
[Nota sobre el derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano]*

» FERNANDO HINESTROSA**

1. Las naciones latinoamericanas, colonizadas por las coronas de Castilla y Portugal, y en mínima parte de Francia, fueron totalmente permeadas por las culturas de las respectivas metrópolis, que en cuanto hace al derecho, y en particular al derecho privado, a su vez y desde tiempos remotos, habían vivido la recepción del derecho romano que, con el paso del tiempo, habían venido adaptando a su modo de ser y a sus propias circunstancias. De esta manera ese derecho se transmitió a América Latina, con adición de disposiciones especiales para el Reino de las Indias.

Durante el período colonial los profesionales del derecho de las naciones latinoamericanas se formaron en las *Instituta*: las bibliotecas de las universidades y de los colegios mayores muestran la presencia, entre otras, de aquellas de HEINECCIUS y de ÁLVAREZ, y durante el siglo XIX la formación romanista tuvo

* Lección en el curso de máster y de doctorado en “Sistema giuridico romanistico e unificazione del diritto”, Università di Roma ‘La Sapienza’, 8 de abril de 2008.

Para citar el artículo: F. HINESTROSA. “Nota sobre el derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 3-9. DOI: 10.18601/01234366.n28.01

** Rector de la Universidad Externado de Colombia (1963-2012), Colombia. La *Revista de Derecho Privado* presenta, a partir del número 24, los trabajos referidos al derecho civil y romano de quien fuera su fundador y constante y decidido animador. La mayoría de los trabajos ya han sido publicados, pero el afán de facilitar su divulgación, en especial, entre los estudiantes, nos lleva a volverlos a presentar, seguros no solo de su utilidad, sino también de su permanente actualidad.

lugar indirectamente por intermedio de los tratados de Pothier y de los exégetas franceses.

Por lo que se refiere al derecho italiano, del derecho civil relativo al código de 1865 se tuvo noticia por medio de las traducciones de las *Istituzioni di diritto civile* de DE RUGGIERO (1944), de las *Istituzioni di diritto civile* de BRUGI (1946) y de *La dottrina generale del diritto civile* de COVIELLO (1949), curiosidades perdidas entre las colecciones de tratados de los civilistas franceses en boga, sin que los respectivos editores, además, informaran el hecho de que para la época había sido promulgado un nuevo código civil.

Solo en la mitad de los años cincuenta se comenzó a tener noticia de la vigencia del *codice civile* de 1942; el nuevo derecho civil italiano tardó en ser descubierto, estudiado y apreciado. La primera obra que llegó en aquella época a nuestro continente fue la traducción de la *Dottrina generale del contratto*, de F. MESSINEO (1952), a la que se siguió la traducción del *Manuale di diritto civile e commerciale* (1954), cuyo primer volumen contenía una versión del *codice civile* en español. Las *Istituzioni di diritto privato* de CANDINAN fueron traducidas y publicadas en 1961.

Contemporánea fue la traducción de la *Teoria generale del negozio giuridico*, de E. BETTI (1954). En 1955 se conoció el *Contributo alla teoria del negozio giuridico* de R. SCOGNAMIGLIO (1955) y poco después se tuvo noticia de *Il negozio giuridico* de L. CARIOTA-FERRARA (1956) y de la *Teoria del negozio giuridico* de G. STOLFI (1959), y en esa misma época comenzaron a llegar la *Rivista di diritto civile* de W. BIGIAMI y la *Rivista di diritto e procedura civile* de T. CARNACINI, como también aparecieron en las librerías algunas pocas copias de la *Enciclopedia del Diritto* editada por GIUFFRÈ.

2. En 1974, P. A. CATALANO, director de la *Associazione di Studi Sociali Latinoamericani* (ASSLA), hizo su primera visita a Colombia, y al año siguiente vino acompañado de F. D. BUSNELLI. A partir de ahí se comenzaron a organizar y a desarrollar con regularidad congresos y encuentros con reconocidos juristas italianos, junto con colegas provenientes de los diversos países latinoamericanos, en las últimas ocasiones poniendo el énfasis sobre los principios del derecho de contratos, todo con el propósito de conocer, persistir y reafirmar la estirpe romanista de nuestras instituciones y de dar paso a la posibilidad de establecer principios o bases para una codificación latinoamericana.

