

## **II.4. DERECHO ROMANO**

### **LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO GENERADORA DE CONTRATOS EN EL MARCO DEL DERECHO PRIVADO COMPARADO: EL CONSENTIMIENTO**

Por el Dr. ANTONIO SILVA SÁNCHEZ  
*Profesor de Derecho Romano*  
*Facultad de Derecho*  
*Universidad de Extremadura*

# SUMARIO

## INTRODUCCIÓN

CONCEPCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y SUS LIMITACIONES

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA JURISPRUDENCIA, LA LEY Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PRIVADO COMPARADO

## ESTUDIO COMPARADO DE LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO COMO REQUISITO EN LA CONCLUSIÓN Y PERFECCIÓN CONTRACTUAL

INTRODUCCIÓN

CONCEPTO DE CONTRATO EN EL DERECHO PRIVADO COMPARADO

EL CONSENTIMIENTO EN LA CONCLUSIÓN DEL CONTRATO

**Especial referencia al silencio**

**El consentimiento *inter praesentes***

**El momento de la conclusión del contrato no estando presentes las partes**

CONCLUSIONES

*«Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres utilizan en parte su propio Derecho y en parte el que es común a todos los hombres...» (Gayo, Institutiones, 1.1).*

## INTRODUCCIÓN

El principio de la autonomía de la voluntad en cuanto derecho voluntario, rige de manera dominante en la creación, modificación y extinción de los contratos<sup>1</sup>.

Es una consecuencia del concepto mismo de persona consistente en un poder, en cuanto conjunto de derechos y facultades, que el ordenamiento jurídico concede al individuo para que satisfaga sus intereses. A través del negocio jurídico se plasma una autorregulación de intereses privados dentro del ordenamiento jurídico.

### CONCEPCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y SUS LIMITACIONES

El Código civil reconoce dicha autonomía en su art. 1255 junto a sus limitaciones: *«Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público»*. Ahora bien, ¿qué se entiende por límite legal o contra el orden público o contra la moral?. A través de la primera de ellas se pone limitación a la constitución, modificación y extinción de determinados negocios. Con respecto a la moral, el propio Código, a veces utiliza el término buenas costumbres para referirse al mismo concepto. En este sentido, el art. 1271 párrafo 3.º dice: *«Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres»*; y el art. 1328 aunque refiriéndose al derecho matrimonial y, concretamente, como forma de evitar el posible abuso de un cónyuge sobre otro, dispone: *«Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos...»*.

El Tribunal Supremo entiende por orden público aquellos *«principios jurídicos públicos y privados, políticos, morales y económicos que sean absolutamente obligatorios*

---

<sup>1</sup> Si bien no exclusivamente, pues también despliega su influencia el derecho necesario limitando la potencialidad creadora de la voluntad privada (Castán Tobeñas). Así, al antiguo dogma de la autonomía de la voluntad contractual se va a oponer un freno que se concreta en la creciente regulación por el Estado en esta materia, en tanto establecerá las normas generales de la contratación que comprenden desde la materia lícita y la forma de los contratos hasta las normas relativas a la capacidad legal de las partes intervinientes.

para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada<sup>2</sup>». El art. 1258, en relación con el uso y la buena fe, declara: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sena conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

En el Código civil encontramos también normas que limitan la libertad de contratar. En este sentido (además del art. 1275) el art. 1116 dice: «Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas se desprenda. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta<sup>3</sup>».

#### LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA JURISPRUDENCIA, LA LEY Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1946, se reconoce la importancia del principio de la autonomía de la voluntad si bien se señala que éste debe estar en todo caso sometido a unas limitaciones: «El principio de la autonomía de la voluntad preside la contratación en nuestro Código civil, pero no de modo absoluto, puesto que, no obstante su sentido, marcadamente individualista, restringe la libertad de pacto mediante normas imperativas o prohibitivas que cercenan o anulan la contratación...». Estas limitaciones a que se refiere la sentencia son como consecuencia de elementos éticos y morales que hacen que la propia sociedad varíe debiendo el Derecho adaptarse a esos cambios aun a costa de limitar la autonomía contractual de las partes (limitaciones también establecidas en el Código civil, arts. 1255 y 1116: «Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la Ley anularán las obligaciones que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta».

En las leyes se contienen, igualmente, disposiciones que limitan el principio incluso ya desde comienzos del pasado siglo XX<sup>4</sup>.

Por su parte, en la Constitución española de 1978, el art. 33.1 reconoce el «derecho a la propiedad privada y a la herencia», si bien con las limitaciones que el segundo párrafo establece: «La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes», con la excepción del párrafo tercero del mismo art.: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad

<sup>2</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979.

<sup>3</sup> Junto a ellos, el Código ofrece otro tipo de limitaciones más específicas como las contenidas en el art. 1459 referente a la prohibición de adquirir a través de la compra por determinadas personas y 1328 que se refiere a la nulidad de los pactos contrarios a las leyes o las buenas costumbres ya referido. También en este sentido, el art. 1884 dispone: «El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido (...). Todo pacto en contrario será nulo (...)

<sup>4</sup> Es lo que sucede con la ley de la usura de 1908 y la de contratos de trabajo de 1944, la ley hipotecaria (texto refundido de 1946) y el reglamento hipotecario (de 1947, cuya última reforma de alcance data de 1983) y leyes más recientes que limitan los excesos del individualismo contractual (de entre las que cabe citar el Estatuto de los trabajadores de 10 de marzo de 1980, la ley de arrendamientos rústicos de 31 de diciembre de 1980 y la ley de contrato de seguros de 8 de octubre de 1980, entre otras.

*pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».*

#### LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PRIVADO COMPARADO

En Alemania, el B.G.B. dedica un título del libro primero a la declaración de la voluntad. A la protección de la libertad de la voluntad está dirigido el parágrafo 138: «*Un negocio jurídico que esté en contra de las buenas costumbres es nulo*» y el punto 2.º sanciona con la nulidad el negocio por el que, una persona, aprovechándose de la necesidad, inconsciencia o inexperiencia ajena, se hace prometer o procura para sí o para otros ventajas patrimoniales que exceden en notable medida el valor de la prestación ofrecida<sup>5</sup>.

En Italia, los redactores del Código de 1942 optaron por dar mayor relevancia al contrato destinando lo concerniente a los actos unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial, como complementarios al sistema contractual (art. 1324)<sup>6</sup>. Para Betti, se elabora con el Código de 1942 un nuevo concepto de negocio jurídico que sitúa en un segundo plano la voluntad y otorga valor preeminente al comportamiento. De esta forma, el negocio jurídico queda como algo más de hábito lingüístico que convicción conceptual pues es como se refleja en el Código cuando ya no se hace referencia al mismo o se subsume dentro del apartado dedicado a los contratos<sup>7</sup>.

