

β) *Aceptación*.—La adhesión que el destinatario hace a la propuesta de un modo expreso mediante una declaración de voluntad o tácitamente exteriorizando con actos idóneos su asentimiento, emprendiendo sin más la ejecución del contrato, etcétera, constituye una aceptación de la oferta. Y como ésta debe dirigirse a la persona del destinatario (no es oferta el propósito manifestado a un tercero de contratar con otros), así también la declaración de aceptación debe ser hecha al oferente en forma que coincida exactamente con la propuesta. No daría vida al contrato la aceptación que el destinatario hiciese de una propuesta limitando o modificando ésta; toda variación o reserva que en la misma se hiciere, la transformaría en una nueva proposición de contrato que dirigida al primer proponente, podría generar un vínculo contractual si éste a su vez la aceptase pura y simplemente (1).

Para que nazca un contrato se exige, en efecto, que el acuerdo sea pleno, que el consentimiento recaiga sobre todas las cláusulas y modalidades enunciadas por una parte a la otra, incluso sobre las secundarias; hasta este momento hay solamente una serie de proposiciones de las cuales cada una espera aceptación.

Esta, por regla general, debe seguir inmediatamente a la propuesta, es decir, sin intervalo; cuando entre la propuesta y la aceptación sea ineludible el transcurso de un cierto tiempo (como ocurre siempre en los contratos entre ausentes), éste no puede ser indefinido porque el oferente no puede hallarse indefinidamente vinculado. Para evitar esto se fija un cierto término por el propio oferente o el necesario para que puedan llegar a

té, II, números 971 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 1, § 307; Regelsberger, *Pand.*, I, § 150; Jhon, *Die Haftpflicht des Offerenten bei Wiederruf seiner Offerte* (*Arch. f. civ. Pr.*, LXXX, 1892, páginas 64 y siguientes). De las normas mucho más completas y diversas dictadas por los legisladores alemán y suizo en materia de obligaciones, véanse §§ 130, 145 del Código civil alemán y los artículos 3 y siguientes del suizo.

(1) Así textualmente el Código de Comercio, art. 37: «Una aceptación condicionada o limitada equivale a rechazamiento de la propuesta implicando una nueva». Pacchioni, *Riv. dir. comm.*, 1908, II, pág. 148; Scialoja, *ib.*, 1909, I, pág. 477.

su respectivo destino la oferta y la respuesta. Dentro de tales límites será siempre eficaz en tanto la oferta no haya sido revocada.

La aceptación es como la propuesta, también revocable. El derecho de revocación puede ejercitarse, en los contratos bilaterales, en tanto el proponente no haya tenido noticia de la aceptación (si le llegase después de ésta, el contrato ya sería perfecto); puede ejercitarse sin responsabilidad alguna respecto al interés negativo, ya que el proponente no podía confiar en que su oferta hubiera sido aceptada y, por tanto, no se hallaba autorizado a emprender la ejecución del contrato (Código de Comercio, art. 36).

Finalmente, la aceptación no es posible, o si, emitida, no es ya eficaz, cuando el proponente haya muerto o sea declarado incapaz antes de que la aceptación llegue a su conocimiento; lo mismo debe decirse respecto a la propuesta, si antes de su aceptación hubiere muerto o sido declarado incapaz el destinatario. Esto deriva del principio fundamental de nuestro Derecho, según el cual el contrato no se perfecciona sino mediante el acuerdo de dos voluntades existentes y permanentes hasta el momento en que concurren; y como en el primer caso la voluntad del aceptante no puede ya concurrir con la del proponente declarado incapaz o muerto, así tampoco en el segundo puede la voluntad del oferente concurrir con la del destinatario, la cual no podría ser sustituida por la de sus herederos (1).

γ) *Conclusión del contrato.*—El punto más esencial de toda la doctrina aquí estudiada es el que se refiere a la determinación del momento en que se verifica el encuentro de voluntades, y en el que puede decirse que el contrato es ya perfecto.

La cuestión, que no ofrece dificultad alguna cuando las partes están presentes (porque debiendo, en tal caso, seguir la aceptación inmediatamente a la propuesta, y siendo aquella emitida y recogida casi simultáneamente no hay intervalo durante el

(1) En orden a los sistemas adoptados por el Código alemán y el suizo, véanse los §§ 130, 147, 148, 149, 150 y 153 del primero y los artículos 4, 5, 6 y 9 del segundo.

cual pueda dudarse de si se ha verificado o no el encuentro), la ofrece importantísima y grave cuando los contrayentes se hallan lejanos uno de otro, es decir, cuando se trate de contrato entre ausentes, como son aquellos que se celebran por correspondencia epistolar o telegráfica o mediante un nuncio (1). Y no sólo interesa al punto ahora debatido, sino que influye también en otros respectos, dependiendo de la determinación del momento en que el contrato es perfecto la del lugar en que éste debe estimarse celebrado, y, por tanto, la de la competencia territorial y la de la ley que debe regir tal relación.

La solución, en abstracto, es muy varia, y múltiples y opuestas son las adoptadas, no ya sólo por la doctrina, sino también por las legislaciones positivas. Trátase, en efecto, de elegir entre los varios momentos de la declaración de aceptación, desde el instante en que ésta se emite hasta que llega a noticia del oferente, el más decisivo en orden a la formación del consentimiento. Puede éste considerarse formado y el contrato concluso en el momento inicial del ciclo, o sea, cuando se emite la declaración de aceptación (*sistema declarativo, Ausserungs theorie, Declarations theorie*) o en el momento en que la declaración de aceptación se hubiera expedido al oferente (*sistema de la expedición Uebermittelungs theorie*), o en el momento en que la declaración de aceptación hubiese sido recibida por el oferente (*sistema de la recepción, Empfangs theorie*), o puede, finalmente, reputarse ne-

(1) El contrato por teléfono, ¿se debe considerar entre presentes o entre ausentes? Cuestión muy discutida que recibe a más de las dos soluciones principales (negativa o afirmativa), otra intermedia reputándose por algunos entre presentes respectivamente al *momento* de su perfección (no hay un intervalo apreciable de tiempo entre oferta y aceptación o no aceptación, y son por tanto posibles las cuestiones relativas a la revocación de la oferta o de la aceptación), y entre ausentes respectivamente al *lugar* en que se perfecciona: Meili, *Das Telephonrecht*, Leipzig, 1885; Gabba, *Il telefono e la giurispr. (Giorn. d. leggi., 1882, páginas 313 y siguientes; Vidari, I contratti per telefono, (ib. 1882, páginas 329, 354 y siguientes); Bolaffio, L'art. 36, c. di c. e i contratti per telefono (Arch. Giur., XXIX, 1882, páginas 505 y siguientes); Bianchi, I contratte per telefono, Bologna, 1888; Norsa, Il telefono e la legge (Atti. Ist. Lom. di Sc. e lett. XV, páginas 69 y siguientes).*

cesario también el conocimiento de la aceptación por el oferente (*sistema de la cognición, Vernehmungstheorie Agmtionstheorie*) (1).

La diversidad de las consecuencias que derivan de la adopción de uno u otro sistema es obvia: la diferencia es profundamente diversa en orden al derecho de revocación de la propuesta o de la aceptación, que podrá ejercitarse en momentos distintos, según que el contrato se considere perfecto en uno u otro instante. Basta, para limitarnos a un ejemplo, considerar que, según el sistema de la declaración, la propuesta no es revocable por el oferente apenas el destinatario la haya aceptado, mientras que en el sistema de la cognición no sólo puede revocarse después que la aceptación haya sido declarada y la declaración expedida al oferente, sino incluso después que éste la hubiere recibido, con tal que no la conozca todavía. A su vez, la aceptación, apenas emitida, no puede ya revocarse, según el primer sistema; lo sería en el segundo, hasta el momento en que el proponente conociese la aceptación.

El sistema preferible, desde el punto de vista abstracto, depende (a más de la posición especulativa o dogmática que se adopte), de la valoración que se haga de las ventajas que implica una rápida y segura conclusión de los negocios jurídicos frente a los inconvenientes de una menos madura determinación de la

(1) La literatura es abundante: entre las monografías conviene citar, Serafini, *Della conclusione dei contratti fra assenti* (*Scritti giur.*); *Il telegrafo in relaz. alle giur. civ. e comm.*, Pavía, 1862; Vidari *Del momento in cui un contratto fra assenti si ha da rituere perfetto* (*Giorn. d. leggi*, I, página 98, IV, pág. 36); Gabba, *Il contratto fra assenti o per corrispondenza* (*Foro. it.*, 1897, páginas 21 y siguientes y en *Quest. di dir. civ.*, II, páginas 166 y siguientes); Scheurl, *Vertragsabschluss inter Abwesenden* (*Sahrbb. f. d. Dogm.*, II, 1858 páginas 248 y siguiente); Köppen, *Der Obligatorische Vertrag unter Abwesenden* (*ib.*, XI, 1871, páginas 139 y siguientes); Schoft, *Der obl. Vertrag unter Abwesenden*, Heidelberg, 1873; Meili, *Das Telegraphenrecht*, Zürich, 1873; Guirad, *Traité des contrats par correspondance*, 1890; Valéry, *Des contrats par corresp.*, París, 1895; Caporali, (*Contr. p. corrip.*, en *Diz. pr. di dir. pr.*). Entre los tratados Windscheid, *Pand.*, II, § 306; Giorgi, *Obblig.*, III, páginas 264 y siguiente; Ferrini, *Obblig.*, páginas 661 y siguiente; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 273; Baudry-Lacantinerie, *Obblig.*, I, páginas 41 y siguientes.

voluntad en los contrayentes. Sin embargo, el que menos responde a las exigencias de la vida práctica, aunque más conforme a las racionales, es el sistema de la declaración, al cual se adhieren pocos; más aceptado es el de la cognición, porque si el consentimiento es no sólo el encuentro de dos voluntades, sino también la *conciencia* del acuerdo recíproco (1), nada parece más esencial a la perfección del vínculo que el que el proponente conozca la voluntad del destinatario de aceptar la oferta. Pero este sistema ofrece también algunos inconvenientes. De aquí la necesidad de sistemas mixtos, doctrinales o legislativos, que derogan o modifican los principios expuestos, y que constituyen otras tantas teorías. Tal es, entre otras, la profesada por Windscheid (2), según la cual basta para obligar al proponente la mera declaración de aceptación del destinatario, y para obligar al aceptante precisa que su declaración haya llegado a conocimiento del oferente. Otra es la que, para resolver las controversias doctrinales y jurisprudenciales que se agitaron en Italia por el silencio del Código civil, adoptó, haciendo su aplicación extensiva a las materias civiles el art. 36 del Código de Comercio.

