
ESBOZO DE UNA NUEVA TEORÍA DEL CONTRATO

JORGE ADAME GODDARD

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *La noción de contrato*. 1. *La definición clásica del contrato*. 2. *La definición en la tradición civilista*. 3. *El contrato como convenio de obligarse recíprocamente*. III. *Los arquetipos contractuales*. IV. *Principios del régimen contractual*. 1. *El principio de consensualidad*. 2. *El principio de la reciprocidad de las obligaciones*. 3. *Principio de la responsabilidad agravada (o responsabilidad por culpa) por incumplimiento de las obligaciones contractuales*. V. *El esbozo de teoría en síntesis*.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace varios años he venido reflexionando sobre la necesidad de definir un concepto de contrato, especialmente en relación con los contratos internacionales, por ser estos contratos, a los que pueden ser aplicables las leyes contractuales de dos o más Estados, los que con mayor urgencia requieren un régimen independiente de las legislaciones nacionales. Sobre esto ya he publicado varios trabajos,¹ en los que propongo como noción

¹ “Hacia un concepto internacional del contrato”, en *Contratación internacional*, UNAM-U. Panamericana, México, 1998, pp. 15-32; “El concepto de contrato desde la

del contrato la que dio el gran jurista romano Labeón: el contrato es la obligación recíproca (*ultra citroque obligatio*). Siguiendo con este concepto, me propongo ahora esbozar una teoría del contrato, es decir una explicación de su naturaleza, sus diversas especies y sus reglas principales.

Si bien el impulso de reflexionar sobre la naturaleza del contrato partió de la apreciación de que los contratos internacionales deberían estar regidos por un régimen que no dependiera de la legislación nacional, luego me di cuenta que para construir un régimen no nacional del contrato debería reflexionar sobre lo que el contrato es en la realidad de las relaciones humanas. Lo verdaderamente importante para saber qué es el contrato no es lo que las leyes digan acerca de él sino lo que el contrato es en sí mismo. Las leyes pueden regular muchas realidades y de muy diversa índole, como el agua, el petróleo, las asociaciones, los medicamentos, el poder político, los bienes, el dinero, etcétera, pero las leyes no cambian la naturaleza de las cosas; una cosa es el agua y otra su régimen jurídico, una es el petróleo y otra lo que las leyes disponen acerca de él. Y lo mismo cabe decir de los contratos: una cosa es la relación que se da entre diversas personas y otra el régimen contractual que definen las leyes.

Adoptando ese enfoque realista me percaté de que puede construirse una teoría del contrato a partir de la realidad de las relaciones humanas y que, precisamente por ese fundamento común, puede ser adoptada como doctrina común por los juristas independientemente de su nacionalidad y del régimen jurídico vigente en sus países. No trataré, por tanto, como lo había hecho en mis primeros trabajos sobre esta materia, de esbozar una noción del contrato internacional, sino una teoría del contrato en general, una teoría realista del contrato. Ésta permitirá proponer un régimen común del contrato que derive de la naturaleza misma de la relación contractual y que, por ese funda-

perspectiva del *ius gentium*", en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hiestrosa*. I. Colombia, 2003, pp. 17-35; "El contrato en el derecho romano clásico", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 26, pp. 761-776, México, Escuela Libre de Derecho, 2002.

ESBOZO DE UNA NUEVA TEORÍA DEL CONTRATO

mento realista, pueda ser aceptado por cualquier persona con independencia de su nacionalidad. La elaboración de esta teoría también servirá para poner en evidencia que el derecho es ciencia y no mera voluntad del legislador o consenso entre partes o Estados; una ciencia que ciertamente tiene que considerar la realidad de las leyes y de los convenios públicos o privados, pero que no se identifica completamente con el contenido de estos acuerdos porque parte de la realidad de las relaciones entre las personas.

Estos apuntes para una teoría del contrato los he desarrollado en relación con los cursos que he preparado sobre contratos internacionales para la especialidad de comercio exterior que ofrece la Universidad Panamericana (*campus* Ciudad de México), para la maestría en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho Privado que ofrece la Universidad de Roma “*Tor Vergata*” y para la especialidad en derecho contractual de la Universidad Panamericana en su *campus* de Guadalajara. Valga esta declaración como testimonio de lo estimulante que resulta la docencia para el quehacer de investigación.

En este trabajo, en su primera parte, se pone a la consideración del lector un esbozo de una teoría del contrato que contiene una noción del contrato y una crítica de la respectiva definición transmitida por la tradición civilista, la determinación de los diversos arquetipos contractuales y la proposición de los principios reguladores de la relación contractual. Le llamo teoría “nueva” en contraposición a la explicación hoy dominante en la tradición civilista, que en esto coincide fundamentalmente con el *common law*, de que el contrato es en general el convenio productor de obligaciones. Concluyo exponiendo en síntesis la teoría esbozada.

II. LA NOCIÓN DEL CONTRATO

Para proponer una noción de contrato que resulte de la naturaleza de la relación, analizaré primero algunas fuentes jurídicas romanas, de las que finalmente tomo la mayor parte de los ele-

mentos que luego propongo como integrantes de la noción de contrato, y luego haré una revisión de la misma noción en el Código Civil mexicano que, en este aspecto resulta representativo de la tradición civilística occidental.

1. La definición clásica del contrato

La crítica romanista actual, empezando por Álvaro d'Ors,² ha rescatado la noción de contrato que propuso Labeón: es la obligación recíproca (*ultra citroque obligatio*).

Resulta interesante analizar el párrafo donde viene esta noción, porque queda así encuadrada dentro de una visión más amplia de los actos jurídicos. Dice textualmente (según la traducción de Álvaro d'Ors) el citado párrafo (Ulp. 11 ad ed. D 50,16,19):

“Labeón 1 [ed.] distingue entre hacer ‘actos’, ‘gestos’ y ‘contratos’, y lo define así: acto es un término general, hágase con palabras o de hecho [*sive verbis sive re*], como la estipulación y el pago [*numeratio*] de dinero; ‘contrato’ es la obligación recíproca, que los Griegos llaman *synallagma*, como la compra-venta, la locación conducción [o arrendamiento], la sociedad; *gestum* [o gestión] quiere decir lo que se hace sin declaración de palabras”.