En los países escandinavos, en general, se produce la publicación de Leyes sobre contratos (Ley sobre los contratos y otros negocios jurídicos patrimoniales) a lo largo del siglo XX, cuyo cometido es el de completar y actualizar las codificaciones civiles<sup>8</sup>. Según la visión doctrinal típica de estos países se entiende, de acuerdo con Lofte, que el supuesto de hecho contractual no está constituido por el acuerdo de las partes para crear efectos jurídicos, sino por la propuesta y la aceptación, vista cada una como negocio unilateral<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> El favor hacia la conclusión del negocio hace que sólo se decrete la nulidad por falta de forma (parágrafo 125) cuando esté prescrita por la ley o la voluntad de las partes. Sin embargo, se acoge al principio de la conservación del negocio tanto por lo que se refiere a la nulidad parcial (parágrafo 139) como a la conversión del negocio nulo (parágrafo 140). Por último, la exigencia de la libre circulación de los bienes son satisfechas por el parágrafo 137 que atribuye una eficacia meramente obligatoria al pacto de no enajenar.

<sup>6</sup> Es como se considera en el Derecho italiano, donde el contrato es un instrumento para el intercambio de bienes y servicios en el que se basa la producción y expresión de la iniciativa privada de donde parte y se desarrolla la vida económica.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, cuando se dice negocio fiduciario en realidad se quiere decir o se debe decir contrato fiduciario.

<sup>8</sup> En este sentido, además de la Ley Contractual noruega de 1918, cabe destacar en Suecia y Dinamarca la Ley Nórdica de Compraventa de 1905 y la Ley de Contratos de 1915 en el primero de ellos y la Ley Nórdica de Compraventa de 1907 y Ley de Contratos de 1915, en el segundo. También debe citarse, en Islandia, la Ley de Contratos de 1936 y en Finlandia la Ley de Contratos de 1926.

<sup>9</sup> De ahí resulta una fuerte protección respecto a la contraparte de buena fe a despecho de quien haya exteriorizado una declaración errónea. La propuesta contractual es vinculante e irrevocable desde el mismo instante en que el destinatario tenga conocimiento de la misma confiando en la validez de la misma (irrevocabilidad e imprescriptibilidad) hasta el mismo momento de su respuesta.

El desarrollo de las nuevas doctrinas en el ámbito del derecho privado llevó a los redactores del Código civil austríaco de 1811 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, A.B.G.B.) a introducir un nuevo lenguaje desde el momento de la inclusión del término *Rechtsgeschäft*. Tras diversas reformas, se le dotó de una nueva organización –en sintonía con el modelo alemán– incluyéndose una parte cuyo objetivo era el de hacer comprender las normas referentes a la creación, modificación o extinción de derechos, en tanto normas comunes a todo el sistema<sup>10</sup>.

En Holanda, la codificación se divide en dos períodos que es preciso diferenciar: el Código civil de 1838 que sigue los postulados de Napoleón y no considera el contrato como especie del género *negocio jurídico* y la reciente entrada en vigor en 1992 del libro tercero del nuevo Código civil que retoma la doctrina alemana del negocio jurídico tal y como se recoge en el título segundo del Código holandés (arts. 32 a 59)<sup>11</sup>.

El Código civil griego de 1940 dedica su libro primero –siguiendo el modelo alemán– a los principios generales<sup>12</sup>.

En el Código civil portugués de 1966 no existe un concepto de negocio jurídico si bien, establece en su art. 217 que la declaración de la voluntad puede ser expresa o tácita por lo que, en este caso, sigue al modelo establecido en el B.G.B.

En los países del Este de Europa, el influjo alemán es muy patente. En ese sentido, se adopta el modelo sistematizador plagado de definiciones que los juristas de la segunda mitad del siglo XIX elaboraron sobre la base del *Corpus Iuris Civilis*. En Hungría, Bulgaria, Rumanía y Yugoslavia, la idea de negocio jurídico es una idea exclusivamente doctrinal.

La legislación socialista consagra el principio del cumplimiento real de las obligaciones, lo que significa que la compensación en dinero de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación es inadmisibles y las relaciones entre el acreedor y el deudor son diferentes a las de los sistemas occidentales y del *common law* hallándose, todo el ordenamiento jurídico, sometido a los dictados legales<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Este modelo es el que, con posterioridad, se recibirá tanto en Liechtenstein como en Yugoslavia.

<sup>11</sup> Precisamente en el art. 59 se concibe el negocio jurídico en cuanto implica una voluntad dirigida a producir un efecto jurídico expresado a través de una declaración.

<sup>12</sup> Dentro de este apartado, donde partiendo de la persona física y jurídica y la capacidad jurídica donde se tratan la validez formal y sustancial de los actos jurídicos, el término y la condición así como la representación, la prescripción y el poder. En este mismo libro, en su capítulo quinto, se ocupa de los actos jurídicos y adopta el concepto de declaración de la voluntad como categoría normativa que unifica los diferentes actos típicos existentes y autorizaciones por el ordenamiento jurídico.

<sup>13</sup> En Bulgaria, la Ley sobre obligaciones y contratos dispone en el art. 44 que: «*las reglas sobre contratos se aplican igualmente a las declaraciones unilaterales de voluntad, en los casos en que la ley admita que los derechos y las obligaciones nazcan, se modifiquen o se extingan por defecto de aquéllas*».

El nuevo Código civil ruso de 1995 (reproduciendo lo dispuesto en el antiguo Código de 1964) prevé en su capítulo tercero una categoría de negocios jurídicos que adopta también los postulados de la pandectística alemana<sup>14</sup>.

En Polonia, las normas concernientes con el negocio jurídico se encuentran en las Disposiciones generales de Derecho civil de 1950 que, a su vez, evocan el plantemiento de los preceptos del Código de las obligaciones de 1933. El Código civil de 1964 –en vigor desde 1965 y objeto de sucesivas reformas como las de 1997 y 1998– presenta también una parte general en cuya cuarta parte (arts. 56 a 65 y 353 y ss.) se aplican a todo tipo de declaración de la voluntad configurándose así una declaración desligada de su sustrato habitual representado por el contrato.

