

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA HIPOTESIS DE UN PROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS*

Giovanni B. Ferri

(Traducción de Hernán Corral Talciani)

1. Séame permitido, antes de toda otra consideración, agradecer muy de corazón al amigo Gandolfi. Su iniciativa de reunir en torno a una mesa**, a juristas de variadas culturas y de variadas experiencias, para discutir sobre la oportunidad de organizar y sistematizar en un código europeo unitario la materia de los contratos, es una iniciativa valiente y a la vez provocativa, como provocativa son siempre (o casi) las iniciativas valientes. ¿Por qué provocativas?, porque debemos habituarnos a pensar en una legislación europea unitaria sobre una materia tan fundamental como la de los contratos, en la cual se realiza y se expresa la disciplina del fenómeno de la circulación de los bienes y de la riqueza.

Un gran poeta francés contemporáneo, Saint-John Perse, en el discurso de apertura del Congreso Internacional reunido en Florencia en 1965 para celebrar el 7° Centenario del nacimiento del Dante, definía al sumo poeta italiano como “hombre de Europa y de Occidente”. Lo mismo podemos afirmar respecto de Pascal, Shakespeare, Cervantes, Goethe y de muchos otros poetas, artistas, pensadores y científicos europeos tanto antiguos como modernos que, con su genio, han ilustrado la cultura y que, viéndolo bien, pertenecen a la misma cultura general europea, antes que a las particulares tradiciones culturales nacionales. Vaya esto para decir que Europa ha estado, desde siempre, culturalmente unida.

Además, la ciencia jurídica en Europa, aunque habiendo perdido el común referente representado por el derecho romano, jamás ha dejado de ser, por decirlo así, “transnacional”, en el sentido de que (y me refiero, evidentemente, a

* Se publica, con autorización de su autor, este trabajo de Giovanni Battista Ferri, quien es actualmente Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Università di Roma, La Sapienza,

La traducción se ha realizado sobre la base del texto en italiano publicado por la *Rivista di Diritto Privato* (Giuffrè editore), N° 2, 1991, pp. 366-385. El traductor ha querido respetar al máximo el sentido literal, conservando el estilo coloquial del original.

** El escrito reproduce el texto de la intervención desarrollada en el Encuentro de estudio “El futuro código europeo de los contratos” (Pavía 20-21 de octubre 1990), organizado por Giuseppe Gandolfi, que ha hecho la relación introductoria, y en el cual han tomado parte Massimo Cesare Bianca, Antonio Brancaccio, Jean Carbonier, Francesco Paolo Casavola, François Chabas, Georges Daskarolis, Gérard René de Groot, José Luis de los Mozos, Richard G. Fentiman, Giovanni B. Ferri, Ole Lando, Teresa Luso Soares, Theo Mayer-Maly, Harvey McGregor, Dieter Medicus, Luigi Mengoni, Paul O'Higgins, Martin Posch, Willibald Posch, Peter Stein, Fritz Sturm, Denis Tallon, Alberto Trabucchi, André Tunc, Roger Vigneron, Michael Whincup y Franz Wieacker.

la experiencia italiana) ha existido siempre por parte de los estudiosos una gran atención por los resultados conseguidos por las doctrinas extranjeras (un tiempo privilegiando sobre todo aquellas que se referían a sistemas de código; después de la guerra y hasta hoy, dirigiendo, cada vez con mayor intensidad, su propio interés hacia los sistemas del *Common Law*).

En estos últimos meses, Europa está finalmente consiguiendo, a pasos cada vez más rápidos, su definitiva unificación política y económica, por largos años trabajosamente buscada y construida. Este largo camino hacia la unificación se ha movido, —y probablemente estará destinado todavía por mucho tiempo a moverse—, a través de itinerarios ciertamente difíciles de transitar, llenos de dificultades, a menudo tortuosos y no siempre ejemplarmente claros. A este respecto, nosotros los juristas, quizás más que otros operadores culturales, tenemos el deber de hablar, antes que todo a nosotros mismos, con claridad, sin reticencias o *arrière-pensées*, arriesgando incluso repetir y repetirnos aquellas simples (si no banales) verdades que, quizás porque demasiado intelectualmente *omitidas*, muy a menudo intentamos remover de nuestros pensamientos, considerándolas casi inútiles lugares comunes, y que, en cambio, tienen su importancia. Y una de estas simples verdades es que una unificación política y económica puede realizarse sólo a través de una unificación jurídica, esto es, a través de la creación de un sistema orgánico de reglas y principios que rijan, hagan de sostén y de soporte a esa unidad política y económica y creen, por tanto, una suerte de *lenguaje* normativo común, en el cual los sujetos beneficiarios o usufructuarios y, por tanto, en último análisis, los verdaderos protagonistas de esta unificación, puedan sin ambigüedades o incertidumbres dejar la impronta de sus relaciones recíprocas.

Un primer paso en esa dirección estaría representado ciertamente por una disciplina común para toda Europa, de los modos y de las técnicas de la circulación de la riqueza y, por tanto, por un código común de los contratos, que, sin embargo, fatalmente terminaría por remecer el entero sistema del derecho de las obligaciones.

Por esto he definido la iniciativa de Gandolfi como de valiente y provocativa. Incluso, doblemente provocativa para el civilista italiano, porque el modelo que Gandolfi propone para realizar esta unificación (correctamente, a mi juicio) es aquél del código.

Me veo obligado, en este punto, a abrir un breve paréntesis, en beneficio de los ilustres colegas extranjeros presentes en este encuentro, para explicar los motivos de esta afirmación mía. En efecto, respecto del código como modelo organizativo de la disciplina de las relaciones privadas, la doctrina italiana recurrentemente (y con una cierta monotonía) propone críticas e insinúa sospechas acerca de su actual validez.

Recordaré el debate que se desarrolló en los años setenta, en el cual emerge, entre otras, la idea de que el código civil, ligado como estaba a los modelos de la cultura liberal, hubiese sido en su sustancia superado por la introducción a través de la Carta constitucional de los modelos culturales propios de la ideología democrática. Se habló, entonces, de la necesidad de reducir el código civil a un sistema sólo de principios, de cláusulas generales; a un sistema, por tanto, que concediese amplia libertad al actuar del juez, que, más que cualquier otro operador jurídico, aparece como idóneo para interpretar y hacer surgir las instancias más profundas de una sociedad democrática.

