



---

From the Selected Works of Jorge Adame Goddard

---

2009

# Bases doctrinales para un derecho contractual internacional

Jorge Adame Goddard



Available at: [https://works.bepress.com/jorge\\_adame\\_goddard/201/](https://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/201/)

## BASES DOCTRINALES PARA UN DERECHO CONTRACTUAL INTERNACIONAL

Por Jorge Adame Goddard  
Instituto de Investigaciones Jurídicas,  
Universidad Nacional Autónoma de México

*SUMARIO. Introducción. 1. Las relaciones humanas. 2. La causa de las obligaciones. 3 El contenido de las obligaciones. 4. Los arquetipos contractuales. 5. Principios del régimen contractual. 6. Síntesis.*

### *Introducción.*

El problema actual de construir un derecho común en materia de contratos es consecuencia de la organización política vigente, que considera que el derecho, incluido el derecho de contratos, es principalmente el derecho promulgado por el órgano legislativo y que tiene una vigencia exclusiva y excluyente en el territorio de un Estado. Junto al Estado nacional apareció el Derecho nacional.

Los contratos celebrados entre personas establecidas en diferentes estados planteaban el problema de qué ley nacional regiría el contrato. Y sobre esta cuestión se dieron las llamadas reglas de conflicto de leyes, que señalaban criterios para definir cuál era la ley nacional aplicable al contrato. Hubo varios criterios, como el de la ley del lugar de perfeccionamiento del contrato, o la ley donde se ejecutaría la obligación característica, o la ley convenida por las partes, o la ley del lugar donde estuvieran las cosas a las que se refería el contrato, y otras más. Como cada país tenía y tiene sus propias reglas de conflicto, se da también una diversidad de reglas para definir cuál es la ley nacional aplicable a un contrato internacional. Para paliar esta nueva dificultad se han hecho esfuerzos para convenir reglas de conflicto comunes, de los cuales el más exitoso ha sido la llamada Convención de Roma sobre la ley aplicable a los contratos internacionales, vigente en la Unión Europea.<sup>1</sup> La solución que

---

<sup>1</sup> Los principales han sido: 1) La Convención de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías (*Convention on the law applicable to international sales of goods*), del 15 de junio de 1955. Entró en vigor el 1 de septiembre de 1964, y está en vigor solo en 8 países: Dinamarca, Finlandia, Italia, Noruega, Suecia, Suiza y Nigeria. 2) La Convención de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, publicada el 22 de

dan las reglas de conflicto a la problemática que presentan los contratos internacionales es paradójica: define como aplicable a un contrato internacional una ley nacional.

Esa solución es además inequitativa, porque da una ventaja importante a la parte contractual cuya ley nacional resulta aplicable. Por eso se han venido haciendo esfuerzos, desde hace casi cien años y redoblados ahora con motivo de la globalización, para formar un derecho común en materia de contratos, que sea aplicable a todos los contratos, con independencia de la nacionalidad de las partes. Se ha buscado formar este derecho común a base de convenciones o tratados internacionales. Los resultados que hasta ahora son conseguidos son realmente escasos en comparación a la complejidad del problema y al tiempo que se viene trabajando para resolverlo. El fruto más importantes hasta ahora ha sido la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, que está en vigor en cerca de 80 países, entre los cuales se encuentran los principales compradores y vendedores en el comercio internacional. Se han hecho esfuerzos por medio de convenciones o tratados respecto del contrato de transporte marítimo de mercancías, de transporte multimodal,<sup>2</sup> de contratos de arrendamiento financiero, contratos

---

diciembre de 1986. Esta convención no ha entrado en vigor, pues solo la firmaron cuatro estados, Argentina, República Checa, Holanda y Eslovaquia, y solo Argentina la ha ratificado. 3) La Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en Roma, el 19 de junio de 1980; está en vigor entre los países que conformaban la Unión Europea y los que se han adherido posteriormente, a los que se pide que se adhieran a esta convención. 4) En el ámbito americano se aprobó, en el marco de la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V), la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (México, 17 de marzo de 1994). La convención entró en vigor, pero únicamente entre dos países que la han ratificado: México y Venezuela.