En las repúblicas Checa y Eslovaca, el Código civil común de 1964 tras sus diversas reformas tras el advenimiento del sistema capitalista, dedica su capítulo cuarto al negocio jurídico. El art. 34 establece su alcance y requisitos: «a) la manifestación de la voluntad que b) deberá estar dirigida a la creación, modificación o extinción de un derecho o una obligación, c) que debe estar autorizada por el ordenamiento jurídico y d) que el ordenamiento atribuye al negocio así formado los efectos deseados por el declarante»<sup>15</sup>.

El Código civil japonés de 1898 sigue muy de cerca de a la doctrina alemana de acuerdo con el proyecto de B.G.B. de 1888 acogiendo la categoría de la *Willenserklärung* y la unidad bajo la consideración de contrato de los actos unilaterales, *inter vivos*, *mortis causa* y pecuniarios o no pecuniarios<sup>16</sup>. En el título cuarto del primer libro, se regula el negocio jurídico (arts. 90 a 137). A su vez, pueden distinguirse dos partes: a) la que contiene disposiciones de carácter general y b) la que regula específicamente la declaración de la voluntad, su invalidez y su ineficacia (Capítulo II, arts. 93 a 98).

En la República Popular China, el derecho contractual se ha desarrollado mucho desde la promulgación de la Ley sobre los contratos comerciales en 1981. En 1987 entró en vigor una nueva Ley sobre los principios generales de Derecho civil que regula las relaciones contractuales entre los particulares<sup>17</sup>. En el art. 54

---

<sup>14</sup> El art. 153 define como negocio jurídico «aquellos actos de los ciudadanos o de las organizaciones dirigidos al nacimiento, modificación o extinción de derechos u obligaciones civiles».

<sup>15</sup> En relación con los vicios de la voluntad, el art. 37 dispone que: «el negocio, bajo pena de nulidad, debe concluirse de modo libre, serio, preciso y comprensible».

<sup>16</sup> El Código se divide en cinco libros de los que el primero, que contiene la parte general, presenta muchas similitudes con el B.G.B.

<sup>17</sup> Su promulgación se debe al incremento de la privatización de la propiedad y del mercado y las relaciones comerciales y contractuales a que se somete la propiedad privada intentándose, así, dar respuesta a las nuevas exigencias. Muchos países socialistas y exsocialistas establecen una distinción entre el derecho civil y el llamado derecho económico. El primero regula las áreas en que no se produce injerencia alguna del Estado como, por ejemplo, los acuerdos de los particulares y la sucesión en la propiedad particular. En el derecho económico rigen las disposiciones del Estado en cuanto regula las relaciones entre éste y los particulares y entre las empresas estatales (lo cual es lógico teniendo presente la estructura económica de esos países así como la planificación de la economía).

de la ley de 1987 (capítulo cuarto, sección primera) se define el negocio jurídico como el acto lícito de ciudadanos o de personas jurídicas, encaminado a crear, modificar o extinguir derechos civiles.

El Código civil brasileño (Código civil dos Estados Unidos do Brasil) promulgado en 1916 se divide en dos partes de las que la primera de ellas se refiere a la parte general (personas –libro primero–, bienes –libro segundo– y hechos jurídicos –libro tercero–). El art. 81 –libro tercero– ofrece la clásica definición de negocio jurídico en cuanto lo considera como una derivación de las doctrinas germánicas tantas veces ya expuesta.

En Chile y Argentina, el negocio jurídico ha sido elevado también a categoría normativa (véanse, los arts. 1437 a 1469 del Código civil chileno y arts. 944 a 978 y 1137 a 1166 del Código civil argentino). El Código civil argentino, en su art. 944 del Código civil de 1871 –modificado en 1968–, dispone que: «*Son actos jurídicos los actos voluntarios y lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos*».

Perú y Paraguay acogen este mismo modelo. El Código civil peruano de 1984 dedica noventa y dos artículos (arts. 140 a 232) a la cuestión<sup>18</sup>. En Paraguay, su Código en vigor desde 1986, dedica parte del libro segundo (arts. 296 a 371) al negocio jurídico en donde se recogen tanto las disposiciones generales del negocio como su definición (art. 296).

En Cuba, el Código civil de 1987, sustituye al español<sup>19</sup> de 1889. Supone un ejemplo de ruptura de la tradición mayoritaria de la legislación civil hispanoamericana (argentina, chilena, brasileña, peruana y paraguaya, etc.) que sigue el modelo alemán casi al pie de la letra en todo lo relativo a la declaración de voluntad con algunas salvedades<sup>20</sup>.

Resulta ineludible –en relación con la declaración de la voluntad– la cita del art. 49 como magnífica y original expresión del contenido de acto jurídico (y otros como los 22 y 23 –libro I título I–, 45 y 47 –libro I, títulos III y IV– relativos a la relación jurídica). Ejemplos vinculados, sin duda, con el concepto de relación contractual en tanto se desprende de lo contenido en el mismo Código en los arts. 309 («*Mediante el contrato se constituye una relación jurídica o se modifica o extingue la existente*») y 310 («*El contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad*»).

<sup>18</sup> El art. 140 formula una definición clásica y enumera los requisitos de validez del negocio jurídico (capacidad de obrar, objeto posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita).

<sup>19</sup> En palabras de Blas Roca, «*era necesario y urgente sustituir el viejo Código civil español por uno nuevo que se ajuste a las condiciones de plena soberanía nacional e independencia, además de que responda a los requerimientos de una sociedad que está construyendo el socialismo...El viejo Código, prácticamente inaplicable, respondía a las viejas conveniencias de los explotadores...El nuevo Código viene a responder a las aspiraciones de los obreros, los campesinos y demás capas sociales laboriosas...*».

<sup>20</sup> Con este planteamiento inicial, las modificaciones más importantes tienen que ver con el matrimonio, fundamentalmente el *matrimonio no formalizado*; la atribución originaria de la propiedad de los bienes y la presunción de la propiedad y la determinación exhaustiva de los componentes del daño resarcible.



En Ecuador, en su art. 1480 (en conexión con los arts. 1488 a 1500) del Código civil se dispone que: «Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia».

## ESTUDIO COMPARADO DE LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO COMO REQUISITO EN LA CONCLUSIÓN Y PERFECCIÓN CONTRACTUAL

### INTRODUCCIÓN

De las fuentes admitidas en el derecho romano clásico como generadoras de obligaciones, las más antiguas son los delitos y los contratos. De unos surgen obligación de reparar el daño causado injustificadamente y del otro las correspondientes a un compromiso de una parte y otra que lo acepta<sup>21</sup>. En todo contrato hay una convención, en tanto dos o más personas se ponen de acuerdo respecto a un objeto determinado con la intención de que se produzca un efecto jurídico: creando, modificando o extinguiendo un derecho<sup>22</sup>.