En este párrafo Labeón claramente distingue los “actos” que dan lugar a obligaciones unilaterales y que requieren de la entrega de una cosa (*re*, como la entrega —*numeratio*, dice el texto latino— de dinero) o una forma verbal (*verbis*, como la estipulación), de los contratos que son las obligaciones recíprocas; de éstos menciona tres de los cuatro contratos consensuales (falta el mandato). Es muy interesante la contraposición entre ambos

² Principalmente en “*Creditum y Contractus*”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1956, p. 6, Madrid; y *Conventiones y contractus* en la misma revista, 1976, p. 136. Una referencia bibliográfica de la discusión que generó esta tesis en *Studia et Documenta Historiae Iuris*, 1975, pp. 205 y ss., Roma.

tipos de obligaciones, máxime que entre las obligaciones unilaterales se refiere al mutuo y a la estipulación, que según Gayo eran contratos, uno real y el otro verbal. Menciona además una tercera fuente de obligaciones que son los “hechos” (*gesta*), que contraponen directamente a los actos, que siempre requieren de palabras, es decir de un entendimiento entre las partes que lo celebran, en tanto que aquéllos se realizan sin convenio entre el acreedor y el deudor (como la gestión de negocio ajeno o la comisión de un ilícito) y dan lugar a obligaciones que no fueron asumidas voluntariamente.

El criterio principal que sigue Labeón para distinguir entre actos y contratos es el de la naturaleza de la obligación que resulta de cada uno de ellos; de los primeros surgen obligaciones unilaterales, de los segundos bilaterales o sinalagmáticas.

En otro texto, Ulpiano (4 *ad ed.* D 2,14,1,3; 5 y 7pr-5) citando a Aristón, jurista del siglo primero, explica en términos generales los significados de las palabras pacto (*pactum*) y convención o convenio (*conventio*), y vuelve a aparecer una diferencia, con criterio distinto del de Labeón, entre los contratos y otros tipos de obligaciones. Cabe analizar primero la explicación de Ulpiano sobre los pactos y convenios y después referirse a la mención que hace más abajo de los contratos como obligaciones recíprocas o *synallagma*.

Ulpiano dice que la palabra *conventio* es un término general (*verbum generale*, lo mismo decía Labeón respecto de la palabra *actus*) que significa que varias personas consienten en algo determinado; luego cita a Pedio (jurista del siglo I, igual que Aristón) quien afirma que no hay contrato ni hay obligación sin que haya una convención, sea que la obligación se contraiga por la entrega de una cosa, sea por palabras (*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat*). Aquí Pedio, por una parte, distingue los contratos de las obligaciones, las cuales, según el mismo Pedio, pueden contraerse por la entrega de una cosa o por palabras, y por la otra, señala que hay un elemento común a las obligaciones y los contratos, que es el convenio, que se requiere en unas y otros. Como en palabras de Ulpiano la convención es el término general, resulta

que en este texto propone una clasificación de los actos jurídicos, semejante a la de Labeón, pues comprende una categoría general, la convención, y dos especies: los contratos y las obligaciones que se contraen por la entrega de una cosa o por palabras. Luego aclara Ulpiano, y como concluyendo esta idea, que muchas de estas convenciones tienen un nombre propio, como la compra y el arrendamiento (contratos), la prenda (obligación *re contracta*) y la estipulación (obligación *verbis contracta*).

Pasando adelante en su explicación del término *conventio*, Ulpiano presenta otra distinción entre los contratos y las demás obligaciones. Él dice (párrafo 5) que hay tres tipos de convenciones: las públicas, y las privadas, y éstas pueden ser legítimas o de derecho de gentes (*iuris gentium*). Los compiladores quitaron el párrafo donde Ulpiano explicaba qué eran las convenciones “legítimas” pero dejaron el que explica (actual párrafo 7) qué son las convenciones *iuris gentium*. Ahí dice que estas convenciones pueden dar lugar a una acción o a una excepción, y que las que generan acción tienen el nombre propio de contrato, como la compra-venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato;³ las que generan sólo excepción son los pactos que se dan respecto de una obligación ya contraída o por contraer. De modo que aquí Ulpiano contrapone nuevamente los contratos con otro tipo de negocios, llamando a los primeros convenciones de derecho de gentes y a los otros convenciones legítimas, que bien podrían ser, como sugiere d’Ors, los negocios que dan lugar a las obligaciones reconocidas por el derecho civil, como la estipulación, el mutuo y otras.

Después de explicar que las convenciones de derecho de gentes son los contratos y dar los nombres de los cuatro contratos consensuales, Ulpiano refiere una discusión entre Aristón y Celso acerca de si puede haber otros contratos que no sean los de derecho de gentes (o consensuales); Aristón, a quien sigue Ulpiano,

³ Si bien el texto dice *comodatum* me parece probable la conjetura de Álvaro d’Ors, *Convenciones y contractus en Anuario de Historia del Derecho Español*, 1976, p. 136, de que es una corrupción mecánica de *mandatum*.

ESBOZO DE UNA NUEVA TEORÍA DEL CONTRATO

dice que los negocios como el de dar una cosa por otra o dar algo a cambio de una actividad (es decir, los negocios que posteriormente Justiniano llamará contratos innominados), son contratos porque son *synallagma*, es decir obligaciones recíprocas. En la misma línea temática, Ulpiano refiere otra discusión, ahora entre Juliano y Mauriciano, acerca del caso de alguien que dio un esclavo para que quien lo recibió manumitiera otro, como efectivamente lo hizo; posteriormente éste pierde el esclavo que había recibido porque lo reivindicó su verdadero propietario, y los juristas discutían si tenía acción contra quien le había dado el esclavo. Juliano opinaba que debía dársele una acción *in factum*, lo que implicaba considerar que ese negocio no era un contrato que diera lugar a una acción civil de buena fe, pero Mauriciano, a quien sigue Ulpiano, decía que bastaba una acción civil de objeto incierto (*civilem incerti actionem*), como lo eran las acciones derivadas de contratos, porque existía una obligación recíproca o *synallagma*.

