

## SECCIÓN MONOGRÁFICA

### EL CONCEPTO DE CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El concepto de contrato como acuerdo de voluntades.* III. *La noción de contrato en el derecho clásico.* IV. *Hacia una nueva teoría del contrato.* 1. *La racionalidad de la definición del contrato como obligación recíproca.* 2. *El régimen jurídico de los contratos como obligaciones bilaterales.* V. *Conclusión.*

#### I. INTRODUCCIÓN

Entre juristas que desconocen el estudio del derecho romano, se suele pensar que la romanística es una ciencia estática, en la cual ya no cabe ningún progreso, toda vez que el derecho romano fue un derecho que existió en un momento histórico determinado y que por lo tanto ya no puede cambiar. Su argumento simplificado podría ser éste: lo que fue, ya fue y así se quedó. Pero si bien el derecho de Roma como tal ya no puede cambiar, nuestro conocimiento de ese derecho sí cambia y sí progresa a medida que se va profundizando en el entendimiento e interpretación de las fuentes jurídicas romanas.

En los siglos XIX y primera mitad del siglo XX hubo un gran avance en los estudios romanísticos, gracias, entre otras cosas, al descubrimiento y edición por Niehbur de las *Instituciones* de Gayo, la edición crítica del *Corpus Iuris Civilis* por Krüger y Mommsen, la reconstrucción del Edicto del Pretor y la Palingenesia de los libros de la jurisprudencia romana hechas por Otto Lenel, así como por la crítica de interpolaciones que ejercieron todos los romanistas sobre las diversas fuentes jurídicas romanas, pero principalmente sobre el

Digesto. Gracias a esta labor se pudo tener desde la mitad del siglo XX una reconstrucción del derecho romano de la época clásica, como un derecho distinto del derecho romano posclásico. Por eso, hoy es usual en todos los manuales y tratados de derecho romano el distinguir entre los regímenes clásico y posclásico de cada institución.

Este progreso, además de la importancia meramente científica que ha tenido, puede tener también muchas consecuencias para el progreso del derecho privado actual. El derecho romano que se enseñaba en las universidades medievales, y el que se enseñó en la Universidad de Nueva España, y que formó durante siglos la mentalidad de los juristas fue el derecho contenido en el *Corpus Iuris Civilis*, sin distinguir entre reglas clásicas y posclásicas. Ese mismo derecho romano fue el que recibieron y pusieron en práctica los tribunales europeos durante los siglos XIV a XVII, y el que tuvieron en cuenta los redactores de los primeros códigos modernos. En consecuencia, hay muchas reglas del derecho clásico que ahora conocemos gracias a los progresos de la crítica romanística, pero que fueron ignoradas en el proceso de formación de los derechos occidentales modernos.

Esto es algo que sucede específicamente en el tema al que se dedica esta ponencia: el concepto o noción de contrato. La noción que prevaleció como propia del derecho romano y que se recibió en los códigos civiles actuales es que el contrato es un acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir obligaciones. Sobre esta noción, el derecho privado moderno ha construido toda una teoría general del contrato. Pero ahora, la romanística ha descubierto que la noción clásica del contrato no era esa, sino la que proporciona Labeón, según la cual el contrato es esencialmente la obligación recíproca. Sobre esta noción se puede construir una nueva teoría de los contratos, que permita superar la actualmente en vigor, que bajo muchos aspectos se encuentra en crisis debido al hecho de que en la mayor parte de los contratos no hay un acuerdo de voluntades pleno, en el sentido de que las partes lo construyen a través de un proceso de negociación, sino que la mayoría son contratos en que una parte impone a otra el contenido del contrato, de modo que esta última no tiene más voluntad que asentir o rechazarlo, y como no puede negarse que en tal circunstancia hay un acuerdo de voluntades, se llega a la conclusión de que tal contrato, en tanto es producto de un acuerdo de voluntades es válido, independientemente de su contenido. De

este modo, la noción de contrato como acuerdo de voluntades, al dar preeminencia al acuerdo de voluntades, que se dice es la "ley" principal de los contratos, viene a servir como medio para legitimar la imposición de la voluntad más fuerte.

Lo que sucede en este tema de los contratos se repite en otros campos del derecho privado, como la noción de crédito, la promesa, novación, obligaciones solidarias, legados, garantías caucionales, y otros más, donde el "nuevo" derecho romano, es decir el derecho clásico, viene a servir como instrumento para la crítica y superación del derecho privado actual.

