

## [FUNCIÓN, LÍMITES Y CARGAS DE LA AUTONOMÍA PRIVADA]\*

FERNANDO HINESTROSA\*\*

SUMARIO: 1. Presentación. 2. Concepto de autonomía privada. 3. Proyecciones de la autonomía privada. 4. Función social de la autonomía privada. 5. Límites a la autonomía privada. 6. Orden público. 7. Orden público político y orden público económico. 8. Buenas costumbres. 9. El contrato forzado. 10. Contenido normativamente impuesto. 11. Condiciones negociales generales. 12. Cargas de la autonomía privada. 13. Permanencia y transformaciones del derecho privado.

1. *Presentación*. A diario presenciamos la realización de actos particulares de disposición de intereses y aun los protagonizamos, y el fenómeno se viene repitiendo desde siempre, a más de que ha sido estudiado, debatido y explicado reiteradamente a lo largo de muchas generaciones<sup>1</sup>, al punto de que bien pudiera imaginárselo suficientemente tratado y suponerse adecuadamente resueltas las dificultades que presenta. Sin embargo, vigente aún la controversia acerca de la estructura y la eficacia del acto particular dispositivo, *rectius* negocio jurídico<sup>2</sup>, recientemente se han formulado dudas acerca del mérito mismo de la autonomía privada y se

\* Publicado originalmente en Estudios de Derecho Privado, Homenaje al Externado en su Centenario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 9-47. Para citar el artículo: F. HINESTROSA. "Función, límites y cargas de la autonomía privada", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, enero-junio de 2014, pp. 5-39.

\*\* Rector de la Universidad Externado de Colombia (1963-2012). La *Revista de Derecho Privado* presenta, a partir del número 24, los trabajos referidos al derecho civil y romano de quien fuera su fundador y constante y decidido animador. La mayoría de los trabajos ya han sido publicados, pero el afán de facilitar su divulgación, en especial entre los estudiantes, nos lleva a volverlos a presentar, seguros no solo de su utilidad, sino también de su permanente actualidad.

1 Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 13 ss.

2 Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 33 s.

privilegia la injerencia del Estado por todo concepto en la actividad particular, cada día más reglamentada y subordinada, habiendo llegado algunos doctrinantes a postular que “el elemento constante en la teoría de los actos y de la actividad de los particulares es la iniciativa y no la autonomía, puesto que en concreto puede faltar la autorregulación”<sup>3</sup>, de donde habría de seguirse, más que un cambio en la definición del negocio jurídico, la puntualización de que “la autonomía privada no es de por sí un valor, sino que puede serlo, y dentro de ciertos límites, si responde y en cuanto responda a un interés merecedor de tutela”<sup>4</sup>. E inclusive se ha ido hasta pronosticar “el ocaso del negocio jurídico, como categoría que desvía la atención de los juristas hacia el acto singular de cambio, que ya dejó de ser el punto central de las relaciones económico sociales”, y repudiar “la autonomía privada como algo propio del orden protocapitalista”<sup>5</sup>. Todo lo cual impone recordar los orígenes y la razón de ser de la figura del negocio jurídico, y más directamente de la autonomía privada, y replantear su disciplina, su función y su trascendencia en la sociedad contemporánea, de masificación y estandarización de los intereses, las relaciones y las actividades, a la vez que, y por esa misma razón, de intervención del Estado, no sólo en el sentido negativo o de limitación, sino en sentido positivo, de orientación y encauzamiento de la iniciativa particular y de la colectiva, a fin de “realizar la tutela de los derechos fundamentales de la persona y de favorecer el libre desarrollo de la persona humana”<sup>6</sup>, o, empleando la redacción del art. 6º del acto legislativo de 1968 (32[2] de la C.N.), en aras de “la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular”.

En otras palabras, delante del estado de cosas presente, cuyas características, dimensión y proyecciones se pueden apreciar más y mejor en los países industrializados, pero que ya se anticipan y palpan con nitidez en los países en vía de desarrollo o periféricos, es ineludible analizar en qué consiste y qué representa la autonomía privada o, para algunos, lo que pueda quedar de ella, y en qué medida armoniza la disciplina del negocio jurídico, y en particular la del contrato, con los principios constitucionales vertidos en los textos heterogéneos y aun contradictorios de los arts. 30 y 32 de la Carta, con las orientaciones políticas prevalecientes

3 P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Camerino, 1975, p. 43.

4 Loc. cit. Cfr. también a A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 26ª ed., Padova, 1983, p. 644: “No se trata de proteger el capricho individual, sino de dejar a la libertad de los particulares la búsqueda de los medios considerados como mejores para explicar las propias iniciativas”.

5 Cfr. U. CERRONI, *La libertà dei moderni*, Bari, 1968, cit. F.D. BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1984, p. 19; ID., ob. cit., p. 20 ss.; GALGANO, *Il diritto privato tra codice e Costituzione*, Bologna, 1978, p. 72 ss. y 81; CERRONI, *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, en *Dem. e dir.*, 1974, p. 487; F. GALGANO, *Negoziio giuridico, dottrina generale*, EdD, XVII, Milano, 1977, p. 935 y ss.; ID., *Il problema del negozio giuridico*, en *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, XXX, 1976, p. 463 ss.

6 P. PERLINGIERI, ob. cit., p. 35. Cfr. art. 3 de la Constitución de la República Italiana.

y con los apremios económicos y sociales que el ordenamiento jurídico todo debe reflejar y atender.

2. *Concepto de autonomía privada.* La autonomía puede entenderse en un sentido bastante próximo a su acepción etimológica: poder de darse a sí mismo normas, es la llamada autonomía normativa<sup>7</sup>, acepción hacia la cual se orienta la denominada teoría preceptiva al definir al negocio jurídico como un precepto de autonomía privada<sup>8</sup>, aun limitando el radio de acción de ésta para “dar existencia y desarrollo a las relaciones entre ellos [los particulares]”<sup>9</sup>, en contraposición con el entendimiento del negocio jurídico como declaración de voluntad, creadora de los efectos jurídicos queridos por los autores de ella, y supuesto de hecho de tales efectos<sup>10</sup>. En fin, se puede concebir dicha autonomía como poder reconocido a los particulares “para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos”<sup>11</sup>, autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y la colaboración entre ellos<sup>12</sup>.

De todas formas, es evidente que cuando los particulares celebran un negocio jurídico están disponiendo de lo suyo frente a los demás, alguien solo o un grupo de personas como una unidad, o dos o más en concurso o contraposición, lo cual presupone que cada cual tenga intereses propios y poder de disposición de ellos,

7 “Significado creador del derecho de la autonomía privada y su función como fuente de derecho”: A. MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1939, p. 84 y ss. “Fuente de normas jurídicas destinadas a formar parte del mismo orden jurídico que las reconoce”: E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez, Madrid, 1959, p. 47. “La autonomía normativa se define como el poder atribuido a entes no soberanos para expedir normas jurídicas equiparadas a las normas del ente soberano”: M.S. GIANINNI, *Autonomia pubblica, teoria generale e dir. pubb.*, EdD, IV, Milano, 1959, p. 357. L. FERRI, *La autonomía privada*, trad. L. Sancho M., Madrid, 1969, p. 10 ss. y 163 ss.; SANTI ROMANO, *Fragments de un dictionario jurídico*, trad. S. Sentís M. y M. Ayera R., Buenos Aires, 1964, p. 55 ss. Cfr. para la crítica del negocio como acto de autonomía normativa: SCOGNAMIGLIO, ob. cit., p. 142 y ss.

8 Betti, ob. cit., p. 48 ss. Para la crítica, cfr. a PERLINGIERI, ob. cit., p. 41 s.; SCOGNAMIGLIO, ob. cit., p. 73 ss. y 160 ss.

9 BETTI, loc. cit.

10 Cfr. G. STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, trad. J. Santos Briz, Madrid, 1959, p. 4 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. M. Albaladejo, Madrid, 1956, p. 57 ss. CALASSO, *Autonomia, storia*, EdD, IV, Milano, 1959, p. 355. ENNECCERUS, NIPPERDEY, *Tratado de derecho civil*, trad. Pérez y Alguer, Barcelona, 2ª ed. 1950, I, 2, p. 55 y s. Para la crítica, cfr. a SCOGNAMIGLIO, ob. cit., p. 44 ss.

11 Cfr. SCOGNAMIGLIO, ob. cit., p. 90 ss.; BETTI, ob. cit., p. 39 ss.; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, rist. 5ª ed., Napoli, 1983, p. 281 s., 285 y 288; S. PUGLIATI, *Autonomia privata*, EdD, IV, Milano, 1959, p. 266 s.; SANTORO-PASARELLI, *Atto giuridico*, EdD, IV, Milano, 1959, p. 206.

12 Recepción de la conducta dispositiva particular y reconocimiento de los efectos que corresponden a la figura y a las disposiciones singulares del autor o los autores del acto de autonomía. Cfr. DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, 1897, p. 19, cit. TOMMASINI, *Nullità*, EdD, XXVIII, Milano, 1978, p. 875, nota 40; SCOGNAMIGLIO, ob. cit., p. 179 ss.; Id., *Aspettativa di diritto*, EdD, III, Milano, 1958, p. 231; A. CATAUDELA, *Fattispecie*, EdD, XVI, Milano, 1967, p. 940; A. FALZEA, *Fatto giuridico*, EdD, XVI, Milano, 1967, p. 945; F. SANTORO-PASARELLI, ob. cit., p. 207; BETTI, ob. cit., p. 71 ss.

con reconocimiento social y también jurídico, tanto de los intereses como de su disponibilidad por el titular<sup>13</sup>. Cosa diferente es qué tan amplio o estrecho sea el ámbito de esos intereses, cuál el margen de la iniciativa particular en cuanto a la manera de la disposición y hasta dónde se pueden introducir cláusulas que no solamente permitan la identificación de la figura, sino también ajustar más sus efectos al designio de quienes la emplean<sup>14</sup>.

Definitivamente el negocio es una figura que pertenece a la dinámica del derecho y en la cual el tema de la eficacia<sup>15</sup> en sus varias acepciones adquiere una dimensión mayúscula, entre otras razones por cuanto es el instrumento por excelencia a la mano de los particulares para la regulación de sus propios intereses o, dicho de otro modo, para la reglamentación de sus relaciones jurídicas, y, por lo mismo, es objeto de la mayor atención y de la más amplia disciplina por parte del Estado, sobre todo de un Estado social de derecho, para la realización de sus fines de tutela de los débiles y desprotegidos y de equiparación real de las distintas personas<sup>16</sup>.

- 13 El sentido genuino de la autonomía consiste en el poder de disponer de lo propio: "En la esfera de la autonomía privada, para disponer de un interés es necesario ser titular de él, y, por consiguiente, a nadie le es permitido mandar en casa ajena": R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3ª ed., Milano, 1977, p. 27 (v. trad. Bogotá, 1ª ed., *Teoría general del contrato*, n.º 7). "El negocio jurídico sirve a la determinación autónoma en el campo del derecho privado": DERNBURG, *Pandekten*, I, I, p. 269, cit. MIRABELLI, *Teoria generale del negozio giuridico*, EdD, XXVIII, Milano, 1978, p. 7, nota 46.
- 14 Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 100 ss., nota 28 y p. 153; BETTI, ob. cit., p. 47. En los negocios pertenecientes al derecho de familia: en los patrimoniales, la posibilidad de modificar el contenido legal es muy estrecha, y en los de índole personal, prácticamente ninguna. También con la intervención del Estado, el contenido legalmente impuesto se ha extendido a otros campos, incluso estrictamente patrimoniales, en especial en los contratos de prestación de servicios, en los de arrendamiento de inmuebles, tanto urbanos como rurales, entre otros (v. *infra* n.º 6). Cfr. J. SANTOS BRIZ, *La contratación privada*, Madrid, 1966, p. 58. Sobre el contenido legalmente impuesto, cfr. F. MESSINEO, *Contratto, diritto privato*, EdD, IX, Milano, 1961, n.º 9, p. 797 ss., e *infra* n.º 10. "No hay duda de que el contenido negocial que refleja la autorregulación de los intereses debe ser el punto de referencia constante que contempla el ordenamiento para predisponer los efectos jurídicos, pero también es verdad que el mito de la autonomía se halla atemperado hoy por el juicio de valor de los intereses *a parte legis*": TOMMASINI, *Nullità*, cit., p. 876.
- 15 Cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit. p. 435 ss.; A. CATAUDELA, *Fattispecie*, cit. p. 927 ss.; BETTI, ob. cit., p. 3; SCALISI, *Inefficacia*, EdD, XXI, Milano, 1971, p. 330 s.; MANICK, *Unwirksamkeit, Ungültigkeit*, 1929, 301, cit. SCALISI, ob. cit., nota 75, p. 331.
- 16 "En la política de intervención del Estado se muestran bien claramente seguidas dos directrices, muchas veces en contraste sustancial. En una cierta dirección se persigue un método que diríamos esporádico, o de 'temperamento', con intervenciones de carácter contingente o sin coordinación, en fuerza de las exigencias inmediatas del funcionamiento de la vida social. En una dirección distinta se ha creído, en cambio, afirmar una política de programación, según la cual las mismas elecciones económicas del particular deberían ser coordinadas, incluso imperativamente, dentro de los ciclos productivos pluripersonales": A. TRABUCCHI, *Istit. di dir. priv.*, cit., Padova, 1983, p. 665. "El legislador interviene para establecer una disparidad de tratamiento a favor del contratante más débil, en el empeño de colocar a los sujetos en un plano de paridad sustancial (...). Coherentemente con la presentación del contrato como expresión de la autonomía privada, que concibe a ésta

3. *Proyecciones de la autonomía privada*. Si en algo coinciden las distintas explicaciones del negocio jurídico y de la autonomía privada es en ver aquí el principio y la dimensión de la libertad<sup>17</sup>, que para el caso se expresa principalmente así, ante todo con referencia al contrato, pero en términos que se extienden a las demás figuras negociales:

Libertad de contratar o no contratar; libertad de escoger con quién; libertad de seleccionar la figura más apropiada para el caso; libertad de determinar el contenido de la disposición; a las cuales habría que agregar estas otras, en afán de plenitud expositiva: libertad de celebrar el negocio por sí mismo o por medio de representante, apoderado o interpuesta persona; libertad de forma de actuar o, más derechamente, de expresarse, y libertad de prevenir y realizar la terminación del contrato<sup>18</sup>.

Ciertamente en los comienzos del empleo de la noción de negocio jurídico por parte de la doctrina y, con mayor vastedad, de la noción de autonomía privada, se pretendió darle a ésta un ámbito de máxima amplitud, a semejanza de lo ocurrido con la concepción de la libertad en general y con sus varias singularizaciones: la libertad consiste en hacer cada cual su antojo y va hasta donde tropieza con el

como autorregulación, se debería negar el carácter contractual de tales actos y excluir el contrato del vasto sector de la economía agraria (...). Pero se trata siempre de expresiones de iniciativa, que es la característica esencial de la actividad de los particulares": PERLINGIERI, ob. cit., p. 44 y 50 s. Sobre la vigilancia estatal de las estipulaciones contractuales, cfr. FRIEDMANN, *Recht und sozial Wechsel*, Frankfurt a.M., 1969, pp. 115 ss.

