

Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos

JUAN CASTRILLO SANTOS

Abogado-Notario de los Ilustres Colegios de Madrid

SUMARIO: I. *Rango del principio de autonomía de la voluntad.—Posiciones críticas.—La contraposición en los Códigos.—Supuestos para una delimitación.—La ley y el orden público.—Fraude a la ley.—Normae cogenti.—El orden público y los pactos de estabilización.—La moral.—La moral y la causa ilícita.—Pactos sin antijuridicidad directa.*—II. *La causa en sentido objetivo.—La causa en sentido teleológico.—Causa ilícita por perjuicio a tercero.—Concurrencia del doble concepto de causa.*—III. *La autonomía de la voluntad y las circunstancias; la cláusula rebus sic stantibus.—La causa desplazada del momento de perfección del contrato.—La facultad judicial de revalorar las prestaciones.—Dificultades de la solución como facultad judicial.—La lesión por desigualdad de las prestaciones.—La equidad en la valoración.—Los vicios del consentimiento en función de la desigualdad de las prestaciones.*—IV. *La medida de las obligaciones contractuales.—La justicia en el ámbito contractual.—El criterio deontológico en el campo extracontractual.*—V. *La escisión de la voluntad contractual.—El instrumento público en el proceso de nulidad.—La voluntad contractual y su interpretación.—Fijación de los efectos jurídicos, como interpretación.—El hecho de la declaración de voluntad y los hechos de la nulidad.*—VI. *La contraposición empírica.—Criterio de superación.*

I

Rango del principio de autonomía de la voluntad en los contratos.

En los ordenamientos, aun los más rudimentarios, late la idea de autonomía de la voluntad humana, para vincularse con otra semejante y la fuerza de la vinculación.

Obedece, sin duda, a que la noción de relación social está en la misma naturaleza del hombre que se encuentra con otros hombres.

Es un dato de conciencia que se descubre sin grandes investigaciones gnoseológicas, que nuestros actos no están determinados por las leyes de la causalidad del mundo físico; que son obra nuestra, y que son susceptibles, por tanto, de un juicio de valoración. Esto es, que nuestra voluntad es autónoma.

La Filosofía localiza en esta zona, en la autonomía, el fundamento de la Ética. Y en la contraposición subjetiva, la idea del Derecho.

La idea primera de relación determinada por la voluntad autónoma conduce, al ordenarse las relaciones sociales en un estadio más evolucionado, a la idea de norma reguladora.

Savigny construye el concepto de relación jurídica con esas ideas de relación de hombre a hombre determinada por una regla (1). Esto es, con las nociones de relación social, autonomía en la relación y determinación de la relación por una regla o norma.

La relación con la autonomía de la voluntad entraña ya la primera idea de negocio jurídico, en cierto sentido. Windcheid estima que "negocio jurídico" es "la acción de la fuerza creadora que compete en el campo jurídico a la voluntad privada".

Mas para que la voluntad autónoma pueda modificar el orden jurídico y producir obligaciones y derechos, ha de existir una norma que reconozca validez y efectos a la manifestación de voluntad dentro de un ámbito delimitado.

En el ordenamiento jurídico la voluntad se dará a sí misma su propia ley en la medida en que el mismo ordenamiento la reconozca y convalide como tal ley. La voluntad autónoma sufrirá ya una ley exterior que la trueca en heterónoma.

Sólo se puede hacer lo que no está prohibido.

Otra concepción filosófica conduce a la predeterminación de la norma por la voluntad autónoma. La regla normativa "reconoce" plegada al hecho social, siendo misión de la norma establecer un sistema de garantías. Esto es, que puede nacer la relación obligatoria aun sin la idea de Estado, al margen del Estado. La regla nace de la relación según la interpretación romana.

Legem dedit contractus: El contrato dió la ley (2).

"Lo natural es que al hombre se le deje en libertad de ejecutar los actos que le convenga y de darles el contenido que quiera. Nadie más que él es buen árbitro y juez de sus conveniencias y necesidades. La ley sólo ha de prestarle garantías para el libre desarrollo de sus actividades para la libre ordenación de su vida jurídica" (3).

Proyectado en el campo del Derecho privado, es de algún modo la concepción kantiana del Estado de derecho, cuya misión sería asegurar a los ciudadanos el libre ejercicio de su derecho sin interferir sus actividades individuales.

(1) *Sistema de Derecho romano*. Madrid, 1928.

(2) *ULPIANO: I, 27. de regula iuris*.

(3) *DE DIEGO: Curso elemental de Derecho civil*. Madrid.

Circunscrito el problema al contrato como especie del género negocio jurídico y a la esfera patrimonial, Colin y Capitant proyectan el juicio a las "situaciones jurídicas patrimoniales" "obra de la voluntad autónoma" (4).

La relación de hombre a hombre con fines de satisfacción de necesidades y conveniencias tiene fuerza vinculante por virtud del mismo querer..

Hugo de Grocio (siglos XVI-XVII) y otros filósofos anteriores, desde el siglo XIII, concebían la organización social y las constituciones políticas como nacidas del contrato, como hecho histórico. Rousseau y Kant, en el XVIII, concebían la voluntad social, la voluntad estática y el origen de la autoridad como resultado de la convención, como un deber ser.

Si fuera lícito violar los pactos, dice Grocio, no se concebiría la sociedad. *Deinde vero naturae cum iuris natura sit estare pactis ab hoc ipso fonte iura civilis fluxuerunt* (5).

Ya, siglos antes, el Derecho romano había evolucionado desde el sistema de lista cerrada de los contratos a una concepción genérica del contrato fundada en el libre consentimiento, con una acción civil de exigencia y cumplimiento. Los contratos consensuales, que llegaron a ser, por tanto, de derecho civil, protegidos por acciones civiles, debieron pasar a ese campo, donde no nacieron, desde el ámbito del *ius gentium*, por vía de fuerza social, por la costumbre luego condensada en las manifestaciones del poder cuasi legislativo del pretor urbano mediante el edicto.

Los canonistas se esforzaron por enraizar en la conciencia el deber moral de respetar la palabra dada, de cumplir lo prometido *Pacta sunt servanda*, es su principio.

En la codificación del siglo XIX el principio de la autonomía de la voluntad se expresa en el Código francés de 1804, en el español de 1889 y en otros, especialmente los de raíz latina, con la fuerza de un dogma.

Los mismos Códigos rompen, como ya lo había hecho nuestro Ordenamiento de Alcalá, con toda ligadura del formalismo romano, cuyo derecho nunca logró desvincularse totalmente, y expresan, como principio, que los contratos obligan sin sujeción a ritos ni formas, salvo excepciones *ad solemnitatem*, por razones de seguridad del tráfico e interés de tercero. -

Para llegar a esa concepción de la voluntad soberana, creando ella misma y por su sola fuerza derechos y obligaciones, ha sido necesario que en la obra lenta de los siglos la filosofía espiritualista, la religión cristiana, la doctrina del derecho natural, la teoría del individualismo liberal, formaran con sus aportaciones la doctrina de la

(4) Traducción de D. DE BUEN. Madrid, REUS.

(5) Prologs., 15.

autonomía de la voluntad, que es a la vez el reconocimiento y la exageración de la omnipotencia del contrato (6).

El principio de la autonomía de la voluntad sirve a un sistema de propiedad privada, libre tráfico, o de economía impulsada por tanteos individuales, al que debemos las gigantescas construcciones y también los excesos del capitalismo, con su espíritu de empresa y el impulso del interés individual.

“Este principio de la autonomía de la voluntad—dice Geny—, imponiéndose en estado latente desde las antiguas formas sociales, no se presenta hoy solamente como la expresión de una condición de equilibrio reconocida necesaria de toda una organización social” (7).

El dogma de la autonomía de la voluntad, en último resultado, tiene el rango de ser supuesto de todo un modo de entender los derechos humanos, la sociedad y el Estado, de toda una civilización.

Posiciones críticas.

Por el momento y el clima de la codificación, singularmente en la Francia de la Revolución de 1789, y por el sistema de economía al que sirve, el principio está sometido a crítica y revisión. Se mezclan en forma inextricable postulados de derecho público y de derecho privado.

El Código civil para Rusia soviética de 1922-23 silenció el principio de la voluntad de la autonomía en los contratos. Nada hay en el capítulo que dedica a los actos y negocios jurídicos.

Otros sistemas, inspirados en criterios transpersonales, miran con recelo el principio de la autonomía de la voluntad, pensando en su cristalización en el Código francés de 1804 y en el “Pacto social” de Juan Jacobo Rousseau, tan influyente en el espíritu de la Revolución francesa.

Al coordinar el interés de la producción con la doctrina socialista, el socialismo de tipo nacionalista, adopta actitudes críticas, a veces puramente dialécticas, intrascendentes a la esencia del principio.

La Nueva Economía Política en Rusia soviética (N. E. P.) fué una concesión del socialismo comunista, amenazada con la ruina de toda una economía.

“Respecto al contrato en derecho privado—en Alemania nacional-socialista—ya no cabe considerarlo aisladamente, sino como proceso parcial del proceso de realización del Derecho, como configuración del orden del pueblo en sus bases económicas a través de la cooperación autorresponsable del individuo” (8).

El individuo es fiduciario de la comunidad.

(6) RIPERT: *La Règle Morale dans les obligations civiles*. París, 1927.

(7) *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*. París, 1919.

(8) Véase la relación de KARL LARENZ: *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*. Trad. de Galán y Truyol. Madrid, 1942.

Se critica también el principio por servir al egoísmo individual, por la falta de igualdad entre los contratantes que da lugar a la explotación del débil por el fuerte, que arranca por su propia posición la mera adhesión de su cocontratante. Y, en fin, por una corriente socializadora de la propiedad, del contrato y del Derecho.

Ya hace un cuarto de siglo que Lambert y Patouillet, refiriéndose a la contraposición crítica hecha por los juristas rusos en Francia, especialmente por el barón Nolde, entre el Código soviético y los demás Códigos, incluso el Cuerpo de leyes de la Rusia zarista, observaban que "el cuadro es exacto en sus grandes líneas. Pero el bloque así levantado, en oposición al Código soviético, está lejos de presentar la homogeneidad que se supone. Las fisuras no están suficientemente ocultas por la rica floración de himnos a la autonomía de la voluntad. Las bases jurídicas del régimen capitalista individualista han evolucionado desde el Código de 1804 en sentido que no es precisamente favorable a la libertad de contrato. La regla formulada por el artículo 1.134 del Código civil ha visto su círculo de aplicación estrecharse cada día un poco más durante el último cuarto del siglo XIX y lo que va del siglo XX (9).

Estas observaciones valen, con mayor razón, para ahora. La función social y los criterios transpersonales en general penetran cada día en la legislación, con mengua del ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad.

La contraposición en los Códigos.

"Esta autonomía ha de encontrar sus límites en la función del orden jurídico general del Derecho objetivo de dar la justa preferencia a los intereses de la comunidad frente al interés particular y de salvar las fundamentales bases morales y económicas de la vida común" (10).

Nuestro Código establece el principio de la autonomía de la voluntad y luego sus limitaciones. "Las obligaciones nacidas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes..." (artículo 1.091).

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, "siempre que no sean contrarias a la Ley, la moral y al orden público..." (1.255).

El Código de 1804 emplaza al frente de su texto las limitaciones al principio de la autonomía que consagra el artículo 1.134.

El artículo 6 declara que "On ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs..."

El artículo 1.134 estatuye: "Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites..."

La Exposición de Motivos del Código civil alemán declara que "el

(9) PATOUILLET: *Les Codes de la Russie soviétique. Introduction*. París, 1925.

(10) DE DIEGO: *Obra citada*.

negocio jurídico es una declaración privada de voluntad que tiende a alcanzar un resultado jurídico porque lo quiere el declarante”.

La autonomía privada está establecida expresamente en el artículo 242, para los contratos.

El artículo 138 declara nulos los actos contrarios a las buenas costumbres.

El principio de la autonomía de la voluntad, formado con aluviones filosóficos e históricos, éticos y jurídicos, es en nuestro ordenamiento principio general del Derecho, consagrado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

“Los contratos válidos y preferentes son ley para los contratantes” (11).

Pero al propio tiempo gran número de reglas normativas jurídicas y éticas, y de criterios transpersonales, limitan el ámbito de actuación del dogma.

Súpuesto para una delimitación.