«El contrato bilateral entre personas lejanas no es perfecto si la aceptación no llega a noticia del proponente en el término por éste establecido o en el necesario para el cambio de la propuesta y de la aceptación, según la cualidad del contrato y los usos generales del comercio. El proponente puede estimar eficaz una aceptación, llegada a él con retardo, con tal que diere inmediato aviso al aceptante.

«Cuando el proponente exige la ejecución inmediata del contrato y no se solicite una respuesta previa de aceptación y por la calidad del contrato no sea necesaria conforme a los usos generales del comercio, el contrato resulta perfecto apenas se comprenda su ejecución.

»En tanto el contrato no sea perfecto, la propuesta y la aceptación son revocables; pero si bien la revocación impide la perfección del contrato si llega a conocimiento de la otra parte

(1) Ferrini, *Obblig.*, pág. 663.

(2) *Pand.*, II, 1, § 306.

luego que ésta comenzó a ejecutar el contrato, el revocante está obligado a resarcir los daños.

»En los contratos unilaterales las promesas son obligatorias apenas lleguen a conocimiento de la parte a quien se hacen.»

Prescindiendo de las particulares cuestiones que este tan extenso artículo puede plantear y de los inconvenientes que algunas de sus normas pueden producir (1), el sistema de nuestro Derecho (2) resulta de la fusión del sistema de la cognición que es aceptado en orden a los contratos bilaterales, con el de la declaración que rige para los unilaterales. En orden a estos últimos basta, en efecto, que la propuesta haya llegado a conocimiento del destinatario; ésta se entiende aceptada por ser racional y conforme a la práctica de la vida que quien ofrece obligarse debe esperar que el promisorio acepte la oferta sin que necesite esperar la confirmación de dicha aceptación (3). Se exige, en cambio, el completo desenvolvimiento cíclico del envío y arribo de la propuesta, y del envío, arribo y conocimiento de la aceptación en los contratos bilaterales, porque siendo en ellos doble y recíproco el vínculo y una obligación causa de la otra, ninguna de las partes resulta obligada sin que la otra a su vez se obligue también.

De qué modo deba manifestarse la voluntad (declaración

(1) Gabba, *Il contratto fra assenti o per corrispondenza*; Scialoja, *Sull.*, artículo 36 del c. comm. (*Studi per Pessina*, III páginas 1 y siguientes); Giorgi, *Obblig.*, III, páginas 302 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, página 273; Carrara, *Formazione dei contratti*, páginas 308 y siguientes.

(2) El Código suizo de las obligaciones adopta el sistema de la expedición: «Si el contrato se celebra entre ausentes, sus efectos comienzan desde el momento en que se expide la declaración de aceptación. Cuando no precise la declaración expresa los efectos del contrato comienzan desde que fué recibida la propuesta». En el sistema de la recepción se inspira el Código civil alemán el cual sienta el principio general (§ 130) de que la declaración de voluntad que debe hacerse a otra persona, estando ésta ausente la obliga desde el momento en que la recibe, y lo aplica con algunas modificaciones a los contratos (§§ 145, 147, 151).

(3) Pero la explicación del párrafo primero del art. 36 del Código de Comercio no es idéntica en la doctrina, que discute sobre el significado atribuido en este artículo a la expresión «contratos unilaterales» y sobre el alcance preciso de la norma. Las opiniones son muy divergentes.

expresa, tácita), qué eficacia debe atribuirse al silencio, cuáles son los vicios de la voluntad y cuáles los efectos de una voluntad viciada por error, dolo o violencia, o declarada imperfectamente o disconforme con la íntima voluntad (simulación, reserva mental, voluntad no seria); si se puede admitir y de qué forma una representación en la declaración de la voluntad; finalmente, si se precisan requisitos de forma y cuáles para su manifestación, son cuestiones que tienen una importancia y una esfera de aplicación más amplias que la de los contratos; su examen corresponde a la doctrina del negocio jurídico en general (vol. I, §§ 26, 27 y 28).

III. *Objeto*.—Todo contrato debe tener un objeto, y si éste falta, aquél carece de valor; es objeto toda prestación consistente en dar, hacer o no hacer, ya sea simple o compleja, ya se realice por una sola de las partes (contratos unilaterales), ya por ambas (bilaterales). Los requisitos que debe tener el objeto fueron estudiados a su debido tiempo; la prestación debe ser posible físicamente (quedan, por tanto, excluidas las cosas que no existen ni pueden existir; no lo están, en cambio, las cosas futuras a no ser que se trate de sucesión no abierta, art. I.118) y jurídicamente (las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto del contrato, art. I.116); debe ser lícita, determinada o determinable a base de un criterio establecido ya en el contrato (art. I.117); debe tener un contenido patrimonial o ser susceptible de una valoración económica; debe representar un interés económico o moral para el acreedor.

Entre las prestaciones de hacer, merecen particular mención dos casos; que se deduzca como objeto del contrato el hecho de un tercero o el propio de los contratantes, los cuales se obligan a estipular un sucesivo contrato.

a) *La promesa del hecho de un tercero*, ya sea éste un *facere*, un *dare* o un *non facere*, es absolutamente lícita cuando el hecho ajeno ofrezca un interés cualquiera para el promisorio (me obligo contractualmente con oficio a que un tercero le venda la propia cosa, a que le nombre su gestor de negocios o a que se abstenga de comerciar en el mismo lugar).

Que tal contrato no obliga al tercero extraño al contrato, es obvio. Dependerá, pues, de su libre voluntad el aceptar o rehu-

sar la obligación asumida por otro en su nombre, el cumplir o no cumplir el contrato. Si lo rehusa, la responsabilidad de quien prometió, surge precisamente de su obligación de garantizar la prestación del tercero; y tal responsabilidad plasma en el deber de resarcir el *id quod interest* al acreedor, el cual, como no tiene acción contra el tercero, no la tiene tampoco contra el deudor para constreñirlo a realizar personalmente (supuesta la posibilidad) el hecho prometido (art. 1.129).

b) Cuando el contrato tenga por objeto la promesa recíproca de estipular otro entre las mismas partes se produce el llamado *contrato preliminar* o *pactum de contrahendo* (1). La función de éste no es otra que el vincular a las partes comprometiéndolas a la conclusión de un futuro contrato que por ahora no se quiere o no se puede estipular; su objeto no es, pues, el propio del contrato que habrá de celebrarse si no la conclusión de éste, o sea un *facere* consistente en asentir o en prestarse a cuanto precise para dar vida al contrato que se promete estipular (por ejemplo, el contrato preliminar de compraventa no es compraventa, sino que obliga únicamente a las partes a celebrar el contrato de compraventa). Ahora bien; como la prestación futura del consentimiento es un acto estrictamente personal, no directamente coercible, de tal promesa nace un crédito a la celebración del contrato y su incumplimiento obliga a resarcir el *id quod interest*; jamás produce los efectos propios del contrato cuya estipulación se prometió en caso de haberse estipulado, ya que la sentencia condenatoria no puede en modo alguno substituir el consentimiento que no se prestó (2).

(1) Degenkolb, *Der Begriff der Vorverträge* (*Arch. G. d. civ. Pr.*, LXXII, 1887, páginas 1 y siguiente); Adler, *Realcontract und Vorvertrag*, 1892; Schlossmann, *Ueber den Vorvertrag* (*Sherig's Sharbb*, XLV, páginas 1 y siguientes); Göppert, *Zur Lehre von den pacta de contrahende* (*Krit. Vierteljahresschr.*, XV, páginas 400 y siguiente); Coviello, *Contratti preliminari* (en *Enc. Giur.*); Caporali, *Contr. prel.* (*Diz. pr. di. dir. priv.*); Windscheid, *Pand.*, II, 1, § 310; Venzi, en Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 255 y siguientes.

(2) Véase Faggella, *Riv. dir. comm.*, 1910, VIII, 2, pág. 851; Chioven-
da, *Ib.*, 1911, IX, 1, pág. 96; Chironi, *Ib.*, 1911, 2, pág. 663; Ascoli, *Riv. dir.*
civ., II, 1810, pág. 841; III, 1911, pág. 887.

Muy distintos entre sí son el contrato que se celebra para preparar otro y esto otro que es objeto de dicho contrato preparatorio. Deriva de esto que como los efectos del primero no pueden nunca coincidir con los del segundo, así también los requisitos que la ley exija para validez del contrato definitivo no pueden (sin concurrir los mismos motivos) considerarse exigidos para la validez del contrato preliminar, cuya existencia es independiente y cuya validez debe apreciarse según las normas generales de los contratos (1).

