

CONTRATO Y LIBERTAD CONTRACTUAL *

Luis Díez-Picazo y Ponce de León **

La contratación se ha convertido en un mecanismo de interacción social imprescindible en la vida moderna, pero, por lo mismo, su función a través del tiempo ha ido sufriendo alteraciones en relación a la forma de concebirla. El presente artículo pretende mostrarnos esta evolución y, desde la visión del profesor Díez-Picazo, acercarnos al entendimiento de esta institución.

* La presente ponencia fue originalmente publicada en la compilación del Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 1998. Agradecemos al doctor Luis Díez-Picazo por la cesión especial para el presente número.

** Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid. Ex Magistrado del Tribunal Constitucional. Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con una tradición secular, el instituto del contrato constituye uno de los pilares básicos del orden económico de nuestra civilización y es el cauce a través del cual se realiza la función económica básica de intercambio y de distribución de toda clase de bienes y servicios entre los individuos y los grupos sociales. Por contrato los bienes cambian de manos (se compra y se vende; se adquiere y se transmite); se establecen derechos de utilización limitada de cosas de otro (por ejemplo, arrendamiento); se realizan las actividades financieras y de crédito (préstamos en el más amplio sentido de la palabra) y los servicios, gratuitos o retributivos, que, en nuestro sistema jurídico, partiendo del esquema de la libertad personal, una vez desaparecidas las formas de servidumbre o de esclavitud, son objeto de contratación (contratos de trabajo, de mandato, de gestión, de arrendamiento de servicios, etc.).

En cuanto a la reglamentación de intereses, trata de regular, entre dos o más personas, unas relaciones jurídicas que muchas veces son duraderas, el contrato es una previsión del futuro que los contratantes realizan en el uso de su libertad, de su iniciativa y de su autonomía privada. Por ello, es un puente tendido hacia el futuro a través del cual los contratantes habrán de transitar y habrán de hacerlo de acuerdo con las reglas que ellos mismos se han dado.

2. EL CONTRATO COMO FUENTE DE CREACIÓN DEL BENEFICIO

En el sistema de economía capitalista, regido por la ley de obtención del máximo beneficio, el contrato es el cauce jurídico de obtención de este beneficio: el contrato o, si se prefiere, el conjunto de contratos que dentro del marco de una actividad profesional o empresarial se realice. Cada contrato puede producir un beneficio y el conjunto de contratos un beneficio promediado. Es obvio que el beneficio se obtiene cuando el precio o contraprestación que se obtiene por una cosa o por un servicio excede del costo de esa cosa o de ese servicio, incluyendo en el costo los elementos adicionales o auxiliares que es preciso poner en pie para hacer posible la ejecución de la prestación.

Al mismo tiempo que fuente de beneficios, el contrato puede ser causa de producción de pérdidas. En nuestro Derecho la idea de pérdida en sentido económico, se encuentra contemplada únicamente en el contrato de sociedad, pero no necesita ser discutido que todo contrato puede ser causa de pérdidas.

3. LA LIBERTAD CONTRACTUAL

En una época como la nuestra en la cual el liberalismo (entendido como liberalismo económico) ha resurgido con un extraordinario vigor por obra y gracia de convenios y tratados internacionales de diferentes tipos, dominando las organizaciones supranacionales y convirtiéndose en el espíritu que impregna la economía global y mundializada: en una época en que la llamada *lex-mercatoria* cobra especial fuerza y se convierte en factor dominante de los textos que pretenden fundar un Derecho uniforme; pero en que, al mismo tiempo, suenan las señales de alarma, en forma de voces airadas que propugnan la defensa a ultranza del Estado de bienestar, las conquistas sociales y se escuchan llamamientos a una cruzada antiliberal; en esta época, no me parece impertinente poner al día nuestras ideas sobre el tema de la libertad contractual, en la medida en que ella es la institución central por la que corren, han de correr o dejan de correr los mencionados impulsos.

Comenzaré esta reflexión con un acarreo de materiales o de citas que han sido muy arbitrariamente seleccionadas, aunque nos pueden permitir encontrar las pistas de algunos de los temas sobre los que hay que tomar partido.