Así pues, con el patrocinio de ASSLA, y del *Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani* de la Università di Roma 'Tor Vergata', del *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani* del Consiglio Nazionale delle Ricerche y del *Istituto Italo-Latinoamericano* (IILA), se organizaron congresos para el estudio y difusión del derecho de tradición romanista, europeo y latinoamericano, empeño que se completó, más recientemente, con la publicación de *Roma e America. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*,

editada por la Università di Roma 'Tor Vergata' y publicada allí, para el público europeo, y también por la Universidad Externado de Colombia, para el de América Latina.

Por iniciativa y con la organización de la Università di Roma 'Tor Vergata' se han ofrecido cursos de maestría y doctorado como parte del programa de redes de la Unión Europea, con la participación de universidades europeas y latinoamericanas y con la contribución de profesores de ambas latitudes, programas que han producido magníficos resultados.

Este conjunto de esfuerzos, cursos, encuentros, publicaciones, llevados adelante de forma sistemática, con participación amplia de los civilistas italianos, por más de treinta años y sin interrupciones, ha permitido a los académicos y a los estudiosos latinoamericanos tomar consciencia de la propia identidad cultural, de su origen en el derecho continental europeo, y de su propia tradición, y avanzar en la reafirmación de su ser nacional y continental, pero a la vez en forma tal de ampliar su propia concepción del universo jurídico para aproximarse a la globalización con mentalidad e instituciones más modernas y conformes con su realidad.

En cualquier caso, en los diversos países latinoamericanos, este acercamiento, o si se quiere, esta compenetración, ha sido más profunda debido a la incorporación en los códigos civiles de las reglas fundamentales de la codificación italiana, cuando no de su adopción amplia y directa. Se debe recordar que el código civil venezolano de 1862 se basó en el código italiano de 1865, con influencia posterior del proyecto franco-italiano del código de las obligaciones de 1927; que el libro IV del código de comercio colombiano, promulgado en 1971, introdujo, textualmente, parte importante de las normas del libro IV del *codice civile*; que igual sucedió con el código de Bolivia de 1975 y con el código de Perú de 1984; que la reforma del código civil argentino tiene marcado acento italiano, y que en esos países, al igual que en Costa Rica, la doctrina italiana circula de manera fluida.

En 1962, la Universidad Externado de Colombia publicaba la traducción de *Il danno morale* de R. SCOGNAMIGLIO, tomado de la *Rivista di diritto civile*, Cedam, 1957, cuya orientación fue acogida por la Sala Civil de la Corte Suprema y por el legislador delegado en 1970 en lo que hace a los bienes de la personalidad, nomenclatura tomada de la obra *Diritti della personalità*, de A. De CUPIS. En 1971, bajo el título de *Teoría general del contrato*, publicó la traducción de *I contratti in generale* de R. SCOGNAMIGLIO, muchos de cuyos pasajes han sido citados, a menudo, por las sentencias de la Corte Suprema. En 1992 se publicó la traducción de los primeros dos volúmenes del primer tomo del *Diritto civile* de L. BIGLIAZZI-GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI y U. NATOLI, obra citada, también ella y a menudo, por la Corte Suprema. Así mismo se publicaron traducciones de libros y ensayos de S. SCHIPANI sobre la codificación latinoamericana. En 2005 se publicó *Il contratto del duemila* de E. ROPPO. Y recientemente la traducción de

Il contratto di C. M. BIANCA, fundamental para el conocimiento del derecho civil italiano, la familiarización con su doctrina y su jurisprudencia, y la percepción de su identidad frente a otros ordenamientos europeos, obra sobresaliente por su claridad, su sencillez, su profundidad.

3. ¿Qué le dice el *codice civile* italiano y, más ampliamente, el derecho privado italiano a un jurista colombiano? ¿Cuál su atractivo? Porque lo cierto es que en las últimas décadas ha sido patente, vasta y amplia la penetración de la doctrina y aun de la jurisprudencia italianas en el razonamiento de los iusprivatistas latinoamericanos. Y valga anotar que esa relación estrecha y esa compenetración no pueden considerarse fortuitas, como tampoco pueden imputarse simplemente a la abundante migración italiana en algunos de nuestros países, ya remota y, podría decirse, desvanecida en numerosos aspectos.

