

## SECCION II

### PARTE ESPECIAL

## CAPITULO XXI

### Obligaciones procedentes de contrato

#### § 82.—*El contrato: concepto y especies*

Brugi, *Ist.* §§ 58, 59, 64, 65; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 148; Chironi, *Ist.* II, §§ 283, 288, 319; Zachariae, *Man.* II, §§ 320, 321; Aubry y Rau, *Cours.* IV, §§ 340, 341, Planiol, *Traité*, números 943 y siguientes, 947 y siguientes; Windscheid, *Pand.* II, 1, §§ 305-310, 319, 323; II, 2, §§ 362-364.

*Concepto.*—Todo lo clara que fué entre los romanos la distinción entre contrato, convención, pacto (a pesar de las muchas controversias dogmáticas e históricas que se agitan en torno a estos conceptos) es imprecisa y confusa en la terminología moderna. Todo acuerdo entre dos o más personas que tenga por objeto una relación jurídica, puede ser designado indiferentemente, contrato o convención y también pacto, ya que estos términos perdieron el primitivo significado técnico y preciso que les atribuía el lenguaje jurídico romano.

*Contractus*, expresión elíptica de *negotium contractum* o *contractus negotii* significó entre los romanos la relación constituída a base de un acuerdo, no el acuerdo mismo; tampoco el acuerdo

tra el tercero que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores.

Los casos en que no procede la rescisión se hallan especificados en los artículos 1.295 y 1.296. Los efectos se hallan establecidos en los artículos 1.295 y 1.298.

El art. 1.299 determina el plazo de prescripción y el modo de computarlo cuando se trata de personas sujetas a tutela o de ausentes.

que recae en objetos o relaciones jurídicas, sino sólo aquel que genera obligaciones entre las partes; por ello no se aplicó jamás tal expresión al negocio que tiene por objeto crear vínculos familiares o constituir derechos reales o extinguir o modificar obligaciones como pueden ser por ejemplo la adopción, el matrimonio, la tradición, la *solutio* y cualquiera otro negocio liberatorio, sino única y exclusivamente al contrato obligatorio. El acuerdo, esto es, el elemento subjetivo de los consentimientos que coinciden, se llama *conventio*, *conventum*, *pactio*; de aquí la amplia significación que estos términos tienen, especialmente el primero (1) y que corresponden al *consensus*. Pero además asumen una significación más precisa y restringida, cuando designan la serie toda de acuerdos que carecen de las formas y solemnidades prescritas por el Derecho para que puedan considerarse contratos (*pacte*, *pacta conventa*) y que conforme al principio romano la simple convención no genera acción ni produce vínculo obligatorio (2) y no reciben sino una protección indirecta del pretor mediante la *exceptio pacti conventi* (3).

(1) Véase el notabilísimo fr. de Ulpiano, I. § 3, D. 2. 14: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est.*

(2) Ulpiano, fr. 7, D. 2. 14: *Iuris gentium conventiones quaedam actiones parunt, quaedam exceptiones § 1. Quae parunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus; ut emptio venditio locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. § 4. Sed cum mella subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

(3) Sobre tales conceptos que aquí sólo se esbozan, véanse las preciosas investigaciones de Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto* (*Riv. dir. comm.*, VI, 1908, páginas 115 y siguientes); *Sui contractus e sui pacta* (*Riv. dir. comm.*, XVIII, 1920, I, páginas 1 y siguientes); véanse, también del mismo autor, *Scritti vari*, III, páginas 107 y siguientes; Pe-

Todo el sistema contractual romano se apoya en este principio que se mantuvo incluso en el último período justiniano cuando la primitiva distinción entre contrato, pacto y convención comienza a desvanecerse y muchos *pacta* aparecen provistos de acción y se afirma en las escuelas bizantinas la tendencia a construir un esquema general de contrato que fuera abstracción de las figuras concretas particulares; se establece en esta época el principio según el cual, sólo una convención revestida de las formas más o menos solemnes requeridas por el Derecho, puede producir vínculos obligatorios o cuando no se exija forma alguna sólo puede producirlos la convención que se base en una causa apta para fundar una obligación. Todo acuerdo que aspire a generar vínculos obligatorios entre las partes, debe revestir las formas contractuales a las que sea reconocida tal virtud; como es sabido, uno entre todos los contratos se prestó especialmente a este fin: la *stipulatio*, que por su aptitud para recibir todo posible contenido apareció como un esquema general de contrato, pero esto no fué ni siquiera en los últimos tiempos.

Y como quiera (y esta es otra de las características del sistema romano) que los romanos no poseyeron jamás un concepto general de contrato como esquema abstracto capaz de contener en sí las varias figuras especiales contractuales, y poseyeron en cambio una serie de éstos precisos en sus contornos y fijos en su número que tenían un nombre propio o si no lo tenían podían reducirse a tipos determinados, de aquí las categorías cerradas de contratos reales, consensuales, verbales y literales que

rozzi, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903 pág. 31, n. 1; Pernice, *Zur Vertragslehre der röm. Juristen* (Savigny Stiftung, IX, 1888, páginas 195 y siguientes; para la noción del *contractus*, Manenti, *Contributo critico a la teoria generale dei pacta* (Filang, XVII, 1892, páginas 65 y siguientes), para la de *pactum*. Véanse, además, Bonfante, *Ist. dir. rom.*, §§ 127, 168, 169; Perozzi, *Ist. dir. rom.*, II § 124; Fadda, *Teoria del negozio giuridico*, §§ 154 y 155; Mitteis, *Röm Privatrecht*, I. pág. 146; De Francisci, *Ἐναλλαγμα, Storia e dottrina dei contratti innominati* Pavia, 1913-15. Defensor del significado de *contractus* como acuerdo de las partes es Riccobono, *Dal dir. classico al dir. moderno* (Annali Sem. giur., Palermo 1917, páginas 313, 689); *La nozione del contractus* (Bull. R. Acc. Palermo, 1918).

se componían de figuras contractuales definidas en número y la de los contratos innominados que si es menos cerrada se inspira también en el concepto fundamental de las figuras fijas. Ello explica por qué los romanos no dieron una definición general del contrato (1) que solo más tarde y por obra de las escuelas y después en el derecho intermedio aparece como concepto general y abstracto (2).

En el Derecho moderno se opera una mutación absoluta (3). Todo acuerdo para crear una relación jurídica es productivo de efectos y genera una acción, salvo en casos excepcionales, en los que la causa lo impida o se determine y exija una cierta forma, bajo pena de nulidad; y por ello toda distinción entre simple convención y contrato ha desaparecido. El elemento subjetivo prepondera sobre la causa o elemento objetivo y aquel no es otra cosa que el encuentro de ambas voluntades, es decir, el consentimiento que queda justificado con la existencia de un fin lícito y protegido. Así la convención, o sea el acuerdo de voluntades, es sinónimo de contrato y éste se identifica con el consentimien-

(1) No son definiciones del contrato, como creen algunos prestigiosos autores, las contenidas en los fr. 1, § 1. D. 2. 14: *Pactum autem a pactione dicitur... et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*; y 3 pr. D. 50, 12; *Pactum est duorum consensus atque conventio*, que se refieren al mero acuerdo del *pactum*. Quizás puede hallarse una en la paráfrasis griega de las Instituciones justinianas (3. 13. 2): *Contractus autem est duorum vel etiam plurium in idem conventio et consensus ad constituendum obligationem et ut alteri fiat obnoxius*, donde se evidencia el carácter obligatorio del contrato romano. Ferrini, *Pand.*, n. 520. \*

(2) Véase Brugi, *Ist. di dir. privato giust.*, 2.<sup>a</sup> edic., II, § 86.

(3) Es imposible compendiar aquí el complejo movimiento doctrinal que por influjo del Derecho canónico y del germánico de la escuela del Derecho natural se ha operado en el derecho intermedio. Breves indicaciones se hallarán en Crome, *Obblig.*, páginas 3 y siguientes, y en Brugi, *Ist. dir. civ.*, páginas 456 y siguientes. Para mayor detalle, pueden consultarse Seuffert, *Zur geschichte der obligatorischen Verträge*, 1881; Karsten, *Die Lehre vom vertrag bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, 1882; Baumgart, *Entwicklung der Schuldhafte im ital. Rech des Mittelalters*, 1915, y en los tratados de Satioli, *St. dir. it.*, 8.<sup>a</sup> edic., 1921, páginas 581 y siguientes, y de Solmi, *St. dir. it.*, 2.<sup>a</sup> edic., 1918, páginas 934 y siguientes.

to: todo acuerdo relativo a un objeto que tenga un interés jurídico se convierte en contrato y resulta protegido por el ordenamiento jurídico, cualquiera que sea el nombre o la naturaleza de la acción por la que esta protección se verifica; y ello porque la voluntad de las partes es por sí sola suficiente para crear el vínculo. El contrato en cuanto designa la concurrencia de dos o más voluntades y se propone la creación de una relación jurídica, se confunde, sin más, con el negocio jurídico bilateral.