(1) La cuestión tiene en la práctica y en ciertos casos gran importancia como ocurre en el contrato preliminar de venta de un inmueble, teniendo en cuenta el precepto del art. 1.314 que prescribe el uso de la forma escrita en las convenciones translativas de la propiedad sobre inmuebles o sobre otros bienes o derechos susceptibles de hipoteca. Si la promesa bilateral de venta se equipara a una venta perfecta—como hacen algunos autores (Tastufari, *Vendita*, n. 41; Giorgi, *Obblig.*, III, páginas 148 y siguientes), y sostiene una gran parte de nuestras Cortes, si bien ahora comienza a disminuir—es lógico declarar ineficaz el *pactum de contrahenda emptione* que no se consigue por escrito si se refiere a inmuebles. Pero confundir ambas figuras constituye un error grave; el fin que en la venta persiguen ambas partes es la transmisión de la propiedad de la cosa al comprador, del precio al vendedor; el que persiguen en la promesa de venta es la estipulación de un contrato futuro. No se debe recurrir a los artículos 1.448 y 1.125, según los cuales la venta es perfecta y la propiedad se adquiere en el momento en que se ha convenido sobre la cosa y el precio y que en los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad, ésta se transmite por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; habiéndose, pues, en la promesa de venta, formado el acuerdo sobre la cosa y el precio, aquélla operaría sin más el traslado de la propiedad y consiguientemente requeriría forma escrita. El haber concluído las partes un contrato preliminar y no el definitivo, excluye el que hayan querido o podido querer los efectos del definitivo, es decir, el traspaso de la propiedad; y si este traspaso no se ha verificado, con razón se sostiene la inaplicabilidad del art. 314 Véanse en este sentido Ascoli, en *Riv. dir. civ.*, I, 1909, pág. 246; II, 1910, pág. 841; III, 1911, pág. 887; Gabba, en *Giur. it.*, 1903, pág. 29; Bonelli, en *Riv. dir. comm.*, 1904, II, 1; página 98; Bazassi, en *Legge.*, 1905, I, pág. 1.294; Butera, *Ib.*, 1909, I, página 2.224; Degni, en *Riv. dir. comm.*, 1910, VIII, 2, pág. 130; Mosa, *Intorno alla forma della promessa di vendita immobiliare* (*Riv. dir. comm.*, 1915, II, páginas 28 y siguientes); Carnelutti, *In lenc. di promessa di vendita immobiliare* (en *Studi dir. civ.*, páginas 327 y siguientes). No nos parece buen

IV. *Causa*.—La noción de causa se fijó ya en otra parte (volumen I, § 29) con ocasión de exponer la doctrina del negocio jurídico; no hay que repetir ahora por qué la causa constituye un elemento social del contrato. Aquí se deben examinar los principios fundamentales en su aplicación a los contratos.

a) Todo contrato debe tener una causa; si no la tiene es nulo, porque no basta la voluntad abstracta para crear una obligación (art. I.119). Esto es aplicable a todos los contratos; no lo es por excepción a los contratos abstractos, en los cuales la falta de causa no determina nulidad. La promesa en sí es válida; pero los efectos que produce pueden suprimirse cuando se pruebe la inexistencia de la causa o pueden excepcionarse. La carencia de causa puede ser originaria o sobrevenida: si el contrato surge sin causa es originariamente nulo; si surge con causa y luego ésta cesa, sobreviene la nulidad. En lo demás no hay diferencia alguna entre ambos casos.

b) A la falta de causa se equiparan los casos de falsedad o ilicitud de la misma (art. I.119).

a) Por causa *falsa* no debe entenderse la causa simulada o la causa errónea. Se da la primera hipótesis cuando se simula una causa para ocultar la verdadera (por ejemplo, me declaro deudor de una suma como precio, para ocultar una deuda por mutuo usurario); y se aplican a ella los principios propios de la simulación que exigen la distinción del acto aparentemente querido del acto disimulado y que implican que aquél pueda ser nulo y éste pueda ser válido y producir eficacia cuando en él concurren los requisitos esenciales. Se da la segunda hipótesis cuando una causa existe, pero hay respecto a ella un error en las partes cuyo consentimiento vicia (por ejemplo, me es entregada una suma en concepto de mutuo y yo la recibo creyendo

argumento para decidir en contrario el que aducen algunos autores: el de que cuando la ley exige una cierta forma para un determinado contrato, se debe entender que dicha exigencia afecta al contrato en sus diversos grados de formación, ya sea en el preparatorio o de promesa, ya en el definitivo de actuación. Siempre será cierto que prometer transferir un derecho real no es transferir.

que se trata de una donación); a este caso se aplican los principios relativos al error.

Falsa es la causa putativa; se supuso existente una causa que en realidad no existía (por ejemplo, prometo pagar una suma en el supuesto que el testamento en que se me instituye heredero me imponga tal legado). Por esto muchos han afirmado que la falsedad de la causa equivale a la falta de ésta; lo cual no es exacto, porque conceptualmente ambas hipótesis son distintas, aunque su efecto sea idéntico.

β) *Ilícita* es aquella causa que, como dice el art. 1.112, es contraria a la ley, a las buenas costumbres y al orden público. La amplitud y elasticidad de la fórmula hace posible remitir al prudente arbitrio del Juez la valoración de los actos humanos en relación a la incesante evolución del espíritu de las leyes y de la conciencia del pueblo, de modo que aquél pueda considerar ilícita toda causa que un determinado momento de dicha evolución pugne con la ley, con la moral o con los supremos principios del derecho inderogables por voluntad de los particulares (1). Así, por ejemplo, las promesas hechas en recompensa de un delito o de una acción inmoral realizada o por realizar; la que se hace para inducir a la mujer a mantener relaciones concubinarias o para que una determinada persona no tome parte en una subasta pública, el pacto de *quota litis*, las cláusulas de concurrencia sin límites de tiempo o de espacio, la venta de una condecoración o de un título académico, etc.

c) La ausencia, la falsedad, la ilicitud de la causa, producen la nulidad del contrato. Ello no implica que tal contrato no pueda *sanar* por ningún medio, de modo que para salvarlo no puedan servir la confirmación, la ratificación, el reconocimiento, el cumplimiento voluntario. Cada contrayente puede apelar al vi-

(1) Para una amplia enumeración de los contratos y negocios jurídicos ilícitos, véase Lotmar, *Der immoralische Vertrag, iusbes. nach. geur. Recht.*, Leipzig, 1886; Ferrara, *Teoria del negozio giuridico illecito nel dir. civ. ital.*, Milán, 1902; Zachariae, *Man.*, II, pág. 419, n. 10; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 305, n. n, pág. 308, n. o; Bonfante, en *Riv. dir. comm.*, 1917, II, pág. 231 y en *Scritt. giur.*, III, pág. 104.

cio que afecta al contrato y conseguir liberarse de éste haciendo que el Juez declare su nulidad; el Juez mismo puede, tratándose de causa ilícita, declarar la nulidad de oficio.

Cuando el contrato se hubiera ejecutado y fuera aún posible (en todos los casos en que hubo una atribución patrimonial y que consienten una repetición), puede quien efectuó la prestación repetir contra el accipiente; la acción moderna tiene carácter general, pero reproduce en todo caso, por lo menos en parte, las *condictiones* del Derecho romano, que, como es sabido, admitía la *condictio sine causa*, la *condictio ob falsam causa*, la *condictio ob turpen vel iniustam causam*.

A propósito de la causa ilícita hay que advertir una importante particularidad. En la lucha contra la inmoralidad e ilicitud en general, el orden jurídico utiliza todos los medios a su alcance para castigar los intentos reprobables. Si un contrato fundado en causa ilícita no ha sido todavía ejecutado, una parte no podrá accionar contra la otra para constreñirla a ejecutar el acto ilícito, ni ésta contra aquélla para exigir la compensación que le fué prometida aun cuando hubiere ejecutado el acto a que se obligó. No sólo falta aquí la acción para obtener la ejecución, sino que se otorga una acción para obtener la liberación del vínculo. Cuando el contrato haya sido ejecutado procede, como dijimos ya, la repetición de lo que fué dado: toda prestación realizada a base de una causa torpe o injusta como compensación otorgada al delito o inmoralidad cometidos o futuros, puede ser repetida. Pero cuando se trata de hacer valer la nulidad de la obligación y de negar la acción para obtener la ejecución, no se tiene en cuenta si en dicha ilicitud participó uno u otro de los contrayentes o entrambos, porque se trata de impedir que el negocio jurídico prohibido tenga eficacia; tal distinción se hace cuando se trata de ejercitar la *condictio ob. t. c.* (1); ésta se otorga solamente si la *turpitud* es imputable al accipiente (2)

(1) Los principios sentados a continuación no se hallan escritos en el Código, pero pueden considerarse implícitos en nuestro ordenamiento, el cual los absorbió del Derecho romano, cuyas fuentes cito.