A explicaciones aisladas, poco convincentes y que no alcanzan a dar una respuesta cabal a las interrogaciones anteriores, me parece que es razonable agregar otros motivos. En primer término la presencia de una proximidad emocional, ideológica y metodológica, no siempre consciente, pero tampoco chauvinista, que ha producido una amalgama y, lo que es más visible e importante, una solidaridad. Fenómeno al que han contribuido definitivamente los vínculos personales entre académicos del Mediterráneo y de Latinoamérica, propicios para la divulgación del pensamiento de aquellos, y para estimular la afirmación de la conciencia y de la propia estima de estos, y, me atrevería a decirlo, que han auspiciado una fraternidad y generado una actitud defensiva ante la invasión de otros sistemas jurídicos.

Mas todo ello no habría permitido esa amalgama, si no hubiera un cimiento sólido y de alto nivel científico y político, conformado por el derecho civil y el *codice civile*.

Dejando de lado la disciplina particular de las distintas figuras contractuales, la mirada se concentra en los títulos I y II del libro 4.º del *codice civile* y en el desarrollo doctrinario que generó y sigue alimentando, hoy integrado con el derecho continental europeo, y que, para los fines de esta intervención, ha de circunscribirse al ámbito *Dei contratti in generale*, a mi juicio, la más elaborada, abierta y vigorosa del conjunto.

En el pórtico aparece, en toda su dimensión, social y política, la autonomía privada. No la voluntad, sino la autonomía. Una autonomía que no es dispensada graciosamente por el ordenamiento, sino que este reconoce como un producto genuino de la sociedad, que puede verterse, tanto en las figuras típicas que cuentan con disciplina en la ley (nominadas), como en otras, por así decirlo, en vía de consolidación, siempre que “estén dirigidas a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico”, lo cual no es otra cosa que su aceptación por la conciencia social. Las partes pueden determinar el contenido de sus actos de disposición de intereses dentro de los límites impuestos por la ley.

Confieso el regocijo, además de la emoción que desde su primera noticia me han producido esas cláusulas del art. 1322 cod. civ., al igual que las del inciso segundo del art. 3.º de la Constitución de la República, por la frescura y la autenticidad de la expresión, a cuyo amparo bien pueden desenvolverse armónicamente la iniciativa particular y la tarea rectora del Estado y han resolverse las tensiones y conflictos racional y equitativamente.

La unificación del derecho de los contratos fue un paso fundamental para la concepción y la disciplina común de la autonomía privada, que no se opone a la regulación singular de figuras, varias nuevas, que demandan especial esmero. Los principios de la contratación son unos, al margen de los caracteres o las exigencias de sectores y materias del tráfico jurídico, a las que bien puede el ordenamiento atender sin aceptar la formación o la perduración de compartimentos estancos.

La buena fe, tomada a partir del cumplimiento de los deberes de lealtad y corrección, ha cobrado en el derecho contemporáneo y en la vida de relación realce e importancia de gran alcance. Pionero en su exaltación y en la exigencia de su presencia en todo momento, es el *codice civile*: el comportamiento honesto, diligente, en la relación crediticia, no solo concierne al deudor, así sobre él recae el mayor peso para la satisfacción de aquella, sino que también incumbe al acreedor (art. 1175 cod. civ.); en el adelanto de las negociaciones y en la formación del contrato las partes deben comportarse de acuerdo con la buena fe (art. 1337 cod. civ.); el contrato debe ejecutarse de buena fe (art. 1375 cod. civ.). Son estas admoniciones terminantes y oportunas, que, por cierto, no se limitan a prohibir fraudes, trampas o agresiones, sino que van más allá, al poner de presente el deber de un comportamiento activo para facilitar el desarrollo de las actividades y el logro del resultado común; en una palabra, para asegurar la vigencia del solidarismo o de la solidaridad social.

La posición del Estado y del ordenamiento, vigilante, interventora, orientadora, correctora, sin llegar a sustituir al particular o impedirle su actuación legítima, se evidencia en los preceptos relativos a la integración del contenido negocial. La inserción automática de cláusulas (contenido normativamente impuesto) es un anticipo del desarrollo de la regulación del contrato de consumo. La eficacia de las condiciones generales del contrato predisuestas por una de las partes, así como la de las cláusulas desequilibradas que corren en los contratos que se celebran por medio de formularios, queda sometida al conocimiento y la aceptación expresa formal de la parte vulnerable (arts. 1341 a 1342 cod. civ.).