En este texto de Ulpiano se repite la distinción entre obligaciones unilaterales y obligaciones bilaterales o contratos y se añade la distinción entre convenios que obligan por sí mismos, por ser de derecho de gentes (los cuatro contratos consensuales típicos: mandato, sociedad, compra-venta y arrendamiento), y convenios “legítimos” que toman su fuerza de la ley.

La distinción entre obligaciones unilaterales y bilaterales no fue exclusivamente teórica en el derecho clásico. El mismo Edicto del Pretor contenía dos títulos y dos acciones separadas referentes a las obligaciones unilaterales y a las bilaterales. El título XVII que llevaba la rúbrica *De rebus creditis* (de los préstamos) contemplaba una acción civil, la *actio certae creditae pecuniae*, que servía para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de negocios que se perfeccionaban por la entrega en propiedad y retención temporal de una cosa determinada (en cuyo caso era también llamada por los juristas clásicos *condictio*), como el mutuo y las demás daciones crediticias y también para exigir el cumplimiento de una estipulación de objeto cierto. Además contenía otras acciones pretorias *in factum* para exigir la devolución de cosas cuya posesión, sin propiedad, había sido entregada, que

eran la acción *de pecunia constituta* (para exigir la entrega de una cosa cierta debida por mutuo o estipulación después de vencerse un plazo adicional prestado), la acción del comodato y la de la prenda.⁴ Por otra parte, el título XIX del Edicto que llevaba el nombre *de bonae fidei iudicis* (de los juicios de buena fe) contenía las acciones para exigir el cumplimiento de los cuatro contratos consensuales (mandato, sociedad, compra-venta y arrendamiento) además de la acción para el antiguo negocio de *fiducia*, que fue el primero sancionado por una acción de buena fe, y la acción del depósito, que se contractualizó tardíamente.⁵

Las acciones que surgían de los negocios contemplados en uno y otro título eran diferentes, lo que implicaba un régimen jurídico propio para las obligaciones unilaterales previstas en el título XVII (sancionadas por las llamadas acciones “de derecho estricto”) y otro distinto y propio de los contratos y negocios asimilados previstos en el título XIX (sancionados por las acciones “de buena fe”).

Se advierte por lo anteriormente expuesto que el derecho romano clásico conoce y mantiene la diferencia, no sólo teórica sino también de régimen, entre obligaciones unilaterales y obligaciones bilaterales o contratos, y entre convenios que por sí mismo obligan (*iuris gentium*) y otros que obligan por fuerza de ley.

2. La definición en la tradición civilista

La noción civilista proviene de Gayo (*Gai* 3,88 y 89), quien consideró que todo convenio era un contrato. Esta noción pasó a las

⁴ La ubicación de las acciones de los negocios de mutuo (y demás daciones crediticias), estipulación, *constitutum* (que es un complemento del mutuo y la estipulación de objeto cierto), comodato y prenda en un título diferente del que agrupa los contratos consensuales es una prueba muy clara de que aquellos negocios, que según Gayo sería “contratos” reales o verbales, no eran considerados por los juristas clásicos como contratos sino como obligaciones unilaterales.

⁵ Mencionaba también las acciones de dote, de gestión de negocios y de tutela por las que se exigía al marido, al gestor o al tutor, respectivamente, responsabilidad por culpa en su administración de la dote, gestión o tutela. De este modo se agravaba su responsabilidad dándoles el mismo grado de ella que si hubieran celebrado un contrato.

Instituciones de Justiniano (*Inst.* 3,13) y de ahí se difundió a la doctrina moderna.

En nuestro Código Civil (me referiré siempre al Código Civil Federal, que antes del año 2000 era el vigente en el Distrito Federal) el contrato se define como el convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos (artículo 1793). Es una especie del género convenio, y éste se define como “el acuerdo de dos o más personas para crear, modificar o extinguir obligaciones” (artículo 1792). De ellos resulta que el contrato es el acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, mientras que el acuerdo que los modifica o extingue no tiene nombre propio y es simplemente un convenio.

Desde esta perspectiva, todo convenio que genere una obligación es un contrato. Para que exista contrato, sigue diciendo el Código Civil (artículo 1794), se requieren, como elementos esenciales, el consentimiento y el “objeto”; por objeto entiende (artículo 1824) “la cosa que el obligado debe dar” o el “hecho que... debe hacer”.⁶

Contempla (artículo 1835) como posibles dos tipos fundamentales de contrato: el unilateral, en que sólo una de las partes se obliga hacia la otra, y el bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente. En ambos casos hay un acuerdo de voluntades productor de obligaciones.

Ciertamente que el código habla de una fuente de obligación voluntaria⁷ no contractual que llama “declaración unilateral de voluntad” (artículos 1860 y ss.), en la que considera la promesa de recompensa, la estipulación a favor de terceros y la emisión de títulos a la orden o al portador. Mas para que se constituya la obligación en estos casos, el mismo código contempla la aceptación del posible acreedor: o del que acepta expresa o tácitamente la promesa de recompensa (artículos 1862 y ss.), o del

⁶ En realidad, el objeto de la obligación, es decir aquello a lo que el deudor está obligado, es la conducta de dar o hacer algo, y no propiamente la cosa que debe dar o hacer.