17 "En la realidad no existe una figura unitaria, sino figuras múltiples de negocios jurídicos, expresiones de la libertad reconocida a los particulares, de dar a sus intereses la conformación que consideran conveniente y de vincularse a este fin para con uno o varios sujetos": P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato*, cit., p. 285; cfr. op. cit., p. 289 ss.; F. GALGANO, *Dir. privato*, cit., p. 209 s.; F.D. BUSNELLI, ob. cit., p. 34 ss.; J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations*, I, p. 48 ss. No faltan quienes ven en el contrato la expresión de la "voluntad de la clase dominante", como un "formidable instrumento ideológico funcional al servicio de la burguesía" y como algo que puede conducir a la "eliminación de la libertad para todos los sujetos más débiles": cfr. GALGANO, *Negozio giuridico, dottrina generale*, cit., y allí CERRONI, *Per una critica*, etc., P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971.

18 "La libertad reconocida por principio a los particulares respecto de sus intereses, mira a: (a) la celebración del acto, de modo que el particular es libre para decidir si lo celebra o no; (b) su celebración mediante actividad personal o por medio de otra persona que obre en sustitución del interesado; (c) la determinación del contenido del acto: en concreto para decidir acerca de los bienes de la vida que ha de procurarse o de transmitir, y el sacrificio correlativo que ha de exigir o de soportar; (d) la celebración de actos que no pertenezcan a "tipos" dotados de disciplina legal; (e) la manifestación de la voluntad de comprometerse por cualquier modo de expresión escogido por el interesado, dentro del límite de su reconocibilidad en el ambiente social y de su concordancia con la situación de hecho; (g) la posibilidad de dar acogimiento en el acto a las razones individuales por las cuales se celebró, enriqueciendo la trama de los elementos impuestos por la ley y de aquellos presentes en el esquema legal, siempre que no sean derogados o excluidos por los particulares": P. RESCIGNO, *Manuale*, cit., p. 289. Cfr. GALGANO, *Dir. priv.*, cit., p. 210 s.; MESSINEO, ob. cit., p. 803 s.; J. HAEGELE & R. HAEGELE, *Vorteilhafte Vertragsabschlüsse*, Stuttgart, 1977, p. 22; PERLINGIERI, ob. cit., p. 42.

derecho ajeno<sup>19</sup>, y a esta visión o, mejor fantasía, insisten en adherirse tanto los propugnadores de un individualismo absoluto –con nostalgia de un sueño que nunca tuvo realidad–<sup>20</sup> como los detractores de aquél y vaticinadores de la desaparición de libertad e iniciativa individuales o de su restricción a proporciones minúsculas<sup>21</sup>. No sobra, por consiguiente, tener en cuenta que jamás ha existido<sup>22</sup>, y tampoco es concebible, una libertad completa, entendida como un poder en blanco que solamente se vería limitado por el apareamiento del derecho ajeno, aserto para cuya demostración habría que comenzar recordando que el negocio jurídico es una figura social, cuya administración y empleo, igual que su exposición doctrinaria, parten –y tienen que partir– de la experiencia, que se inicia con la presencia de un código cultural común y de una prudencia y providencia grandes de las gentes, que, por ello, no suelen ser mayormente imaginativas y osadas en la utilización de figuras del todo nuevas<sup>23</sup>.

Así mismo es oportuno poner de presente que los conceptos jurídicos todos –y a esa constante no podría escapar el de autonomía negocial– están sometidos a la relatividad histórica<sup>24</sup>, lo que hace que su significado y su actuación varíen al compás de la mentalidad y las prácticas de los tiempos sucesivos, especialmente por lo que respecta a los dictados políticos de la sociedad<sup>25</sup>.

- 19 Cfr. M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, en *Archives de Philosophie du droit*, Paris, 1957, p. 87 ss.; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX<sup>e</sup> siècle*, ibíd., p. 125 ss. ID., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, 1961, G. GONELLA, *La crisi del contrattualismo*, Milano, 1959, p. 39 ss.
- 20 Cfr. F. DE MARTINO, *Individualismo y derecho romano*, trad. F. HINESTROSA, Bogotá, 1978, p. 15 ss.; v. ob. cit., nota 19.
- 21 Ver nota 17.
- 22 "La plenitud de la libertad constituye una hipótesis escolar sin confrontación con la realidad (...). El sentido concreto es el de que las limitaciones, consideradas tanto singularmente como en conjunto, se mantienen como excepciones y, por tanto, no pueden ser introducidas o extendidas fuera de las materias y de los casos para los cuales están previstas, (porque) la reafirmación de la autonomía de los particulares y la libertad como el 'principio' o la 'regla' del sistema no es, sin embargo, un planteamiento puramente ideal, desprovisto de valor práctico": P. RESCIGNO, ob. cit., p. 209 s. "Nunca, ni en el *common law*, ni en ningún otro sistema, ha existido una absoluta libertad contractual": FRIEDMANN, ob. cit., p. 106. Cfr. N. DE BUEN, *La decadencia del contrato*, México, D.F., 1986, p. 220 ss.
- 23 "El interés perseguido por las personas que celebran un contrato atípico debe ser merecedor de tutela según el ordenamiento jurídico. No se trata de proteger el capricho individual, sino de dejar a la libertad de los particulares la búsqueda de los medios que consideren mejores para explicar las propias iniciativas": TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., p. 644. Cfr. FRIEDMANN, ob. cit., p. 134. Cfr. F. MESSINEO, *Contratto innominato (atípico)*, EdD, x, Milano, 1962, p. 95 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1958, p. 21 ss.; PERLINGIERI, ob. cit., p. 23 s.; HAEGELE & HAEGELE, *Vorteilhafte* etc., cit., p. 22 s.; SCOGNAMIGLIO, ob. cit., p. 100 ss.
- 24 Cfr. RESCIGNO, *Manuale*, cit., p. 287 s.; PERLINGIERI, *Profili*, cit., p. 29 ss. "Libertad e igualdad son conceptos históricamente cambiantes y que se han modificado de acuerdo con los principios democráticos": FRIEDMANN, *Recht und sozial Wandel*, cit., p. 104 s.; v. también 109 s.
- 25 "La ética de libertad formal se ha convertido en una ética material de responsabilidad (...) con acento en el 'principio social' en sentido estricto": K. LARENZ, *Allg. Teil d. deutsch. Bürg. Recht*, 1975, 3ª ed., München, p. 43. "El acto no es merecedor de tutela por el solo hecho de no ser ilícito, como expresión de un valor de suyo válido, puesto que la autonomía

En fin, se impone la consideración de que los derechos, las libertades, las iniciativas particulares, todos y siempre, necesariamente han tenido una función social y que se manifiestan, reconocen, acogen, limitan e impulsan, precisamente por esa y en esa función social<sup>26</sup>. O sea que, en verdad, no fue un descubrimiento o una innovación hablar de la función social, que, por lo demás, es cierto que se había soslayado u olvidado, y de ahí la conveniencia de recordarla y colocarla en un primer plano político y jurídico<sup>27</sup>. En tal sentido no resulta, a mi parecer, impertinente la reflexión de que cuando más se destaca, encomia y reitera la solidaridad social en los textos normativos, comenzando por la Constitución política, es cuando más relegada se encuentra dicha actitud en la conciencia ciudadana<sup>28</sup>.

4. *Función social de la autonomía privada*. Como se ha indicado puntualmente, el problema no consiste en hasta dónde se quiere obligar un promitente, sino en sobre la base de qué condiciones y requisitos puede considerarse obligatoria una promesa<sup>29</sup>, lo cual revela la realidad inmersa en toda actitud y en toda actividad jurídicas: una desconfianza ineludible y la necesidad de un margen mínimo de confianza, margen éste que comienza a ser otorgado por la forma o solemnidad, que luego no resulta suficiente por sí sola a dicho propósito, con lo cual logran su entrada otros factores y consideraciones, que en últimas consisten en la utilización de un camino, cuando menos socialmente establecido y tenido en ese ambiente

privada no es un valor de por sí, sino que puede serlo, y dentro de ciertos límites, si y en cuanto responda a un interés merecedor de tutela": PERLINGIERI, ob. cit., p. 46. "El ordenamiento jurídico refleja una filosofía de la vida, está inspirado en determinados valores. El conjunto de valores, de bienes, de intereses prevaletentes que el ordenamiento jurídico considera y privilegia, su misma jerarquía, permiten concebir en qué clase de ordenamiento se actúa": ID., ob. cit., p. 7.

- 26 Función social de los derechos subjetivos y, primordialmente, de la propiedad; función social de la autonomía. ¿Los derechos la tienen o han de tenerla, o son una función social? (v. art. 30 C.N., 10 del acto legislativo n.º 1 de 1936, y la influencia de las constituciones de Weimar y de la República española, así como del pensamiento solidarista de León Duguit). Hoy se tiene como algo natural, a lo menos conceptualmente, el que los derechos en general y cada especie en particular no son poderes absolutos, otorgados para el regalo caprichoso de las gentes, sino que tienen un modo de ser comunitario, en función de la sociedad de su tiempo, inclusive porque de por medio está el código cultural en el que viven inmersos y del que se nutren todos sus miembros.
- 27 Cfr. las obras clásicas: G. RIPERT, *La regla moral en las obligaciones*, trad. C. Valencia Estrada, Bogotá, 1946; ID., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. J. Quero Molares, Buenos Aires, 1950; ID., *Le déclin du droit*, Paris, 1949; M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, 1949; R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, Paris, 1950; ID., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, 1952.
- 28 "Por lo demás, esta manía de corregir el derecho con otros principios jurídicos es un signo de la tendencia de los tiempos a invadir con el derecho el terreno de la costumbre, es decir, un signo de civilización poco desarrollada. La expresión *semper meno diritto* permanece en la historia de las instituciones jurídicas y sociales como la divisa de las civilizaciones más avanzadas que confían más a las costumbres que a los piquetes de policía la represión del ejercicio de un derecho con la única intención de perjudicar a otro": DE MARTINO, *Individualismo y derecho romano*, cit., p. 55 s.
- 29 Así, G. GORLA, *El contrato*, I, trad. J. FERRANDIS VILELLA, Barcelona, 1959, p. 20.

como merecedor de la tutela del ordenamiento, por lo cual, del mismo modo que la sola forma no basta para la obligatoriedad de la promesa o, con una formulación más próxima al discurso que se trae: no basta para la eficacia del negocio jurídico, tampoco el mero consentimiento es valedero a dicho fin: de todas maneras los intereses y el modo de su disposición tienen que ser merecedores de la tutela del Estado, pudiendo agregarse que así ha ocurrido siempre, independientemente de si se ha hecho consciente tal situación y de si la doctrina la ha descrito y analizado<sup>30</sup>.

Cada una de las figuras que tienen nombre y disciplina en la ley (tipicidad legal), por ese solo hecho ha de ser considerada con una función digna de apoyo de parte del ordenamiento, o, si se quiere, reconocida como socialmente útil<sup>31</sup>, con la sola salvedad de que la ley resulte inexecutable a causa de su contrariedad con los dictados fundamentales de la organización política en vigor: contraria a la orientación constitucional imperante para cuando se expidió o reñida con los principios expresados en una enmienda constitucional posterior, anulada en uno u otro caso dentro de un afán de homogeneidad doctrinaria y de legitimidad normativa<sup>32</sup>.

Mal pudiera imaginarse, por tanto, la posibilidad de que una figura negocial legalmente disciplinada pudiera juzgarse desprovista de función social relevante o sin correspondencia con el "Principio Social" o la utilidad pública, por lo mismo que en tal supuesto la presencia de una función económico-social o práctico-social merecedora de tutela por parte del ordenamiento se encuentra de por sí asegurada por el hecho de su consideración anterior por el ordenamiento<sup>33</sup>.

30 GORLA, ob., cit., p. 25 ss. 94 ss., 368 ss.

31 "Se sancionan determinados *negotia* que por su difusión, por su importancia en la vida cotidiana y por haber llegado a consagrarse en la práctica, exigen una especial tutela jurídica y, al mismo tiempo, se prestan a una regulación más exacta y más fácil porque su disciplina ha ido estabilizándose mediante cláusulas usuales. Lo que justifica dicha tutela es el *negotium*, es decir, el negocio típico en el sentido indicado, por más que el *negotium* no pueda llegar a tener existencia sino por la *voluntad* de las partes": GORLA, ob. cit., I, p. 30. Cfr. SCOGNAMIGLIO, ob. cit., p. 256 ss.

32 Por el mero hecho de su acogimiento y disciplina por parte de una ley, una figura negocial (*figura legis*) se proyecta como digna de tutela jurisdiccional, aparte de la legitimidad de su empleo específico. Pero, puede darse el evento de que, en fuerza de una enmienda constitucional, esa norma precedente resulte inexecutable, por haber sido sobrepasada: su orientación resulta contraria al espíritu nuevo (PERLINGIERI, ob. cit., p. 22); como también puede presentarse el caso de que una norma posterior a la reforma sea encontrada opuesta al dictado político de ésta. Hipótesis ambas de declaración de inconstitucionalidad o inexecutable o de nulidad, según las varias nomenclaturas (v. art. 215 C.N.). "¿Qué debe hacer el jurista? La respuesta es a veces dramática: aplicar una ley que refleja una ideología que ya no responde más a la maduración ideológico-social-política de la colectividad significaría, en muchas oportunidades, no aplicar la Constitución, o sea aquel conjunto de normas que constituyen hoy el modelo organizativo, la masa de los valores en los cuales se inspira el ordenamiento": PERLINGIERI, *Profili*, cit., p. 8.

33 "La función práctico-social del negocio, reconocida –en general y preventivamente– por el derecho, es decir, la función que aquél objetivamente tiene y que el derecho como tal sanciona y reconoce; precisamente porque reconocida por el derecho la función práctico-social puede constituir la propia razón del negocio jurídico, (...) es la razón que justifica



Cuestión diferente es la que ocurre cuando el o los particulares acuden para la disposición de sus intereses a figuras por fuera del catálogo legal. En principio tienen libertad para ello: pueden echar mano de figuras que no siendo legalmente típicas tengan tipicidad social o que, cuando menos, muestren un valor que impela al ordenamiento a adoptar una actitud de apoyo, en lugar de la simple indiferencia<sup>34</sup>. Pero, mientras que la inclusión de la figura en la ley es garantía preventiva de legitimidad, en el evento de simple tipicidad social y, mucho más, en el caso de novedad (¿hibridación?) no existe esa seguridad, ni siquiera una presunción de merecimiento de la tutela, y la jurisdicción habrá de adoptar y mantener una postura de indiferencia mientras no se demuestre la utilidad social de la disposición<sup>35</sup>.

La función social de la figura, la utilidad social de la disposición, no constituye ni conceptual ni prácticamente límite alguno de la autonomía privada, sino su modo de ser, su cauce genuino<sup>36</sup>. Para hacer más visible el contraste entre la concepción de los tiempos precedentes, en especial del siglo XIX, y la postura que corresponde a la época contemporánea, a partir de la primera posguerra del siglo XX se ha venido hablando de la función social de los derechos, comenzando por el de propiedad (art. 1º del acto legislativo n.º 1 de 1936, art. 30 (2) de la codificación), si que también, en general, de la función social de la iniciativa particular<sup>37</sup>. Pero nada de ello quiere decir, insistiendo en algo ya expresado, que alguna vez esos

el negocio": CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, cit., p. 489. "Cuando el derecho ratifica y hace propia la justificación acogida y aprobada por la conciencia social tiene lugar un fenómeno de *recepción* que es, además, el rasgo sobresaliente del reconocimiento jurídico de la autonomía privada": BETTI, ob. cit., p. 148.