La primera cita será de mi maestro Federico de Castro, que dedicó a este tema sus dos últimos trabajos: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad" (La defensa de la competencia, el orden público, la protección del consumidor), publicado en el Anuario de Derecho Civil en el número correspondiente a octubre de 1982, y "Leyes imperativas, autonomía de la voluntad y usos de ley uniforme", publicado en el Anuario de Derecho Civil en diciembre de 1985. De Castro, inspirado en la tradición del humanismo cristiano y preocupado siempre por la defensa de la persona frente a las grandes organizaciones, sean Estados, sindicatos o corporaciones transnacionales, escribía hace más de diez años una dura crítica de lo que expresamente llamaba concepción liberal del contrato con estas palabras:

"La concepción liberal de autonomía de la voluntad hizo pensar, y todavía hoy hay quien así lo piensa, que ella supone entregar a los particulares una 'reserva de casa', una 'zona protegida', en la que el Estado no tiene otra cosa que hacer que dejar hacer. Mas, aunque sea de modo inconsciente, al irse perdiendo el respeto a los dogmas liberales, no pudo menos que sentirse que, si ello es así, los poderes públicos no podrían intervenir para nada en esa zona prohibida, en tanto no se toque a la esfera de lo público. Cuando se pide el auxilio de las autoridades, para que se haga cumplir

lo prometido en un contrato, poniendo así al servicio de los particulares el aparato estatal, se ha salido de la zona prohibida. Cuando el Estado, en sus códigos, se compromete a dar fuerza de ley a los contratos, lo hace arrogándose una actividad pública (Administración de Justicia) y entonces ya no puede actuar de un modo indiscriminado.

Normalmente, por el contrario, tiene que discriminar. No puede imponer algo que implique un resultado contrario a la justicia o a la moral. Así, se atribuye a los jueces un poder de censura, que les permite desproteger los contratos contrarios a las buenas costumbres o al orden público y que abre camino una nueva concepción del orden público. La concepción liberal del contrato entra también en crisis en los movimientos de reacción frente al uso exagerado y abusivo de ciertas figuras, como las condiciones generales de los negocios, en el tráfico mercantil, en daño de consumidores”.

La segunda cita es de Ludwig Raiser que en la posguerra de 1945 fue Rector de la Universidad de Göttingen y que en 1958 escribió un trabajo sobre la libertad contractual, publicado en aquel año. Recordaba Raiser que la dogmática civilista considera que la autonomía privada es un principio connatural a la estructura del Derecho civil en cuanto que permite al particular autoreglamentar sus propias relaciones. La dogmática civilista considera la libertad contractual como un componente basilar de la autonomía a fin de que se constituyan entre los sujetos relaciones fundadas sobre el acuerdo. En virtud de la autonomía privada, el particular debe poder decidir con autonomía si, cuándo y cómo constituir cualquier relación que tenga por objeto una prestación y qué contenido darle, así como modificar o extinguir las relaciones preexistentes. Desde el punto de vista jurídico –añade Raiser– dos hechos son relevantes. En primer lugar, el ordenamiento, por lo menos en línea de principio, renuncia a entrometerse en las relaciones privadas con mandatos propios y, además, reconoce como jurídicamente vinculantes los acuerdos creados por las partes, atribuyéndoles su tutela jurisdiccional. Hay que preguntarse si ello es debido a que el ordenamiento jurídico considera el procedimiento que conduce al acuerdo como una garantía de corrección de lo pactado, en línea con los valores fundamentales del ordenamiento, o si bien es porque quiere mantenerse neutral respecto de los valores y los objetivos perseguidos por los contratantes. En uno y en otro caso sería erróneo suponer que, por debilidad, la libertad contractual se tolera o acepta como una especie de fenómeno natural pre o extrajurídico.

La tercera cita es de un libro de Néstor De Buen “La decadencia del contrato”, publicado en México, en 1965.