⁷ Reconoce además fuentes que generan obligaciones que no son voluntariamente asumidas: el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios y los actos ilícitos.

tercero a cuyo favor convienen las partes de un contrato (artículo 1871), o de quien recibe el título que tácitamente acepta. En consecuencia, siguiendo la lógica de que todo convenio que genera obligación es un contrato, la promesa de recompensa, la estipulación a favor de un tercero y la emisión de títulos implican un convenio que genera una obligación y por lo tanto son contratos y, como sólo generan una obligación, contratos unilaterales.

Al equiparar el contrato con el convenio productor de obligaciones, el código viene a perder la distinción de las fuentes de las obligaciones y de los tipos de las obligaciones. Si todo convenio productor de obligaciones es contrato y toda obligación voluntaria es producto de un contrato, resulta entonces que sólo hay una fuente de las obligaciones voluntariamente asumidas,⁸ el convenio o contrato, y un solo tipo de obligaciones, las contractuales, las cuales pueden ser unilaterales o bilaterales. En consecuencia, parece que todas las obligaciones, al provenir de la misma fuente, son necesariamente iguales y su régimen debe ser idéntico.

La necesidad de distinguir diversos tipos no es meramente teórica, puesto que se basa en la realidad de las relaciones humanas. La realidad que significa la palabra obligación es la relación que vincula a las partes a prestarse una conducta entre sí. Esa conducta es diferente si ambas partes están recíprocamente obligadas, que si sólo lo está una de ellas. Cuando la obligación es unilateral sólo una parte confía en la otra, y cuando es bilateral ambas confían entre sí; cuando la obligación es unilateral, el incumplimiento se plantea sólo como responsabilidad de una parte, pero cuando la obligación es recíproca, el incumplimiento de una obligación tiene que examinarse como posible responsabilidad de ambas partes. En consecuencia, es conveniente distinguir dos tipos de obligaciones, las unilaterales y las bilaterales, y cada una con un régimen propio aunque pueda y deba haber elementos comunes.

⁸ No considero aquí las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico como consecuencia de algún acto ilícito o de una determinada exigencia legal.

La necesidad de distinguir las fuentes es de sentido común. Cuando alguien declara su voluntad de obligarse con otro, es evidente que lo hace por alguna causa (o *consideration* según el *common law*). Cuando se trata de una obligación unilateral, la causa es algo distinto del convenio obligacional y de la obligación misma, y puede ser, entre otras, la existencia de una deuda previa, el haber recibido o la esperanza de recibir algo, o incluso la mera voluntad de donar. El contenido y la validez de la obligación dependen de la causa de la misma: si alguien, por ejemplo un fiador, se compromete a pagar alguna cantidad por causa de una deuda previa, y ésta resulta nula, la nueva obligación de pagar esa cantidad es igualmente nula; si alguien se obliga a devolver una cantidad recibida, el contenido de su obligación es devolver lo mismo que recibió, pero si nada recibió, no queda obligado, no obstante que hubiera convenido que quedaba obligado. En las obligaciones unilaterales se debe en consecuencia considerar una causa externa a ellas, y por eso conviene distinguir las según sea su causa.

Hay además obligaciones unilaterales que se generan por un acto formal, cuya sola realización dispensa de la prueba de una causa previa, de modo que en estos casos la causa de la obligación es el acto formal mismo, y la validez y el contenido de la obligación dependen primariamente de la forma cumplida, como sucedía en la antigua promesa formal (*stipulatio*) o sucede hoy en los títulos de crédito.

En las obligaciones bilaterales, en cambio, la causa no es algo distinto de la misma obligación recíproca. La causa de la obligación de una parte es la obligación de la otra, y viceversa. Así, en la compra-venta, la obligación de pagar el precio tiene como causa la de entregar las mercancías, y viceversa; en el arrendamiento, la obligación de pagar el precio o renta tiene como causa la obligación de prestar el uso, y viceversa. Lógicamente, el contenido y validez de estas obligaciones depende de ellas mismas y no hace falta acudir a la consideración o prueba de una causa ajena a ellas.

Otra dificultad que presenta la noción de contrato como convenio productor de obligaciones es que no señala qué conve-

nios son los que producen obligaciones. Se podría pensar entonces que cualquier convenio, si es producto del libre consentimiento y determina un objeto de dar o hacer (artículo 1794), genera obligaciones, máxime que dice el código (artículo 1796) que los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento, salvo que la ley exija alguna formalidad. Resulta entonces que lo determinante para saber si el convenio produce obligaciones es simplemente la voluntad de las partes. Pero la voluntad se conoce sólo por lo que las partes dicen o hacen, de modo que para quedar jurídicamente obligadas tienen que declarar con palabras su intención de quedar vinculadas o, al menos, actuar de modo que manifiestan su intención de quedar obligadas, por ejemplo entregando una cosa que se convino prestar; en consecuencia, para saber si las partes consintieron en quedar obligadas tiene que acudirse a las palabras o a los actos, y no basta el solo consentimiento. Distinto es el caso en que las partes convienen uno de los contratos reconocidos en la ley (los contratos llamados típicos), pues entonces basta con que digan que quieren comprar, arrendar, dar en mutuo, etcétera, para que se entienda que tienen la voluntad de quedar jurídicamente obligadas.

De lo arriba expuesto resulta que, bajo la noción de que el contrato es el convenio que produce obligaciones, los convenios reconocidos por la ley como contratos (los contratos típicos) son sin duda contratos; en cambio aquellos convenios que no corresponden a los tipos legales son contratos sólo si las partes han expresado con palabras o actos su voluntad de quedar jurídicamente vinculadas, lo cual lleva a hacer esa distinción, ya presente en los textos romanos citados y que el código ignora, entre obligaciones consensuales y obligaciones que se perfeccionan por las palabras (*verbis contracta*) o por la entrega o ejecución de algo (*re contracta*).

