

CRISIS DE LA TEORÍA CLÁSICA CONTRACTUAL:

UNA VUELTA A LA TEORÍA CANONISTA DEL CONTRATO Y A LA EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES

Raúl José PAOLASSO ()*

SUMARIO: I. Introducción - II. Justicia conmutativa - III. Determinación de la igualdad aritmética - IV. Concepción canónica - V. Concepción clásica - VI. Pacta sunt servanda - VII. Fundamento del pacta sunt servanda - VIII. Principio del riesgo y ventura - IX. Adopción del principio del riesgo y ventura - X. Quiebra relativa del principio. Derecho privado - XI. Quiebra absoluta del principio. Derecho público - XII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo, es realizar un breve análisis de lo que a mi juicio es la crisis ⁽¹⁾ de la teoría clásica en materia con-

(*) Adscripto Cátedra Derecho Administrativo. Universidad Católica de Córdoba.

(1) Si bien la expresión crisis "tiene más valor emocional que lógico", porque se usa "frente a una situación que no quisiéramos", y para aludir a "un período penoso pero pasajero"; "en el concepto de crisis, conforme lo expuesto por CAPOGRASSI, Giuseppe, "La ambigüedad del Derecho contemporáneo", en La crisis del Derecho, Buenos Aires, 1961, pág. 35; en el presente trabajo la noción de crisis se usa como sinónimo de cambio.

tractual. Crisis ésta, que aunque con distintos fundamentos, se manifiesta privada. Para ello, creo necesario esbozar –aunque sea someramente– la noción de justicia conmutativa elaborada por la concepción aristotélico-tomista, que es la que tradicionalmente ha sido considerada como rectora de las relaciones jurídicas contractuales.

II. JUSTICIA CONMUTATIVA

De las tres condiciones que requiere la virtud de la justicia ⁽²⁾ la que en mi opinión específica la justicia que estamos analizando es la igualdad como medida. Así, requiere una igualdad aritmética como medida de lo debido, lo que en definitiva significa una igualdad absoluta de las prestaciones en juego, con prescindencia del sujeto.

Para aclarar lo expuesto, nada mejor que las siguientes palabras de Santo Tomás ⁽³⁾: "...es preciso igualar cosa a cosa, de suerte que cuanto éste tenga de más en lo que le corresponde, otro tanto debe restituir aquél a quien pertenece. Y de este modo se realiza la igualdad según la medida aritmética...".

III. DETERMINACIÓN DE LA IGUALDAD ARITMÉTICA

Habiendo establecido en el título anterior que lo que caracteriza a la justicia conmutativa es la igualdad aritmética como medida de lo debido, la cuestión a tratar es quién establece si se da o no esa estricta igualdad requerida por la justicia conmutativa. Además, estando en juego distintas subjetividades, lo que para uno

(2) El otro (alteridad) como término, lo debido como objeto, y la igualdad como medida, conforme lo expuesto por Welty, Eberhard, "Catecismo social", Barcelona, 1962, pág. 90.

(3) Citado por Barra, Rodolfo Carlos, "Principios de derecho administrativo", capítulo III, pág. 94.

vale 5, para otro puede valer 6 o 7. Por ello, si bien matemáticamente es concebible esa estricta igualdad, en los hechos, frente a diferentes individuos, con distintas necesidades, la situación no es tan sencilla. O se le da intervención al Estado para que en cada caso y a través de órganos imparciales determine cuándo se da el ajuste requerido por la justicia conmutativa, o se le da autoridad a las partes para que libremente lo determinen. En cierta forma, esta disyuntiva se manifiesta en la concepción clásica y canonista del contrato. Así, tanto una como otra sostienen que la virtud de la justicia conmutativa es la rectora de los contratos, no obstante, difieren en el sentido de la equivalencia de las prestaciones.

IV. CONCEPCIÓN CANÓNICA. EQUIVALENCIA ABSOLUTA

La concepción canónica desprecia la voluntad, dándole primacía a las cosas. El ajuste no se determina por lo querido por uno y lo querido por el otro, sino por lo que efectivamente se le da a uno y a otro. Así, la equivalencia de las prestaciones es considerada desde un punto de vista absoluto, entendiéndose por tal, aquellas prestaciones que económicamente consideradas son equilibradas. En otras palabras, lo que sale de un patrimonio debe ser equivalente a lo que entra.

La fundamentación filosófica de esta concepción podría remontarse a un texto de Cicerón que expresa: "Se presentan frecuentemente circunstancias donde las cosas que parecen más dignas de un hombre justo, los principios que son el fundamento de la justicia, en primer lugar no dañar a nadie, seguido del obrar en vista del interés común... -impone- ...cuando el tiempo altera la aplicación de esas reglas, que el deber cambie y no sea siempre el mismo. Se puede haber hecho una promesa o una convención tal que la ejecución fuera nociva a aquél a quien se tiene prometido o a aquél que se ha obligado. No es necesario, desde luego, mantener la promesa que sería funesta para el que la ha recibido; y si una obligación causa más perjuicios que ventajas hacia el que la ha

tomado no estaría contra el deber que el interés más grande se imponga frente al menor" (4).