Pasado el primer entusiasmo y constatados los daños de una actividad exageradamente libre e incontrolada del juez, que arriesgaba hacer pasar por ideal modelo de justicia sus convencimientos ideológicos propios (y el sector del derecho del trabajo ha ofrecido numerosos y significativos ejemplos de lo que estamos diciendo), el debate terminó por apagarse; también porque las premisas culturales de las cuales tomaba sustancialmente su impulso (esto es, la completa superación de los modelos de la tradición liberal en el sistema de nuestra Constitución), revelaron ser cualquier cosa menos que algo fundado. Y por tanto, un sistema de código en cuanto tal, y esto es como técnica de experiencia de organización normativa, aparece compatible, como las experiencias históricas europeas enseñan, con las ideologías más diversas.

Más recientemente se ha hablado de *descodificación*, entendiéndose con esta fórmula la necesidad de la superación del sistema del código civil, ya sobrepasado por una multitud de leyes particulares que, por un lado, han invadido *territorios* y *espacios* de disciplina un tiempo reservados al código civil; por otro lado, ellas se inspiran en principios y expresan soluciones normativas del todo diversas, cuando no incompatibles, con aquéllas contenidas en el código civil. También a este propósito tuve modo de intervenir buscando moderar la dramatización de la presunta crisis del código civil y las presuntas incompatibilidades entre legislación especial y código civil, las cuales son mucho menores de cuanto, a primera vista, se pudiera pensar; esto es, en el sentido de que, viéndolo bien, la legislación especial es todo menos que excéntrica respecto de las opciones adoptadas por el sistema del código civil. Digo esto sólo para la integridad y claridad del discurso, pero aquí me detengo. Por tanto, a nuestro juicio, permanece sustancialmente intacta la validez de los modelos normativos expresados por el código civil; creo que la tumultuosa y caótica variedad de instancias y problemas que la actual realidad socioeconómica propone y, se puede decir sin exageraciones, cotidianamente renueva, requiere, más que nunca, la existencia de un sistema *ordenado* y *ordenante*, como lo es justamente el modelo del código civil, que de la realidad sepa coger, más allá de tantas efímeras mutaciones, los elementos y las constantes más profundamente radicales y duraderas.

En este sentido, yo creo que un código civil debe ser un sistema de principios, de reglas, de institutos, que sepa conjugar la necesaria *consistencia* de los esquemas y de las soluciones adoptadas, con aquella elasticidad, del mismo modo necesaria, que consienta las indispensables adaptaciones a las nuevas y difundidas exigencias que la realidad propone, sin que, no obstante, desaparezcan del sistema el diseño y los caracteres culturales que también la tradición, con *sabiduría* y *prudencia*, ha sabido poner.

Lo esencial es, por tanto, que los datos de la realidad se compongan en un sistema razonable y racional; a este propósito, no casual ni paradójicamente Giuseppe Ferri escribía (*Del Codice Civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, en *Foro it.*, IV, 1944-1946, p. 40) que "no interesa tanto que las instituciones sean nuevas, como que ellas tengan la posibilidad de llegar a ser antiguas por su intrínseca bondad".

Este sistema razonable y racional, al cual referir la disciplina de las relaciones entre los particulares, está representado en nuestra experiencia histórica por el código civil, el que, aunque puedan variarse aquellos principios o aquellas opciones normativas que en un determinado momento histórico lo hayan caracterizado y que no resulten ya actuales, puede y debe continuar desarrollando su

función de *referente*. Y luego, respecto de la indispensable legislación especial que debe necesariamente integrar y completar el diseño del código civil (desde el momento en que no es pensable que un código pueda expresar todas las variantes y las novedades que la realidad socioeconómica va constantemente proponiendo, las cuales, como se quiera, no se pueden dejar de tener en cuenta cuando expresan exigencias sentidas en el tejido social), el código civil, como sistema normativo y de principios, desarrolla también, o debería desarrollar, una función de *vocabulario* o, si se quiere, de referente semántico, de modo tal que, una vez definido en el código un instituto (por ejemplo, la posesión o bien la rescisión o la nulidad del contrato), toda ley especial que mencione ese instituto lo deberá mencionar con aquella acepción, con aquellos significados y con aquella disciplina, con las cuales el código civil lo ha definido.

Justamente por todo esto que digo, la idea de Giuseppe Gandolfi de reunirnos para pensar juntos la factibilidad de un código europeo de los contratos, indirectamente pero sin sombra de duda, parece querer confirmar la validez del sistema de código como modelo organizativo de la disciplina de este tan relevante aspecto de la disciplina de las relaciones entre los particulares, más allá de las diatribas de la civilística italiana (no siempre aceptables cuando, como nos podrá confirmar el profesor McGregor, en el mismo sistema del *Common Law* se comienza a pensar, al menos, en el orden de las ideas, aunque —dada la tradición— con comprensibles resistencias y disidencias, en organizar siquiera la materia de los contratos en un código); por otro lado, servirá para llamar la atención de los estudiosos sobre un problema real, grave y relevante; justamente el de armonizar y sistematizar, hoy a nivel necesariamente supranacional, tal disciplina.

Quisiera agregar otra consideración: si debiese expresar un deseo secreto, una reservada utopía, que es tal porque, por el momento —me doy cuenta de ello— aparece de difícil realización, os debo confesar ser favorable a un código civil europeo, no sólo a un código de los contratos; si bien considerando ya un éxito, que tendría algo de milagroso, la realización de este último y ello justamente por aquella centralidad, ya mencionada, que en las relaciones entre los particulares asume la disciplina de los contratos.

Me doy cuenta que para llegar a realizar, si alguna vez será posible realizarlo, un código civil europeo, pasarán muchos decenios. Si, en efecto, ya es objetivamente arduo pensar en un código europeo de los contratos, figurémonos las dificultades, antes que nada culturales, que saldrían al encuentro si debiésemos comenzar a ocuparnos y preocuparnos de un código civil general para la Europa. En efecto, las primeras dificultades a afrontar, serían, justamente, las derivadas del propio orden cultural; porque se debería intentar remover, antes de pensar en los aspectos técnicos del problema, algunos hábitos, modos de pensar, de sentir, de comportarse, que tienen raíces consolidadas y una tradición, a veces secular, y que en el tiempo pueden haber condicionado (y en muchos casos efectivamente lo han hecho) la fisonomía misma de los institutos jurídicos. Piénsese, por ejemplo, en el derecho de familia y en aquellos institutos más o menos (pero ciertamente en no irrelevante medida) conexos al derecho de sucesiones y a los mismos derechos reales. En todos estos sectores del derecho de los particulares, el peso de la tradición, de los hábitos, de las sensibilidades nacionales y, a menudo, locales, asume una relevancia grandísima. Para llegar a formular una disciplina unitaria de todas estas materias, el problema, antes que individualizar soluciones técnicas específicas, consiste en verificar si, después

de años de una experiencia en común cada vez más intensa, se haya realizado aquel sentir común que es justamente el presupuesto indispensable para poder pensar en la formulación de disciplinas comunes.