En esta ponencia, y desde esta perspectiva de aprovechar nuestro conocimiento del derecho romano clásico para renovar conceptos jurídicos actuales, me propongo primero explicar cómo se formó la opinión generalizada de que el contrato es el acuerdo de voluntades, para luego explicar la definición de Labeón y los argumentos para demostrar que esa fue la noción clásica y, finalmente, señalar algunas líneas que pudieran darse a partir de esta definición para una nueva teoría del contrato.

## II. EL CONCEPTO DE CONTRATO COMO ACUERDO DE VOLUNTADES

La fuente principal de esta noción de contrato es Gayo, quien en sus *Institutiones* dice que todas las obligaciones proceden de un delito o de un contrato, y luego señala cuatro clases de "contratos", según sea su modo de perfeccionamiento: contratos reales, verbales, literales y consensuales. La clasificación fue posteriormente asumida por Justiniano en sus *Institutiones*, quien la completó señalando otras dos fuentes generales de las obligaciones los "cuasidelitos" (a los que Gayo también se refería en otra obra suya, las *Res Cottidianae*) y los cuasicontratos.

Esta visión de Gayo de que las obligaciones que no provienen de un delito provienen de un contrato, llevó a generalizar la palabra contrato como una categoría que comprende cualquier convenio generador de obligaciones, que es como la civilística actual entiende el concepto de contrato. No hay en las fuentes jurídicas romanas un texto donde se afirme expresamente que el contrato es el acuerdo de voluntades que produce obligaciones, pero la clasificación sistemá-

tica de Gayo presupone que todas las obligaciones que no provienen de un delito son efecto de un contrato, salvo, claro, las situaciones anómalas, cuasidelitos y cuasicontratos, en las que falla el dolo o el consentimiento.

### III. LA NOCIÓN DE CONTRATO EN EL DERECHO CLÁSICO

Pero esta noción ampliada de contrato no corresponde al significado técnico que tenía en la jurisprudencia clásica. Desde hace casi cincuenta años, Álvaro d'Ors<sup>1</sup> ha demostrado que la definición clásica de contrato no es la que se deriva de la cuatripartición gayana sino la que da Labeón, uno de los grandes juristas clásicos de la época republicana, según la cual el contrato es una categoría restringida que se refiere a un tipo especial de obligaciones: la obligación recíproca (*ultra citroque obligationem*), que los griegos llamaban "synallagma". Es interesante analizar el párrafo donde viene esta definición, 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 I <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 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 los contratos se distinguen de los "actos" por ser obligaciones recíprocas, lo que implica que hay actos que constituyen obligaciones unilaterales. Entre los contratos, Labeón menciona tres de los cuatro contratos consensuales (falta el mandato), y entre los "actos" menciona la estipulación, que según Gayo es un "contrato verbal", y la entrega de dinero, que evidentemente se refiere al mutuo que según Gayo es un "contrato real". Es evidente que en la

<sup>1</sup> Principalmente en "Credítum y Contractus", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1956, p. 6. Una referencia bibliográfica de la discusión que generó esta tesis en *Studia et Documenta Historiae Iuris*, 1975, p. 205 y ss.

concepción de Labeón tanto los actos como los contratos implican un acuerdo de voluntades, e incluso parece ser que la categoría de "acto" es el género y el "contrato" una de sus especies, pero lo que mira Labeón para especificar los contratos no es, como Gayo, su modo de perfeccionamiento, sino la naturaleza de la obligación que generan, que en los primeros es unilateral y en los segundos bilateral o recíproca. La tercera fuente de obligaciones que menciona Labeón, las gestiones, parece ser que se contraponen directamente a los actos, que siempre requieren de palabras, es decir de un entendimiento entre las partes que lo celebran, en tanto que las gestiones (como la gestión de negocio ajeno, o la gestión de una obra en suelo ajeno sin conocimiento del dueño) se realizan sin declaración.

Cabe notar que la definición de contrato que nos da Labeón es la única definición de contrato expresa que nos dan las fuentes jurídicas romanas, si bien en muchas de ellas se utiliza la palabra contrato aunque no siempre con un significado técnico, y por lo mismo cuando se habla de obligación contraída (*obligatio contracta*) no se indica necesariamente una obligación que resulta de un contrato.