En torno a la concepción moderna de contrato encontramos diferentes interpretaciones que podemos dividir entre clásicas y más recientes: a) aquella que incluye como contrato todo aquel acuerdo destinado bien a crear relaciones obligatorias bien a extinguir las existentes bien a constituir relaciones de derecho real o de familia<sup>23</sup>, b) concepciones clásicas más estrictas, que entienden que contrato sería todo aquel acuerdo dirigido a constituir una relación de contenido patrimonial (Sánchez Román, Planiol, Giorgi, etc.)<sup>24</sup>, c) concepción intermedia en que se recoge la noción de contrato como instrumento de transmisión de derechos reales a los que se añaden acuerdos destinados a crear una relación obligatoria o, en su caso, a modificarla o extinguirla (De Buen)<sup>25</sup>, d) más modernos son los plantea-

<sup>21</sup> D. 2.14.1.2. También se podía estar obligado por otros medios (I. 3.12.2, *ex variis causarum figuris*; D.44.7.1*pr*).

<sup>22</sup> Desde finales de la República, se distingue entre: a) contratos *verbis*, que se forman con el pronunciamiento de determinadas palabras solemnes, b) *litteris*, que exigen ponerse por escrito, c) contratos *re*, que exigen la entrega de una cosa, d) contratos *solo consensu*, en que el simple consentimiento de las partes es bastante para celebrar el contrato perfectamente. Junto a ellos, se destaca otra categoría denominada como contratos innominados (D. 2.15.1.50 y D. 43.26.1 *pr. permutatio, aestimatum, precarium y transactio*).

<sup>23</sup> Concepto de contrato recogido en el Códice de 1865 y en el B.G.B. (párrafo 305: «Para la creación de una obligación mediante un negocio jurídico, y para la modificación del contenido de una obligación, es necesario un contrato entre las partes, a menos que la ley lo establezca de otro modo»)

<sup>24</sup> Esta es la concepción que se recoge en el propio Code (art. 1101: «El contrato es un acuerdo por el que uno o más personas se obligan a dar, a hacer o no hacer una cosa»). El segundo sería el acuerdo que recae sobre un objeto de relevancia jurídica (Castán Tobeñas).

<sup>25</sup> Línea en que se sitúa actualmente el Códice civile italiano (art. 1321: «Es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial»).

mientos (Jellinek, Duguit, etc.) que restringen el concepto de contrato hasta dejarlo en una simple satisfacción de intereses contrapuestos y no congruentes entre sí (Puig Peña, Fernández de Velasco...), en contra de concepciones que lo entienden como satisfacción de intereses distintos (Gimeno Linares), e) hoy, la orientación general considera al contrato como un negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral (Lacruz Berdejo, Albaladejo, Díez Picazo, etcétera).

El Código civil español resulta peculiar en comparación con los vistos porque en él no se encuentra una verdadera definición de contrato si bien cabría desprenderse de su art. 1254 un concepto –estricto– del mismo<sup>26</sup>. De esta forma, el contrato puede crear, modificar o extinguir relaciones obligacionales, constituir un derecho real a través de la *datio* o condición específica (*hypotheca*), producir una transmisión patrimonial (*donatio*) o vincular a los intervinientes en la celebración de un futuro contrato (*pactum in contrahendo*).

#### CONCEPTO DE CONTRATO EN EL DERECHO PRIVADO COMPARADO

El concepto de contrato no tiene en todas partes la misma extensión. En los países del *common law* es más restringido que en los del *civil law* donde se diferencia –según introdujo el Code de Napoleón, arts. 1102 y 1103– entre contratos bilaterales y unilaterales. En cambio, en el *common law* el término *contract* sólo designa aquellos que en el *civil law* son definidos como contratos bilaterales o de prestaciones recíprocas siendo esencial al concepto de contrato la *consideration* esto es, el intercambio de prestaciones entre los contratantes.

Para Cheshire y Fifoot, en el *common law*, un acto que no implica intercambio se sitúa fuera de lo que se entiende por contrato y se le denomina como *deed* o *act under seal* unilateral, como acto formal que hace vincular un compromiso carente de *consideration*<sup>27</sup>.

En el *civil law* la extensión del concepto es también desigual. Cabe destacar la definición que de contrato recoge la doctrina alemana (el B.G.B. no lo define). Para Larenz, sería «el acuerdo de, al menos, dos sujetos de derecho que tiene por objeto la creación de un derecho entre las partes». Para Maynz «los contratos son aquellas manifestaciones de voluntad y que tienen por objeto crear o extinguir obligaciones».

Lo que se diferencia de la recogida en el derecho italiano, concretamente en el Códice (art. 1321) para el que el contrato es «el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial»<sup>28</sup>. Parecidas

<sup>26</sup> Tal y como plantea De Buen: «los términos del art. 1254 revelan que en el pensamiento del Código, el ámbito de la contratación es el de los derechos de crédito y los derechos reales puesto que, según dicho artículo, en todo contrato la obligación consiste en dar alguna cosa (creando un derecho real) o prestando algún servicio».

<sup>27</sup> Sus requisitos formales consisten en un escrito con la firma del disponente, la presencia de un testigo y la entrega del documento al beneficiario (regulado hoy en Inglaterra a través de la Law Property Act de 1989, sección 1.<sup>a</sup>). Ejemplos de *deed* son: la donación –*deed of gift*–, la constitución de derechos reales –*deed of grant*–.

<sup>28</sup> Se exige la patrimonialidad de la relación que se constituye o regula o extingue, tal y como ya suponía el propio Code napoleónico.

definiciones son las procedentes de los países socialistas y ex-socialistas<sup>29</sup>. Todas ellas contienen entre sí un elemento común como es el del *consentimiento* o acuerdo de las partes pudiéndose decir, en general y siguiendo a Mc Gregor, que un «*contrato es un acuerdo entre dos o más personas al que el derecho reconoce la posibilidad de crear, modificar o extinguir derechos y deberes jurídicos*».

El principio consensualista regula los contratos traslativos en el *common law* si bien encuentra diferencias en los países del *civil law*: a) sistemas de derecho romano-germánico que acogen el principio de la *traditio* y b) sistemas de derecho francés (recibido en Italia pero no en España). El principio de la irrelevancia de la causa acompaña a la *traditio* en Alemania pero no en Austria, mostrando divergencias también en el propio modelo romano-germánico. En Dinamarca se acoge el principio consensualista y no se enumera la causa como requisito del contrato. Alemania rechaza los contratos reales a diferencia de los países de tradición romano-francés y Austria.

