

DERECHO, ECONOMIA Y LIBERTAD.

por Etienne CEREXHE

Decano de la Facultad de Derecho de Namur.
Profesor en la Universidad de Lovaina.

(1) DERECHO, ECONOMIA Y LIBERTAD.

Tres palabras contradictorias para algunos, perfectamente armónicas para otros, cuyas relaciones se quisiera determinar.

Fiel a la Escuela de Jean-Jacques Rousseau la Revolución Francesa había considerado como una tiranía todo lo que restringía la libertad individual. Esta mística debía inspirar estas dos disciplinas que constituyen el Derecho y la Economía.

En una primera parte se examinará cómo, bajo el sistema de la autonomía de la voluntad, esta libertad individual ha influenciado las grandes codificaciones de Napoleón, y especialmente el Derecho Civil.

En una segunda parte, se verá, como bajo la presión de influencias económicas y sociales, la libertad contractual, expresión jurídica del principio de la autonomía de la voluntad, ha debido hacer marcha atrás para ser sustituida por un concepto más social de las relaciones contractuales. Finalmente, en una tercera y última parte, se tratará de delimitar el contenido de esta nueva disciplina nacida de la declinación de la libertad contractual y que se denomina el derecho económico.

(2) AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LIBERTAD CONTRACTUAL.

La doctrina de la autonomía de la voluntad consiste en hacer del principio de la libertad un valor fundamental. Parte de la idea de que la obligación, en cuanto constituye una disminución de la libertad, no es admisible sino cuando es consentida. Es lo que se denomina el dogma de la voluntad, sostenido especialmente por Kant que considera que la voluntad es la única fuente legítima de la obligación.

El Código Civil francés ha considerado esta doctrina en su artículo 1134 que dice: "Las convenciones legalmente consentidas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han suscrito". Cuando uno se recuerda de la veneración que tenían por la ley —emanación del pueblo soberano— los revolucionarios de 1789, la fórmula del Código rinde a la libertad de los contratantes un magnífico homenaje.

Cada hombre, en efecto, recibe una especie de delegación del legislador: construye por su propia voluntad el derecho cuyo respeto será garantizado por los Tribunales y la fuerza pública.

El hombre del Código Civil, "la persona" en el sentido jurídico, recibe así el reconocimiento de su pleno valor. Tiene la facultad y el mérito de dominar su destino.

De este dogma de la autonomía de la voluntad se deducen tres consecuencias. En primer lugar, el contrato se considera como una fuente de obligación superior a la ley. Teóricamente, no deberían siquiera existir obligaciones legales; la ley siendo un atentado casi inadmisibles a la libertad. Pero, como hay obligaciones legales inevitables, uno se esfuerza al máximo en limitar sus términos, el Estado no existe más que para garantizar el libre juego de las voluntades individuales. Fuera de esta necesidad, no debe crear obligaciones a cargo de los individuos.

La segunda consecuencia, consiste en que una obligación puede nacer por la sola voluntad, sin que sea necesario ninguna formalidad especial.

(3) De allí se desprende que la voluntad aun no expresada, simplemente tácita, puede ser obligatoria. Y si, en el futuro, existen dudas acerca del sentido de un contrato, los jueces deberán hacer su propia interpretación tomando en cuenta la voluntad presunta de las partes.

Por último del principio de la autonomía de la voluntad se deduce una tercera consecuencia: que la obligación nacida de la voluntad está necesariamente conforme con la justicia y el interés social.

Conforme con la justicia. En efecto, se dice que cuando un deudor se ha obligado voluntariamente no queda facultado para quejarse de que su obligación es demasiado pesada. ¿Como podría encontrarse injusta ya que la ha deseado?

Y conforme con el interés social, ya que el mejor orden económico que pueda establecerse es el que resulta del libre juego de las voluntades individuales. Son, en efecto, los individuos los que, en su actividad económica, son los mejores jueces de sus intereses.

(4) ¿Pero cuál es el valor de esta doctrina de la autonomía de la voluntad?

