

B) Extranjeras

DOS CONFERENCIAS DEL PROFESOR ALFONSO GARCIA
VALDECASAS, EN BOLONIA

El discurso inaugural de los cursos en el "Instituto de Derecho comparado italo-iberoamericano", de Bolonia, el pasado día 20 de febrero, corrió a cargo del profesor Alfonso García Valdecasas, catedrático de Derecho civil en la Universidad de Madrid, que también pronunció una conferencia en el "Instituto de Aplicación forense" de la Facultad de Derecho boloñesa.

El interés de los dos temas tratados nos ha sugerido la publicación de esta nota, que quiere recoger fielmente, en síntesis apretada, el contenido de ambas disertaciones.

La primera, sobre *La nozione del contratto nel diritto comparato*, se propone precisar algunos caracteres de la comparación de derechos tomando como pieza de contraste el contrato.

Habrà que partir de un concepto de contrato. Pero no de un concepto abstracto que pretenda abarcar por igual la generalidad de los fenómenos. Llegaríamos a tal vaguedad que para nada serviría tal concepto.

Hay que partir, al contrario, de un concepto típico de contrato. Partimos así del concepto del contrato tal como se ha formado en nuestra civilización occidental. Concepto, por tanto, concreto, pues la comparación jurídica sólo puede hacerse científicamente teniendo en cuenta la conexión entre el concepto tipo y el sistema en que existe. Ese concepto concreto será el eje que nos sirva de referencia para entender las distintas figuras de los distintos conjuntos jurídicos por su referencia a dicho concepto y por el papel que jueguen dentro de su conjunto jurídico. Nosotros partimos, pues, del concepto de contrato que se ha concretado en nuestro Derecho occidental como fruto de una evolución histórica que ha conducido hasta él. Diremos así que el sentido propio de la figura del contrato es que el acuerdo fundado de dos o más personas sobre determinado objeto y resultado jurídico, tiene la virtud de obligar a los que consintieron, en su actuación futura.

La primera cuestión para el comparatista será ver si en los distintos sistemas jurídicos que pertenecen a civilizaciones diferentes existe esa misma figura, si tiene la misma función y efectos y, en otro caso, si hay figura que se le parezca o que funcionalmente le equivalga.

El estudiante de Derecho, que no lo sea de Derecho comparado, puede que encuentre absurda esta cuestión, pues todavía persiste el hábito de ver en el principio del contrato una realidad jurídica universal y absoluta. La antigua escuela del Derecho natural no sólo daba por natural el contrato, sino que fundaba la misma existencia de la sociedad y, por tanto, del Derecho en la existencia de un contrato social. Innecesario decir la petición de principio que semejante concepción encierra.

La figura del contrato no tiene nada de natural. La idea de que el consentimiento de dos personas vincula su conducta futura, es una idea que ha necesitado milenios para formarse, que nunca ha adquirido un reconocimiento universal, que donde es reconocida lo es con limitaciones importantes. El mis-

mo principio jurídico "pacta sunt servanda", que se presenta como un axioma, es históricamente un fruto moderno.

Tal como lo poseemos, el contrato es figura que nos viene (a través de larga evolución) del Derecho Romano.

Pero en Derecho Romano, contrato no fué, por lo pronto, una figura general, sino más bien designaba una situación en la que alguien quedaba obligado. Contrahere significaba, como todavía hoy, contraer en castellano, cuando hablamos de contraer una deuda o contraer una enfermedad, algo así como atarse o sujetarse. Contractus era lo contraído.

El consentimiento no jugaba papel en estas obligaciones que se contraían. Era el rito solemne, o la palabra con valor sacramental, o el carácter sagrado de la palabra escrita, o la efectiva cosa entregada, o la actividad realizada, las que hacían contraer una obligación.

Ya en la época de la jurisprudencia clásica se vino a reconocer que en todas estas figuras había un principio de convenio, una conventio. De aquí partió el reconocer en el consentimiento un carácter esencial y constitutivo del contrato.

Pero el examen del desarrollo histórico, del Derecho Romano, muestra que el nudo consentimiento nunca bastó para constituir la fuente de una obligación.

En todo caso el Derecho Romano dejó establecido el principio de consecuencias trascendentales en la historia de ulteriores sistemas jurídicos de que determinados actos, en los que había consentimiento, obligaban a una conducta futura.

