LAZARO S. TREVISÁN

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL (2A. PARTE)
EN LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS DE LA
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LA LIBERTAD
Y EL
REGIMEN JURIDICO DE LA CONTRATACION

(CONFERENCIA INAUGURAL DEL CURSO DE 1945)

★

BUENOS AIRES

1945

LA LIBERTAD

Y EL

REGIMEN JURIDICO DE LA CONTRATACION

LA LIBERTAD Y EL REGIMEN JURIDICO DE LA CONTRATACION

1. Introducción. — 2. ¿Qué es la libertad? — 3. La libertad moral. — 4. La libertad jurídica. — 5. Aspectos de la reglamentación de la libertad jurídica: la libertad de forma y la libertad de convención. — 6. El principio de la autonomía de la voluntad en nuestro código civil. — 7. Decadencia de la libertad de contratar. — 8. Crisis de la fuerza obligatoria del contrato. — 9. La creciente intervención estatal y sus efectos perniciosos para la libertad económica. — 10. Necesidad de una revitalización de la libertad en el mundo y en las instituciones civiles de la postguerra.

Señores:

1. La conferencia inaugural del curso de derecho civil (segunda parte), de esta Facultad, correspondiente al año universitario de 1945, nos congrega hoy en momentos graves y solemnes para la humanidad, pues en medio del fragor de la más despiadada de las guerras, cruje y se hunde el artificioso edificio del totalitarismo cercenador de la libertad individual, mientras aparecen ya en lontananza los primeros destellos de la aurora de un nuevo mundo, amasado con sangre, con dolor y con injusticia. Tremenda tarea la de los pueblos democráticos y abrumadora responsabilidad la de sus grandes conductores, la de organizar ese nuevo mundo en forma tal que en el futuro la libertad sea inviolable, la justicia inconmovible y la democracia cada vez más limpia y saludable.

En estas horas previas a la gran reconstrucción, es deber de los que enseñan y de los que aprenden, tender la vista hacia el pasado reciente y hacia el momento actual, con el patriótico propósito de analizar los hechos objetivamente y sin pasiones, como corresponde al ambiente sereno que debe presidir los estudios y las in-

vestigaciones, y señalar después los errores cometidos para encontrarles adecuado remedio en la reconstrucción jurídica que tendrá que producirse paralelamente —y hasta como parte de ellas— a las reconstrucciones materiales y sociales.

2. Me he decidido a hablaros hoy sobre un tema trascendente: "La libertad y el régimen jurídico de la contratación". Nuestra materia comprende el estudio de las obligaciones y de los contratos. Y por la índole de la especialidad de esta casa de estudios, los aspectos económicos de aquellas ramas del derecho civil, deben merecer nuestra preferente atención. Veamos, ante todo, qué es la libertad —ese bien divino que tanto invocamos y sin el cual desaparece la personalidad humana— y cuáles son sus vinculaciones con el progreso jurídico y con la prosperidad económica.

Libertad es la "facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos". Esto es el libre albedrío: "propium liberi arbitrii est electio".

3. Pero este campo amplísimo del libre albedrío permite la inmoralidad, puesto que quien puede elegir a su arbitrio, puede desechar el bien y escoger el mal. Surge entonces la necesidad de regular la libertad, a fin de que ella no se convierta en licencia. "Para ser libre, ha dicho Cicerón, es preciso hacerse siervo de la ley". Este libre albedrío regulado en el sentido del bien, es la *libertad moral*, la libertad creadora de las grandes y sagradas instituciones universales, la libertad en la que triunfa el espíritu sobre la materia perecedera. "Será necesario que en el cuadro de las pasiones y de los intereses en pugna" —dijo un gran Rector de esta Universidad ante la juventud estudiosa— "triunfen y se impongan las fuerzas morales, orientadoras y fecundas; ellas son el orgullo del género humano y constituyen la más generosa y firme fuente de inspiración y de im-

pulso motriz; imprimen en la conciencia individual el sello de la belleza serena y en la acción colectiva el símbolo de la grandeza augusta. Por eso hay que estimularlas y conservarlas como altos valores éticos sustraídos al comercio de las cosas materiales y reservados como un lujo para el pensamiento y la vida del espíritu". (Vicente C. Gallo, 12 de agosto de 1940, en el Colegio Nacional de Buenos Aires, en colación de grados).