La confusión de las obligaciones unilaterales con las obligaciones contractuales que deriva de la noción de contrato como convenio productor de obligaciones es también un obstáculo para la comprensión de la promesa de contratar y de las negociaciones previas a un contrato. Si la promesa de contratar es un convenio que produce la obligación de contratar, entonces es un

contrato, como lo reconoce el mismo código (artículo 2244) que dice: “la promesa de contratar o sea el contrato preliminar puede ser unilateral o bilateral”. No puede entonces hablarse de un acto jurídico previo a un contrato que no sea él mismo un contrato. En cambio, si se reconoce la obligación unilateral como no contractual puede haber una promesa de contratar que constituya una obligación unilateral de celebrar un contrato sin ser ella misma un contrato; pueden también constituirse otras obligaciones unilaterales, incluso a cargo de las dos partes, que sean independientes la una de la otra, por tener cada una de ellas su propia causa (por provenir cada una de su respectiva promesa), y que sirvan para facilitar las negociaciones que culminan con un contrato, como la promesa de no divulgar información o la de negociar con la intención real de concluir un contrato.

En fin, quizá tendría que hacerse una crítica más amplia de la teoría civilista del contrato, pero con lo expuesto me parece que pueden imputársele estos tres defectos graves: la confusión de las obligaciones unilaterales con las obligaciones contractuales, la consecuente definición de un régimen único para todo tipo de obligaciones, y la indeterminación de los requisitos necesarios para que un convenio produzca obligaciones. Por eso puede concluirse que la definición del contrato como convenio productor de obligaciones no es el logro de un concepto más abstracto y por eso mejor, sino una simplificación o pérdida de las distinciones entre tipos y fuentes de las obligaciones, que son necesarias para su régimen adecuado.

3. El contrato como convenio de obligarse recíprocamente

Para dar una noción realista del contrato conviene primero aclarar el concepto de obligación jurídica, del cual depende lógicamente el de contrato. Me referiré aquí sólo a las obligaciones libremente asumidas por las personas entre sí, y no a los deberes que la ley pública impone a los ciudadanos.

Se puede afirmar que una persona está jurídicamente obligada cuando puede ser constreñida judicialmente a prestar una

determinada conducta a favor de otra.⁹ La obligación consiste en ese vínculo o relación establecida entre las dos personas. La relación es algo real, aunque accidental. Es real porque modifica o afecta a las personas relacionadas, moviéndolas a comportarse entre sí de una determinada manera, y por eso pueden distinguirse las personas según el papel que tengan en la relación: una es el acreedor y la otra el deudor. Es algo accidental porque la relación no existe por sí misma sino sólo en las personas relacionadas.

Lo debido es siempre una conducta que puede consistir, en términos generales, en un dar o hacer algo. Lo propiamente debido es la conducta y no la cosa (el “algo”) que se da o hace, el cual simplemente especifica lo debido; por ejemplo, en la obligación de dar la propiedad de un terreno, lo debido es propiamente la acción de dar la propiedad, específicamente del terreno; en la de construir una casa, lo debido es la acción de construir, específicamente una casa de ciertas características.

¿Cómo puede ser que una persona quede voluntariamente obligada respecto de otra? Se puede responder, en forma general, que las personas, colocadas en un plano de igualdad se obligan entre sí cuando convienen obligarse, es decir cuando sus voluntades coinciden en que una de ellas quede vinculada a practicar una determinada conducta respecto de la otra, o en que ambas queden vinculadas recíprocamente de modo que cada una deba practicar una determinada conducta respecto de la otra. Cabe entonces afirmar que el convenio es la fuente general de las obligaciones.

Sin embargo, no todo convenio genera obligación jurídica. Cuántas veces las personas convienen en algo, como visitarse o llamarse por teléfono, sin que de ello resulte obligación jurídica alguna.¹⁰ Resulta así que detrás de toda obligación hay un con-

⁹ Es lo que dice la noción de obligación que da Justiniano en sus *Institutiones* (3,13,pr): la obligación es el vínculo que nos constriñe a pagar algo, según el derecho de nuestra ciudad (*obligatio es iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicui solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*).

¹⁰ Otra cuestión sería la de si el convenio genera una obligación moral, por ejemplo quien ofrece gratuitamente ayudar a una persona menesterosa, podría no estar jurídicamente obligado pero sí moralmente.

ESBOZO DE UNA NUEVA TEORÍA DEL CONTRATO

venio, pero que no todo convenio genera obligación jurídica. Por consiguiente, debe determinarse específicamente cuáles son los convenios que generan obligaciones jurídicas y explicarse las causas próximas que las generan.

Un tipo de convenio que generalmente se considera productor de obligaciones jurídicas es el préstamo o crédito. Si dos personas convienen que una preste algo a otra, quien lo recibe queda obligado a devolverlo. En este caso, hay un convenio inicial de prestar que da lugar a (o causa) la entrega de una cosa; la obligación de devolverla no surge del mero convenio, pues naturalmente se requiere la entrega de la cosa y su retención durante cierto tiempo para que surja la obligación de devolverla. El propio convenio de prestar no obliga por sí mismo a devolver; tampoco a prestar.¹¹ En este caso, la causa inmediata de la obligación de devolver una cosa prestada es la entrega y su retención temporal.

Otro convenio que puede dar lugar a una obligación unilateral es el de que alguien asuma formalmente una obligación. Como resultado de este convenio una de las partes realiza un acto formal del que resulta una obligación de dar o hacer algo; el acto formal puede ser verbal o, como es más común hoy, escrito; es, por ejemplo, lo que sucede cuando se conviene que una persona emita un documento o título¹² (civil o mercantil) por el que se obliga a pagar determinada cantidad a una cierta persona o al portador. En este caso, el convenio tampoco es la causa de la obligación; es sólo la causa por la cual se realiza el acto formal. La causa de la obligación es el acto formal mismo, que en el ejemplo mencionado sería la emisión del título con los requisitos es-

¹¹ Tampoco obliga a prestar, aunque puede ser que quien convino prestar haya asumido formalmente la obligación de prestar (por ejemplo, mediante una promesa), o tenga la obligación de prestar por otra causa, por ejemplo, un contrato por el que una parte se obliga a depositar dinero y la otra a prestarle (contrato de cuenta corriente); en ambos casos, la obligación de prestar no proviene del convenio mismo de prestar, sino de otra causa.