Pero en cuanto se refiere al sector de los contratos, la idea de dictar una disciplina común, respecto de diferentes experiencias nacionales, sin embargo, no es nueva.

En 1927, una comisión italo-francesa, presidida por los profesores Scialoja y Larnaude, elaboró, como recordaba el amigo Gandolfi, un proyecto de código de las obligaciones y de los contratos, que habría debido aplicarse en los dos sistemas.

Como es sabido, nada se hizo; y, sin embargo, este intento fue importante, porque no sólo ofreció a la reforma del Código Civil italiano, que se iniciaría en 1939, una base para repensar la completa sistematización de la materia de los contratos y, por tanto, necesariamente, del derecho de las obligaciones, sino también porque demostró que era posible trabajar en conjunto con provecho, para dos culturas jurídicas que, aunque partiendo de un punto común de referencia inicial (el Código Napoleón), se venían distanciando (y esto sobre todo por causa de la influencia cada vez mayor que el pensamiento jurídico alemán había comenzado a tener sobre la doctrina italiana).

No es por tanto impensable, no obstante algunas reservas y perplejidades que he sentido formular a algunos autorizados colegas franceses, trabajar y construir en conjunto una disciplina común en la cual imprimir la materia de los contratos.

Una última cosa quisiera decir sobre el punto, que no quiere sonar a advertencia, sino que quiere constituir sólo una constatación de una realidad que está bajo nuestros ojos y con la cual se deberá contar: dentro de pocos meses en Europa, entre los países que se han constituido en comunidad, no habrá más confines o espacios cerrados para los intercambios, las iniciativas, las inversiones; esto significa que la riqueza y el trabajo circularán libremente en el interior del sistema comunitario. Pues bien, si para un sector tan delicado e importante, como aquel en que se realiza justamente la circulación de la riqueza, no se encuentra por parte de nosotros los juristas el coraje para ofrecer soluciones unitarias; ciertamente estas soluciones las encontrarán solos, y a lo mejor de manera caótica y quizás también discutible, los operadores económicos (empresarios, financistas y los mismos trabajadores a través de sus organizaciones); el *droit des affaires*, del cual el derecho de los contratos representa ciertamente un aspecto eminente, no admite, como se sabe, retardos o incertidumbres. Y si un día debiesen verificarse retardos o incertidumbres (y fatalmente antes o después —no nos ilusionemos— se verificarán) por causa de nuestra lentitud o pereza mental (de nosotros, que en cierta medida, somos o deberemos ser los *encargados de las faenas*, de *estas* específicas faenas), aquél no será ciertamente un día del cual la cultura jurídica podrá vanagloriarse.

2. Pues bien, si efectivamente se logra comenzar, ya en este nuestro encuentro, a extraer alguna idea un poco más concreta, no más sea que de método (en esta sede me parece que no se puede, ni se debe hacer más), la vía más realista a seguir me parece aquélla, no de tratar de imaginar nuestro trabajo futuro como proyectado hacia la elaboración de un modelo normativo pensado, por así decir, *ex novo*, por los estudiosos de los varios países que entiendan abocarse a tal obra; diría más bien que sería oportuno partir de un modelo normativo ya

existente y operante en Europa y que, como tal, ya haya tenido modo de constituirse en punto de referencia de las reflexiones de la doctrina y campo de aplicación de la jurisprudencia.

En esta perspectiva, el modelo que, muy humildemente, quisiera proponer a vuestra atención, por las razones que me permitiré exponer, y que -creedme- no nacen de un sentimiento patriótico ni mucho menos chovinista, es el representado por el Libro IV del vigente Código Civil italiano. Una precisión y una clarificación quiero de inmediato hacer: tomar como punto de partida para nuestras reflexiones un concreto modelo normativo, no significa consentir en hacer obsequiosamente nuestras las opciones contenidas en éste. El modelo tomado en consideración, cualquiera que sea, deberá ser sólo un punto de partida, para modificar (incluso radicalmente), para integrar, para confrontar con otros modelos normativos, a la luz de las exigencias y las necesidades a las cuales se entiende hacer frente.

¿Cuáles son las razones que hacen del modelo italiano un modelo particularmente apto para constituir un punto de partida para nuestras reflexiones? Algunas de estas razones las ha ya indicado el amigo Gandolfi y no precisamente hoy (puede verse G. Gandolfi, *Una proposta di rilettura del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, pp. 217 y sgtes.); otras quisiera indicarlas yo.

La primera razón tiene un origen, por así decir, cultural. El modelo del Código Civil italiano, en general, y el Libro "De las obligaciones", que contiene la disciplina general y especial de los contratos, en particular, representan, en efecto, el encuentro de dos culturas jurídicas: aquella francesa, ligada a la refinada concreción del *Code Napoléon*, heredera de la gran tradición legislativa romana, y aquella alemana, en la cual la *razonabilidad* de las soluciones se ha sabido conjugar con (e incluso elevar a) *racionalidad*.

Bajo este último aspecto, las grandes categorías conceptuales (así, el negocio jurídico o el derecho subjetivo), con las cuales, todavía hoy, los juristas italianos deben hacer cuentas, son justamente aquellas categorías conceptuales que representan las expresiones más altas de la cultura jurídica alemana y también, a mi juicio, de la misma ciencia jurídica europea de los últimos dos siglos.

El Código Civil italiano de 1942 ha representado, por tanto, el encuentro entre estos dos modelos culturales, y en esto se ha distanciado del modelo del código civil precedente (aquel de 1865), que era la casi textual traducción del Código Napoleón.

Este cambio de perspectiva (es decir, el abandono del modelo francés como modelo exclusivo, y el intento de recibir, de algún modo, los resultados a los que había llegado la doctrina y, mientras tanto, también el legislador alemán) fue principalmente debido a la difusión de los estudios romanísticos: fueron, en efecto, los estudiosos del derecho romano los que introdujeron en Italia la cultura pandectística y con ella las construcciones y los esquemas lógicos que ésta estaba elaborando. Por ello, ya en el sistema del código civil de 1865, se asistió, a partir sobre todo del fin del siglo pasado, a la singular situación de un código ligado estrechamente al modelo francés y de una doctrina que se iba alejando cada vez más de un modo de pensar evidentemente inspirado por la doctrina y por la experiencia francesa, para acercarse, hasta ser profundamente conmocionada, a la cultura alemana y a las categorías conceptuales que ésta había elaborado y estaba elaborando.

