

Fabio Esborraz, David (2006): *Contrato y sistema en América Latina*, Rubinzal (Santa Fe, Culzoni Editores & Centro di Studi Giuridici Latinoamericani - Università di Roma "Tor Vergata"/C.N.R) 312 pp.

La unificación del derecho privado ha sido una aspiración que en las últimas décadas ha tomado nuevas fuerzas. Los principales trabajos en el ámbito europeo se han centrado en la unificación del derecho privado en materia de contratos, destacando los *Principios de Unidroit* y los *Principios de derecho europeo de los contratos*, estos últimos pueden ser considerados como un puente entre el *Civil Law* y el *Common Law*, aspirando alcanzar, basado en ello, su general aceptación. Ambas iniciativas son de origen privado y, actualmente, de acceso convencional para las partes. En el ámbito latinoamericano no han estado ajenas las iniciativas en este sentido destacando el II Congreso Latinoamericano de Derecho Romano (1978), movimiento que se vio estimulado por los procesos de integración regional y subregional (Alac, Aladi, Pacto Andino, Mercosur, etc.), a lo que se suman esfuerzos individuales, coloquios y seminarios. Es en este contexto donde se circunscribe la obra del Dr. Fabio Esborraz.

El autor nos presenta en esta obra un estudio acabado, de carácter expositivo, de la noción de contrato y de sus elementos en los diversos sistemas de América Latina, partiendo de una premisa: los derechos internos son un desarrollo del sistema jurídico romanista o, dicho en otros términos, el derecho romano como elemento común de todas las legislaciones de los países latinoamericanos; para concluir con una propuesta de unificación del concepto y elementos del contrato. Esta obra es fruto de una más vasta, su tesis doctoral: *Sistema giuridico romanistico e unificazione del diritto*, bajo la dirección del profesor Sandro Schipani.

El libro se estructura sobre la base de tres partes. La primera de ella aborda el sistema jurídico latinoamericano y la unificación del derecho. En él, la primera hipótesis defendida por el autor es el reconocimiento de la existencia de un sistema jurídico latinoamericano. Su configuración se nos presenta como el producto del desarrollo propio del sistema

jurídico romanista, si negar por ello la comunidad de principios e instituciones que coexisten con los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y eurocontinentales, debido precisamente a la filiación del primero al sistema jurídico romano, para ello el autor hace presente que basta con recordar la recepción del *Corpus Iuris Civilis* en el Derecho Ibero-castellano y su posterior aplicación o influjo en América Latina –colonial y una vez independiente–. Como es sabido, el derecho romano, con el paso del tiempo, devino en derecho propio de los pueblos, pues a través de la codificación –como enfatiza el autor– se mantuvo su continuidad mediante la remisión a los principios generales del derecho, ya sea para interpretar, ya para heterointegrar sus propios textos, sin dejar –por supuesto– de mantener sus características propias. A continuación, el autor se centra en enumerar los esfuerzos dirigidos a la unificación del derecho en Latinoamérica, con particular referencia al derecho de las obligaciones y al contrato.

La unificación a la que el autor alude presupone un estudio de las fuentes de derecho romano común así como de las fuentes de las respectivas legislaciones nacionales para arribar a la individualización de los principios, instituciones, normas y conceptos que les caracterizan, ese es su punto de partida para lograr la unificación del derecho en Latinoamérica y para alcanzar este resultado emplea las técnicas diarético-definitorias aconsejadas por Cicerón en sus *Topica*, en particular, los *modi definitionis* –definiciones por género próximo y diferencia específica, definiciones por partición y división–. Lo anterior le permitirá concluir su investigación con la elaboración del “Código tipo/modelo” para América Latina en materia de contratos. Resulta conveniente precisar que si bien el autor plantea en su primer capítulo concluir con la elaboración de un Código modelo, sus esfuerzos se centran en la noción o definición de contrato y sus elementos sin que constituya un Código en su senti-

do tradicional –códigos iusracionalistas– de manera que en él no se aborda toda la temática contractual: formación, validez, contenido, efectos, etc.

La segunda parte del libro, denominada: “Las definiciones del contrato del sistema jurídico Latinoamericano”, consta de dos capítulos que tienen por objeto precisar el método que se empleará para analizar las diversas definiciones de contrato que proporcionan los códigos civiles latinoamericanos como el análisis mismo de estas. En estos capítulos el autor realiza una labor principalmente descriptiva del método y del concepto de contrato contenido en los códigos civiles. Por ello, el capítulo primero explica el *modi definitionis* de Cicerón y, por lo tanto, las definiciones por género próximo, diferencia específica, por partición y división. En el capítulo segundo, el autor analiza los diversos tipos de definiciones de contrato contenidas en los códigos civiles del sistema jurídico latinoamericano empleando el *modi definitionis*. Este capítulo se encuentra dividido en tres secciones. En la primera sección, siguiendo la individualización del “género próximo”, distingue en los códigos civiles del sistema jurídico latinoamericano: aquellos en los que el contrato forma parte del género acto o negocio jurídico uni –o bilateral– la mayoría de las legislaciones, aquí incluye al código civil chileno– ya como parte de los actos y declaraciones de voluntad, ya como una parte de una categoría más general de hecho jurídico; de aquellos en los que el contrato es una especie del género convenio, convención o acuerdo.