<sup>2</sup> Respecto del contrato de transporte marítimo internacional, el instrumento más difundido y en vigor, desde el 2 de junio de 1931, es la *Convención Internacional sobre la unificación de ciertas reglas relativas al conocimiento de embarque* (Bruselas 1924, conocidas como reglas de “La Haya”), enmendada por dos protocolos aprobados en 1968 y 1979, y conocidas así reformadas como “Reglas de la Haya y Visby. Esta convención regula principalmente la responsabilidad del transportista respecto de las mercancías transportadas, en términos más favorables al transportista que al cargador. Como una reacción contra la excesiva limitación de la responsabilidad del transportista, por iniciativa de los países en desarrollo, se formuló un proyecto para una nueva convención, que finalmente fue aprobada en una conferencia que tuvo lugar en Hamburgo, el 31 de marzo de 1978, con el nombre de *Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de mercancías*, también conocida como “Reglas de Hamburgo”. Entró en vigor el 1 de noviembre de 1992, y aunque actualmente la han ratificado 33 Estados, no tiene mucha aplicación porque los Estados económicamente más fuertes, que son también los Estados que tienen empresas navieras de carga importantes, no la han ratificado, y prefieren acogerse a las Reglas de la Haya-Visby.

de facturaje, contratos de viaje, pero con resultados muy pobres, al ser convenciones que han entrado en vigor entre pocos países, o que no han alcanzado las firmas suficientes para entrar en vigor.<sup>3</sup>

Me parece que esta forma de unificar el derecho contractual no es suficiente, porque no ataca el fondo del problema. La dispersión del derecho contractual es consecuencia de la consideración del Derecho como ley nacional y, por consiguiente como obra de la voluntad política (de los legisladores) que tiene vigencia en un determinado territorio. El remedio de formar convenciones que unifiquen el régimen contractual, sigue el mismo principio, de que el derecho, y en concreto el derecho contractual, es obra de la voluntad política, pero ahora plasmada en una convención internacional, vigente en el territorio de los estados que la ratifiquen. La solución, por lo tanto, es simple: procurar una ley que se aplique en un ámbito territorial más amplio y, de ser posible, en todo el mundo. Esta solución no es segura, en primer lugar porque las convenciones siempre pueden ser denunciadas, pero además, y sobre todo, porque la interpretación que hagan los jueces del contenido de las convenciones se hará conforme a los criterios, reglas y precedentes de su propia

---

Hay otras convenciones en materia de contrato de transporte, pero solo regulan ciertos aspectos, principalmente la responsabilidad del transportista, como la *Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte internacional por aire* (Varsovia 1929); el *Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril* (Berna, 1980); la *Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por carretera*, en Montevideo, julio de 1989. Aunque fue firmada por nueve estados, ninguno la ha ratificado y no ha entrado en vigor. El esfuerzo más ambicioso respecto del transporte ha sido la *Convención de las Naciones Unidas sobre transporte multimodal internacional*, aprobada en Ginebra en 1980, pero entrará en vigor cuando alcance 30 ratificaciones. Hasta ahora solo hay diez.

<sup>3</sup> Hay una convención sobre los contratos de viaje (*International convention on travel contracts*), aprobada en Bruselas en abril de 1970. Entró en vigor el 21 de febrero de 1976, y actualmente son parte de ella: Argentina, Bélgica, Benin, Camerún, Italia y Togo. Otra sobre los contratos de arrendamiento financiero (*Unidroit convention on international financial leasing*), aprobada en Ottawa en 1988, que entró en vigor el 1 de mayo de 1995, y que actualmente son partes de ella diez países: Bielorusia, Finlandia, Hungría, Italia, Letonia, Nigeria, Panamá, Rusia, Ucrania y Uzbekistán. Otra más sobre los contratos de facturaje financiero (*Unidroit Convention on international factoring*), aprobada en la misma conferencia que aprobó la de arrendamiento financiero (Ottawa 1988), que entró en vigor el 1 de mayo de 1995, y de la que actualmente son parte. Francia, Alemania, Italia, Letonia, Nigeria y Ucrania. Recientemente se aprobó una convención aplicable a todo tipo de contratos internacionales, denominada *Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales*. Fue aprobada en una conferencia diplomática en Nueva York, el año 2005. La han firmado 18 Estados, pero ninguno la ha ratificado, por lo que no ha entrado en vigor.

jurisdicción, por lo que el régimen contractual estaría unificado en el texto de las convenciones, pero no, y eso es lo principal, en la mente de los jueces y juristas.