Incluso en el momento de la perfección del contrato, Francia sigue el modelo del *common law* a diferencia del resto de ordenamientos jurídicos enmarcados en el *civil law* que, de esta forma, pueden dividirse en tres grupos: a) los que sitúan tal momento en el instante de la *recepción*, b) lo fijan en el momento del *consentimiento* y c) para surtir efectos el momento clave es el de la *expedición*<sup>30</sup>.

#### EL CONSENTIMIENTO EN LA CONCLUSIÓN DEL CONTRATO

El consentimiento de las partes –denominado *agreement* en el *common law*– siempre es uno de los requisitos del contrato y surge como fruto de una serie de actos que constituyen los llamados preliminares del contrato: negociaciones, tratos, etc. El consentimiento puede estar previsto de forma expresa<sup>31</sup>. En este sentido, el Código civil cubano dispone el art. 309: «*Mediante el contrato se constituye una relación jurídica o se modifica o extingue la existente*»<sup>32</sup>. Por tanto, el consentimiento de las partes no significa que siempre sea suficiente para la conclusión de un contrato. Es más, en los contratos reales, basta para su perfección la entrega de la cosa objeto del mismo, como recoge el Códice. Categoría esta de los contratos

<sup>29</sup> Como por ejemplo la recogida por el Código civil ruso de 1995 y la Ley yugoslava sobre obligaciones de 1979.

<sup>30</sup> Este último es el que recoge el modelo del *common law* y el derecho francés.

<sup>31</sup> Como en el Code francés (art. 1108), Códice italiano (art. 1325.1), Código civil español (arts. 1258 y 1261), Código de obligaciones suizo (art. 1), Código ruso (art. 34), y Ley yugoslava sobre obligaciones (art. 26).

<sup>32</sup> Otros artículos en este mismo sentido serían: art. 310 («*El contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad*»), art. 312 («*En los contratos las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario*»). Lo que puede verse matizado por la intervención del Estado en donde se relaga a un segundo plano la voluntad de las partes como se desprende de los arts. 336 («*El precio de la compraventa es el que se establece en las regulaciones oficiales y, solamente cuando éstas no existen, es el que las partes acuerdan*») y 429 («*Por el contrato de transporte de pasajeros, el porteador se obliga a trasladar al pasajero al punto de destino y éste a pagar el servicio de conformidad con las tarifas vigentes*»).

reales que ya se conocía en el Derecho romano –hablándose de *re contrahuntur*– constituido por el depósito, que se halla recogido de igual forma no sólo en países del *civil law* como España, Portugal, Austria, Francia, Holanda e Italia<sup>33</sup>.

El derecho francés y belga, junto al depósito, añaden como reales el contrato de comodato y el mutuo, a los que la doctrina suele añadir el contrato de mercancías, entre otros. El Derecho civil italiano cita como contratos reales el comodato (art. 1803), el depósito (arts. 1766 y 1783) la prenda (art. 2786), y el contrato estimatorio (art. 1556). En Austria, se recogen algunos de los establecidos en el Código, como el contrato estimatorio (parágrafo 975 A.B.G.B.) y el mutuo (parágrafo 983 A.B.G.B.).

En el derecho alemán y suizo, sin embargo, según lo dispuesto en sus compilaciones civiles estos contratos son consensuales. Así, en relación con el depósito el Código de obligaciones suizo en su art. 472 dispone: «*un contrato por el que el depositario se obliga respecto del depositante a recibir una cosa mueble que éste el confía, y a custodiarla en lugar seguro*», de donde parece desprenderse que se subordina el hecho de la entrega del objeto a la prestación previa del consentimiento<sup>34</sup>.

¿Cuándo es posible hablar de acuerdo de las partes? En España, art. 1258 del Código civil dice: «*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento*», en Austria, el A.B.G.B. (parágrafo 869) habla de auténtico *consentimiento* –*wahle Einwilligung*– entendido como tal el libre, serio, determinado y comprensible. El Código suizo (art. 1.º del Código de las obligaciones) se refiere al acuerdo manifestado concordando las voluntades recíprocas bien de forma tácita bien expresa. En términos muy parecidos se expresa el Código civil de Quebec de 1994 (arts. 1386 y 1398). También en el *common law* se concluye el contrato a través del acuerdo –*agreement*–.

El Código civil mexicano de 1870, en su art. 1792 dice: «*Convenio es el acuerdo –art. 1794.1– de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones*»; puesto en relación con el 1793: «*Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos*». El Código civil paraguayo (art. 674 en conexión con los arts. 675 y 676) dice: «*El consentimiento debe manifestarse por la oferta y aceptación... para que exista consentimiento... deberá ser inmediatamente aceptada*». En el Derecho civil suizo, el consentimiento puede prestarse bien de forma expresa bien de forma tácita<sup>35</sup>.

¿Cuándo puede decir que se presta tácita o expresamente el consentimiento? Bianca entiende que el consentimiento es tácito cuando las partes manifiestan

<sup>33</sup> Y otros como Rusia, Repúblicas Checa y Eslovaca, los países nórdicos a excepción de Dinamarca, los países bálticos, Bielorrusia, Polonia, Rumanía, Abania, Bulgaria, Moldavia y Ucrania.

<sup>34</sup> Junto a ellos podemos citar países como Dinamarca, Hungría, Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina y Macedonia.

<sup>35</sup> En esa misma línea encontramos al A.B.G.B. (parágrafo 863), y otros códigos como el argentino (art. 60 del Código civil), egipcio (art. 90), filipino (art. 1320) y yugoslavo (art. 28 de la ley sobre obligaciones).

su voluntad mediante comportamientos concluyentes que no constituyen signos del lenguaje y de los que, según las circunstancias, se deduce un propósito negociado implícito. Lo que se recoge en el párrafo 151 del B.G.B. («*El contrato se perfecciona con la aceptación de la oferta, sin necesidad de que al oferente se le notifique la aceptación, si dicha notificación no se espera de acuerdo al uso del tráfico, o si el oferente ha renunciado a ella. El momento en el que expira la oferta es determinado de acuerdo a la voluntad del oferente, a la luz de la oferta o de las circunstancias*») y del propio art. 1327 del Código. El consentimiento es expreso cuando se manifiesta a través de palabras o signos del lenguaje distintos a las palabras pero que también son un instrumento comunicativo siempre que lo sea aceptado socialmente, como, por ejemplo, alzar el brazo en una sala de subastas<sup>36</sup>.