Dibujar con trazos firmes el ámbito de actuación es imposible. Los Códigos no son casuístas. No es útil el casuismo. Es conocida la experiencia del *Algemeines preussisches Landrecht* de 1779, de Federico el Grande, con los 20.000 artículos inspirados sólo en “la razón y los usos del país”, ocasionado por el caso del molinero Arnold, desamparado de los jueces cuando un colindante desvió el agua del molino, con la ruina del modesto industrial.

No se pueden catalogar “las reglas de la moral”, “la buena fe”, “las buenas costumbres”, “el orden público”, “los usos”; ni tampoco establecer fórmulas algebraicas fijas para hallar la igualdad entre los contratantes y la equivalencia de las prestaciones.

No hay protoconceptos ni protoprincipios.

Todo ese mundo de abstracciones está en el ámbito judicial. Si la intervención judicial no es solicitada, la autonomía actúa en plenitud. Las ideas limitativas están ahí inertes. Sólo en el caso de contienda cabe hablar, en rigor, de heteromía de la voluntad en el contrato, a efectos estrictamente jurídicos de obligatoriedad y eficacia. El otro problema, de la autonomía pura de obrar conforme a una ley universal moral, según Kant, es puramente ético. Estamos en el ámbito del comercio jurídico.

La delimitación de los ámbitos respectivos de la autonomía y la heteronomía de la voluntad no es problema resoluble a *priori*. Exige la proyección sobre una legislación, en un momento histórico y en función de las reacciones del criterio judicial y del sistema de garantías procesales.

(11) Sentencias entre otras, de 4 de abril de 1863, 9 de marzo de 1874, 5 de octubre de 1883, 12 de abril de 1898, 20 de junio de 1900 y 10 de noviembre de 1919.

La Ley y el orden público.

El artículo 1.255, al limitar el ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad contractual, se refiere a "las leyes" y el "orden público" en cuanto puedan ser afectados por los contratos.

Las leyes y el orden público son, según el texto, conceptos diferentes.

La discriminación no es siempre fácil.

"Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley" (artículo 4.º del Código civil).

El precepto del artículo 4.º, junto con el del 1.255 y el 1.091, expresan un conflicto de leyes de distinto rango para las partes: el contrato "es ley", en la medida que no vulnere "las leyes".

Ya se advierte que el artículo 4.º no establece ninguna medida de limitación, sino un criterio limitativo a aplicar.

Hay normas imperativas, *nomae cogenti*, y normas dispositivas que están dominadas por la voluntad derogatoria de la voluntad privada.

El Tribunal Supremo ha declarado que la nulidad que establece el artículo 4.º se produce por infracción de las normas prohibitivas (12).

El contrato de arrendamiento de un teatro hecho por administrador judicial de una testamentaria, sin sujeción a la subasta judicial prevista en el artículo 1.022 de la Ley procesal, fué declarado nulo radicalmente por el Tribunal Supremo, en virtud de haber infracción del artículo 4.º, "lo que provoca la inexistencia" (13).

Tenemos noticias de una sentencia reciente de la Sala tercera de la Audiencia de Madrid que, acogiendo esa doctrina del Tribunal Supremo, anuló el contrato de subarriendo (prohibido en el contrato) de local de industria hecho por un administrador judicial, sin subasta, con la consecuencia de declarar también *la nulidad de las sentencias* de desahucio, que, por el subarriendo no consentido, había obtenido el propietario contra los herederos.

La particularidad del fallo es la ampliación del ámbito de aplicación del artículo 4.º a la nulidad de sentencias de desahucio firmes. Creemos que el asunto está pendiente de recurso de casación.

Fraude de la Ley.

Para la defensa de las normas se ha construído la teoría del fraude a la ley: *fraus legem*. "Hay que conservarla—dice el profesor Castro—como instrumento de defensa de las normas" (14).

En cambio, Esmein Planiol y otros, estiman que las leyes hay que examinarlas cada una en consideración a su tenor y que, por tanto, al llevar la teoría jurídica del fraude (perjuicio a tercero, generalmente

(12) Sentencia de 1 de abril de 1934.

(13) Sentencia de 4 de enero de 1947.

(14) FEDERICO DE CASTRO: *Derecho civil de España*. Valladolid, 1942.

mediante una simulación, con infracción de una ley), al terreno de una construcción específica, todo se reduce a que la expresión "fraude a la ley" no sea más que una fórmula, como la de abuso del derecho, enderezada a multiplicar las restricciones impuestas a la libre actividad de los individuos" (15).

"*Normae cogenti*".

En cuanto hay leyes que miran a un interés social preferente, a ellas deben plegarse los contratantes. El concepto de "interés social" es de difícil fijación. Lo es determinar cuándo se trata de derecho necesario indominable por el contrato y cuándo la ley contractual ha de estar dominada por aquel derecho.

El concepto de "orden público" es abstracto y cambiante. No hay en la doctrina un criterio. Salvo las leyes políticas y las leyes procesales y de ordenación judicial, en materia contractual es difícil fijar el ámbito de aplicación.

Tiene singular importancia la fijación de límites, sobre todo en el Derecho internacional privado.

La autonomía de la voluntad tiene impulso para desplazar el contrato fuera del ámbito nacional. Las partes pueden elegir la ley, al perfeccionar el contrato, en vista de su ulterior evolución. Es un camino para producir el fraude a la ley nacional imperativa, acogiéndose a otra legislación en que la norma sea dispositiva o en que no exista norma ni prohibitiva ni dispositiva.

Nuestro Tribunal Supremo declara que en el artículo 1.255 "encuentra fundamento el principio de la autonomía de la voluntad aplicado a los contratos que caen bajo la acción del Derecho internacional privado que han de ser regidos por dicho principio en lo que no se oponga a las leyes prohibitivas y a la soberanía del territorio donde se pide la ejecución" (16).

Si dos españoles contratan un préstamo en España con interés excesivo y se someten a la ley francesa para el pago con dinero francés con inversión en Francia, la ley prohibitiva española de 28 de julio de 1908 podría quedar afectada y eludidas sus normas, que en cierto modo tasan el interés o expresan un criterio para tasarle, de no chocar con la ley prohibitiva francesa de orden público.

Los Tribunales franceses han declarado v. lido un préstamo contraído fuera de Francia por dos franceses con intereses prohibidos por la ley francesa, habiéndose pagado e invertido el dinero fuera de Francia (17).

(15) Véase PLANIOL: *Tratado práctico de Derecho civil*. Trad. de Díaz Cruz y Le Riverend. La Habana, 1940.

(16) Sentencia de 17 de diciembre de 1930.

(17) Req. 8 de diciembre de 1914.

El orden público y los pactos de estabilización.

Materia que puede rozar normas prohibitivas y de orden público es la referente a las cláusulas contractuales que tienden a compensar la depreciación de las monedas nacionales.

El fenómeno afectó a Europa en la pasada trasguerra, y también ahora, lo mismo que a España, siquiera en España en menor grado.

Las leyes declaran que su moneda-papel tiene poder liberatorio para el pago. La moneda-papel se deprecia por un complejo de circunstancias, y los contratantes pretenden, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, conjurar el riesgo.

En España, la ley de 9 de diciembre de 1939 declaró que los billetes de Banco son preceptivamente instrumento liberatorio en plenitud.

La ley llamada del Desbloqueo, de 7 de diciembre de 1939, estableció un baremo o escala de aplicación del principio nominalista del valor de la moneda para regular los pagos de obligaciones contraídas durante la guerra en zona roja—cuya moneda estaba muy depreciada—a hacer en zona nacional con moneda no depreciada.

Los riesgos suelen cubrirlos los contratantes con las conocidas cláusulas oro, valor-oro, divisa extranjera.

La cláusula oro es inoperante en sí misma porque no es fácil proporcionarse la especie para el pago. Se sustituye con la cláusula valor-oro y la de pago en divisas.

La cláusula valor-oro ha sido declarada nula siempre por la jurisprudencia francesa (18).

Se ha discutido si la cláusula es ilícita, pero los Tribunales franceses se han servido del argumento económico de infracción de la ley sobre curso forzoso del billete con poder liberatorio (19).

Nuestro Tribunal Supremo parece que acoge la fórmula de la validez cuando no exista precepto legal que deje en suspenso la cláusula (20).

Las cláusulas de pago en moneda extranjera no pueden tener efectividad en España por el monopolio de la divisa atribuido al Instituto de Moneda Extranjera y la obligación de los españoles de repatriar las divisas. Se trata de cláusulas que chocan con normas de orden público prohibitivas.

La jurisprudencia francesa, en cambio, admite la validez del pago en mercaderías, concretamente en trigo al precio del mercado en París.

La cláusula, no obstante, es del mismo rango que la del valor-oro. Esto es, una cláusula de desconfianza en el valor de la moneda nacional en relación con su valor nominal, cuyas fluctuaciones prevén los contratantes en la cláusula estabilizadora.

(18) Civ., mayo 1927, entre otras.

(19) 5 de agosto de 1914.

(20) Sentencia de 4 de julio de 1944.

Respecto a la cláusula "trigo" la jurisdicción francesa, con los tratadistas, la admite siempre (21).

Pelayo Hore estima que "no hay duda que las cláusulas de estabilización son siempre o casi siempre una imposición del económicamente más fuerte, del acreedor", y que "el Derecho hace bien en mirarlas con desconfianza y en propender a sacarlas de la esfera de la seudolibre contratación individual" (22).

Las partes hacen frente de las cláusulas libremente concertadas a un fenómeno de devaluación incoercible aun para el mismo Estado. Y aspiran a ajustar exactamente el valor de la cosa al precio, cuando se trata de transmisión de mercancía o de inmuebles.

El ajuste lo hacen teniendo en cuenta el valor-precio, que es el justo, puesto que es el convenido en régimen de libre discusión y de libre concierto. Si no fuera el justo, no existiría el contrato que se concluye con un mercado antes que con una persona.

Tal es el sistema de libre contratación y tales son sus supuestos normales.

Ripert, en su *Regle Morale*, dice que "En la primera edición de esta obra, al señalar este aspecto particular de la cuestión discutida de la cláusula de pago valor-oro o en moneda extranjera, no pretendí de ningún modo pronunciarme contra la validez de las convenciones que insisto en creer plenamente lícitas..." "Esta nulidad de la cláusula por ilícita ha sido discutida y justamente condenada por MM. Mes-tres y James. Para que la argumentación pueda valer es preciso demostrar que las partes al contratar no estaban impulsadas por el designio de especular contra la moneda nacional. Ahora bien, como frecuentemente las partes intentan simplemente defender intereses privados respetables, es difícil reprocharles la inmoralidad de su convención. El problema de saber si la convención en sí misma no es contraria al orden público es diferente" (23).

No es fácilmente explicable el criterio del Tribunal Supremo de España que anula los contratos de arrendamiento en que se pacte el pago de la merced en metálico y no en trigo, como exige la Ley de Arrendamientos Rústicos.

La fijación legal de la renta en trigo tiene valor como de una cláusula contractual impuesta por la ley, de estabilización, equivalente a la cláusula valor-oro.

El arrendador y el arrendatario saben que la renta en trigo reducible a dinero, según el precio de cotización, asegura un valor fijo, más fijo que el valor nominal del billete.

Es norma meramente protectora, y que parece que debiera, por tanto, ser renunciable por las partes contratantes. Si se admite la cláusula pago valor-oro como voluntaria, la misma razón hay para definir

(21) Req. 19 de febrero de 1929, entre otras.

(22) PELAYO HORE: *Cláusulas de estabilización. Anales de la Academia Madrileña del Notariado*, II.

(23) Obra citada.

como voluntaria la cláusula del arrendamiento pago en trigo al precio de cotización. Y, por tanto, renunciable.

Tanto en Derecho interno como en Derecho internacional, el principio está afectado por todo un sistema de *normae cogenti* y de criterios de orden público, cuyo ámbito es ampliable o reductible, sin normas de precisión que aseguren la certeza a los que contratan.

La moral.

Los contratantes han de someterse a las reglas de la moral al estipular los pactos y condiciones. Es la tercera de las nociones limitativas establecidas en el artículo 1.255 al principio de autonomía de la voluntad.

Todos tenemos conciencia moral. Es revelación del conocimiento.

La obligación de proceder como si “la máxima de tus actos pueda valer como principio de moral universal”, esto es: el imperativo categórico de la ley moral kantiana, que lleva en sí la idea de la autonomía pura, no es aquí útil.

Estamos en el ámbito del comercio jurídico, de la moral contractual como concepto de Derecho, establecido en una regla normativa imprecisa.

Hay la moral del contrato a la luz de la moralidad intrínseca, de la esencia contractual y la moralidad en sentido de justicia económica del contrato.

Los conceptos de equidad y buena fe son colindantes con el concepto de la moral contractual en sentido amplio.