Por eso resulta muy interesante la nueva vía de unificación que se ha intentado por medio de los *Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, que se propone como un texto de doctrina jurídica, que puede ser tomado en cuenta por las partes que celebran un contrato, por los legisladores de los diversos estados, así como por los jueces y juristas. Por este camino se ha renunciado a la vía de imposición legislativa, lo cual me parece un acierto, pero hace falta considerar bien todo lo que implica ese rechazo.

Si el Derecho, y especialmente el contractual, recupera su carácter de ciencia, no de ciencia empírica, sino de doctrina racional que contiene los principios, criterios de juicio, reglas y soluciones aprobadas, para resolver los conflictos que se dan entre los individuos con motivo del aprovechamiento de las cosas, ese mismo carácter científico garantiza su universalidad. La ciencia, a diferencia de la ley, no tiene fronteras; su validez no depende de la aprobación del legislador, sino de la objetividad de sus principios, nociones y conclusiones. La ciencia, además no radica en los textos, que son frutos o expresiones de ella, sino en la mente de quienes la cultivan. Si recordamos que el Derecho es ciencia, aun cuando tiene que contar con el contenido de las leyes y de otras realidades sociales, la unificación del Derecho se hará en la formación de una doctrina jurídica común, compartida por los juristas de cualquier nacionalidad.

El documento de los *Principios de Unidroit*, así como el de los *Principios del derecho contractual Europeo*, pueden ser apreciados desde esa perspectiva del derecho científico. Pero quizá esa intención no estaba clara en la mente de sus redactores, pues su contenido, en ambos casos, es principalmente una colección ordenada de reglas contractuales. Eso es parte de la ciencia, pero no es toda la ciencia, que requiere también de conceptos, principios –en el sentido de verdades primarias o evidentes–, comparaciones, análisis, conclusiones comúnmente aceptadas o discutidas, entre otras cosas. Las puras reglas no son suficientes, si no hay un entendimiento común en cuanto al fundamento de las mismas, la materia a que se refieren, el modo o método para aplicarlas, etcétera. Esto lo demuestran palpablemente los tratados internacionales sobre derechos humanos, por los que los estados manifiestan su conformidad respecto de ciertas reglas y contenidos, pero sin que haya un sustrato común, lo cual permite que los “derechos humanos” se aleguen como fundamento para cualquier pretensión, e incluso para pretensiones contradictorias.

La conformación de la ciencia jurídica común es el mejor camino para tener realmente un derecho común. Quienes nos esforzamos en ese trabajo no partimos de cero, no inventamos en realidad nada nuevo, sino

que se trata de una reelaboración, reinterpretación o «renacimiento» de la ciencia jurídica milenaria que tiene, en sus diversas épocas, fuentes riquísimas para abordar y solucionar con éxito los problemas jurídicos actuales.

Desde esa perspectiva, de que la unificación del Derecho, y especialmente del derecho contractual, es una tarea científica más que política,<sup>4</sup> pongo a su consideración en esta ponencia un concepto de contrato, cuya validez quiero fundamentar, no en las leyes ni en los tratados, sino en la realidad social de las relaciones que implican los contratos. Es un concepto distinto del que hoy se tiene como común, que afirma que el contrato es el convenio o consentimiento productor de obligaciones. Es un concepto que no he inventado, sino que lo he tomado de la tradición jurídica romana, particularmente del jurista Labeón, quien dice que el contrato es la obligación recíproca.