(2) Paulo, fr. 1, D. 12, 5, *Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et si ob reum aut turpem aut honestam: turpem rurem, aut ut dantis*

y se niega cuando es imputable al *solvens* (1) y la razón de la denegación es la indignidad de quien realizó la prestación. La adquisición, aunque fundada en una causa ilícita, subsiste, porque quien obró contra las leyes de la honestidad o contra el orden jurídico, no puede invocar la protección del Juez; juega aquí el principio general, en cuya virtud nadie es admitido a hacer valer una acción o a ejercer un derecho basados en un proceder deshonesto (recuérdense las sentencias *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, *nemo de improbitate sua consequitur actionem*), principio que no podía aplicarse al contrato todavía no ejecutado, ya que hubiera hecho posible el pedir su ejecución y que aplicado al contrato ya ejecutado implica una derogación especial a la norma de la nulidad radical del negocio ilícito. A esta misma solución se llega cuando ambos contrayentes participan en la *turpitud* (2); según la máxima tradicional *in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis* la prestación hecha no es repetible y quien la ha recibido la retiene no obstante serle imputable un propósito ilícito (3).

sit turpitud non accipientis, aut ut accipientis diuntaxat, non etiam dantis aut ubriusque... Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiam si res recuta sit, repeti potest; Ulp., 4, § 2, eod. Quotiens autem solius accipientis turpitud versatur, Celsus ait repeti posse: Veluti si tibi declero ne mihi iniuram facias. Ver además, fr. 3, § 1, 5, pr. § 1, 7, pr. § 1, D. 3, 6; 5, 9, pr. § 1, D. 12, 5; 36, D. 12, 6; 34, D. 16, 3; 5, D. 27, 3; 1, 3, 4, 6, 7, c. 4, 7.

(1) Ver. fr. de Ulpiano, 4, § 3, D. 12, 5, en el que el jurisconsulto se sitúa en un punto de vista muy interesante para juzgar en una sola parte lo torpe del pago hecho a la cortesana. *Sed quod meretrici datur, repeti non potes, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nora ratione, non ea, quod utriusque turpitud versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.* Ver también l. 1, c. Th., 2, 29.

(2) Paulo, fr. 3, D. 12, 5. *Ubi autem et dantis et accipientis turpitud versatur, non posse repeti dicimus: Veluti si pecunia detur, ut male iudicetur, 8 D. cod.: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit possessorem potioem esse et ideo repetitionem cessare; Ulp., 5, § 1, D. 36; *Conditio competit, si sola turpitud accipientis versetur: nam si et dantis, melior causa erit possidentis.* Véase además, fr., 3, § 3, D. 3, 6; 2, § 2, 4, pr. § 1, D. 12, 5; 5, pr., D. 12, 7; 9, D. 44, 4; L. 2, 5, c. 4, 7; 8, c. 12, 5.*

(3) Nuestra jurisprudencia y gran parte de la doctrina acogen casi sin

d) Por regla general todo contrato revela una causa; sin embargo, el contrato es válido aunque ésta no aparezca expresa en el título (art. 1.120). El principio distinto del que rigió en Derecho romano (por el cual, dada la fijeza y limitación de los

discusión el principio romano de *in pari causa* considerándolo ímplicitamente contenido en los principios generales de nuestro Derecho; reposaría éste en el concepto de la tacha de quien realizó la prestación derivada de causa ilícita, que le hace indigno de invocar la asistencia del Juez y de la ley, aunque la misma culpa alcance también al accipiente. Es una pena—se añade—impuesta a quien ha transgredido la moralidad, las buenas costumbres, el orden público; el Estado no puede prestrarle asistencia y el Juez debe denegar la repetición en todo caso, siendo indiferente que el accipiente haya participado o no en el acto ilícito. Sería contrario a los fines éticos a que debe tender siempre el orden jurídico el permitir, concediendo la *condictio*, promover escándalo en los juicios públicos consintiendo que se levante el velo que cubre los hechos torpes ocurridos y quizá olvidados (Lotmar, *ob. cit.*, pág. 60; Ferrara, *ob. cit.*, páginas 289 y siguientes; Kohler, en *Arch. f. bürg. Recht.*, V, páginas 241 y siguientes; Giorgi, *Obblig.*, V, n. 135; Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 215, 336; Aubry y Rau, *Cour.*, VI, § 442 bis, n. 8, etc. Cosa distinta es, si siendo ambos culpables en la ilicitud, el acuerdo inmoral no se ha ejecutado todavía; puesto que aquí se trata de impedir que una atribución patrimonial se verifique a base de una causa torpe o ilícita, es indiferente si uno solo o ambos han violado la ley o la moral, pudiendo invocarse siempre la nulidad del contrato para impedir que surta efectos.

Dicha solución produce perplejidad; se pregunta si satisface a la necesidad de reprimir la ilicitud, el autorizar al *accipiens* a retener la prestación que recibió por causa ilícita cuando se niega al *solvens* la repetición y si para castigar la indignidad de éste no se protege siquiera sea indirectamente la falta de probidad de aquél; si no contrasta con el precepto del art. 1.119 que niega toda eficacia al contrato ilícito, el permitir que el efecto producido mediante la ejecución espontánea, quede en pie e inatacable; si no constituye una cooperación del orden jurídico al mal querido por los particulares, el afirmar que el estado de hecho creado mediante el negocio ilícito deba mantenerse inmutable o si no es ineficaz para la enérgica defensa de la sociedad contra el mal, esta posición negativa que el orden jurídico adopta frente al hecho consumado. Por ello muchos autores (y este es también nuestro parecer), dudan o niegan que el principio de *in pari causa* del Derecho romano sobreviva en el civil italiano y tienden a sustituirlo por el otro que deriva directamente del principio de la nulidad absoluta del contrato ilícito declarada en el artículo 1.119; entendiendo que deban destruirse los efectos ya producidos y

tipos contractuales, eran también determinadas y fijas sus causas, debiendo éstas aparecer en ellos), se explica en el nuevo sistema, en el cual toda convención es contrato y toda causa puede determinar una obligación, a no ser que el derecho la repruebe. La causa puede sobreentenderse y hasta se establece en el Código una presunción en favor de la existencia de la causa en tanto no se pruebe lo contrario (art. 1.121). De lo que resulta una segunda diferencia respecto al Derecho romano: en virtud de esta presunción el acreedor no debe probar la existencia de la causa de su crédito, sino accionar con sólo probar éste. Corresponde al deudor que quiera ser liberado del vínculo, probar la inexistencia o ilicitud de la causa (1).

conceder la repetición, sin perjuicio de recurrir a la confiscación cuando la ley lo autorice. Laurent., *Dr. civ*, XVI, 164; Colmet de Santerre, *Cours.*, V, 449 bis; Baudry-Lacantinerie, *Obblig.*, I, 316, n. 5; Coviello, *Man.*, I, página 405 y en *Giur. it.*, 1897, 1. pág. 569, 1905, 2, pág. 281.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Requisitos esenciales del contrato.*—El Código civil italiano, en su art. 1.104, enumera: capacidad, consentimiento, objeto y causa.

El art. 1.261 del Código civil español habla sólo del consentimiento, objeto y causa: bien que aquél haya de ser capaz enumerándose las incapacidades en el art. 1.263.

Sin esos requisitos el contrato no existe; no hay contrato, es nulo con nulidad absoluta, radical, inmediata

Sobre inexistencia nada más dice nuestro Código, y es natural porque a nada conduciría la reglamentación de una cosa que no existe, nula absolutamente y *ab origine*.

Estos son, en nuestro Derecho como en el italiano, los requisitos esenciales del contrato de tipo abstracto y general, los comunes a todos los contratos, además de los cuales para ciertos contratos especiales son necesarios y esenciales otros requisitos.

El art. 1.106 del Código italiano sobre incapacidades para prestar consentimiento concuerda con el 1.263 del español: «No pueden prestar consentimiento: 1.º los menores no emancipados. (Han desaparecido las distinciones del antiguo Derecho en mayores de siete, catorce y veinticinco años. Por el art. 13 del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón el soltero mayor de catorce y menor de veinte puede por sí celebrar toda clase de contratos, pero con asistencia del padre o de la madre, que conserve sobre él la autoridad, y, en defecto de ellos, con la de su tutor); 2.º, los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir; 3.º, las mujeres casadas en los casos expresados por la ley».

En cuanto a disposiciones especiales de incapacidad deben consultarse los artículos 59, 60, 61 y siguientes, 160 y siguientes, 199 y siguientes, 213, 262, 314, 320, 1.264, 1.457, 1.458, 1.459 de nuestro Código civil y 4.º, 5.º, 6.º, 11, 12 y 13 del de Comercio.

En cuanto a la *autocontratación* o *contratación consigo mismo* no existe

§ 84.—*Efectos del contrato*

Brugi, Ist. § 58; Pacifici, Ist., IV, pág. 189; Chironi, Ist. II, § 293; Zachariae, Man., II, §§ 326-328; Aubry y Rau, Cours, IV, §§ 343, ter. 346-348; Planiol, Traité, II, números 1.164 1.209, 1.270 y siguientes; Windscheid, Pand., II, 1, §§ 316-319.

Nada mejor expresa la virtud vinculadora de la relación contractual que el parangonar ésta con la ley; así como la ley esta-

en nuestro Derecho una prohibición general, como Castán hace notar, pero sí varias prohibiciones especiales: las de los artículos 165, 236, número 2.º, 275, números 3.º y 4.º y 1.459 del Código civil y 266 del de Comercio. El criterio del Tribunal Supremo — añade — parece ser contrario a la admisión de los llamados contratos consigo mismo, por considerarlos faltos de las condiciones que requiere todo contrato. Así la Sentencia de 6 de Marzo de 1909, declara que, «si bien el padre y en su caso la madre, tienen la representación legal de sus hijos menores para la disposición y administración de los bienes de éstos, lo que en ningún caso pueden hacer es contratar con ellos, asumiendo con tal objeto su representación, pues esto implicaría la negación de circunstancia tan esencial cual es la de que en todo contrato concurren dos o más voluntades distintas y autónomas y la de los requisitos todos que informan la existencia de los contratos, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.261 del Código civil». En cambio la Dirección de los Registros en Resolución de 29 de Diciembre de 1922 (relativa a un caso de donación hecha por el padre a unos menores de edad) no excluye en absoluto la posibilidad de la autocontratación, limitándose a proscribirla en aquellos casos que vaya acompañada de contradicción de intereses o peligro de lesión, presente o futura, de los derechos de una de las partes (Castán, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. I, 2.ª edic., páginas 92 y 93. Editorial Reus, Madrid, 1926).