No cabe duda de que ha constituido una base del desarrollo considerable de los contratos y del auge económico verdaderamente prodigioso de comienzos del siglo XIX.

Pero una vez que se ha rindió un homenaje a la libertad, uno se ve en la obligación de admitir que esta doctrina queda sujeta a ciertas críticas, especialmente si se toman en cuenta las consecuencias que de ella se han deducido.

En primer lugar, no es cierto que la convención sea una fuente de obligaciones superior a la ley, ya que, al proclamar esta superioridad, se pone énfasis sobre lo

individual en perjuicio del factor social. Cabe señalar, que el Código Civil Francés no ha proclamado la superioridad de la convención sobre la ley, pero la igualdad de ambas. El artículo 1134, párrafo I es, desde este punto de vista, significativo cuando expresa que "las convenciones legalmente celebradas sirven de ley para los que las han suscritas". Ello equivale a sostener que las convenciones tienen tanto valor como la ley, es decir que constituyen una fuente igual, pero no superior a aquella.

La segunda consecuencia, a saber que la sola voluntad bastaría para crear la obligación es igualmente discutible. Existen límites a la voluntad. Límites, en primer lugar, que resultan de ciertas formalidades que hay que respetar; formas impuestas, ya sea en el interés de las partes, ya sea en el interés de terceras partes que deben ser informadas de ciertos contratos celebrados con otras. Pero, fuera de estos límites que se relacionan con la forma, existen algunos que son relativos al fondo: no basta, en efecto, que las partes hayan deseado crear una obligación para que esta nazca; es además necesario que esta obligación haya sido creada con un objeto lícito. ¿El artículo 1131 del Código Civil no expresa en forma clara que la obligación nacida de la voluntad no tiene valor sino cuando se funda en una causa lícita?

Pero es la tercera de las consecuencias la que envuelve las mayores críticas. Es inexacto afirmar que lo que los contratantes han deseado está necesariamente conforme con el interés social.

¿Conformidad con la justicia? Si, si los contratantes estuvieran en un pie de igualdad y es lo que supone la teoría de la autonomía de la voluntad. Pero esta suposición no es exacta. La vida corriente nos demuestra que los contratantes no están casi nunca en un pie de igualdad. Existe uno que es más poderoso que el otro; uno que impone la ley. El siglo XIX es, a este respecto, sintomático. Mientras los contratos de trabajo fueron sometidos al principio de la autonomía de la voluntad, mientras se admitió que las voluntades concurrentes eran obligatorias, se pagaron salarios irrisorios. Como lo ha escrito Ihering, "decir que el acuerdo de voluntades es necesariamente justo, es otorgar un permiso de caza a los piratas con derecho de toma de posesión sobre todos los que caen en sus manos".

¿Conformidad con el interés social? Ya no; ya que no es cierto que el libre juego de las actividades individuales asegura necesariamente el mejor orden económico posible. La experiencia ha demostrado que la prosperidad económica no nace siempre de la libre concurrencia, la que llega siempre a la concertación de entendimientos entre productores y distribuidores y ello en perjuicio de los beneficiarios.

(5) Si la teoría de la autonomía de la voluntad ha inspirado el Código Civil, este, sin embargo, no la ha consagrado en toda su plenitud. El artículo 1134 resuelve, en efecto, que "las convenciones legalmente celebradas sirven de ley para aquellos que las han celebrado". El vocablo "legalmente" es importante, ya que envuelve una restricción a saber, que el legislador tiene en derecho la facultad de subordinar la voluntad a ciertas condiciones. El artículo 6, en el mismo sentido,

precisa "que no es posible derogar, mediante convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres".

Como se ve, si los redactores del Código Civil han admitido el principio de la autonomía de la voluntad lo han hecho con ciertas reservas, reservas que contienen en germen la posibilidad futura de intervenciones legales.

Desde el comienzo del siglo XX, estas intervenciones han sido cada día más numerosas, restringiendo así el campo de la autonomía de la voluntad.