El pensamiento de Labeón, que es como una síntesis de lo que pretendo decir en esta ponencia, lo conocemos por medio de una cita que hace Ulpiano (*11 ad Ed.* D 50,16,19), que dice textualmente:<sup>5</sup>

«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 de dinero; ‘contrato’ es la obligación recíproca, que los griegos llaman *synallagma*, como la compraventa, la locación conducción <o arrendamiento>, la sociedad; *gestum* <o gestión> quiere decir lo que se hace sin declaración de palabras»<sup>6</sup>

No pretendo en esta ponencia argumentar con base en la autoridad del Derecho Romano, sino proponer este concepto de contrato como una noción objetiva, que comprende mejor la realidad social a la que se refiere que el concepto hoy corriente, que dice que el contrato es el convenio productor de obligaciones.<sup>7</sup>

Iniciaré por lo tanto, haciendo una tipificación de las relaciones sociales a las que se refieren los contratos. Luego propondré una explicación de las causas que hacen que ciertas relaciones se vuelvan jurídicamente vinculantes, y de las diferentes formas para determinar lo que es jurídicamente debido. Sobre ese análisis propongo y explico el concepto de contrato como obligación recíproca, ponderándolo con el concepto hoy común. Y a manera de epílogo, hago finalmente una consideración sobre

<sup>4</sup> Esta orientación la he tomado de Álvaro d’Ors, quien dice “la unificación del derecho privado debe buscarse por la formación de una jurisprudencia común y no por la aspiración a una legislación uniformada”, en “Hacia un nuevo derecho común”, en *M. Rotondi: inchieste di Diritto Comparato*, II, Padova, 1973, pp. 173 ss.

<sup>5</sup> En la versión española del *Digesto de Justiniano* (Pamplona, 1975) de Alvaro d’Ors y otros.

<sup>6</sup> Puede verse un análisis más amplio de este concepto de contrato en mi trabajo: “El concepto de contrato en el derecho romano clásico”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 22, Roma, 2006, p. 91 ss.

<sup>7</sup> He hecho una crítica de esta noción en: “Esbozo de una teoría del contrato”, en *Ars Iuris*, 33, México, 2005, pp. 50 ss. ;

los tipos contractuales y las primeras verdades o principios sobre el régimen contractual.

### *1. Las relaciones humanas.*

Las relaciones humanas se constituyen por los actos que practican entre sí las personas relacionadas. Los sujetos de la relación son las personas, la materia de la relación, los actos que realizan, y la forma o la relación misma es la interdependencia de esos actos.

Puede ser que la relación se produzca como resultado de un acto de una persona hacia otra, sin haber deliberado entre ellas, como cuando alguien daña o hace un servicio espontáneamente a otra, lo cual genera un acto de respuesta. En el derecho privado, el ejemplo típico sería la gestión a favor de un negocio ajeno.

Puede ser también que la relación se produzca como consecuencia de la deliberación entre las personas relacionadas, que deciden libremente practicar ciertos actos entre sí. Esto es lo que corresponde en el derecho privado a la teoría del negocio jurídico.

Considerando su finalidad, las relaciones pueden distinguirse en dos categorías: relaciones interpersonales y relaciones patrimoniales. Las relaciones personales son aquellas en que las personas practican conductas ordenadas al bien de la otra persona, considerada como un bien en sí misma, como son, por antonomasia, las relaciones familiares. Las relaciones patrimoniales son las que se refieren al aprovechamiento de bienes económicos.

Por razón de las personas relacionadas, cabe distinguir las relaciones que se establecen entre personas individuales, de las relaciones que tienen las personas con alguna comunidad a la que pertenecen. Las relaciones entre personas individuales son relaciones que se dan en un plano de igualdad, y en ellas cada parte mantiene su individualidad, por lo que cabe decir que son relaciones de alteridad. En cambio las relaciones de un individuo con la comunidad, son relaciones en las que el individuo es una parte de la comunidad, de modo que son relaciones tendientes, no a la diferenciación de las partes, sino a su integración.

Las relaciones de carácter patrimonial entre personas particulares llegan a convertirse en obligaciones jurídicas cuando alguna de las conductas que constituyen la relación, o ambas, se vuelven judicialmente exigibles. La obligación jurídica, en sentido propio, puede así definirse como la relación de carácter patrimonial, entre personas particulares, judicialmente exigible.

Hay relaciones que dan lugar a una sola obligación, porque solo es judicialmente exigible la conducta de una de las partes, como sucede en las promesas, o en otros actos de asunción formal de una deuda como los títulos de crédito, en los que solo es exigible la conducta del promitente, o

en el mutuo, en el que es exigible solo la conducta del mutuario. Hay otras relaciones en las que resultan judicialmente exigibles las conductas de ambas partes, como sucede típicamente en los contratos de compraventa o arrendamiento, en los que ambas partes quedan recíprocamente obligadas. Se debe entonces reconocer la diferencia entre relaciones que dan lugar a obligaciones unilaterales (de una sola de las partes) y relaciones que dan lugar a obligaciones bilaterales entre ambas partes.