34 "Respecto de los contratos que no corresponden a los 'tipos' legales, el control del juez se ejerce en una medida más amplia y profunda que a propósito de los contratos que corresponden a los 'tipos'. El juez habrá de valorar los intereses que han conducido a la celebración del contrato y apreciar su dignidad de acuerdo con las consideraciones del ambiente social, sin detenerse en la conveniencia que el contrato tenga para las partes. Los tipos previstos en la ley toman forma y concreción en la realidad normativa luego de que la práctica de los negocios los ha elaborado y a menudo refinado. Se parte, por ello, generalmente, de una tipicidad social de los actos, que más tarde conduce, a través de un proceso de duración larga o breve, a la individualización del *tipo* también en el terreno legislativo": RESCIGNO, *Manuale*, cit., p. 295 s.

35 "La licitud sí es condición necesaria, pero no condición suficiente por sí sola para justificar el reconocimiento del derecho. Para obtener éste, la causa debe responder también a una exigencia duradera de la vida de relación, a una función de interés social que sólo el derecho es competente para valorar en su idoneidad para justificar positivamente su tutela (...). La apreciación en caso de ilicitud es negativa (de reprobación); en el de ilegalidad es limitativa (de no conformidad); y suspensiva, y por tanto de abstención de una estimación normativa (posición de indiferencia), en el caso de intrascendencia": BETTI, *Teor. gen. del neg. jur.*, cit., p. 154 y 94.

36 "Si se examina la disciplina actual, sobre todo a la luz de los principios fundamentales del ordenamiento, se da uno cuenta de que la autonomía privada como poder de autodeterminación no encuentra respaldo y consideración en sí y de por sí: el juicio de merecimiento respecto del acto responde a una función que el ordenamiento considera útil y social": PERLINGIERI, ob. cit., p. 42. Cfr. SCOGNAMIGLIO, ob. cit., p. 149 s.; MIRABELLI, *Teor. gen. neg. giur.*, cit., p. 11 y nota 10; GORLA, ob. cit., p. 96 s.

37 V. *supra* nota 26.

derechos y, para lo que aquí interesa, que la autonomía privada puedan no haber tenido esa función o hubieran dejado de tenerla en alguna oportunidad. Distinta es la consideración de que históricamente se observan cambios de actitudes en la sociedad y del ordenamiento frente a la autonomía privada, tratada a veces más estrictamente y otras con mayor elasticidad<sup>38</sup>.

El péndulo nos sitúa hoy en una posición de más sensibilidad de la sociedad y del ordenamiento por los intereses de los sectores, clases, comunidades deprimidos, tomados en colectivo y en unidad singular, y de mayores decisión y exigencia en la tutela de tales intereses, sin que ello, por lo demás, signifique la eliminación de la autonomía privada o la conservación de la figura del negocio jurídico —y del contrato— apenas por simple hábito, porque aun dentro de limitaciones más vastas y hondas en algunos casos (p. ej., contratos para la explotación de tierras rurales, arrendamiento de inmuebles, suministro de bienes y servicios, para no hablar del contrato de trabajo), esas figuras conservan su ser y su mérito insustituible de estímulo a la iniciativa particular y su condición de instrumentos del tráfico jurídico: intercambio de bienes y servicios y aglutinación de unos u otros o ambos por iniciativa particular de los respectivos titulares, y no por estatución soberana. Y sin que la circunstancia de que en varios casos (de que son muestra los contratos más usuales y más intervenidos estatalmente, en especial, por el Gobierno, y particularmente en cuanto al contenido, y que, por ende, sus efectos estén predispuestos imperativamente en mayor o menor medida) pueda implicar la desaparición de la autonomía, sustituida por la imposición oficial, conforme se puntualizará más adelante<sup>39</sup>.

5. *Límites a la autonomía privada*<sup>40</sup>. La autonomía negocial, ha solido decirse, se encuentra sometida a límites, expresados de ordinario en los conceptos de orden

38 Acerca de las transformaciones del derecho civil, en especial en materia de contratos frente a la 'moderna sociedad de masas', la 'construcción de las cargas sociales', la introducción de un 'derecho social', cfr. a K. LARENZ, *Allg. Teil*, cit., p. 44. "Misión del Estado constitucional es no tanto aquello de imponer a los ciudadanos un interés suyo superior, cuanto de realizar la tutela de los derechos fundamentales de la persona, y de favorecer el desarrollo libre de la persona humana": PERLINGIERI, ob. cit., p. 34.

39 Es frecuente una actitud negativa frente al empleo de la figura del contrato o, más ampliamente, del negocio jurídico delante de las reducciones crecientes en frecuencia y hondura de la autonomía particular, en especial en los casos de contrato forzado en sí mismo o en su renovación, y aun de contenido legalmente impuesto. Sin embargo, y no por hábito o por simple comodidad, se mantiene la disciplina negocial. "La intervención del Estado se da, más allá de la tutela de los contratantes individualmente considerados, (...) por una visión más general del problema económico y social. Allí se dan normas particularmente emanadas de la así llamada política de precios y las normas características de nuestro tiempo en materia de arrendamiento. (...) No se trata de límites, sino, por el contrario, de intervenciones positivas por medio de contratos que se puede decir son *impuestos* (...). También se tiene la inserción automática, art. 1339 c.c.": TRABUCCHI, *Istit.*, cit., p. 663 s. Cfr. MESSINEO, *Contratto, dir. priv.*, cit., p. 799; v. *supra* nota 16.

40 "El negocio es reconocido y tutelado, en la medida en que produce una utilidad socialmente relevante. Los límites a la autonomía privada se convierten no en fenómenos excepcionales

público y buenas costumbres, habiéndose profundizado en especial sobre el último, a propósito del cual son conocidas las clasificaciones de los negocios inmorales<sup>41</sup>.

Ciertamente uno y otro límites, no sólo como todo criterio político o ético, están sometidos a una variabilidad histórico-cultural, reconocida hoy en forma universal<sup>42</sup>, sino que, además, las normas que los erigen en límites, ora por la positiva: como requisitos de validez de la disposición, ora por la negativa: como causales de nulidad (nulidad absoluta)<sup>43</sup>, son normas represivas de previsión amplia o, como se dice en derecho penal: de tipo difuso o en blanco<sup>44</sup>, por lo mismo que

y de aplicación restringida, sino en requisitos connaturales al reconocimiento de la autonomía que es tal sólo en cuanto se la considere productora de utilidad social. El negocio (...) es acto de autorregulación de intereses, si y en cuanto regula intereses merecedores de tutela": MIRABELLI, *Teor. gen. del neg. giur.*, cit., p. 13. "La idea de autonomía privada, implicando un poder de autodeterminación, sugiere, así, sin más, la noción de límite, por las restricciones que el fenómeno encuentra necesariamente; la noción de límite, a su turno, presupone lógicamente el reconocimiento de una facultad de determinarse por sí mismo, a propósito de la cual se puede hablar sólo de límites que se hayan dispuesto en concreto": SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 153.

- 41 "Sin pretensiones de plenitud, al parecer los actos contrarios a las buenas costumbres pueden ser catalogados en las siguientes categorías: a) los actos que son contrarios a los deberes morales fundamentales, representados, p. ej., en el deber de fidelidad conyugal en el de respeto a la decencia, en el de administrar los bienes públicos en interés público y no en ventaja propia, etc.; b) actos dirigidos a obtener fines contrarios a la moral (donación para prestaciones sexuales); c) pactos contrarios al buen desempeño de las instituciones públicas o de previsión social (de *non licitando*, de mercado negro, de recompensa por atestaciones falsas); d) pactos contrarios al desarrollo honesto de las relaciones particulares; e) pactos de disfrute (usura); f) pactos que implican restricciones excesivas a la libertad personal o que imponen una decisión que debería ser libre; g) pactos que colocan fuera del comercio bienes que deberían estar fuera de toda contratación": TRABUCCHI, *Buon costume*, *EdD*, v, Milano, 1959, p. 705.
- 42 Cabe decir que de tiempo atrás se han considerado el orden público y las buenas costumbres como coordinadas limitadoras de la autonomía particular, cuyo contenido se llegó a pensar invariable. Sin embargo, en el presente nadie pone en duda la relatividad histórica y geográfica de aquello en que consisten uno y otras, independientemente de la mayor permanencia del repudio de algunas conductas, en especial las inmorales.
- 43 "Las buenas costumbres constituyen un cuerpo de reglas deontológicas no formalizadas, prejurídicas (...). La cláusula de orden público tiende a expandirse en el área de la paridad de tratamiento (...). Este principio puede operar de manera múltiple: antes de la celebración del contrato, obligando a las partes a no rehusarse a contratar sin un motivo adecuado; al momento de la celebración, y luego de ésta, conminando con la nulidad –o más fácilmente, con la rectificación– del contrato que haya sido celebrado con violación de la paridad": A. SACCO, *Il contenuto del contratto*, en *Trat. di dir. civ. dir. da P. Rescigno*, 10, Torino, 1983, p. 266 y 277. Cfr. cas. 13. mayo. 1968, CXXIV, p. 140; cas. 21. mayo. 1968, CXXIV, p. 167 ss.
- 44 "La ausencia de una promulgación y de una publicación puede transformar la relevancia de las buenas costumbres en un atentado oculto contra la seguridad del tráfico jurídico. El peligro, meramente teórico mientras el contenido de las buenas costumbres pareciera inalterable a través del tiempo, se ha convertido en concreto y efectivo con las grandes transformaciones de los últimos años. Quizá por esta razón la tendencia a apoyar las buenas costumbres en la voluntad del legislador, o al menos en la escala de los valores legales": SACCO, *ob. cit.*, p. 266. "Frente al llamado orden público *legislativo* o *textual*, que se da cuando el legislador expresamente prohíbe a los particulares celebrar convención contraria a una norma suya a la que le da carácter imperativo, está el orden público *virtual*:

no hay –ni puede, ni debe haber– leyes que determinen y cristalicen el contenido del orden público o de las buenas costumbres, por cuanto han de ser la expresión de los sentimientos y creencias de su tiempo, prevalecientes en una sociedad dada, y es al juez a quien le incumbe decir en cada caso lo que es *ius cogens*<sup>45</sup>.

Al margen de la costumbre de emplear junta y alternativamente las dos expresiones de orden público y buenas costumbres<sup>46</sup>, cabe preguntar si se trata de dos entidades diferentes o de una sola y cuál su relación con las "normas imperativas", ésta especialmente a raíz del art. 899 (1º) del c. de comercio, correspondiente al art. 1418 (1) del *codice civile*, y si es artificial la distinción entre orden público y buenas costumbres<sup>47</sup>.

es el juez quien estima si la regla considerada es particularmente importante para el buen orden social, y le reconocerá un carácter imperativo; es el tribunal quien decide si tal o cual contrato es nulo": FLOUR et AUBERT, ob. cit., p. 205 s.

- 45 "El problema de las fuentes consiste en saber quién está calificado para determinar el contenido del orden público y de las buenas costumbres. (...) Es menester anular las convenciones inmorales, aun en los casos en que ningún texto las prohíba. La determinación de las buenas costumbres no podría ser sino judicial. Los modos de determinación del orden público propiamente dicho no tienen la misma unidad. Al dictar una regla, el legislador le da, a veces, un carácter imperativo que impide a los particulares celebrar cualquiera convención que le sea contraria (...) [E]n otros casos el legislador no dice si autoriza o no a los particulares derogar la regla que formula. El punto es entonces de competencia del juez (...). Aquí, como en la de las buenas costumbres, la determinación del orden público es entonces exclusivamente *judicial*": FLOUR et AUBERT, ob. cit., p. 205 s. GHESTIN incluye dentro de las "fuentes del orden público": leyes, reglamentos y contratos tipo administrativos, la jurisprudencia, la costumbre y las convenciones colectivas: ob. cit., p. 67 ss.
- 46 "Un acto puede ser imposible materialmente o jurídicamente. Un acto contrario al derecho o a la moral es en sí materialmente posible, pero, concretamente en lo que concierne a las obligaciones, es considerado como imposible desde el punto de vista jurídico": SAVIGNY, *Le obbligazioni*, trad. G. Paccioni, II, Torino, 1915, p. 262 ss. "Es ilícita la prestación contraria a las normas de derecho y a las de las buenas costumbres. Téngase presente que, si bien hay una esfera amplia de actos contrarios a las *boni mores* que son vetados por el derecho, sin embargo, no se da una identificación, en cuanto el derecho no hace suyos íntegros los preceptos de la moral y, por tanto, un acto puede ser inmoral sin que por ello resulte repudiado por el derecho; mientras que, por otra parte, prohibiciones jurídicas pueden afectar actos que no se pueden calificar de inmorales": GROSSO, *La obligación*, trad. F. HINESTROSA, Bogotá, 1981, p. 65. "La única regla vivaz y práctica en materia de ilicitud y la única restricción interesante que aporta aquí a la libertad de las partes consiste en que el objeto del contrato no debe ser contrario ni al orden público, ni a las buenas costumbres (...). Ahora bien, si la ley determina a veces el carácter imperativo de las reglas que establece, de otra parte ha dejado al juez un poder amplio en estas materias: es a él a quien compete apreciar si tal o cual obligación tiene un objeto *contrario* a la ley que interese al orden público, en cuanto en contradicción con los principios fundamentales de la organización social actual": COLIN, CAPITANT, DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, II, Paris, 1953, n.º 86, p. 59.
- 47 "En cuanto limitan la libertad contractual, una y otra nociones corresponden a la afirmación de una supremacía de la sociedad sobre el individuo: lo cual impone a éste el respeto de ciertas reglas, consideradas como esenciales a su organización. Así aparece el carácter artificial de la distinción entre orden público y buenas costumbres: si algunas reglas morales fundamentales deben ser observadas imperativamente, no es por sí mismas, porque el fin del derecho no es directamente moralizador, sino por su valor social, por el

Se trata sin duda, en las tres hipótesis, de los principios y valores ético-político-sociales, unos "de naturaleza *colectiva*, atinentes a la convivencia pacífica y civilizada entre los hombres y a su progreso económico y social, (y otros) de naturaleza *individual*, relativos a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de los individuos"<sup>48</sup>, considerados por la comunidad como esenciales o fundamentales o básicos en cada oportunidad y circunstancia, para su desarrollo y para la realización de sus ideales, expresados en el ordenamiento: delantera y primordialmente en la Constitución, seguidamente en la legislación y, por último, en el raciocinio y los sentimientos del juez.

En rigor se está delante de una normatividad imperativa, de un *ius cogens*, en unos casos con mayor acento en el aspecto político, en otros con más atención por el reino de la moral, pero, de todas formas, de restricciones evidentes de la autonomía particular en cuanto a la disposición misma, a su contenido, a su objeto, sea que aparezcan de manera manifiesta –con nombre propio en la norma, como abunda en el código de comercio de 1971–, sea que se remitan al buen criterio, la prudencia, la severidad y el carácter del juez, como sucede cuando quiera que se habla de "objeto lícito" y de "causa lícita"; bien como requisitos de validez del acto o declaración, bien en su expresión negativa, como causales de nulidad<sup>49</sup>.

Tema éste último que tiene que ver directamente con las relaciones entre las ramas del poder público y más estrechamente con la llamada división y limitaciones de los poderes, por lo mismo que a tiempo que al legislador le corresponde la estatución general y abstracta, que no puede abarcarlo todo y, menos aún, anticiparse a las novedades de la vida económica, política y social, al juez le compete decidir el caso a la luz de la normatividad y de acuerdo con ella, sin que aquél haya de pretender la sujeción e inmovilidad del juez –cual se ha visto que sucede en las legislaciones revolucionarias–, ni éste pueda desentenderse de su sometimiento ineludible al sistema normativo dentro del que actúa, como tampoco extender su esfera de acción más allá del caso que resuelve (art. 17 del c.c.)<sup>50</sup>.