La idea del contrato se emancipa de las cerradas y restringidas categorías de los tipos fijos romanos, y se eleva a concepto general y abstracto; pasa a ser un esquema genérico, una categoría abstracta en la que predomina el elemento consensual, capaz de acoger en sí todas las figuras concretas creadas por la voluntad de las partes. Contrariamente al sistema romano, el sistema contractual moderno no conoce tipos definidos y fijos de convenciones obligatorias; indefinidas y mudables (1) tengan o no un nombre específico son tantas cuantos puedan ser los acuerdos entre dos o más personas que tengan por objeto vincular una persona a otra y adquirir ésta un crédito contra aquélla que se celebran por exigencia de la infinita variedad de las necesidades humanas y de los cambios. Con tal que puedan reducirse al esquema abstracto y general, todas las declaraciones bilaterales de voluntad se convierten en contrato. Y éste no designa solamente los acuerdos que generan relaciones de obligaciones (contratos obligatorios); dada su identidad con el negocio jurídico bilateral comprende todo acuerdo que tenga por objeto disolver

(1) Planiol, *Traité*, II, n. 1.352 bis, se opone a esta afirmación universalmente aceptada, observando que los elementos específicos que distinguen a los contratos entre sí son poco numerosos y sólo pueden formar combinaciones en número definido. La observación es sólo justa en parte y demuestra que una clasificación de los contratos es siempre posible descomponiendo cada figura en sus elementos más simples, y así lo hace el autor citado, reduciendo las especies todas a tres tipos, según tengan por objeto un trabajo, una cosa o un derecho. Pero las combinaciones de estos y otros elementos simples en que podrían descomponerse los contratos singulares son indefinidas en virtud del principio según el cual todo acuerdo no contrario a la ley y que recaiga sobre un objeto de contenido jurídico, puede ser contrato.

un vínculo precedente (contratos liberatorios o solutorios) (1) o modificar un vínculo existente, o constituir relaciones de derecho real o de familia (2).

En esta amplia concepción del contrato se inspira precisamente nuestro Código cuando en el art. 1.098 lo define como «el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o resolver un vínculo jurídico entre las mismas»; coherentemente emplea como sinónimos los términos de contrato y convención (artículos 1.110, 1.111, 1.123, 1.230). A la fórmula legal no han faltado críticas y objeciones ni faltan tampoco tentativas (por el contrario, son frecuentes en los autores) para restablecer la distinción precisa entre contrato y convención.

Se ha observado que dado el emplazamiento del artículo, colocado al iniciar la determinación de las *fuentes* de las obligaciones, se debía haber definido solamente el contrato obligatorio como hace por ejemplo el Código francés en el artículo correspondiente (1.101): «Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent en vers une ou plusieurs autres, a donner, a faire ou a ne pas faire quelque chose» (3); no es fuente de obligación el acuerdo que tiene por objeto modificar o resolver un vínculo jurídico, es decir, una obligación preexistente. Se ha dicho también que mientras la fórmula por un lado tiende a extender el concepto de contrato de los obligato-

(1) Véase Carciello, *I contratti liberatori*, Nápoles, 1922.

(2) Relativamente a los derechos de familia la afirmación hecha en el texto debe entenderse con reservas: por el carácter público de las relaciones y vínculos familiares, la noción de contrato es inaplicable a esta esfera, donde el interés no es el individual de las personas que contraen el vínculo, sino el superior, del consorcio familiar. La voluntad de las partes no es por sí sola las más de las veces suficiente para crear el vínculo, sino que necesita ser integrada por la del Estado y órganos especiales que tengan este fin; el régimen de la relación familiar, no es libre tampoco ni puede apartarse del módulo legal. Ello explica por qué no puede hablarse de contrato de matrimonio, de adopción, de emancipación, etc. Esto vendrá aclarado en la parte especial consagrada al estudio del Derecho de familia.

(3) Tampoco a esta fórmula derivada directamente de Pothier, *Obblig.*, han faltado censuras.

rios a los liberatorios, a los novatorios, a los solutorios, por otro lo restringe hablando de acuerdos cuyo objeto lo constituyen vínculos jurídicos (es decir, obligaciones) más bien que relaciones jurídicas; en las cuales figurarían sin violencia todos los contratos que sin ser obligatorios constituyen o transfieren derechos reales.

Partiendo de puntos diversos pero inspirándose en las enseñanzas de Pothier y Domat, la doctrina italiana y la francesa afirman que las expresiones *convención* y *contrato* no son equivalentes, si bien el legislador puede usarlas indistintamente. La convención designa toda especie de acuerdo sobre un objeto que tenga interés jurídico y puede tener por contenido la constitución de un vínculo obligatorio o de un derecho real o de una relación de familia, así como su modificación o extinción; en cambio el contrato tiene por objeto acuerdos constitutivos de obligaciones, o sean declaraciones bilaterales de voluntad, cuyo fin es la prestación que una parte promete a la otra y que ésta acepta. Se suprime de este modo toda sinonimia de las dos expresiones y se declara que toda convención es contrato y que éste es una especie de aquélla que representa el género (1).

No obstante las críticas que se le han hecho, la definición del Código es defendible y puede considerarse como científicamente apta para expresar el concepto moderno del contrato. Este concepto es tan amplio como la idea misma del acuerdo entre dos o más personas y no tiene otro límite que el de la naturaleza jurídica del objeto excluyéndose del concepto todos aquellos acuerdos que recaen en objetos no jurídicos.

No es tampoco justa la doctrina que separa los conceptos de contrato y convención y subordina aquél a ésta restringiendo dentro de confines más angostos la noción moderna del contrato. Separa ambos conceptos para contraponerlos entre sí y esto es falso, o se limita a ser un simple expediente para destacar el contrato obligatorio de los demás negocios bilaterales que dentro del sistema se llaman contratos y se regulan como tales, re-

1) Aubry y au, *Cours*, IV, pág. 466; Planiol, *Traité*, II, n. 943; Baudri-Lacantinerie, *Obblig.*, I, pág. 5; Giorgi, *Obblig.*, III, pág. 7, etc.

duciéndose todo su alcance y valor a ser una mera distinción verbal.

No es distinta esta posición de la de aquellos que, suprimiendo toda distinción verbal, dan a la palabra contrato una acepción doble, entendiéndola en un sentido estricto como sinónimo de convención obligatoria incluyendo en esta acepción sólo aquellos que generan obligación (obligación patrimonial), como la venta, el arrendamiento, la sociedad, el mutuo, la donación; y en un sentido lato como sinónimo de convención que comprende toda especie de negocio jurídico bilateral y, por tanto, a más de los citados, toda concurrencia de dos declaraciones de voluntad como se da en la tradición, matrimonio, novación, compensación convencional, pago.

Sin embargo, bien porque los contratos que engendran obligación son los más numerosos e importantes, sea porque aquí debe tratarse de un modo preferente de las fuentes de las obligaciones, nuestro estudio se circunscribirá únicamente a los contratos constitutivos de obligación. Y en estos deben considerarse incluidos no únicamente los contratos obligatorios sino también la mayor parte de los reales, porque al constituir o transferir derechos reales, originan, por regla general, también una obligación si no en vía principal por lo menos en vía accesoria.

Con ello la noción del contrato es completa; esta noción sólo puede derivar del estudio de los elementos que integran la relación contractual y de los efectos que produce. De ello se tratará más adelante. Ahora trataremos de dos puntos de carácter general relativos al fundamento racional de la obligatoriedad de los contratos y a las categorías o especies en que éstos son agrupados por la ley o la doctrina general.

*Fundamento de la obligatoriedad de los contratos.*—La determinación del fundamento en que se base la fuerza obligatoria del contrato es un problema de carácter filosófico que ha sido muy diversamente resuelto por los autores. La solución no hay que buscarla en la norma positiva que ordena el respeto de la fe dada y constriñe a la observancia del contrato, sino que precisa remontarse a la razón suprema, en cuya virtud todo ordenamiento, incluso el más primitivo e imperfecto, acoge una nor-

ma como esta. Es demasiado poco o demasiado genérico el decir que ello corresponde a una exigencia de la vida social en cuanto es un imperativo de esta, la contratación por cuya virtud se operan los cambios y se satisfacen las necesidades humanas; de este modo se justifican todas las normas jurídicas pero no se explica de modo específico la norma que impone la observancia de la obligación contractual. Tampoco debe recurrirse con Bentham al concepto del *interés* individual que impulsa por motivos utilitarios a guardar las promesas; o con Pufendorf al de un *pacto social tácito* en cuya virtud cada hombre se compromete frente a los demás a guardar fidelidad a su palabra; o con Giorgi al de la *veracidad* en cuya virtud obligándose al hombre a decir verdad, tal deber le alcanza incluso cuando manifiesta su voluntad de obligarse. Son estas, explicaciones que no se basan en la esencia del vínculo contractualmente establecido; y algunas de estas doctrinas le niegan o contradicen, como ocurre por ejemplo con la de Rosmini que funda la obligatoriedad del contrato en el principio *neminem lædere*, con la que pugna la doctrina de Schlossmann (1) que precisamente niega al contrato la virtud de generar obligaciones, las cuales derivan, según él, de su incumplimiento exclusivamente.