Así, cuando en 1939 la Comisión real da inicio a los trabajos de reforma del código civil, la ciencia jurídica italiana y, por tanto, los mismos componentes de la Comisión real, resultaban ser expresiones de una tradición cultural que tenía como punto de referencia un código civil "francés", pero que se estaba habituando a razonar según esquemas mentales "alemanes". Esto en el sentido de que la doctrina italiana tendía cada vez más a reconstruir el concreto dato normativo predispuesto por el legislador, a la luz de las grandes categorías conceptuales elaboradas por la ciencia jurídica alemana, más bien que a seguir los rigurosos (y a veces un poco asfixiantes) cánones de aquel positivismo exegético que, en sus formulaciones más extremas, había hecho decir a M. Bugnet: "Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon", y había consentido a M. Laurent afirmar, con igual solemnidad: "Les codes ne laissent rien à l'arbitraire de l'interprète; celui-ci n'a plus pour mission de faire le droit, le droit est fait"; *positivisme exégétique* que, si bien en tonos más moderados, continuaba ejerciendo sobre la doctrina y la jurisprudencia francesa aquel ascendiente fuerte que en la doctrina italiana, en cambio, se estaba perdiendo.

Esta situación, lejos de crear confusión o incertidumbre, contribuyó, como me parece se ha ya de algún modo referido, a dar a la ciencia jurídica italiana una autonomía y una originalidad particulares. En suma —séame consentido el uso de una fórmula ya hecha— la doctrina italiana llegó a componer en una perspectiva equilibrada los aspectos más convincentes de las dos importantes experiencias, dando lugar a un "estilo" suyo, hecho de rigor dogmático y conjuntamente de atención (razonable y jamás fetichista) al texto normativo.

Al lado de estas razones de carácter exclusivamente cultural, otras razones hacen del Libro "De las obligaciones" del vigente Código Civil italiano, un texto particularmente moderno y, por tanto, digno de ser tomado en consideración como punto de partida para un código europeo de los contratos.

Me parece que el Código Civil italiano de 1942 ha representado quizás la primera tentativa orgánica de tomar acta de lo necesario de las grandes transformaciones que una sociedad y una economía modernas requieren, con respecto a los institutos (propiedad, contrato, iniciativa económica) que, desde siempre, han constituido los elementos fundamentales del entero sistema de las relaciones entre particulares.

En la sociedad que estaba naciendo, el momento central de la economía no estaba ya constituido por la propiedad, la riqueza no encuentra ya su referente, por así decir, privilegiado en el *tener* y, por tanto, en la propiedad. El *hacer*, el emprender, se imponen cada vez más en la dimensión económica; y con el *hacer* aquel *ser* del cual el *hacer* es expresión. En suma, la sociedad deviene en una sociedad no ya del *tener* sino del *ser-hacer* y, esto es, de la *capacidad* de *hacer*.

En esta nueva perspectiva, el as fundamental del sistema del código civil y, por tanto, del sistema de las relaciones entre particulares, no puede ya ser construido sobre el modelo de la propiedad; porque en la misma realidad socioeconómica las relaciones entre los particulares se concentran siempre más en torno a la iniciativa económica y al actuar negocial, esto es, en torno al momento de la producción y de la circulación de la riqueza producida. De todo esto, los reformadores del código civil se dieron bien cuenta; proceden, por un lado, a la unificación del código de comercio con el código civil y construyen el sistema de las relaciones entre particulares no ya en torno al Libro "De la

propiedad" (como sucedía en el sistema del código civil de 1865), sino en torno al Libro "De las obligaciones" que contiene, evidentemente, además de la disciplina general de las obligaciones y de los contratos, la de los contratos más difundidos en la práctica, la de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y la de algunos significativos negocios unilaterales entre vivos con contenido patrimonial.

El elemento más vistoso de esta obra reformadora está representado, sin duda, por la unificación del código civil con el de comercio. A este propósito, algunos estudiosos del derecho comercial han visto en ello una suerte de *comercialización* del derecho civil; por el contrario, los estudiosos del derecho civil han querido responder (con un espíritu de bandería muy poco beneficioso, a mi modo de ver), que la unificación entre los dos códigos ha representado más bien una suerte de *civilización* del derecho comercial. En verdad, con una reflexión más serena, deberemos reconocer que la unificación ha producido un fenómeno de osmosis entre los dos modos de observar y reconstruir las relaciones entre los particulares, hasta hace algún tiempo distintos. Estudiosos del derecho civil y estudiosos del derecho comercial se han enriquecido recíprocamente con las respectivas experiencias, mentalidades, culturas. En esta perspectiva, en el Código Civil italiano vigente, el sistema delineado por el Libro "De las obligaciones" que, ciertamente, representa un poco el punto de intersección entre todos los principales institutos disciplinados por el Código civil, expresa, a mi modo de ver, el testimonio más significativo del enriquecimiento consiguiente al encuentro de los dos modos de entender y hacer derecho.

Se ha dicho que el sistema de los contratos, disciplinado en el IV Libro del Código Civil italiano, tiene respecto a las relaciones entre los particulares un rol central, porque expresa las técnicas y los modos de la circulación y de los desplazamientos de la riqueza. Si cuanto vengo diciendo es correcto (y creo que lo es), es también evidente que para comprender el sentido y, por tanto, el significado innovador de las opciones adoptadas por el legislador italiano, es necesario enmarcar algunas novedades (las más relevantes, evidentemente) de nuestro Libro IV del Código Civil italiano en las *otras* novedades que, en la reforma del 1939-1942, han sido aportadas a aquellos institutos que están en la cumbre (o que, en cualquier caso, están directamente *implicados* o son *implicables*), en el sistema de la circulación de la riqueza: me refiero, por un lado, a la propiedad; y por otro, a la iniciativa económico-productiva, esto es, a la empresa; instituciones ambas profundamente innovadas en sus contenidos, considerando los que tenían en el código civil y en el código de comercio precedentes.

Comencemos con la propiedad, buscando limitar al máximo nuestras indicaciones: también la propiedad ha sufrido, a consecuencia de la reforma del código civil, una profunda transformación. Se podrá hasta decir quizás que, entre los tradicionales institutos sobre los cuales se fundaban en el sistema del código civil de 1865 las relaciones entre los particulares, la propiedad y la disciplina del sistema de los bienes, en su sentido jurídico, han sido los que han sufrido las transformaciones más profundas.