Existe una libertad ideal, que según Alfredo Fouillée, es la que se confunde con el derecho ideal. "Cuando queremos afirmar nuestro derecho" —dice el filósofo del "Novísimo Concepto del Derecho",—, expresamos: "No depende más que de mí mismo". Pero en la vida social, el derecho es normativo, desde que la armonía colectiva exige el respeto de los derechos ajenos, como base del respeto del derecho propio. Nacen así las normas particulares que integran la fenomenología jurídica y la necesidad de adaptar la conducta individual a aquellos preceptos.

La libertad jurídica es la base del derecho mismo. Sin esa libertad no podrían cumplirse los fines sociales del individuo, ni podría éste actuar en la vida con personalidad propia. Las normas jurídicas sirven para asegurar la libertad, evitando el funesto reinado de la fuerza. Por eso ha podido decir Mirabeau, con acierto evidente, que "el derecho es la inviolabilidad de la libertad".

5. Dentro de un orden lógico de facultades y de deberes, o sea en la convivencia social, la libertad jurídica necesita una reglamentación. La expresión de la voluntad contractual debe hacerse, a veces, en una *forma* determinada por la ley. En otros casos existe libertad de formas. Los contratos resultan, unos formales y otros solemnes. Pero el principio general aconsejable en esta materia es el de *la libertad de formas* como regla.

El civilista Enneccerus (Tratado de Derecho Civil, parte general, volumen II), después de recordar que ésta es la orientación seguida por el código civil alemán y también por el austríaco, declara: "Esta solución es indudablemente justa, pues una disposición general de forma significa un entorpecimiento tan grande para el tráfico, que a veces casi necesariamente deja de ser observada, y además, su última consecuencia es que el contrayente de buena fe se entrega al de mala fe, porque el hombre de conciencia se considera también obligado por la promesa sin forma, al paso que el de mala fe no tiene escrúpulo en invocar la invalidez del negocio en que no se ha llenado la forma legal".

En cuanto al fondo de la libertad jurídica, es decir, en lo que concierne con el contenido del contrato, el principio clásico es el de la *"autonomía de la voluntad"*, o sea, el reconocimiento de plena validez a las convenciones realizadas por acuerdo de las partes, sin más limitaciones que las que surgen del necesario respeto de las prohibiciones legales, de la moral y de las buenas costumbres.

6. En nuestro código civil aparece sancionada esta libertad de convención en el art. 1197, que reza así: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". La voluntad debe reinar soberana, tanto como impera la ley misma, en materia de derechos creditorios. conforme a este artículo.

En la doctrina se ha discutido con amplitud la conveniencia de mantener este principio individualista, propugnándose la socialización del derecho, en función de las concepciones contemporáneas —que desde luego no son las que privaban en la época de la sanción del código— ya que ahora se tienen en cuenta primordialmente los intereses de la colectividad y los derechos de los terceros.

Como muy bien lo observa Lafaille, la controversia está trabada entre estos dos polos: el invidualismo

tradicional, y el que acuerda al legislador el cetro, diremos así, aun en la órbita del derecho privado.

Todos los extremos son dañinos, pues si bien el exceso de individualismo es antisocial —como sucede con relación a ciertos aspectos de la propiedad en nuestro derecho—, resulta en cambio altamente perturbadora la ingerencia excesiva del Estado en las actividades particulares, según lo hemos de puntualizar más adelante en esta exposición.

7. Es evidente, en estos últimos tiempos, que se acentúa la decadencia de los principios clásicos individualistas, abrazados por nuestro código. La libertad de contratar se va limitando poco a poco por imperio de hechos incontrastables de nuestra época. Las grandes organizaciones comerciales e industriales por un lado, y la creciente intervención estatal en los negocios, por otro, restan vigor y realidad a la soberanía de la voluntad. No se trata de fenómenos aislados, sino de un movimiento en pleno progreso, cuyas perspectivas son las de arrasar por completo las concepciones civilistas en boga en el siglo pasado y en el comienzo del presente.