### Especial referencia al silencio

En general no se considera el silencio (*silence, silenzio, Schweigen*) como aceptación de la oferta<sup>37</sup>. Sin embargo hay excepciones que, básicamente encontramos en los países del *civil law*. Este es el caso de la legislación italiana (art. 1333 del Código) donde se dice que «*la oferta dirigida a concluir un contrato del cual sólo derivan obligaciones para el oferente es irrevocable en cuanto llegue a conocimiento de la parte a quien está destinada. El destinatario puede rechazar la propuesta en el término requerido por la naturaleza del negocio o de los usos. En ausencia de dicho rechazo, el contrato se entiende aceptado*». Igualmente, creemos que el silencio puede ser expresivo del consentimiento en el Derecho civil español cuando sea lógico interpretar por las circunstancias del caso dicho silencio como una oferta o como una aceptación tácita. Por lo que respecta al *common law*, el requisito de la *consideration* hace casi imposible configurar un *contract for sole benefit of the offeree* en cuyo ámbito el silencio pueda valer como aceptación.

Otra excepción al principio general es el caso alemán de la *stillschweigende Verlängerung des Mietvertrags* (párrafo 568 B.G.B.: «*Si después del final del plazo de arrendamiento se continúa en el uso de la cosa por parte del arrendatario, el arrendamiento se considera que ha sido prorrogado por un tiempo indeterminado, a menos que el arrendador o el arrendatario declare una intención contraria a la otra parte en un período de dos semanas...*»), esto es, la renovación tácita del contrato de arrendamiento igualmente recogido en el Code napoleónico (art. 1753) y el Código civile (art. 1597), sin que pueda hablarse, sin embargo, de un *duty to speak*. El art. 6 del Código de las obligaciones suizo dispone que «*cuando la naturaleza particular del negocio o las circunstancias no comporten una aceptación expresa, el contrato se considera concluido si la oferta no es rechazada en un plazo congruente*<sup>38</sup>». De esta forma el principio-excepción el silencio vale como aceptación rige sólo si concurren al-

<sup>36</sup> Esta distinción entre consentimiento expreso y tácito también es conocida en los países del *common law* donde se diferencia entre *acceptance by declaration* y *acceptance by conduct*.

<sup>37</sup> Así es como se recoge en el Código civil japonés (art. 521 párrafo 2.º: «*La oferta caduca cuando el oferente no recibe la declaración de aceptación en el plazo a que se refiere el párrafo anterior*»), Código civil checo (art. 44.1) y Código civil polaco (art. 62 en conexión con el 61).

<sup>38</sup> Ese principio es el consagrado en el Código civil portugués en su art. 234.

gunas circunstancias, esto es, un hecho inesperado y el silencio dura un tiempo congruente.

### El consentimiento *inter praesentes*

Este caso se produce en el Derecho romano (*sponsio-stipulatio*) sin que haya un intervalo de tiempo más allá de lo necesario para responder a la pregunta formulada de forma coherente entre los sujetos intervinientes –*unitas actus*–. El principio romano suavizado por el tiempo y los usos sociales y comerciales se halla muy difundido en los ordenamientos civiles modernos. De esta forma, el Código de las obligaciones suizo (art. 4 párrafo 1.º) dice que: «*la propuesta hecha a una persona presente...deja de ser obligatoria si la aceptación no se produce inmediatamente*». El propio art. 1262 del Código civil español puede considerarse como el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato<sup>39</sup>.

El problema parece surgir cuando los sujetos se hallan distantes pero usan medios de comunicación como el telégrafo, el cable y el teléfono; esto es, medios modernos diferentes a los recogidos en el art. 1262 del Código civil español. En el caso del teléfono, se aplica la norma del acuerdo *inter praesentes*, (el lugar de celebración se entiende en el que se hallaba el proponente) al menos, en la mayoría de países *del civil law* como Austria (párrafo 862 A.B.G.B.), Alemania (párrafo 147 párrafo 1.º B.G.B.: «*Una oferta hecha a una persona presente sólo puede aceptarse inmediatamente. Esto se aplica también a la oferta hecha por una persona a otra por teléfono*»), Suiza (art. 4 párrafo 2.º), Hungría (art. 211 párrafo 2.º del Código civil) y Paraguay<sup>40</sup>.

En este mismo sentido gira la reforma peruana (ley 27291 de 24 de junio de 2000) del art. 1374. Igualmente en este caso, los países del *common law* consideran presentes a las partes en conversación telefónica pero no así a quienes utilizan otros medios como el télex<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1963 y de 14 de diciembre de 1964. Una redacción semejante encontramos en el A.B.G.B. (párrafo 862) y el art. 64 del Código civil argentino y algunos países de Europa del este como el Código Checo (art. 45 párrafo 1.º), el ruso (art. 163 párrafo 1.º) y el yugoslavo (art. 40 párrafo 1.º). El mismo principio se extrae de los países del *common law* como puede apreciarse en el derecho norteamericano y el derecho inglés (Entores Ltd vs Miles Far East Corporation, 2 All E.R., 493, 1955).

<sup>40</sup> Art. 675 del Código civil: «*Para que exista consentimiento, la oferta hecha a una persona presente deberá ser inmediatamente aceptada...por teléfono u otro medio que permita a cada uno de los contratantes conocer inmediatamente la voluntad del otro*».

<sup>41</sup> Entores Ltd vs Miles Far East Corporation, 2 All E.R., 493, 1955. Especiales problemas de prestación del consentimiento presenta la propuesta y oferta al público. Así, ¿cuándo puede revocarse la oferta?, ¿hasta cuándo se puede expresar el consentimiento válidamente? Se entiende por oferta pública la declaración de una parte dirigida a una persona determinada pudiendo suceder que la oferta se dirija al público en general siendo igualmente válida (arts. 1860 a 1881 del Código civil mexicano (arts. 1860 y 1861: «*El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento. El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación a favor de quien llene determinada condición...contrae la obligación de cumplir lo prometido*»; arts. 1262

## El momento de la conclusión del contrato no estando presentes las partes

Se plantean en este caso, básicamente, tres hipótesis: a) la del principio del conocimiento, b) la del principio de la recepción y c) la del principio de la emisión de la aceptación o expedición de la aceptación.