El inconveniente de este criterio es la inseguridad que acarrea, ya que al pretender determinar objetivamente la equivalencia de las prestaciones, con independencia de los sujetos intervinientes, deja librada la justicia o injusticia del contrato a la determinación de un tercero.

V. CONCEPCIÓN CLÁSICA. EQUIVALENCIA RELATIVA

Conforme la concepción clásica, la justicia o injusticia de la relación -ajuste-, se determina por la voluntad de las partes. De esta forma, se da primacía a la voluntad, a la subjetividad, a lo que las partes expresan qué quieren. Así, se da una equivalencia subjetiva, que resulta de la asignación de valores que cada parte otorga a las prestaciones contractuales, valoración que puede o no encerrar una equivalencia real entre ellas. En tal sentido Kant predicaba que "cuando alguien decide algo con respecto a otro, es siempre posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para sí mismo" (5). En el mismo sentido expresaba: "cuando a una persona se le dan poderes sobre otra, puede temerse que los use abusivamente, pero cuando esa persona se obliga a sí misma, el temor desaparece y es imposible pensar que resuelva cometer una injusticia en contra de sí misma" (6). También la conocida frase de Fouillé: "Quien dice contractual dice justo" corresponde a esa línea de ideas.

(4) Saki, Hamed, *L'imprevision en droit anglais*, pág. 46, cit. por Raúl Enrique Granillo Ocampo, *distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Bs. As., Ed. Astrea, 1990, pág. 12.

(5) Kant, E., *Doctrine du droit*, pág. 169 de la trad. francesa de Barni.

(6) Gounot, *Le Principe de l'autonomie de la volonté*, págs. 78 y 79; Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, pág. 28, cit. por Raúl Enrique Granillo Ocampo, op. cit. pág. 25.

Se habla aquí, de equivalencia de las prestaciones en sentido relativo, entendiéndose por tal el valor subjetivo que para cada una de las partes tiene la prestación de la otra, valoración expresada en el contrato y que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, debe ser respetada ⁽⁷⁾.

VI. PACTA SUNT SERVANDA

Esa dificultad para determinar la equivalencia de las prestaciones, se soluciona mediante la adopción del "pacta sunt servanda" o principio de la autonomía de la voluntad. Con éste, se deja librado a las partes la determinación del valor de las prestaciones en juego. Con ello, para determinar si se observa o no la justicia conmutativa, no debemos poner en la balanza las prestaciones en juego, sino la voluntad de las partes. Solución ésta adoptable para el caso de las "conmutaciones voluntarias", pero no para el de las involuntarias, donde indefectiblemente tendrá que intervenir un tercero imparcial para determinar cuándo se da el ajuste requerido por la justicia conmutativa, salvo que con posterioridad las partes conviertan la relación en voluntaria. Es éste el criterio de la teoría clásica contractual.

VII. FUNDAMENTO DEL PACTA SUNT SERVANDA

Esta institución jurídica fue tributaria, especialmente, de las concepciones filosóficas liberales e individualistas en boga durante el período de la codificación napoleónica. La regla del contrato, ley de las partes, y del pacta sunt servanda partía de considerar a la persona como un mero individuo aislado de cualquier circunstancia social; era un reflejo del voluntarismo roussoniano y de la con-

(7) Ariño Ortiz, Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, págs. 5 y 6, cit. por Raúl Enrique Granillo Ocampo, op. cit., pág. 5.

sideración de los sujetos del acuerdo jurídico como absoluta y realmente iguales, sin que ninguna regla moral, más allá de las que directamente afectaban al orden público ⁽⁸⁾, pudiese morigerar el contenido de una expresión de voluntad que, como en el orden político, debía primar sobre cualquier otra consideración ⁽⁹⁾.

VIII. PRINCIPIO DEL RIESGO Y VENTURA

Como lo señala Moreno Gil, citando un anterior trabajo de García de Enterría ⁽¹⁰⁾, el principio del riesgo y ventura no es sino "la enunciación de un principio superior, por lo demás común: la inmutabilidad del *contractus lex*", en definitiva, de la regla del *pacta sunt servanda*. Principio éste, que tiene sus raíces en la concepción clásica contractual, y como corolario de la misma en la exaltación de la voluntad declarada de las partes por encima de la efectiva equivalencia de las prestaciones. Por ello, no es de extrañar, que en la medida que la voluntad pierde importancia en el ajuste requerido por la virtud de la justicia conmutativa, este principio comienza a aplicarse con menos intensidad.

IX. ADOPCIÓN DEL PRINCIPIO DEL RIESGO Y VENTURA

Estos principios fueron receptados por nuestro Código Civil, siendo luego trasladados, al igual que en el derecho comparado, al campo del derecho administrativo, más exactamente al ámbito de la contratación administrativa. Hecho éste, que no fue sino la consecuencia de no reconocerse a esta categoría de contra-

(8) Justicia general o legal.