Mucho más alto valor tienen aquellos sistemas que poniendo de relieve la intrínseca naturaleza del *vinculum juris* y teniendo en cuenta la causa que aquí lo produce (la libre determinación de las partes), hallan la razón de la fuerza obligatoria en la limitación que la persona impone a su propia libertad sujetando una parte de ésta al otro contrayente que se la apropia (Kant, Krug, Boistel). Si en efecto, el derecho de crédito se concibe, como ya dijimos en su lugar oportuno, como una relación que vincula en favor del acreedor la libertad del deudor limitadamente a uno o más actos determinados, se adecua a la naturaleza del vínculo contractual y es plenamente satisfactoria la construcción que afirma se trata de una voluntaria abdicación de una parte de la propia libertad por un lado y de la correspondiente apropiación

(1) *Der Vertrag.*, Leipzig, 1876; véase contra él Windscheid, *Pand II*, I, § 305, n. \*, y Ferrini, *Obblig.*, n. 437.

de ésta por otro; el que se obliga contractualmente renuncia relativamente a uno o varios actos a regir por sí la propia actividad; y como la renuncia se hace en favor de otro, éste adquiere el derecho de penetrar en la esfera no libre de aquél (1).

Pero de este concepto hay que remontarse, en mi opinión, a otro más elevado que constituye el verdadero y supremo fundamento de la obligatoriedad del contrato: la unidad de la voluntad contractual. Como se dirá más adelante, las voluntades aisladas de los contrayentes en el momento en que declaradas coinciden, pierden cada una su propia autonomía y al fundirse dan lugar a una nueva voluntad unitaria (voluntad contractual) y ésta será la que regirá dentro de la esfera preestablecida, las relaciones entre las partes, sin que éstas puedan sustraerse a ella porque su contenido se sustrae a la libre voluntad de las mismas (2).

*Categorías y clasificaciones.*—No obstante la infinita variedad de contenido que la libre voluntad de las partes puede dar a aquel esquema abstracto y general en que como dijimos se transformó el moderno concepto de contrato, las figuras concretas y particulares pueden aun hoy reunirse en grupos y categorías. Y esto responde a una exigencia no solamente teórica sino también práctica porque hay normas especiales para determinados grupos de contratos y que no son aplicables a otros diversamente caracterizados. Lo mismo que el Derecho romano, el moderno conoce tipos y figuras concretas de contratos que tienen una designación propia y un contenido específico; muchos de ellos, los más usuales y frecuentes, son reproducción de tipos tradiciona-

(1) Boistel, *Cours de philos. de droit*, I, pág. 421; Ahrens, *Filos. del diritto*, § 84; Filomusi, *Enc. giur.*, § 73; Giorgi, *Obblig.*, III, páginas 17 y siguientes; Cimbali, *La funzione sociale dei contratti e la causa giurid. della loro forza obbligatoria* (*Arch. giur.*, XXXIII, 1884, páginas 187 y siguientes); Faggella, *L'autonomia della volontà nei negozi giurid. bilaterali e la coazione giurid.*, Milán, 1910; Dereux, *Étude des diverses conceptions actuelles du contrat* (*Rev. crit. de leg. et jur.*, 1902, páginas 105 y siguientes).

(2) Esto vale únicamente si ambas partes son deudoras una respecto de la otra; si sólo es una la obligada, rige el principio de que la norma jurídica protege a quien tenga un interés e invoque tal protección; nada se opone a que el titular del crédito renuncie a él.

les que nos legaron los derechos antiguos (compraventa, arrendamiento, sociedad, mutuo). Pero prescindiendo de estas especiales formaciones jurídicas y de su agrupación (1), se imponen distinciones dentro del mismo concepto general por la intrínseca diversidad que el mismo tipo abstracto ofrece.

Refiriéndose al modo como el contrato se formaba, distinguía el Derecho romano los contratos en *consensuales*, *reales*, *verbales* y *literales* y dentro de estas cuatro categorías distribuía todos aquellos que habiendo sido reconocidos por el Derecho civil, tenían un nombre propio (*c. nominados*). Aquellos que carecían de una propia denominación (*c. innominados*) se reducían a cuatro especies del tipo *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, que con los contratos reales presentaban la particular analogía de ser causa justificativa del vínculo una *datio* o la prestación de un *factum* que una vez realizada daba derecho a obtener de la otra parte la correspondiente contraprestación.

Sin embargo, puede afirmarse sin temor de duda, que ninguna de estas clasificaciones ha sobrevivido en nuestro Derecho con el valor que tenían en el sistema contractual romano.

Respecto a la última, no tiene ya valor alguno el criterio antiguo de que los contratos tengan o no un nombre propio; lo tuvo limitado ya en el mismo Derecho romano por razones históricas y por la aplicación que a los *c. innominados* podía hacerse de la *condictio causa data causa non secuta* o del *ius poenitendi*; significación bien distinta tiene la referencia que parece hacerse en el art. 1.103. En éste se afirma únicamente el principio de que en orden a ciertos contratos civiles o mercantiles (que son los más frecuentes) se establecen reglas particulares en el Código civil y en el de Comercio fuera de las cuales los contratos todos, tengan o no una denominación propia, se supeditan a las normas generales contenidas en el título en que el art. 1.103 está inserto.

Tampoco tienen valor las fundadas en una acentuación par-

(1) De los modos cómo pueden agruparse los contratos particulares que tienen una disciplina específica en el Código, se hablará más adelante al comenzar el siguiente capítulo.

ticular del elemento constitutivo de la *causa civilis*, elemento formal o real consistente en la pronunciación de determinadas palabras solemnes (contratos verbales) o en el uso de la forma escrita (c. literales) o en la precedente entrega de la cosa (c. reales) y excepcionalmente en la mera manifestación del consentimiento, el cual, en defecto de forma o de precedente entrega de la cosa, era causa justificativa de la obligación y considerada como suficiente para engendrar el vínculo (c. consensuales).

Los contratos todos son en nuestro Derecho consensuales, es decir, no precisan de elementos formales a causa del principio de que el simple consentimiento es suficiente para engendrar la obligación.

El sistema romano que no reconocía al simple consentimiento la virtud de crear vínculos obligatorios, pudo dar gran importancia a los elementos verbales o escritos o a la *res* de modo que cuando excepcionalmente bastaba el simple consentimiento, parecía lógico llamar consensuales a los contratos correspondientes; esto no tendría sentido en un régimen que como el nuestro reconoce imperante el principio contrario e invierte la relación entre consentimiento y causa justificativa del vínculo. Debe afirmarse, pues, que así como por vía de excepción el Derecho romano reconoció en el mero consentimiento la virtud de generar la obligación en los cuatro contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato), así también excepcionalmente el Derecho moderno exige en ocasiones a más del consentimiento un requisito formal (siempre la forma escrita y nunca la pronunciación de palabras solemnes) no ya para la validez sino para la existencia misma de la relación contractual (así, por ejemplo, documento público para la donación, forma escrita especial para la letra de cambio, etc.). Pero ni siquiera cuando la forma solemne es requerida, dicho requisito se eleva por sí solo a causa justificativa del vínculo porque ésta radica fuera de tal solemnidad. Y lo mismo debe decirse para los contratos reales.

La discusión que en orden a estos últimos se renueva entre los civilistas sobre si la categoría romana de los contratos reales ha sobrevivido y merece ser conservada en nuestro sistema es,

si bien se mira, totalmente ociosa (1). Ciertamente que entre nosotros se dan contratos que como el mutuo, el comodato, el depósito, la prenda, presuponen una precedente entrega de la cosa (de la cual se transfiere la posesión como en los tres últimos casos o se transmite la propiedad y la posesión como en el primero), para que el vínculo contractual pueda constituirse. Es un error confundir con los contratos de mutuo, de comodato, etc.—los cuales no se perfeccionan sino cuando la cosa haya sido recibida por quien deba ser deudor—los contratos que preparan un mutuo o un comodato en cuanto alguien se obliga frente a otro a dar en mutuo una suma o en comodato una cosa. Es una tentativa vana la de algún autor aislado que, desconociendo la neta y precisa diferencia entre un contrato de mutuo y una promesa de mutuo, etc., quiere agrupar ambas especies constituyendo un tipo único de contrato consensual, negando trascendencia a la precedente entrega de la cosa y estimando constituido ya el mutuo o el comodato, de los cuales la entrega sería su cumplimiento.

A tales tentativas se oponen la naturaleza de las cosas y el mismo lenguaje legislativo que claramente afirma hallarse constituido el comodato en el mismo momento en que el comodante entrega la cosa a la otra parte (art. 1.805), el mutuo cuando el mutuante entrega determinada cantidad (art. 1.819), la prenda cuando el deudor da la cosa mueble (art. 1.878) declarando con relación al depósito que éste sólo es perfecto cuando se opera la tradición de la cosa (art. 1.837).

Basta contraponer a ésta la terminología empleada, por ejemplo, en la compraventa (art. 1.447) o en el arrendamiento (artículo 1.569), donde se dice que el vendedor se obliga a dar a otro una cosa o el arrendador a hacer gozar a otro de una cosa, para revelar la profunda diferencia existente entre aquellos con-

(1) Para la doctrina alemana, véase Demelius, *Real contracte im heut. Rechte* (*Iherings Jahrb.*, III, páginas 399 y siguientes); Unger, *ib.*, VIII, pág. 1 y siguientes; Böhmer, *Realverträge im heut. Rechte* (*Arch. f. Burg. Recht.*, 1913, páginas 314 y siguientes); para la francesa y la italiana Co-viello, *Del contratto estimatorio* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, XV, páginas 384 y siguientes); Carrara, *La formazione dei contratti*, Milán, 1915, páginas 317 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist.*, V, páginas 580 y siguientes.

tratos que presuponen una precedente transmisión de cosas y los contratos que prescinden de ésta. Y esta diferencia repercute en todo el contenido de la relación contractual que es diversa y doble si a la promesa de mutuo o de comodato sigue la efectiva dación.