La noción de contrato como obligación recíproca aparece expresamente dos veces en otro texto de Ulpiano (4 ad ed. D 2,14,1,3; 5 y 7pr-5) en donde cita a Aristón, jurista del siglo primero. Éste es un texto en el que Ulpiano, comentando la rúbrica del edicto *de pactis*, explica el significado de las palabras pacto (*pactum*) y convención o convenio (*conventio*), y aquí también se hace una diferencia, con criterio distinto del de Labeón, entre los contratos y otros tipos de convenciones. Conviene analizar primero la explicación de Ulpiano sobre los pactos y convenios y después referirse a la mención de los contratos como *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, y luego cita a Pedio (jurista del siglo primero igual que Aristón), quien afirma que no hay contrato ni hay obligación sin que haya una convención, sea que ésta se contraiga por la entrega de una cosa o por palabras (*nullum esse contractum. nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat*). Aquí Pedio distingue los contratos de las obligaciones, las cuales, según el mismo Pedio pueden contraerse por la entrega de una cosa o por pala-

bras. Lo que resulta de este párrafo es que Ulpiano propone una clasificación de los actos jurídicos semejante a la de Labeón, pues comprende una categoría general, la convención, semejante a la categoría del acto de Labeón, que incluye, al igual que la de Labeón, los contratos y las demás obligaciones que se contraen por la entrega de una cosa o por palabras. Luego aclara Ulpiano, como concluyendo esta idea, que muchas de estas convenciones tienen un nombre propio, como son 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 presentará otra distinción entre los contratos y las otras obligaciones. Él dice (párrafo 5) que hay tres tipos de convenciones: las públicas, y las privadas, las cuales 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 compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.<sup>2</sup> 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 que Ulpiano explica que las convenciones de derecho de gentes son los contratos y da los nombres de los cuatro contratos consensuales, viene un párrafo en que refiere una discusión entre Aristón y Celso acerca de si puede haber otros contratos que no sean los nominados, y que Aristón, a quien sigue Ulpiano, decía 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 se denominarán contratos innominados), son contratos porque son *synallagma*, es decir obligaciones recíprocas. En la misma línea temática, Ulpiano

<sup>2</sup> Si bien el texto dice *comodatum*, me parece probable la conjetura de d'Ors, *Convenciones y contractus en Anuario de Historia del Derecho Español*, 1976, p. 136, de que es una corrupción mecánica de *mandatum*.

refiere otra discusión, ahora entre Juliano y Mauriciano, acerca del caso de alguien que dio un esclavo a fin de que quien lo recibía manumitiera otro, como efectivamente lo hizo; posteriormente el que había recibido el esclavo lo perdió porque lo reivindicó su verdadero propietario, y se preguntaba si tenía una 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, dice que bastaba una acción civil de objeto incierto (*civilem incerti actionem*), como lo eran las acciones derivadas de contratos, porque existe una obligación recíproca o *synallagma*.

Otro argumento en favor de la distinción de los contratos respecto de otro tipo de obligaciones es el mismo edicto del Pretor, que contiene dos títulos separados para diversos negocios obligaciones. El título XVII que lleva la rúbrica *De rebus creditis* (de los préstamos) contiene una acción civil, la *actio certae creditae pecuniae*, la cual servía para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de negocios que se perfeccionan por la entrega en propiedad de una cosa determinada, como el mutuo y las demás daciones crediticias (en cuyo caso era también llamada por los juristas clásicos *condictio*), pero 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.

Por otra parte, el título XIX del Edicto que lleva 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, compraventa 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.

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 otro tipo de obligaciones.

A partir de esa distinción en el mismo orden edictal, Álvaro d'Ors ha propuesto que los negocios comprendidos en el título XVII (de los préstamos) constituían negocios que podían quedar abarcados en la categoría general de *creditum*, cuya característica principal es que generan obligación de dar una cosa cierta (*certum dare*), y que son claramente diferentes de los negocios agrupados en la categoría del *contractus* que dan lugar a acciones para reclamar un objeto incierto.