Néstor De Buen arranca con unas palabras de su padre, don Demófilo De Buen, sobre el “desengaño del contrato” que son las siguientes:

“¿Llevará el *desengaño del contrato* a desechar su concepto como inútil o pernicioso? ¿Exigirá la reducción de su ámbito? ¿Impondrá un nuevo concepto de tal instituto? ¿Seguirá considerándolo como la manifestación más genuina de la autonomía de la voluntad? ¿Es sólo, tal desengaño, un fenómeno transitorio y morboso?”

Néstor De Buen quiere dar respuesta a tales interrogantes y, después de un largo estudio, extrae unas conclusiones que no esconden su gusto por la socialización o decididamente por el socialismo.

“La decadencia del contrato constituye un hecho incontrovertible. No cabe emplear, en contra de esa realidad, el argumento de que el contrato constituye un continente que acepta múltiples contenidos. Etimológica y jurídicamente el contrato es, sobre todas las cosas, un acuerdo espontáneo de voluntades, y donde no existe ese acuerdo, no puede hablarse de contrato.

Se explica esta decadencia en función de que el *sustratum* para la vida del contrato, se ha disgregado. El liberalismo, como fenómeno político, económico y jurídico, está dejando su lugar a una tendencia social que exige su propio lenguaje jurídico. De ahí que sea sorprendente encontrar en las legislaciones socialistas, una terminología totalmente inadecuada.

¿Cuál será el destino del contrato? Radbruch ha dicho que todo régimen social, cualquiera sea la tendencia en que se sustente, deja un margen, en ocasiones muy reducido, al juego de la libertad de los hombres. El contrato, figura predominantemente liberal, deberá vivir en este ámbito pequeño que la sociedad actual deja a la libertad humana. Después de haber sido considerado, inclusive, como el actor creador del Estado, cuando en el siglo XVIII Juan Jacobo Rousseau dio forma a la figura de contrato social, el contrato se ha visto convertido, y lo será aún más, según el paso del tiempo, en un modesto instrumento del derecho y, tal vez, en un futuro inmediato, solamente en una reliquia histórica”.

De estos textos, por lo demás muy distintos entre sí, surgen preguntas inquietantes. ¿Cuál es el futuro del contrato? ¿Se trata de una reserva de caza, según las palabras de De Castro o de un campo en el que el Estado renuncia a entrometerse según la expresión de Raiser? ¿Cómo se explica que se atribuya fuerza de ley a los contratos y se entregue a los contratantes la tutela jurisdiccional? Y si el Estado tiene algo que decir,

porque así lo exigen los valores fundamentales del ordenamiento—como dice Raiser— o la justicia y la moral—como decía De Castro—, ¿a quién debe entregarse el poder de intervención para definir los valores fundamentales o las ideas sobre la justicia y la moral si es que hay que hacerlo? ¿Debe ser el Parlamento, en la medida en que constituye la representación popular, quien lo haga por vía de una ley? Y, en este caso, ¿existe algún límite constitucional al poder de intervención? ¿Pueden los gobiernos decir alguna palabra en esta materia por vía de los reglamentos? Y dentro de las mismas coordenadas y por cerrar la vieja división de los poderes, ¿por qué de ordinario se acostumbra a entregar a la administración de las intervenciones estatales en las reservas de caza de los jueces?