Considerando esta tipología de las relaciones, puede concluirse que el contrato se refiere a: *i*) relaciones libremente contraídas, distintas de las relaciones surgidas sin deliberación, o las establecidas por el ordenamiento jurídico; *ii*) relaciones patrimoniales, por lo que habrá que excluir que el matrimonio y otros convenios de convivencia interpersonal puedan considerarse como un contrato en sentido propio, *iii*) relaciones establecidas entre personas particulares, aun cuando pueda ser que uno de los contratantes, o ambos, sean una colectividad, pero en todo caso la relación contractual se da actuando la colectividad como si fuera un individuo (o una persona jurídica), y no considerándose la colectividad como un todo del cual el individuo es una parte; no son propiamente contractuales, las relaciones entre la comunidad, considerada como un todo, y el individuo como una parte de ella, como pueden ser por ejemplo, las relaciones de los socios respecto de una sociedad con personalidad jurídica, de la que forman parte, y *iv*) relaciones que dan lugar a obligaciones bilaterales; esto último se explicará más adelante.

Para ir precisando la noción de contrato, que necesariamente implica la noción de obligación, resulta ahora conveniente reflexionar sobre la causa que hace que las conductas de una relación se vuelvan judicialmente exigibles.

## *2. La causa de las obligaciones.*

La cuestión que aquí se propone es esta: ¿qué es lo que hace que una relación patrimonial, entre particulares se haga judicialmente exigible?

Respecto de las relaciones patrimoniales que se producen sin convenio y como consecuencia de un acto de una persona respecto de la otra, se puede afirmar que la causa que genera la obligación es el daño o beneficio que recibe la otra persona como consecuencia de ese acto. Esto es lo que sucede claramente en el caso de la gestión espontánea de un negocio ajeno, que obliga al gestor a reparar el daño o al dueño del negocio a indemnizar los gastos que dieron lugar al beneficio recibido; sucede también cuando una persona recibe un dinero o beneficio que no le corresponde, como un pago por error, y que genera la obligación de devolver lo recibido, e igualmente en el caso del daño patrimonial causado dolosa o negligentemente por una persona a otra, que genera la obligación de indemnizarlo.



En cuanto a las relaciones que se contraen mediante deliberación o convenio, se dice que el convenio es la causa de la obligación. Es natural o de sentido común que las personas quedan vinculadas por sus palabras. En el fondo de toda obligación libremente contraída está ese principio de respeto o fidelidad a la palabra dada, que en la tradición jurídica romana se designa simplemente con la palabra *fides*. Así quien, por ejemplo, hace una promesa o firma un título de crédito, queda obligado a dar o hacer lo declarado, por la sola fuerza de su palabra empeñada; igualmente quien recibe dinero prestado queda obligado a devolverlo precisamente porque dijo que lo devolvería. Pero el solo convenio no es, en muchos casos, causa suficiente de la obligación jurídica, es decir no es causa suficiente para que una persona pueda exigir judicialmente a la otra la prestación de determinada conducta.

a) Hay convenios que nunca generan obligaciones jurídicas, como son:

i) El convenio de hacer algo ilícito que no genera la obligación de hacerlo. En el caso de que por ese convenio una parte hubiera recibido algo, podrá tener la obligación de devolver lo recibido, pero esta obligación no tiene como causa el convenio sino la entrega de una cosa cuya adquisición no puede justificarse por parte de quien la recibió.

ii) Hay muchos convenios que se hacen en la vida social que no generan obligaciones jurídicas, como los convenios de visitarse, llamarse, y otros por el estilo, porque no se refieren a relaciones patrimoniales sino propiamente interpersonales.