Para ello es saludable recordar que el ordenamiento nacional estatuye que "los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos, (y que) la doctrina constitucional es, a su vez,

orden que aportan a la sociedad (...). Puede entonces darse por sentado que las buenas costumbres hacen parte integrante del orden público. A lo menos constituyen un aspecto particular de él, lo que explica que las fuentes de unas y otro sean siempre las mismas".  
FLOUR et AUBERT, *ob. cit.*, p. 204 s.

48 PERLINGIERI, *ob. cit.*, p. 52.

49 *Ver supra* nota 45.

50 "El juez no puede decidir el caso concreto según su propio bagaje ideológico-cultural, según su sensibilidad, aun cuando en algunas hipótesis se le permite (...). Si el juez tuviera la posibilidad de juzgar el caso concreto según la propia visión del mundo, no habría lugar a que el parlamento se ocupara de hacer leyes o a que el ejecutivo (el gobierno) dictara reglamentos u otros proveimientos dotados de fuerza de ley, por cuanto el juez se podría sustraer al respeto de las unas y los otros": PERLINGIERI, *ob. cit.*, p. 66 s.

norma para interpretar las leyes" (art. 4º de la ley 153 de 1887), luego de haber acogido la base fundamental de un Estado de derecho: "cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal preferirá aquélla" (art. 5º de la ley 57 de 1887), y para en seguida prescribir la inclusión del título III de la Carta ("*De los derechos civiles y garantías sociales*") como pórtico y parte "integrante y primordial del código civil" (art. 5º de la citada ley 153 de 1887).

6. *Orden público*. Dictados políticos que señalan terminantemente la primacía del interés social sobre el individual y procuran enrumbar la actividad privada del modo que sea más conveniente para la comunidad entera, como se la considere, en el momento y según las circunstancias, más útil socialmente<sup>51</sup>.

Esta postura puede decirse que formalmente se dio con anterioridad al solidarismo, aparte de qué tanta aplicación se le hubiera dado. Para el caso colombiano es oportuno anotar que ya el art. 31 de la Constitución de 1886 prevenía que "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público", y autorizaba la expropiación; que el art. 18 de la ley 153 de 1887 consagra el "efecto general inmediato" de "las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior"; y que el art. 28 de la misma ley (12 de la ley chilena de 7 de octubre de 1861) preceptúa que "todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley", todo lo cual –valga anotar– permitió

51 "Valga recordar que la fórmula 'orden público' tiene una fecha de nacimiento suficientemente precisa: aparece por primera vez en el código de Napoleón, donde fue inscrita, no sin contrastes, incertidumbres y disentimientos vivaces (...). La fórmula no solamente nace en un momento en que se colocan en el centro del sistema del código las grandes ideas de libertad y de dignidad de la propia persona humana. La idea de la bipartición del derecho, en un derecho que expresa los intereses generales, propios de la comunidad, y un derecho que expresa los intereses de los particulares, lo mismo que la lógica y consiguiente subordinación del derecho privado al derecho público y de los intereses particulares a los intereses generales, es una idea antigua y consolidada. Pero, con la alusión al orden público no es a esta bipartición a la que se entiende hacer referencia: el orden público no se coloca en ninguno de los dos grupos de normas, sino, en cierto sentido, al presupuesto propio, porque él encuentra su justificación en las ideas y en los valores políticos en los que se funda la sociedad y con arreglo a los cuales está ordenada, valores que el orden público está llamado a afirmar y conservar (...). En esta perspectiva, la función de límite que el orden público está llamado a desplegar frente a la autonomía negocial, no expresa ni quiere individualizar la exigencia de una supremacía del interés público sobre el interés individual, y la posibilidad de que éste pueda y deba ceder a aquél, cuando las situaciones concretas así lo exijan; el orden público, como límite de la actuación negocial, expresa más específicamente la exigencia de que los particulares, en sus convenciones, no subviertan aquellos valores fundamentales en que se funda el orden social, y que sí las realicen en el respeto de los valores y principios que el Estado considera esenciales y característicos de la organización social en un determinado momento histórico": G.B. FERRI, *Ordine pubblico, diritto privato*, EdD, XXX, Milano, 1980, p. 1051 ss.

declarar la legitimidad de las normas laborales y, posteriormente, de las normas agrarias y de arrendamiento tanto de predios rurales como de inmuebles urbanos, ciertamente de efecto general inmediato modificatorio de las relaciones en curso y de los contratos en ejecución, con diferenciación sutil entre “retroactividad” y “retrospectividad”, que previene acerca de la primacía del juego semántico sobre la explicación y la justificación política por sí misma<sup>52</sup>.

Los códigos civil y de comercio colombianos siguieron la redacción de sus ancestros francés e italiano, en su orden, sin reparar en las críticas que las respectivas doctrinas formularon a algunos de los preceptos correspondientes<sup>53</sup>, y así, confusamente, el civil declara en su art. 6° (inc. 2) que “en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de ley, si en ella misma no se dispone otra cosa”, y el de comercio en su art. 899 prescribe que “será nulo absolutamente el negocio jurídico (...) cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa”, luego de haber estatuido, con evidente falta de técnica y providencia, que “cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial” (art. 897)<sup>54</sup>.

Así que una primera respuesta práctica a la pregunta de cómo se manifiesta el concepto de orden público frente a la autonomía negocial se encuentra en la invalidez de los actos o, mejor, de las disposiciones (por lo mismo que la invalidez puede ser parcial, remitida a una cláusula o pacto, sin afectar a la integridad del negocio jurídico) expresamente prohibidas por la ley<sup>55</sup>. En tales hipótesis el orden

52 Cfr. sent. de Corte Plena de 12 de noviembre de 1937, que declaró exequible la ley 10 de 1934 (sobre prestaciones sociales del trabajador), donde se cita con acogimiento a MANUEL J. ANGARITA: “hay leyes que se refieren al pasado sin vulnerar ningún derecho adquirido; esas leyes no tienen carácter retroactivo y deben considerarse únicamente como ‘retrospectivas’”: XLIV, p. 700, y v. el salvamento de voto, p. 711 s.

53 Las fórmulas del art. 6° c.c. y del ord. 1° del art. 899 c. co. son de suyo reprochables por su vaguedad y generalidad, y porque crean una inseguridad enorme en las relaciones negociales, a más de que resultan inoperantes. No toda transgresión del ordenamiento produce nulidad, ni está llamada a producirla lógica y legalmente hablando; la nulidad, como medida política que es, obedece a una determinada sensibilidad del ordenamiento y exige una previsión normativa concreta. Cfr. cas. 13 y 21 de mayo de 1968, cit. nota 42. “La formulación del art. 1418 (c.c. italiano, de donde fue tomado el 899 c. co. col.) es sobre este punto (‘superoperatividad’ de las prohibiciones legales, de la cual emerge la nulidad virtual –ZGB, DDR [Rep. Dem. Alemana]) ambigua: en el primer inciso parece acoger el principio de la nulidad virtual, mientras que en los incisos 2 y 3 parece adoptar el principio opuesto de la nulidad textual (...). En ese contexto resulta demasiado rígido el criterio de la taxatividad, pero no menos viciado de formalismo el criterio que vincula la nulidad, a guisa de sanción, a las prohibiciones previstas por las normas imperativas. No hay lugar, pues, a criterios rígidos y principios absolutos, sino sólo a criterios orientadores”: TOMMASINI, *Nullità*, cit., p. 878 s. Cfr. F. HINESTROSA, *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, en *Derecho comercial colombiano*, Medellín, 1985, p. 201 ss.

54 Cfr. HINESTROSA, ob. cit., p. 206 ss.

55 Ver art. 902 c. co. Cfr. el principio: *utile per inutile non vitiatur*. “La nulidad puede distinguirse en total o parcial, según que afecte al negocio en su integridad o sólo a una o varias disposiciones particulares o parte de una disposición (...). El punto ha suscitado mayor

público se encuentra determinado legislativamente y tanto los particulares como la jurisdicción consiguen por ese medio una certeza inmediata y, por lo mismo, seguridad. El código de comercio de 1971 emplea a menudo esa forma que, en medio de la antipatía de la expresión represiva, constituye un alivio en la duda acerca de la legitimidad o no legitimidad de una estipulación que difiera de las disposiciones de ley, al saberse allí de plano que no es factible variarlas o, como se dice de ordinario, derogarlas.

Es básica, a la vez que bien conocida, por lo mismo, la clasificación de las normas en imperativas y supletorias o dispositivas, que en cierta medida se remite a la clasificación de los elementos del negocio jurídico en *substantialia*, *naturalia* y *accidentalía*<sup>56</sup>. Lo esencial concierne a la estructura lógica de la figura: lo que la caracteriza y define, sin lo cual, por ende, sería irrelevante del todo o como tal, o sea que en ello se presenta un reenvío al tema de la función. Lo natural es lo que pertenece a la figura de suyo, según el ordenamiento, esto es, por disposición consuetudinaria o precepto legal, salva estipulación en contrario o diferente. Lo accidental es lo específico de la disposición en concreto, que, necesaria y obviamente, ha de prevalecer como contenido propio<sup>57</sup>.

Es eso accidental, o que "se expresa en los contratos" (art. 1603 c.c.) o "pactado expresamente en ellos" (art. 871 c. co.), el contenido del negocio que responde a la iniciativa y autonomía privadas, lo que ha de cotejarse con el derecho imperativo, y respecto de lo cual interesa, en consecuencia, saber si los preceptos legales que disciplinan el negocio jurídico o el contrato, en general, y la figura empleada, en singular, son normas cogentes o son dispositivas o supletorias —sin que haya de detenerme aquí acerca de si son sinónimos estos conceptos o se les ha de diferenciar terminante y útilmente—, por lo mismo que de todas maneras, así fuesen distintas, unas y otras normas se hermanan en ser "derogables" por la disposición particular de intereses<sup>58</sup>.

interés recientemente sobre todo en función del fenómeno cada vez más amplio de la sustitución automática de cláusulas (BGB § 139; art. 1419 c.c. it.): TOMMASINI, *Nullità*, cit., p. 901 ss. Cfr. ENNECERUS, NIPPERDEY, ob. cit., p. 369 s.; CRISCUOLI *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959.

56 "NETTELBLADT en *Systema elementare*, tom. I, sect. I, tit. V. de *actibus iuridicis*, 1749, en el § 68, trae la distinción de los *substantialia*, *naturalia* y *accidentalía negotia*, que se convirtió en tradicional en la doctrina civilista": F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 341 nota 33. "CUJAS no distingue en los contratos más que las cosas que son de la esencia del mismo, y las que le son accidentales. La distinción que han hecho varios jurisconsultos del siglo XVI es mucho más exacta, pues distinguen tres cosas diferentes en todo contrato: las que son de la esencia, las que son únicamente de la naturaleza y las que son puramente accidentales al contrato": POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, n.º 5. v. art. 1501 c.c.

57 Cfr. arts. 1603 c.c. y 871 c. co.

58 "Normas dispositivas y normas permisivas, figuras diversas, coincidentes sólo en su 'derogabilidad' por los particulares": PERLINGIERI, ob. cit., p. 90 s. Normas imperativas, normas supletorias, normas dispositivas: cfr. A. von TUHR, *Teoría general del derecho civil alemán*, trad. T. RAVÁ, I, 1, Buenos Aires, 1946, p. 40 ss.



Ahora bien, la restricción de la autonomía privada por consideraciones políticas, igual que ocurre con las éticas, no se circunscribe a las hipótesis de prohibición de determinada estipulación, cláusula o pacto, que permitirían presentar un catálogo completo y seguro de las disposiciones particulares vedadas expresamente por la ley o de las normas de la disciplina negocial no susceptibles de sustitución o derogación particular<sup>59</sup>. Existe el llamado "orden público *virtual*", en contraposición al "*textual*"<sup>60</sup>, que se da por cuanto la ley sanciona con la nulidad (absoluta) las disposiciones incursas en causa u objeto ilícitos –también sin practicar una distinción nítida entre las dos figuras– (arts. 1741 c.c. y 899 [2º y 3º] c. co.) y previene que "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación" (art. 1519 c.c.); "en la enajenación de las cosas que no están en el comercio, de los derechos o privilegios que no puedan transferirse a otra persona y de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello" (art. 1521 c.c.); y, con expresión tautológica, "en todo contrato prohibido por las leyes" (art. 1523 c.c.); y agrega que "se entiende por causa *ilícita* la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público" (art. 1524 [2] c.c.)<sup>61</sup>.

7. *Orden público político y orden público económico*. En la idea de orden público hay un ingrediente político manifiesto, y esa caracterización se daba más completa dentro del denominado "orden público clásico": prohibición y sanción con la nulidad de los negocios jurídicos contrarios a la seguridad del Estado o a sus empeños tradicionales, o de las cláusulas o pactos incursos en las mismas violaciones o demasías<sup>62</sup>. Esa visión es la que se encuentra en la jurisprudencia y la doctrina

59 A. SACCO, ob. cit., p. 270, a propósito de las normas imperativas anota que "el legislador ciertamente no tiene ni la paciencia necesaria, ni el hábito de advertir, caso por caso, la naturaleza invalidante o imperativa de las reglas que elabora, por lo cual, frente a una norma cualquiera podemos preguntarnos si es imperativa o dispositiva; y frente a cualquiera prohibición, podemos preguntarnos si es invalidante".

60 Ver *supra* nota 44.

61 Luego de haber incluido la licitud de objeto y la licitud de causa dentro de los requisitos del acto jurídico en el art. 1502 (el *Code civil*, art. 1108, habla de condiciones para la *validez* de la convención), el código civil asimila los dos fenómenos en cuanto a la contrariedad de las leyes, el orden público o las buenas costumbres, en los arts. 1518, 1519, 1522, 1523 y 1524, y en el lenguaje de la doctrina y la jurisprudencia se emplean las expresiones causa y objeto, con el adjetivo correspondiente a la ilicitud, como sinónimas.

62 "Decir que existe un orden público político es poner de suyo límites al individualismo, doctrina imperante en 1804, pero que nunca llegó a ser absoluta. Es decir que el hombre hace parte de comunidades, frente a las cuales tiene deberes que no puede eludir. En la óptica del siglo XIX esos grupos son dos: el Estado y la familia. Pero el Estado y la familia no son solamente instituciones, marcos cuya organización debe ser respetada. Tales instituciones tienen una función que cumplir, y para ello han de imponer a sus miembros el respeto de ciertas reglas morales. El orden público asegura, pues, contra las iniciativas individuales, la defensa del Estado, de la familia y de la moral (...). La libertad contractual no estaba limitada, así, sino para garantizar mejor la libertad individual, en cuanto la libertad misma era de orden público": FLOUR et AUBERT, ob. cit., p. 208. "La concepción predominante en el siglo pasado [XIX] combatió contra todas las restricciones legales o

habituales, con una gran aproximación entre la imperatividad política y la regla moral. Más cercana a nuestro tiempo está la idea de un "orden público económico"<sup>63</sup> –que entre nosotros suscita recelos por el empleo de la expresión para el abuso de la legalidad extraordinaria en estado de sitio hasta la reforma constitucional de 1968–<sup>64</sup>. Tal clase de orden público responde a la necesidad en que se encuentra el Estado de intervenir: en cuanto legislador, en cuanto administrador (ejecutivo) y en cuanto juez, como se suele decir: restringiendo la libertad de contratación para garantizar mejor la libertad individual y reconociendo la desigualdad de condiciones particulares para ver de reducirla<sup>65</sup>.