Del mismo modo, están en zonas limítrofes los conceptos de moral del contrato e igualdad de los contratantes.

También el concepto de igualdad de las prestaciones en relación con la igualdad de las partes contratantes al discutir el contrato, esto es: con la idea de lesión que puede penetrar en el ámbito de la autonomía de la voluntad, aun en los sistemas normativos que excluyen la rescisión por lesión.

Los conceptos “abuso del derecho”, “enriquecimiento injusto”, miran a la moral del contrato.

Hay ahí una serie de círculos concéntricos de trazos desdibujados. Hay interferencias a la vez que interfieren los conceptos “ley” y “orden público”.

La moral y la causa ilícita.

El concepto de causa que, inspirándose en Domat y Pothier, introdujo el Código civil francés en los artículos 1.131 y 1.133, como fundamentales en el contrato, y que, sin definir la causa dicho Código, pasó al nuestro en su artículo 1.274, que la define, y al 1.275, que con referencia a la causa ilícita condensa los dos artículos del Código de

1804, se conecta con los conceptos de moral y orden público, interés general, o moral, a las leyes. "Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral" (artículo 1.275 del Código civil español).

"Lo que caracteriza fundamentalmente la causa ilícita es la lesión de un interés general de orden jurídico o moral" (24).

Ya hemos visto como hay cláusulas—las de estabilización—que la doctrina considera lícitas por su causa y vulnerables sólo porque lesionan un interés general de tipo económico nacional.

La lesión al orden jurídico y al interés general está ya proyectada en el artículo 1.255 en relación con el artículo 4.º El artículo 1.275 es nueva grieta de penetración en el campo de la autonomía de la voluntad, porque permite ampliar el concepto legal de causa, bien delimitado en el 1.274. Hay intercambio e interferencia.

El concepto de nuestras leyes de Partida en relación con el tema es que "no vale la promisión si fuese hecha contra ley o contra buenas costumbres. Esto sería como si alguno prometiese so cierta pena de matar a algún hombre... o prometiese a otro dar cosa cierta porque matase a algún home" (25).

Pothier, análogamente, fija como ejemplo el del contrato en que mediante dinero uno se obligara a batirse en duelo o a dar de palos.

Las mismas leyes de Partida catalogan pactos prohibidos por tener causa ilícita en el sentido de objeto prohibido por las leyes y las buenas costumbres. La promesa de que uno no demandará a otro por el engaño o hurto que le hiciere (26). La renuncia a pedir que se deshaga la equivocación o engaño que haya podido haber en cuentas (27).

Prohibían las leyes de Partida, del mismo modo y por la misma razón, el pacto comisorio y anticrético unidos al mutuo y que agravan la situación del prestatario.

Actualmente está permitido el pacto de la venta de cosa mueble con pacto de rescate para producir los efectos de la prenda con cláusula comisoria y otros antes prohibidos.

La Ley 14, Título XI de la Partida III, prohibía el pacto de *cuotalitis*, prohibido también por la moral en nuestro ordenamiento. En los Estados Unidos de América, por ejemplo, no se considera inmoral el pacto, y en el primer folio del proceso consta con frecuencia el contrato con *cuotalitis* entre letrado y cliente.

La jurisprudencia francesa anula los contratos de juego y para casas de juego. Esto no obstante, el juego está reglamentado administrativamente y, por tanto, declarado implícitamente lícito por el mismo Estado.

Los Tribunales franceses persisten en sus declaraciones de nulidad de los contratos que tienen por objeto la explotación de juego, la venta de material, la sociedad de jugadores y el préstamo de juego.

(24) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1940.

(25) Ley 38, título XI, Part. V.

(26) Ley 29.

(27) Ley 30.

La obligación de pagar lo perdido en el juego era, a la luz de la Ley 15, Título XXIII, Libro XII, Capítulo VIII, de la Novísima Recopilación, nula, siendo nulos los vales, escrituras y garantías.

Nulo ha sido declarado el juego de la lotería en Francia (28). Válido es el juego de la lotería en España, reglamentado por el Estado.

Sobre el seguro dice Ripert que “es preciso condenar el contrato...” “de seguro que perdiendo su carácter indemnizante cree un enriquecimiento en provecho del asegurado que le inspire la tentación de lograr la realización del riesgo”. Se refiere a supuesto de derecho marítimo.

Pactos sin anti-juridicidad directa.

La limitación se amplía cuando “el concepto de *causa ilícita* permite cobijar *no sólo las convenciones ilícitas* por razón de su *objeto* o de su *motivo*, sino también *múltiples convenciones que no encerrando en sí ningún elemento de directa anti-juridicidad son ilícitas* por el matiz inmoral que reviste la operación en su conjunto, como sucede en aquellos casos en que se promete determinada retribución a una persona para que ésta cumpla aquello a que ya está tenida por una obligación anterior jurídica o moral, por lo que existe causa ilícita en la convención mediante lo que se condiciona el pago de una cantidad al rompimiento de unas relaciones inmorales o ilícitas” (29).

Los tribunales franceses y la jurisprudencia de la Corte de Casación admiten las donaciones que “favorecen la ruptura reparando el perjuicio causado e incluso asegurando un porvenir la vida de una desgraciada que tiene derecho al perdón” (30).

Son lícitas las ventas con pacto de reserva de dominio, los pagos a plazos a cuenta del precio de la cosa, con posesión como arrendatario mientras no se pague el precio.

Nuestra jurisprudencia ofrece un catálogo de decisiones que expresan el criterio del Tribunal sobre que “es ilícito el contrato o el pacto...” “o no contrario a la ley, la moral ni el orden público...” en los diferentes temas que han ido sometándose a su decisión.

La autonomía de la voluntad está dominada por la declaración de los Tribunales en caso de contienda sobre la licitud o la ilicitud.

No hay norma segura ni protoconcepto fijo que permita saber, a la luz de la moral del contrato, en sentido amplio, cuándo la voluntad va a ser respetada y cuándo va a quedar desplazada.

(28) Por el Tribunal del Sena 30 de julio de 1913.

(29) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1941.

(30) RIPERT: *La Regla Moral*. Cas. Req. 7 de marzo de 1914.

II

La causa en sentido objetivo.

Para delimitar el ámbito de la autonomía o más bien de la heteronomía de la voluntad, digamos antes lo que importa, sin replantear una vez más el conocido debate sobre la causa.

Este concepto de causa, de indudable abolengo romano, dió lugar a la exégesis de civilistas de los siglos XVII y XVIII, como Domat y Pothier, cuya construcción inspiró, sin duda, el Código civil francés.

“En los contratos “interesados”—dice Pothier—la causa de la obligación contraída por una de las partes es lo que la otra le dé o se obligue a darle. En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere hacer a la otra es causa suficiente de la obligación que contrae hacia ella” (31).

Gutiérrez, al estudiar el problema del error en el consentimiento, dice: La causa puede ser simplemente *impulsiva* del contrato o de tal modo *inherente* a él que parezca *su condición*.

La primera no anula el contrato, la segunda, sí. Por ejemplo, si uno comprase una cosa *para* reemplazar a otra que creía perdida, ésto no vicia el contrato aunque haya error. Pero si uno, creyéndose deudor, garantizase la deuda, semejante error viciaría el contrato por ser la *causa* que produjo la obligación (32).

Esto es, aparte el error, habría un desplazamiento patrimonial, si se cumpliera el contrato, sin contrapartida; un enriquecimiento sin *causa*. Un contrato sin causa por falta de contraprestación.

En este sentido, el contrato se basta a sí mismo. En su ámbito está encerrada su validez o nulidad. Objetivamente es fácil precisar si hay o no causa.

En este sentido ha venido pronunciándose nuestro Tribunal Supremo en múltiples sentencias (33).

La sentencia de 6 de mayo de 1902, siguiendo la doctrina, declara que “la palabra causa, en la acepción jurídica de la misma voz, tiene un significado especial y concreto, definido con esmero en el artículo 1.274 del Código civil, según el cual se entiende por causa en los contratos onerosos para cada parte la prestación o promesa de una cosa a servicio por la otra; de donde se sigue que la causa del contrato de compraventa...” “es para el vendedor el precio estipulado y para el comprador la cosa a cuyo dominio aspira; y, por consiguiente, el *fin ilícito*—defraudar derechos legítimos—que los contratantes o alguno de ellos se proponga realizar por medio de la venta o de la

(31) *Obligations*, número 42.

(32) Códigos. Madrid 1871. 4.º

(33) De 13 de enero y 8 de marzo de 1902, 16 de enero de 1924, 23 de noviembre de 1920, 22 de marzo de 1924.

compra podrá tener sus consecuencias, pero no es causa del contrato ni convierte en torpe o ilegal la verdadera cuando no afecta a la esencia de la misma..."

Queda excluido netamente del ámbito de la causa el móvil, esto es, la finalidad distante y ulterior al contrato.

Giorgi (34), que considera que como requisito separado la noción de causa es hija de un error de los redactores del Código de 1804; y la causa, en ese sentido, como el "cuarto lado del triángulo", presenta el ejemplo del que compra un revólver y paga el precio, con el accidente de emplearlo luego para matar a la adúltera, a la que sorprende.

Podría anularse la venta, según eso, por causa-finalidad ilícita, dada la dificultad de percibir si en el contrato habría ya el móvil de procurarse el arma para el homicidio.

Sin embargo, el contrato de compraventa es perfecto y lícito visto a su propia luz: consentimiento, objeto y causa objetiva.

La causa en sentido teleológico.

El Tribunal Supremo en España ha cambiado la orientación de la doctrina anterior en sus sentencias de 12 de junio de 1944 y 12 de abril de 1946.

El caso resuelto en la última es la nulidad de una compraventa, constante en escritura pública de 1922, inscrita en el Registro de la Propiedad, accediendo a la demanda de 1941 de la mujer del vendedor, que estimaba que encubría la venta una donación en perjuicio de derechos legitimarios (35).

Prescindiendo de la simulación, que permitió alumbrar el contrato subyacente, la donación, lo que interesa es la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la donación disimulada, en relación con el concepto de causa. La nulidad en la simulación no es sustantiva. Vale sólo para examinar el contrato disimulado.

"Considerando: Que el tema tan discutido de la causa en los negocios jurídicos, a la vez que sugestivo e intrincado, fué objeto de examen por esta Sala en múltiples sentencias, entre las que cabe citar como más recientes la de 2 de abril de 1941 y la de 12 de abril de 1944, declarando que, aun dadas las dificultades técnicas para *delimitar el ámbito de la causa del contrato y el móvil que lleva a su celebración, hay casos en que una y otro se confunden* y es procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro ordenamiento jurídico al reputar *ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito o inmorál*, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa *finalidad, apreciada en su conjunto*; por lo que, aplicada al caso de autos esa doctrina que, en definitiva, *proclama el imperio de la teoría subjetiva de la causa*

(34) *Teoría de las obligaciones*. Madrid. "Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1910, tomo III.

(35) Cfr. FUENMAYOR: *Intangibilidad de la legítima*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL. I. L.

individual, impulsivo y determinante, elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa en sentido jurídico cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio, se ha de ver en el propósito que presidió la donación de burlar los derechos legítimos de la mujer e hijos del donante la causa que domina y la razón de ser del contrato, y ha de ser calificada de ilícita, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.275 en relación con el 636 y con el 806 del Código civil, ya que contraría la prohibición legal enderezada a velar por la defensa de la legítima, según tiene reiteradamente dicho esta Sala en casos análogos, entre otras sentencias en la de 12 de junio de 1941 y en la de 12 de abril de 1944.

Considerando: Que, por lo expuesto, no es correcto el calificativo de contrato con causa falsa que el Tribunal de instancia ha dado a la donación, ni por esta vía se podría mantener la tesis de que el contrato es meramente anulable cuando la causa, aun siendo verdadera, no es lícita, pues la ilicitud vicia sustancialmente el negocio y le vuelve radicalmente nulo...

Considerando: En consecuencia, que por ser radicalmente nulo por carencia de causa el simulado negocio de compraventa y nulo también absolutamente el disimulado de donación por ilicitud de la causa, procede casar la sentencia recurrida por la infracción apreciada de los artículos 1.275, 1.276 y 1.301 del Código civil..."

La posición del alto Tribunal es, por lo expuesto, ahora, totalmente contraria a la de la jurisprudencia anterior. Aunque por vía de "excepción" ha dictado tres sentencias. El camino está trazado para ulteriores resoluciones en el mismo sentido.

La causa tiene a esa luz sentido teleológico.