Por cuanto respecta a la definición de los bienes, hay que subrayar cómo el vigente art. 810 C.C. (con el cual se abre el Libro III "De la propiedad"), diversamente del correspondiente art. 406 C.C. 1865, no hace ya referencia a la propiedad, sino, con una fórmula más difuminada, parecería querer casi aludir a una definición de los bienes, en sentido jurídico, de significación general. El artículo todavía permanece, concentrado como está en el concepto de "cosa", en

el sistema de los derechos reales. Su colocación y su contenido no consienten su utilización como modelo general de una noción de bien, en sentido jurídico, susceptible, esto es, de ser considerada más allá del sistema de los derechos reales en el cual se coloca. Entendemos con esto subrayar cómo una noción general de bien en sentido jurídico deba ser reconstruida sobre la base de ulteriores referentes legislativos (por ejemplo, aquéllos siquiera mencionados en las disciplinas singulares de los tipos contractuales, o al menos la noción de bienes inmateriales, contenida en el V Libro del Código Civil). No por casualidad, en el proyecto del Libro "De la propiedad" predispuerto por la Comisión real en 1937, justamente a las espaldas de la definición de las cosas con la que el Libro mismo se abría ("cosas en el sentido de la ley son todos los objetos corporales u otras entidades naturales susceptibles de apropiación o de utilización": art. 1º) aparece, en el art. 3º, la definición y una previsión, si bien generalísima, de disciplina de los llamados bienes inmateriales ("a las obras del ingenio, al nombre comercial, a la razón social, a las marcas, a los diseños, a los modelos, a las insignias y a las otras cosas similares o análogas, se aplican las normas relativas a las cosas corporales, en cuanto no sean aplicables leyes especiales y lo consienta su naturaleza"). La definición y la disciplina de tales bienes vendrán luego colocadas, en el sistema del Código vigente, justamente en el Libro V "Del trabajo", casi para destacar cómo el elemento característico de esta categoría de bienes no reside sólo en el aspecto (*propietario*) de la pertenencia, cuanto sobre todo en el hecho de que tales bienes son el producto y la expresión del trabajo (intelectual) del hombre.

Siempre sobre el tema de los bienes, el art. 811 C.C., ahora derogado, ponía, como *summa divisio* entre los bienes, no ya la tradicional entre bienes inmuebles y bienes muebles (que, no obstante, continuará expresada en el art. 812), sino la que sustancialmente introducía la diferenciación entre bienes relevantes y bienes no relevantes para la producción nacional. El art. 811 C.C. aparece, en su significado innovador, como la natural premisa de la nueva definición de propiedad, contenida en el art. 832 C.C., en el cual, diversamente de cuanto se había establecido en el correspondiente art. 436 C.C. 1865, por un lado, no se hace ya referencia al instituto y a su contenido sino que se hace directa referencia al titular del derecho (y, por tanto, se habla de propietario y no ya de propiedad), delineando los contenidos y los límites de su poder; por el otro, al lado de los límites (negativos) establecidos por la ley, se prevén (*en positivo*) obligaciones, y esto en conformidad a la ideología dirigista y corporativista, en la que se inspiraba el legislador de 1942 en materia económica. Además, el operar (en positivo, como se ha dicho), de tales obligaciones encuentra su concreta manifestación en el art. 838 C.C., en el cual venía disciplinada una forma de expropiación (nueva y diversa de aquella tradicional, ésta siempre operativa a través del art. 834 C.C.), de naturaleza, por así decir, *punitiva*, desde el momento en que ella habría encontrado aplicación en el caso del propietario de bienes relevantes para la producción nacional que hubiese abandonado "la conservación, el cultivo o el ejercicio" de tales bienes, "de modo de perjudicar gravemente las exigencias de la producción misma".

Por tanto, en la idea de propiedad que se había hecho el legislador de 1942, el propietario de bienes relevantes para la producción nacional *debía* producir; su señorío sobre el bien no podía manifestarse en la forma, si bien clásica, puesto que consolidada por la tradición, del no uso. Pero si esto era así, no es dudoso que el propietario, al menos aquél de bienes relevantes para la produc-

ción nacional, justamente porque debía insertarse, con su actividad, en el ciclo general de la producción, terminaba por ver conmocionada su posición tradicional de propietario *rentier* cerrado, un poco egoístamente, en su señorío, en la de *propietario productor*. Posición ésta muy similar a la del empresario (si no en los hechos absolutamente coincidente), por la cualidad y el tipo de actividad que el propietario es llamado a desarrollar; si bien es bueno aclararlo de inmediato, las dos figuras (las de propietario y de empresario) permanecen aún, al menos sobre el plano de la disciplina concreta para ellas dispuesta en el Código Civil 1942, completamente autónomas, aunque difícilmente no asimilables entre sí.

En suma, que la del propietario-productor (en la idea que, con razón o sin ella, parece haberse hecho el legislador de 1942) debiese ser una actividad económica (una actividad dirigida, pues, no sólo a la producción, sino también al intercambio de bienes), se deduce de la naturaleza misma de la actividad que se requería al propietario desarrollar, que no podía evidentemente ser aquella terminada en sí misma, de un *rentier* "egoísta", que, en sustancia, se limita a gozar él solo de los resultados producidos por su actividad.

La figura del propietario-productor (así delineada) termina, por tanto, por coincidir tendencialmente con la del empresario. Y justamente esta última figura es una de las novedades resultantes (y no excluyo que sea la más importante) de la reforma de 1942 y de la unificación de los dos códigos por ella realizada. Una nueva figura: la de empresario, como nuevo protagonista de la vida económica irrumpe en la escena y viene a sustituir la precedente figura del comerciante, entendido, en el rol codicístico que le era atribuido, como aquel que intermedia en los negocios.

La figura del empresario, si bien no pierde el carácter de aquel que actúa, intermediando en el negocio, ve enriquecer el propio rol con un nuevo elemento: el de la actividad productiva. En este clima de revisión de la naturaleza y de la función de los protagonistas principales de la vida económica, una función eminente habría podido desarrollar el empresario agrícola (otra figura inserta *ex novo* en el Código Civil 1942); figura aparentemente revolucionaria, atendido que en el sistema del Código Civil precedente y del mismo *Code Napoléon*, la actividad productiva en la agricultura no asumía (como la figura del empresario agrícola, en cambio, parecería poderle hacer asumir actualmente) un rol autónomo y desvinculado de aquél del ejercicio de la propiedad; esto es, en el sentido de que la producción en agricultura venía considerada como la natural consecuencia de la naturaleza fructífera de los bienes agrícolas; y como tal, la producción agrícola entraba en la esfera y en el señorío del propietario de los bienes de los cuales la producción misma derivaba.