Para algunos y por algunos conceptos aquí también hay una indiferenciación total entre orden público y buenas costumbres. Sin embargo, por varios respectos éste sería un campo –quizá el único– en donde habría posibilidad de aislar la noción de orden público como restrictiva de la autonomía, ora de ambas partes, ora de una sola, en aras de una economía (producción, distribución y consumo de bienes

- sociales; se ha dicho precisamente que la autonomía contractual constituyó uno de los trofeos de la victoria más general del individualismo": TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., p. 659.
- 63 "De un lado el Estado entra en el 'juego' de la economía asumiendo en primera persona en ciertos sectores productivos la posición de empresario; de otro lado, predispone programas que coordinan y enrumban la actividad económica, tanto pública como privada; de otro lado, en fin, predispone autoritariamente medidas relativas a distintos sectores de la economía nacional (...). La cesación de la neutralidad tradicional del Estado frente a los hechos económicos ha inducido a algunos escritores, especialmente franceses (RIPERT, *L'ordre économique*), a elaborar la noción de un orden público económico, autónoma respecto de la tradicional del código. En este sentido la noción de o.p. debería caracterizarse y distinguirse, ya no como excepcional (de contenido 'prohibitivo' o 'negativo'), sino como una noción 'funcional': G. B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 1056. "El contenido del o.p. económico no es definible con referencia a los principios fundamentales que gobiernan la sociedad (...) sino que constituye, por el contrario, la calificación normal de las legislaciones nuevas": FARJAT, *Droit économique*, Paris, 1971, p. 42.
- 64 A partir de 1944, entonces, para la introducción de un nuevo derecho del trabajo, se comenzó a emplear los poderes excepcionales del estado de sitio, art. 121 C.N., para adoptar medidas no directamente relacionadas con los motivos de la perturbación del orden público o la conmoción interior, sino supuestamente encaminadas a remover sus causas (sociales, económicas), lo que llevó a la postre a la sustitución del legislador ordinario por el ejecutivo. En la reforma constitucional de 1968 se introdujo la figura de la "emergencia económica" (art. 122 C.N.), que permite deslindar la normatividad política y policiva, propia del estado de sitio, de aquella que responde a circunstancias críticas de índole social y económica, no sólo conceptualmente, sino en su adopción, permanencia y tratamiento.
- 65 "El orden público económico de hoy reposa en una concepción del todo opuesta a la anterior. De parte del legislador consiste a menudo en 'destruir' deliberada y directamente la libertad contractual, sometiendo numerosos contratos a una reglamentación imperativa": FLOUR et AUBERT, ob. cit., p. 216. Sobre la importancia creciente de las funciones del "Estado social" o "Estado de bienestar" y su influjo en el derecho de los contratos, de una doble manera: con la injerencia legislativa y jurisdiccional en el contenido del contrato, en tutela del interés público, y con una participación pública más fuerte en la celebración del contrato, cfr. FRIEDMANN, *Rechts und social Wechsel*, cit., p. 115.

y servicios) racional y equitativamente organizada<sup>66</sup>, privilegiando las aspiraciones y las prerrogativas de los individuos y de las llamadas “comunidades intermedias”.

La doctrina es clara y unánime al destacar que, al paso que el orden público político tiene fundamentalmente un *sentido negativo*, en cuanto ha de verse en prohibiciones de celebrar determinados negocios jurídicos o de estipular determinadas cláusulas o pactos, el orden público económico tiene un *sentido positivo*: direccionista. Aquel “dice lo que no se debe hacer”, éste “dice lo que se debe hacer”. Orden público económico que en oportunidades se manifiesta como tutelar de los intereses individuales en razón de una determinada posición económica, social, jurídica, de tiempo, etc., y en otras actúa como instrumento para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico<sup>67</sup>.

Y en este ámbito, posiblemente más que en lo que concierne al orden público clásico y a las buenas costumbres, tiene el juez mayor posibilidad de hacer efectivos la supervisión y el control estatales del ejercicio de la autonomía privada, a la par que de incurrir en errores y pecados, bien por defecto, bien por exceso, en el ejercicio mismo de su función y en el sentido propio de sus decisiones<sup>68</sup>.

66 “La iniciativa económica privada es libre (art. 41 C. it.), pero, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo: ella no puede desplegarse en contraste con la utilidad social o de modo de ocasionar daño a la seguridad, la libertad o la dignidad humana (...). Tal afirmación implica una funcionalización de los fines de la empresa, que deben ser los del provecho, pero de uno que coincida siempre con la utilidad social y responda a ella (...). A la luz de la Constitución (v. art. 32 C.N. col.), el derecho civil asume significados y contenidos distintos de los que le atribuía el jurista tradicional inspirándose en los motivos de fondo del solo código”: PERLINGIERI, ob. cit., p. 19 s.

67 “No se remite a duda que la distinción entre ‘protección’ y ‘dirección’ –entre lo que es ‘social’ y lo que es propiamente ‘económico’– puede ser perfectamente esclarecida; en todo caso, hoy no lo está. Si se pudiera discernir de antemano el criterio, desde el punto de vista práctico mostraría un interés, ya anotado, de diferenciar entre orden público político y orden público económico *lato sensu*. Pero, por insinuante que sea de dos orientaciones netamente diversas, esta última oposición no pasa de ser puramente descriptiva (...). El orden público político y el orden público económico *stricto sensu* tienen en común el estar al servicio del interés general (...). Globalmente contemplado, el orden público aparece, en todo caso, como una noción singularmente más rica de lo que se la creyó en el siglo pasado (...). Lo esencial es no aportar falsas certidumbres, estableciendo categorías absolutas, sino, en lo posible, hacer reflexionar”: FLOUR et AUBERT, ob. cit., p. 222 s. “No es fácil, y a veces no parece posible, distinguir, en las intervenciones del Estado, aquéllas que más directamente tratan de asegurar la tutela efectiva de los contratantes para un funcionamiento más justo del instrumento privatista, de aquéllas con las cuales el legislador se propone la obtención directa de fines publicistas, de tutela en general del mercado o para asegurar los fines más agudamente sociales. A veces la intervención del Estado se opera con instrumentos de autoridad sobre el mercado con intervenciones *positivas*, otras veces le fija *límites* más precisos al derecho de los particulares”: TRABUCCHI, *Istit.*, cit., p. 663. “Orden público político esencialmente *negativo*, de prohibición; orden público económico, generalmente *positivo*, de ordenación (...). ¿Orden público de protección (u orden público social) y orden público de dirección (u orden público económico propiamente dicho)?”: FLOUR et AUBERT, ob. cit., p. 219 y 221.

68 “El juez es independiente, libre, pero para la aplicación de la norma. Él se encuentra vinculado a la norma, pero no como está escrita, o para su interpretación literal, sino a lo que ella significa, dentro de la globalidad del ordenamiento jurídico en ese momento

8. *Buenas costumbres*. Regla moral, sentido ético de la iniciativa particular; pero, en fin de cuentas, ¿qué ha de entenderse por “buenas costumbres”? ¿“La moral prevaleciente en la sociedad actual”? ¿“Lo que el hombre de la calle considera correcto”? ¿“Los principios morales que la gente reconoce diariamente como tales”? Y, ¿cómo hacer su identificación dentro de la enorme pluralidad y heterogeneidad de medios culturales y, por tanto, de concepciones, prácticas y sentimientos acerca de cómo debe procederse en la autorregulación de los intereses propios? ¿Moral ascética? ¿Moral complaciente? ¿Moral realista, promedia, comprensiva?<sup>69</sup>. Para apreciar la evidencia y la magnitud de estos problemas, baste tratar de emitir juicios de valor acerca de las decisiones judiciales en asuntos en donde, aparte de si el fallo debe pronunciarse en derecho o en conciencia, el sentido de él es incuestionablemente un punto de conciencia, esto es, de moral: ¿con arreglo a qué criterios se va a poder sostener que se procedió severamente o con largueza, y con qué fundamento se iría a censurar o ensalzar una u otra posturas?

Y, ¿de qué clase de moral se está hablando?: ¿de moral compensatoria? ¿De moral distributiva? De todas formas, aquí también, y posiblemente en términos más profundos, es patente la historicidad del contenido de la moral y de su ejercicio como limitación de la autonomía negocial. De las clasificaciones estereotipadas de los negocios inmorales, con la atención prevalecientemente dirigida hacia la moral sexual, se ha pasado a una concepción más vasta, a la vez que más dinámica de la moral, posiblemente más próxima al orden público<sup>70</sup>. Todo sin perder de vista

histórico, dentro de la realidad sobre la cual debe decidir, posiblemente para los fines de una transformación en sentido positivo de la sociedad”: PERLINGIERI, *Profili istit. del dir. civ.*, cit., p. 7.

69 Valga recordar las máximas antiguas: *non omne quod licet honestum est y non omne quod inhonestum est est illicitum*. “Cuando, yendo más allá de una enumeración de ejemplos, se busca desentrañar un criterio general, se palpan en la doctrina dos tendencias principales: la una, *empírica*, consistente en referirse a lo que es normal y habitual, teniendo en cuenta las circunstancias del tiempo y el lugar. Las buenas costumbres –decía DEMOGUE– ‘no se determinan según un ideal religioso o filosófico, sino conforme a los hechos y a la opinión común’ (*Traité*, II, n.º 773 bis); la otra, *idealista*, consistente en hacer prevalecer una concepción de vida que el juez estima moralmente superior. No se trata de comprobar, sino de juzgar: aquí lo que se hace no es forzosamente lo que se debería hacer. La primera tendencia habría hecho vaciar pronto la noción de buenas costumbres de todo alcance: el juez no debe *seguir* la opinión, sino saber cuándo *reaccionar* contra ella. Pero, sin que esto signifique que le sea posible fundarse sobre un ideal universal”: FLOUR et AUBERT, *Les obligations*, I, cit., p. 214. Así mismo, J. CARBONNIER, *Théorie des obligations*, Paris, 1963, p. 154, y J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, Paris, 1980, p. 79 s.

70 “Es interesante resaltar que en la práctica francesa, la noción de buenas costumbres no se haya contemplado, prácticamente sino con relación a la moral sexual, en tanto que en Alemania la cláusula correspondiente (§ 138, 826 BGB) ha servido para mucho más, especialmente para la represión del abuso del derecho, la lesión, etc.”: CARBONNIER, ob. cit., p. 154. V. también GHESTIN, ob. cit., p. 78. “Se suele hacer una distinción escolástica entre contrato ilegal (contrario a la ley), contrato prohibido (contrario al orden público) y contrato inmoral (contrario a las buenas costumbres). No son, empero, categorías éstas cuyo contenido se excluya: es claro, p. ej., que un contrato inmoral puede ser al mismo tiempo prohibido por la ley y contrario a los principios fundamentales de la vida jurídica

con qué facilidad y en qué tan corto tiempo se anda de uno a otro extremo, y que en el presente estamos atravesando un período en donde la pose de moralista es del mejor recibo y produce dividendos, a la vez que crea tensiones, ambiente de sospecha, presunciones de culpabilidad, distorsionantes e intimidadoras.

Aquí también la normatividad es de tipo amplio, a la vez que plantea exclusivamente una "moral virtual", de determinación nada más que por el juez y por el juez de hecho, muy difícilmente impugnable en casación. Razón por la cual lo expuesto en torno del "orden público virtual" es predicable a este propósito, y es indispensable reiterar las limitaciones del poder de los jueces, ineludiblemente sometidos a la normatividad y prohibidos de cualquiera suplantación del legislador o de pretenderse oráculos monopolizadores de la moral y de su identificación y aplicación<sup>71</sup>.

9. *El contrato forzado*. La primera de las libertades en materia de negocio jurídico es la de realizar una conducta dispositiva de intereses propios o abstenerse de dicha disposición, según el buen criterio del titular: contratar o no contratar. Pues bien, esa libertad se puede comprometer por el propio interesado de antemano, bajo la forma de un contrato preparatorio, en donde se obligue a la celebración de un determinado negocio jurídico, en determinados términos y bajo determinadas circunstancias, de modo que siendo exigible esa obligación –de un hacer específico: contratar– y siendo el promitente remiso a su cumplimiento, el promisorio puede obtener su satisfacción *in natura* con la colaboración del juez, quien dicta mandamiento ejecutivo, declara la legitimidad de la pretensión y, por último, es

que constituyen el orden público (...). En cuanto se refiere al ámbito de la categoría, hemos de admitir su acepción vasta, con referencia a las reglas fundamentales de la moral pública, superando el concepto restringido de las buenas costumbres ligado a los problemas de la vida de relación sexual o familiar, admitiendo, sin embargo, que el número más grande de actos considerados contrarios a las buenas costumbres estará siempre conectado con la violación de los deberes de decencia, de libertad sexual, de observancia y respeto del vínculo conyugal, sin que esto dé razón para restringir a aquel campo el respeto debido a la moralidad esencial": A. TRABUCCHI, *Buon costume*, EdD, v, Milano, 1959, p. 701 y 705. Acerca de las restricciones de la libertad contractual por el principio de *Treu und Glauben* (buena fe), cfr. HAEGELE & HAEGELE, *Vorteilhafte* etc., p. 26.

71 Sin menoscabo alguno de la importancia y la grandeza de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, y precisamente para que conserve su dignidad y su majestad, es ineludible reiterar, más que el principio de separación de los poderes, el límite natural a lo que pudiera denominarse la soberbia judicial, si que también a su contaminación política pasional. ¿Creación del derecho por parte del juez? Oportuno el recuerdo de la máxima ciceroniana *Servi legum sumus ut liberi esse possimus*, y del vigoroso artículo de S. SATTÀ, *Il giudice e la legge*, *Riv. trim. di dir. civ.*, Padova, 1971, p. 129 ss. Cfr. J. DABIN, *Droit et politique*, en *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1955, p. 193 ss., y G. LAGARDE, *Droit des affaires, droit sentimental*: "un inventario del derecho sentimental de los negocios, nos lo muestra: en la legislación sentimental, en la jurisprudencia sentimental, y en los ejemplos de disentimientos prolongados entre el poder que dice la ley y el de quien dice el sentido de la ley" (p. 492 ss.).

quien otorga la declaración que sea, en sustitución del deudor<sup>72</sup>. Caso único de ejecución específica de la obligación de hacer, con un subrogado personal jurídicamente calificado<sup>73</sup>.

Hasta hace relativamente corto tiempo no era aceptada la pretensión ejecutiva específica de una obligación de hacer consistente en la celebración de un negocio jurídico (que si es formal se hará con las solemnidades de rigor, y si es real, a la postre, con la entrega de la cosa), dentro de la consideración, apresurada y sofisticada, de que no puede haber entonces ni constrictión personal, ni relevo, éste porque la voluntad de la persona capaz es insustituible.

La ley 66 de 1945 dispuso la adición del código judicial de modo de autorizar al juez para el otorgamiento del caso a nombre del deudor, y el art. 501 c.p.c. mantuvo dicha prevención y la reglamentó<sup>74</sup>.