Comenzaré mi reflexión en busca de respuesta a las interrogantes enunciadas partiendo de una idea expuesta por Roppo (“Il Contrato”, Bolonia 1977). Con la Revolución Francesa y con el advenimiento de los códigos civiles, la libertad contractual fue, en el estricto sentido de la palabra, una *libertad*. Como señala el autor citado, la libertad contractual significó ante todo la abolición de los vínculos que ataban al individuo a los grupos y a las corporaciones o a las relaciones de *status*, recordando la vieja fórmula o ley de Maine, según la cual el entero proceso de desarrollo de las sociedades humanas se puede describir como un proceso del *status* al contrato. Fórmula con la que se quería expresar la idea de que mientras en las sociedades antiguas las relaciones entre los hombres venían determinadas, en amplia medida, por la pertenencia de cada persona a un orden o grupo y por la posición ocupada por éstos, en las sociedades modernas, según Maine, las relaciones tienden a ser el fruto de la libre elección de los interesados, de su iniciativa individual y de su autonomía. Libertad contractual significa, por consiguiente, liberación de los vínculos que en la sociedad antigua—dice Roppo— convierten al individuo en prisionero de una red de incapacidades legales que impiden la plena expansión de su iniciativa y de su potencialidad productiva y configuran una ordenación económico-social cerrada y escasamente dinámica. Libertad contractual significaba pues la restitución al individuo, una vez consagrado el principio de igualdad de todos los individuos, de la abstracta posibilidad de determinar por sí mismo su propio destino en el mundo del tráfico y de las relaciones jurídicas y, junto a ello, la fundación de un sistema en que la multiplicidad de las iniciativas libres debería hacer el mundo más dinámico, más abierto a las innovaciones. Significa, por tanto, el paso a una forma superior de sociedad. Convendrá saber si la libertad contractual conserva hoy algo de esta antigua formulación.

Debe destacarse que, aunque el concepto de contrato tenga indiscutibles raíces romanas, no se constituye

definitivamente, sino en el momento en que aportan nuevos materiales las corrientes del pensamiento del *ius naturalismo* que son las que quedarán plasmadas en la Revolución Francesa y en los códigos civiles.

4. CONTRATO Y PROPIEDAD

Para comprender el puesto del contrato entre las instituciones políticas y las líneas de su evolución no es impertinente señalar la conexión que inicialmente existió entre contrato y propiedad. Es característica y bien conocida la clasificación sistemática en el Código de Napoleón que lo sitúa entre los diversos modos de adquirir la propiedad, de suerte que la institución del contrato adopta una posición subordinada respecto de la propiedad. En esta consideración legislativa adopta sólo un papel instrumental en relación a la propiedad que es el instituto central. Es uno de los instrumentos de adquirir y transferir la propiedad.

En la segunda mitad del siglo XVIII, J. Domat, arrancando del presupuesto ideológico de que los hombres pueden predicar una serie de cualidades según su colocación social (porque no se había llegado todavía a los tiempos en que ni se había realizado la unificación formal del sujeto jurídico), lleva a cabo una reconstrucción racional del sistema de Derecho privado a través de la figura del contrato, de manera que en la obra de Domat, el contrato y no la propiedad es la categoría unificadora de todo el sistema del Derecho privado. Sin embargo, Domat no puede dejar de observar que por la vía de los contratos se conectan las personas a las cosas y las cosas a las personas.

La conexión entre el contrato y la propiedad se observa con claridad si no se pierde de vista que las finalidades políticas en la Francia post-revolucionaria y en la España liberal era lo que puede llamarse la revelación y la movilización de la propiedad territorial que se produce, por una parte, al suprimir los derechos feudales y las vinculaciones y, por otra, al tratar de colocar en el mercado la propiedad inmobiliaria, de suerte que se ha podido decir que el contrato jugó el papel central de transferencia de la riqueza de las clases derrotadas a la nueva clase emergente.

5. EL PUESTO CENTRAL DEL CONTRATO

Sin embargo, pasado ese momento histórico, el contrato cobra el puesto central. No es sólo el instrumento de traslación de la propiedad, sino que es, él mismo, la fuente de la razón y del beneficio a través del cual las categorías emprendedoras pueden introducirse en los más variados negocios (el comercio mayorista, el comercio minorista, los transportes, los seguros, los negocios de banca, etc.). Los empresarios saben muy bien que su mayor riqueza es lo que hoy se llaman “carteras de contratos”.

El siglo XIX vivió, sin duda, el esplendor de la primera política liberal en materia de contratos. Como señaló M. Weber, a los códigos civiles se les pedía sobre todo la seguridad de que los negocios emprendidos se realizarían tal como los habían realizados los emprendedores.