Pero como quiera que antes de esta dación no existe más que una obligación de dar en mutuo o en comodato y deudor es el futuro comodante o el futuro mutuante y acreedor aquel que acepta la promesa, luego de verificada la dación que constituye el cumplimiento del contrato y extinción de la correspondiente obligación se forma un contrato nuevo en el cual aparece como deudor el mutuuario o comodatario y como acreedor quien dió la cosa. Hay, pues, dos contratos completamente diversos y con finalidad diversa, si bien uno se encamine a generar el otro, que adquiere el carácter de objeto del primero.

Ahora bien, si los llamados contratos reales, en cuanto implican la obligación de conservar y de restituir o de restituir solamente (como ocurre en el mutuo) no pueden existir sino desde el momento en que la cosa que haya de conservarse y restituirse haya sido entregada, podemos hablar en un tal sentido de contratos reales en el Derecho moderno, pero no en el sentido romano, es decir, de contraposición a otros en que la causa del vínculo se basa en la forma solemne con que la voluntad se manifiesta o si no es requerida forma alguna en el consentimiento como queda manifestado. Podremos y aun deberemos afirmar que en ellos la causa del contrato es la previa entrega de la cosa, en cuanto esto constituye el supuesto de hecho indispensable para que el consentimiento sea eficaz; pero esto no basta para dar al consentimiento una función subordinada y diversa de la que tiene en los demás contratos porque en todos indistintamente el consentimiento representa, con el concurso de la causa, el momento constitutivo del contrato (1).

De los contratos reales se habla en el Derecho moderno, en otro aspecto, considerando, no ya el modo como el contrato se

(1) Véase esta discusión en Baudry-Lacantinerie. *Obblig.*, I, páginas 24 y siguientes, y la literatura que allí se cita, Crome, *Obblig.*, pág. 8 y nota 20.

forma (*re consistit o contrahitur obligatio*) sino el efecto real que el mismo produce. *Real* en oposición a *obligatorio* es el contrato que transmite o constituye derechos reales y que en la terminología alemana se distingue mejor de la precedente categoría (*Realvertrag*) con el nombre de *Dinglicher Vertrag*. Ahora bien, como para el Derecho moderno vale el principio de que la propiedad y los derechos reales se transmiten por el mero consentimiento, gran parte de los contratos y especialmente los alienativos combinan el efecto obligatorio con el efecto real (art. I.125). Esto puede decirse también de los contratos de compraventa (art. I.448), de permuta (art. I.550), de enfiteusis (art. I.556), de los constitutivos de servidumbre, de usufructo, etc. Esta circunstancia de la combinación del doble efecto en un contrato único resta en la mayoría de los casos gran parte de su importancia a la categoría, porque cuando el efecto real se asocia al obligatorio se suele hablar sin más de contratos obligatorios. Sin embargo, hay contratos que constituyen o transfieren derechos reales sin generar obligaciones ni siquiera por vía accesoria y estos se llaman contratos reales puros; a estos no son aplicables las normas relativas a los contratos que el Código establece relativamente a los contratos obligatorios con eficacia real (I).

Son otros los momentos y los criterios ya substanciales e intrínsecos o ya solamente extrínsecos, en que se basan las distinciones que el Código acoge o presupone; de ellas las más no son extrañas a las doctrinas romanísticas; por el contrario, fueron elaboradas por ellas y transportadas luego al campo civilístico.

α) *Contratos bilaterales y unilaterales*.—Diversa completamente de la antigua distinción entre actos bilaterales y unilaterales (la cual se funda en la existencia de una declaración de voluntad doble o única, por lo que todos los contratos son siempre bilaterales) la actual distinción se basa en el importante criterio de que una sola de las partes asuma obligaciones frente a la otra o ambas recíprocamente. Es *bilateral* o *sinalagmático* el contrato, cuando los contrayentes se obligan recíprocamente uno

(1) Crome, *Parte gen.*, páginas 229 y siguientes; Zachariae, *Man.*, II, pág. 399; Savigny, *Sistema del dir. rom.*, III, pág. 405.

frente a otro (art. 1.099) como ocurre por ejemplo, en la venta o en el arrendamiento en que el vendedor se obliga a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio, o el arrendador a conceder el goce de una cosa o a suministrar las obras y el arrendatario a pagar el canon o merced. *Unilateral* cuando uno se obliga frente a otro, sin que éste contraiga obligación alguna (artículo 1.100), como ocurre por ejemplo en el mutuo o en el depósito en el que uno solo (el mutuuario o el depositario) se obliga a realizar la prestación (restituir o conservar y restituir) y el otro no se obliga a nada. Deriva del primero un crédito doble y recíproco y a la prestación se opone una contraprestación, cada una de las cuales es causa y condición de la otra; deriva del segundo un solo crédito que genera una prestación única, así que cada uno de los contrayentes es solamente acreedor o deudor y no al mismo tiempo acreedor y deudor.

Ocurre a veces que del mismo contrato unilateral surge, por efecto de especiales hechos, una segunda y opuesta obligación, de modo que el único obligado adquiere también un crédito; así, por ejemplo, puede eventualmente surgir un crédito en favor del depositario o del mandatario cuando en la custodia de la cosa o en la ejecución del encargo hicieron gastos a cuyo reembolso está obligado el depositante o el mandante. Se suele hablar entonces de contratos *bilaterales imperfectos* (a los bilaterales verdaderos y propios se les llama *bilaterales perfectos*) por la apariencia de bilateralidad que la relación contractual ofrece. Pero es tan sólo una apariencia; ya que es requisito esencial de la bilateralidad que no haya solamente una prestación y una contraprestación, sino que una oficie de compensación o equivalente de la otra; y tal requisito resulta excluido por el carácter *eventual* de la segunda prestación en los contratos unilaterales. Los cuales no cambian de naturaleza cuando la obligación de la contraprestación surge, no ya de un hecho o evento posterior, sino de una convención accesoria simultánea a la obligación de realizar la prestación; así, si, por ejemplo, se conviene que el depositario o el mandatario debe ser retribuido o si se otorga al depositario el uso de la cosa depositada, tales contraprestaciones tienen carácter accidental frente al tipo normal del con-

trato de depósito o de mandato, y si bien les privan de su carácter de negocios gratuitos, no les transforman de unilaterales en sinalagmáticos (véanse para el depósito artículos 1.837, 1.844, número 2 y 1.846; y para el mandato 1.737, 1.739 (1)).

Esta distinción funciona de modos muy distintos.

Sólo a los contratos bilaterales (y no figuran entre éstos los bilaterales imperfectos, que son siempre unilaterales) es aplicable la condición resolutoria tácita en virtud de la cual faltando uno de los contrayentes a la propia obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato si no prefiere constreñir al cumplimiento a la otra parte (art. 1.165); sólo respecto a ellos es aplicable la *exceptio non adimpleti contractus*, que da derecho a cada contrayente a rehusar el cumplimiento de la propia obligación si el otro acciona sin haber cumplido la suya. En cambio, únicamente a los contratos unilaterales, y más exactamente a las promesas de pagar una suma de dinero u otra cosa valuada

(1) No están acordes los autores, de los cuales algunos afirman lo contrario, reconociendo en el honorario o retribución una compensación o equivalente. Véase Bandry-Lacantinerie, *Obblig.*, I, páginas 10-13. Se discute sobre varios casos, especialmente sobre el de mutuo con interés, cuya convención de intereses (con la cual se añade una segunda obligación a cargo del mutuuario) determinando en el mutuante la obligación de entregar a la otra parte la suma mutuada, hace pensar a algunos que opera la transformación del contrato de unilateral en bilateral. No creemos fundada la discusión que podría suscitarse igualmente a propósito del mutuo gratuito, en el que falta en el mutuante la facultad de repetir la suma antes de expirar el término convenido, y en el que se daría en el mutuuario una contrapretensión encaminada a exigir que se le mantuviera en la disponibilidad de la suma. Pero esto pertenece a la esencia del mutuo y del comodato, en los que la cosa se entrega al comodatario para que use de ella. Ambos contratos responden a una finalidad. Nada cambia el hecho de la estipulación de los intereses, en la que parece se quiere ver una compensación de la obligación del mutuante de ceder la disponibilidad de una suma por un cierto tiempo, y error más grave supone el configurar la obligación del mutuante como obligación de transferir y entregar la propiedad de la suma: se confunde el contrato de mutuo. Bianchidi, *Unilateralità o bilateralità del mutuo ad interesse* (*Archives giur.*, XXIX, 1908, páginas 383 y siguientes); Gabba, *Unilateralità del mutuo ad interesse* (*Quest. dir. civ.*, 2.<sup>a</sup> edic., 1911, II, páginas 200 y siguientes).

cuantitativamente, es aplicable la norma del art. 1.325, que exige en la escritura privada un escrito de puño y letra del promitente (o, por lo menos, la adición a la firma de las palabras «visto bueno» o «aprobado») indicando en letra la suma o la cantidad de la cosa prometida.