Pero, además de esta hipótesis de contrato forzado, en la cual no se puede perder de vista que quien celebra el negocio preparatorio asume una obligación de contratar (*pactum de contrahendo* o *de ineiundo*, pacto de compromiso) y, por tanto, presta su consentimiento no sólo para aquel contrato, sino también para el contrato futuro, asegurado por ese medio<sup>75</sup>, la doctrina destaca otros eventos de contrato forzado<sup>76</sup>: el que se celebra entre los dueños del predio enclavado y del predio sobre el cual se va a constituir la servidumbre de tránsito para la adquisición del derecho y su pago (art. 905 c.c.); el que se celebra para evitar el trámite de una expropiación en ciernes y acelerar la producción de los efectos de ella; el correspondiente a una expropiación por causa de utilidad privada: remate en procesos ejecutivos o divisorios, expropiaciones de fondos rurales para parcelación o redistribución del dominio; los de arrendamiento, que, avanzado el año de 1918, impuso el Estado francés entre quienes tenían lugares para vivienda o comercio y

72 "La declaración de voluntad contenida en la sentencia *toma el lugar* de la declaración rehusada por el promitente, en concurso con la declaración de voluntad del promisorio, contenida en la demanda judicial, y sirve para constituir el *subrogado del acuerdo* (o consentimiento; esa sentencia es de accertamiento constitutivo o, como se dice corrientemente, es una sentencia constitutiva": MESSINEO, *Contratto preliminare*, EdD, x, Milano, 1962, p. 182. Cfr. COSTA, *Manuale di dir. processuale civile*, Torino, 1980, p. 69; BETTI, *Teor. generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 38.

73 La regla *nemo facere cogi neguit*, que señala la prohibición de constreñimiento directo en las obligaciones de hacer, rige para todas ellas, con la salvedad de las de celebrar un negocio jurídico, donde el acreedor, con la mediación jurisdiccional, obtiene una verdadera satisfacción *in natura*, aun a contrariedad del deudor.

74 Cfr. H. MORALES M., *Curso de derecho procesal civil, Parte especial*, Bogotá, 1973, n.º 198; H.F. LÓPEZ B., *Instituciones de derecho procesal colombiano, Parte especial*, Bogotá, 1985, p. 247 ss.

75 Cfr. F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, EdD, x, Milano, 1962, p. 180 ss.; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, Milano, 1973, p. 91 ss.

76 "Sería sin duda inexacto decir que el fenómeno jurídico del *contrato impuesto* o *forzado* es exclusivamente producto del dirigismo: el hecho es que existe en la legislación anterior y en el propio código civil, en los casos en los cuales una persona se encuentra, sin haberlo querido, implicada en una relación contractual": R. MOREL, *Le contrat imposé*, en *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle*, II, Paris, 1950, p. 116.

quienes los necesitaban, según los empadronamientos del caso, habida cuenta de la escasez de inmuebles con relación a la demanda, por los destrozos de la guerra, señalados como un primer paso debido a una emergencia grave e indiscutible, en un proceso continuado, que explica su mantenimiento y ampliación porque las carencias y exigüidades se han ido convirtiendo en endemia y muestran tendencia a permanecer y extenderse; los que ha de celebrar quien desarrolle una empresa en condiciones de monopolio legal (art. 2597 *codice civile*) y, en especial, quien preste servicios de transporte público (art. 1679 *ibíd.*); se menciona también el evento de las empresas de seguro en algunos casos de seguro de responsabilidad; a los que pueden agregarse las hipótesis de venta o de almacenamiento forzado de mercancías en determinadas circunstancias: p. ej., la venta de divisas ordenada por el decreto 444 de 1968, y la de arrendamiento de inmuebles para establecimiento de comercio: art. 521 c. co.

Lo que hay acá para destacar, más que el hecho mismo de la imposición, es cómo se ha ido reduciendo aquello de "si quiere contratar, cuando quiera, como quiera y con quien quiera", y reconocer que, si bien pueden darse exageraciones en la práctica de tales medidas, en realidad siguen siendo excepcionales los casos y debidos siempre a necesidades de abastecimiento de la demanda o, más equilibradamente, de la población, delante de calamidades ocasionales o de endemias o de formas propias de la economía de masa<sup>77</sup>.

Y esto sin hablar del denominado "contrato de hecho", por lo mismo que con él lo que ocurre, en verdad, es que en situaciones que tienen origen en "contactos

77 "Puede decirse que hay contrato impuesto cuando quiera que una persona está obligada por la ley a hacer la declaración de voluntad necesaria a la formación de un contrato, bajo pena de una sanción. No debe incluirse, pues, en esta categoría el contrato que una persona está obligada a celebrar porque se comprometió a ello: es el caso de la promesa de contrato. Tampoco, por supuesto, entra en la categoría de los contratos forzados el *contrato necesario*, es decir, impuesto por una situación de hecho que constituye el estado de necesidad. El contrato impuesto presupone el que una autoridad superior, el legislador u otra autoridad calificada, imponga a una o varias personas la celebración de un contrato tendiente a la creación de una situación jurídica, so pena de verse conminadas a sufrir una sanción por las vías legales, en algunos casos bajo pena de una sanción penal o disciplinaria (...). Aquí se imponen varias distinciones, según que la libertad contractual esté sometida, más o menos profundamente y, por tanto, en la medida en que se aleje más de la noción tradicional de contrato: A. La restricción menor se da cuando a la persona, siendo libre de abstenerse, se le impone, en el caso de que se decida a contratar, hacerlo con una persona determinada; B. En otros casos hay obligación de contratar, impuesta a una persona, aun a su contrariedad: es el verdadero contrato forzado. A veces puede escoger a la otra persona, pero con frecuencia está privada de esta elección; C. Una persona se puede ver, de pleno derecho, implicada en una relación contractual, sin haber formulado la más mínima declaración de voluntad: en tal caso se da una relación contractual de origen legal": MOREL, *ob. cit.*, p. 118 s. Sobre el contrato forzado para quien ejerce un monopolio, sea como empresario público, sea como particular, cfr. HAEGELE & HAEGELE, *Vorteilhafte etc.*, p. 24. El art. 979 c. co. no contempla la celebración forzada, pero sí la continuidad del suministro, que en el derecho colombiano puede ser tanto de bienes como de servicios (art. 968 *ibíd.*).

sociales" por fuera de la disposición de intereses conforme se encuentra disciplinada, por razones de comodidad, el ordenamiento prefiere aplicar a "los hechos cumplidos" la normatividad propia del contrato cuyos efectos se parecen más a aquéllos, por lo cual diera la impresión de que habría una "sustitución *ex lege* del acuerdo de las partes (¿analogía, pseudo contrato?)"<sup>78</sup>.

10. *Contenido normativamente impuesto*. El contenido del negocio jurídico se compone de lo que los sujetos disponentes estipularon, más las disposiciones consuetudinarias y legales que corresponden a la figura empleada por ellos<sup>79</sup>, dentro del fenómeno de la "integración"<sup>80</sup>, y menos lo que riña con la esencia de

78 Ver art. 1331 c. co., relativo a la "agencia de hecho". Cfr. L. CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione"*, Milano, 1958; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965; MESSINEO, *Contratto dir. priv.*, cit., n.º 12, p. 806 ss.; ID., *Contratto irregolare (di fatto) e ad affetto irregolare*, EdD, x, Milano, 1962, p. 111 ss. "Obligación derivada de una conducta socialmente típica (Relación contractual de hecho)": K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1, München-Berlin, 1964, p. 33 ss.

79 "Por contenido del acuerdo se pueden entender varias figuras, con caracteres y relevancia diversos: a) el conjunto de signos semánticos que intervienen en la declaración común de las partes; b) una regla inferida de la declaración en el curso del procedimiento complejo que conduce de la verificación del texto a la construcción de los efectos del negocio; c) la regla prejurídica, social que brota del acuerdo; d) el efecto del negocio, en cuanto imputado a las partes": SACCO, *Il contenuto*, en *Trat. di dir. priv.* 10, cit., p. 248. A propósito de la relación entre contenido y efectos: "La distinción entre contenido y efecto se encuentra recomendada en nombre de dos argumentaciones, de las cuales una es puramente lógica, y la otra corresponde a nuestro derecho positivo. Con la primera se hace presente que el contenido del acuerdo corresponde al mundo del hecho: es una realidad que habría de permanecer, aun cuando el ordenamiento por un instante dejara de reconocer aquel acuerdo. A la inversa, los efectos constituyen una realidad jurídica. Con la segunda argumentación se pone de presente que el efecto del contrato puede divergir, de modo más o menos amplio, de aquello que en el plano del hecho corresponde al acuerdo de las partes. Divergencia que se debe a la presencia de las reglas legales que dominan la interpretación, la integración del contrato mediante la equidad, los usos, etc.; a las presunciones (legales) de que las partes quisieron éste o aquel resultado: a las calificaciones a las que se somete el acuerdo, y a las consiguientes aplicaciones de reglas dispositivas; a las consecuencias *ex lege* del contrato; a la sustitución de la cláusula particular por la regla legal cogente": ID., p. 247. Cfr. Cfr. A. CATAUDELA *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 140 ss.

80 "El contrato ha de considerarse en el seno de lo que podría llamarse un 'ambiente normativo' siempre preexistente y predispuesto y en el cual se inserta y encuentra explicación (...). Se habla de *integración del contrato*, concepto y locución que empleó por primera vez entre nosotros REDENTI (*La causa del contratto secondo il nostro codice*, 1950). La integración se explica, no tanto sobre el contenido del contrato, cuanto sobre la calidad y la medida de los efectos, dirigida, no a establecer el sentido de la voluntad contractual, sino a hacer surgir efectos del contrato (...). El resultado práctico de tal integración es que la materia –la suma de los efectos del contrato– resulta, no solamente de cuanto emerge de las cláusulas elaboradas por las partes, sino también de cuanto deriva de la aplicación de las normas indicadas": MESSINEO, *Contratto, dir. priv.*, cit., p. 936.

Fenómeno éste que ha de diferenciarse con nitidez del correspondiente a la determinación del contenido *per relationem*, en los denominados contratos normativos, por medio de los cuales se fija anticipadamente el contenido de los contratos que forzosa o facultativamente habrán de celebrarse en el futuro: entre las mismas partes (bilateral, como en la agencia o el contrato de suministro o el de distribución) o entre una de ellas y uno o varios terceros



dicha figura o se oponga a una prohibición legal o contraríe el orden público o las buenas costumbres, dentro de la operación de depuración. En materia de derecho de familia (matrimonio, reconocimiento de hijo, adopción) es mínimo, por no decir ninguno, el margen dispositivo que tienen los particulares en lo que hace al contenido; al paso que en el campo patrimonial ha solidado y suele ser muy vasto su radio de acción. Sin embargo, es aquí donde el Estado interviene en distintas formas y por conducto de la ley y del acto administrativo, limitando y dirigiendo la actividad particular, de conformidad con sus dictados políticos, habiendo llegado en algunos casos y sectores de la economía a determinar la mayor parte del contenido negocial, de modo que los particulares se ven limitados prácticamente, tal como en los negocios de derecho de familia, a decidir si celebran o no el negocio, cuyo contenido se encuentra íntegramente o en su mayor parte preestablecido por la ley: valga citar al respecto los ejemplos de los contratos de tenencia de predios rurales y los de arrendamiento de inmuebles urbanos destinados a vivienda, en donde las leyes traen el formulario de contrato al cual han de someterse las partes. Se habla entonces de contenido legalmente impuesto, tal como corresponde a una realidad evidente<sup>81</sup>.

En otras ocasiones el ordenamiento impone una revisión administrativa previa del contenido negocial, vertido en formularios o modelos que quien ofrece los servicios respectivos no puede lanzar al mercado y utilizar sino una vez tenga la aprobación correspondiente, pero sin que tal aprobación implique certeza de legalidad de las estipulaciones, comoquiera que ésta solamente la da la jurisdicción y caso por caso, pero no la administración. Valga aquí por todos el ejemplo de las pólizas de seguros, que no pueden ser empleadas sino luego de su aprobación por la Superintendencia Bancaria [hoy, Superintendencia Financiera], encargada de la vigilancia de esa actividad.

Además está el caso de las normas imperativas que estatuyen un determinado contenido, no sujeto a modificación particular, de que son ejemplo las reglas del arrendamiento de inmuebles destinados a establecimientos comerciales, en cuanto a la renovación del contrato o prórroga del término, a las causales y trámites de terminación del contrato y al reajuste del precio (arts. 518 y ss. c. co.), cuya

(unilateral –*cartel*: condiciones de los contratos del agente o distribuidor con terceros, o de los futuros trabajadores). Allí también podría incluirse el contrato de tarifas (*Tarifvertrag*: FRIEDMANN, *Recht und social Wechsel*, cit., p. 25). Cfr. F. MESSINEO, *Contratto normativo*, EdD, X, Milano, 1962, p. 120 ss. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, cit., p. 93 s.

81 Son muy abundantes, cada día más frecuentes y amplios, los ejemplos de imposición del contenido negocial, en muy variada medida: la renovación automática del contrato, prórroga indefinida del término, tope de duración del contrato, irrenunciabilidad de derechos, fijación de la tasa, congelación de precios, y otros por el estilo, en donde la incorporación (integración) de las disposiciones estatales al contrato no ocurre a falta de estipulación particular (supletoriamente), sino imperativamente (inserción automática: ver art. 38 de la ley 153 de 1887), lo que muestra su carácter imperativo y su 'inderogabilidad' por las partes.

vigencia se garantiza de modo de considerarlas insertadas en el contenido del contrato al margen de si fueron o no pactadas y aún a contrariedad de cualquiera estipulación diferente, o sea que tales disposiciones legales sustituyen a lo dispuesto particularmente.

En fin, se tienen las normas que, modificando el contenido de determinadas figuras negociales en forma imperativa, vienen a tener aplicación inmediata por razones de seguridad, salubridad o moralidad, conforme lo previene el ya citado art. 18 de la ley 153 de 1887, o sea que son "retrospectivas", de modo que los hechos ya cumplidos dentro de la ejecución de los contratos en curso se entienden regidos por el contenido de éstos y las normas vigentes para cuando se celebraron (art. 38 de la ley 153 de 1887), pero los hechos por venir habrán de someterse a la nueva ley. Allí se opera, por mandamiento legal, una sustitución del contenido negocial de contratos celebrados válidamente bajo el imperio de otra legislación y que se encuentran en curso, con el agravante de que no se admite el desistimiento unilateral en razón de la enmienda sucedida, por lo cual sería natural pensar en un empleo prudente y excepcional de esa medida por parte del legislador y en una aplicación igualmente cautelosa de ella, a título de interpretación, por parte de los jueces.

El campo de empleo de la retrospectividad ha sido en Colombia básicamente y en orden cronológico, el de las relaciones laborales –individuales y colectivas–, el de las relaciones de propiedad, posesión y tenencia de predios rurales y el del arrendamiento de predios urbanos, tanto para vivienda como para comercio, y así ha ocurrido en todo el mundo.

Este fenómeno universal es inquietante, no tanto en sí, pues el "principio social" o el espíritu de solidaridad que han impregnado la mentalidad de esta época mueven a aceptar y aun a propiciar medidas de urgencia e ineludibles en beneficio de individuos y comunidades en situaciones precarias, como también reformas que atenúen esas situaciones y promuevan el desarrollo de las personas afectadas, sino por los abusos que pueden cometerse deliberadamente o por ligereza, al dar por sentado –como suele darse– que toda norma a la que quiera atribuírsele "contenido social" tiene efecto retrospectivo, independientemente de su sentido real y aun a contrariedad de lo que ella disponga, como aconteció con alguna doctrina a propósito de la disciplina de la agencia comercial en el código de comercio de 1971, a pesar de que éste fue cuidadoso y preciso al señalar que los contratos comerciales en curso seguirían rigiéndose por la normatividad derogada (art. 2036). Actitud ligera aquélla, en la que probablemente han influido en términos adversos la prolongación indefinida del estado de sitio de 1948 en adelante, el uso exclusivo por largo tiempo e indiscriminado en las más de las ocasiones de la normatividad extraordinaria, y la circunstancia de exigir ésta, de suyo, vigencia plena inmediata.