Causa ilícita por perjuicio a tercero.

En el caso resuelto, la causa es ilícita porque lesiona los derechos legítimos amparados por los artículos 636 y 805 del Código civil.

En las sentencias de 14 de diciembre de 1940, la causa ilícita se caracteriza "por la lesión de un interés general de orden jurídico o moral".

En la sentencia de 1946 el interés general está en función del interés privado del heredero legítimo. Los textos legales que protegen ese interés juegan en la sentencia en función de interés general para calificar la causa de ilícita.

No es el orden público propiamente dicho el afectado. Sino simplemente el interés privado de un heredero que estima lesionados derechos que la ley le reserva y el causante desconoce.

Es ilícita la causa porque el contrato infringe normas legales protectoras de la legitimidad. Es decir, porque la autonomía de la voluntad invadió zona del patrimonio de tercero: De tercero, porque el heredero—según lo resolvió ya la sentencia de 1902—no puede accionar como tal contra actos de su causante sin incurrir en contradicción, ya

que sucede al causante en sus derechos y obligaciones y continúa la personalidad jurídica del causante.

Bonet, al reiterarse a la otra sentencia de 12 de junio de 1944, estima que "hubiera sido oportuno no reconocer la cualidad de heredero legitimario en cuanto parece extraño que asuma la posición jurídica del de *cuius*, cuando es la ley con su autoridad y contra la voluntad del causante quien le atribuye una porción del activo hereditario. Estima que cuando el legitimario, como *tercero*, impugna por simulación un acto lesivo de su causante, no puede sacar ventaja de la declaración de simulación del acto más que hasta integrar su cuota hereditaria" (36).

El concepto de "causa ilícita" le emplea el Tribunal Supremo como medio técnico de nulidad radical. La nulidad, no obstante, es posible sólo en cuanto la donación afecta al derecho legitimario. Esto es, en cuanto sea reductible.

La nulidad se declara por fraude a tercero en cuanto la ley protege la legítima de ese tercero. Actuó la nulidad radical aun en la zona en que la ley no protege a la legítima misma. Esto es, en la zona dominada por la autonomía de la voluntad.

Concurrencia del doble concepto de causa.

Para ello eleva "por excepción" "el móvil" a la categoría de "verdadera causa en el sentido jurídico" porque "imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio..."

Pero antes, para anular la compraventa (sin que considere que hay causa falsa), declara que "es radicalmente nula" por "carencia de causa". Esto es, por carencia de precio, ya que el precio se declara aparente. Por tanto, por carencia de causa según el concepto del artículo 1.274.

Juegan en la sentencia dos conceptos de causa. El objetivo, la finalidad inmediata, como contrapartida, y el subjetivo en sentido teológico, de finalidad distante para *defraudar* a tercero.

Entre en juego el concepto de causa según el artículo 1.274 para anular la compraventa. Sin eso, si la compraventa tuviera precio real, causa, el contrato sería válido.

Pero para anular la donación ya no entra en juego el mismo concepto de causa del artículo 1.274. La causa en la donación parece indudable. El vendedor-donante vivió durante veinticinco años con una mujer y, según la demanda, su mujer legítima vivía con otro hasta el punto de no considerar el vendedor-donante a los hijos de su mujer como sus propios hijos. El *animus donandi* del vendedor-donante a la compradora-donataria se revela como evidente. La donación tiene causa legal según el artículo 1.274.

Las consecuencias en el patrimonio de tercero no le restan la causa

(36) *Revista de Derecho Privado*, 1944.

al contrato, ni la tiñen de ilícita ni anulan radicalmente la donación: la reducen si es inoficiosa. El hecho de afectar al patrimonio de tercero y que la donación sea reductible en la medida en que exceda del tercio de libre disposición, si excediere, o no lo sea si aparte de los bienes donados el legitimario puede integrar su legítima en relación con el total del caudal del causante, todo computado, no es "la causa" ni el concepto de "causa ilícita".

La idea de lesión a un patrimonio no es idea de nulidad radical.

En el caso de la sentencia, la voluntad autónoma de los contratantes quedó desplazada en virtud de la aplicación del doble concepto de causa y de calificar de causa ilícita la finalidad del perjuicio a tercero aun respecto al tercio libre en cuya zona no hay el perjuicio.

III

La autonomía de la voluntad y las circunstancias; cláusula "rebus sic stantibus".

El artículo 1.258 declara que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan "no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la "buena fe", "al uso y a la ley".

A la moral, a la ley, al orden público, "interés general", "orden jurídico", se agrega ahora el concepto de "buena fe" y el de "uso".

El artículo 1.134 del Código francés, al declarar que el contrato "es ley" entre las partes, ordena también que los "contratos han de cumplirse de buena fe".

Esta noción de buena fe del artículo 1.258, enlazada con la de "equidad", ha servido al Tribunal Supremo, en conexión con el concepto de causa, equivalencia, para declarar la facultad de los Tribunales de *modificar el contrato*, si bien referida la doctrina al caso de circunstancias ulteriores a la perfección del contrato.

Son dos sentencias: de 13 de junio de 1944 y 5 de junio de 1945, las que afrontan tan grave problema.

La primera establece esta doctrina:

"... En consecuencia, que al ser planteado este litigio subsistía la obligación que C. y Compañía contrajo por el contrato de compraventa mercantil de 27 de junio de 1936, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora y estimar. por el contrario, que la obligación de entregar el aceite vendido había quedado extinguida por causa de la guerra civil, ha infringido por interpretación errónea el artículo 334 del Código de comercio y el 1.105 del Código civil, y por aplicación indebida el 333 de aquel Código, en concordancia con los artículos 1.122, 1.147 y 1.182 del Código civil."

SENTENCIA DECLARATIVA.—"Que declarada en casación la subsisten-

cia al terminar la guerra civil de la obligación que como vendedora contrajo la casa C. y Compañía, resta por decidir si la obligación es exigible rigidamente en los propios términos en que fué pactada y pudo ser cumplida en aquel momento, o bien se ha de llevar a efecto con alguna moderación, según se insinuó por la defensa de la parte recurrida en el acto de la vista del recurso...

“Que ese tema ofrece un doble aspecto, en cuanto roza con la posibilidad legal de modificar judicialmente la consumación de un contrato por alteración sobrevenida de las bases previstas por los contratantes...

“Que, atenta nuestra legislación civil al principio de la autonomía de la voluntad en régimen contractual, que requiere el cumplimiento de lo pactado en los términos convenidos, admite, sin embargo, ciertas restricciones por razón de la buena fe que preside la contratación —artículo 1.258 del Código civil y 57 del de comercio— y más concretamente por razón del elemento de justicia objetiva, implícito en la exigencia de causa en los contratos, referida esencialmente en los onerosos a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones; de tal suerte, que en algunas, aunque contadas, situaciones, la ley permite mitigar el excesivo rigor de aquel principio, confiriendo al juzgador la facultad de acomodar lo convenido por las partes a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado al tiempo de ser cumplido lo que se prometió, según es de ver, por ejemplo, en los supuestos que prevén los artículos 1.103, 1.124 y 1.154 del Código civil...

“Por lo tanto, y no obstante los reparos de algún sector de la doctrina científica, es preciso reconocer la facultad judicial de modificar el contrato, lo que no quiere decir que éste se eleve a rango de principio general, pues no se ha de perder de vista que la ley establece como norma fundamentalmente rectora del negocio jurídico el axioma *pacta sunt servanda*, por lo que sólo con gran cautela y notoria justificación se podrá hacer uso de la citada facultad modificadora...”

La cosa vendida era una importante cantidad de aceite. El Tribunal, en la sentencia de casación, se ajusta al texto legal de ser los riesgos de cuenta del vendedor en la compraventa de cosa genérica.

A falta de normas legales específicas en nuestro ordenamiento sobre las circunstancias sobrevenidas en el momento de cumplimiento del contrato, el Tribunal Supremo utiliza los conocidos medios técnicos para derogar el principio de autonomía de la voluntad, haciendo como una interpretación del contrato conforme al artículo 1.258 del Código civil con la noción de “buena fe” y “equidad”, y a la luz del concepto *causa* en el contrato que lleva un “elemento de justicia objetiva” de “reciprocidad o equivalencia”.

Descartados los recursos técnicos fundados en la imposibilidad de cumplir la prestación por el riesgo de guerra, “los otros medios técnicos—dice Ripert—a los cuales se ha recurrido para inducir a la jurisprudencia a la revisión del contrato son bien frágiles. Se ha pensado en invocar el artículo 1.134. párrafo 3.º del Código civil (la “buena

fe" en el cumplimiento), para imponer el acreedor la ejecución de buena fe. Se ha intentado ensayar la noción de causa para impedir el desequilibrio de las prestaciones posteriores al contrato. Estos procedimientos técnicos no tienen en sí mismos gran valor, pero han sido ofrecidos a la jurisprudencia para permitirle construir una teoría de la imprevisión.

"La jurisprudencia ha resistido. Había tomado posiciones antes de la guerra en circunstancias extremadamente favorables a la revisión del contrato..." (37).

La causa desplazada del momento de perfección del contrato.

El Tribunal Supremo, en la sentencia a que nos referimos, desplaza el concepto legal de causa fuera del ámbito de la perfección del contrato para replantear el problema de la equivalencia de las prestaciones a la luz de nuevas circunstancias. Pero la causa hay que referirla "al momento creador" del contrato.

Así lo ha declarado el mismo Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de diciembre de 1940... "siendo la causa, en la concepción de nuestro Código civil, uno de los elementos constitutivos del contrato, necesario para darle nacimiento, hay que referir su existencia a ese momento creador del vínculo y la prolongación de la teoría de la causa más allá del momento de la formación del contrato, invadiendo el terreno de otra figura jurídica más o menos relacionada con aquella, pero que la desplaza de sus términos legales estrictos, aun cuando guarde conformidad con algunas orientaciones de la moderna doctrina científica; no encuentra apoyo en nuestra ley civil vigente..."

La facultad judicial de revalorar las prestaciones.

La sentencia de 5 de junio de 1945 sigue la misma senda:

"No puede negarse sin posible estrago la influencia de una corriente doctrinal que antepone a la antigua teoría de la voluntad la tesis de la declaración y permite frenar por diversos motivos y utilizando muy variados arbitrios el predominio absoluto de la autonomía de la voluntad, ya moderando los efectos de los contratos, ora limitando su obligatoriedad, según normas de buena fe que son conaturales de la contratación y rectoras de los términos en que lo convenido ha de cumplirse no es menos cierto que el ejercicio de esa facultad, supuesta la posibilidad de que el jugador se considere autorizado para hacerla valer... cualquiera que sea el concepto que de causa se tenga, y aunque se identifique y conecte, según su más moderna concepción, con el móvil impulsivo o determinante de la declaración de voluntad que se incorpora al acto jurídico, la inejecución de un pacto por imposibilidad de cumplirlo o simplemente por excesiva y anormal onerosidad de las prestaciones, no constituye, según la traza nuestro Código, un

(37) RIFERT: Obra citada.

caso de desaparición de la causa que por su sola virtud vicie lo que inicialmente tué válido y sigue siéndolo, sino una incidencia del cumplimiento que por eso ni determina la nulidad radical del contrato ni en muchos casos lleva consigo la rescisión del mismo.

Que aunque esta Sala... no ha excluido la posibilidad de construir, en el ámbito del Derecho vigente, la cláusula "*rebus sic stantibus*" como medio de restablecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones, si lo demandasen imperiosa e inexcusablemente circunstancias muy calificadas, y no ha desconocido, en otro aspecto... atisbos y aun aisladas aplicaciones..., sin embargo, la cautela con que en materia tan quebradiza debe obrarse, atenta al designio de que por falta de prudencia en la aplicación o por excesiva y anormal generalización de la doctrina pudiera padecer la seguridad pública de las convenciones tal como inicialmente se establecieron, según la patente e inequívoca voluntad de las partes... porque si en las más modernas ordenaciones positivas que rindiéndose a esta legítima preocupación doctrinal dieron paso a la cláusula en cuestión en los contratos de ejecución diferida, cuidó de subordinarse su aplicación, tanto a la concurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles como medio de templar su excesiva onerosidad para el obligado, y aun así las facultades rescisorias, que no siempre se otorgan, pueden enervarse por obra de equitativas modificaciones ofrecidas por el demandado, no puede decirse que en casos como el de autos se haya producido un verdadero e imprescindible desequilibrio. Pues aparte de que los peritos no determinaron... en qué medida afectó a la plusvalía del inmueble el plan de urbanización y otras circunstancias... son tan contingentes y perocederas como una alza eventual de los precios por exceso transitorio..."