La distinción entre negocios crediticios o créditos, por una parte, y contratos, por la otra, era eminentemente práctica ya que afectaba el régimen jurídico de unos y otros. Los negocios crediticios se sancionaban por acciones de "derecho estricto", en las que el juez sólo podía condenar a lo que la cosa cierta demandada valía al momento de la *litis contestatio*, y examinar únicamente las excepciones que el demandado había insertado en la fórmula de la acción; en estas acciones, el actor que pide más de lo debido, pierde la acción, y la *litis contestatio* extingue la obligación *ipso iure*, aun cuando sea solidaria. Los contratos, en cambio, estaban sancionados por acciones de buena fe, en las que el juez tenía libertad para determinar el monto de la condena, teniendo en cuenta el interés que tenía el actor en que el contrato hubiera sido efectivamente cumplido, pero deduciendo o compensando lo que el actor podía deber al demandado por causa del mismo contrato; la estimación de la condena la hacía atendiendo al momento mismo de dictar la sentencia, y tenía en cuenta todas las excepciones que derivaban del contrato aunque el demandado no las hubiera insertado en la fórmula; el actor, por ser la acción de buena fe de objeto incierto, no perdía la acción por petición excesiva, y la *litis contestatio* no extinguía *ipso iure* la obligación, pues se consideraba que ésta seguía subsistiendo, a fin de darle al deudor la posibilidad de cumplir antes de dictarse la sentencia y en consecuencia salir absuelto.

#### IV. HACIA UNA NUEVA TEORÍA DEL CONTRATO

A partir de la distinción clásica entre contratos, por una parte, y obligaciones unilaterales, por la otra, se puede ir construyendo una nue-

va teoría o explicación general del contrato. Con ese fin, propongo aquí algunos lineamientos generales, considerando, en primer lugar, la propia racionalidad de esa noción de contrato, y seguidamente algunas de las reglas principales del régimen contractual.

#### 1. La racionalidad de la definición del contrato como obligación recíproca

Me parece que puede aceptarse como algo natural (o quizá sea mejor decir conforme con el sentido común) que la persona que afirma claramente su voluntad de dar o hacer algo a otra, queda obligada por su declaración. El fundamento de su obligación es, en la terminología del derecho romano, la propia *fides*, es decir la lealtad a la palabra dada. En el fondo de cualquier obligación (en el sentido propio de vínculo jurídico personal entre un acreedor y un deudor) libremente contraída, está este principio de respeto a la palabra dada: quien, por ejemplo, firma un título de crédito, está expresando su voluntad de pagar lo que indica el documento, y quien recibe el título confía en la lealtad o *fides* de quien lo emitió; o quien presta dinero confía en la *fides* del deudor que dice que lo va a pagar; o quien hace una promesa verbal se obliga ante el acreedor que confía que el primero cumplirá su palabra; igualmente, cuando se conviene una compraventa, el comprador confía que el vendedor le entregará las mercancías y el vendedor que el comprador pagará el precio.

Toda obligación supone naturalmente una relación entre dos personas, entre un acreedor y un deudor, e igualmente supone un acuerdo, convenio o consentimiento entre ellas, por el que una manifiesta su voluntad de obligarse y la otra la acepta. Es evidente que a veces sucede que el resultado del convenio es que una persona queda obligada frente a la otra, y que otras veces sucede que las dos personas quedan recíprocamente obligadas. Así, quien recibe dinero prestado queda él como deudor y el mutuante como acreedor; quien firma un título de crédito es deudor y el beneficiario acreedor; pero cuando se conviene un contrato, las dos partes quedan recíprocamente obligadas y son a la vez deudores y acreedores entre sí.

El análisis anterior lleva a distinguir entre el convenio y la obligación. Una cosa es la manifestación de la voluntad de obligarse y de la voluntad de aceptar la obligación, y otra la relación entre las partes u

obligación que resulta de ese convenio. Por eso, aunque casi toda obligación suponga un convenio (es decir que implica una "bilateralidad genética"), pueden distinguirse las obligaciones que resultan de esos convenios en dos categorías: las obligaciones unilaterales en que una parte es deudor y la otra acreedor, y las bilaterales en que las dos o más partes son recíprocamente acreedoras y deudoras (es decir, en las que hay además "bilateralidad funcional"). Cuando se afirma que el contrato es simplemente un convenio que genera obligaciones, en realidad no se señala la diferencia que lo distingue de otro tipo de obligaciones, por lo que se tratan como contratos negocios que no lo son, como el mutuo.