A esta optimista concepción liberal de los contratos corresponden (reflejándola) las palabras de Manuel A. Martínez en la discusión parlamentaria del Código civil, respondiendo a las objeciones en punto a si el Código había recogido sólo los contratos tradicionales. Las palabras son estas:

“He condenado siempre con energía el empeño de aprisionar la libertad humana en unas cuantas reglas preestablecidas en la ley. Son válidas y dignas de respeto cuantas combinaciones invente el interés privado con tal que no sean contrarias a la moral y buenas costumbres, quepan o no en las clasificaciones siempre estrechas e insuficientes del legislador. Lo de menos es que los pactos y estipulaciones de los ciudadanos estén de antemano clasificados y tengan un nombre técnico en el Código. No hay quien pueda prever todas las combinaciones que es capaz de crear el ingenio humano estimulado por el aguijón de la necesidad y del interés. En nuestro tiempo se han descubierto formas de asociación antes desconocidas, contratos mercantiles y manifestaciones del crédito ignoradas por nuestros abuelos y aun por nuestros padres. ¿Y hemos de rechazarlos porque en los códigos falte el nombre de bautismo o porque no se acomoden a sus clasificaciones artificiosas, interventoras y arbitrarias? No. La tutela del Estado no puede llegar hasta obligar a los ciudadanos a que en sus convenciones no se salgan del patrón que les ofrezca la ley. En buena hora que ésta modere los contratos ya conocidos y estudiados, pero respetando siempre las modificaciones que libremente pacten los contratantes, así como las nuevas combinaciones que su razón les sugiera, siempre que en su esencia sean lícitas y honestas”.

En el mismo sentido se puede recordar la afirmación de un juez inglés, Sir George Hessel, que en la motivación de una sentencia de 1875 afirmó “si hay algo que el interés público reclama más que cualquier cosa, es que los hombres maduros y conscientes deben tener la máxima libertad de contratar y que sus contratos deben ser hechos respetar por los tribunales”.

6. LAS TRANSFORMACIONES DE LA DOGMÁTICA CONTRACTUAL

El mundo idílico y optimista no podía durar y, casi desde sus inicios, el siglo XX vivió una serie de avatares que fueron produciendo importantes transformaciones en la institución y en su dogmática: las guerras, en especial

las dos grandes guerras del siglo, las luchas sociales, revoluciones y crisis económicas, siempre recurrentes, fueron incidiendo de forma muy importante. Como ha señalado W. Friedmann, antes de la Primera Guerra Mundial se observaba estrictamente la regla de la absoluta fidelidad a lo contratado y la imposibilidad absoluta sobrevenida, material o legal, era el único medio de liberarse de las obligaciones contractuales. La Gran Guerra, la gran inflación alemana de 1922 y la gran crisis de 1929 fueron abriendo las primeras brechas. Es característico y sintomático que la teoría francesa de la imprevisión elaborada primero en los contratos administrativos en el famoso asunto del gas de Burdeos sea precisamente de 1916. Imprevisión en el Derecho francés, frustración en el Derecho inglés, cláusula *rebus sic stantibus* o base del negocio abrieron el camino para que, en caso de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que hacen excesivamente onerosas las obligaciones contractuales, los tribunales puedan en ocasiones liberar a los contratantes del contrato excesivamente oneroso y en otras, incluso, proceder a una revisión de los términos del contrato.

Mas los efectos sociales de las transformaciones no se detienen en este punto. El antes citado W. Friedmann, que las ha estudiado con detenimiento, coloca al lado de los trastornos económicos y sociales el proceso generalizado de concentración de la industria y de los negocios que corresponden a un proceso de urbanización y de estandarización de la vida social y la implantación del ahora denominado Estado de bienestar con un conjunto de políticas social-demócratas o, en otros casos, la completa socialización de la economía.