Dificultades de la solución como facultad judicial.

"Es muy difícil—dice Planiol, al referirse a la teoría de la imprevisión—dar a los Tribunales un tal poder. Las dificultades de ejecución no constituyen la fuerza mayor liberatoria, y no cabe presumir que las partes no hayan previsto una modificación del estado de cosas en el momento del contrato, porque al contratar a largo plazo pretende cada parte, al contrario, asegurar el porvenir. El motivo de inejecución alegado por el deudor es el de desequilibrio de las prestaciones, pero sobrevenido en momento posterior al contrato. Así como la lesión coetánea del momento de perfección no es anulatoria, la que se produce en el curso de ejecución no puede ser retenida como causa de revisión..." "La jurisprudencia ha rehusado admitir la revisión del contrato..." "La jurisprudencia administrativa (resoluciones del Consejo de Estado que se citan frecuentemente) (38) se inspira únicamente en la necesidad de asegurar servicios públicos y no hacen caer al contrato más que en virtud de esa necesidad..." "sin que quepa oponer esas

(38) Suministro de gas en Burdeos y otras análogas.

resoluciones" (las de la jurisprudencia civil opuesta a la revisión y las de la administrativa que la concede) (39).

No es lo mismo—ello es obvio—fundamentar teóricamente una doctrina de la imprevisión para que pueda fijarse en vía legislativa, que suponer que los Tribunales, moviendo resortes técnicos por aplicación de diferentes textos del Código civil, puedan suplir la voluntad del legislador, con toda la incertidumbre que resulta de la inseguridad, reservas y afirmaciones de la doctrina, necesariamente fluctuante, como ha ser cuando se proyecta sobre materia de enorme trascendencia, sin una regla normativa que, por la gravedad misma del tema, parece insustituible (40).

La lesión por desigualdad de las prestaciones.

Todo se reduce a que en el caso concreto de la sentencia de 1945 no se daba, a juicio del Tribunal, "un verdadero e imprescindible desequilibrio", pues "aparte de que los peritos no dictaminaron en qué medida afectó a la plusvalía del inmueble el plan de urbanización y otras circunstancias", "son tan contingentes y percederas como un alza eventual de los precios por exceso transitorio..."

Lo importante es que el alto Tribunal se reserva el derecho de juzgar sobre sí, por el transcurso del tiempo (y ahora, sin caso de fuerza mayor), se ha producido o no "desequilibrio de las prestaciones" en grado suficiente, a su juicio, para provocar la rescisión del contrato de compraventa, luego de dejar establecido que "no puede negarse sin posible estrago la influencia de una corriente doctrinal que permite frenar "por diversos motivos y utilizando variados arbitrios el predominio absoluto de la autonomía de la voluntad..."

El problema está en la potestad del Tribunal para enjuiciar el desequilibrio de las prestaciones, ya con referencia al momento de la perfección del contrato, ya al momento de su cumplimiento. Esto es, la facultad de rehacer o deshacer el contrato.

El Código civil francés admite la lesión en la compraventa de inmuebles con referencia a los siete dozavos en el precio (art. 1.674) (41).

Recogió el Código francés la idea de Pothier "... la equidad debe reinar en las convenciones, de donde se sigue que en los contratos "interesados" en los cuales uno de los contratantes da o hace algo por percibir alguna otra cosa como el precio de lo que da o hace, la lesión que sufre uno de los contratantes aun cuando el otro no haya recurrido a ningún artificio para engañarle, es sólo suficiente por sí misma para convertir en vicioso el contrato. Porque la equidad en el comercio consiste en la igualdad, y desde que esta igualdad está herida y que

(39) *Traité Élémentaire de Droit civil*. París, 1926. tome II.

(40) Cfr. CÁNDEL: *La cláusula "rebus sic stantibus"*. Madrid, 1946.

(41) Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble il a le droit de demander la rescision de la vente...

uno de los contratantes da más de lo que recibe, el contrato es vicioso porque peca contra la equidad que en él debe reinar" (42).

‘Pero el mismo Pothier dice que “no es necesario que el precio iguale exactamente el valor de la cosa porque el precio *no es tanto el equivalente de su verdadero valor, cuanto la expresión de la cantidad en que le han estimado*, y la estimación puede haberse hecho por bajo; con tal que la cantidad no sea insignificante, sino que guarde alguna proporción con el valor de la cosa, aunque sea inferior, el contrato subsiste como verdadero contrato de compraventa...”

Nuestro Código, como es sabido, declara que “ningún contrato se rescindirá por lesión” (1.293), salvo los supuestos excepcionales del artículo 1.291 y los de la partición.

La doctrina francesa ha podido construir en torno al artículo 1.674 una teoría de la lesión.

En nuestro Derecho normativo no sé cómo puede hacerse la construcción, directa o indirectamente.

La equidad en la valoración.

La fuerza del principio de la autonomía de la voluntad se revela en el hecho, que retiene nuestra reflexión, de que el alto Tribunal para abrogarlo en el caso de las circunstancias sobrevenidas, resuelto en la sentencia de 13 de junio de 1944, ha debido apelar al artículo 1.258 para aplicar el concepto de “buena fe” en el cumplimiento; “más concretamente” al “elemento de justicia objetiva implícito en la idea de causa”, identificando “reciprocidad” y “equivalencia” de las prestaciones, con desplazamiento del concepto de causa desde la perfección del contrato al momento de la exigencia de la entrega de la cosa vendida. Y como si todo no fuera suficiente, ha debido poner en movimiento la idea de “equidad”: “no sería equitativo descargar sobre el vendedor exclusivamente el daño de guerra”.

En la sentencia de casación ha resuelto el Tribunal que el daño de guerra es de cargo del vendedor, ya que al cesar la fuerza mayor “revive la obligación contraída...”, llegándose al mismo resultado aplicando al caso la teoría de la transmisión del riesgo, ya que el artículo 334, número 1.º, del Código de comercio atribuye al vendedor los daños y menoscabos, aun por caso fortuito de la cosa genérica vendida...”

La función de la equidad en el caso es moderar o reformar los efectos previstos en la ley, por estimar excesivamente duro el precepto legal. Esto es, el ejercicio de una facultad de abrogar que la metodología pone a disposición de los Tribunales, puesto que los métodos y sus soluciones son inagotables y contradictorias.

Considera el Tribunal, en último análisis, injusta la norma aplicable al caso, y la modifica mediante los conceptos antes indicados, y

(42) *Obligations*, 23.

ahora mediante el de "equidad". No podría hacer más el Pretor romano.

Los conceptos de buena fe y equidad, en la doctrina, toman un rango de instrumentos de perfección del desarrollo jurídico.

Pero la función de la equidad al aplicarse el concepto por los Tribunales contra la norma legal y para corregir sus defectos, corrigiendo la otra ley, el contrato, entraña serias observaciones.

Los vicios del consentimiento en función de la desigualdad de las prestaciones.

De ahí a considerar la lesión como índice de dolo no hay más que un paso. "La lesión—dice Gutiérrez—es resultado de un engaño y hemos hablado ya del vicio de los contratos por dolo; puede reconocer causa distinta, y decimos que sea la que quiera, influyendo en el *precio* o en las *cualidades* de la cosa y alterando el *supuesto* del consentimiento, hace defectuoso el contrato. La equidad debe presidir en las convenciones..." Es, de algún modo, la idea de Pothier.

El Código civil alemán de 1900 (artículo 138), con referencia a la idea de la lesión, declara que "el acto contrario a las buenas costumbres es nulo. Es nulo en particular el acto por el que alguien, explotando la necesidad, la inexperiencia o la ligereza de otro, obtiene para sí o para un tercero (a cambio de prestaciones) ventajas patrimoniales que, tenidas en cuenta las circunstancias, supongan una *desproporción evidente*".

La Ley de 23 de julio de 1928 en España declara nulo el contrato de préstamo en circunstancias tales que "hay motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales".

Si la rescisión por lesión no está admitida en nuestro ordenamiento, tampoco lo está la "usura" fuera del contrato de préstamo.

Pero el concepto de usura en el derecho canónico era más general que el concepto limitado al contrato de préstamo.

Según San Buenaventura, *usura est sub specie negociationis aliene rei domino sciente contractatio*.

En Francia, los juristas que construyen la teoría de la lesión en torno al artículo 1.674, para ampliarla en el supuesto de desequilibrio evidente de las prestaciones, hacen entrar la noción de lesión en el principio de la autonomía de la voluntad, y entonces la lesión aparece como un vicio del consentimiento, exactamente como lo hacía nuestro civilista antes citado. "La enormidad del sacrificio—dice Ripert al referirse a esta construcción—*revela la debilidad de espíritu del vendedor, la violencia que se le ha hecho, de la cual ha sido víctima...*"

Ya hemos visto que Pelayo Hore en España estima que las cláusulas de estabilización en general deben ser miradas con desconfianza,

porque "son siempre o casi siempre *imposiciones* del económicamente más fuerte..."

Roca Sastre, al referirse a las cláusulas de revisión del precio, esto es, a que se revise el precio cada vez que hay alteración del valor del dinero, piensa que "los Tribunales deberán tener en cuenta si pueden estar incursas en los *preceptos de la ley de Usura*, pues no cabe desconocer que, *a pesar de su naturaleza paccionada*, por lo general serán *imposición* de una sola de las partes..." "... *Por tanto, habrá que estar a lo que los Tribunales decidan después del examen de la situación de hecho en cada caso particular...*"

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de abril de 1921, resolvió un caso de lesión económica en una escritura, en cuya doctrina parece haber entrado por la vía indirecta del error y la intimidación la desigualdad sufrida por una de las partes.

Otorgaron en Bilbao escritura la segunda mujer de un señor y cuatro hijos del causante, fallecido abintestato, hijastros de la viuda, "para evitar rozamientos entre los interesados, así como litigios, y con el fin de beneficiar al hijo del causante, don Joaquín, cumpliendo así la voluntad de su padre", "siendo los otorgantes los únicos que deben participar de la herencia", según luego lo confirmó la declaración de herederos abintestato.

Pactaron que todos los bienes existentes a nombre del causante se considerarían propios del mismo y, por tanto, caudal partible, sin liquidar la sociedad conyugal; de la masa se deducirían 27.000 pesetas para el hijo don Joaquín y el remanente se repartiría por iguales partes, en pleno dominio, entre la viuda y los cuatro hijos, siendo la parte de la viuda en plena propiedad *en pago de la cuota usufructuaria y de su participación en los gananciales si pudieran en definitiva existir*.

Firmó la viuda, en junio de 1926, la escritura, luego de haber visitado a su abogado acompañada por uno de los hijastros.

En julio fué requerida notarialmente para que manifestara si estaba dispuesta a firmar la partición según la escritura de junio, contestando que requiriese el mismo notario a los hijos para que dijeran si querían hacer la partición, "pero prescindiendo de la escritura" de 26 de junio.

Demandaron los hijastros a la madrastra, y ella alegó que "era cierto el otorgamiento de la escritura, pero *sin conocer ella el contenido de sus cláusulas* y por *intimidación* de los otros otorgantes...", "*exigiéndole la firma sin explicarle el contenido, y sorprendiéndola...*", "*consintiendo por error, ignorancia y violencia...*", "*contra su voluntad, debido a la intimidación...*" ("dejarla sin dos reales..."), "pues aunque en la cláusula tercera se decía que el remanente se repartiría por partes iguales, *la igualdad se destruía* por las siguientes, ya que en la cuarta se decía que con la parte correspondiente a la viuda se daría por pagada de su cuota usufructuaria y de la participación en

los gananciales, y en la quinta se decía que ninguno de los interesados colacionaría lo recibido en vida del causante...”

El caudal relicto ascendía a más de 200.000 pesetas. No se probó en el curso del pleito que hubiera gananciales durante el segundo matrimonio, ni nada colacionable. No hubo prueba directa del error o el dolo o la intimidación. El notario y testigos declararon que el otorgamiento fué normal.

La Audiencia declaró la nulidad “por haber sido prestado el consentimiento con error de hecho y sustancial, con intimidación de un mal grave a los intereses de dicha señora”.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso de los hijastros porque la Sala sentenciadora... “se funda en el conjunto de los elementos de prueba que es obligado aceptar mientras no se demuestre con la evidencia inmediata que requiere la ley la equivocación del juzgador...”

Un examen detenido de esta grave sentencia lleva al ánimo la idea de que no tuvo intervención en el fallo la existencia del error y de la intimidación.