Un ejemplo de la confusión que puede introducir este insuficiente concepto de contrato es el régimen que ha tenido en los códigos civiles del Distrito Federal de México el negocio de mutuo. En los códigos de 1870 y 1884 se consideraba como un contrato real que se perfeccionaba con la entrega de la cosa; esto evidentemente constituía una derogación de la regla general, recogida en el mismo código, del perfeccionamiento consensual de los contratos. Para subsanar esta dificultad, el código civil de 1928 suprimió la categoría de contratos "reales" y definió el mutuo como un contrato consensual en el que el mutuante se obliga a prestar y el mutuario se obliga a pagar. Pero esta construcción también choca con la misma regla del perfeccionamiento consensual, de acuerdo con la cual en cuanto el contrato es perfecto las dos partes quedan recíprocamente obligadas, y en este caso no puede decirse que el mutuario quede obligado a devolver lo que todavía no ha recibido. Además, el mismo código no es congruente con esta definición, pues únicamente regula la obligación de restituir lo prestado y no la obligación de prestar. Lo que ha venido a hacer el artículo 2384 del código civil de 1928 es a confundir el mutuo con un negocio bancario, que sí puede ser contractual o bilateral, en el que un banco, por ejemplo, se obliga a prestar a un cliente las cantidades que solicite dentro de cierto rango, siempre y cuando el cliente mantenga una cuenta de cheques con ciertos saldos; este convenio sí es un contrato bilateral, pero las operaciones de mutuo que se realizan en consecuencia de ese convenio bilateral, son negocios unilaterales de mutuo.

La distinción entre contratos y obligaciones unilaterales se basa en la realidad misma de la relación. La realidad a la que alude la

palabra obligación es la conducta que las personas realizan entre sí, que es evidentemente diferente si sólo una es la obligada o si lo son las dos. Cuando sólo una es la obligada, sólo una (el acreedor) confía en la otra, mientras que cuando lo son las dos, ambas confían entre sí. Por eso, el derecho clásico distinguía la *fides* o lealtad a la palabra propia de las obligaciones unilaterales, de la *bona fides* o lealtad recíproca que se da en las relaciones bilaterales.

La causa de la obligación también es diferente según sea el caso. Es de sentido común, que cuando alguien manifiesta su voluntad de obligarse lo hace por alguna razón o causa. Quien, por ejemplo, firma un título de crédito o hace una promesa, lo hace quizá porque ya debe esa cantidad, de modo que la causa de su obligación de pagar el título es la existencia de esa otra deuda, o porque se la van a prestar, y entonces la causa de su obligación es la entrega del dinero convenido, o incluso simplemente porque quiere donarla, y entonces la causa es la sola donación, es decir la voluntad de proporcionar un lucro al donatario. En las obligaciones unilaterales, la causa es necesariamente un acto distinto de la obligación. En cambio, en las obligaciones bilaterales la causa de la obligación de una parte es la obligación de la otra y viceversa, como en la compraventa que la causa de la obligación del vendedor de entregar la mercancía es la obligación del comprador de pagar el precio y viceversa; por eso puede afirmarse que la obligación bilateral tiene su causa en sí misma.

## 2. El régimen jurídico de los contratos como obligaciones bilaterales

Siendo relaciones diferentes a las unilaterales, las obligaciones bilaterales tienen un régimen jurídico distinto. Sin entrar a un análisis de detalle del régimen contractual, sólo menciono aquí tres reglas propias que me parecen importantes para mostrar su diferencia con el régimen de las obligaciones unilaterales y que se deducen de la naturaleza de la obligación bilateral; son: el perfeccionamiento consensual, el equilibrio entre las prestaciones y la reparación del incumplimiento en la medida del interés del acreedor de la obligación.

*i) El principio del perfeccionamiento consensual de las obligaciones.* Vale exclusivamente para las obligaciones bilaterales, precisa-

mente porque cada obligación tiene su causa en la obligación recíproca. Como una se obliga porque la otra se obliga, no hace falta que se entreguen algo o que cumplan una forma, basta sólo con que ambas queden simultáneamente obligadas.

En cambio, el perfeccionamiento de las obligaciones unilaterales es diferente porque su causa no está en ellas mismas, y por eso requiere, o la entrega de una cosa que ha de ser devuelta, de modo que la entrega es la causa de la obligación, o se exige el cumplimiento de una forma verbal o escrita que presume la existencia de una causa de la obligación.