b) Hay también convenios de contenido patrimonial que no generan por sí mismos obligaciones jurídicas, sino solo cuando van seguidos de la entrega de una cosa o la realización de un acto formal, como son:

i) Los convenios que implican el préstamo de una cosa, no generan, por sí mismos, la obligación de prestarla, pero quien la recibe sí queda jurídicamente obligado a devolverla. Si bien se ve, la causa de esta obligación no fue solo el convenio, sino el convenio más la entrega. Esto es evidente porque nadie puede quedar obligado a devolver lo que no ha recibido. En este supuesto caben todos los convenios de préstamo de uso, de consumo, de garantía, o de guarda de una cosa, que la doctrina civilística suele llamar «contratos reales».

ii) Hay convenios por los que una persona declara que dará o hará algo a favor de otra, que por sí mismos no valen, a menos que sean seguidos de un acto formal, oral o escrito, por el cual se declara de manera segura y clara esa voluntad. La obligación jurídica se genera, no por el solo convenio, sino que éste es causa de la celebración del acto formal que genera la obligación. Esto es lo que ocurría con la promesa formal, y lo que actualmente ocurre con los títulos de crédito. Hay, por ejemplo, un convenio de pagar una cantidad, por el cual alguien firma un título de

crédito que le obliga jurídicamente a pagar esa cantidad. La obligación se genera por el acto formal, el cual es resultado del convenio. Por eso cabe decir que la causa de la obligación es el convenio más el acto formal. Caben en este tipo los convenios que la civilística actual llama «contratos verbales» o «contratos literales»; también algunos de los actos comprendidos en la categoría de «declaración unilateral de la voluntad», como la promesa de recompensa, la estipulación a favor de terceros, o la emisión de títulos (civiles o mercantiles).

c) Hay finalmente convenios que por sí mismos generan obligaciones jurídicas, como son los contratos consensuales: mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento. En estos casos, en principio, el solo consentimiento genera obligaciones para las dos partes, como en la compraventa que, por el consentimiento sobre el precio y la mercancía, genera la obligación a cargo del comprador de pagarlo y la obligación a cargo del vendedor de entregarla.

¿Qué razón explica que unos convenios produzcan obligaciones por sí mismos y otros sólo si van acompañados de la entrega de una cosa o de algún acto formal?

La respuesta está en el hecho de que el convenio produzca obligaciones para ambas partes o solo para una de ellas. En el convenio por el que dos personas se obligan recíprocamente, la causa de la obligación de una es la obligación de la otra, y viceversa; el vendedor, por ejemplo, se obliga a entregar porque el comprador se obliga a pagar, y el comprador se obliga a pagar precisamente porque el vendedor se ha obligado a entregar. Por eso el puro convenio de obligarse recíprocamente es causa suficiente de las obligaciones contractuales, y no se requiere ni la entrega de algo ni la celebración de un acto formal. Esto mismo también se advierte considerando la confianza que las partes se tienen. En el convenio de prestar el acreedor confía en la persona del deudor cuando le hace entrega de la cosa que habrá de devolver; en el convenio por el que una parte asume una obligación, el acreedor confía en la palabra del deudor cuando queda patentemente declarada en un acto formal. En cambio, en los convenios de obligarse recíprocamente, las dos partes confían, en el mismo momento en que prestan su consentimiento, que la otra cumplirá su palabra.

Estas reflexiones hacen ver la conveniencia de distinguir entre convenios que generan obligaciones jurídicas, es decir haciendo a un lado los convenios de objeto ilícito o de carácter interpersonal, aquellos que generan una obligación cuando van acompañados de una entrega o de un acto formal, y aquellos que obligan por sí mismos, que son únicamente los que generan obligaciones recíprocas.

Las relaciones a que dan lugar estos convenios son diferentes, en primer lugar, por razón de las mismas partes. Los convenios que obligan

por causa de una entrega o de un acto formal generan una obligación unilateral, por la que una parte resulta deudora y la otra acreedora. En cambio, los convenios de obligarse recíprocamente generan una relación diferente, pues las dos partes son a la vez acreedores y deudores. Lo propio de las relaciones contractuales es obligarse recíprocamente, por lo que deben distinguirse los contratos de los convenios que generan una obligación unilateral.

Para continuar esta reflexión sobre las relaciones que constituyen las obligaciones contractuales, conviene observar cómo se determina el contenido de la obligación en los distintos tipos de convenios obligaciones que se han considerado.