Por lo pronto, no hay indicio de prueba, a la luz de la sentencia, tal como está publicada, relativa a error ni a la intimidación, siendo la intimidación de que se quejaba la viuda la de que los hijos la amenazaron con “dejarla sin dos reales” mediante los pleitos que la escritura justamente trataba de evitar; y siendo el error la “falta de explicación” de las cláusulas del contrato (o falta de lectura), cuya claridad no requiere explicación.

A esa luz del error y de la intervención notarial, como dice De la Plaza, al referirse a la sentencia..., “la acuciosa a la de un testigo privilegiado cuyo testimonio hace fe plena, intervención notarial que arguye la presunción vehementísima de que a la decisión de la voluntad ha precedido la instrucción necesaria. Si el documento es un verdadero acto de fijación de voluntad, lo normal y hasta lo humano será suponer que a la decisión precedió un conocimiento concorde con la realidad de las cosas” (43).

Pero la idea de “desigualdad” alegada por la viuda, infiltrando las ideas de que existían bienes gananciales y bienes colacionables a cuyas ventajas económicas renunciaba, penetró sin duda en el proceso para nutrir la convicción y reparar, con el juego de los vicios de la voluntad, la lesión por desigualdad. Esto es: rescisión por lesión, por vía de vicios de la voluntad.

IV

La medida de las obligaciones contractuales.

Es el tema central de las reflexiones de teólogos y moralistas: la tensión entre las exigencias de una moral abstracta y las leyes de comercio jurídico.

(43) *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, I.

“El problema es de tal dificultad que los teólogos y moralistas renuncian a resolverlo enteramente desde el sólo punto de vista moral. Cuando estudian la *medida* en la cual el contrato obliga, dicen en general y salvo la cuestión de la lesión, que el deudor está obligado en conciencia en los límites que la ley civil impone a su obligación. La regla moral se declara insuficiente. No puede tener la pretensión de determinar todos los deberes del deudor, ya que hay uno esencial: someterse a la ley que fije los derechos del acreedor” (44).

Las obligaciones están fundamentalmente en “los propios términos del contrato”, porque “el contrato es entre las partes ley”.

En conciencia, el deudor debe cumplir su contrato.

“Los moralistas no han cesado de afirmar que es necesario conservar la fe dada. No pueden tolerar que un contratante sin conciencia desprecie como un “chiffon de papier” el título que constata sus obligaciones” (45).

Pacta sunt servanda.

La justicia en el ámbito contractual.

El criterio deontológico, la justicia económica de las prestaciones, es la incógnita despejada por las partes, dados los términos de la compleja ecuación que es todo contrato sinalagmático.

Esta consideración debió inspirar el juicio de Kant: “Cuando uno decide alguna cosa en relación con otro es siempre posible que le cause alguna injusticia; pero toda injusticia es imposible cuando uno decide por sí mismo.”

De todas las valoraciones posibles fundadas en la utilidad subjetiva, en la utilidad objetiva, etc., las partes fijan la unidad de medida por sí mismas, luego de los tanteos propios del sistema, y de la lucha de intereses que el egoísmo individual hace propia del tráfico, del cual es el alma misma.

La medida es *su medida*. En principio, la medida es matemáticamente justa.

De ahí la expresión de Fouillet, reproduciendo la idea de Kant: “Toda justicia es contractual. Quien dice contractual, dice justo.”

Para los partidarios de la autonomía de la voluntad, la lesión económica no es causa de injusticia. En nuestro ordenamiento está excluida la rescisión por lesión. Como dice Ripert, refiriéndose al tema, “para los partidarios de la autonomía de la voluntad, la lesión es una consecuencia de la lucha de intereses. El legislador protege a los incapaces y releva a aquéllos cuya voluntad está viciada. Que los demás se defiendan por sí mismos...” (46).

(44) RIPERT: Obra citada.

(45) Obra citada.

(46) RIPERT: Obra citada.

El criterio deontológico en el campo extracontractual.

Pero si la ecuación es replanteada fuera del ámbito contractual, los Tribunales habrán de despejar, sin escala de valores, por tanteo, la incógnita. Esto es: entrar en el dominio de la economía y de la filosofía del Derecho.

Para Aristóteles, como es sabido, la idea de justicia exige, en una relación de cambio, en un contrato bilateral, que uno reciba tanto como el otro le da. En esa idea se inspiraron, sin duda, Pothier y otros.

Como la igualdad aquí no es identidad, porque la identidad arruinaría a la relación de cambio, la idea de *igualdad* se traduce en idea de *equivalencia*.

Esto es: en el "elemento de justicia objetiva" que, "como implícito en la idea de causa", sirve de norma en la sentencia de 13 de junio de 1944.

A falta de norma de los economistas, el Derecho se encuentra con el problema central de la equivalencia. "Para saber lo que en derecho debe ser tenido por equivalente, precisamos un criterio de valoración...", "esto es, el corazón mismo de una teoría de los valores..." "La idea de justicia tradicional lleva a una zona de problemas radicales en los que se puede fundar este tema de la filosofía del Derecho..."

"Esa misma teoría de valoración jurídica habrá de quedar inserta en el tema primario y radical acerca del sentido del Derecho en una concepción metafísica de la vida..." (47).

V

Escisión de la voluntad contractual.

De Ruggiero (48) encuentra el supremo fundamento de la obligatoriedad del contrato (eliminando la teoría del interés de Bentham, la del pacto social de Puffendorf, la de la veracidad de Giorgi) en "l'unità della volontà contrattuale. Poiché la volontà singoli dei contraenti nel momento in cui dichiarate, s'incontrano, perdono ciascuna l'autonomia propria e fondendosi danno luogo ad una volontà unitaria (la volontà contrattuale), sarà questa che d'ora inanzi governerà entro la sfera prestabilita y rapporti tra le parti, ne le parti ormai potranno più sottrarsi ad essa perche il suo contenuto e sostrato alla loro libera disponibilità".

(47) RECASÉNS SICHES: *Los problemas de la filosofía del Derecho*. Barcelona, Bosch, 1936.

(48) *Istituzioni di Diritto civile*. Messina, 1926, vol. II.

Pero el sistema de normas del Código civil se pone en movimiento cuando la voluntad contractual se escinde, y una de las partes, rebelde a su propia ley, a la ley del contrato, pide al Estado la tutela jurídica para la violación del contrato, alegando que dicha ley es injusta o que no es tal ley.

“Este ataque por parte del que se niega a reconocer su obligación, en ese sentido exorbitante, es lo notable. Para aceptar tal cosa han de existir razones de suma gravedad; no basta que un interés particular esté afectado, siendo necesario un interés superior a los intereses particulares que no pueden coincidir con ninguno de éstos egoístamente entendido” (49).

Al actor nadie le pregunta cuándo inicia la acción si obra movido por un interés egoísta.

Lo decisivo y calificador es que el interés social no va al contrato de oficio, para censurarle. Salvo el caso de tipicidad delictiva, ningún órgano del Estado tiene la misión de promover la censura, si no la promueve una de las partes o el tercero afectado en su patrimonio por el contrato.

Cuando es la misma parte la que acciona, el interés egoísta, la violación de la propia ley y la petición de tutela invocando un interés social, son círculos inscritos unos en otros.

El actor es dueño de su acción. Será correcto el contrato en la medida en que el actor quiera dejar de ser, o no llegar a serlo. De lo contrario, todo un completo mecanismo revisor por muchas causas anulatorias se pone en movimiento, sin la menor garantía previa, ni la menor exigencia. De ahí, con frecuencia, lo que un fiscal del Tribunal Supremo llamó “el chantaje de la transacción”.

Singularmente, en los pleitos para que se repiense el contrato y se revaloren las prestaciones, la acción tienen todas las trazas de acción “notable”, como dice Planiol.

La Novísima Recopilación excluyó esa clase de acciones, fundadas, de un modo u otro, en la idea de lesión con referencia a ciertos contratos.

“Porque los oficiales de cantería y albañilería y otros oficiales toman obras de concejos y otras personas, y después de hechos los contratos o rematadas las obras alegan engaño en más de la mitad del justo precio, siendo expertos en sus oficios, de que resulta agravio y dilación, por ende mandamos que de aquí adelante los tales oficiales no puedan alegar haber sido engañados en las obras de su arte”, “ni sobre ello oídos” (50).

(49) PLANIOL: Obra citada.

(50) Ley 4.^a, tít. X, lib. I.

El instrumento público en el proceso de nulidad.

Al romper la ley de Ordenamiento de Alcalá con el formalismo del Derecho romano, del que nunca se desentendió totalmente aquel Derecho, recogió nuestro Código civil, en su artículo 1.278, aquel espíritu, y declara que “los contratos son obligatorios, cualquiera que sea su forma, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”.

El espiritualismo se llevó al punto de que “pareciendo que se quiso un home obligar a otro...”, “sea tenido de aquellos a quienes se obligó e non pueda poner excepción que non fué fecha estipulación que quiere decir”, “con cierta solemnidad del derecho”, “mas que sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro o facer contrato con él...”

Salvo ciertas exigencias *ad solemnitatem*, para seguridad del tráfico y en interés de tercero, nuestro ordenamiento está inspirado en ese espíritu.

La importancia creciente de los valores y la multiplicación de los contratos, han traído como consecuencia que la conciencia popular ampare sus declaraciones de voluntad en la fe pública notarial, como medida de seguridad y elemento de prueba, aparte del valor que el instrumento tiene en la vida del tráfico mismo.

El artículo 1.218 ordena que “los instrumentos públicos hacen prueba...” “del hecho que motiva su otorgamiento...”

El “hecho” es un complejo de hechos. Están amparados por la fe notarial, naturalmente, aquellos hechos que el notario comprueba *de visu et auditu sui sensibus* (51).

Pero, aparte de que el *hecho* del otorgamiento está sujeto a discusión, incluso por vía de denuncia por falsedad, sin el procedimiento garantizador de la “inscription de faux” del derecho francés, con sus tres sentencias y sanción para el impugnante, incluso de daños y perjuicios; y aparte también que el *hecho* mismo es contestable por vía civil, mediante las acciones oblicuas de nulidad mixta de falsedad (no recibió el precio, no oyó la lectura del instrumento, etc.). la protección que pretende la voluntad autónoma, contractual, está limitadísima.

La *calificación jurídica* del contrato es trascendente.

Pero la *calificación notarial* no obsta a la interpretación contraria. “La calificación hecha por el notario—dice Castán—entraña una mera presunción *iuris tantum* concerniente a la esfera de la legalidad del acto notariado y que *puede ser impugnada y revisada en juicio...*” (52).

(51) Ley 10, tít. II lib. XII Digesto.

(52) *Función Notarial y Elaboración del Derecho Notarial*. Madrid 1946.

La *capacidad del otorgante*, aun tratándose de testamentos, en que tiene rango más decisivo, no es definitiva. “La afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador no supone que necesariamente haya de aceptarse ésta como verdad indiscutible, pues *puede ser destruída* por pruebas demostrativas de que en el acto del testamento carecía de esa capacidad” (53).

“Muy análogos son los términos—añade Castán—que ofrece el problema de la aseveración que haga el notario acerca de la *libertad del consentimiento* de las partes. Y también creemos, en principio, que se trata aquí de un *juicio* que podrá ser *sometido a revisión*.”

La sentencia de 21 de mayo de 1942 declara que “ha de desplegar eficacia la fe pública aneja al documento notarial, no *habiendo sido demostrada su falta de veracidad*.”

La de 20 de enero de 1943 declara que “los contratos celebrados por medio de documentos públicos formalmente perfectos llevan en sí mismos la presunción de su realidad y validez y que aquellos que se apoyen en ellos tienen acreditados los hechos normalmente constitutivos de su derecho, mientras que el vicio o defecto...” “en modo alguno puede presumirse, sino que ha de ser probado por quien lo alega...”

Es un principio reconocido, de modo constante, por el Tribunal Supremo, que la nulidad de los actos y contratos sólo puede obtenerse mediante la declaración de la nulidad misma hecha en el juicio correspondiente, con citación de todas las personas a que pueda afectar la declaración (54).

Claro es que quien demanda la nulidad por un vicio o defecto ha de probarla, puesto que el negocio se presume válido.

No sé si las sentencias del Tribunal Supremo citadas antes añaden algo prácticamente a esto, cuando se trata de contratos que consten en instrumento público, válidos mientras no se demuestre su “falta de veracidad” o “algún vicio o defecto” invalidante. La prueba posible, en pleito, referida a la “falta de veracidad” del instrumento, aniquila el concepto de autenticidad (55).