El que para ciertos contratos se requiera, por disposición de ley o por costumbre, de un documento escrito sólo tiene razón como medio para facilitar la prueba de que se ha concluido un contrato consensual.

El principio de consensualidad admite igualmente que el contrato pueda ser modificado por el solo consentimiento de las partes, y es ésta una regla que no puede variarse por voluntad de las partes, pues aun cuando las dos partes de un contrato hubieran convenido que toda modificación al mismo tendría que hacerse en un escrito firmado por las dos, si ellas convienen verbalmente una modificación, ésta vale aunque falte el escrito, pues finalmente el documento escrito no es más que un medio probatorio y lo que constituye el contrato es el consentimiento efectivo de las partes. Ésta es una manifestación de como la naturaleza bilateral del contrato se impone sobre la voluntad de las partes.

*ii) El equilibrio entre las prestaciones.* Es evidente que si la causa de la obligación de una parte es la obligación que asume la otra debe haber, al menos al momento de perfeccionarse el contrato, un equilibrio entre las conductas o prestaciones a que cada una se obliga; ha de haber, por ejemplo, un equilibrio entre el precio y la mercancía, entre la renta y el uso de la cosa, etcétera.

Lo que he llamado "equilibrio" entre las prestaciones quizá fuera más claro expresarlo como igualdad proporcional. Las prestaciones a que se obligan las partes en un contrato son lógicamente diferentes. No puede hablarse, por lo tanto, de igualdad pura entre las prestaciones, como sí sucede, por ejemplo, en las obligaciones unilaterales que derivan de la entrega de una cosa, en las que la parte obligada

tiene que devolver exactamente lo que recibió, o en las que derivan de una promesa de dar cosa cierta que la obligación es de dar exactamente lo que se prometió. En los contratos cada parte espera recibir algo diferente de lo que se obliga a pagar. El valor de la prestación que una se obliga a cumplir lo considera en relación con la prestación que va a recibir de la otra y viceversa. Al hacer esta valoración, las partes pueden sentir que lo que deben pagar resulta de mayor o menor valor que lo que van a recibir, con lo cual se manifiesta que ellas saben que el valor de las prestaciones no tiene que ser aritméticamente igual; sucede, y este es el mejor contrato posible, que ambas partes valoren en más lo que esperan recibir que lo que tienen que pagar; pero también sucede que una parte, aunque juzgue que lo que paga es más que lo que recibe, da su consentimiento para el contrato porque necesita lo que la otra parte puede darle. Hay, sin embargo, un límite que marca la diferencia entre una proposición contractual aceptable y otra inaceptable. Ese límite es la proporción, equilibrio o equidad en las prestaciones.

Cuando un contrato no tiene esa proporción al momento del perfeccionamiento, ello sólo se explica porque la parte obligada a la prestación de mayor valor consintió por error (voluntario o inducido) o por haber sido coaccionada, y en ambos casos es lógico que se considere que el contrato, o al menos la obligación excesiva, no es válida porque carece de la racionalidad propia de los contratos, la de la igualdad proporcional entre las obligaciones. Esto es el fundamento de la teoría de los vicios de la voluntad, que no cabe aplicar a las obligaciones que derivan de la entrega de una cosa, pues si la cosa fue entregada, la obligación es devolver la misma, y no hay por qué considerar que hubo error, dolo o violencia que afectara el consentimiento de quien recibió la cosa.

También pudiera ser que el contrato fuera desproporcionado porque la parte obligada a la prestación de mayor valor quiere hacer una donación del valor excedente a la otra parte. En este caso, el contrato es válido porque la prestación mayor se justifica no tanto por la causa contractual (la prestación recíproca) sino por causa de la donación.

Puede suceder que exista proporción entre las prestaciones al momento de perfeccionarse el contrato, pero que al momento de cumplirlas su valor, por los cambios de las circunstancias, se haya vuelto desproporcionado. En la lógica de los contratos que generan obliga-

ciones que han de ser cumplidas en un futuro próximo o remoto está siempre latente ese riesgo. Quien, por ejemplo, se obliga a vender maíz a cierto precio en una fecha determinada, sabe que el precio del grano puede subir o bajar y asume el riesgo de que el precio de mercado suba y tenga él que vender al precio inferior contratado. Pero hay contratos en que las partes se obligan recíprocamente no sólo a una operación, sino a una serie de operaciones durante un plazo relativamente amplio, como un año o más. En estos contratos (llamados modernamente "de tracto sucesivo") la relación que se genera entre las partes vincula sus intereses de forma duradera, casi como si fueran socias entre sí, por lo que es natural que se busquen medios para restaurar el equilibrio entre las prestaciones cuando se ha roto durante la vigencia del contrato.