Ahora bien, semejante principio siguió siendo prácticamente desconocido en los Derechos orientales.

La institución de las arras y otras semejantes son manifestaciones de esa situación. Eran los remedios con que se salvaba la ineficacia jurídica de cualquier promesa, aunque fuera aceptada, de un comportamiento futuro.

Los conjuntos jurídicos de las civilizaciones hoy activas están en desigual relación histórica respecto de la herencia de la civilización greco-romana. La civilización occidental se considera como su heredera directa, y por lo que respecta al Derecho Romano, lo ha recibido en su seno, aunque en distinta dosis en sus diversas ramas. La civilización islámica recibió también el mismo legado y hasta fue en muchos aspectos el vehículo a través del cual algunas de sus manifestaciones pasaron a los pueblos de Occidente. La civilización bizantina, de la cual es una rama la ortodoxa-rusa, fue la prolongación misma de la cultura helenística y del Derecho Romano-Bizantino.

A la India llegó el impacto de la civilización helénica, pero atenuado y sin continuidad ni posterior influencia romana. El Extremo Oriente estuvo prácticamente fuera de la órbita de aquella civilización. Sólo muy tardíamente, en los siglos XIX y XX, y a través de la presencia o la imposición de la cultura occidental, puede decirse que llega a estas grandes culturas el influjo del Derecho Romano que la civilización occidental había recibido.

En la India los ingleses promulgaron el Indian Contract Act de 1872, conjunto de reglas derivadas del Common Law inglés sobre los contratos, su celebración, su forma y sus efectos, su nulidad y rescisión, su cumplimiento e incumplimiento, etc., así como sobre una serie de contratos particulares.

Por otra parte, la penetración islámica en la India, donde hay un centenar de millones de musulmanes, también significa una indirecta influencia de la herencia greco-romana. El mundo de las costumbres indias era prácticamente ajeno.

La China y en parte el Japón se mantuvieron mucho más tiempo exentos de la influencia occidental. La China de ayer estaba fundada sobre la autoridad social del espíritu cultivado (los mandarines) y el sentido ceremonial de la convivencia social. La Ley misma tenía una función de enseñanza más que de mandamiento. Su función no era tanto garantizar a cada uno su derecho, cuanto procurar la paz en la convivencia social.

La noción de contrato que nosotros hemos expuesto y que nos es familiar, para ellos era totalmente extraña. Es la vieja resistencia a creer que el acuerdo de hoy obligue en el día de mañana. Más bien lo importante hoy y mañana es el estar de acuerdo, y ello no puede consistir sino en buscar lo que es en lo que cabe siempre concordarse.

El tremendo impacto que fué para la China la presión occidental, que en algunas de sus manifestaciones históricas fué bochornosa, provocó una transformación en China que intentó asimilar el espíritu de Occidente. El proceso de occidentalización se acentúa a partir de 1912, y la República China promulgó un Código civil que era una influencia directa del Código civil alemán, con elementos del suizo y de otras legislaciones.

Como siempre que se produce la recepción de un Derecho extranjero se plantea la cuestión de la medida en que los textos legales que se reciben son asimilados y convertidos en Derecho vigente en la vida social. La tradición jurídica china y los juegos portadores de ella seguían extraños a la noción individualista del contrato y seguían enjuiciando el estado de la obligación actual, no como una simple consecuencia del contrato que la produjo, sino como algo que había de determinarse en virtud de la justicia actual, de los deberes de solidaridad entre las partes y del beneficio para la convivencia social.

Propiamente nada sabemos de la inmensa transformación por que está pasando la China de hoy como consecuencia de la segunda onda de transformación que significa la actual revolución china.

Tendrá que pasar tiempo para que pueda apreciarse la significación histórica profunda del proceso que allí se desarrolla.

Pero por lo que respecta al Derecho de los contratos, parece razonable conjeturar que la China, que nunca ha concebido la fuerza del contrato como el Derecho romano y el occidental, no va ciertamente en el futuro previsible a acercarse a dicha concepción.

* * *

En la segunda de las conferencias sobre "Insolvencia civil y mercantil", afirma que en materia de quiebra en Derecho español hay una vieja tradición que se remonta al Derecho medieval, de continua dirección del juez. La quiebra se concibió en él desde muy antiguo como una institución procesal. Igualmente es tradicional en España la llamada concepción pública de la quiebra, y muy antigua también la distinción entre concurso de acreedores (civil) y quiebra (comercial). La distinción aparece ya en una Ley de Cortes de Barcelona en 1299.