La escritura, como hecho, y el contenido de la escritura, como cuestión de hecho, pasan al cómputo y valoración de los *hechos* por el Tribunal de instancia, con cierre posible de recurso de casación, ya que el “documento auténtico” que ha de revelar la “equivocación evidente” es por lo común el mismo instrumento, como ocurrió en el caso de las sentencias antes estudiadas.

Esto es, que la voluntad contractual no encuentra, en caso de contienda, en la forma solemne, la garantía que pretende; ni aun en la forma solemne construída por el Notariado español, cuya organiza-

(53) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1925.

(54) 26 de septiembre de 1904, 2 de agosto y 10 de diciembre de 1903.

(55) La autenticidad se impone en el Derecho francés, salvo “l'inscription de faux”, único medio, difícil, de destruir la veracidad de lo que está protegido por el instrumento notarial.

ción le confiere facultades de asesoramiento y transformación de la voluntad de las partes para vaciarla en el molde jurídico adecuado.

La voluntad contractual y su interpretación.

Los artículos 1.281 y siguientes del Código civil dan las normas de interpretación de los contratos. “Si los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes”, se estará “al sentido literal de sus cláusulas”. “Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas...”

Este texto es otra vía de penetración en el ámbito de la autonomía de la voluntad.

La interpretación tiene valor de operación de Semántica. Es problema de entender las “palabras” que expresan el contrato, como dice Domat. En ese sentido están las reglas del Digesto y todas las reglas de nuestra antigua legislación y jurisprudencia. “Para la *inteligencia* de los contratos debe estarse a los *términos* en que se hayan estipulado expresamente” (56).

Fijación de los efectos jurídicos, como interpretación.

Pero la interpretación entra en el dominio de los “efectos jurídicos”.

“La Corte de Casación—escribe Planiol—debe cuidar de que los Tribunales cumplan el artículo 1.134 (“el contrato es ley”), *que obliga tanto a las partes como al juez*. La Corte de Casación tiene limitados sus poderes por la Ley de 27 de diciembre de 1790 (artículo 3.º). La húsqueda de la intención de las partes es cuestión de *hecho* reservada a los Tribunales de justicia.” *Eso no obstante, a fin de impedir un medio muy fácil para el desconocimiento o la modificación del contrato mediante la desnaturalización de la intención evidente* de las partes, la Corte ha venido casando aquellas sentencias que desnaturalizan el sentido de los contratos cuando éste es claro y preciso. Al efectuar este control fundado en el artículo 1.134, la Corte de Casación no procede a la comprobación de ningún elemento de *hecho*, sino solamente al examen de lo resuelto por el Tribunal de instancia y de las conclusiones por él deducidas, y revoca la sentencia por *contradicción interna...*” “Para que ese control sea efectivo, *los hechos* en que los Tribunales apoyen sus decisiones han de ser *precisados* en las mismas, en defecto de lo cual *serán casadas por falta de base legal* (57).

Nuestro Tribunal Supremo declara que “la interpretación tiene por objeto fijar el contenido de una voluntad dudosa y las condicio-

(56) R. C. de 30 de diciembre de 1864.

(57) PLANIOL: Obra citada.

nes de existencia y validez de esa voluntad. La calificación jurídica del acto, y la *determinación de sus efectos*, aunque guarde relación a veces íntima con la interpretación, no son materia propia de ella”.

Casa las sentencias, a veces, que rehacen el contrato (58).

Se trata de investigar, en caso de duda, la *común voluntad*, la “volunta unitaria contrattuale”, como dice Ruggiero, al estudiar la fuerza vinculante del contrato.

Capitant (59), en Francia, y Núñez Lagos (60), en España, al construir el concepto de causa, estiman que se contrata por móviles subjetivos variables; pero *sólo los que son compartidos* por el otro contratante tienen la categoría de fines objetivos y pertenecen a la *declaración de voluntad*, bien de una manera expresa, bien de una manera tácita...

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1921 es ejemplo típico de libre modificación, por vía de interpretación, de los efectos jurídicos propios de un contrato.

Por documento privado de 1912, el propietario de un establecimiento mercantil hizo donación a dos de sus dependientes del establecimiento, reservándose el 28 por 100 de los beneficios el donante, con obligación de contribuir en la misma proporción a las pérdidas, si las hubiere.

La donación será revocable “por las causas del Código civil y, además, si la conducta pública o privada de los donatarios no fuese digna”, “a juicio del donante”.

La participación reservada por el donante pasaría a su muerte a su hijo Esteban, “el cual tendría los mismos derechos que el donante”.

Los dependientes, *además de expresar su reconocimiento por el beneficio que les dispensa don ..., se obligan a respetar las condiciones y a no entablar reclamación contra lo que el donante hiciera o dispusiere*.

Fallecido el donante en 1913, su hijo Esteban y demás herederos (sus hermanos y su madre) requirieron notarialmente a los donatarios para que exhibieran la contabilidad. No había libro de Inventarios y Balances. No había “Diario” con formalidades legales. Sólo un “Mayor”, visado en 1886, con varios folios en blanco, y en uno de ellos, el 71, una cuenta.

En noviembre de 1914, el hijo que tenía los derechos del padre, y demás herederos, mediante escritura pública, revocaron la donación “por no ser dignos de la liberalidad” al “haber infringido las condiciones a que quedó subordinada la eficacia de la donación”, usando al revocar *las facultades que el donante se reservó*.

Demandaron, en diciembre de 1914, los dependientes a los herederos del donante para que “se eleve a escritura el contrato *de dona-*

(58) Sentencia de 8 de julio de 1942.

(59) *De les causes des obligations*. París, 1927.

(60) *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. Madrid, 1934.

ción "remuneratoria" y constitución de compañía regular colectiva" de 13 de mayo de 1912.

Revocando la sentencia del Juzgado, la Audiencia, en 1919, declaró que *por el documento de 1912 se constituyó una compañía mercantil...* "a base de las condiciones establecidas en el mismo...", y siendo necesaria para el funcionamiento de la compañía la escritura pública, "condenó a los herederos al otorgamiento de dicha escritura..."

Interpuesto recurso de casación por los herederos, fué desestimado por el Tribunal Supremo.

"Considerando que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, cuando las cuestiones... se refieren a la interpretación de los contratos, debe otorgarse preferencia al juicio colectivo formado por la Sala acerca de su *naturaleza, calificación, inteligencia y alcance* de aquéllos..."

"Considerando que... *el motivo principal a que obedeció el primero para ceder a los segundos la explotación de su establecimiento fué conservar éste, evitándose trabajo y cuidados y accesoriamente, o como consecuencia, mejorar la situación económica y social de sus dependientes, asociándoles con preferencia a otros, en atención a sus buenos servicios, y que el verdadero fin que se propuso don ... fué el de obtener un importante lucro.*"

Estimó el Tribunal que la interpretación de la voluntad de un contratante, sin hechos, le permitía fijar libremente, sin sujeción a la congruencia con las pretensiones deducidas, la *naturaleza, calificación, inteligencia y alcance del contrato.*

El hecho de la declaración de voluntad y los hechos de la nulidad.

El arbitrio judicial tiene también ámbito de actuación en los "hechos probados" en relación con el juego de la libre convicción.

Suscita la atención frecuentemente el problema de los hechos en la casación y sus problemas cuando la sentencia de instancia cierra el recurso con la fórmula de "apreciada la prueba en su conjunto".

Sobre el particular, De la Plaza observa: "...Mas esta doctrina, que es consecuencia del sistema de libre valoración de las probanzas, es incompatible con las normas que *excepcionalmente y en determinados casos* condicionan, dentro de ciertos límites, esa libertad...", "no autoriza al Tribunal a *quo* a *velar* el proceso lógico-jurídico que le permitió hacer la valoración; porque, en tal caso, se usa *torcidamente* de facultades que al Tribunal a *quo* no asisten" (61).

El proceso lógico-jurídico tiene una zona de operación mental. El problema está en la fijación de dos *hechos precisos.*

Puede servirnos de índice también la sentencia, antes citada, de

(61) *La casación.* Madrid, 1944.

12 de abril de 1946, tal como está publicada en la "Colección completa" (62).

"Considerando que, en punto a los *hechos procesales*, no se plantea problema alguno en el recurso, pues en éste se acatan los *que la Sala declara probados*, afirmando: a) Que el marido de la demandante otorgó escritura..." "por un *precio aparente* o sin existencia real." "b) Que los otorgantes se *propusieron ocultar* bajo la rúbrica de compraventa un contrato de *donación, encaminado a burlar los derechos sucesorios...*"

A poco que se reflexione se comprobará que hay en tales "hechos probados" el "concepto jurídico" de que los otorgantes "se propusieron ocultar" el contrato secreto bajo la fórmula de compraventa (la donación) *encaminado a burlar los derechos...*

Esto es, que los "hechos probados" llevan en sí el concepto jurídico de *simulación*, predeterminante de la nulidad de la escritura de compraventa.

Pero, en cambio, faltan los *hechos*, los *sucesos*, determinantes del concepto jurídico. Esto es: 1) porque el precio *fué aparente* y *no real*; 2) porque tenían los otorgantes la *intención de defraudar* derechos legitimarios. Falta la prueba catalogada.

En vía civil son posibles las frustraciones del querer de la voluntad autónoma, sin la fijación de un hecho preciso, anulatorio, con apreciación de "la prueba en su conjunto" y con cierre, por otra parte, el recurso de casación, porque la materia de error, dolo, intimidación, etc., son cuestiones "de hecho" reservadas a la autonomía del Tribunal de instancia.

"Para escapar al control de la Corte de Casación los Tribunales pretenden encontrar frecuentemente en las *circunstancias exteriores* las razones para modificar el efecto natural de las cláusulas más claras (véase, por ejemplo, Cas. 11 de marzo de 1890). Al menos es necesario que *aleguen un hecho preciso...*" "Como dice muy bien M. Huç, "son fórmulas banales que no corresponden a nada"; permiten a los Tribunales modificar *a leur gré* las convenciones de las partes" (63).

Las circunstancias exteriores al contrato, o los elementos de prueba de hechos exteriores al contrato, para anular la declaración de voluntad, es lo decisivo.

Anular una escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad, que implica la previa investigación notarial de la seriedad, sinceridad y licitud, por insegura que fuere la investigación, y por limitada que sea, sin contraponer más que una prueba "apreciada en conjunto", sin referencia a hechos precisos, como sucesos concretos,

(62) *Revista de Legislación y Jurisprudencia*.

(63) PLANIOL Y RIPERT: *Traité Elementaire de Droit civil*. París, 1926., tomo II.

es un modo de cirugía en frío que puede operar en materia orgánica sana.

La presunción *iuris tantum* es de validez. La prueba en contrario, que contrapone el Tribunal para sancionar al contrato con la nulidad, ha de ser del mismo rango y de la misma fuerza (aunque no de la misma especie probatoria) que el hecho del otorgamiento del contrato. De lo contrario, quiebra el sistema de presunciones y su fuerza.

Los hechos no pueden ser condensaciones que lleven en sí, acaso, la libre convicción y la libre apreciación de pruebas no catalogadas, y que, por ello, pueden no existir más que en el ánimo del juzgador que ha llegado a una convicción, con todos los riesgos del impresionismo en materia que está minuciosamente regulada y tasada en la ley.

Las circunstancias exteriores o hechos exteriores, sin concretar y sin precisar, pueden frustrar los efectos de la declaración de la voluntad autónoma en choque con otra autonomía no prevista en el ordenamiento.

Siempre, en la sanción de nulidad de la escritura protectora de la declaración de voluntad, sufre la seguridad jurídica. Esto es, fracasa la fe pública, o sea, en cierto modo, el Estado. Aunque la fe pública haya sido sorprendida, no por ello deja de fracasar en la función investigadora anterior al acto de poner el sello de la legitimidad en un contrato que luego resulta simulado.

Está muy extendida entre un grupo de notarios, escritores sobre temas jurídicos, la idea de que es conveniente dar al instrumento público el valor de autenticidad total y definitiva, salvo tacha de falsedad. Esto es, que el instrumento proteja incluso el negocio autenticado, salvo tacha de falsedad.