El criterio de igualdad proporcional entre las obligaciones contractuales sirve también como regla de interpretación del contenido de un acuerdo contractual, de modo que cuando sea ambiguo o confuso, se procura interpretarlo en un sentido que conserve el equilibrio contractual.

La equidad o equilibrio entre las prestaciones es el principio fundamental de la justicia contractual, lo que podría llamarse, en vez de la voluntad de las partes, la ley fundamental de los contratos.

En cambio, en los negocios unilaterales que implican la obligación de devolver una cosa, o en los formales de dar una cosa cierta, no se plantea esta problemática de la equidad o equilibrio, pues la obligación está claramente determinada: o es dar lo que previamente se recibió o dar lo que formalmente se obligó uno a dar.

*iii) La valoración del incumplimiento.* En los contratos las partes tienen más interés en la prestación que esperan que en el valor de lo que pagan. Por eso, es lógico que cuando una parte, por incumplimiento de la otra, no recibe la prestación que esperaba, pueda exigir judicialmente a quien incumplió no sólo el valor objetivo de la misma, sino el valor que para ella tenía la prestación incumplida, el cual se suele calcular considerando el valor objetivo de la prestación incumplida más el daño emergente y el lucro cesante.

Esta agravación de la condena se explica por la propia reciprocidad de las obligaciones contractuales: si quien se obliga, lo hace a causa de la obligación que asume la otra parte, es natural que en caso

de incumplimiento se procure ponerlo en la situación que tendría de haberse cumplido el contrato, y no en la situación que tenía al momento de perfeccionarse el contrato. En cambio, en una obligación unilateral, como la consignada en un título de crédito, se condena al deudor a pagar sólo lo que debía, y si acaso en una deuda pecuniaria se agravara la condena cobrando intereses moratorios que no estuvieran expresamente previstos es porque se entiende, a mi juicio erróneamente,<sup>3</sup> que los intereses son frutos que el dinero produce espontáneamente, de modo que lo que el deudor resulta condenado a pagar es la cosa debida (la cantidad de dinero fijada) y sus frutos (los intereses), pero no se valoran los daños y perjuicios que sufrió el acreedor.

Como el objetivo de la reparación por incumplimiento contractual es poner a la parte afectada en la situación que tenía de haberse cumplido el contrato, se entiende que si las partes convienen una suma que deba pagar alguna de las partes en caso de incumplimiento, esa suma no es una cantidad fija, sino que el juez la puede reducir si resulta que es excesivamente alta en relación con los daños y perjuicios efectivamente sufridos. Para que una suma convenida por incumplimiento contractual pueda cobrarse sin posibilidad de que el juez la reduzca, es decir para que sea realmente una "pena" por incumplimiento, es necesario que la obligación de pagarla derive de una causa no contractual, como una promesa formal, de modo que no quede sujeta a la lógica de las obligaciones bilaterales.

## V. CONCLUSIÓN

El presente artículo sólo pretende llamar la atención de los profesores de derecho romano en dos sentidos. Uno es la importancia de hacer nuestros los avances de la ciencia romanística actual, especialmente la europea, y de mantener un contacto estrecho, y a la vez crítico, con las fuentes originales. El otro es poner de manifiesto cómo la romanística puede servir para revitalizar la ciencia jurídica actual y no limitarse a ser un mero estudio histórico o un capítulo de las ciencias de la Antigüedad.

<sup>3</sup> Sobre este tema he publicado "La obligación de pagar intereses no convencionales en los contratos internacionales" en *Themis*.2, Universidad Veracruzana, 2000, pp. 39-61.

El desarrollo de una nueva teoría del contrato a partir de la definición de Labeón es una tarea por hacer, que requerirá, además de desarrollar las líneas aquí apenas esbozadas, de hacer una crítica pormenorizada de la actual teoría del contrato recogida en los códigos civiles.