

ESBORRAZ, David Fabio, *Contrato y sistema en América Latina*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores-Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, Università di Roma “Tor Vergata” CNR, 2006, 310 pp.

Es un libro interesante, muy bien documentado, que incide en el actual movimiento jurídico tendente a la armonización o la unificación del régimen jurídico de los contratos. El autor aprovecha la experiencia y conocimiento que se han ido acumulando en el Centro di Studi Latinoamericani de la Universidad de Roma “Tor Vergata”, donde él mismo labora, sobre el derecho civil latinoamericano y especialmente el derecho contractual. El libro cabe entenderlo como un trabajo que es parte de un amplio proceso que tiende a lograr un derecho contractual común latinoamericano.

Parte de la perspectiva, claramente explicada y justificada por Sandro Schipani, el autor de la nota introductoria del libro y director del centro mencionado, de que el derecho de los países latinoamericanos es parte del sistema jurídico romanista, o sea del conjunto de derechos que tienen al derecho romano como base y fuente común. Este sistema es un conjunto de conceptos, principios, instituciones y reglas jurídicas que regulan las relaciones humanas. El sistema jurídico romanista, formado y desarrollado en Europa durante la Edad Media y la Edad Moderna, ha sido recibido en otros pueblos, dando origen a subsistemas, como es el caso de los pueblos latinoamericanos y del subsistema romanista latinoamericano. La importancia de ubicar cada orden jurídico dentro de un sistema determinado es que se logra así su mejor entendimiento, comprensión e interpretación. La interpretación jurídica tiene que ser sistémica en el sentido de considerar como contexto de cada regla jurídica, no solamente el texto donde se encuentra, sino el conjunto de fuentes que forman el sistema jurídico correspondiente.

Desde esa perspectiva sistémica, David Esborraz hace un minucioso análisis de las definiciones de contrato en los códigos civiles latinoamericanos. Como herramientas de análisis utiliza las reglas para

definir que propone Cicerón en su *Tópica*, que siguen de cerca las reglas dadas por Aristóteles. Señala Cicerón tres tipos de definiciones: *i*) La definición por género próximo y diferencia específica, que es la principal, y luego como definiciones complementarias: *ii*) La definición por partición (*per partitionem*) que consiste en individualizar las diferentes partes de lo que se quiere definir, como podrían ser las partes del cuerpo humano, y *iii*) La definición por división (*per divisionem*) que tiende a señalar las distintas especies de lo definido, como la división de los seres humanos por género o por pueblo.

Con esas reglas, el autor analiza los códigos latinoamericanos, precisando cuáles son los géneros próximos del contrato (acto o negocio jurídico) y las específicas (con eficacia obligacional, con eficacia obligacional y real, eficacia recíproca, buena fe, función social) que proponen estos códigos; luego analiza las diversas divisiones de los contratos en los mismos códigos, y finalmente las distintas partes que lo componen (consentimiento, objeto y causa o fin). Concluye proponiendo una definición del contrato, por su género y diferencia específica, por su división y por sus partes.

El análisis merece atenderse por lo bien documentado y por la claridad de la perspectiva con que lo hace. En esta recensión no pretendo considerarlo en detalle, sino sólo dar una opinión respecto de su propuesta final.

Propone David Esborraz esta definición del contrato, según su género y diferencia específica. “El contrato es el acto jurídico plurilateral que tiene por fin inmediato constituir entre las partes relaciones jurídicas creditorias (*sic*) recíprocas de naturaleza patrimonial, así como su regulación, modificación, interpretación, transmisión o extensión; pudiéndose también beneficiar con él a terceros” (p. 240). El género próximo, lo dice el mismo autor (p. 242) es “acto jurídico plurilateral”, y la diferencia específica la “constitución... de relaciones jurídicas creditorias recíprocas de naturaleza patrimonial” (p. 242). Aclara que lo más específico, el verdadero *proprium* de la definición es la referencia al carácter recíproco de las relaciones contractuales. Explica que: “la asunción del *synalagma* como núcleo central de la noción de contrato no constituye una idea nueva” (p. 244), sino que es un elemento del sistema jurídico romanista.