¹² Es interesante que se llame "título" al documento formal que genera una obligación; es un reconocimiento implícito de que el documento mismo es la causa o "título" de la obligación que contiene.

tablecidos: el deudor queda obligado por la fuerza vinculante del acto formal, y el acreedor, para reclamar el pago, sólo debe probar la existencia de aquél.

En estos dos casos se trata de convenios que dan lugar a un acto (la entrega o el acto formal) del cual resulta obligada sólo una de las partes. Es distinto lo que ocurre cuando las partes convienen quedar recíprocamente obligadas. Estos convenios sí que generan obligaciones por su propia fuerza, pues como las partes quieren quedar recíprocamente obligadas, resulta que la obligación de una parte tiene como causa la obligación de la contraparte (por ejemplo, el vendedor se obliga a entregar porque el comprador se obliga a pagar) y viceversa, por lo que no hace falta acudir a una causa externa al convenio.

Si es verdad que las personas se obligan entre sí jurídicamente cuando así lo quieren, es preciso distinguir, de conformidad con lo expuesto arriba, los casos en que convienen que se obligue una sola de las partes de aquellos en que convienen que ambas queden recíprocamente obligadas. En los primeros, el convenio por sí mismo no genera obligación pero mueve a las partes (a la que corresponda) a que proporcione la causa necesaria (entrega o acto formal) para generar la obligación; en los otros el convenio es causa de las obligaciones recíprocas. Hay, por consiguiente, obligaciones unilaterales que resultan de un convenio más una causa adicional al mismo y obligaciones bilaterales, o contratos, que proceden del mero convenio.

El hecho de que el convenio de obligarse recíprocamente vincule a las partes naturalmente (es decir, por la propia naturaleza de la relación bilateral o recíproca) sin ninguna otra formalidad, no impide que las mismas partes o las leyes prevengan ciertos requisitos formales, como el escrito firmado por ambas partes, para que el contrato sea vinculante; pero esta exigencia de formalidad es algo añadido a la relación contractual.

Partiendo de esta doble distinción entre obligaciones unilaterales y obligaciones bilaterales y entre convenios que no obligan por sí mismos y convenios que obligan por sí mismos, se puede proponer esta noción: el contrato es el convenio informal

ESBOZO DE UNA NUEVA TEORÍA DEL CONTRATO

(o meramente consensual) por el que dos o más personas se obligan recíprocamente.

Procuraré en lo sucesivo explicar las consecuencias que se siguen de esta noción, primero en cuanto a la determinación de los diferentes tipos contractuales, y luego en cuanto a los principios del régimen contractual.

III. LOS ARQUETIPOS CONTRACTUALES

Como afirma Álvaro d'Ors,¹³ todas las obligaciones recíprocas o contratos pueden reducirse a tres tipos fundamentales que corresponden a las posturas corporales que pueden tener dos personas entre sí: pueden estar una frente a otra, una al lado de la otra o una detrás de la otra.

A la postura de una persona frente a otra corresponden todos los contratos de intercambio de bienes. El contrato más antiguo de este arquetipo es la permuta, al que siguen en el tiempo la compra-venta y el arrendamiento de bienes (intercambio de un precio o renta por el uso de una cosa) o de obra (intercambio de un precio por la ejecución de una obra). En este arquetipo, las partes contractuales están en un plano de igualdad formal (aunque puede ser que una esté económicamente subordinada a otra, como el colono de una tierra respecto del propietario) y tienen intereses contrapuestos pero equilibrados; por esto una regla fundamental de estos contratos es el equilibrio o equidad en las prestaciones.

La posición de una persona al lado de otra denota los contratos asociativos, en los que las partes se obligan a prestaciones recíprocas con el fin de obtener un beneficio común. Es el caso del contrato de sociedad (que no requiere necesariamente de crear una persona jurídica distinta de los socios) y de las diversas for-

¹³ "Los arquetipos contractuales (un ensayo de meta-historia jurídica)", en *Orlandis 70: Estudios de derecho privado y penal romano, feudal y burgués*, Barcelona, 1988, pp. 43 y ss. Hay también una referencia a esto, pero dentro de la explicación más amplia de una "meta-historia jurídica", en *Parerga Histórica*, Pamplona, 1997, pp. 53 y ss.

mas de asociación. En este tipo de contrato las partes mantienen una posición de igualdad; no hay subordinación jurídica entre ellas (aunque frecuentemente una sea económicamente o socialmente más poderosa que otras), ni intercambio de bienes. Puede, por efecto del contrato, constituirse una comunidad de bienes, pero puede también faltar; lo decisivo es que exista una participación o comunicación en el beneficio común, y de ahí que le sea necesario un régimen de reparto de beneficios.

Finalmente, una persona detrás de otra simboliza los contratos de representación, en los que una persona actúa por encargo y a nombre de otra, cumpliendo gratuitamente una gestión en provecho de la primera. El representante, al cumplir la gestión ante un tercero, puede obligar directamente al representado con el tercero (representación directa), o bien obligarse él mismo ante el tercero y transmitir los resultados de la gestión al representante (representación indirecta). Este arquetipo comprende el contrato de mandato, así como diversas formas de comisión mercantil, “poder” o agencia. De estos contratos resulta una subordinación jurídica ya que el representante tiene la obligación de rendir cuentas al representado; no hay en ellos equilibrio entre las prestaciones, ni reparto de beneficios; la regla principal es la fidelidad del representante a las instrucciones recibidas, que pueden ser limitadas a un negocio o generales.