La representación, entendida como ampliación de la legitimación por poder dispositivo, diferenciada del contrato de gestión o relación gestoria, reglamentadas ambas con esmero, en forma de compaginar los intereses de los tres vértices, y la valoración rigurosa del comportamiento de cada uno de los tres protagonistas en su posición frente a los dos restantes.

La rescisión del contrato celebrado en estado de necesidad o de peligro, como también del contrato lesivo con aprovechamiento indebido de una parte del estado de debilidad de la otra; la revisión o, en su caso, la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida, son figuras innovadoras, que ponen de presente el principio de la justicia contractual, por medio del temperamento de la codicia y avidez de unos y la apreciación de la vulnerabilidad de otros.

Análogamente sucede con la resolubilidad del contrato por incumplimiento, incumplimiento que ha de ser importante (art. 1455), igual que aquel exigido para el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido; en ese caso resolución puede darse mediante intimación, sin tener que acudir al juez (art. 1454), y la cláusula resolutoria expresa, que permite eliminar el contrato de plano, por decisión unilateral, en caso de incumplimiento de determinada obligación (art. 1456): sin duda significaron un vuelco en el manejo de las relaciones contractuales, acorde con las exigencias y prácticas del comercio y la necesidad de solucionar tensiones y conflictos habituales, exigidos de remedios variados, ágiles y rápidos, dentro de unas pautas severas de su ejercicio de buena fe y de oportunidad de defensa para la contraparte.

Otro tanto ha de decirse de la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida, elevada a precepto legal, en términos ciertos y equilibrados (art. 1467).

4. Resulta entonces evidente que el código civil italiano, más allá de de su marcada orientación solidarista, posición precisada por la Constitución republicana, y que lo ha puesto en una posición de vanguardia, significó un progreso sustancial, respecto de los códigos del siglo XIX, en la concepción y en la técnica en materia de principios y de disciplina del derecho de las obligaciones y de los contratos, lo que ha permitido resolver muchos problemas planteados por la economía contemporánea con agilidad, sensatez y sentido de la equidad. Muy probablemente y en buena medida, se debe a esta característica la sintonía de los derechos latinoamericanos con el ordenamiento italiano de hoy, y gracias a esta plataforma ideológica y científica común con el derecho privado italiano y a la reafirmación de su ascendiente romanista, los ordenamientos y los juristas latinoamericanos se han conocido y acercado entre ellos. Sin duda, gracias a todo esto será más fácil, o menos traumático, establecer las bases o los principios de una comunidad jurídica, que deberá ser la plataforma de la Unión Latinoamericana, para la cual nuestros pueblos cuentan con factores e historia, se diría más propicios que los países europeos, y que se advierte como un destino inevitable.

Con cuánta facilidad se ha difundido la idea de que el derecho continental europeo, y aún más, su proyección latinoamericana, es rígido y se muestra anclado a una interpretación y a una aplicación estricta y conceptual de la norma, que prefiere a toda costa la regla al sistema, que es demasiado permeable a la intervención del Estado garantista y proteccionista, que difícilmente se adapta a

las necesidades cambiantes del tráfico económico y financiero (ansioso de celeridad, confianza, agilidad y pragmatismo), y que desemboca, al final, en procesos judiciales lentos, complicados, y además inciertos.

Lejos de pensar que un sistema jurídico, en sí mismo, sea superior a otro, y que la universalización del comercio en todas sus expresiones implique necesariamente un derecho uniforme, que sería además aquel del más rico y del más potente. La historia y el carácter del hombre enseñan que el mejor derecho es aquel que mejor se adapte al modo de ser, a la tradición, a los principios, a los valores de cada sociedad, sin perjuicio de los fenómenos osmóticos y del sincretismo inevitable en el devenir de los pueblos.

En lo que a mí respecta, no puedo cerrar esta visión panorámica sin agradecer a la cultura jurídica italiana su contribución definitiva a mi pensamiento y a mi concepción del derecho.