II.—EVOLUCION DE LAS RESTRICCIONES AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

(6) Mientras que para el Código Civil la voluntad individual constituía el fundamento de todo el derecho de las obligaciones, esta voluntad humana ha perdido hoy en día su significado. Los contratos ya no resultan del libre juego de las voluntades individuales; ellos se integran en el campo de la vida social. Ya no son una libre construcción de la voluntad del hombre, pero aparecen más bien como una contribución de las actividades de ésta a la arquitectura general de la economía del país.

La libertad ha sobrevivido: está hoy día en receso y derrotada en lo que, alguna vez, se consideró su mística. Y esta ruina se ha producido en muy poco tiempo; Desde 1900, el edificio de la libertad contractual comenzaba a agrietarse. Desgraciadamente solo unos pocos juristas se daban cuenta de esta situación. Ninguno percibía la magnitud y los peligros de la revolución naciente.

En esta segunda parte, trataremos, en primer lugar, de analizar las causas de la disminución de la libertad contractual; examinaremos en seguida, los caracteres del contrato en el derecho contemporáneo; concluiremos, finalmente, con un análisis de las formas bajo las cuales se presenta hoy día dicha declinación.

A.—Las causas de la disminución de la libertad individual.

(7) Las causas de la disminución de la libertad individual son dobles: Económicas y sociales.

1.—Económicas en primer lugar. El hombre, desde hace varias decenas de años, se ha posesionado de la naturaleza que domina mediante su espíritu. Pero esta naturaleza sometida exige estructuras nuevas resultando ineficaces las estructuras clásicas del Código Civil impregnadas de individualismo.

La declinación del artesanado constituye un ejemplo notable. En 1804, la mayor parte de la producción no agrícola tenía en Francia un carácter artesanal. Todo aquél que deseaba hacer fabricar o hacer reparar un objeto se entendía con un artesano y celebraba con él un contrato de arrendamiento de obra, según las disposiciones de los artículos 1787 y siguientes del Código Civil. Hoy en día, bajo la

presión del dinamismo económico, el artesanado ha debido ceder el paso y ello por dos razones. Para un cierto número de bienes, su propia naturaleza se opone a una producción artesanal: ¿quién pensaría explotar en esa forma la energía nuclear, la fuerza eléctrica o la electricidad? Pero, aún para bienes que antes fueron objeto de una labor artesanal, lo que es el caso de una gran parte de los bienes de consumo, las exigencias modernas de una producción estandarizada y en serie no podrían acomodarse con el trabajo aislado del artesano en el marco de un contrato de arrendamiento de obra.

Y se podría razonar de la misma manera con motivo de la celebración de otros contratos. ¿Que era en el Código Civil el contrato de transporte? Una convención individual del viajero y de la persona que lo transportaba. Nadie sueña hoy día en conservarle este carácter. Nadie se atrevería discutir con una Sociedad Nacional de Ferrocarriles o una Compañía de Navegación Aérea en asuntos que digan relación con las condiciones en que se efectuará el transporte. El desarrollo de los medios de transporte así como su diversificación han tenido tantas modificaciones que el contrato de transporte, tal como fue establecido por los redactores del Código, aparece hoy día como anacrónico.

Así, la evolución económica modifica profundamente el substrato, es decir lo "dado" de los contratos y, en consecuencia, sus características.

(8) 2.— Pero existe una segunda razón en que se funda la declinación de la libertad contractual, y ella es de carácter social.

A consecuencia del desarrollo económico, especialmente del aumento de las inversiones, la igualdad de los contratantes, que constituía la base del principio de la autonomía de la voluntad, ha resultado puramente teórica. Quien posee el capital, el que controla las fuerzas naturales y quien las domina no está en un pie de igualdad para contratar ni con el obrero que emplea ni con el consumidor con el que trata. Y esta desigualdad no hace más que acentuarse y degenera hasta en iniquidad a medida que el poder del hombre aumenta. ¿No es este un caso de determinismo, base sobre la cual Marx había construido sus profecías?