En el mismo plano de advenimiento de normas imperativas que sustituyen inmediatamente el contenido negocial se encuentra la extensión por decreto

gubernamental de las cláusulas de una convención colectiva de trabajo a todo un sector de la producción, en los contratos individuales que se están ejecutando<sup>82</sup>.

A tales eventos es conveniente agregar la fijación por parte del Estado (Oficina de control de precios, Superintendencia de precios, etc.) de precios máximos o tope, como en el caso de las mercaderías y servicios con precios congelados o controlados (alimentos, drogas, fertilizantes, servicios de alumbrado, agua, teléfono, portes y fletes, arrendamientos, entre otros) o dentro del híbrido de la libertad vigilada de precios (bebidas, cementos, intereses, comisiones financieras, entre otros); y de precios mínimos (primas de seguros, salarios, pasajes aéreos), independientemente de las razones económicas y políticas de los regímenes y medidas, que responden a un sistema de "economía controlada", en tutela del consumidor o del usuario de bienes y servicios, también propicio a demasías peligrosas con los denominados "precios políticos", que al ser ruinosos para el productor o proveedor pueden conducir a graves crisis empresariales, tanto de producción como financieras. Valiendo anotar a propósito que la imposición de las tarifas se hace lo mismo respecto de los contratos que se van a celebrar como de aquellos que estando en ejecución resultan alterados por la enmienda administrativa.

Por último debe examinarse la posibilidad de revisión judicial del contenido contractual o, en su defecto, de terminación del contrato, en fuerza del advenimiento de "circunstancias extraordinarias imprevistas o imprevisibles, dentro del desarrollo de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o indefinida, que alteren o agraven la prestación de cumplimiento futuro, cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa", como textualmente lo indica el art. 868 c.co. En esta hipótesis: teoría de la imprevisión, excesiva onerosidad sobrevenida, ruptura de la base económica, se plantea, hoy por precepto legal, de nuevo en el derecho privado, la alternativa del reajuste del contenido—sobre todo económico—del contrato o la terminación del mismo, por lo que cabe hablar, en el primer supuesto, de una alteración imperativa del contenido<sup>83</sup>.

No está de más señalar que, así como hay contratos forzados, así mismo existen contratos excluidos, como serían aquellos contemplados como objeto de

82 V. art. 472 c. sust. del trabajo.

83 "*Vertragsstörung, frustration of contract*, imprevisión, consecuencias ante todo de los cambios y las inseguridades, que los tiempos de guerra, los períodos de tensiones internacionales, las revoluciones sociales y las crisis económicas traen consigo, y que imponen una modificación fundamental de la relación, que puede llegar a su anulación total y, en algunos casos, llevar a la modificación judicial de las disposiciones contractuales, ahora provocadas por la inflación": FRIEDMANN, ob. cit. p. 122 ss. Cfr. C.M. POPESCU, *Essai d'une théorie de l'imprevisión en droit français et comparé*: A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950; K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. C. Fernández R., Madrid, 1956.

una obligación de no hacer: no competir, mantener una exclusividad, igualmente restrictivos de la libertad de contratar o no contratar<sup>84</sup>.

11. *Condiciones negociales generales.* El régimen económico del presente ha impuesto variaciones en la práctica tradicional de numerosas actividades, entre ellas la manera como se celebran los contratos. Por fuera de los recelos que puede y hasta debe inspirar el hecho de que un empresario o un grupo de empresarios concertados, adelantando una empresa en términos de monopolio legal o de hecho, preparen el formulario de cada clase de contrato que ofrecen al público, de modo que cada cliente, consumidor o usuario interesado en la adquisición de los bienes o servicios ofrecidos haya de limitarse a adherir, sin que en la práctica tenga posibilidad de discutir los términos de la negociación y de lograr que se modifique el modelo, muestra una realidad escueta: dado el volumen de gentes, bienes, servicios y contratos, no es posible en las operaciones masivas entrar a discutir, corregir, adicionar el contenido de los contratos; más todavía, no sería posible la celebración de estos, con la celeridad que imponen las circunstancias, si no hubiera una provisión de formularios que simplemente dejan espacios en blanco para introducir en ellos las particularidades de cada cual<sup>85</sup>.

84 Especialmente se contemplan aquí los límites imperativos a la posibilidad de obligarse negativamente en forma indefinida y la introducción de términos reducidos con carácter protector a sectores débiles de la población, sobre todo, económicamente: arts. 44 c. sust. del trabajo y 976 c. co.; y una mayor drasticidad y efectividad en la represión de las actividades de competencia desleal: arts. 75 a 77 c. co., como también de las prácticas de monopolio. "Es suficiente considerar la emersión de la relación de trabajo desde fines del siglo pasado [XIX], en medio de nuevos 'tipos' contractuales y la relevancia adquirida por la prestación de trabajo en sentido amplio (la *Arbeitsleistung* de los tratadistas alemanes)": S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 2. "La libertad de iniciativa económica y del trabajo, y de la primera sobre todo, en el régimen de la empresa y de la competencia, conducen a restricciones del vínculo obligatorio respecto del objeto y la extensión, más allá de la sola duración, y en todo caso impiden el sacrificio de la libertad de los bienes (cuya circulación expedita se quiere asegurar) y de los sujetos": P. RESCIGNO, *Obbligazioni, nozioni*, EdD, XXIX Milano, 1979, p. 192. Sobre las restricciones de actividades de competencia, cfr. HAEGELE & HAEGELE, *Vorteilhaft* etc., p. 26.

85 Ciertamente, "el contrato, como expresión típica de la economía de mercado, continúa siendo el instrumento fundamental de la dinámica de la vida colectiva, que de preferencia se desarrolla en el acuerdo de los sujetos": TRABUCCHI, *Istit di dir. priv.*, cit., p. 642 s. Ahora bien, dentro de las condiciones actuales, no sólo de una sociedad de consumo, sino de masificación y, por ende, de la necesidad de atender la demanda de bienes y servicios múltiples y a grandes cantidades de personas, toda respuesta tiene que contemplar la introducción de modelos o formularios, tanto de contratos como de procedimientos y pasos: la 'estandarización' del contrato y de las actividades colaterales (FRIEDMANN ob. cit., p. 111 s.) y aun su 'automatización' (TRABUCCHI, ob. cit., p. 662). Lo cual "obedece a la exigencia de regular *de modo uniforme* las relaciones contractuales con los consumidores de los productos o con los usuarios de los servicios (...). La empresa que produce en gran escala debe, para organizar y programar la actividad productiva, poder conocer por anticipado cuáles serán los precios y las condiciones de venta de los productos propios; y análogas consideraciones valen respecto de las demás actividades económicas en gran escala (...). El contrato en serie deja de ser expresión de autonomía de las partes, para convertirse, a la par que la ley, en acto de imperio, vinculante para sus destinatarios y no

Punto importante en la materia es el poder establecer en qué circunstancias resultan vinculantes las condiciones generales para el adherente y cuándo lo son aquellas que implican para él restricciones o desventajas<sup>86</sup>. El citado art. 1341 del *codice civile* resuelve el primer interrogante diciendo que la eficacia global deriva del hecho de haber esa parte conocido o debido conocer empleando diligencia ordinaria tales condiciones generales, y el segundo exigiendo su aceptación escrita. No incorporó el legislador delegado colombiano de 1971 ese precepto de su modelo italiano, y no parece que pudieran exigirse esos requisitos por vía doctrinaria o jurisprudencial, o que por conducto de éstas se pudieran considerar zanjadas las dificultades y dudas sobre la base del cumplimiento de aquéllos. En verdad lo que interesa primordialmente son los supuestos de la eficacia de las cláusulas de desventaja –puesto que las leoninas o vejatorias o exorbitantes habrán de ser podadas por el juez (arts. 899 y 902 c. co.), y a tal propósito es apenas natural exigir un asentimiento inequívoco a las primeras por parte del adherente<sup>87</sup>.

El problema no consiste, pues, en el mecanismo mediante el cual se llega a la celebración del contrato: si luego de una deliberación efectiva o simplemente posible, o prescindiendo por completo de ella, para reemplazarla por la mera adhesión a una propuesta, que, además, fue preparada como formulario de empleo universal por parte de ese oferente o de un grupo o asociación de oferentes, que agotan todas las posibilidades del mercado, sino en la legalidad, corrección, lealtad y moralidad del negocio en sí y del contenido predispuesto<sup>88</sup>. En otras palabras: la manera como se celebra el negocio o *iter* formativo suyo no es de por sí reprochable, como en otro tiempo se llegó a considerar en la censura preventiva

sólo para quienes están en condiciones de conocer su contenido": GALGANO, *Dir. privato*, cit., p. 222 s.

86 Sin perder de vista que la redacción de esos formularios puede provenir de terceros 'neutrales' –como sería el caso de los de letras de cambio que se expenden al público–, igual que del mismo empresario –como en los modelos de contratos de compraventa de vehículos y muebles en general a crédito–, o, en fin, de agremiaciones empresariales: los contratos de cuenta corriente, de carta de crédito, de fletamento, de transporte aéreo; y teniendo presente que la 'predisposición' "impone a ambas partes una *carga*, para que sean eficaces los contratos: al predisponente, una *carga de cognoscibilidad*, en el sentido de que las ha de hacer conocibles a la contraparte por los medios más idóneos; y a ésta, una *carga de diligencia*, en el sentido de que debe verificar la existencia y el contenido de las cláusulas uniformes": MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1958, p. 99 s. "Un contrato de adhesión es un contrato cuyo contenido contractual está fijado, total o parcialmente, de manera abstracta y general antes del período contractual. Lo que es esencial en el contrato de adhesión es la ausencia de debate previo, la determinación unilateral del contenido contractual, sea que provenga de una de las partes o de un tercero. Esa voluntad unilateral fija la economía del contrato en el que uno de sus elementos, la voluntad del adherente, no interviene sino para dar una eficacia jurídica a aquella voluntad unilateral": G. BERLIOZ *Le contrat d'adhesion*, Paris, 1976, p. 28 s.

87 Cfr. G. BERLIOZ, ob. cit.; A. GENOVESE, *Contratto di adesione*, EdD, x, Milano, 1962, p. 1 ss.; ID., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954; ID., *Condizioni generali di contratto*, EdD, VIII, Milano, 1961, p. 805; LARENZ, *Allg. Teil*, etc., cit., p. 48 s.

88 Cfr. BERLIOZ, ob. cit., 108 ss.; GENOVESE, *Condizioni*, cit., p. 806.

de los llamados “contratos de adhesión”; simplemente ese mecanismo puede ser aprovechado por quienes redactan los modelos exclusivos –que no admiten en la práctica ninguna alteración– para estipulaciones indebidas: las denominadas “cláusulas leoninas” o “cláusulas vejatorias” o exorbitantes, que, por otra parte, también pueden presentarse en los negocios que se celebran tras de debates prolongados entre los candidatos a partes. Entonces, el planteamiento mueve a encarecer un control legal, administrativo y jurisdiccional del contenido de esos negocios, especialmente en lo relacionado con las cláusulas que “establecen a favor de quien las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultad de dar por terminado el contrato o de suspender su ejecución, o bien sancionan a la otra parte con caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en relación con terceros, prórrogas tácitas o renovaciones del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad jurisdiccional”, como dice el inciso segundo del art. 1341 del *codice civile*.

Lo importante es afrontar el problema de las condiciones negociales generales (AGB: *Allgemeine Geschäftsbedingungen*), como algo propio de nuestro tiempo, instrumento indispensable y de la mayor utilidad en el tráfico jurídico, con energía y efectividad, dejando de lado la mojigatería y demagogia con que se le ha solido tratar. Las condiciones generales son “expresión de nuestra sociedad, caracterizada por la producción masiva y las ventas en masa”, que demandan una preparación adecuada de los contratos y su racionalización<sup>89</sup>.

Ejemplo de esa actitud es la *AGB Gesetz* de la República Federal de Alemania de 1º de abril de 1977. Dicha ley comienza por definir las condiciones generales como “aquellas formuladas para un sinnúmero de contratos por una de las partes (*der s.g. Verwender*: el así llamado empleador), que las presenta a la otra para la celebración de un contrato”, y dentro de cuyos preceptos se destaca la prohibición de numerosas cláusulas por considerarlas lesivas del equilibrio de las partes, el orden público y las buenas costumbres, dentro de lo que puede estimarse un catálogo de cláusulas prohibidas, sin posibilidad de validez, pero sin caracteres de exclusividad; así como también es importante la protección del consumidor<sup>90</sup>.

89 “Las condiciones generales del contrato tienen una importancia sobresaliente para el desarrollo de los contratos en el curso de la economía moderna. Son expresión de nuestra sociedad caracterizada por la producción y la venta masivas, y una forma de racionalizarlas y de desenvolverse dentro de ellas. Su empleo no sólo es esencial en cuanto al factor tiempo, sino que atempera la especulación con los precios. Son una creación del derecho de la economía”: HAEGELE & HAEGELE, *Vorteilhafte* etc., p. 64. Constituyen, eso sí, una “limitación de la autonomía, en cuanto ésta presupone la posibilidad de cada cual de hacer presentes sus intereses en igualdad de condiciones”: LARENZ, ob. cit., p. 47; con sus riesgos inherentes: HAEGELE & HAEGELE, loc. cit.

90 “Las condiciones del contrato deben ‘ser formuladas para un sinnúmero de contratos’ (...) van impresas en multitud de contratos (...) introducidas por una de las partes”, continúa la ley de AGB, I, IV, 77, que identificándolas, adelanta su administración específica con la prohibición expresa de las cláusulas abusivas o vejatorias más conocidas y habituales, ordena una *interpretatio favor debitoris* (art. 1624 (1) c.c.), y otorga una franca protección al

El hecho de que el formulario no haya sido preparado por una de las partes puede mitigar sospechas y prevenciones, pero no tiene por qué eliminarlas. En efecto, y el caso se presenta con los formularios de letras, de contratos de arrendamiento y de contratos de trabajo asequibles al público entre nosotros, es usual que esos formularios recojan la concepción y la redacción de quienes ocupan una posición de privilegio o, simplemente, de ventaja económica ante todo, y que por eso mismo resulten contaminados o terciados a favor de quien en el contrato habrá de situarse en ese lugar.

Finalmente, en lo que se refiere a las condiciones generales y a la adhesión, ha de mencionarse el caso, cada vez más frecuente, de remisión o reenvío en esos formularios a cláusulas de convenciones o pactos, especialmente de empresarios, relativos al contenido de los contratos que ellos habrán de celebrar con terceros. Valgan los ejemplos de las reglas de York-Amberes y Jason en materia de contratos de transporte marítimo (fletamento) o de Nueva York en materia de cartas de crédito. Allí, de un lado, cabría manifestar de entrada que el adherente no ha tenido por lo general oportunidad de conocimiento de ese contenido *per relationem*, en el ánimo de rechazar su eficacia; pero, de otro lado, surge la inquietud atinente a la integración directa del contenido negocial con las llamadas "cláusulas de uso común" (art. 1621 [2] c.c.)<sup>91</sup> y a la evidencia de que son de uso común las cláusulas que se emplean universalmente en el mercado. De donde la conclusión bien podría ser la de que dichas cláusulas, resultantes de pactos normativos unilaterales, es decir, *carteles* que determinan las condiciones de los contratos que cualquiera de los participantes llegue a celebrar con un tercero, serán contenido del contrato, con determinación válida de sus efectos finales, en la medida en que no se opongan al orden público político y económico o a la regla moral, como atrás se destacó.