Además, como subrayó, con eficacia, M. Savatier a propósito del sistema del *Code de Napoléon* (y el discurso es evidentemente reproducible, *in toto*, para el sistema de los códigos italianos precedentes), no habría tenido sentido hablar de un derecho agrario como una rama del derecho de los particulares, autónoma del derecho propietario, atendido que la codificación francesa y la italiana previgente nacían un poco como *estatutos* de los propietarios de tierras.

La codificación italiana de 1942, introduciendo la figura del empresario agrícola, pareció haber realizado un cambio importante; pareció, pues, haber tomado acta de una verdad que, aunque estando bajo los ojos de todos, hacía poco que había captado la atención de la doctrina italiana. Y esta simple verdad

consistía en la constatación de que el “producto” y los “frutos” no eran sólo el significado exclusivo de la naturaleza fructífera de los bienes, sino el significado también (y quizás por sobre todo) del trabajo, a través del cual se puede mejorar, aumentar, racionalizar las naturales potencialidades productivas de los bienes fructíferos.

Trasladado el acento de la producción agrícola del ámbito del *tener* (la propiedad), al del *hacer*, resulta por descontada la conexión del sistema productivo en la agricultura con las temáticas de la empresa; con todas las innovaciones que esta perspectiva debería haber comportado en la materia. La previsión, en el Código Civil de 1942, de la figura del empresario agrícola habría podido constituir una premisa y conjuntamente un punto de llegada de esta obra de revisión profunda. Sin embargo, la definición codicística de esta figura, expresada en el art. 2135, lejos de introducir elementos de sustancial novedad, parece resolverse, como no ha escapado a la doctrina más atenta, en bien poca cosa; en pocas palabras, el *empresario* agrícola no es, como con exactitud se ha escrito, *empresario en sentido técnico*. Y así, pese a los esfuerzos realizados por los estudiosos del derecho agrario, la figura del empresario agrícola, en la definición que ofrece de ella el Código Civil italiano vigente, es y permanece como del todo marginal y residual; esto es, en el sentido de que, más allá de la etiqueta atribuible (la de empresario), no me parece haber escapado sustancialmente del sistema propietario en el cual la colocaban los precedentes códigos civiles y de comercio italianos. En sustancia, si el Código Civil habla de empresario agrícola, la disciplina originalmente dictada para diseñar esa figura parece más bien la de un propietario.

Y, sin embargo, aunque no realizada, la idea del legislador de 1942 de cambiar el derecho agrario del sistema de la propiedad a aquél de la empresa, parece una idea justa y, en ciertos aspectos, precursora de los desarrollos que la materia habría tenido más tarde en la concreta realidad socioeconómica. En este sentido, es de esta idea, a mi juicio (no de su formulación codicística), que se deben tomar, todavía hoy, los pasos para una moderna comprensión de la dimensión jurídica de la economía agraria.

Del mismo modo, sin duda, interesante y, como tal, susceptible de una moderna reinterpretación (en clave ciertamente no dirigista), es también la idea de una propiedad que (al menos respecto de algunas categorías de bienes) pueda ser entendida en su dimensión productiva; y, por tanto, la idea de un propietario que pueda acercarse a la figura del empresario.

3. Se ha dicho que el contrato es el instrumento fundamental para la circulación de la riqueza. En el cuadro de las novedades introducidas en el Código Civil 1942, hay algunas que se refieren justamente al contrato.

A este propósito, la ejemplificación de aquéllas, que quiero someter a vuestra atención, lejos de querer ser completa, entiende tener un valor solamente indicativo.

Comenzaré señalando el art. 1324 C.C., artículo que no encuentra un correspondiente en el Código Civil 1865. Como es sabido, el legislador de 1942 no ha dictado normas para disciplinar la figura general del negocio, pero “en conformidad a nuestra tradición jurídica... se ha regulado aquel negocio jurídico, centro de la vida de los negocios, que se llama contrato” (así, *Relación sobre*

el *Código Civil**, n. 604); y todavía, la introducción del art. 1324 consiente el extender, en cuanto compatibles, las normas que regulan los contratos a los actos unilaterales entre vivos con contenido patrimonial. Pero hay más: la *Relación sobre el Código Civil* (nn. 602 y 604) consiente también la aplicación de la disciplina de los contratos, siempre en los límites de la compatibilidad, sea a los acuerdos "cuyo contenido no puede valorarse económicamente" (así, *Relación sobre el Código Civil*, n. 602), sea a los actos unilaterales entre vivos de naturaleza no patrimonial (*Relación sobre el Código Civil*, n. 604). Esta amplia capacidad expansiva atribuida a la disciplina del contrato hace de este último una suerte de sinónimo de negocio y legitima la constante referencia de la prevaliente doctrina italiana a tal figura conceptual, sustancialmente presente, por lo que se ha dicho, en el diseño del *Código Civil*.

Importantes innovaciones, en sede de formación del acuerdo contractual, están expresadas en los arts. 1337 y 1338 C.C. que disciplinan respectivamente la responsabilidad en las tratativas y la derivada de la falta de comunicación de la existencia de causas de invalidez del contrato.

Coherente con el sistema dirigista que inspiraba la política económica del régimen de la época de la reforma de los códigos, es la combinación dispuesta por los arts. 1339 y 1449, inciso segundo, C.C., que establecía (y continúa todavía estableciendo) la inserción automática de las cláusulas o de los precios impuestos por normas imperativas, en sustitución de las cláusulas o de los precios concordados por las partes (art. 1339), y que, en consecuencia, consentía y consiente la salvación del contrato, de otra manera nulo (art. 1419, inciso 2°) por ser *contra legem* en uno de los aspectos cualificantes de la regulación negocial que expresa.

La disposición de estos dos últimos artículos, ciertamente inspirada, como se ha dicho, en la ideología dirigista del legislador de 1942, pero también ligada a las exigencias de una legislación de guerra, podría encontrar una útil aplicación, si bien no extremista (circunscrita, por tanto, sólo a algunas hipótesis, no ya proyectada en vía general, como es ahora en el *Código Civil*) en el mismo sistema de economía mixta (como el nuestro), y con posibilidad de intervenciones, en clave de programa, de parte del Estado, según el modelo diseñado por el art. 41 de nuestra Carta Constitucional**.

Relevante novedad es también la constituida por los arts. 1341 y 1342 C.C., dispuestos en materia de condiciones generales de contrato y de contrato concluido mediante módulos y formularios, respectivamente. La insatisfacción expresada muchas veces por la doctrina reciente respecto de estas dos últimas normas, parece hacer referencia (como a mi modo de ver involuntariamente quizás ha surgido incluso en un reciente congreso desarrollado en Roma sobre

* NOTA DEL TRADUCTOR: el autor cita la *Relazione Ministeriale a S.M. il Re Imperatore sul Codice Civile e relativo decreto di approvazione* (impreso junto con el Libro Primero del *Código* en 1940). Se trata de un documento en el cual se explican los principales contenidos del nuevo *Código*, y que la doctrina italiana suele utilizar como elemento interpretativo de la intención de los redactores.