β) *Contratos gratuitos y onerosos*.—No coincide (como parecería a primera vista) con la distinción examinada, la de contratos a título oneroso y contratos a título gratuito o lucrativo. Entre las categorías hay solamente interferencias; mientras todos los contratos sinalagmáticos en cuanto presuponen un cambio de prestaciones recíprocas son siempre onerosos, no todos los onerosos son necesariamente sinalagmáticos (el mutuo con interés es oneroso, pero unilateral); y viceversa si el contrato gratuito es siempre unilateral en cuanto genera obligaciones sólo para una de las partes; no todos los contratos unilaterales son necesariamente gratuitos (donación, mutuo, depósito, comodato) u onerosos (mutuo con interés, depósito o mandato retribuido). *Oneroso*, según la fórmula legal (art. 1.101), es el contrato en el cual cada uno de los contrayentes quiere procurarse un provecho a cambio de una compensación a otro; *gratuito* o *de beneficencia* es aquel en que un contrayente quiere procurar al otro una ventaja sin exigir de éste compensación. Esta fórmula puede aceptarse como buena con tal de corregirla, ampliando el concepto de ventaja, admitiendo que ésta se pueda obtener para sí o procurarse a otro, y con tal que a la palabra «compensación» no se atribuya un significado demasiado riguroso de perfecta correspondencia económica entre ambas prestaciones (1).

(1) No es admisible la categoría de los contratos mixtos, que en un aspecto son onerosos y en otro gratuitos. Un contrato en el que frente a la prestación haya una contraprestación de valor inferior, no es oneroso sino hasta concurrencia de los dos valores, y por el exceso es gratuito. Una donación modal en la que se supone al donatario alguna carga, no se transforma de gratuita en onerosa. Hay que fijarse, pues, en la esencia del contrato, no en la entidad de los valores intercambiados, y según su naturaleza, el contrato será oneroso o gratuito. Para un análisis más profundo del concepto de equivalencia, véase Maury, *Essai sur la rôle de la notion d'équivalence*, en *dr. civ. fr.*, Paris, 1920; Barassi, *Giusto salario*

La importancia de la distinción se revela también en este caso en diversos aspectos. Prescindiendo de que el propio concepto de actos mercantiles excluye que entre éstos puedan figurar nunca contratos gratuitos, son diversos (como se vió oportunamente) los requisitos del fraude para el ejercicio de la acción pauliana (art. 1.235) en los contratos gratuitos y en los onerosos, más grave la responsabilidad por culpa en estos últimos (artículos 1.746, 1.844, núm. 2, 1.224, etc.), el donante no responde de la evicción al donatario (art. 1.077), son más elevados los derechos fiscales impuestos sobre los negocios gratuitos (ley del 20 de Mayo de 1897 sobre tasas de registro).

γ) *Contratos aleatorios y conmutativos.*—Los contratos a título oneroso (1) se subdistinguen a su vez en aleatorios o de suerte y conmutativos, según que la ventaja que ambos contrayentes se prometan o uno sólo de ellos prometa, dependa de la suerte, es decir, de un acontecimiento incierto o desde un principio sea cierta y determinada (art. 1.102). Conmutativa es, por ejemplo, la venta en donde hay cambio de cosa por precio y cada contrayente sabe de antemano el provecho que obtendrá del cambio, o el mutuo con interés en el que es cierto el beneficio recíproco que uno obtiene de la disponibilidad de la suma dada en mutuo y el otro de los intereses; aleatorios son el contrato de aseguración, el préstamo a la gruesa, el juego, la apuesta, el contrato de renta vitalicia, los contratos de Bolsa en general, porque la determinación de la parte que sufrirá la pérdida

*e salari anormali. Contributo al concetto di equivalenza nei contratti onerosi di scambio (Riv. dir. comm., 1917, I, páginas 1 y siguientes), y Contratto di lavoro, II, páginas 389 y siguientes; Addeo, Sul concetto di equilibrio economico nei contratti onerosi, Torino, 1921.*

(1) No es esta una subdistinción de los contratos bilaterales como más de un escritor (por ejemplo, Pacifici. *Ist.*, IV, pág. 151) afirma; pertenece exclusivamente a la categoría de los contratos onerosos que pueden a su vez ser sinalagmáticos o unilaterales. Es unilateral, por ejemplo, el mutuo, y si es con intereses, será unilateral, aunque conmutativo; puede, sin embargo, ser aleatorio, como ocurre en el caso de préstamo a la gruesa. Igualmente errónea es la fórmula adoptada por otros autores, que aplican la subdistinción a contratos bilaterales y onerosos a un mismo tiempo.

patrimonial o ganará el provecho, depende del acaso, de la muerte, más o menos tardía del asegurado, de la incompetencia de quienes apuestan, de las fluctuaciones de los precios de los mercados, etc.

No importa que la ganancia o la pérdida recaigan exclusivamente en una de las partes (como en el juego o la apuesta) o se distribuyan más o menos proporcionalmente entre ambas partes (como ocurre en el contrato de aseguración o en el de renta vitalicia, en los que el hecho de ocurrir el accidente o la muerte del perceptor de la renta más o menos tiempo después de la conclusión del contrato, influye en la medida de la ventaja obtenida en razón del mayor o menor número de anualidades o premios pagados). Lo que decide acerca del carácter aleatorio del contrato es el concepto de riesgo que cada contrayente corre, sin que pueda al celebrarse el contrato determinarse quién de los dos lo sufrirá.

De lo que resulta que no sólo no es posible trocar la designación de aleatorios por la de negocios gratuitos y de beneficencia, sino que implica también un craso error el creer que un mismo contrato pueda ser aleatorio para un contrayente y no aleatorio para el otro; el carácter aleatorio de los contratos afecta a toda la relación desde el momento en que se establece y es absolutamente indiferente el resultado final, el cálculo de las mayores o menores probabilidades de pérdida o de ganancia, a no ser que este cálculo elimine absolutamente toda incertidumbre futura.

δ) *Contratos solemnes y no solemnes.*—El Código calla sobre esta distinción pero no es menos importante que las precedentes. Ciertamente no tiene la trascendencia que tuvo en el Derecho romano (1), y que no se pueden comparar las solemnidades de los modernos contratos solemnes con las formas rigurosas y a menudo simbólicas de aquel Derecho y del germánico; nada poseemos hoy que se parezca a estas, por ejemplo, al uso de la ba-

(1) Abundante es la literatura sobre los contratos formales de Derecho romano; clásica la obra de Gneist, *Die formellen Verträge*, Berlín, 1845, a la que siguió una rica literatura monográfica. Sobre el formalismo jurídico, véase Zalliger, *Wesen und Ursprung des Formalismus*, 1879

lanza y al peso del metal en el *gerere per aes et libram*, a la interrogación solemne con la congrua respuesta en la *stipulatio* en el Derecho romano: a la palmada, a la entrega de la festuca, a la *Wadiatio* y a las demás formas con que se operaba la *fides facta* en el derecho bárbaro. Desaparecido el antiguo simbolismo y cambiada con su desaparición la función que ejercían en el pasado tales formalidades, las solemnidades modernas se reducen todas (por lo menos en lo que concierne a los contratos) al uso de la escritura que a veces, sin embargo, no es por sí sola suficiente, debiendo ir acompañada de la intervención del funcionario público a quien se demanda la redacción del documento (1).

Hay, por tanto, contratos solemnes y son aquellos en los que se exige la escritura privada o el documento público, no simplemente a los fines de la prueba (*ad probationem*) sino como condición necesaria para su validez (*ab substantiam*) y bajo conminatoria de nulidad del acto todo; no importa el que la solemnidad se imponga directamente por la ley o si ésta no la prescribe, el que se pacte por las partes, porque bien pueden éstas elevar la observancia de dicha forma a la categoría de elemento esencial del contrato. Los demás contratos son no solemnes, así que la omisión en ellos de la forma escrita puede solamente influir en limitar o impedir el uso de determinados medios de prueba, como es la de testigos. A la primera categoría pertenece un crecido número de contratos. Se exige el documento público en el contrato de matrimonio (art. 1.382) y en aquellos que modifican el contrato matrimonial (art. 1.383) o regulan la separación de la dote acordada por la autoridad judicial (art. 1.419) o restablecen la disuelta comunidad de bienes entre cónyuges (art. 1.443) en la donación (art. 1.056), en el contrato de Sociedad mercantil cuando se trate de sociedades comanditarias por acciones o de sociedades anónimas (Código de Comercio, artículos 87, 128) o de cooperativas (Código de Comercio, art. 220).

(1) Una interesante monografía sobre los contratos formales en el Derecho moderno es la de Moeneclay, *De la renaissance du formalisme dans les contrats*, París, 1914.