Si analizamos lo que sucede en la vida de los negocios cotidianos, advertiremos que es cada día más frecuente la realización de un contrato de un tipo que podríamos llamar "autocrático", porque la voluntad de uno solo de los contratantes se impone al otro, que cede y consiente por necesidad. Se enfrentan un ente poderoso y un contratante que, ante aquél, resulta modesto y humilde. Así, por ejemplo, las grandes empresas concesionarias de servicios públicos, imponen sus tarifas, con intervención gubernamental, pero sin posibilidad de que el usuario las discuta. La necesidad del servicio, monopolizado o poco menos por la empresa, obliga al cliente contratante a realizar un convenio en el que es parte, pero en cuya formación previa es ex-

traño, pues no se le oye. La gestión convencional se produce, por lo tanto, en pleno desequilibrio.

Lo mismo sucede, y cada vez más, en muchas actividades privadas, aun cuando no se trate de concesiones de servicios públicos. Las compañías de seguros, los productos de marca con precios impuestos, las empresas que venden o sirven al cliente con tarifas prefijadas, son otros tantos ejemplos de casos en que las condiciones del contrato son establecidas exclusivamente por la parte dominante en el negocio. No se puede decir, por lo tanto, que subsiste la libertad de contratar en los supuestos que examinamos.

8. La fuerza obligatoria del contrato es otro de los postulados básicos del principio individualista que recoge nuestro artículo 1197, y también ella sufre los embates de las nuevas orientaciones de los hechos, y, por consecuencia, del derecho evolucionado.

El principio del respeto sagrado de las convenciones, en el que sin duda existe una base moral digna y plausible, ha sufrido duras pruebas en las últimas décadas. Advirtamos que no se trata de los casos de emergencia, fundados en necesidades perentorias de la colectividad o en motivos de orden público, para los cuales nuestras leyes prevén soluciones excepcionales, con indemnizaciones patrimoniales que permiten que se satisfagan las necesidades sin daño irreparable para nadie. Existe una tendencia en nuestra legislación y también en algunas interpretaciones jurisprudenciales, a limitar la obligatoriedad de las convenciones.

Entre muchos casos ocurrentes debemos recordar la abrogación de la cláusula oro en los contratos que la contenían, la ley 11.157, sobre reducción de alquileres y el decreto del P. E. nacional N.° 1580 de 1943, aun vigente, con igual finalidad, la ley 11.627 de arrendamientos rurales y el decreto N.° 14.001, que modifican los pactos de los contratos rurales de acuerdo con normas que los afectan retroactivamente; las leyes

de moratoria hipotecaria, que disminuyeron la tasa del interés y prorrogaron los plazos contractuales, etc.

Evidentemente, es preciso concluir que los nuevos conceptos, derivados de características modernas de la concentración de capitales por un lado, y de estados sociales en plena evolución, por otro, están destruyendo la concepción de la soberanía estricta de la voluntad individual, para dar paso al concepto de la socialización del derecho.

9. La libertad jurídica asegura también la libertad económica, ya que la libre contratación trae como consecuencia el progreso económico del país. Si no hay una adecuada libertad económica en una nación, su comercio, sus industrias y sus riquezas languidecerán. La intervención excesiva del Estado en los negocios. y por lo tanto en los contratos que ellos originan, es otra de las características de los últimos quinquenios. Y es también otra de las formas aparentes que contribuyen a la decadencia actual de los principios civilistas basados en la autonomía de la voluntad.

La gravedad de ese problema ha sido exhibida por órganos técnicos y por la prensa más autorizada del país. Son ilustrativos al respecto los siguientes comentarios editoriales de un diario de la mañana, concordantes con los puntos de vista que venimos exponiendo:

"La desmedida ingerencia del Estado en las actividades ha traído como consecuencia una maraña de reglamentaciones difícil de desenredar. Nada ha escapado a la vigilancia microscópica de los funcionarios, cual si se tratase de remedar los procedimientos de los gremios de la Edad Media y de los tiempos de Colbert, en que la minuciosidad se exhibía con caracteres extraordinarios. Sin embargo, conviene destacar una diferencia entre esa Edad, tan ensalzada por algunos, pero en la que un hombre moderno consideraría insufrible la existencia, y el período en que vivimos. En aquellos siglos el individuo estaba acostumbrado a

la sujeción. A la inversa, en estos años la pretensión de abolir los derechos conquistados por el hombre en el curso de la historia, ha lanzado a la humanidad a la más espantosa de las guerras, a una lucha verdaderamente inexpiable".