### *3. El contenido de las obligaciones.*

Se suele pensar que el contenido de las obligaciones que resultan de un convenio lo determina precisamente lo que las partes convinieron. Pero como el convenio mismo no es causa suficiente en los casos en que se requiere la entrega o un acto formal, el contenido de la obligación en estos casos debe determinarse considerando también esos otros actos que constituyen la causa inmediata o próxima de la obligación jurídica. En los convenios que obligan por sí mismos, es decir los contratos, sí puede afirmarse que la determinación del contenido de las obligaciones depende principalmente de lo que las partes convinieron.

En las obligaciones que resultan de la entrega de una cosa, la determinación de la obligación del deudor se hace principalmente en atención a la cosa recibida. En principio, el deudor debe devolver lo mismo que recibió, no más ni menos. Se puede precisar que debe devolver la cosa en el mismo estado en que la recibió, de modo que el deudor debería indemnizar si entregara la cosa dañada, o que debe devolver la cosa con todos sus frutos y accesorios, o que puede el deudor quedarse con los frutos o con parte de ellos, y que en algunos casos (como en el depósito), podrá el deudor pedir el reembolso de los gastos erogados para la conservación o mejoramiento de la cosa. Todos estos detalles de la forma de la devolución dependen del convenio que hicieron las partes, pero la obligación principal es siempre la misma: devolver lo recibido.

Las obligaciones que se generan por un acto formal tienen como causa remota el convenio previo por el que las partes decidieron hacer el acto formal. El contenido de la obligación se precisa por el tenor de las palabras que constituyen el acto formal. Si se trata de una promesa verbal, el contenido de la obligación lo determinan las palabras dichas; si se trata de un acto escrito, las palabras escritas. En algunos casos puede ocurrir que exista contradicción entre lo que inicialmente se convino y lo que expresan las palabras formales, y entonces se puede admitir que el contenido de la obligación se precise también a la luz del convenio realizado, de modo que

el acto formal se entienda como un acto causado o causal; pero también se puede establecer que, por seguridad, el acto formal se entienda como un acto abstracto, que no depende de un convenio previo, y que el contenido de la obligación es exclusivamente lo que dicen las palabras formales.

En estos dos tipos de obligaciones unilaterales, el contenido de la obligación queda, por decirlo así, estabilizado, al momento de la entrega o de la celebración del acto formal.

En cambio, en las obligaciones contractuales u obligaciones recíprocas, el contenido de la obligación se determina principalmente por lo que las partes convienen de manera expresa o tácita, por ejemplo al elegir un determinado tipo contractual. El convenio de las partes no se agota al momento de perfeccionarse el contrato, pues ellas pueden modificarlo sucesivamente por medio de pactos, sin más limitaciones que las que impone la naturaleza del contrato que han celebrado, o incluso extinguirlo por el consentimiento contrario o disenso. El convenio contractual se expresa en las palabras que las partes dicen antes de perfeccionar el contrato, al momento de perfeccionarlo y con posterioridad, cuando se disponen a cumplirlo o lo cumplen efectivamente. Pero el contenido del convenio no se agota en las palabras, pues queda también indicado por medio de los actos que practican las partes en relación con el perfeccionamiento y cumplimiento del contrato. Por eso se suele considerar que en los contratos la voluntad efectiva de las partes, expresada en sus actos, puede valer más que las palabras declaradas en un documento.

#### 4. *Los arquetipos contractuales.*

Considerando que el contrato es únicamente la obligación recíproca contraída voluntariamente, que se distingue por su naturaleza de las obligaciones unilaterales que surgen de convenios seguidos de la entrega de una cosa o de la celebración de un acto formal, se hace una importante decantación de las figuras jurídicas obligacionales. Ya no serían considerados como contratos una gran parte de los negocios bancarios, que en muchos casos se reducen a préstamos de dinero, préstamos de garantía y promesas de pago, ni los negocios bursátiles que son, en el fondo, promesas de pago formalmente documentadas. Hay una distinción semejante en los *Principios de Unidroit*, que se refiere exclusivamente a los contratos «comerciales», con lo cual hace implícitamente a un lado los negocios bancarios y bursátiles.