En cuanto al sistema de conclusión o perfección del contrato nuestro Código sigue el del conocimiento.

Consecuente con el principio espiritualista en que se inspira el Código, declara en su art. 1.258 que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. Cuando el contrato se celebra entre presentes, no hay dificultad alguna, como dice el maestro Clemente de Diego, pues las dos voluntades de proponente y aceptante se compenetran en un momento indiviso de tiempo entre la proposición y la aceptación, y si bien no es dudoso que aquélla debe llegar a noticia del aceptante para que se decida a aceptar o no, sí es dudoso y se ha discutido mucho sobre si es necesario que la aceptación llegue a conocimiento del oferente para que resulte formado o perfecto el contrato. El art. 1.262 de nuestro Código civil, decide que la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. Y previendo las dudas que habían de surgir respecto del lugar del contrato, decide que, en ese caso, será el lugar donde se hizo la oferta.

Encuétrase otra aplicación del principio en lo dispuesto en el artículo 613. «La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario». (Clemente de Diego, *Curso elemental de Dere-*

blece preceptos universales y coactivos, aquél sienta preceptos coactivos también, aunque particulares, por las partes que se ligaron. Y no otra cosa significa el art. 1.123 del Código civil al afirmar que «los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes»; no quiere decir que el contrato tenga virtud creadora de normas jurídicas, ya que la eficacia obligatoria del acuerdo presupone la existencia de una ley que la reconozca (1). Ni es otra cosa que una consecuencia lógica necesaria de la coactiva obligatoriedad del vínculo, el principio declarado en dicho artículo, según el cual «no pueden revocarse los

cho civil español, común y foral, t. IV, páginas 263-65. Suárez, Madrid, 1919).

Objeto. - Ha de ser *real* o *posible*. No pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles (art. 1.272). Pueden serlo las cosas futuras (art. 1.271, apar. 1.^o). La herencia futura no puede ser objeto de otro pacto que el de partición que puede hacer el testador con sus herederos (artículos 1.271, apar. 2.^o y 1.056).

Las cosas han de estar en el comercio de los hombres (art. 1.271, apartado 1.^o); los servicios no han de ser contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1.271, apar. 3.^o).

«El objeto del contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes» (art. 1.273).

Causa. - Nuestros tratadistas hacen notar la obscuridad existente en torno a este elemento del contrato. La independencia de este requisito con respecto a otros elementos del contrato, muéstrase de modo borroso y equívoco. En la doctrina general existe sobre él una bibliografía copiosa. Nuestro Código lo mantiene. No da de él un concepto genérico, pero lo aplica a las distintas categorías de contratos. Véase el art. 1.274: «En los contratos *onerosos* se entiende por causa, para cada contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los *remuneratorios*, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de *pura beneficencia*, la mera liberalidad del bienhechor».

La causa ha de existir (art. 1.275). Mientras el deudor no pruebe lo contrario se presume que existe la causa (art. 1.277).

Ha de ser verdadera. «La expresión de una causa falsa en los contratos, dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita» (art. 1.276).

Ha de ser lícita. La causa ilícita que es la opuesta a las leyes o a la moral produce la inexistencia del contrato (art. 1.275). Mientras no se pruebe lo contrario se presume la licitud de la causa (art. 1.277).

(1) Por esto, si el Juez interpreta erróneamente una cláusula contractual, la sentencia no da lugar al recurso de casación, que se admite sólo en los casos de infracción o de falsa interpretación de la ley. Cosa distinta ocurre si en la valoración o interpretación de los hechos hay *desfiguración*; se discute si ésta puede dar lugar a casación.

contratos más que por consentimiento mutuo o por causas previstas en la ley».

La fórmula general «causas previstas en la ley» comprende aquellas que son comunes a todos los contratos o especiales a algunas figuras. El término final, la condición resolutoria, la sobrevenida imposibilidad de la prestación, la revocación por causa de ingratitud o por superveniencia de hijos en la donación (artículos 1.078 y siguientes), la muerte de uno de los contrayentes en ciertos contratos como los de arrendamiento de obra (art. 1.642), la sociedad (art. 1.729), etc., son ejemplos de estas causas que la ley reconoce. Entre ellas reclaman una especial consideración el mutuo disenso, la condición resolutoria tácita, la cláusula *rebus sic stantibus*.

a) *Mutuo disenso* es el acuerdo de los mismos contrayentes para resolver el contrato que les liga. La misma voluntad que pudo crear el vínculo puede también resolverlo *nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo coligatum est*; puede afirmarse con Ulpiano (fr. 35 D. 50, 17), quien se refería a la forma en que se desenvuelve el consentimiento contrario «*ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur*». En otros términos, se trata de un verdadero y propio contrato cuyo contenido es precisamente lo inverso de la constitución del vínculo obligatorio: como tal contrato entra en la categoría de los contratos liberatorios y en la misma definición que del contrato se da en el artículo 1.098. Ahora bien, si la voluntad apta para producir la resolución debe ser semejante a aquella que creó el vínculo, o sea un acuerdo de voluntades, se deduce lógicamente que una sola voluntad no bastaría a producir tal efecto; el *desistimiento unilateral* del contrato en cuanto que colocaría al obligado en la posibilidad de desligarse arbitrariamente del vínculo, no es eficaz para resolverlo sino en casos excepcionales como, por ejemplo, el del mandato que es revocable a voluntad del mandante (artículo 1.758) o la sociedad de duración ilimitada (artículo 1.733).

b) *Condición resolutoria tácita*.—Un derecho de desistimiento se concede por vía general en todos los contratos sinalag-

sinalagmáticos, por efecto de la condición resolutoria tácita (1). El principio básico es una razón de equidad y deriva del derecho consuetudinario francés que a través de las doctrinas de Pothier es consagrado en el art. 1.184 del Código de Napoleón, pasando luego al nuestro (art. 1.165). Este principio es el de que cuando ambos contrayentes estén recíprocamente obligados, pueda cada uno de ellos cuando el otro no cumple su obligación, optar libremente por una de estas dos soluciones: o constreñir a la otra parte a realizar la prestación o pedir la resolución del vínculo. Era usual en Francia, en los países en donde regía el derecho consuetudinario, el que en los contratos sinalagmáticos las partes insertasen una cláusula especial (*pacto comisorio*) con la que se preveía el caso de incumplimiento y se pactaba que la otra parte pudiese más bien que optar por la ejecución, solicitar del Juez la resolución del vínculo, y que tan corriente esta práctica, que en definitiva aun no insertándose tal cláusula, fué sobreentendida en todos los contratos bilaterales.

No ocurrió lo mismo en los países de derecho escrito, que adoptaron los principios romanos, según los cuales para solicitar la resolución por incumplimiento se exigía que se estipulase expresamente el pacto comisorio. No hay identidad ni nexo histórico entre la institución moderna de la condición resolutoria tácita y la disciplina romana de los contratos inóminados, en los cuales, como es sabido, a quien realizaba la propia prestación se concedía una doble acción, la *a praescriptis verbis*, para constreñir a la otra parte a cumplir la prestación que le incumbe o una *condictio* para repetir la prestación realizada; sólo que de la prestación realizada por el primero surgía la obligación para

(1) Gallavresi, *La condizione risolutiva tacita sottintesa nei contratti bilaterali*, 2.^a ed., Milán; Caporali, *La cond. ris. tacita nel Dir. civ.*, Florencia, 1885; *Cond. ris. tac. (Dir. prat. di Dir. priv.)*, y el óptimo tratado de Crome, *Obblig.*, § 16. Véanse también *Della c. d. cond. ris. sottintesa del art. 1.165 in rapporto alla teoria generei contratti (Riv. Dir. civ., IV, 1912, páginas 145 y siguientes)*, el cual ve en la resolubilidad del contrato por incumplimiento de la otra parte una consecuencia de la desaparición de la causa. Fadda, *Ancora sulla risoluzione del contratto per inadempimento (Riv. Dir. comm., 1920, I, páginas 519 y siguientes)*.

el segundo que no preexistía a aquélla, pudiendo extinguirse al retirar la prestación realizada. Tampoco hay relación entre la institución de que hablamos y la *exceptio non adimpleti contractus* que cada contrayente puede oponer al adversario que exija la contraprestación sin haber cumplido u ofrecido la suya; ya que mientras ésta constituye una mera defensa con función dilatoria, la condición resolutoria tácita se hace valer mediante una acción conduciendo a la resolución del vínculo contractual, o sea a su destrucción (1).