¿Como explicar que esta "deshumanización" no haya conducido a la revolución súbita y brutal que él había predicho como conclusión de esta iniquidad? Una gran corriente de justicia social ha nacido y ella se ha asignado como finalidad socorrer a los débiles, del consumidor individual como del obrero aislado, aportándoles el apoyo del Estado y de las agrupaciones sindicales, y ello con el fin de emprender una cruzada contra las injusticias sociales.

En efecto, no es sin razón que estas injusticias eran denunciadas. El contrato de trabajo constituye el ejemplo más característico. Cabe recordar el régimen capitalista vigente en Europa en la segunda mitad del siglo XIX. Durante este período, el dueño de las fuerzas productivas, el patrón, el industrial, sin malas intenciones, ya que creía hacer cumplir correctamente el contrato social, ha podido hacer trabajar de 12 a 15 horas por día a mujeres y niños a quienes les pagaba un salario miserable. Se comprende fácilmente que, ante esta situación, los obreros se hayan alzado. En la Encíclica RERUM NOVARUM, León XIII ha precisado,

en forma muy clara, los dos sistemas a los que debía recurrirse para corregir esta desigualdad social excesiva: uno de ellos era el sindicalismo, es decir "la agrupación de los que estaban desamparados individualmente, pero que serían poderosos mediante su unión; el otro debía fundarse en la intervención del Estado, defensor natural de los débiles".

Bajo la presión de este movimiento social, el contrato ha tenido modificaciones; ya no es la simple obra de dos voluntades. A nombre de la Justicia y para que la igualdad del Código Civil no constituya una simple palabra, los débiles, y los oprimidos se han agrupado. Y es en grupo, fortalecidos con la solidaridad que los une, que han tratado con los que poseían el poder, ello las más de las veces con el apoyo del Estado. De individual el contrato se ha transformado en colectivo.

(9) Estas son las dos causas —económicas y sociales— que han modificado la naturaleza y el espíritu de las relaciones contractuales. ¿Tienen ellas el mismo alcance? No. Una cierta oposición se advierte entre ellas.

Las dos sin dudas van a tener influencia sobre el contrato para "socializarlo" pero, en la medida en que el desarrollo económico y técnico corre el riesgo de "deshumanizar" el contrato, es de la esencia del dinamismo social llevar hacia el hombre el contrato socializado.

B.—Las características del contrato en el derecho contemporáneo.

(10) En primer lugar, hoy en día, los contratos son, con frecuencia, actos colectivos. Anteriormente, las partes de un contrato eran simples individuos. Actualmente, constituyen, cada día con mayor frecuencia, agrupaciones sociales: sindicatos de trabajadores, federaciones patronales, agrupaciones de consumidores. En efecto, cuando los particulares contrataban, su libertad era total; cuando, por el contrario, forman parte de agrupaciones que contratan por ellos, abdican de su libertad, en la medida en que estas agrupaciones los representan y los comprometen.

(11) Enseguida, los contratos se transforman cada día más en actos dirigidos. El Estado, como representante de la colectividad y defensor de los débiles, ha tomado por su cuenta la dirección de la economía. Va a imponer su voluntad a los contratantes individuales, los que deberán someterse a los márgenes más o menos rígidos establecidos por el legislador. Sin lugar a dudas, en la mayoría de los casos, estos contratantes convengan la libertad de contratar o de no contratar. Pero se sabe que esta misma libertad está hoy día, en ciertos casos, en peligro. El ejemplo de los contratos forzados es decir de los contratos que se está obligado a celebrar es, a este respecto, fiel índice del rol secundario que puede estar reservado a la voluntad.

(12) Ante esta creciente intervención del Estado, inherente a un régimen de economía más o menos dirigida, el jurista debe ponerse en guardia frente a una dirección económica del Estado, científicamente establecida sin lugar a dudas, pero que pecaría por un exceso de abstracción. Estadísticas, cálculos económicos,

planes constituyen medios e instrumentos cuya necesidad se impone. Una dirección económica de la nación no puede desconocer que, antes que todo, se trata de dar una debida organización a una materia prima esencialmente humana. Si tantas leyes, especialmente en el campo económico, se han revelado inaplicables o han constituido fracasos, es porque, con demasiada frecuencia, se ha rechazado el aporte de los juristas cuando se ha tratado de dar una forma jurídica a un pensamiento económico. Esto es grave, ya que una ley inaplicada o inaplicable pone en juego y en peligro la autonomía del Estado.

