues se trata de negocios jurídicos en los que necesariamente ha de tomar parte, ya que, de lo contrario, tendría que renunciar a viajar, a utilizar flúido eléctrico o gas, a utilizar los servicios de un Banco, a asegurar sus bienes. Con razón afirma Rippert que sería una broma de mal gusto decir a quien se



ha visto obligado a celebrar un contrato de este tipo en condiciones onerosas: "No te quejes, *tú lo has querido*." En la generalidad de los casos quien celebra uno de estos contratos está en el fondo conforme con las condiciones que se le imponen; si pudiera hacerlo, no contrataría, o lo haría en condiciones distintas. De suerte que es consustancial con tales negocios un cierto vicio de consentimiento que, sin embargo, no los invalida. La llamada *ley* del contrato por la dogmática tradicional no es ya ciertamente aquí lo *convenido* por las partes, sino que la dicta uno de los contratantes en el formulario, póliza, boletín de suscripción, etc.

Para darse cuenta de la trascendencia que esta deformación de la figura clásica del contrato va adquiriendo en la actual vida del tráfico, conviene advertir que no se limita a la esfera de los servicios públicos, pues si bien es en ella donde primero se manifiesta, se ofrecen también crecientes ejemplos de este fenómeno dentro del Derecho mercantil (por ejemplo, seguros, suscripción de acciones y obligaciones) y en el más puro Derecho civil (por ejemplo, hospedaje, representaciones teatrales). La realidad del comercio jurídico va imponiendo cada día nuevas modalidades o formas de contratación en que el *libre acuerdo de voluntades* no aparece por parte alguna. Resulta imposible encuadrar en aquel concepto el contrato de compra celebrado en un gran almacén a precio fijo, en que todo el mecanismo de la compraventa se concreta en tomar un objeto con la mano y alargar con la otra una cantidad de dinero. Y menos todavía cabe ya utilizar aquella categoría cuando se trata de la llamada contratación *automática* que de día en día va abriéndose camino en la vida moderna. ¿Cómo hablar ya de acuerdo de voluntades entre el industrial desconocido que coloca una báscula en un paseo público y el transeúnte que, depositando en ella una moneda, desea averiguar su peso?

Todavía podría ilustrarse la tesis que nos ocupa con otras muchas figuras de negocios tomadas de la más concreta y tangible realidad. Y podríamos argumentar a base de los llamados contratos *colectivos* de carácter meramente *normativo*, cuyo contenido se limita a fijar las bases o normas con arreglo a las cuales han de celebrarse necesariamente—sin necesidad de acuerdo—los contratos en que intervengan los individuos pertenecientes a determinadas categorías profesionales. Estos individuos, por el hecho de pertenecer al grupo, no son ya libres para fijar el contenido y las cláusulas de los contratos aislados que celebren, sino que han de hacerlo con arreglo al esquema fijado de antemano. También aquí la voluntad individual es totalmente ineficaz para configurar el contenido del negocio; los contratantes no convienen nada libremente; 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. Y téngase en cuenta que, si bien estos contratos colectivos aparecen originariamente en el campo de las relaciones laborales como contratos colectivos de trabajo, van también desbordando ese campo inicial

y penetrando en ciertas esferas del Derecho privado, originando contratos colectivos de tipo no laboral (cabe, por ejemplo, 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).

La casuística que en líneas generales hemos intentado bosquejar demuestra que es cada vez más reducido el supuesto de que, al contratar, los contratantes se pongan libremente de acuerdo sobre el contenido y los efectos del contrato que celebran. Esto ocurre ya en un ámbito tan reducido del tráfico jurídico—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 ni debe servir para formular el concepto del contrato como categoría capaz de abarcar todos los tipos que la realidad social y legal nos ofrece. Es inútil aferrarse a una fórmula caduca, que indudablemente está en crisis. Y los juristas de hoy tienen ante sí, como tarea perentoria, la de construir, con una dogmática liberada de viejos prejuicios, un nuevo concepto del contrato que realmente responda a lo que éste es.

Es cierto que algunas de las más preclaras figuras del pensamiento jurídico actual han señalado la crisis que la concepción tradicional del contrato experimenta en nuestros días. Los nombres de Ruggiero, Ripperit, Larenz—entre nosotros el de Pérez Serrano—son bien conocidos; y es conocida también la agudeza con que han señalado la existencia de un nuevo *espíritu contractual*. Pero posiblemente con timidez, porque se trata de algo más hondo que una nueva tendencia, o un nuevo sentido, o una nueva orientación, que pueda explicarse sin soltar las amarras y abandonar el viejo dogma del contrato.