- a) Se conoce como teoría de la información en los países de lengua española (*Vernehmungstheorie*, en el ámbito germánico, en el francés *comme principe d'information* y en los países de habla inglesa como *theory of information*). Según este principio, el contrato entre ausentes se perfecciona en el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación por el destinatario de su oferta. De acuerdo con ello, el riesgo de la transmisión de su aceptación recae sobre el aceptante<sup>42</sup>.
- b) El principio de la recepción (*Empfangstheorie, théorie de la réception*) determina que el contrato se concluye cuando la declaración del aceptante llega al domicilio del oferente<sup>43</sup> asumiéndose el riesgo de forma compartida. El aceptante habrá de soportar el riesgo hasta la llegada de su aceptación al domicilio del oferente y éste habrá de asumirlo a partir de la llegada de la aceptación.
- c) El principio de la expedición o emisión de la aceptación (*mail-box rule*), supone la conclusión del contrato con la mera declaración de conformidad con el mismo por parte del destinatario de la oferta sin que se haya producido la recepción de la misma por el oferente. Por tanto, el contrato se perfecciona desde el instante en que se emite la aceptación al proponente (Código civil argentino, art. 1154, Código civil paraguayo, art. 680 y Código de las obligaciones suizo, art. 10)<sup>44</sup>.

---

del Código civil uruguayo, 1373 del Código civil peruano y 1336 del Códice). También en los países del *common law* se conoce este tipo de oferta *—offer to the public—*. Nos referimos, en este caso, a la ausencia de las partes, en donde el consentimiento se forma en momentos sucesivos y las declaraciones de voluntad de las partes se denominan oferta (*offer, proposta, Antrag*) y aceptación (*acceptation, accettazione, Annahme*).

<sup>42</sup> Principio recogido en España (art. 1262 párrafo 2.º del Código civil. Sin embargo, que el Código de comercio parece seguir el principio de la emisión, así el art. 54 dice: «Los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuera modificada»), Italia (art. 1326 párrafo 1.º en conexión con el art. 1335), Honduras (art. 1553 párrafo 2.º del Código civil), Filipinas (art. 1319 del Código civil).

<sup>43</sup> Se trata de un principio muy aceptado en los países de influjo germano (párrafo 862 a del A.B.G.B., párrafo 130 apartado 1.º del B.G.B., Código civil mexicano, art. 1807, Código civil polaco, art. 70; Código civil ruso, art. 433 párrafo 2.º, Código de las obligaciones suizo, art. 3 párrafo 2.º; Código civil húngaro, art. 213, y recogido igualmente en Dinamarca y Luxemburgo por la jurisprudencia).

<sup>44</sup> Este principio ha calado, básicamente, en los países del *common law* (EE.UU., Liberia, Ghana, Pakistán, India, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Gran Bretaña, Irlanda, etc.) si bien, hay otros, pertenecientes al *civil law* como España que si bien no lo contemplan en el Código civil porque rige el principio del conocimiento, sí lo recogen en el Código de comercio, al igual que sucede en Francia, Italia y Quebec, Albania, Holanda, Argelia, Egipto, Perú, Venezuela, Honduras, Bolivia, Filipinas, etc. Otros países del *civil law* acogen el principio de la recepción, como es el caso de México, Chile, Uruguay, Rusia, Polonia, Repúblicas Checa y Eslovaca, Alemania, Rumanía, Hungría, Bulgaria,

## CONCLUSIONES

1.º El influjo del modelo alemán del negocio jurídico, ya sea de forma directa o indirecta, se percibe claramente en países como Holanda, Portugal, Dinamarca, Islandia, Noruega, Finlandia, Suecia, Polonia, Rusia, Kazajistán, Kirguistán, Uzbekistán, Turkmenistán, Tayikistán, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Tailandia, Albania, Grecia, Repúblicas Checa y Eslovaca, Ucrania, Moldavia, Bielorrusia, Lituania, Letonia, Estonia, Perú, Brasil, Paraguay y Argentina. En ellos, el momento de la conclusión del contrato no estando presentes las partes, es el de la llamada recepción de la aceptación de la oferta.

En España o Italia, si bien no se recoge este sistema sí constituye el negocio jurídico un referente en el lenguaje doctrinal habitual, seguidores del momento o principio del conocimiento. En otros países no sólo no se recoge en su codificación civil el concepto de negocio jurídico sino que tan siquiera se conoce tal concepto en su lenguaje doctrinal, como es el caso de los países del *common law* y algunos del *civil law* como Francia, Bélgica y Suiza así como aquellos países latinoamericanos (México, Guatemala, Cuba, Chile, Bolivia, Colombia, Ecuador, Venezuela, El Salvador, Honduras, Nicaragua), islámicos y aconfesionales donde se ha acogido bien el modelo francés bien el modelo inglés (como, por ejemplo, Canadá, Estados Unidos, Panamá, Jamaica, Belice, Puerto Rico, Filipinas, Pakistán, India, etcétera). Países en que el contrato entre ausentes se perfecciona de acuerdo con el principio de la expedición.

2.º Actualmente, los contratos son todos consensuales y tan solo se diferencian en su función económico-social, esto es, la causa<sup>45</sup>. En el derecho comparado, tanto en el derecho alemán como en el portugués, solo puede hablarse de *tipicidad legal*, pues no existe la causa como elemento del negocio, y se la considera bien como una forma de control del legislador sobre *as formas de aproveitamento das coisas* (Da Rocha) bien como un medio más transparente y dinámico en relación con la inscripción en el registro. En el derecho francés la causa puede entenderse como la intención concreta perseguida por las partes (concepción subjetivista) pero en cuanto es el móvil determinante y estrechamente

---

Austria, Grecia, Turquía, China, Japón, países bálticos, escandinavos, etc. Un caso peculiar es el que presenta Portugal, en donde de forma alternativa (art. 224 del Código civil) se sigue el sistema de la recepción o del conocimiento.

<sup>45</sup> Si bien con él se haría referencia a la denominada *causa objetiva*, debiéndose tener en consideración la existencia además, de la *causa subjetiva* en tanto es la que a la postre sirve de conexión entre Ley y Voluntad del sujeto y regula el marco en que este último debe moverse. Adoptando el concepto objetivo de causa, nos alejamos de lo dispuesto en el art. 1274 del Código civil el cual, por otra parte, debido a su redacción ha sufrido innumerables reproches por parte de los civilistas (Puig Brutau) y nos encontramos con la oposición de la *concepción tradicional* de la causa, en tanto se apoya en la intervención de los sujetos, sus declaraciones y el vínculo que a través de las mismas surge para ellos (Díez-Picazo) y ve la finalidad de las mismas como un aspecto secundario.



relacionado con la naturaleza del contrato (Planiol). Cabe, en conclusión, destacar la llamada *dirección sincrética* de la causa que trata de combinar las posiciones objetivistas y subjetivistas, en tanto reconoce que el problema de la causa radica en la armonía entre la voluntad específica y concreta de los sujetos y el marco establecido por la norma y que configura los límites y ámbito en que las voluntades se mueven y al que han de amoldarse<sup>46</sup>.