La primera de las causas que Friedmann citaba como origen de las transformaciones de la institución contractual para el generalizado proceso de concentración del capital en la industria y en los negocios es un hecho bien conocido, que a lo largo del presente siglo ha ido dando lugar a los gigantes transnacionales, que constituyen entidades todopoderosas. El hecho de que una gran parte de la economía se encuentre en manos de este tipo de empresas ha producido consecuencias muy notorias. La primera de ellas fueron los pactos y contratos a través de los cuales se establece y se signa el fenómeno de las uniones de empresa, cartel, *trust* y prácticas que tienden a limitar o a desfigurar la libre concurrencia. Aparecieron de este modo las llamadas leyes *antitrust* recogidas en los años 50 en los artículos 85 y siguientes del Tratado de Roma y hoy consagradas como uno de los principios del mercado europeo. La libertad de concurrencia es libertad de contratación sí, pero no a través de contratos que puedan llegar a desfigurar la libertad de mercado. La figura del abuso de posición

dominante constituye una de las más claras muestras de ello. En el mismo sentido, cuando el proceso de concentración conduce al monopolio, se sintió la necesidad de establecer la obligación de contratar de los monopolistas, la interdicción de que estos introduzcan discriminaciones y la de permitir que los servicios, cuando se refieren a bienes vitales, se presten en condiciones que puedan ser accesibles a todos.

El citado proceso de concentración económica y el creciente poderío de las grandes empresas produjo muy tempranamente la figura de los llamados contratos de adhesión y de las condiciones generales de contratación. La mayor parte de los contratos que gobiernan nuestra vida diaria son absolutamente uniformes. Los transportes, los seguros, los servicios bancarios, los suministros de electricidad o de gas y tantas otras actividades están gobernadas por este tipo de reglamentación, de suerte que los juristas de Derecho civil desde comienzos de siglo cuestionaron si nos encontrábamos con auténticos contratos o si existía un poder reglamentario de las empresas o qué cosa pasaba. Y algunas voces se alzaron para sostener que, tras haberse efectuado la evolución de Maine desde el *status* al contrato, se volvía otra vez del contrato al *status*. No pudo nunca discutirse la legitimidad de las intervenciones de este tipo de contratación, bien a través de la necesaria aprobación administrativa de los clausulados, como ocurrió en el mundo de los seguros, o bien a través de invenciones judiciales que impidieran cuando menos los más llamativos excesos como pueden ser las cláusulas de absoluta limitación de la responsabilidad u otras parecidas. En el momento actual parece haberse llegado en este punto a un compromiso. Los legisladores no rechazan este tipo de contratación, pero permiten las intervenciones públicas a través, sobre todo, de la nulidad de las cláusulas abusivas. Subsiste, sin embargo, el problema dogmático relativo a si en esta forma de operar existe o no verdadero contrato, sobre todo si se adoptan las tradicionales premisas de la más absoluta voluntad y libertad de los contratantes.

Las tensiones sociales y las luchas entre empresas y sindicatos fueron produciendo la aparición de los llamados convenios colectivos, que lentamente fueron sustituyendo a los contratos individuales entre patronos y obreros y, que desde el punto de vista de una teoría del contrato, plantean también arduos problemas en la medida en que obligan a quienes no han sido parte en ellos y que son, respecto de ellos, genuinos terceros.

Finalmente, existieron razones de política social y para lograr un bienestar general, se adoptó el sistema de condiciones contractuales imperativamente fijadas por la ley, como en el caso de los contratos de trabajo o en otros casos especialmente vinculados a la economía

de escasez, la conversión del Estado y de las Administraciones públicas en contratantes, los sistemas de cupos y de precios tasados, las políticas de abastecimiento controlados y lo que, en su momento, fueron llamados contratos impuestos o contratos forzosos. Tantas agresiones y procedentes de tantas direcciones obligaban a pensar que del viejo paradigma del contrato quedaba poca cosa.

7. LA NUEVA EXPANSIÓN DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

Los años inmediatamente anteriores a éste, como años de relativa bonanza, aunque salpicados de crisis económicas de todos conocidas, parecen haber ido empujando una ola de desregulación, con una nueva expansión de la libertad contractual.