Finalmente, no debe confundirse la condición resolutoria *tácita* con la *expresa*: la primera no es una verdadera y propia condición a pesar de que el legislador al hablar de ella a propósito de las obligaciones condicionales, evidencia una intención de considerarla como una de tantas condiciones que pueden insertarse en los contratos. La diferencia más clara consiste en la distinta eficacia que una y otra despliegan: la condición expresa opera *ipso iure*, esto es, resuelve de pleno derecho la relación contractual sin necesidad de declaración alguna del Juez; la tácita confiere una mera facultad de demandar la resolución al Juez, que puede no pronunciarla cuando reconociendo posible y satisfactoria la prestación, estime preferible otorgar una dilación a quien no la cumplió. Así el art. 1.165, dice: «La condición resolutoria es siempre sobreentendida en los contratos bilaterales en el caso en que una de las partes no cumpla su obligación. En tal hipótesis el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a quien no fué hecha la prestación, podrá optar entre exigir el cumplimiento del contrato de la otra parte cuando esto sea posible o su resolución con el resarcimiento de daños en ambos casos. La resolución del contrato debe demandarse

(1) Sobre la *exceptio non adimpleti contractus*, véase André, *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages*, 1890; Petersen, *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages*, 1900; Saleilles, en *Ann. de Dr. comm.*, 1893; Tartufari, en *Riv. Dir. comm.*, 1906, II, páginas 306 y siguientes, y la completa monografía de G. Scaduto, *L'exceptio non adimpleti contractus nel Dir. civ. it.* (en *Annali del Sem. giur. Univ. Palermo*), VIII, 1921, y las obras en ella citadas.

judicialmente y puede concederse al demandado una dilación según las circunstancias».

De que se excluya la eficacia *ipso iure* no se deduce que la resolución no opere retroactivamente en este caso como ocurre en toda otra hipótesis de contrato sujeto a condición resolutoria expresa (artículos I.158, I.170); su eficacia trasciende a los derechos adquiridos por los terceros que se resuelven con el derecho de aquel de quien derivan y también a todos los actos de disposición por éste realizados, salvo las limitaciones que en orden a esta eficacia impone el requisito de la transcripción para los inmuebles (art. I.511) y respetando los actos de administración realizados en la cosa objeto del contrato. La diferencia sustancial a este respecto consiste, en que mientras la condición resolutoria expresa opere como revocación real, la tácita, opere como revocación obligatoria.

Las normas que disciplinan el ejercicio de la acción en resolución son: la no necesidad de una previa constitución en mora de quien no cumple la obligación porque éste debe prever el efecto legal del propio incumplimiento conforme al principio *inadimplenti non est adimplendum* (1); su inaplicabilidad a los contratos que no sean bilaterales (2); su libre ejercicio en sustitución de la acción para exigir el cumplimiento aun cuando ésta se hubiere intentado siempre que no hubiere recaído sentencia, porque sólo ésta (y no la mera demanda judicial) es oclusiva y consume el derecho de elección que otorga la ley entre ambos remedios, lo cual puede decirse también de la acción para exigir el cumplimiento que puede ejercitarse no obstante haberse promovido la resolutoria (3).

(1) Sobre este principio, véase Lessona, *Legittimità della massima inadimplenti non est adimplendum* (Riv. Dir. comm., 1918, I, páginas 383 y siguientes).

(2) Sobre los límites de aplicación de la condición resolutoria tácita y sobre su extensión más allá de los confines de los contratos bilaterales y hasta del Derecho contractual, véase Crome, op cit., pág. 181; Manenti, art. cit., pág. 145.

(3) Sobre este punto, y especialmente sobre la facultad del deudor de prestar tardíamente luego de haber sido demandada la resolución,

c) *Cláusula rebus sic stantibus*.—La doctrina, y más aún la práctica forense de los siglos medioevales, desarrollaron un principio nuevo o casi nuevo en materia contractual, el de que en los contratos a largo término y con sucesivas prestaciones periódicas (*contractus qui habent tractum successivum* como por ejemplo, los suministros que suponen entrega continuada y periódica de mercancías) debía considerarse sobreentendida siempre la cláusula *rebus sic stantibus*; de modo que siempre que se verificase posteriormente una mutación más o menos profunda en el estado de hecho existente o previsto por los contrayentes en el momento del acuerdo pudiese el obligado invocar la resolución del contrato por ser éste excesivamente gravoso para él. Los compiladores del Código francés y del nuestro ignoraron esta cláusula que ni siquiera mencionan y la doctrina la olvidó; modernamente la institución ha sido revisada de nuevo (1). Y el principio en que se apoya enlazado con la doctrina de la causa o con la de la presuposición merece ser tenido en cuenta por considerar el aspecto económico de la relación contractual y por tender a atenuar la férrea aspereza de la obligatoriedad coactiva del vínculo en todos aquellos casos en que las sucesivas modifi-

véase Galizia, *Sulla c. d. cond. ris. tacita in materia civ. e comm.* (*Dir. comm.*, 1911, 2, páginas 852 y siguientes); Abello, *Dell'esecuzione tardiva in relaz. alla tacita ridisolubilità dei contratti* (*Dir. e Giur.*, 1916, I, páginas 207 y siguientes); Pestalozza, *Ritardo e risoluzione del contratto* (*Riv. Dir. comm.*, 1920, II, páginas 320 y siguientes).

(1) Plaff, *Die clausel rebus sic stantibus in der Doctrin und der Osterr. Gesetzgebung* (*Festschrift f. Unger*, 1898); Barsanti, *Risolubilità dei contratti a lungo termine pel successivo mutamento dello stato di fatto* (*Arch. Giur.*, N. S., IV, 1899, páginas 3 y siguientes); Fritze, *Clausola reb. sic st.* (*Arch. f. bürg. Recht*, XVII, 1900, páginas 20 y siguientes); Bindewald, *Rechtsgeschichtliche Darstellung der clausola reb. sic st.*, Leipzig, 1901; Kaufmann, *Die clausola reb. sic st.*, Heitelberg, 1907; Stahl, *Die sog. clausola reb. sic st. in B. G. B.*, Neustadt, 1909; Osti, *La c. d. clausola rebus sic st. nel suo sviluppo storico* (*Riv. Dir. civ.*, IV, 1912, páginas 1 y siguientes), este último muy interesante para conocer el empleo de la cláusula en los antiguos autores italianos. Del mismo modo *Appunti per una teoria della soprawenienza* (*Riv. Dir. civ.*, V, 1913, páginas 471, 647 y siguientes), también Cogliolo, *La clausola rebus sic st. e la teoria dei presupposti* (*Scritti sari*, I, páginas 417 y siguientes).

caciones del estado de hecho hagan el vínculo excesivamente oneroso para el deudor.

Si hay que estimar o no contenido en nuestro Derecho, tal principio es una cuestión muy dudosa, y las dudas crecieron en los últimos tiempos debido a un tímido reconocimiento que del mismo ha comenzado a hacer la jurisprudencia. No son aplicaciones particulares de dicho principio las que señalan como tales en los artículos 1.078, 1.560, 1.816, 1.860 y otros, porque dichos artículos no se refieren en modo alguno a los contratos de tracto sucesivo. Pero el principio puede y debe estimarse implícito en nuestro ordenamiento más que por la tradición (rota por la codificación), por virtud de los supremos principios de la equidad que exigen un cierto equilibrio económico entre la prestación y la contraprestación y que no consienten la ilimitada depauperación de una parte en beneficio de la otra por excesiva sujeción al principio de la obligatoriedad del contrato. La dificultad estriba en la fijación de los límites dentro de los cuales hay ese desequilibrio o desproporción entre las respectivas prestaciones de los contrayentes o en establecer que dicho desequilibrio deriva de circunstancias sobrevenidas o de mutaciones no previsibles; debe evitarse que el ejercicio del derecho a la resolución del vínculo se efectúe de modo abusivo o haga vana la fe que los contrayentes deben poner en la obligatoriedad del contrato. Tales apreciaciones sólo pueden confiarse al iluminado arbitrio del Juez.

Los efectos particulares de los contratos se derivan de la especial naturaleza de cada uno de ellos y del concreto contenido de la voluntad de los contrayentes. Serán unas veces, la constitución de un vínculo entre las partes, la transmisión de la propiedad o de otro derecho real, la disolución de un vínculo preexistente, la modificación de una relación jurídica o varios de éstos a la vez, según que el contrato sea meramente obligatorio, real, liberatorio, etc. Y no sólo se producen los efectos previstos y expresamente queridos, sino también aquellos otros «que según la equidad, el uso o la ley derivan del contrato» (art. 1:124), por lo que estos últimos deben reputarse virtualmente comprendidos en la voluntad contractual, sólo una explícita intención

contraria los eludiría con la condición de que tal intención fuese lícita y no contradijese la función esencial y la naturaleza de aquel determinado contrato. Es en efecto un principio general el de que los contratos deban ejecutarse de buena fe (art. I.124), lo que implica una cierta elasticidad en la apreciación del Juez.

Suele decirse que entre los efectos, deben distinguirse los que se producen entre las partes de aquellos otros que repercuten en los terceros.

Pero tal enunciación no responde exactamente a la verdad, ya que parece dar a entender que con relación a los terceros puedan producirse efectos favorables o desfavorables derivados directamente de un contrato estipulado entre otros. Especialmente con relación al contrato obligatorio esto no es cierto, porque solamente las partes resultan por él vinculadas o adquieren en su virtud un crédito. Y partes son los contrayentes, sus herederos o sucesores a título particular que subentrando en el *universum jus* del difunto o en la especial relación jurídica constituida por el contrato, asumen la misma posición que el autor; sólo una expresa voluntad contraria puede limitar los efectos a la persona del contrayente (art. I.127) cuando esta limitación no derive de la naturaleza misma del contrato que crea un vínculo estrictamente personal (art. cit.), como ocurre, por ejemplo, en el mandato (art. I.757), en la sociedad (art. I.729) o en el arrendamiento de obra (art. I.642).