C.— Las formalidades externas de los contratos.

Las modificaciones técnicas, relacionadas con la noción tradicional del contrato, se evidencian hoy día en dos de sus etapas: la de su formación y, en seguida, la de sus efectos.

El legislador ha atacado, en primer lugar, lo relacionado con el acuerdo de voluntades. Estas voluntades las limita o las restringe y ello recurriendo a estos dos medios: el del contrato "autorizado" y, en seguida, el del contrato "reglamentado".

a) El contrato autorizado constituye el medio más flexible. El legislador no precisa con anticipación su voluntad, pero reserva a la autoridad competente la facultad de dar o de rechazar, según una apreciación soberana en general. (fuerza legal a la voluntad de las partes). Esta técnica, nadie lo ignora, no es nueva. Basta con pensar en las habilitaciones exigidas por el Código Civil francés a los incapaces para la celebración de ciertos contratos.

b) Junto con este procedimiento sencillo, existe un procedimiento más rígido que consiste en el contrato reglamentado.

El legislador impone, para una categoría de contratos, las cláusulas que, en forma obligatoria, deberán figurar en ella. Para ciertos contratos por lo demás, como el contrato de trabajo o los contratos de transporte, la reglamentación es a tal punto exigente que la única libertad que conservan las partes es la de contratar o de abstenerse.

Desde el punto de vista de la economía, este procedimiento tiene la ventaja que, en un mismo campo de actividades, los contratos se presentan de una manera más o menos similar. Desde el punto de vista de los ciudadanos, se presta menos a la arbitrariedad, ya que ofrece más garantías a los contratantes; estos, siempre que se atengan a la reglamentación vigente, conocen el alcance de sus compromisos. Concretamente, esta reglamentación puede abarcar todos los elementos del contrato. En lo que dice relación con el objeto, en primer lugar: existen objetos que no pueden, o no pueden sino bajo ciertas condiciones, constituir la materia de un contrato. En lo que dice relación con el precio, en seguida: la fijación de los precios de venta de ciertos productos es, a este respecto, muy significativa. Por último, en lo que dice relación con la persona del contratante: todo el régimen del derecho de preempción en materia de arriendos, como un monto

fijo establecido por la ley belga del 1º de febrero de 1963, tiende especialmente a limitar la libertad de una de las partes en la selección de su contratante.

(2) Pero el verdadero significado del contrato no aparece solamente al nivel de su formación; se sitúa también en lo que dice relación con el modo en que se trata de influenciar la actividad económica.

frecuencia, el legislador interviene en vista de la protección de ciertas clases sociales menos favorecidas. Estas intervenciones, en la medida en que su finalidad es la protección de los débiles y no el impulso de la economía, no pueden tampoco caer en el campo de aplicación del derecho económico.

Existe por fin una cuestión más delicada, es la de las nacionalizaciones. Una distinción se impone aquí. En la medida en que la influencia del Estado sobre ciertos económicos fundamentales constituye para este un instrumento en vista de la realización de su política económica, como es el caso del sector bancario en Francia, la legislación relativa a las nacionalizaciones debe entrar dentro de la órbita del derecho económico. Se producirá una situación contraria si las empresas o los sectores nacionalizados aparecen, en razón de su objeto, como constituyendo verdaderamente servicios públicos.

Características

El derecho económico presenta dos caracteres. Es cambiante e imperativo. Cambiante, en primer lugar. El derecho económico evoluciona en sus conceptos y en su dominio como la política económica al servicio de la cual se encuentra. Lejos de ser fíjido, las reglas de derecho económico se transforman necesariamente con el tiempo: los textos son puestos en vigencia, suprimidos o enmendados con una frecuencia sorprendente. Esta movilidad tiene alcances sobre el plan técnico, en el sentido que el derecho económico se amoldará las más de las veces a reglamentaciones ministeriales, a simples avisos o a instrucciones, lo que le da a la administración medios de intervención rígidos. Pero esta movilidad no está sin peligros: por una parte, es una fuente de inseguridad para los ciudadanos; por otra parte, envuelve los gérmenes de lo que podría ser una arbitrariedad administrativa.