En la concepción tradicional, la libertad contractual y el poder de autonomía privada tenían su fuente en la ley, entendida ésta al modo *roussoniano*. Si la libertad contractual y la autonomía privada derivan de la ley, no puede discutirse el poder de la ley para restringirla o, en ocasiones, para anularla, por lo cual, es legítima la pregunta en torno a si existe hoy en día un fundamento *supra* legal, más precisamente constitucional, de la libertad contractual. Enseguida hay que responder que en la Constitución Española no es fácil dar respuesta a esta duda, pues ninguno de los preceptos institucionales parecen referirse a esta cuestión. Es curioso que una Constitución que ha garantizado la propiedad privada, la familia, las fundaciones e incluso las sucesiones por causa de muerte, concediendo un anclaje constitucional a un buen número de instituciones de derecho privado, no haya dicho nada sobre la cuestión que nos ocupa. Además, en la Constitución, los elementos procedentes de la concepción liberal se encuentran muy modulados por otros que proceden de concepciones social-democráticas. Aunque la pregunta tiene que quedar siempre abierta, mi opinión personal es que la libertad contractual presenta un fuerte anclaje en la Constitución. Ante todo, me parece que el reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad impone la referida libertad, porque sólo se reconoce la dignidad de la persona si se permite autorregular su marco de intereses. Al mismo tiempo me parece también que el marco de libertad de mercado que en la Constitución se consagra en el artículo 37, está al mismo tiempo imponiendo un sistema de libertad contractual. Por lo demás, un sistema legislativo que coartara la libertad contractual más allá de lo que puede denominarse en el sentido del artículo 53 de la Constitución su contenido esencial, como sería el caso de una economía prácticamente estatalizada o intervenida, es constitucionalmente inadmisibles.

Fuera de ello, hay que reconocer algún margen al legislador para adoptar medidas legislativas que puedan proscribir determinados tipos contractuales o establecer regímenes imperativos en otros. En este punto, la única discusión es si existe o no una reserva de ley.

En la evolución que en las páginas anteriores hemos tratado de describir, existen como dos planos o dos estratos, uno en el que se sitúa la tozuda realidad de los hechos y otro en el que hay que colocar la teorización que respecto de ellos llevan a cabo los juristas. La realidad está constituida por los conflictos económicos y sociales que imponen, cuando es necesario, nuevas modalidades en la circulación de bienes y de servicios. Como antes he dicho, la actual es una época de relativa bonanza en la que la mayor parte de las causas que produjeron las anomalías, parecen haber desaparecido, aunque nunca existe la seguridad de que en una y otra forma retornen. En el debate teórico, sin embargo, subsisten los problemas. Se trata de un debate muy condicionado por una peculiar forma de entender la institución contractual que arranca de los postulados del voluntarismo. El contrato se definió como voluntad, seguramente porque en los *ius naturalistas* existe un influjo notorio de la escolástica tardía, pero, es cierto que se definió como voluntad, para lo cual por lo demás existía algún apoyo en viejos textos romanos, como el *in idem placitum vel consensus*. Se podía haber hablado de libertad o de poder de decisión, pero el acento se colocó en la voluntad (acuerdo de voluntades, autonomía de la voluntad, etc.) lo que de algún modo distorsionó las perspectivas. Siempre me ha parecido que por una parte andaban las enunciaciones o proclamaciones de principios y, por otra, se movían las regulaciones concretas en que aquellos principios se proyectaban o, al revés, de lo que aquellos principios eran reflejo. La llamada doctrina de los vicios del consentimiento contractual, contemplada a la luz del dogma de la perfecta voluntad, ha sido siempre muy difícil de explicar. Ha de ser siempre muy difícil de explicar el artículo 1.265 del Código civil que limita a cuatro las causas de nulidad por vicios de consentimiento, el error, la violencia, la intimidación o el dolo, cuando desde el punto de vista de un dogma de perfecta voluntad, tales causas tendrían que ampliarse. Pero, incluso manteniéndose en esas cuatro causas, desde el punto de vista del dogma de la voluntad ha sido siempre imposible explicar que sólo invalide el contrato el error sustancial y no los demás errores, que, al producir un conocimiento distorsionado, impiden la verdadera volición; que el dolo sólo produce una nulidad si es grave y no incidental y que no lo produce si ha sido empleado por las dos partes contratantes, como señala el artículo 1.270 o que el área de la violencia o de la intimidación resulte también restringida por leyes y más aún por la jurisprudencia. ¿Es que esos contratos que