- 3.º El supuesto que en el *civil law* se define como contrato real no es ni siquiera contrato en el *common law*. Mutuo, comodato, depósito y prenda no son contratos sino *bailments*. La obligación del *bailee* de restituir la cosa, o de custodiarla en espera de la restitución, tiene su fuente en la situación material en que se encuentra el *bailee* y el incumplimiento de éste no da lugar a una acción contractual del *bailor* sino a una acción real basada en la propiedad o en la posesión de la cosa. En el *civil law*, sin embargo, la naturaleza contractual de la relación permite al comodatante, al depositante, etc., obtener la restitución de la cosa con la prueba del contrato, no con la prueba de la propiedad o la posesión. Es más, la donación –*gift*– que es contrato real en el *civil law* no lo es en el *common law*. La entrega de la cosa mueble efectuada con la voluntad de transferir la propiedad, actúa por sí misma el efecto traslativo. No hay aquí contrato porque no hay intercambio de prestaciones, y ni siquiera se requiere el *deed*, sustituido por la entrega de la cosa.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA, M. J., *Direito das obrigações*, 8.ª ed., Coimbra, 2000
- AMIRA, A., Von, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, Strassburg, 1913.
- ANSON, A., *Law of contract*, 25.ª ed., London, 1960.
- BEVILAQUA, C., *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Bahia, 1897.
- BROWN, L.N., *General principles of law and the English legal system*, Bruxelles, 1978.
- CASTÁN, J., *Derecho civil español común y foral*, tomo 3, Madrid, 1986.
- COING, H., *European common law: historical foundations*, Bruxelles, 1978.
- COING, H., *Derecho Privado Europeo*, Murcia, 1998.
- CONSTANTINESCO, R., *Traité de droit comparé*, tomos I, II y III, Paris, 1972-1983.
- DAVID, R. *Traité élémentaire de droit comparé*, Paris, 1950.

<sup>46</sup> Los contrarios, oponen a ello que ese inciso final se refiere a los derechos típicos existentes y no recogidos en este apartado. Así, Hernández-Gil considera que se trata de una mención colectiva de verdaderos derechos reales típicos que existen en nuestro ordenamiento y que no fueron singularmente citados por el art. 2.2 de la Ley Hipotecaria en razón, seguramente, a que en mayor o menor medida existe duda sobre su naturaleza jurídica aunque predomina su consideración como verdaderos derechos reales, tal y como sucede con el derecho de superficie, la anticresis, etcétera.

- DAVID, R., *Le droit continental, la common law et les perspectives d'un Ius Commune Européen*, Bruxelles, 1978.
- DEKKERS, R., *El derecho privado de los pueblos*, Madrid, 1957.
- DELL'AQUILA, E., *Introducción al estudio del derecho inglés*, Valladolid, 1992.
- DICEY, S., *Law and opinion in England*, Manchester, 1962.
- ENNECERUS, L., *Tratado de derecho civil*, tomo I, Barcelona, 1954.
- EÖRSI, L., *Comparative civil (private) law*, Budapest, 1979.
- FERNÁNDEZ, A., *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid, 1992.
- FIFOOT, L., *History and sources of the common law. Tort and contract*, London, 1949.
- FIFOOT, L. y CHESHIRE, D., *Law of contract*, 10.<sup>a</sup> ed., Bristol, 1975.
- FUENTESECA, P., «Historia y dogmática en la jurisprudencia europea», *R.D.N.*, Madrid, 1956.
- GALVAO, A., *Dos contratos en geral*, Coimbra, 1947.
- GLENDON, M. A. y GORDON, M. y OSAKWE, C., *Comparative legal traditions*, Minnesota, 1982.
- GRISOLI, A., *Corso di diritto privato comparato*, Milan, 1972.
- HALL, J., *Comparative law and social theory*, Louisiana, 1963.
- IGLESIAS, J., «Del derecho romano al Derecho moderno», *RIDA*, n.º 1, 1949.
- JENKS, A., *A short history of english law*, Cambridge, 1949.
- JOLOWICZ, J. A., *New perspectives of a common law of Europe*, Bruxelles, 1978.
- KONETZKE, R., *Historia universal del siglo XXI*, vol. XXII, 1984.
- KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, 1955.
- LABRY, R., *Une législation communiste*, Paris, 1920.
- LAMBERT, E., *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903.
- LOSANO, M., *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid, 1993.
- MAITLAND, F. W., *The Anglo-French Law Language*, vol. I, Cambridge, 1907.
- MASSIMO, C., *Diritto civile*, Milano, 1987.
- MC GREGOR, H., *Contract code*, Milano, 1993.
- MOLITOR, P. y SCHLOSSER, H., *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Barcelona, 1989.
- MORETTI, F., *Civil Law y Common Law*, Madrid, 2000.
- PARRY, H., *The sanctity of contracts in english law*, London, 1959.
- POLLOCK, J., *Principles of contract*, 13.<sup>a</sup> ed., New York, 1980.
- POTTER, H., *Historical introduction to English law and its institutions*, London, 1958.
- PUIG, J., *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951.
- REID, K. y ZIMMERMANN, R., *A history of private law in Scotland*, vols. I-II, Edimburg, 2000.
- ROTONDI, M., *Studi di diritto comparato e teoria generale*, Padua, 1972.
- RUGGIERO, R. DE, *Instituciones de derecho civil*, vol. II, Madrid (sin fecha).
- TAN, P., *Asian Legal Systems. Law, Society and Pluralism in East Asia*, Sidney, 1997.
- TAO, J., *Le droit chinois contemporain*, Paris, 1991.
- TREITEL, A., *Doctrine and discretion in the law of contract*, New York, 1980.
- USCATESCU, G., *Del derecho romano al derecho soviético*, Madrid, 1968.

- VEIGA, M., *Lecciones de derecho privado comparado: Método comparativo y los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 2.<sup>a</sup> ed., Cáceres, 1996.
- VOGT, K., *Japanische Bürgerliches Gesetzbuch*, Tokio, 1937.
- VV.AA., *The Code Napoleon and the Common Law in the World*, New Jersey, 1998.
- WESEMBERG, G. y WESENER, G., *Historia del derecho privado moderno en Alemania y Europa*, Valladolid, 1998.
- ZIMMERMANN, R., *Estudios de derecho privado europeo*, Madrid, 2000.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, vols. I y II, Tübingen, 1969-1971.