Para Jossierand se trata de un fenómeno de "*publicitation*" del contrato, inserto en el más general de la progresiva penetración del Derecho público en el privado. Así como el derecho de propiedad—dice—no es ya un *dominium* integral, el contrato ha dejado de ser un *negotium*, en el sentido tradicional de la palabra, para convertirse en muchos aspectos en un asunto público, casi en un "*affaire d'Etat*". Y esto es evidentísimo. Pero, como hemos visto, no es sólo por ese camino por el que actualmente se deforma el concepto del contrato. Jossierand—que representa en esta materia la *communis opinio*—desarrolla esa idea de la impregnación del contrato por el Derecho público señalando limitaciones a la libertad contractual, y examina cómo se manifiesta en algunos aspectos de la vida del contrato: en su dinámica, en su contenido, en su estabilidad; pero deja intacto respetuosamente el concepto mismo del contrato como *acuerdo de voluntades*. Cuando en realidad, a mi juicio es esta idea la que ya no sirve como elemento definitorio. La voluntad individual *concorre* o *interviene* en la celebración del contrato poniéndolo en marcha, es decir, como motor que lo impulsa; pero ni se determina siempre por propia

iniciativa, ni constituye ya el elemento creador de las obligaciones contractuales.

El contrato tiende hoy a ser (prescindiendo de aquellos supuestos ya excepcionales en que se cierra un trato en torno a la mesa de un café o se compra un cuadro viejo a un chamarilero) un instrumento de la vida social y económica que el orden jurídico configura por sí; y no para que el individuo se sirva de él *si quiere* o *cuando quiere*, sino *cuando DEBE* y *como DEBE*.

Y en este sentido el concepto de contrato no puede construirse exclusivamente con un criterio técnico-jurídico, descuidando el aspecto instrumental o funcional y sin insertar en él la idea de *deber*. La más elevada expresión ética, representada por el cristianismo y por la doctrina de la Iglesia, exige la reconstrucción de la sociedad, no sobre la base de *derechos egoístas*, sino sobre la de *deberes* o *funciones*; y esa idea no puede dejar de jugar también un papel preponderante en la figura del contrato, que es el elemento dinámico más importante del tráfico económico.

Cierto que la doctrina social de la Iglesia se desenvuelve fundamentalmente en torno al concepto de la *propiedad*. Pero no es posible desligar la idea de *propiedad* de la de *contrato*, que es el instrumento de circulación de aquélla. Y toda concepción funcional de la propiedad sería estéril si hubiera de limitarse al momento estático, sin penetrar también, rodeada de su cortejo de *deberes* y de su signo de *servicio*, en el tráfico contractual, tiñendo con iguales caracteres al contrato mismo.

Tampoco el contrato puede hoy concebirse sin subordinarlo a la idea de *bien común*. Porque es evidente que la contratación, en cuanto cambio y movimiento de riqueza, aprovecha o lesiona a la riqueza general. Y el contrato ha de insertarse, pues, 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 pueda el libre arbitrio de los contratantes—de los particulares—señalar el contenido y los efectos de los contratos que celebren, puesto que no se contrata exclusivamente—aunque lo parezca—en beneficio propio. Las palabras de Santo Tomás “quien busca el bien de todos, busca su propio bien” son exactamente aplicables a una recta comprensión de la contratación. De modo parecido a cómo el propietario tiende a convertirse en el *funcionario* que ya profetizó Stuart Mill, el contratante va convirtiéndose en la persona que realiza un acto social, una verdadera función social, de la cual el Poder público no puede desentenderse. 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.

Adviértase que de este modo, concebido así el contrato, desaparecen las incongruencias que actualmente ofrece la dogmática contrac-

tual, toda ella plagada de contradicciones con la realidad. Es contradictorio, por ejemplo, decir que las obligaciones nacidas de los contratos *tienen fuerza de ley*, y permitir que esa *ley particular* pueda ser alterada a instancia o conveniencia de uno de los contratantes y contra la voluntad del otro mediante las facultades revisoras o correctoras que tan profusa y rápidamente van concediéndose a la autoridad judicial. Es igualmente contradictorio seguir diciendo que los contratos *se perfeccionan por el mero consentimiento* y exigir con creciente rigor requisitos de forma que persiguen una mayor garantía de publicidad efectiva en interés de terceros. Es contradictorio en grado sumo seguir diciendo que los contratos *no se rescinden por lesión*—lo cual equivale a decir que los precios pueden fijarse libremente—y restringir la facultad de fijarlos mediante su establecimiento imperativo. En cambio—y con esto termino, señores—, tales contradicciones se salvan si se parte de un concepto del contrato en que se inserte la idea de función, de servicio, de deber; si por encima de los intereses particulares de los contratantes se coloca en el pórtico del contrato, la necesidad de velar por un interés unitario y superior al de aquéllos; si se proclama, desde el primer capítulo del Derecho de la contratación, que la voluntad de los particulares sólo goza de la protección del orden jurídico en el intercambio de bienes y servicios que es el contrato, en la medida en que se subordinen a la consecución del *bien común*.

Es indispensable reconstruir la dogmática del contrato para salvar la enorme distancia que existe—como decía al empezar—entre los conceptos teóricos que se formulan y las realidades de la vida a que se aplican.