12. *Cargas de la autonomía privada*. Entendidas las cargas como aquellos deberes en los cuales la persona, habiendo escogido entre varios intereses suyos uno determinado, ha de hacer esfuerzos y sacrificios (actos necesarios) para alcanzarlo<sup>92</sup>, en esta perspectiva, hablando de la autonomía privada y de su ejercicio, es preciso tener en cuenta los cuidados y miramientos que incumben a cada sujeto negocial

consumidor: HAEGELE & HAEGELE, ob. cit., p. 65 ss.; que se encuentra ampliada en estatutos específicos.

91 "El uso tiene una autoridad tan grande en punto a la interpretación de las convenciones, que en todo contrato se sobreentienden las cláusulas que son de uso, bien que no se hallen expresadas: *In contractibus tacite veniunt ae quae sunt moris et consuetudinis*": POTHIER, *Trat. de las oblig.*, cit., n.º 95, regla quinta que recogió el *Code civil* en su art. 1160, así: "Las cláusulas que son de uso han de incluirse en el contrato, aunque no se las exprese".

92 Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoría general del derecho*, trad. F.J. OSSET, 2ª ed. Madrid, 1955, p. 221 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Onere, nozioni, EdD*, XXX, Milano, 1980, p. 100 ss.

y aun a quien aspira a serlo o ya ha dejado de serlo<sup>93</sup>: carga de legalidad, carga de lealtad y corrección, carga de claridad, carga de sagacidad y advertencia<sup>94</sup>.

Dentro de tales cargas sobresalen, quizá porque trascienden la esfera singular, las cargas de legalidad y de lealtad y corrección. En la primera va una reafirmación de la advertencia continua de que los efectos del acto de autonomía particular, comenzando por el efecto negocial, que es el punto de partida, no se obtienen sino a condición de que el negocio haya sido válidamente celebrado (art. 1602 c.c.), y de que el acogimiento de las pautas normativas, a partir de las leyes imperativas, es requisito y prenda de la eficacia y validez de la disposición. Y en la segunda hay un reenvío a una "cláusula general": la buena fe (que en ella se vierten corrección y lealtad), los patrones de *Treu und Glauben* del BGB y del HGB<sup>95</sup>: corrección pundonor, como cada cual sabe, por inmersión en el ambiente social, que debe obrar; buena fe a secas, que no admite matices ni otros adjetivos<sup>96</sup>, por lo cual no resulta de

93 "La autonomía privada, en cuanto destinada a actuar en el plano social, encuentra, ante todo, los límites y exigencias que proceden de su misma lógica y que son, en este sentido, antecedentes al propio reconocimiento jurídico. Después, en virtud de tal reconocimiento, la autonomía encuentra otros límites y obedece a ulteriores exigencias, que derivan de él, en cuanto está ahora llamada a manifestarse sobre el plano del derecho y según la lógica de éste (...). Pasando a considerar las *cargas* de la autonomía privada, es de señalar que entre ellas algunas sirven para asegurar la validez del negocio, otras, en cambio, para evitar que la eficacia vinculante del negocio se extienda más allá de los confines previstos por la parte": BETTI, *Teoría gen. del negocio jurídico*, cit., p. 85 y 90.

94 "Las *cargas de legalidad* se compendian en la necesidad, que a la parte incumbe, de utilizar medios idóneos para la integración del supuesto de hecho legal del negocio. Tales, la de observar una forma necesaria con función constitutiva (...). Igualmente, la carga de una adecuada formulación del precepto contractual, en el cual no podrían las partes atribuir a expresiones y fórmulas con un preciso significado usual un significado convencional absolutamente incompatible con aquél. (...) Para evitar, luego, que la eficacia del negocio se extienda más allá de los confines previstos, incumbe a la parte un ejercicio vigilante y sagaz de la autonomía, que el derecho le reconoce, desde luego, en su favor, pero también a su propio riesgo (...). La parte que lo emplea se ve obligada a soportar, ella sola, el daño de la inercia o negligencia propia; en cuanto le es imputable ('autorresponsabilidad') (...). Así le incumben una serie de cargas que, a diferencia de las antes señaladas, diríamos de *sagacidad*. Le incumbe estar atenta a cuanto dice o emite. Le incumbe, sobre todo, una carga de *claridad* en el sentido de fijar de manera inequívoca y fácilmente reconocible el valor vinculante del negocio que celebra": BETTI, ob. cit., p. 90 ss. "a) El contrayente debe *clare loqui*; b) debe *comprobar la identidad del otro contrayente, su capacidad para obrar y el poder de disposición y*, en fin, controlar el *poder del eventual representante* de la contraparte. Todo esto en su propio interés, si quiere que el contrato nazca válidamente y sea también eficaz": MESSINEO, *Contratto, dir. priv.*, cit., p. 889 s.

95 § 242 BGB: "El deudor está obligado a ejecutar la prestación, conforme se lo exigen la buena fe y la confianza (*Treu und Glauben*), según los usos del tráfico". Cfr. LARENZ, *Allg. Teil d. deutsch. Bürg. Rechts*, cit., p. 369 ss. y en espec. 374 ss.; W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 6ª ed., Berlin, 1976, § 27, p. 110 ss.

96 La *fe*, a secas, como virtud y comportamiento honesto, diligente, leal, a la que luego se le agregó el adjetivo calificativo de *buena*, especialmente con referencia a la posesión (con efectos puramente probatorios: presunción, cargas, arts. 768, 769 y 2531 c.c.), que no tiene por qué confundirse con la denominada buena fe negocial (cfr. F. HINESTROSA, salvamento de voto, 7 de mayo de 1968, CXXIV, p. 117 ss.): ¿cómo ha de comportarse un candidato a parte? ¿Cómo, quien está celebrando el negocio o es ya parte en él o, inclusive, ya



buen recibo la precisión relajante, continua en el código de comercio, de "buena fe exenta de culpa"<sup>97-98</sup>.

13. *Permanencia y transformaciones del derecho privado*<sup>99</sup>. Desde las vísperas de la Segunda Guerra Mundial se viene hablando de "publicización" del derecho privado, fenómeno al que se replicaría con el de la "privatización" del derecho público. No obstante que desde la primera noticia de esta clasificación en el derecho romano se sabe de su relatividad y orientación más docente que práctica, se ha tratado dogmáticamente de separar y contraponer las dos ramas y de formar bandos o sectas de cultores o adictos, prestos a combatir entre sí fanáticamente. Por muchos años, siglos, el derecho privado fue tenido por de mejor familia, en tanto que hoy esa primacía ha ido pasando al derecho público, y cuando los cultores de alguna

dejó de serlo? Se dice que "de buena fe": lealtad, corrección, honestidad. El código civil italiano, que en Colombia el legislador delegado de 1971 siguió a pie juntillas, dispone a propósito: "Art. 1175. El deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección"; "Art. 1337. Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de buena fe"; "Art. 1375. El contrato debe ejecutarse de buena fe". En la *Relazione* o exposición de motivos del Código se dijo: "en la esfera de la relación contractual, el comportamiento de cada parte debe estar inspirado en el sentido de probidad, tanto en la representación real y no maliciosa de los derechos y deberes que derivan de ella, como en el modo de hacerlos valer, o de observarlos, en función del fin que el contrato suele satisfacer y de la armonía de los intereses de las partes, (lo cual exige) lealtad recíproca entre ellas" (notas 612 y 622, cit. por MESSINEO, *Contratto*, cit., nota 423, p. 890).

97 El código de comercio de 1971 introdujo la expresión "buena fe exenta de culpa", que dio en utilizar frecuentemente (p. ej., arts. 784 (12<sup>a</sup>), 820, 835, 841, 863), en forma alterna con la sola *buena fe*: arts. 784 (11<sup>a</sup>) y 871. Se ha dicho que se trata de una buena fe *cualificada*, o sea libre de negligencia y, por supuesto, de malicia: la que permite invocar el *error communis*, como 'creador de derecho' (p. ej., arts. 947 (2 y 3) y 1633 (3) c.c.): mejor que 'ignorar' es 'poder ignorar' las circunstancias, sin haber incurrido en error o culpa, no obstante haber puesto en ellos la diligencia que se puede esperar y exigir de una persona honesta (no exigibilidad de otra conducta). Con todo, la expresión no sólo es ambigua, sino que da pie para considerarla, antes que como una exigencia de pundonor especial, cual atenuante o temperamento de una moral severa, tan pregonada como eludida. ¿Habrá de juzgarse con un rasero distinto la conducta de los candidatos a partes y la conducta de las partes (arts. 863 y 871 c. co.)?

98 Indudablemente es éste un terreno en el cual la protección solicitada por el particular tiene que estar rígidamente condicionada a la corrección de su desempeño, juicio de valor cuyos elementos debe él suministrar, precisamente por lo extraordinario de la tutela pretendida. No se trata de 'presumir la mala fe'; sencillamente se impone demostrar el *factum* de sanciones tutelares por fuera de lo común: quien incurrió en un error de cuyas consecuencias adversas aspira a escapar, tiene que probar la justificación de aquél: que no fue *stultus*, *ignarus* o *negligens*, sino, por el contrario, *prudens* o *peritus* o *diligens*. Cfr. S. ROMANO, *Buona fede, diritto privato*, EdD, v, Milano, 1959, p. 684.

99 "Todo muestra que el derecho privado cede cada día más su lugar al 'derecho social' y que los particulares simplemente desempeñan un papel social en cuanto dadores o recibidores de prestaciones (...). La pregunta consiste en hasta dónde las gentes se sentirán satisfechas de esto en el futuro. La misión del derecho privado continúa siendo el permitirles a los particulares recorrer su propio camino en medio de la sociedad de masas. Así, los principios en que se funda nuestro derecho privado conservan su importancia inclusive bajo condiciones sociales cambiantes": K. LARENZ, *Allg. Teil* etc., cit., p. 44.

especialidad aspiran a llamar la atención y privilegiar el objeto de sus querencias, comienzan por sostener que se aproxima al derecho público o es semipúblico.

El derecho civil, sobre todo el de la codificación, permitió la liberación de la persona, que se saliera del *status*, para regirse en adelante, según su iniciativa, por contrato, con vínculos ciertamente transitorios. Libertad de disposición, el contrato considerado –kantianamente– como el *summum* de la igualdad y la justicia; consideración de que todas las personas (y la generalización de las personas individuales o físicas fue total, con olvido o relegación de las personas colectivas o jurídicas y de su gran poder económico y político perdurable) son iguales ante la ley y han de recibir del Estado el mismo trato.

Sin embargo, de ahí se ha pasado a considerar la libertad como algo dinámico, que no está dado de una vez para siempre y que, por el contrario, sufre amenazas continuas y cada quien debe esforzarse por conseguirla todos los días, asistido por el Estado con esa finalidad<sup>100</sup>. Libertad de uno que no puede excluir la de otro y que puede verse mermada, para que ese otro pueda ejercitar la suya. Restricciones y exigencias positivas sobre la autonomía individual, de modo de mejorar las condiciones de vida de quienes se encuentran en las esferas sociales deprimidas. Intervención del Estado para asegurar y acelerar dicho proceso.

Reconocimiento del dato exacto de que, lejos de haber igualdad, lo que impera es la desigualdad, y de que si se aspira a un equilibrio social es menester defender, apoyar, estimular a quienes, por razones de diversas índole, pero especialmente económicas y culturales, se encuentran en desventaja para la disposición de sus intereses frente a los demás y en concurso con ellos. Tutela que va de la erección de ramas singulares del derecho en adelante<sup>101</sup>, y que no solamente tiende a proteger a los individuos y comunidades económicamente débiles, sino también a quienes, a despecho de su caudal patrimonial, se encuentran dentro de una masa dispersa y con pocas posibilidades de defensa aislada, como sería la de los consumidores o usuarios.

Intervención del Estado que puede llegar a la estatización de determinadas actividades, favorecida muchas veces por la mala administración de los particulares y el aserto de que estos, cuando quiera que de por medio están el interés y la utilidad públicos, apenas gozan de una concesión graciosa de la autoridad, quien incluso podría cancelarla *ad libitum*.

El derecho es uno, orientado por unos mismos principios, como corresponde a la unidad del sistema, y las divisiones y la creación de compartimentos incomunica-

100 "Tarea del Estado constitucional es, no tanto imponer a los ciudadanos su interés superior, cuanto realizar la tutela de los derechos fundamentales de la persona y favorecer el libre desarrollo de la persona humana": PERLINGIERI, *Profili*, cit., p. 34.

101 "Sostener la unitariedad del ordenamiento jurídico significa que sus principios inspiradores y características están presentes en toda, así llamada, parte del derecho": PERLINGIERI, ob. cit., p. 28.

dos y rivales son artificiales y artificiosas. Al margen de si, por lo menos en materia de autonomía privada, hay unidad legislativa o la disciplina está repartida entre el derecho civil y el comercial, y muchas veces repetida inútilmente o mostrando discrepancias injustificables e incómodas, las reglas generales sobre el negocio jurídico, el contrato y las varias figuras en particular<sup>102</sup>, no solamente responden a una necesidad y a un orden conceptuales, a un hábito de ver y tratar las cosas, por vía de abstracciones y distinciones en uso de la lógica formal, sino que han de hacer ver la unidad y armonía del sistema jurídico, que debe ser observado, administrado, interpretado y aplicado como tal y, por lo mismo, en un todo de acuerdo con los rumbos políticos y sociales del Estado, con acento particular en la legislación y el ejecutivo, para una planificación democrática de la economía<sup>103</sup>.

102 Es preciso reconocer que el surgimiento de nuevas ramas del derecho y la independización de los troncos de donde partieron, especialmente del derecho civil, al que miran prevenida y despectivamente, no es simple producto de esnobismo o de autonomismo adolescente, comoquiera que la visión del civilista –en lo poco que va quedando entre nosotros de esta especie– se resiente de recortada y angosta, a la vez que la creencia en el poder mágico de la norma estimula a quienes ocupan posiciones en la Administración en la creencia ingenua de que la solución está en expedir decretos, resoluciones o circulares, pues la novedad y el apremio de los problemas no da espera a analizarlos y resolverlos con reenvío a los principios generales, pensando quizá en que “la normatividad general contenida en el código parece confinada al plano de la microeconomía, de los pequeños tratos, de la actividad doméstica” (S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, cit. por BUSNELLI, ob. cit., p. 18), en tanto que lo grande, jugoso e importante se encuentra por fuera, en normas *especiales*, en medio de lo que bien pudiera denominarse una “crisis de identidad”.

103 El Estado se desenvuelve cada día más intensamente y con mayor amplitud e importancia como empresario: no sólo es el mayor patrono, el principal captador del ahorro, ha asumido la prestación de actividades que parecieron reducto privado infranqueable, las iniciativas más costosas o de más tardío rendimiento le incumben de suyo, es el avalista natural de la deuda externa privada, en fin, la economía pública y la economía mixta constituyen el sector más desarrollado según las cuentas nacionales, sino que es el principal cliente del empresario privado. Circunstancias éstas que imponen un replanteamiento de muchos conceptos y actitudes que se consideraban intangibles, entre ellos: la supuesta contradicción entre el contrato de derecho privado y el de derecho administrativo y la determinación de cuál es en éste la medida de los intereses públicos y los derechos del particular, empresario o usuario y, en términos de política macroeconómica, algo que se ha venido refinando formalmente desde la reforma constitucional de 1936, pero cuya definición y aplicación siguen pendientes: “la dirección general de la economía estará a cargo del Estado”, que “intervendrá para racionalizar y planificar la economía y, también, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios” (art. 32 C.N., 6º del acto legislativo n.º 1 de 1968).