Como afirma Alvaro d'Ors,<sup>8</sup> todas las obligaciones recíprocas o contratos pueden reducirse a tres tipos fundamentales que corresponden a

---

<sup>8</sup> “Los arquetipos contractuales (un ensayo de meta-historia jurídica)”, en *Orlandis 70: Estudios de Derecho privado y penal romano, feudal y burgúes*, Barcelona, 1988, p. 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, p. 53 ss.

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 compraventa 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 (sin creación de una persona jurídica distinta de los socios) y de las diversas formas 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 (gratuita u onerosamente) 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 bienes 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 compraventa 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 d'Ors que "en ningún caso parece admisible hablar de 'contrato' sin identificar, por lo menos, el arquetipo al que pertenece".<sup>9</sup>

##### *5. 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 responsabilidad agravada por incumplimiento.

##### *a) El principio de consensualidad.*

Afirma que las partes de un contrato se obligan por el mero consentimiento. Como ya se explicó, 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.

---

<sup>9</sup> "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.

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

i) 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.

ii) 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.

iii) 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.<sup>10</sup>

iv) La libertad de contratar y de determinar el contenido del contrato. El consentimiento presupone la libre voluntad de las partes para hacer o no un contrato (libertad de contratar) y también para determinar el contenido del contrato (libertad de contratación).

v) Invalidez de un contrato por falta de consentimiento real. Puede el consentimiento ser solo 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.

vi) La interpretación del contrato tiende a discernir qué fue lo realmente querido o consentido por ambas partes.

*b) 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

---

<sup>10</sup> En algunos contratos, por la propia reciprocidad de las obligaciones, se entiende que las partes tienen el derecho de resolver unilateralmente el contrato.

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 rembolsar los gastos e indemnizar los daños que sufra el mandatario y la del mandatario de realizar la gestión encomendada, puesto que solo se rembolsan 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:

*i)* 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 del aprovechamiento abusivo de una de las partes respecto de la otra.

*ii)* 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.

*iii)* 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.

*iv)* 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 solo cuando el incumplimiento de la otra parte es un incumplimiento grave.

*v)* 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.

*vi)* 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.

*c) Principio de la a 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.<sup>11</sup> 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:

*i)* Las partes de un contrato deben procurar diligentemente el cumplimiento de sus obligaciones, de modo que solo 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.

*ii)* La reparación en caso de incumplimiento contractual ha de ser integral, es decir tiende a darle al acreedor no solo 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*).

*iii)* La regla de interpretación del contrato que dice que las partes contractuales quedan obligadas, además de lo expresamente convenido, 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 debidamente empacadas para resistir el transporte, aunque no se hubiera convenido expresamente.

*iv)* 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.

*v)* El deber de cada parte de cooperar con la otra para evitarle pérdidas, aun en caso de que esta última hay incumplido el contrato; por ejemplo, el deber del comprador de cuidar las mercancías que le envió el vendedor y que no eran las convenidas, a fin de que éste no sufra mayores

---

<sup>11</sup> 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.

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 indirectamente 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.

vi) 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.

### 6. Síntesis.

Como bases doctrinales para un derecho contractual común, propongo en síntesis las siguientes:

*Primera.* Partir de la consideración del Derecho, y especialmente del derecho contractual, como una ciencia, que tiene sus principios, reglas, soluciones y métodos propios, independientes de los intereses económicos y políticos.

*Segunda.* Considerar el concepto o noción de contrato, no como una creación del legislador, sino como una abstracción de cierto tipo de relaciones entre las personas, es decir de relaciones establecidas deliberadamente, de contenido patrimonial, por las que ambas partes convienen prestarse recíprocamente ciertas conductas.

*Tercera.* Concebir el contrato como la obligación recíproca libremente convenida, que se distingue tanto de las obligaciones unilaterales libremente convenidas (préstamos y promesas), como de las obligaciones contraídas sin convenio (por gestión de negocios, enriquecimiento sin causa, o comisión de daño).

*Cuarta.* Los arquetipos contractuales, a los que se pueden reducir todos los contratos, son contratos de intercambio de bienes, contratos asociativos y contratos de representación.

*Quinta.* Los principios, o primeras verdades del régimen contractual, son: consensualidad, reciprocidad de las obligaciones y responsabilidad agravada (por culpa) por incumplimiento.