Se exige solamente la forma escrita pudiendo bastar la escritura privada, en el contrato constitutivo de hipoteca (art. 1.978) o de prenda por un valor superior a 500 liras (art. 1.880); en aquel en que se establece en materias civiles una tasa de interés superior a la medida legal (art. 1.831). y en todos los contratos que figuran o se incluyen en la enumeración contenida en el art. 1.314, como son aquellos en cuya virtud se transfiere la propiedad de los inmuebles o de otros bienes o derechos susceptibles de hipoteca, aquellos que constituyen o modifican servidumbres, derechos de uso y de habitación, o transfieren el ejercicio del derecho de usufructo, los que implican renuncia a los precedentes derechos, los que establecen arrendamientos de inmuebles por término que exceda de nueve años o sociedades que tengan por objeto bienes inmuebles y una duración indeterminada o que exceda de nueve años, aquellos que constituyan rentas perpetuas o vitalicias o que impliquen una transacción. Sólo en algunos casos particulares se impone alguna ulterior formalidad extrínseca como la denominación: *letra de cambio, cambial o pagaré cambiario* en el contrato de cambio (Código de Comercio, art. 251) el uso de un determinado papel o de efectos timbrados también en dichos contratos (ley del Timbre de 30 de Diciembre de 1923, número 3.268, artículos 11, 12, 48) (1) y en los de Bolsa (ley

(1) Valor más secundario y para algunos nulo tienen otras distinciones: así, la de contratos *principales y accesorios*, según que tengan una existencia independiente (venta, arrendamiento) o dependan de otro contrato cuya suerte siguen, como ocurre, por ejemplo, con los contratos de garantía (fianza, contrato hipotecario), o introduzcan una modificación al precedente (la convención que autoriza a rescindir un contrato, que aumenta o disminuye la tasa del interés; véase Windscheid, *Pand.*, II, 1, § 323); de contratos *bonae fidei y stricti juris*, que algunos aceptarían con valor distinto del que tuvo en Derecho romano (Brugi, *Ist. dir. civ.*, pág. 449); entre contratos *civiles y comerciales*, señalada en el art. 1.103 del Código civil y que ha de referirse para que tenga un valor práctico y dogmático a determinadas figuras concretas de contratos, propias de las relaciones comerciales y reguladas por el correspondiente Código (contrato cambiario, de reporte, diferencial, préstamo marítimo) y no a aquellos contratos que regula el Código civil y que pueden convertirse en comerciales si se celebran entre comerciantes. Más im-

de 20 de Marzo de 1913, núm. 272 sobre Bolsas, art. 35) (1).

### § 83.—*Elementos del contrato*

Brugi, *Ist.*, § 58; Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 152, 174; Chironi, *Ist.*, II, §§ 284-287; Zachariae, *Man.*, II, §§ 322-325; Aubry y Rau, *Cours.*, IV, §§ 342-345; Planiol, *Traité*, II, números 962 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, I, §§ 311-318.

Como otro negocio jurídico cualquiera, así también el contra-

portancia tiene la otra distinción entre contratos *materiales* y *formales* o *puros* o *abstractos*, según que la causa determinante del contrato se incorpore a la promesa y se eleve a causa jurídica de modo que constituya un elemento esencial e inseparable de la declaración de voluntad o no. Windscheid, *Pand.*, II, I, § 319; Crome, *Parte gen.*, § 31. Para esta distinción, más ampliamente aplicada en la doctrina general del negocio jurídico, véase vol. I, § 25.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — En España la doctrina en materia contractual está orientada en el sentido del Código civil francés (artículo 1.101). Para Sánchez Román (*Estudios de Derecho civil*, tomo IV, páginas 148 y 149, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1899) convención es cualquier acuerdo de voluntades y contrato la «convención jurídica manifestada en forma legal por virtud de la cual una persona se obliga en favor de otra o varias entre sí al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer».

De la definición—característica mejor—que da del contrato el artículo 1.254, el Código civil español resulta asimismo afiliado a la tendencia del francés, que sólo se refiere al «contrato obligatorio». Del citado artículo se desprende—como Castán hace notar—que acepta la construcción estricta u obligacional del contrato, circunscribiéndolo a las relaciones patrimoniales y considerándolo como una convención o acuerdo de voluntades para la creación de una obligación de dar o de hacer (*Derecho civil español común y foral*, tomo II, pág. 96, Madrid, Editorial Reus, 1927). Los términos del art. 1.254 dice De Buen—revelan que en el pensamiento del Código el ámbito de la contratación es el de los derechos de crédito y el de los derechos reales, puesto que, según dicho artículo, en todo contrato la obligación consiste en dar alguna cosa (creando aquí un derecho real, si se da para que éste nazca), o prestar algún servicio.

Con los artículos 1.805, 1.819, 1.878 y 1.837 del Código italiano citados en el texto con ocasión de la naturaleza real de los contratos de préstamo, comodato, mutuo, prenda y depósito, concuerdan los 1.740, 1.753, 1.863 y 1.758 del Código español que exigen para su nacimiento entrega de la cosa. Para notar la profunda diferencia que existe entre éstos y los consensuales, contrapone el autor a los artículos citados la terminología que se emplea en la compraventa... *uno si obliga a dare* (artículo 1.447) y en el arrendamiento... *una delle parti contraenti si obliga di far podere* (art. 1.569). Otro tanto puede hacerse con sus concordantes

to exige para su existencia legal el concurso de algunos elementos fundamentales que constituyen las condiciones de su validez. Dos especialmente son importantes, porque constituyen la esencia del contrato y de todo negocio jurídico: la voluntad de las partes que se manifiesta aquí mediante un acuerdo, o sea el consentimiento, y la condición objetiva exigida por el derecho para atribuir eficacia jurídica a la voluntad, es decir, la causa. Pero la voluntad, en cuanto persigue determinados efectos jurídicos, no es eficaz si no procede de sujetos capaces; y en cuanto se encamina hacia un fin protegido por el derecho debe recaer sobre un objeto determinado que pueda ser materia de convención. Así, aquellos dos primordiales elementos se desenvuelven y resultan cuatro que constituyen las condiciones de validez del contrato, o como el Código dice (art. 1.104), sus requisitos esenciales: 1), la capacidad de contratar; 2), un consentimiento válido de los contrayentes; 3), un objeto determinado que pueda constituir el contenido del vínculo obligatorio; 4), una causa lícita de obligarse. Hay, es cierto, requisitos ulteriores para ciertas figuras concretas, como la forma cuando ésta es requerida *ad substan-*

del Código civil español 1.445 y 1.543, que dicen: ... «se obliga a entregar», «... se obliga a dar a la otra».

La clasificación en unilaterales y bilaterales es correlativa a la de obligaciones de una y otra especie; en cuanto a la de onerosos y lucrativos, el Código español, como dice Castán (pág. 96 de la obra citada), parece elevar esta clasificación a tripartita, al hablar en el art. 1.264, a propósito de la causa de contratos *onerosos, remuneratorios* y de *pura beneficencia*. Pero los remuneratorios son, en realidad, gratuitos, como se desprende del art. 619.

El art. 1.235 del Código italiano referente a los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción pauliana, concuerda con el 1.111 del español, pero éste no distingue como aquél según se trate de actos a título oneroso o lucrativo.

La ley italiana de 20 de Mayo de 1897 sobre tasas de registro corresponde en cuanto a la materia que regula con la española de 28 de Febrero de 1927 y Reglamento de 27 de Marzo de 1927 referentes a los impuestos de derechos reales y sobre transmisión de bienes.

Sobre solemnidades contractuales véanse artículos 1.321 (matrimonio); 632 y 633 (donación); 1.667 (sociedad civil); 1.865 (prenda); 1.875 (hipoteca) del Código civil español, que equivalen a los 1.382, 1.383, 1.056, 1.978 y 1.880 del italiano. El 1.280 del español enumera los actos y contratos que deberán constar en escritura pública, excepto los comprendidos en su último párrafo, para los que es suficiente el documento privado.

*tiam*; pero aquí debemos considerar solamente los requisitos de tipo abstracto y general estudiando en los contratos particulares sus requisitos especiales. Por otra parte, de los requisitos comunes a todos los contratos no debe decirse aquí más de aquello que ofrezcan de notable y especial con relación al contrato; a la doctrina del negocio jurídico corresponde su más amplio y difuso estudio.

I. *Capacidad de los contrayentes.*—La capacidad exigida en las partes para que puedan dar vida a un contrato, no es más que un aspecto particular de la capacidad de obrar en general. Habrá que acudir aquí a los principios que rigen éstas y a las normas expuestas sobre las causas que en las personas físicas pueden modificarla como son la menor edad, la interdicción para quien está sujeto a condena criminal, la interdicción e inhabilitación para el enfermo mental; en cuanto a las personas jurídicas habrá que tener en cuenta el principio según el cual solamente están autorizadas a realizar aquellos actos que estatutariamente pueden celebrar y el otro por el que se exige para aceptar las donaciones la autorización del Gobierno. Hay que tener en cuenta también la distinción entre capacidad natural y capacidad legal, las cuales, como es sabido, pueden no coincidir y frecuentemente no coinciden, como no coinciden tampoco sus contrapuestos. Conviene, finalmente, distinguir en los efectos que el contrato produce respecto al incapaz, si éste por el contrato asume una obligación o adquiere un derecho o un crédito.