Pero el derecho económico no es solamente variable; también es imperativo y ello por que no tiende solamente a asegurar un control, pero una dirección de la economía. Este carácter imperativo será más marcado mientras que el poder sea más fuerte y mayor la voluntad de establecer un régimen de economía dirigida. De allí que el derecho económico aparezca como una obra tecnocrática, antieconómica a todo fundamento democrático. Pero si es imperativo por su propia naturaleza el derecho económico se revela muy variado en sus métodos. La mayor parte del tiempo, hace un llamado a medios de coerción indirecta algunos son clásicos como la utilización de las subvenciones o de las medidas de orden fiscal o de crédito; otros son más recientes como los planes que en los países occidentales

Derecho público o derecho privado.

El derecho público pertenece al derecho público o al derecho privado. ¿Cuál es en otras palabras su grado de autonomía? A primera vista, la tendencia es de hacer del derecho económico una rama del derecho público, ya que son los poderes públicos los que buscan a influenciar y a organizar la economía en función de sus opciones económicas y sociales. Si este factor del derecho público debe ser admitido en cuanto al origen de los textos del derecho económico, hay que reconocer que al actuar sobre la economía los poderes públicos abarcan cierto número de instituciones y de técnicas del derecho privado que no tienden a destruir, pero que se esfuerzan a obtener una colaboración por medios coercitivos más o menos poderosos.

El derecho público no es, en consecuencia, ni derecho público, ni derecho privado. El dinamismo que lo caracteriza le permite reivindicar una cierta autonomía. Por su propia esencia tiene una colaboración que le es propia, a tal punto que, entre el conjunto de las disciplinas jurídicas, siempre es posible identificarlo. Y, si se quiere a toda costa establecer una distinción, es en el seno mismo de esta nueva disciplina que hay que operar. Sin que esta división sea imprescindible, se puede, al parecer, dividir el derecho económico en dos ramas: el derecho macro-económico y el derecho micro-económico. El primero, implica una intervención del Estado al nivel del conjunto de la economía nacional; el segundo, está constituido por el conjunto de las reglas que tienen por objeto articular el desenvolvimiento de todas las actividades económicas privadas.

C O N C L U S I O N

Derecho y Economía constituyen dos disciplinas que se han ignorado durante un largo plazo y que están, hoy en día, unidas en forma armónica en el seno de esta disciplina nueva que constituye el derecho económico.

Esta unión íntima se ha realizado mediante la toma de conciencia, tanto en los juristas como en los economistas, de la solidaridad que une estrechamente a los ciudadanos de un Estado y por el sentimiento, cada día más fuerte, que se tiene hoy día de los intereses, muchas veces desconocidos, de la colectividad.

Es imposible no alegrarse de esta unión, pero es del caso sin embargo precisar sus límites.

El derecho económico se desarrolla bajo la bandera de un cierto "dirigismo" que le confiere un carácter técnico, y hasta cierto punto tecnocrático.

Arriesga, de esta manera, posponer estos derechos subjetivos del individuo cuyos valores ha negado Duguit y que son, en todas partes, tan necesarios para la protección de lo que es más sagrado en el hombre.

El carácter necesariamente técnico que debe alcanzar el derecho económico no podría destruir su vocación humana. Más allá de la técnica, deben subsistir estos "derechos del hombre", estos "atributos de la personalidad" que la humanidad actual se siente en la obligación de salvar frente a la empresa de deshumanización del mundo moderno.

De esta manera, el derecho económico aparece como siendo una obra de técnica y una obra de humanismo. Su autonomía no le permite apartarse de la tradición jurídica, debe como toda norma de derecho, contribuir al establecimiento del orden en el respeto de la justicia.

Traducción:

JUAN LUIS SANFONTE