La convención estipulada por los contrayentes no favorece ni perjudica a los terceros (art. I.130); nadie puede vincular a un tercero extraño a la relación o vincularse a este tercero. Ya se vió en lugar oportuno el valor que debe asignarse a la convención por la que se promete el hecho de un tercero. Solamente constituye una excepción—excepción que origina muchas dificultades dogmáticas—el caso que de un contrato derive un derecho en favor de tercero. Y sobre esto conviene detenerse un poco.

Contratos en favor de terceros (1).—El art. I.128 del Código

(1) Busch, *Doctrin und Praxis über die Gultigkeit von verträgen zu Gunsten Dritter*, Heidelberg, 1860; Bähr, *Die sog. verträge zu G. Dr.*

civil reproduce casi sin modificaciones los artículos 1.119 y 1.120 del Código francés y dispone: «Nadie puede estipular en su propio nombre, si no es para sí mismo». Sin embargo, todos pueden estipular en provecho de tercero cuando esto constituya condición de una estipulación para sí o de una donación hecha a otro. Quien hizo esta estipulación no puede luego revocarla si el tercero declara que quiere aprovecharse de ella.

Ello, como se ve, entraña un principio general—la nulidad de las estipulaciones hechas en nombre propio y en favor de tercero—y restricciones a tal principio. Ahora bien, ¿cuáles son las causas y fundamentos de uno y otras? Puesto que el sistema actual deriva directamente a través de la doctrina de Pothier del Derecho romano, conviene primeramente recordar que este último consideraba nula toda estipulación en que alguno se hubiese hecho prometer de la otra parte una prestación en favor de tercero. El tercero que no tuvo participación en el contrato, no podía fundar en éste una pretensión contra el promitente precisamente por no haber tomado parte en dicho contrato, tampoco el estipulante podía fundamentarla ya que la prestación no le fué prometida a él sino al tercero. El principio dicho dado especialmente para la estipulación (*alteri stipulari nemo potest*) y aplica-

(*dahrbb f. d. Dogm.*, VI, 1862, páginas 131 y siguientes; *Arch. f. die civ. Pr.*, LXVII, páginas 157 y siguientes); Unger, *Die verträge zu G. Dr.* (ib., X, 1869, páginas 1 y siguientes); Gareis, *Die verträge zu G. Dr.*, Würzburg, 1873; Regelsberger, *Ueber die verträge zu G. Dr.* (*Arch. f. civ. Pr.*, LXVII, 1884, páginas 1 y siguientes); Danz, *Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die verträge zu G. Dr.*, Leipzig, 1886; Gömöry, *Der vertrag zu G. Dr.*, Zurich, 1890; Ehrenzweig, *Die sog. zweigliedrigen verträge*, Wien, 1895; Eisele Zu, *Beiträge zur röm. Rechtsgesch.*, 1896, páginas 76 y siguientes; Hellwig, *Die verträge auf Leistung an Dritte*, Leipzig, 1899; Lacroix, *La stipulation pour autrui*, París, 1905; Tartufari, *I contratti a favore di terzi*, Verona, 1889; Pacchioni, *I contratti a favore di terzi sec. il Dir. rom. e civ.*, Innsbruck, 1898; Torino, 1912; *I contratti a favore di terzi e la rappresentanza* (*Riv. Dir. comm.*, 1911, IX, páginas 85 y siguientes); Ricca-Barberis, *Il contratto per altri* (en *Atti. R. Acc.*, Torino, LII, 1902, páginas 223 y siguientes); Giorene, *Negoz. giur. rispetto ai terzi*, 2.^a ed., páginas 92-208. En cuanto a tratados, Windscheid, *Pand.*, II, 1, § 316 a; Ferrini, *Oblig.*, páginas 704 y siguientes; Venzi en *Pacifici Ist.*, IV, páginas 291 y siguientes.

do a todos los contratos (1) tenía como fundamento el concepto (corrientísimo en la sociedad romana) del poder exclusivo de la voluntad individual en orden a la regulación de las relaciones jurídicas de la persona, concepto que por hacer a cada persona árbitro de sus cosas conducía a declarar ineficaces los contratos que una persona no hubiese concluído por sí mismo o mediante personas sujetas a su potestad. Pero el vigor de la prohibición de los contratos en favor de terceros que se mantuvo inalterado en el Derecho clásico, se vino suavizando en el justiniano con la introducción de algunas excepciones; y no sólo se reputó válido el contrato cuando el estipulante tuviese un interés propio en la prestación en favor de tercero o la ejecución de ésta se asegurase mediante cláusula penal, sino que se advirtió también su validez en otros casos particulares como el de la constitución de la dote por el ascendiente con el pacto de restituirle a la hija o a los nacidos de ésta (fr. 45. D. 24. 3; l. 7. c. 5. 14), del depósito o comodato de cosa ajena con pacto de su restitución al propietario (l. 8. c. 3. 42), de la donación con la carga impuesta al donatario de hacer una prestación en favor de tercero (l. 3. c. 8. 54) y algunos otros.

No obstante estas derogaciones, el dogma de la nulidad del contrato en favor de terceros subsistió y pasó al Derecho medioeval y desde éste, mediante una tradición casi ininterrumpida, al Código francés y al nuestro. En estos Códigos la misma fórmula legislativa que expresa, tal prohibición da a entender que no alcanza a los casos en que alguien contrata en favor de otro, pero no *en su propio nombre* sino *en nombre ajeno*. Son éstos los casos en que el estipulante asume la representación del tercero (mandato, preposición, representación legal) o gestiona los negocios

(1) Cfr. § 19, *Inst.*, 3, 19: *Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest: inventae sunt enim huiusmodi. Obligationes ad hoc, ut unusquisque, sibi adquirat quod sua interest: ceterum si alii detur nihil interest stipulatoris*; Gayo III 103: *Praterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulamur cuius iuri subiecti non sumus*; Paulo, fr. 11, D. 44, 7: *Quaecumque gerimuse cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium vumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque enure sendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.*

de éste (*negotiorum gestio*) en que la relación surge directamente entre el tercero representado y promitente mediante un representante. El haber confundido frecuentemente el campo de los contratos en favor de tercero con el de la representación o de la *negotiorum gestio* ha contribuído a intrincar lo doctrina correspondiente.

El dogma es tan categórico como en Derecho romano y la nulidad que establece absoluta. De un contrato estipulado en favor de tercero y en nombre propio no deriva acción alguna al tercero que fué extraño al contrato; tampoco al estipulante porque falta en éste todo interés en que se realice la prestación. De esto precisamente resulta la primera y más general la limitación a la prohibición: ésta cesa siempre que el estipulante, tenga un interés en que la prestación se efectúe y en que se efectúe en favor de tercero. No es suficiente un interés cualquiera puramente ideal o moral; precisa un interés económico y puede bastar a crearlo la adición de una cláusula penal con la que el promitente se obliga a una pena frente al estipulante en el caso de incumplimiento con relación a tercero (prometes arrendar a Ticio un predio tuyo y en caso de incumplimiento a pagarme 100 liras).

Las excepciones que respecto al principio de nulidad establece el párrafo primero del art. 1.128 pueden reducirse a tres tipos, según: 1), que la estipulación en favor de tercero constituya una condición de la estipulación hecha para sí; por ejemplo, me hago prometer de Ticio que venderá el predio a un tercero y que en caso de no venderlo me pagará 100 liras; 2), que la estipulación en favor de tercero sea *modus* de una estipulación hecha para sí: por ejemplo, si yo permuto mi predio por tu casa imponiéndote la carga de que des paso por aquél a un tercero; 3), que sea *modus* de una donación hecha a otros; te hago donación de mis bienes de Túsculo con la carga de tener que distribuir anualmente una cierta cantidad de grano entre los pobres del lugar.

De este modo, a la palabra «condición» empleada en el artículo se atribuye un doble significado de *condicio* en sentido técnico en el primer caso (estipulación hecha para sí) y de *modus* en esta

misma hipótesis y en la siguiente (donación hecha a otros). Pero sobre esta interpretación de la palabra y sobre el valor de excepción de tales casos, surgen vivas discusiones entre civilistas italianos y franceses, creyendo alguno que la palabra condición empleada en el artículo sólo puede tener el significado de *modus* y estimando otros que los casos en él previstos no constituyen verdaderas y propias excepciones a la regla, porque en ellas no falte la participación del tercero en el contrato, ya que se exige que el tercero declare que se quiere aprovechar de él.