A continuación, el autor identifica las diferencias específicas que el contrato tiene dentro del género acto o negocio jurídico, convención o acuerdo, y le caracteriza: por su efecto obligacional, sin perjuicio de mencionar a aquellos sistemas que también le confieren efectos reales; la integración de su contenido no solo por aquello expresado por la parte en la convención, sino que por todo aquello que se deriva de la buena fe y por la función social del contrato. En esta identificación el autor enumera las normas pertinentes de los códigos civiles latinoamericanos que contemplan estas características.

En la segunda sección del Capítulo Segundo se efectúa el análisis de las definiciones de contrato por división, sin dejar de lado una visión crítica de estas pero rescatando su utilidad práctica, detallándose los diversos criterios empleados por las codificaciones latinoamericanas para dividir el contrato, las nuevas orientaciones formuladas por la doctrina en atención a las actuales condiciones que presenta el tráfico tales como la masificación y el desarrollo tecnológico; y su consagración positiva cuando la hubiere. El autor concluye esta sección haciendo presente la necesidad de conciliar las definiciones por género y diferencia y, para ello, nos remonta a la época del derecho romano clásico en donde el contrato se caracteriza como un acto lícito generador de obligaciones recíprocas, de allí colige que la conciliación se logra definiendo al contrato como sinalagma. El autor considera que ello se ha visto reafirmado por el hecho de que las normas relativas a la teoría general del contrato, en los códigos civiles modernos, se han dictado con especial referencia a los contratos sinalagmáticos.

En la tercera sección de este Capítulo se efectúa un análisis de las definiciones del contrato por partición, con mayor detención en los elementos del consentimiento, objeto y causa, considerando a la capacidad y a las formas solemnes como presupuestos del consentimiento, tal como lo ha hecho parte de la doctrina moderna mediante un reinterpretación de sus normas. Además, realiza una referencia a los códigos civiles que adoptando el texto del código civil chileno acogen la distinción entre los elementos de la esencia, naturaleza y accidentales del contrato.

La última parte del libro tiene por objeto identificar los elementos comunes de las codificaciones civiles en América Latina para concluir con una propuesta de unificación. El autor postula la homogeneidad de estas codificaciones, reforzado por el reconocimiento en todas ellas de una misma base programática fundamental: el *ius Romanum commune* que permite proponer un derecho común de todos los hombres del subcontinente latinoamericano, que en principio tendría una aplicación en paralelo a las codificaciones particulares pero

que con el tiempo se terminaría imponiendo. En la elaboración de este código tipo modelo, el autor pretende superar las incongruencias que percibe entre las definiciones de contrato y el respectivo sistema contractual consagrado en los vigentes códigos civiles latinoamericanos y, para ello, propone una definición de contrato: “el contrato es el acto jurídico plurilateral que tiene por fin inmediato constituir entre las partes relaciones jurídicas crediticias recíprocas de naturaleza patrimonial, así como su regulación, modificación, interpretación, transmisión o extinción, pudiéndose también beneficiar con él a terceros”. En la elaboración de su definición por división toma en consideración la posición de las partes y el modo de formación del negocio contractual distinguiendo: contrato discrecional y predispuesto –celebrado por adhesión y masificado–. En la elaboración de su definición por partición distingue: el objeto, consentimiento y causa. No nos cabe duda, a pesar de la justificación que efectúa el autor de los extremos incluidos en estas definiciones, que ellas originarán debates, pues junto con rescatar elementos tradi-

cionales se incluyen otros que no han estado presentes en los códigos civiles latinoamericanos.

La obra realizada por el Dr. Esborraz se caracteriza por una acabada exposición de la noción de contrato y sus elementos en los diversos códigos civiles de América Latina, partiendo de una premisa que permite identificar las bases para esta unificación: la tradición romanista que ha inspirado dichas codificaciones. El autor respalda su investigación con una vasta bibliografía, capaz de proporcionar al lector una amplia y clara visión del contrato y sus elementos y, desde esta perspectiva, constituye un notable esfuerzo y avance hacia la codificación del derecho privado latinoamericano en materia de contratos. Es, pues, el punto de partida para abrir la discusión en materia de unificación, ya en torno a la noción misma de contrato, ya en otros aspectos que por su trascendencia y ocurrencia no pueden ni deben dejar al operador del tráfico indiferente, tales como la temática del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato.

CLAUDIA MEJÍAS ALONZO

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

* Abogada PUCV. Candidata a Doctora en Derecho, PUCV. Profesora de Derecho Civil.