"Cuando se procede al examen de ese salto hacia atrás, no se le reconoce otra causa que la tendencia a corregir las deficiencias económicas con medios simplistas. Por lo común se ha carecido de un concepto claro de las dificultades. Al advertir el efecto de ciertas disposiciones de emergencia, de fácil explicación, se ha creído en la posibilidad de prolongar su vigencia y de aumentarlas. El estudio de la enmarañada urdimbre de los reglamentos es una difícil tarea. Mas para las fuerzas vivas y el país, lo importante no es esa dificultad, sino las consecuencias de tal política. La burocracia se ha introducido en el mecanismo del comercio, de la industria y demás actividades. Lo ha hecho con el propósito de resguardar los intereses colectivos. Ha incurrido en un error. Ha contribuído y continúa contribuyendo a matar la iniciativa privada, el estímulo más poderoso del progreso. Las restricciones son numerosísimas, con la circunstancia de que la significación de alguna de ellas puede producir el efecto del "boomerang", mas con la diferencia de que el país sufrirá el golpe".

"Para actuar sin demoras perjudiciales, la reacción tendría que venir de arriba. En uno de nuestros comentarios ya hemos sugerido la conveniencia de disponer la depuración del sistema. La burocracia debe retroceder a sus límites naturales. Para evitar los abusos de la libertad económica es absurdo matarla, como también lo sería la idea de suprimir, por análoga causa, la libertad política. Según lo prueba la historia, el remedio no consiste en la aniquilación." ("La Nación", Abril 22 de 1945).

El reglamentarismo originado en la burocracia es un grave mal, de esos que si no se extirpan a tiempo consumen pronto el organismo todo. La tendencia del funcionario es la de introducirse progresivamente en la intimidad de los negocios, dando importancia creciente a su actuación. Lejos de ser un colaborador para obtener la perfección del contrato, el Estado resulta al fin de cuentas un factor de perturbación en las actividades privadas, las que constituyen el motor impelente del progreso económico, por lo que merecen estímulo. Mata la iniciativa individual y convierte en asunto difícil y complicado, lo que debería ser una gestión rápida y simple.

Fuera de este aspecto administrativo, pensamos con Josserand que la limitación de la fuerza obligatoria del contrato origina efectos perniciosos, pues suscita una atmósfera de desconfianza por la anarquía jurídica y social a que puede conducir (Revue trimestrielle de Droit Civil, 1937, p. 18).

10. En un país joven y dinámico como el nuestro, cuyo asombroso progreso pudiera perder el ritmo acelerado de otrora, conviene estimular el espíritu emprendedor mediante la eliminación del intervencionismo estatal en los contratos particulares.

Esa medida contribuirá a la revitalización de la libertad contractual, necesaria hoy más que ayer, en los albores de un mundo nuevo, donde habrá mucho que luchar y cuyas características esenciales tendrán que basarse en el augusto lema de "Libertad, Justicia Social y Democracia".

Cuando termine la guerra que actualmente asuela a la humanidad, hemos de entrar en nueva etapa de la historia que ha de señalarse por un fortalecimiento de la libertad jurídica, política y económica, ya que los vencedores serán los pueblos que están ofrendando enormes sacrificios y la sangre de sus hijos en defensa de los sagrados atributos de la dignidad humana.

Los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino, ya fueron invocados por nuestros constituyentes de 1853. Casi un siglo después sentimos la obligación sagrada, pensando en el bien de la Patria, de consolidar esa aspiración para que sea una realidad indiscutible la libertad individual dentro del juego regular de nuestras instituciones civiles.

La revitalización de esa libertad en la próxima postguerra no es incompatible con una necesaria y razonable socialización del derecho. En nuestro tiempo cualquier soberanía absoluta, y en primer término la del individuo, resulta inadmisible. La interdependencia armónica es el fundamento de la vida en sociedad y es también una fuente de libertad.

Lo que debe desaparecer es la acción perturbadora de las fuerzas extrañas a una saludable independencia para negociar y contratar lícitamente. Esas fuerzas son, entre otras, las de la burocracia estatal y las de algunas concentraciones capitalistas sin suficiente contralor.

Iniciemos, pues, nuestras tareas con el patriótico anhelo de que podamos corregir nuestros errores y perfeccionar nuestras instituciones civiles bajo el auspicio de los principios tutelares, que expresa o implícitamente están contenidos en nuestra Constitución, pedestal inconmovible de las gloriosas tradiciones nacionales.

Abril 25 de 1945.