Como para la capacidad general de obrar así también para la de contratar, rige el principio general de que la capacidad constituye la regla y la incapacidad la excepción. Ello no significa que sean poco frecuentes los casos de incapacidad (porque son muchas las personas que figuran en la categoría de los incapaces) y sí solamente que la incapacidad como derogación deba ser declarada por la ley. Este es el valor del art. 1.105: «cualquiera persona puede contratar si no es declarada incapaz por la ley». Pero esta fórmula no impide que se pueda y deba reconocer una incapacidad aun cuando la ley no la establezca, en aquellos casos en que falten la conciencia y la voluntad. El art. 1.106 enumera las personas que la ley declara incapaces, pero tal enumeración

no es completa, porque luego de recordar las cuatro categorías de menores, interdictos, inhabilitados y mujeres casadas (esta última incapacidad ha desaparecido), el Código se remite a otras de sus disposiciones y a otras leyes que prohíben a determinadas personas celebrar ciertos contratos. Limitándonos a citar algunos ejemplos de estos particulares casos de incapacidad (porque su completa enunciación no es posible) y advirtiendo previamente que incluso para las citadas categorías genéricas la incapacidad debe admitirse solamente en los casos expresados por la ley, podemos afirmar sintéticamente que son incapaces de contratar:

1. Los menores no incapacitados en orden a todos los contratos en general, excepto el de matrimonio (art. 1.386) y los menores emancipados en orden a todos aquellos que impliquen una disposición patrimonial que exceda de la mera administración (art. 317).

2. Los interdictos judicialmente, relativamente a los contratos todos sin excepción, por el obstáculo que la enfermedad mental opone a todo acto volitivo (art. 329).

3. Los interdictos legalmente o por efecto de condena también respecto a todos los contratos (art. 33 del Código penal), exceptuados los propios del derecho de familia.

4. Los inhabilitados por enfermedad mental, sordomudez, ceguera de nacimiento, en orden a aquellos contratos que excedan de la simple administración (art. 339).

5. Los quebrados respecto a todos los contratos que recaigan sobre bienes que figuren en la masa de la quiebra y a partir de la fecha de la sentencia declarativa de la quiebra (artículo 699 del Código de Comercio).

6. Las personas que administran bienes ajenos en orden a los contratos que tengan por objeto bienes del administrado o se refieran a éstos, y, por consiguiente, el tutor, el protutor, el curador, el padre que ejerce la patria potestad (artículos 300, 307 y 1.457), los procuradores legales, los administradores de los Municipios o de otras entidades públicas, los funcionarios públicos (art. 1.457), los Jueces, los funcionarios del Ministerio Fiscal, los Cancilleres, Ujieres, Abogados y Notarios (art. 1.458); los cón-

yuges relativamente a los contratos que tengan por objeto liberalidades entre los mismos (art. 1.054) y aquellos que modifiquen las capitulaciones matrimoniales (art. 1.385), etc., etc.

II. *Consentimiento*.—Precisa en segundo término que dos o más personas natural o legalmente capaces consientan en modo válido y serio en crear entre sí un vínculo contractual. Consentimiento es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos concurren a un fin común y se unen. Dirigidas en el contrato obligatorio, una de ellas, a prometer y la otra a aceptar, dan lugar a una nueva y única voluntad que es la llamada voluntad contractual y que es el resultado, no la suma, de las voluntades individuales y que constituye una entidad nueva capaz de producir por sí el efecto jurídico querido y sustraída a las posibles veleidades de una sola de las partes, de lo cual deriva la irrevocabilidad del contrato.

Supuesto esencial es, pues, una doble declaración y ésta a su vez implica que dos personas se hallen frente a frente movidas por intereses particulares a cada una y eventualmente opuestos, pero tendentes al fin común de crear la relación jurídica. Que las declaraciones pueden también ser varias es evidente, porque nada se opone a que por ambas partes intervengan varias personas en la creación de la relación contractual como promitentes y como aceptantes. En cambio no es posible reducirlas a una sola, por excluirlo la esencia misma del consentimiento, palabra que expresa la necesidad de un recíproco acuerdo (*cum-sentire*).

Se discute vivamente si a tal principio pueden oponerse dos excepciones: la de la obligatoriedad de las declaraciones unilaterales de voluntad y la posibilidad de un contrato consigo mismo.

a) *Promesa uniuateral*.—Cuando se prescinde del sistema positivo del Código que no reconoce otras fuentes de obligaciones que las cinco enumeradas en el art. 1.097, no hay obstáculo alguno en admitir que el vínculo obligatorio pueda nacer de una declaración unilateral de voluntad emitida con intención de obligarse. Parece conforme a razón y no opuesto a principio alguno de derecho el que una persona pueda, mediante una propia declaración de voluntad, prometer a otras una prestación y

vincularse independientemente de la aceptación que de dicha promesa haga el destinatario. La obligación surgiría en tal hipótesis, no de un contrato, ya que éste presupone una oferta y una aceptación (y aquí faltaría la declaración de quien adquiere el crédito) sino directa y exclusivamente de la declaración del promitente. En esto; según algunos, se basa la obligatoriedad de las promesas de recompensa a quien haga un descubrimiento, o realice una obra, o entregue una cosa extraviada, de las promesas de premio a quien gane un concurso, de las ofertas dirigidas al público en general y en ello basan o fundamentan también la obligación de quien emite títulos al portador o a la orden. Pero, como ya dijimos, con este concepto no pueden explicarse tales figuras de obligaciones, porque a la promesa unilateral no se le reconoce en nuestro derecho eficacia obligatoria. \*

Ello deriva más que del silencio mantenido por el Código respecto a las declaraciones unilaterales de voluntad, de todo el sistema de nuestro Derecho positivo y de la tradición romanística que le sirve de base. Ya en el Derecho romano aquéllas no eran suficientes para crear obligaciones: sólo excepcionalmente la *pollicitatio* (1) podía tener esta virtud, cuando se hacía al Estado o a un Municipio y por una justa causa (como un honor recibido o esperado), o si se hacía en beneficio de la divinidad, de la Iglesia, de un establecimiento pío (*votum*). Estos casos como aquellos otros pocos que podrían hallarse en el Derecho romano de obligaciones originadas en la pronunciación de ciertas palabras por una sola de las partes (*uno loquante*), como, por ejemplo, *dotis dictio* y en la *promissio iurata liberti* han perdido su importancia en Derecho moderno, sin que pueda decirse tampoco que rija en nuestro derecho el principio del germánico (indiscutido) que da a las promesas unilaterales fuerza de obligar. En Derecho positivo hay que aferrarse al concepto de que de un acto de voluntad encaminado a crear una obligación no puede surgir ésta si no concurre con la declaración de quien quiere

(1) Para formarse idea clara de la pollicitación y de la convención véase Ulpiano, fr. 3, pr. D. 50, 12: *Pactum est duorum consensus atque conventio pollicitatio vero offerentis solius promissum.*

obligarse una aceptación en la otra parte, es decir, si no hay contrato (1). Poco importa que la aceptación siga a distancia a la oferta o se actúe sin expresa declaración, mediante una adhesión tácita como la ejecución del hecho que funciona como compensación a la promesa, etc. Es más, la mayoría de los casos en que parece que la promesa unilateral cree la obligación deben explicarse estimando tales hechos como aceptación de la oferta (2).

b) *Contrato consigo mismo.*—De un contrato consigo mismo no puede hablarse en el supuesto de que a la unidad de la persona de quien parte la declaración de voluntad corresponda una unidad patrimonial; en otros términos, precisa admitir la existencia de dos patrimonios cuya representación ostenta un único sujeto que los coloca por virtud de su declaración de voluntad en una relación obligacional. Y esto es posible, ya que no hay, abstracta ni prácticamente, dificultad alguna en admitir que el titular de un patrimonio administrador del ajeno, o el administrador de dos patrimonios ajenos y distintos, cree una relación jurídica que ligue el patrimonio propio y el ajeno o los dos patrimonios ajenos. Es el caso previsto expresamente en el ar-

(1) No se toman aquí en consideración las declaraciones de voluntad *mortis causa* que son ciertamente declaraciones unilaterales que generan obligaciones, cuando se dice en el texto, es decir, que la voluntad de uno sólo no es capaz de crear obligaciones, se debe entender de la voluntad que debe producir el efecto en vida del declarante o sea de los actos *inter vivos*; la voluntad del difunto no es una promesa y la fuente de la obligación radica según la dogmática tradicional en la ley.

(2) A más de las amplias referencias contenidas en las citadas obras consúltense: Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heut. Recht*, Wien, 1873; Hofmanir, *Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbes der Vertrag*, Wien, 1874; Wornis, *De la volante unilaterale*, París, 1891; Scialoja A., *La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazione* (*Riv. dir. comm.*, 1904, páginas 370 y siguientes); Goldberg, *Essai d'un théorie génér. de C'engagement jur. par volonté unilaterale*. París, 1915; Windscheid, *Pand*, II, 1, § 304; Ferrini, *Obblig.*, páginas 650 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 250 n. b; Baudry-Lacantinerie, *Obblig.*, páginas 36 y siguientes. Hay que confesar, sin embargo, que se dan casos especiales en los que es inaplicable toda idea de contrato y en los que debiera reconocerse fuerza de obligar a la simple promesa; pero la laguna del Derecho positivo no puede ser colmada por el intérprete.

título 386 del Código de Comercio, del comisionista encargado de comprar o vender letras de cambio, títulos de la Deuda u otros de crédito circulantes o mercancías que tengan un precio en Bolsa o mercado, puede por sí, como vendedor, entregar las cosas que debe vender por cuenta del comitente, y puede también retener para sí, como comprador, al precio corriente, las cosas que debe vender por cuenta de dicho comitente; es también el caso del representante legal o del mandatario o del gestor de negocios que dan vida a una relación contractual entre sí y el representado; los ejemplos pudieran multiplicarse.