El Tribunal Supremo rechazó tales tendencias, como resume Castán: "El Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que el contenido de la escritura pública o, en otros términos, la exactitud de las manifestaciones que en ella hacen los interesados, no están garantizadas por la fe pública y pueden impugnarse y destruirse por los demás medios de prueba, y con referencia especial a las simulaciones, que la fuerza y eficacia de las escrituras públicas sólo subsiste en cuanto no se demuestre por *el resultado de las pruebas aportadas al pleito* la simulación del contrato en aquellas figurado (S. 12 de abril de 1916), sin que pueda ser aceptada la tesis de que mientras no recaiga declaración de falsedad hay que reconocer como verdadera la existencia del contrato, puesto que el pleno crédito que se concede al testimonio notarial sólo alcanza a aseverar lo que los contratantes han realizado o declarado en presencia del notario, no a la veracidad intrínseca de tales declaraciones ni a la intención o el propósito que oculten o disimulen, como puede suceder cuando se entrega una cantidad ante el propio notario para simular un préstamo" (S. de 15 de febrero de 1944).

Es, sin duda, irrefutable la doctrina. Pero su valor está condicio-

nado a que "las pruebas aportadas al pleito" existen y existan con referencia a *hechos*. Si los hechos son meras condensaciones de una convicción, y si las pruebas "apreciadas en conjunto" no se refieren a los hechos o no existan catalogadas y precisas, la doctrina cae de su base y queda con todo su vigor la declaración de voluntad y con toda su eficacia presunta, por serlo su validez.

VI

La contraposición empírica.

La contraposición legal indicada en el artículo 1.091 y último concepto del artículo 1.255, que en el Código de Napoleón se contiene en los artículos 1.134 y 6.º, entre la autonomía y la heteronomía de la voluntad, es a esa luz fácilmente reductible. Descartadas las leyes prohibitivas, los negocios sobre materia prohibida por la moral y las buenas costumbres, ya muy catalogados en las resoluciones y en la doctrina, queda la imprecisión del concepto orden público, a cuyas consecuencias tendrá que someterse la autonomía contractual, puesto que un interés social superior lo impone.

La ampliación del concepto de causa ilícita al ámbito de la lesión económica de un tercero, cuyo derecho está protegido en la ley, al permitir al Tribunal apreciar la "finalidad" del contrato o negocio valorado en conjunto, amplía a su vez sin límites perceptibles experimentalmente el ámbito de la heteronomía de la voluntad.

Se trata, como es visto, de enjuiciar el negocio en su conjunto, y por su finalidad, subjetivando el concepto de causa, con entrada en el dominio oscuro de la intención, para calificar al contrato y sancionarle en su caso como ilícito, si la finalidad fuere lesionar intereses de tercero protegidos por la ley, y sin entrar a discriminar si la lesión a tercero anula total y radicalmente el contrato o le hace simplemente reductible como negocio de transmisión, con decisión de nulidad radical.

Siempre que de la norma objetiva y del criterio objetivo de la norma se desplazan los conceptos, modificándolos, al dominio de la valoración subjetiva del juzgador, la autonomía de la voluntad sólo por ese *poder ser*, ve reducido el ámbito de su actuación. La norma (en este caso la del artículo 1.274) no garantiza nada, porque la norma tiene también otro valor fijado por los Tribunales.

Pero, aparte esa zona, la contraposición tiene relieve en la zona de la economía del contrato, con todas sus secuelas de causa, como equivalencia, lesión por desigualdad de las prestaciones y revaloración de las prestaciones mismas, con sucesivas ampliaciones del ámbito de la heteronomía de la voluntad, hasta llegar a la proclamación de la *facultad judicial de modificar el contrato*, si bien con reservas y cri-

terios de excepcionalidad que, en el terreno de los principios, son inoperantes.

La contraposición empírica ahí conduce a la negación pura y simple del principio de la autonomía de la voluntad como tal principio.

Al propio tiempo, al mover los preceptos legales como medios técnicos para llegar a la modificación del contrato, las reglas normativas, desajustadas, fuera de su centro de gravedad, provocan, vistas a esa luz, una inseguridad jurídica indudable.

Hay discrepancia, fundamental, entre la dirección de la jurisprudencia francesa relativa al principio de la autonomía de la voluntad y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

No creemos que haya variado en estos últimos tiempos la posición. Lo tradicional y constante ha sido proclamar el vigor efectivo del principio de la autonomía de la voluntad.

“Los contratos son obligatorios tanto para las partes como para los jueces, y los primeros no pueden desconocerlos *ni aun alegando alguna razón de equidad*. La Corte de Casación debe velar porque los Tribunales respeten el artículo 1.134” (64).

Los Tribunales ya declaran que “no pueden, sin atentar a un principio fundamental de nuestro derecho, modificar un pacto que ha sido formado de común acuerdo y que no choca contra ninguna disposición legislativa (65).

O bien, interviene la Corte de Casación para recordar a los jueces. “que no deben ser ministros de equidad entre las partes” (66).

Nuestra jurisprudencia reciente, al contrario, se encamina directamente al principio de la autonomía de la voluntad, para afectarle en su esencia dogmática.

Atenta nuestra legislación civil al principio de la autonomía de la voluntad... “admite, sin embargo, ciertas restricciones...”, y, “por tanto...”, “es preciso reconocer la facultad judicial de modificar el contrato...” “No puede negarse sin posible estrago una corriente doctrinal que... permite frenar por diversos motivos y utilizando muy variados arbitrios el predominio absoluto de la autonomía de la voluntad...”

Es el principio mismo en su raíz más profunda el que viene conmovido.

Se considera el contrato autónomo como un hecho social que permite una censura en ese aspecto con un criterio transpersonal.

El criterio sociológico, en forma vaga, penetra en la jurisprudencia. Así, en la sentencia tan repetida—por su importancia—de 13 de junio de 1944, se expresa aún como fundamento para la “modificación judicial del contrato...”, “con caracteres más acusados de la posibilidad de moderación de lo convenido se pronuncia nuestra *más*

(64) PLANIOL: Obra citada.

(65) Tr. Sena 27 de febrero de 1907.

(66) Ca. civ., 9 de mayo de 1898, 26 de mayo de 1906, entre otras.

moderna legislación, que, si no estrictamente aplicable al caso marca una tendencia que el juzgador debe seguir...”

El criterio sociológico y analógico de interpretación de normas legales está en su centro cuanto se trata de norma oscura y, sobre todo, de una norma de otro rango.

Pero estamos en el terreno de normas que condensan principios generales del Derecho y principios básicos del sistema, de todo el sistema de contratación.

Ese sistema, fuertemente trabado, no puede decaer, en nuestra opinión, merced a un vago criterio sociológico, ya que sería necesaria una reforma a fondo del mecanismo contractual del Código civil, difícilmente modificable.

El arbitrio judicial, cuyos límites en la práctica, según hemos visto no se perciben fácilmente, no puede llegar, en nuestra opinión, en ningún caso a erigir en principio la facultad de modificar el principio de la autonomía de la voluntad. No hay criterio que pueda autorizar la afección en materia tan fundamental.

La tendencia a considerar el contrato como un hecho social trascendente al orden público aun en la esfera más propia de la libre soberanía de las partes, nos parece francamente errónea.

“La moral manda—dice Ripert—no tratar al contrato como un hecho social del cual el juez pueda sacar estas o las otras consecuencias...”

Los principios fundamentales que expresan el de la autonomía de la voluntad, el sistema todo, condensan los elementos éticos y jurídicos, que en lenta elaboración formativa han ido acumulándose en esa condensación conceptual y normativa.

“El contrato es ley” entre las partes, porque hay un cúmulo de razones, indicadas al principio, para que lo sea. Y no puede dejar de serlo, ni convertirse la regla fundamental en excepción, sin quiebra de todo un sistema.

La tensión es fuerte. Los lenguajes: voluntad autónoma-interés social, son lenguajes diferentes. No se entienden. Lo que para las partes ha sido la justicia, porque ha sido *su* justicia en materia de su soberanía, para el Tribunal no es la justicia por antonomasia. En consecuencia, la justicia del caso concreto, vista desde fuera, anula a la justicia del caso concreto vista desde dentro, que es ángulo de visión de la autonomía de la voluntad exclusiva y excluyente.

Lo mismo sucede cuando la acción, que es de puro dominio privado en nuestro sistema, se desplaza al ámbito del derecho público.

El artículo 359 de la ley Procesal es la frontera entre el derecho privado y el derecho público; o, de otro modo, entre la jurisdicción rogada y el exceso de poder jurisdiccional. Tal es, sin duda, el sentido de la congruencia del fallo. Las diez o doce columnas con lista de sentencias definidoras de la congruencia o incongruencia que se ve en cualquier repertorio de leyes, indica sin más la importancia del tema que no sé si se valora exactamente.

Los principios fundamentales del proceso, regido por el principio dispositivo de las partes en cuanto a la acción, y no inquisitivo en cuanto a la prueba por el juez, marcan una línea fronteriza que, eso no obstante, es fácil salvar, según se comprueba también experimentalmente.

La acción, los hechos, la prueba, todo ese complejo visto desde el ángulo del derecho público, son difícilmente valorables, porque tiene una valoración estricta de derecho privado. Los hechos que no se aleguen, no existen. Las pruebas que no se produzcan, no entran en la convicción decisoria. De ahí el peligro de las condensaciones que sustituyen a los hechos precisos y a las pruebas catalogadas y dan lugar a la libre convicción contraria a los supuestos del sistema.

Como se percibe fácilmente, ya ahora, estamos ante una cuestión de límites jurisdiccionales, en cuanto al principio de la autonomía y de la heteronomía de la voluntad, en derecho sustantivo y en derecho, que se llama, no sé por qué, adjetivo, siendo, en lo fundamental, garantizador del Derecho.

Criterio de superación.

En materia contractual y juego de los principios que expresan la autonomía de la voluntad, no se da la tensión entre el factor estático y dinámico, que es el supuesto de la problemática del libre arbitrio judicial. La ley es rígida e invariable y el *fluir* histórico obliga, ante la inactividad del legislador, a la readaptación de la norma por el juez.

No es ese el caso. La ley contractual es siempre actual, siempre renovada, al amparo de un principio que diríamos eterno, dado sus raíces profundas en la naturaleza del hombre como ser racional y social.

“Desde el momento—como dice Geny—que se deja descender el poder de formular las reglas a la esfera infrangible donde le contiene la plena soberanía de la ley al dominio versátil del juicio individual, hay el riesgo de un *flottement* desconcertante en las decisiones. Desde luego, ¿cómo asegurar a los interesados la confianza necesaria para dirigir sus esfuerzos hacia una finalidad sin cesar desplazada? (67).

“Si se relevara a los órganos judiciales—dice Del Vecchio—de la subordinación a la ley para corregir la lamentada rigidez...”, “se caería en inconvenientes mucho más graves, pues se sacrificaría la *certeza del Derecho*, su valor objetivo e impersonal” (68).

Nuestro sistema está definido en los artículos 2.º y 4.º de la ley Orgánica del poder judicial, atribuyendo a los jueces la función de “aplicar las leyes...”, sin autorizarles para “dictar reglas o disposi-

(67) Obra citada.

(68) *Filosofía del Derecho*. Trad. RECASENS. Barcelona, 1935.

ciones de carácter general acerca de la aplicación e interpretación de las leyes...”

Ese principio le llevó al legislador del Código civil de 1804 al artículo 5.º

No creemos, según nuestra interpretación, que el principio de la autonomía de la voluntad contractual pueda desplazarse como tal principio ni al ámbito del dominio del legislador ni al ámbito del dominio del juzgador. Es colindante con el ámbito donde está la libertad metafísica del hombre. Es una de sus consecuencias, al producirse la contraposición subjetiva generadora de la relación social, luego relación jurídica.

Los criterios transpersonales son, en este dominio, inadaptables.

Creemos con Renard que “no es el hombre quien existe para el orden jurídico y la sociedad, sino la sociedad y el orden jurídico los que existen para el hombre...”, “por cuanto es persona, tiene derecho a su destino y al auxilio de la sociedad y del orden jurídico para alcanzarlo” (69).

A esa luz tiene calado profundo el concepto que se lee en la primera página de este ANUARIO DE DERECHO CIVIL (70). “El Derecho civil...”, “en los últimos tiempos, ha adquirido hasta un nuevo valor, el de lema y símbolo en la gran lucha de ideas que divide a la Humanidad; y así, en muchos oídos, su nombre despierta ecos de esperanza, como dique posible contra el tremendo empuje agostador, de la intervención administrativa, y promesa de un futuro vivir en el que la responsabilidad personal y la justicia social sean efectivas realidades...”

Los principios del Derecho civil y los principios del Derecho procesal, que consagran la autonomía de la voluntad, tienen el rango de un sistema, fuertemente trabado, de garantías constitucionales.

(69) *La philosophie de l'institution*. París, 1939. citado por CASRÁN. *Método de investigación e interpretación del Derecho*.

(70) *Propósitos*. I. I.