Respecto de la división de los contratos en especies, dice el autor que podrían asumirse, en su definición de contrato que pone énfasis en la bilateralidad, las especies conocidas de contratos bilaterales y onerosos, aleatorios y conmutativos, típicos y atípicos. Y él añade otra división, considerando el papel que asumen los contratantes en la definición de las reglas que rigen el contrato: “contrato discrecional”, cuyas reglas se determinan por común acuerdo, y “contrato predispuesto” en el que una de las partes impone sus reglas (p. 254).

Considera que las partes del contrato son el consentimiento, en principio informal, el objeto y la causa (p. 258). Desgraciadamente, y a diferencia de lo que hace respecto de las otras afirmaciones de su propuesta, no explicó qué entiende por objeto y causa.

En mi opinión, la principal novedad de la propuesta de David Esborraz es el señalamiento de la reciprocidad como lo verdaderamente propio de los contratos. En ello estoy totalmente de acuerdo, y me parece que es una idea que debe irse difundiendo y, sobre todo, desarrollando. Pero considerar el contrato como un “acto jurídico” (su género próximo o esencia) me parece que es mantenerse en esa posición que considera el contrato como un acto productor de obligaciones, lo cual hace que si se quiere profundizar en la esencia del contrato, se entre en el análisis del acto voluntario, primero unilateral, y luego del acto voluntario recíproco o consentimiento. Se vuelve entonces a la perspectiva de que el contrato es, esencialmente, consentimiento de las partes, y que la voluntad común es la regla máxima de los contratos; en esta perspectiva, el contrato es casi sólo un instante “el momento productor de obligaciones”, que puede estabilizarse en un documento que especifica las reglas que lo rigen.

En la realidad, el contrato no es un instante sino una relación humana entre dos o más personas, que puede extenderse por muchos años. Por eso, prefiero definir el contrato como relación recíproca, y más propiamente relación judicialmente exigible, es decir obligación. Me parece que ese es el sentido que tiene la definición de Labeón, que el autor considera autorizada, que dice que el contrato es obligación recíproca, es decir conducta humana recíprocamente exigible.

No niego que deba considerarse, como parte de la teoría o explicación de lo que es el contrato, el modo como éste se contrae, es decir, ahora sí, el acto voluntario o acto jurídico por el que dos perso-

nas se obligan recíprocamente. Pero distingo que una cosa es el acto por el cual las partes quedan obligadas, y otra lo “contraído” (sentido que tiene la palabra *contractum* en Labeón) es decir la obligación recíproca. Podría igualmente decirse que una cosa es la declaración de guerra y otra la guerra misma, o que una cosa es la promulgación de una ley y otra el contenido de la ley. Así como no se puede decir que la guerra sea su declaración, ni la ley su promulgación, tampoco vale decir que el contrato sea el consentimiento.

Siguiendo las reglas de la definición que tan atinadamente usa el autor, propondría esto: el contrato es obligación (género próximo) recíproca (diferencia específica). La división de los contratos corresponde a las diversas conductas que pueden tener dos personas entre sí, pues intercambian bienes o servicios (contratos de intercambio), colaboran para un fin común (contratos asociativos), o bien actúa una en favor de otra (contratos de representación). Las partes de los contratos son el consentimiento y las obligaciones que tiene cada contratante respecto del otro (las partes de cada obligación son: el acreedor, el deudor, el objeto y la causa, que en los contratos es la obligación recíproca).

La obra de David Esborraz es una importante contribución al derecho común latinoamericano, y no obstante las diferencias que tengo respecto de la conclusión, me parece una obra que merece ser leída con detenimiento, que contribuye a esa inmensa tarea de formar un nuevo derecho común, especialmente latinoamericano, y que causa fundadamente mi agradecimiento al autor por un libro que hace pensar.

Jorge ADAME GODDARD*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.