Varios en verdad son los modos por los que se ha intentado explicar el singular fenómeno en cuya virtud una sola persona consigue, mediante una declaración de voluntad única, crear una relación contractual entre él y su representado o entre los dos representados. Mientras unos aprecian en la declaración única dos voluntades distintas, aunque emanadas de una sola persona (la voluntad del comitente se puede ficticiamente considerar delegada al comisionista mediante el mandato y lo mismo en el caso de doble representación), otros con razón oponen que por lo menos allí donde no hay mandato (como, por ejemplo, en la representación legal), es la voluntad única del representante la que por sí sola crea la relación obligatoria; en algunos casos, como el del art. 380 del Código de Comercio, se recurre a una tercera explicación que considera surgida la relación contractual de compraventa directamente entre comitente y comisionista en virtud de la adhesión preventivamente otorgada por el primero a dicho contrato, que el comisionista ejecuta en virtud de su determinación de voluntad. Como quiera que sea, lo cierto es que en tanto no se ingenie una distinta explicación del fenómeno y en tanto un fácil y peligroso conflicto de intereses entre representado y representante no induzca al legislador a establecer prohibiciones (en la representación legal el sistema del Código es precisamente el de prohibir que el padre, el tutor, etc., puedan contratar en interés propio con los bienes del hijo, del pupilo, etc., artículos 300, 224 y 1.457) una declaración única de voluntad puede crear la relación contractual, pero esto constituye un fenómeno anormal y es una consecuencia de la combi-

nación de los principios de la representación con los propios del contrato (1).

El principio fundamental del contrato es el de que todo acuerdo se opera mediante una *promesa* y una correspondiente *aceptación*, o si se quiere más exactitud, mediante una *oferta* y la *aceptación*; no siempre quien promete es el que ofrece, pudiendo muy bien la propuesta del contrato partir de quien adquiere el crédito (2), en cuyo caso la aceptación será de aquel que se obliga. Tampoco siempre el proceso constitutivo del contrato se agota en una sola promesa y en la aceptación correspondiente; hay también (al lado de los unilaterales) contratos bilaterales, en los que cada una de las partes promete y a su vez acepta la promesa de la otra (3). La regla general es que cuando la propuesta hecha por uno es aceptada por otro, hay contrato, porque sólo entonces hay concurrencia y fusión de voluntades. Pero conviene advertir que no es tan absoluta como parece ni expresa todos los requisitos necesarios para que el vínculo contractual u otro en su lugar surja. Su recta inteligencia demanda un análisis de los elementos de que consta el acuerdo y del momento en que éste se forma.

α) *Oferta*.—No toda iniciativa o determinación de voluntad aun manifestada, de celebrar un contrato es oferta en sentido

(1) Sobre esta materia véase Römer, *Rechtsgeschäfte des Stellvertreters mit sich selbst* (*Zeitschr. f. das Ges. Handelsrecht*, XIX, 1874); Rume-  
lin, *Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters nach. gem. Recht.* Freiburg,  
1888; Arnó, *Il contratto con sé medesimo* (*Arch. Giur.*, LVI, 1896, pági-  
nas 19, 256. 473, 578; LVII, páginas 251, 408); Sraffa, *Il contratto del com-  
missionario con sé medesimo* (*Arch. Giur.*, 1898); Caporali, *Contratti con sé  
medesimo* (en *Diz. prat. di dir. priv.*); G. P. Chironi, *Del contrattare con sé  
medesimo* (*Riv. dir. comm.*, 1917, I, páginas 1 y siguientes); Leone, *Il c. d.  
contratto con sé stesso* (*Riv. dir. civ.*, VIII, 1816, páginas 581 y siguientes);  
Ferrini, *Obblig.*, páginas 654 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pági-  
nas 252 y siguientes.

(2) Esto era normal en la estipulación romana.

(3) Sin embargo, como los elementos más complejos de este caso se pueden descomponer y reducir a dos términos simples: el de la oferta y la aceptación del vínculo que cada uno asume, se precinde en el texto, para simplificar la teoría, de estos casos más complicados.

técnico, si no tan sólo declaración de voluntad dirigida por una parte a otra para provocar la adhesión del destinatario a la propuesta (1). De qué parte arranque la oferta, carece de importancia porque esto afecta a los motivos que impulsan a contratar y es indiferente, que ambas partes resulten obligadas por el contrato o que resulte una sola.

Que si simultáneamente y en forma de oferta hay dos declaraciones de voluntad encontradas para crear el mismo y único contrato, cada una puede oficiar respecto a la otra como aceptación y originar la perfección de la relación contractual inmediatamente que lleguen a su destino.

Cualquiera propuesta que dirigida a la otra parte pretenda constituir el vínculo y no contenga todos los elementos esenciales a aquel determinado tipo de contrato que pretende crear (designación de la cosa, del precio, etc.), podrá representar un momento importante del proceso formativo del contrato, pero no la oferta o propuesta pronta para la aceptación. Precisamente por esto hay que distinguir netamente de los preliminares del contrato, la oferta que es una promesa de contrato (2); y de esta a su vez hay que distinguir los contratos preliminares de que se tratará al estudiar el objeto (3).

(1) Se admite que la oferta puede consistir en una tácita declaración de voluntad, en un hecho que entrañe tal oferta: por ejemplo, el envío de una muestra de una mercancía no encargada. ¿Qué debe hacer el destinatario si no accede al contrato? ¿Deberá contestar rechazándola? ¿Y conservar y custodiar la cosa antes de restituirla? ¿Y con qué grado de diligencia? Véase Nattini, *La spedizione di cosa non ordinata*, 1912; Navarra, *Tratt. di dir. Comm.*, II, pág. 147, n. 2.

(2) Marson, *Die Natur der Vertragsofferte*, Greifswald, 1879; Grisostomi, *Le promesse di contrattare*, Frascati, 1903.

(3) Sobre los distintos momentos que preceden a la conclusión del contrato y sobre la responsabilidad de las partes en los diversos grados de formación del mismo, consúltense los agudos estudios de Saleilles, *De la resp. precontr.* (*Rev. trim. de dr. civ.*, 1907, páginas 697 y siguientes), y Jaggella, *Dei perio di precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica* (*Studi per Fadda*, III, páginas 271 y siguiente) en *Archivio Giur.*, 1909, páginas 128 y siguientes, en *Riv. crit. di dir. e Giur.*, 1909, página 1; *I periodi precontr. e la resp. pre contr.*, Roma, 1918. Contra Albertario en *Dir. comm.*, 1910, pág. 48; Nattini, *Ib.*, 1910, pág. 235; Polac-

Es la oferta un acto unilateral (el contrato preliminar es, en cambio, bilateral por suponer ya formado el acuerdo) que tiende a convertirse en uno de los elementos del contrato que está en vías de formación, pero que no lo es en tanto no resulte aceptada. Sin embargo, aun antes de este momento, la oferta produce efectos jurídicos y da lugar a un vínculo de quien la emitió con respecto al destinatario. Puesto que llegado que haya a este último, implica para él, la facultad de apropiarse su contenido y de aceptarla dando vida al contrato, el oferente; desde este instante, queda vinculado hasta que el destinatario la acepte expresa o implícitamente emprendiendo su ejecución.

No se crea por esto que al oferente no corresponda la facultad de revocar la oferta; antes de la aceptación del destinatario puede el oferente revocar la oferta y tanto más puede retirarle si no llegó aún al destinatario, de modo que la revocación llegue a su poder antes que la oferta. Es más, el derecho de revocación puede ejercitarse en los contratos bilaterales (a no ser que el oferente hubiera renunciado previamente) incluso cuando el destinatario hubiese aceptado sin que hubiese recibido el proponente noticia alguna de su aceptación.

En cambio el vínculo que deriva de la oferta, subsiste si la otra parte emprendió la ejecución del contrato; el cual se manifiesta en la obligación de resarcir el perjuicio causado por el proponente a la otra parte, en la medida, no ya del interés positivo (no habiendo aquí incumplimiento del contrato que no es aún perfecto), sino en la medida del interés negativo que implica la confianza abrigada por la otra parte de poder concluir el contrato ofrecido (art. 36 del Código de Comercio) (1).

co, *Obblig*, páginas 511 y siguientes, los cuales niegan (y fundadamente) la responsabilidad que derive de la rotura de los tratos en tanto las partes se hallen aún en el período precontractual, es decir, anterior a una verdadera propuesta del contrato. Sobre el proceso formativo del contrato véanse también Carnelutti, *Le formazione progressiva del contratto*, Milán, 1916; Ancora, *Sulla formazione progressiva del contratto* (*Riv. dir. comm.*, 1917, I, páginas 339 y siguientes) y con amplias referencias a la doctrina antigua y moderna el volumen de Carrare, *La formazione del contratto*, Milán, 1915.

(1) Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 261 y siguientes; Planiol, *Trai-*