(9) Barra, Rodolfo Carlos, "Contrato de obra Pública", pág. 112.

(10) Moreno Gil, Oscar, La revisión de precios en la contratación administrativa, Madrid, Civitas, 1980, pág. 41, citando a García de Enterría, Eduardo, en Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo, "Revista de Administración Pública", 2/50, pág. 88.

tos una sustantividad propia. En definitiva, no había por qué distinguir o construir regímenes jurídicos diferentes para instituciones que no reconocían ninguna diferencia. Como corolario de ello, parece admitirse que el contrato administrativo es también un contrato celebrado "a riesgo y ventura" por parte del administrado.

X. QUIEBRA RELATIVA DEL PRINCIPIO. DERECHO PRIVADO

Ahora bien, este excesivo rigor no podía mantenerse frente a las modernas concepciones del Estado Social de Derecho. Primero, a través de la labor de la jurisprudencia, y luego, con su recepción en los más modernos cuerpos de legislación civil, el derecho positivo fue receptando instituciones que, sin negar el valor del principio del *pacta sunt servanda*, necesario frente a la magnitud y velocidad del tráfico jurídico y económico del mundo moderno, reconocieron que la voluntad no es absolutamente soberana, y que los iguales son sólo relativamente iguales⁽¹¹⁾, por lo que es necesario estructurar mecanismos de respuesta para corregir los desequilibrios que puedan afectar las relaciones jurídicas concretas. No se trata de una vuelta al precio justo. El contrato continúa siendo un acuerdo de voluntades, y la medida de las prestaciones recíprocas es siempre el resultado de lo querido por las partes, es decir, de la convención misma. Pero ahora se atiende a circunstancias en las cuales, sin culpa, lo querido por las partes se ve notablemente distorsionado.

De acuerdo con este cambio de mentalidad, han quedado plasmadas en nuestro Código Civil instituciones como el "abuso del derecho", el vicio de la "lesión subjetiva", la teoría o instituto de la "imprevisión" y otras disposiciones que permiten la penetración de la equidad en el derecho positivo vigente⁽¹²⁾.

(11) Piénsese por ejemplo en el moderno derecho del trabajo.

(12) Arts. 1071; 2513; 2514; 954; 1198, respectivamente.

XI. QUIEBRA ABSOLUTA DEL PRINCIPIO. DERECHO PÚBLICO

Como ya dijimos, parece admitirse que el contrato administrativo es también un contrato celebrado "a riesgo y ventura" por parte del administrado. No obstante, esta concepción se encuentra totalmente alejada de la realidad, tanto desde un punto de vista principista, es decir a partir del análisis de la naturaleza del contrato administrativo, como desde la perspectiva del derecho positivo, por lo menos en nuestro país.

Nada más acorde para expresar el contrasentido de la aplicación del principio del riesgo y ventura a la contratación administrativa que las siguientes palabras de Ariño Ortiz: "A mi modo de ver, tal construcción -la perspectiva privatista del riesgo y ventura- válida para el contrato privado, no es suficiente para el administrativo... Es más, en el puro terreno dogmático, si el contrato administrativo se construye -tal como hoy se hace- desde sus propios principios informadores y no sobre los moldes de la concepción civil que arranca de la codificación, el principio de riesgo y ventura es un auténtico contrasentido que no responde a la propia naturaleza del contrato administrativo de nuestros días". Señala el autor más adelante, sugiriendo la concepción del contrato fundado en la relación de justicia distributiva, que "...la actual concepción del contrato administrativo, construida desde los propios principios inmanentes a la institución, está, en cuanto a la equivalencia de las prestaciones, mucho más cerca de la concepción canónica que de la concepción liberal e individualista del contrato en el siglo XIX".

XII. CONCLUSIÓN

Como vemos, tanto en uno como en otro campo del derecho, observamos una interpretación de la equivalencia de las prestaciones, más acorde a la concepción contractual esbozada por los canonistas, y por ende una limitación en la aplicación del princi-

pio del riesgo y ventura, que no es sino un corolario del pacta sunt servanda de la teoría clásica. No obstante el fundamento de este acercamiento a la concepción canónica difiere de un derecho a otro. Mientras en el derecho privado el fundamento radica en la concepción del estado social de derecho y en los principios que son su consecuencia, en el derecho público, este proceso se da como consecuencia de otorgarle al contrato administrativo una sustantividad propia, fundada en la virtud de la justicia distributiva. Fundamento éste, que hace que la intangibilidad de la remuneración de los contratos administrativos, si bien supone las ideas de equilibrio o estabilidad económica, las supera, ya que no sólo se refiere a la relación entre las partes contratantes -cuestión propia de la figura del equilibrio económico financiero- sino, de acuerdo a lo dicho, plantea un mantenimiento integral de las razones que dieron lugar a la adjudicación, dentro de la dinámica propia de las exigencias de la justicia distributiva.