** NOTA DEL TRADUCTOR: el art. 41 de la Constitución italiana (de 1948) es del siguiente tenor: "La iniciativa económica privada es libre. No puede desenvolverse en contradicción con la utilidad social o de modo de causar daño a la seguridad, a la libertad, o a la dignidad humana. La ley determina los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda ser dirigida y coordinada respecto de los fines sociales".

el tema), y pese a lo que se afirma y que quizás se cree, no tanto a la formulación de las normas (por otra parte siempre perfectible), sino al uso práctico —no siempre limpio y leal— que, en concreto, se hace de ellas por el contratante que predispone las condiciones generales del contrato. Por otra parte, una valoración serena de estas técnicas de predisposición por parte de un solo contratante del contenido del contrato, lejos de incidir, como sin embargo se ha afirmado, sobre la autonomía de los particulares (sobre el punto pueden verse algunas lúcidas páginas del *Schuldrecht* de Larenz), no puede hacernos olvidar que tal práctica de determinación del contenido contractual se puede comprender en la lógica de la empresa (que es siempre el contratante que predispone tales cláusulas); y, esto es, en la exigencia para el empresario de racionalizar y hacer homogéneas las relaciones con la propia clientela.

Otra norma (quizás) nueva y ciertamente importante es el art. 1366 C.C. que sanciona el principio de la interpretación del contrato según la buena fe y que explícitamente ha introducido la tutela de la confianza. En verdad, en el Código Civil precedente existía una norma (el art. 1124), correspondiente al actual art. 1374 C.C., que establecía el principio de ejecución del contrato según la buena fe. En el sistema del Código Civil de 1865 faltaba una norma que estableciese un análogo principio para el tema de la interpretación; a esta falta ha proveído justamente el legislador de 1942 con el art. 1366. Es oportuno recordar cómo, aún vigente el viejo Código Civil, autorizadas opiniones (Redenti y Grassetti) habían llegado, haciendo uso justamente del art. 1124, a la afirmación del principio de la interpretación de los contratos según la buena fe; ello sobre la base del simple (y exacto) razonamiento por el cual si el contrato debe ser ejecutado según la buena fe, tal modalidad de ejecución presupone, por necesidad lógica, una preventiva interpretación también según los principios de la buena fe, atendido el hecho de que la interpretación del contrato (que sirve para individualizar las comunes intenciones de las partes) constituye una indispensable y no eliminable fase siempre preliminar de la ejecución del contrato mismo. No se ve cómo un principio que opera en un momento sucesivo, no deba operar en aquel momento precedente, del cual estrecha y directamente depende el sucesivo, desde el momento en que lo que va a ser “ejecutado” es justamente el contenido resultante de la común intención de los contratantes.

En estricto rigor, el art. 1366 C.C. si, formalmente, constituye sin duda una novedad del Código Civil 1942, probablemente no lo es en la sustancia; en efecto, el principio en él contenido parece ser cualquier cosa menos que extraño al sistema del Código Civil 1865, aun en ausencia de una norma expresa. Por ello, justamente introduciendo éstas mis pocas reflexiones sobre el art. 1366, me he permitido rápidamente dudar de su intrínseca novedad.

No obstante esto, la afirmación del principio contenido en el art. 1366 C.C. aparece importante, porque, como se quiera, ha contribuido, por un lado, a resolver un problema, sustrayéndolo a aquellas disputas doctrinarias y a aquellas eventuales incertidumbres jurisprudenciales, de resultados siempre discutibles; por otro, ha explícitamente ampliado el área de la interpretación, así como lo ha hecho además el art. 1345 C.C. sobre la relevancia de los motivos (que representa también una novedad del Código Civil italiano de 1942). El art. 1345 C.C. podría, en efecto, conectarse, a mi juicio, no sólo con el art. 1362 C.C. (sobre interpretación de la intención de los contratantes), sino también con este art. 1366 C.C.

Otra intervención innovadora, de gran relieve, está representada en el Código Civil 1942, por la sistematización de toda la materia concerniente a los institutos de la invalidez y de la ineficacia del contrato. A este propósito, en cuanto a lo que respecta a la invalidez, el Código Civil precedente contenía algunas normas dispersas y no ejemplares por su claridad. En tal contexto normativo, fue tarea de la doctrina elaborar las figuras de la nulidad y de la anulabilidad: pero lo hizo de modo no armónico ni homogéneo. Las mismas formulaciones, los mismos ámbitos de aplicación de los institutos, mudaban de autor a autor. La intervención del legislador de 1942 fue muy oportuna y la sistematización que de allí ha nacido, presenta un rigor, me atrevo a decir, impensable vista la situación caótica vigente en la normativa precedente.

Un rol muy importante, como inspirador de las opciones adoptadas en esta materia por el legislador de 1942, lo desempeñó el proyecto ítalo-francés de código de las obligaciones y de los contratos de 1927; la distinción contenida en éste entre condiciones necesarias para la *existencia* del contrato (art. 10) y causas (incapacidad legal de las partes o de una de las partes y vicios del consentimiento) de su anulación (art. 11) fue decisiva a este respecto. Del primer artículo se derivaría la disciplina de la nulidad; del segundo, la de la anulabilidad.

En cuanto concierne al tema de la ineficacia, de particular relieve es la disciplina referente a la resolución y la rescisión. También en la materia, el legislador de 1942 ha puesto orden a una normativa confusa y desarticulada, incluso terminológicamente.

En cuanto se refiere a la resolución, en sus varias formas, hay que decir que la normativa vigente parece no estar privada de relieve también sobre las temáticas, más generales, del cumplimiento-incumplimiento. Además, viene introducida, *ex novo*, aquella particular figura de resolución destinada a operar en los contratos de ejecución continuada o periódica o deferida, que es la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida. Con tal opción, el legislador de 1942 ha acogido formalmente el principio de la cláusula *rebus sic stantibus*, que ofrece la posibilidad de disolver el contrato frente a la verificación de un evento extraordinario e imprevisible; y con ello ha definitivamente acantonado el otro principio (alternativo), caro a una consolidada tradición (aunque resquebrajado por algunas intervenciones legislativas, realizadas en el curso de la Primera Guerra Mundial), según el cual los *pacta sunt servanda*.