la ley no invalida fueron, en efecto, celebrados con plena y perfecta voluntad? La respuesta lógica tendría que ser negativa y llevar a la idea de que, aunque el ordenamiento proteja la espontaneidad y la libertad de los contratantes en el momento de la celebración del contrato, sólo en muy contados casos accede a una pretensión de desvinculación y lo hace básicamente por entender no que fue celebrado sin perfecta voluntad, sino más bien, que en la vinculación existía un punto de injusticia, pero que es preciso también proteger a la otra parte contratante decidiendo de qué modo participó en la injusticia de la vinculación. La discusión ha sido la misma, si las cosas se miran despacio, en la tensión entre los voluntaristas y declaracionistas que se proyectó sobre todo en el establecimiento de los criterios hermenéuticos. Lógicamente resulta imposible saber por qué se adoptan criterios de interpretación objetiva, como la interpretación usual, la interpretación *contra stipulatorem* o la interpretación que tienda a conservar el negocio y a dotarle de mayor eficacia, porque si el contrato es voluntad, sólo los llamados criterios de interpretación subjetiva deberían mantenerse. Así, en el conjunto de los artículos 1.281-1.289 del Código civil tendríamos que suprimir gran número de ellos, cosa que a ninguno de nosotros se nos ocurre. Por esta razón, las tendencias modernas se sitúan más bien en la línea de restar los mágicos componentes voluntaristas al contrato, como por lo demás siempre hicieron los escritores anglosajones.

De esta suerte, el contrato parece más bien como una operación económica de distribución y de circulación de bienes y servicios surgida de la iniciativa privada en la que los interesados arreglan autónomamente sus propios intereses. Esto explica alguna de las más llamativas tendencias del Derecho moderno o Derecho más reciente, como lo plasmado en el Código de Comercio Unificado de Estados Unidos, en las reglas del Convenio de Viena de venta internacional de mercaderías, en los principios de los contratos comerciales internacionales elaborados por Unidroit y en muchos otros de los textos que en la actualidad están en trance de elaboración como pasos hacia un Derecho uniforme en esta materia. Todos estos textos se inspiran en la idea de que es preferible facilitar la contratación o, por decirlo mejor, facilitar la conclusión que entre las partes existe un contrato antes que decidir que el contrato no ha llegado a existir o que es nulo, porque se considera en la práctica que es preferible que los implicados en el asunto ejerciten acciones contractuales y eventualmente acciones de incumplimiento contractual a que ejecuten acciones de nulidad con las inevitables secuelas de acciones de restitución de lo indebido o de enriquecimiento sin causa, que muchas veces resultan imposibles, sobre todo cuando se trata de contratos que han sido ejecutados.

Este principio de facilitación de la contratación de acuerdo con la buena fe, preside algunas de las reglas ahora implantadas en materia de formación del contrato en casos en que no existe perfecta concordancia entre oferta y aceptación. Por ejemplo, porque el aceptante al aceptar ha introducido elementos no sustanciales que amplían aquellos que estaban contenidos en la oferta, especialmente si el oferente ha guardado silencio en este punto; o porque surgen las llamadas batallas de formularios en que oferta y aceptación se cruzan suscribiendo formularios impresos con cláusulas distintas y entre sí contradictorias. En estos casos, doctrina y jurisprudencia parecen hoy unánimes en que es preferible considerar

el contrato celebrado y resolver después el problema de la exacta determinación del contenido contractual, antes que sostener que el contrato nunca existió o que resultó inválido, lo que puede ser mucho más problemático y mucho más costoso. En el mismo sentido se sitúa lo que se puede llamar la restricción del área de las nulidades. Cuando se estudian los antes citados Principios sobre los contratos internacionales se comprueba, por ejemplo, que la intimidación sólo se toma en consideración si es injustificada; que la imposibilidad originaria no es causa de nulidad; o que se consideran válidos los acuerdos sin necesidad de penetrar en la existencia del requisito de la causa o *consideration* en sentido anglosajón.