Todos los contratos específicos pueden reducirse, en su estructura fundamental, a uno de estos arquetipos: intercambio de bienes, asociación o representación. También los contratos innominados, y gracias a esta reducción podrá facilitarse la determinación de su respectivo régimen. Ciertamente puede haber contratos que combinan elementos de distintos arquetipos, como el contrato de comisión mercantil en el que puede verse un contrato de representación, que implica el seguimiento de las instrucciones del comitente, y un contrato de arrendamiento de obra porque implica el pago de un precio a cambio de la ejecución de una obra; o un contrato de distribución mercantil que consiste principalmente en un intercambio de mercancías por precio, pero que contiene elementos de un contrato asociativo en tanto que el distribuidor y el fabricante procuran cuidar bie-

ESBOZO DE UNA NUEVA TEORÍA DEL CONTRATO

nes comunes, por ejemplo la marca comercial, de los que dependen sus beneficios; o el contrato de aparcería, que supone un reparto de los beneficios que produce el cultivo de una tierra (contrato asociativo), pero implica también el pago por el uso de una tierra ajena (contrato de intercambio de bienes).

Igualmente, pueden darse combinaciones de los elementos de diversos contratos pertenecientes al mismo arquetipo contractual; por ejemplo, el contrato que se refiere a las relaciones de un cliente con el restaurante donde come, es principalmente una compra-venta de alimentos a cambio de un precio, pero contiene elementos de un arrendamiento de obra (el servicio del mesero) y un arrendamiento del local; o un contrato de franquicia, que supone el arrendamiento de una marca, pero también la compra de insumos y la prestación de servicios de asistencia técnica.

Pero en cualquier contrato (típico o innominado), sea que combine elementos de diversos arquetipos, sea que combine elementos de contratos pertenecientes al mismo arquetipo, puede distinguirse cuál es el arquetipo al que principalmente pertenece. Por eso opina Álvaro d'Ors que "en ningún caso parece admisible hablar de 'contrato' sin identificar, por lo menos, el arquetipo al que pertenece".¹⁴

IV. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL

Considerando el contrato como el convenio de obligarse recíprocamente y teniendo en cuenta los tres arquetipos contractuales, pueden ahora proponerse las reglas principales, o principios, del régimen contractual común. Me parece que estos principios son los siguientes: *a)* principio de consensualidad; *b)* de la reciprocidad de las obligaciones, y *c)* de la responsabilidad agravada por incumplimiento.

¹⁴ "Los arquetipos contractuales (Un ensayo de meta-historia jurídica)", en *Olandis 70: Estudios de derecho privado y penal romano, feudal y burgués*, Barcelona, 1988, p. 47.

1. *El principio de consensualidad*

Afirma que las partes de un contrato se obligan por el mero consentimiento. Esto es consecuencia de la bilateralidad de las obligaciones: si cada parte se obliga en consideración o por causa de la obligación de la otra parte, basta el solo consentimiento para que ambas queden obligadas.

De este principio derivan diversas reglas comúnmente aceptadas, entre las que pueden destacarse las siguientes:

- *El perfeccionamiento consensual del contrato.* El momento en que nace el contrato o momento de perfeccionamiento del contrato es cuando hay consentimiento respecto de los elementos esenciales del contrato. Para definir ese momento suelen distinguirse los actos de oferta y aceptación.
- *La modificación consensual del contrato.* Lo que surge por el consentimiento se puede posteriormente modificar de la misma manera, y como lo realmente importante para saber si se ha modificado es que haya habido el consentimiento de modificarlo, el contrato suele entenderse modificado por el consentimiento informal aunque exista un contrato escrito que señale que toda modificación debe hacerse por escrito. Esto significa que lo que es consensual por naturaleza no puede hacerse necesariamente formal.
- *La resolución consensual del contrato.* Lo que se perfecciona por el consentimiento se deshace o resuelve por el consentimiento contrario o disentimiento. Puede incluso convenirse que una de las partes pueda resolver unilateralmente el contrato.¹⁵
- *La libertad de contratar y de determinar el contenido del contrato.* El consentimiento presupone la libre voluntad de

¹⁵ En algunos contratos, por la propia reciprocidad de las obligaciones, se entiende que las partes tienen el derecho de resolver unilateralmente el contrato.

las partes para hacer o no un contrato (libertad de contratar) y también para determinar el contenido del contrato (libertad de contratación).

- *Invalidez de un contrato por falta de consentimiento real.* Puede el consentimiento ser sólo aparente y, en consecuencia, no haber un contrato válido, cuando el consentimiento es producto del error espontáneo o inducido (dolo), o de la coacción sufrida por alguna de las partes.
- La interpretación del contrato tiende a discernir qué fue lo realmente querido o consentido por ambas partes.

2. *El principio de la reciprocidad de las obligaciones*

Indica que cada obligación contractual se explica y se mide por la obligación recíproca, de modo que debe haber cierta equidad o igualdad proporcional entre prestaciones que suelen ser diferentes.

La proporción es distinta según sea el arquetipo contractual: en los contratos de intercambio se presupone cierta igualdad de valor o equilibrio entre las diversas prestaciones, por ejemplo entre el precio y la mercancía o entre la renta y el uso. En los contratos asociativos se da una proporción entre la aportación y el beneficio; en este tipo de contratos, como puede haber más de dos partes, la proporción se da, no entre la obligación de una parte y la obligación de otra, sino entre la obligación de un socio de aportar (exigible por cualquiera de los otros) y la obligación de todos los socios de comunicar los beneficios (exigible por cualquier socio). Los contratos de representación, como ordinariamente son gratuitos, no tienen una igualdad de valor o equilibrio entre las prestaciones, sino más bien una desigualdad o desequilibrio pues se hacen en beneficio del mandante; sin embargo, hay cierta proporción entre la obligación del mandante de reembolsar los gastos e indemnizar los daños que sufra el mandatario y la del mandatario de realizar la gestión encomendada, puesto que sólo se reembolsan los gastos y se indemnizan los daños resultantes del cumplimiento de esa gestión.