Otra importante novedad del Código Civil 1942 es la constituida por la disciplina de la acción de rescisión, sea con respecto al contrato concluido en estado de peligro, sea para aquél concluido en estado de necesidad. Sobre todo esta última figura, que da lugar a la acción general de rescisión, aparece como importante. La exigencia de tutelar a quien haya contratado en estado de necesidad, cuando el otro contratante, en conocimiento de esta circunstancia se ha aprovechado de ella, había comenzado a emerger ya en el proyecto de código de las obligaciones y de los contratos ítalo-francés, pero había comenzado a emerger con connotaciones casi de vicio de la voluntad. En el Código Civil 1942, se ha dispuesto para esta figura una disciplina autónoma, y como se quiera no homologable a aquélla de los vicios de la voluntad. Además, desvinculándola de la disciplina de la nulidad, propia de la tradición alemana (que, a mi juicio, expresa la impostación quizás más correcta del problema, desde el momento que tal figura no es otra cosa que la *traducción*, en términos civilísticos, del delito de usura), se ha consentido en evitar la rescisión modificando el contrato, de modo de reconducirlo a la equidad.

Los ejemplos de las novedades aportadas en la materia de los contratos en el Código Civil italiano podrían proseguir, también para ilustrar mejor aquel continuo proceso de osmosis entre materia civil y materia comercial, que se ha realizado a consecuencia de la codificación de 1942. No es ésta ciertamente la sede. Me limitaré aquí —para tratar de completar lo más posible estas reflexiones, ciertamente breves—, a señalar la disciplina de la formación del acuerdo, la inserción en el Libro IV “De las obligaciones de la disciplina de los títulos de créditos, de la de los contratos bancarios y la del contrato de seguro”.

Ni puede, en fin, silenciarse que en el sistema del Código Civil italiano vigente, el diseño de la autonomía privada, trazado en sus contornos fundamentales por la disciplina general del contrato, contenida en el libro IV, lógicamente se completa con la disciplina (rica en novedades técnicas y dogmáticas), de algunos institutos esparcidos casi en todos los otros libros del código.

Así, por ejemplo, nos limitaremos a señalar, del Libro I (“De las personas y de la familia”), sobre todo la disciplina de las asociaciones de las fundaciones.

Pero es el Libro V (“Del trabajo”) el que presenta innovaciones importantes y significativas, en materia de contrato de sociedad y de contrato de trabajo (subordinado y autónomo).

En particular, en cuanto respecta a la definición del contrato de sociedad, el vigente art. 2247 C.C. ha eliminado las dudas que surgían (respecto a la correspondiente definición contenida en el art. 1697 C.C., 1865), del uso atécnico de la expresión “comunidad” y enuncia la idea, sobre la cual se funda la codificación de 1942, “por el cual los bienes conferidos vienen a constituir un patrimonio autónomo” (así, *Relación sobre el Código Civil*, n. 928); mientras, con autónoma disposición (el art. 2248 C.C.), se declara aplicable la disciplina de la comunidad a aquellos contratos mediante los cuales se entiende dar vida a una comunidad para el solo objeto del goce.

Por lo que respecta al contrato de trabajo, se impone, en el Código Civil de 1942, la problemática, pero fundamental, categoría del contrato colectivo, en la cual se manifiesta aquella autonomía colectiva que consiente a los grupos el regular con eficacia normativa los intereses de los propios componentes. Autonomía colectiva que, ciertamente, ha enriquecido el mismo significado general del concepto de autonomía privada, que la tradición nos había entregado en ropaje casi exclusivamente individualista. No inútil aparece, bajo este aspecto, la misma experiencia corporativa, en la cual fue elaborado aquel modelo de autonomía colectiva que, en sus trazos esenciales, ha sido recibido por el moderno derecho sindical.

Siempre en el Libro V, un particular relieve sobre la autonomía privada, asumen la disciplina de los pactos de no concurrencia y el principio de la obligación a contraer que grava sobre el monopolista. Por otra parte, relevancia no menor habían asumido, por un lado, la sistematización estructural de los contratos de la agricultura, nuevo en el esquema *asociativo* originariamente elegido por el legislador de 1942 (pero recientemente reconducido al tradicional esquema del intercambio); por el otro, la colocación de tales contratos (que, sin embargo, ha permanecido) en el ámbito de la disciplina de la empresa.

4. Llegado a este punto, yo debería terminar. Y todavía una objeción podría ser formulada a cuanto he venido diciendo; y la objeción podría ser aquella concerniente a la posibilidad misma de poner en conjunto, en materia de contratos, una normativa creíble, que efectiva y útilmente llegue a armonizar los sistemas de código con aquél del *Common Law*.

Ciertamente los dos sistemas son diferentes y diferentes son las mentalidades y las culturas que los sostienen; yo creo, sin embargo, que estas diversidades no son inconciliables. Los problemas concretos que la realidad propone, y para los cuales es necesario encontrar soluciones preelegidas, pueden ser técnicamente no homogéneos; pero ésta es una constatación que puede hacerse, no sólo poniendo en confrontación sistemas de código y sistemas de *Common Law*, sino confrontando entre sí los mismos sistemas de código.

Más allá de las soluciones concreta e *históricamente* adoptadas, hay una común *sabiduría y prudencia*, un común referente a una común matriz cultural (el derecho romano), que hacen que las singulares decisiones sean diversas, pero no extrañas y, por tanto, no "incomprensibles" o incompatibles entre sí.

El amigo Gandolfi ha dado muchos ejemplos de esta compatibilidad entre nuestros sistemas de código y el sistema del *Common Law*; querría agregar sólo uno más, a mi juicio muy significativo: y es aquél de las teorías de la *Voraussetzung*, primero, y de la *Geschäftsgrundlage** luego; teorías elaboradas, como es sabido, por la doctrina alemana, pero prontamente recibidas y profundizadas por las culturas jurídicas continentales.

Y bien, el mismo orden de problemas, a los cuales las citadas teorías han intentado dar una solución, es afrontado en los sistemas del *Common Law* en clave de *implied terms*, de *foundation of the contract*, de *just solution*; y los resultados son sorprendentemente similares a los que se obtienen siguiendo las doctrinas continentales, inspiradas en el modelo alemán. En suma —¿cómo diría?— todo el mundo de la cultura y de la sensibilidad jurídicas europeas, como además aquél de la cultura en general, es más "país", y, por tanto, más unido de lo que se piensa.

El verdadero problema es que se den cuenta y se convenzan de ello los juristas.

* NOTA DEL TRADUCTOR: la expresión alemana *Voraussetzung* hace referencia al "presupuesto" o "supuesto de hecho", y la *Geschäftsgrundlage* alude a las bases generales del negocio jurídico.