Cualquiera que sea la opinión que se sustente, forzoso será admitir que además de estos casos hay otras excepciones al principio de la nulidad; y sin esfuerzo se deben admitir, dada la reserva que con las palabras «salvo en los casos previstos en la ley» hace el art. 1.130 respecto a la norma según la cual el contrato *como res inter alios acta* no aprovecha ni perjudica a tercero. Son principalmente estos casos: *a*), el contrato de transporte (Código civil, artículos 1.629 y siguientes; Código de Comercio, artículos 388 y siguientes), en el cual de la convención celebrada entre el remitente y el porteador deriva un derecho al destinatario; derecho a exigir del porteador la entrega de las cosas expedidas o de disponer de éstas de otro modo cualquiera, y, en general, la facultad de ejercitar todos aquellos derechos que derivan del contrato de transporte con las acciones de indemnización en su caso cuando las cosas arriben al punto de destino o después del día en que debieron haber arribado, siempre que el remitente no haya ejercitado antes estos derechos (1); *b*), el contrato de seguro de vida en favor de tercero (Código de Comercio, artículos 449, 453), en el que, de la convención celebrada entre quien asegura la vida propia o la de un tercero por una suma y la Compañía aseguradora, el tercero adquiere un crédito contra esta última pudiendo al vencer el término percibir la

(1) Manara, *Il destinatario nel contratto di trasporto* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, VI, 1888, páginas 1 y siguientes; *Riv. Dir. civ.*, 1909, páginas 207 y siguientes); Pacchioni, *Il diritto del destinatario nel contratto di trasporto* (*Riv. Dir. comm.*, 1908, VI, 1, páginas 574 y siguientes; 1909, VII, 2, páginas 119 y siguientes); Manenti, *La stipulazione a favore del terzo e il contratto di trasporto* (*Riv. Dir. civ.*, I, 1909, páginas 297 y siguientes).

suma, siempre que el estipulante no hubiere anteriormente revocado el beneficio (I); c), la constitución de renta vitalicia en favor de un tercero (Código civil, art. 1.794), en el que el constituyente entrega el precio y el tercero beneficiario obtiene el derecho sin haber participado en el contrato.

En qué momento y por qué causa adquiere derecho el tercero, es objeto de vivas disputas. El tema es muy interesante por estar relacionado con la teoría toda de los contratos en favor de tercero y con el modo de armonizar los casos vistos con la prohibición de *stipulari alteri*. Un sector doctrinal estima que la causa de la adquisición radica en el contrato mismo estipulado entre los otros, de modo que desde este momento (de estipulación) el tercero es titular del derecho independientemente de su declaración de voluntad, adhesión o aceptación; que si bien la ley habla de aceptación de tercero, no es en el sentido de hacer depender de ésta su adquisición (ya que de este modo implicando la aceptación una participación del tercero en el contrato, éste no sería extraño al tercero, el cual debería ser considerado como un contrayente), sino en el sentido de hacerlo definitivo e irrevocable para el estipulante por efecto de la aceptación. Otra teoría interpreta el precepto del art. 1.128 («quien hizo esta estipulación no podrá revocarla si el tercero declaró su voluntad de aprovecharse de ella») como tendente a establecer un nuevo requisito para la eficacia del *contrahere alteri* y concibe el contrato como una oferta al tercero, exigiendo la aceptación de éste para que pueda adquirir el crédito, negando que con anterioridad a dicha aceptación pueda el tercero considerarse como titular de un derecho cualquiera a no ser de una mera expectativa.

Más conforme a la letra y al espíritu del art. 1.128 nos pare-

(1) Navarrini, *L'assicurazione sullá vita a favore di terzi*, 2.^a ed., Turín, 1912, y en *Riv. Dir. civ.*, 1912, pág. 648; Manenti, *Il contratto di assicurazione sulla vita con designazione di un terzo beneficiario* (*Riv. Dir. civ.*, I, 1909, páginas 589 y siguientes); Pacchioni, *La commorienza del beneficiario e dell'assicurato e i diritti dei rispettivi eredi* (*ib.*, IV, 1912, páginas 187 y siguientes); *Ancora sul contratto di assicurazione di vita a favore dei terzi* (*Foro it.*, 1914, I, páginas 302 y siguientes); *La Lumia Sulla commorienza del beneficiario*, etc. (*Riv. Dir. comm.*, 1914, II, pág. 168).

ce la doctrina que exige para que se verifique la adquisición, la declaración del tercero de querer aprovecharse de la estipulación celebrada en su ventaja. Pero esto no quiere significar que el contrato deja por ello de ser un contrato en favor de tercero; la declaración del tercero vale simplemente como acto de apropiación de la ventaja que los contrayentes quisieron atribuirle y que no podría entrar en su patrimonio sin una determinación de su voluntad (1). No de otro modo parece deba resolverse la otra cuestión relativa a la necesidad de esta declaración o aceptación en los tres casos recordados, a saber: del contrato de transporte, de renta vitalicia y de seguros, si bien las correspondientes normas no la exigen expresamente como hace el art. 1.128 es indudable que la aceptación constituye en los indicados casos un momento esencial para la adquisición en favor de tercero. Es superfluo añadir que precisamente porque no se prescribe forma alguna para tal aceptación ni se ordena que ésta adopte una determinada dirección (hacia el estipulante o hacia el promitente), puede efectuarse con respecto a uno u otro expresa o tácitamente.

La más reciente doctrina civilista tiende a ampliar las aplicaciones concretas del contrato en favor de terceros y a reconocerlo válido, incluso fuera de los límites rigurosos fijados por la ley; se invoca en su apoyo el principio de la autonomía de la voluntad, la cual puede perseguir la atribución de una ventaja al tercero extraño al contrato y se recurre para dar mayor fuerza a esta opinión al hecho de que el Código civil alemán la suscriba (2). Pero esta tendencia especialmente si conduce a restrin-

(1) Se discute sobre la verdadera naturaleza de la declaración del tercero, que algunos consideran como una *condicio iuris* de la perfección de su derecho y otros como la confirmación del contrato celebrado en su favor; Tartufari, *ob. cit.*, pág. 358; Pacchioni, *Il contr. a fav. di terzi*, página 198; Giovene, *Neg. giur.*, pág. 120; Asquini, *Riv. Dir. comm.*, 1919, I, pág. 722. Se discute también si la declaración del tercero está sujeta a condiciones de forma o tiempo; Pacchioni, *Riv. Dir. comm.*, 1919, I, página 481.

(2) El Código civil alemán, construyendo una teoría general del contrato en favor de tercero (§§ 328-335), ha robustecido la energía y la auto-

gir o suprimir la prohibición de la estipulación para otro, es sin duda alguna contraria a la ley vigente que reconoce carácter excepcional a los casos en que se reconoce válido el contrato en favor de tercero; tal opinión podrá valer solamente como aspiración a una regulación más libre y nueva de este fenómeno.

A la disciplina que regula los efectos siguen en el Código algunas normas relativas a la interpretación de los contratos (artículos 1.131-1.139), cuya formulación deriva en gran parte de los textos romanos. Ya dijimos que estas normas obligaban al Juez al contraerlas a las referentes a la interpretación de las leyes. Hay que notar que como quiera que contienen criterios para la interpretación de la voluntad de los particulares su esfera de aplicación es más amplia que la de los contratos, se aplican siempre que haya una declaración de voluntad por interpretar y consiguientemente a todos los negocios jurídicos, limitándose a los contratos solamente cuando exclusivamente para éstos se hubieren dictado (1).

nomía de la voluntad de las partes. Será ésta decisiva si la adquisición del tercero se opera inmediatamente sin necesidad de declaración. Cuando falte un precepto deciden las circunstancias y el fin del contrato la cuestión relativa a si el tercero adquiere el derecho, si lo adquiere inmediatamente o dados ciertos supuestos, si los terceros se han reservado la facultad de revocar o modificar el derecho del tercero sin necesidad del consentimiento de éste. Pero esto ha sido objeto de vivas críticas. El artículo 112 del Código suizo de las obligaciones tiene una orientación semejante.

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—Los efectos generales de los contratos están expuestos en los artículos 1.091, 1.258, 1.257 y 1.259 del Código civil español, cuyo contenido sustancialmente coincide con el de los del Código civil italiano citados en el texto. Los efectos especiales se estudiarán a continuación cuando se exponga el contenido de cada uno de los contratos particulares.

El primero de los efectos del contrato es generar un vínculo de derecho que tiene fuerza de ley entre los contratantes y a cuyo tenor debe cumplirse (art. 1.091). Sin embargo, por regla general, las partes que lo constituyeron, pueden, por mutuo acuerdo, variarlo y apartarse de él. Excepcionalmente resulta invariable el contrato por prohibición de la ley; así en el contrato de matrimonio civil. También excepcionalmente puede alterarse por voluntad de uno solo de los interesados, que puede disolver el vínculo en contratos especiales, como ocurre con los contratos de sociedad y mandato. También puede una de las partes contratantes revocar el contrato en los bilaterales cuando la otra no cumpliere lo

que le incumbe (art. 1.124) y cuando existe lesión en los casos en que la ley lo permite.

El contrato obliga no sólo a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1.258), ya que debe presumirse que los interesados, al querer el contrato, quisieron también todas las consecuencias que, aun no expresadas, se deriven de la naturaleza del contrato y sean conformes a la equidad, a los usos y a la ley.

También en nuestro Código civil es acogido el principio *res inter alios acta*: los contratos—dice el art. 1.257—sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza o por pacto o por disposición de la ley.

En cuanto al principio del Derecho de Roma de que nadie puede estipular en pro de tercero *nemo alteri stipulari potest*, resulta limitado en nuestro Código civil en los términos del párrafo segundo del artículo 1.257: «si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada». El maestro Clemente de Diego (*Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, tomo 4.º, pág. 249. Madrid, Suárez, 1919) hace notar, comentando este artículo, que sólo prevé la hipótesis de que el contrato contenga alguna estipulación en provecho de tercero. «¿Quiere esto decir—añade—que para que valga éste es menester que sea objeto secundario del contrato y como una derivación del interés y ventaja concomitantes, que ha de ofrecer el contrato para el contratante? ¿No valdrá el contrato en pro de otro cuando su objeto sea únicamente el interés de tercero? Recuérdese que el contrato hecho a nombre de otro sin tener su representación es nulo, a no ser que lo ratifique el tercero antes de ser revocado (art. 1.259)». A juicio de este eminente profesor español es más explícita la posición que adopta frente a este problema el Código italiano.