Bajo este principio de reciprocidad de las obligaciones se comprenden otras reglas contractuales como las siguientes:

- La nulidad de un contrato cuando hay una grave desproporción inicial entre las prestaciones. Se entiende que la desproporción suprime la razón de ser del contrato, salvo cuando interviene el ánimo o voluntad de donar, pues entonces el contrato es el medio para hacer efectiva una donación (por ejemplo, la venta a bajo precio de algo que se quiere donar en parte al comprador, o la inclusión de una persona como socio con derecho a los beneficios sin exigirle aportación); esta misma voluntad suele darse en los contratos gratuitos. Para evitar que se anule un contrato inicialmente desproporcionado cuando interviene una donación o causa lucrativa, la regla sobre nulidad del contrato inicialmente desproporcionado exige, además de la desproporción inicial, que ésta resulte de que una de las partes se haya aprovechado abusivamente de la otra.
- La posibilidad de exigir la renegociación de un contrato o de alguna de sus disposiciones, o incluso exigir su anulación, cuando un contrato inicialmente proporcionado deviene gravemente desproporcionado, por algún factor imprevisto, insuperable y ajeno a la voluntad de las partes.
- La posibilidad de resolver unilateralmente (o renunciar) un contrato gratuito, por parte de quien no tiene interés en él, de modo que no quede permanentemente obligado a soportar la desproporción.
- La posibilidad de cualquiera de las partes de resolver el contrato y quedar desligada de su obligación por causa del incumplimiento de la otra parte. Para subrayar la equidad en la aplicación de esta regla a veces se añade que la resolución unilateral puede hacerse sólo cuando el incumplimiento de la otra parte es un incumplimiento grave.

- La regla del cumplimiento simultáneo de las obligaciones contractuales, que si bien puede modificarse por acuerdo de las partes o por las propias necesidades del contrato, indica también que ninguna de las partes puede exigir el cumplimiento de su obligación a la otra si la primera no está dispuesta a cumplir su propia obligación.
- La posibilidad de cualquiera de las partes de suspender el cumplimiento de sus obligaciones si prevé fundadamente que la otra parte incumplirá sus propias obligaciones. La misma razón está presente en la regla de que en los contratos basados en la confianza (contratos gratuitos o sociedad) se puede resolver el contrato en cuanto cesa la confianza.

3. *Principio de la responsabilidad agravada (o responsabilidad por culpa) por incumplimiento de las obligaciones contractuales*

En las obligaciones contractuales o recíprocas cada parte se obliga confiando que la otra cumplirá su obligación, y en el cumplimiento recíproco está la utilidad del contrato que cada parte espera para sí.¹⁶ Por eso, se exige de las partes una responsabilidad mayor en el cumplimiento de las obligaciones contractuales que en las obligaciones unilaterales. Relacionadas con este principio se pueden mencionar las siguientes reglas:

- Las partes de un contrato deben procurar diligentemente el cumplimiento de sus obligaciones, de modo que sólo se exoneran de responsabilidad en caso de incumplimiento cuando interviene un caso fortuito, es decir un suceso independiente de la voluntad de las partes, imprevisto e insuperable que lo impide temporal o definitivamente.

¹⁶ En un contrato gratuito, aunque no hay interés de una de las partes, ésta, sin embargo, confía que no sufrirá pérdidas por el cumplimiento del contrato y que los gastos y daños que sufriera le serán indemnizados.

- La reparación en caso de incumplimiento contractual ha de ser integral, es decir tiende a darle al acreedor no sólo un valor equivalente al de la prestación omitida, sino a reponerlo en la posición que tendría de haberse cumplido la obligación contractual, por lo que, además de ese valor, se le da el de la indemnización de los daños causados por el incumplimiento (*damnum emergens*) y el de los perjuicios o ganancias dejadas de obtener (*lucrum cesans*).
- La regla de interpretación del contrato que dice que las partes contractuales quedan obligadas, además de a lo que expresamente convinieron, a todo aquello que es costumbre convenir en esa clase de contratos o que deriva de su naturaleza; por ejemplo, el vendedor de mercancías que van a ser transportadas debe entregarlas, aunque no se hubiera convenido expresamente, debidamente empacadas para resistir el transporte.
- El deber de cooperación de cada parte para que la otra pueda cumplir su obligación, por ejemplo entregando un documento necesario para la exportación o la importación de mercancías, gestionando un permiso requerido para la ejecución de una obra o para la división de una cosa. Como consecuencia del incumplimiento de este deber por una de las partes, se exonera a la otra de la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones, cuando fue debido a un acto u omisión de la primera.
- El deber de cada parte de cooperar con la otra para evitarle pérdidas, aun en caso de que esta última haya incumplido el contrato; por ejemplo, el deber del comprador de cuidar las mercancías que envió el vendedor y que no eran las convenidas, a fin de que éste no sufra mayores pérdidas; o el deber de la parte acreedora de tomar las medidas necesarias para evitarse daños derivados del incumplimiento de la otra y reducir así el valor de la indemnización que ésta habría de pagarle. El incumplimiento de este deber se sanciona, no directamente —no por medio de una acción—, sino indirecta-

mente como una reducción que puede pedir el demandado —por vía de excepción— en la cantidad que se le exija por concepto de reparación del incumplimiento.

- La nulidad de las cláusulas que limiten excesivamente la responsabilidad de alguna de las partes, sea señalando eventos fútiles como exonerantes de su responsabilidad por incumplimiento, sea limitando su indemnización por ello a una cantidad fija que resulte notoriamente inferior a lo que el acreedor podía esperar, sea dándole al deudor que no puede cumplir su obligación una alternativa de cumplimiento que no corresponde a las expectativas del acreedor.

V. EL ESBOZO DE TEORÍA EN SÍNTESIS

El contrato es el convenio de obligarse recíprocamente. Los contratos se reducen a tres arquetipos: contratos de intercambio de bienes, asociativos o de representación. El régimen contractual se conforma a partir de tres principios: de consensualidad, de reciprocidad de las obligaciones y de responsabilidad agravada por incumplimiento. Sé que esto es un esbozo que tendrá que irse desarrollando.