En la quiebra comercial se acentuaba el carácter de interés público del procedimiento. La idea es que el comerciante que quiebra no sólo perjudica a sus acreedores, sino también a la República.

La doctrina jurídica del siglo XIX en Europa, con su carácter individualista, rechazó esa visión de la quiebra. Pero la doctrina actual, especialmente la italiana, ha rehabilitado el principio de interés público en la regulación de la quiebra.

En el Derecho español, las diferencias más señaladas entre concurso civil y quiebra comercial, son que el quebrado puede ser sometido a arresto, mientras el deudor civil está libre de él; que el quebrado no puede librarse, como el deudor civil, de la ejecución universal pidiendo quita o rebaja; que la quiebra es retroactiva, y que cuando es fraudulenta tiene determinadas sanciones penales.

Pero hay otra diferencia en Derecho español que la doctrina no ha analizado hasta ahora. Esta diferencia concierne a los supuestos para la declaración del concurso y de la quiebra. La insolvencia del concurso civil no tiene los mismos caracteres que la insolvencia para la quiebra comercial.

Solvencia es, por lo pronto, potencia y acto de pagar. Insolvencia es, por lo pronto, cesación de pagos, incumplimiento.

Y en el Derecho Mercantil basta el acto cualificado de cesación para que se pueda declarar la quiebra. Aunque en potencia pudiera ser solvente el comerciante. Normalmente, en la quiebra, ya declarada, aparece una insolvencia como impotencia patrimonial de satisfacer todos los pagos pendientes, pero esa insolvencia, esto es, que el pasivo sea superior al activo, resulta después de la declaración de quiebra. Y puede ocurrir también que el quebrado tuviera activo bastante para satisfacer todas las deudas y, por tanto, en este sentido no fuera insolvente. El Código de Comercio español (art. 921) prevé el caso de que con el haber de la quiebra se paguen todas las obligaciones reconocidas en el procedimiento de quiebra. En tal caso, se rehabilita al quebrado, pero no se anula el procedimiento; la quiebra había sido válidamente declarada por la cesación en los pagos.

La doctrina italiana ha distinguido entre "insolvencia" como impago general del deudor e "insolvibilidad" o incapacidad objetiva de pagar, déficit efectivo del activo frente al pasivo. La insolvencia puede estar determinada por una voluntad negativa del deudor; la insolvibilidad es objetiva como fundada en una insuficiencia real del patrimonio.

Pues bien, en el Derecho español, si para declarar la quiebra basta el sobreseimiento, esto es, la insolvencia como cesación de pagos, en cambio para declarar el concurso de acreedores hacen falta dos requisitos cumulativos: uno, la cesación de los pagos; otro, que el pasivo del deudor sea superior a su activo (art. 1.913 del Código civil español).

Como consecuencia, la instancia de un solo acreedor es suficiente para provocar la declaración de quiebra del comerciante. En la quiebra, el título ejecutivo universal, como ha mostrado la doctrina italiana, lo constituye el auto mismo de declaración de quiebra. En cambio, para que a instancia de acreedores se declare el concurso, se requiere, conforme a la Ley de Enjuiciamiento civil (artículo 1.158), que existan dos o más ejecuciones pendientes contra el deudor y que, al menos, en una no se hayan encontrado bienes libres para responder.

Es decir, que el concurso de acreedores se declara cuando ya existe procesalmente una concurrencia de créditos, así como una deficiencia patrimonial

para hacer frente a éstos. Y por ello, el fundamento jurídico del concurso de acreedores es la concurrencia de créditos procesalmente reclamados y la insuficiencia patrimonial del deudor. Con lo cual, la declaración del concurso es, en efecto, "declarativa", sin virtud "constitutiva" del auto de declaración de quiebra.

Análogamente, con el concurso de acreedores se persigue la *par conditio* de los créditos, partiendo de los ya concurrentes. En cambio, en la quiebra, la concurrencia, y con ella la *par conditio*, es creada por el auto de declaración de quiebra.

La razón de esta diferencia entre insolvencia en el concurso y en la quiebra está en que el Derecho histórico, y todavía el vigente, entiende que la quiebra lesiona el crédito público, es decir, la esencia misma del tráfico comercial; lesión que no se produce con la insolvencia de un deudor civil.

E. V.