

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES

[“Unification of the Law Concerning Civil and Commercial Liabilities”]

LORENA CARVAJAL ARENAS*

RESUMEN

La trascendencia de la unificación del derecho de las obligaciones nacional en el camino hacia la armonización del derecho latinoamericano y la revisión del contenido del Código de Comercio actual son los criterios fundamentales que inducen a reflexionar sobre el argumento que da título a este trabajo.

En la primera parte se establecen desde el punto de vista histórico los hitos que determinan el surgimiento de la disciplina comercial y de su regulación en los códigos modernos. La tratativa se desarrolla fundamentalmente en el punto II donde por medio de argumentaciones y contraargumentaciones se exponen los elementos favorables y adversos a la unificación. El cuadro se completa con el examen de proyectos y legislaciones

ABSTRACT

The importance of the unification of Chilean Law of Obligations towards the harmonization of Latin-American's law and the revision of the actual Commercial Code are the fundamental reasons that induce to think about the argument that entitles this paper.

In the first half some points are established, from the historical point of view that determinate the rise of the commercial discipline and its regulation in modern codes.

The argumentation is developed fundamentally in the second half where the advantages and disadvantages are exposed through the benefits and losses of the unification. The overall picture is completed with the examination of national or supranational projects and

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Master en Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración por la II Università di Roma Tor Vergata. Correo electrónico: lorenacarvajalarenas@gmail.com

nacionales o supranacionales unificadas en la materia. En la parte de conclusiones se plantean ciertos inconvenientes que podría acarrear una eventual fusión, que es, en definitiva, la tesis central que se propone.

PALABRAS CLAVE: Unificación del Derecho - Armonización del Derecho.

legislations related to the subject.

In the conclusion a few questions appear which could lead to an eventual fusion that is, definitely, the main thesis proposed.

KEY WORDS: Law's Unification - Law's Harmonisation.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA Y ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO¹

La trascendencia de la unidad interna del derecho privado en el camino hacia la armonización del derecho común latinoamericano² y la necesidad de observar críticamente el estado actual de nuestra legislación son los motivos que me inducen a escribir acerca de la cuestión siempre viva de la fusión del derecho de las obligaciones civiles y comerciales.

En cuanto a la primera idea motriz, es sabido que la unificación internacional del derecho privado es un objetivo largamente perseguido por Europa y concretado a través de varios códigos y proyectos, tales como el Código ítalo-francés de las obligaciones, el Proyecto de la Academia de Pavía (que tuvo como modelo al código civil italiano unificado) y, últimamente, los Principios de UNIDROIT, que son un intento por recoger en principios el derecho comercial autónomo que los sujetos que operan a

¹ Si se desea profundizar en la matriz de la problemática que este trabajo tiene como premisa, vale decir, en la "Codificación" como opción para la sistemática del derecho privado, véase: VIORA, Mario, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione* (Torino, 1967), *passim*; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 1 (Padova, 1988), pp. 255 a 267. Acerca de la evolución del derecho común a las codificaciones del derecho continental, consúltense las excelentes páginas de ASCARELLI, Tullio, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, en *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* (Milano, Giuffrè, 1952), pp. 163 a 176. Sobre la "crisis de la codificación", v. la obra de IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*⁴ (Milano, Giuffrè, 1999), *passim*; en la misma línea SCHIPANI, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune* (Torino, Giappichelli, 1999), especialmente p. 257.

² Me refero a la "armonización del derecho latinoamericano" entendida como una forma de unificación del derecho más débil, porque conserva la individualidad de las normas armonizadas modificándolas solamente en la medida necesaria a la obtención de un fin.

nivel internacional se han ido dando en el ámbito de los contratos, o sea, la denominada *lex mercatoria*. Esta es, sin duda, una vía que tendremos que seguir en caso que logremos la llamada “Integración económica regional”, pues en este tipo de integración voluntaria el derecho se convierte en un elemento unificador por excelencia.

Respecto a la segunda consideración, aun cuando la contribución que deseo efectuar apunta a determinar la conveniencia de una eventual fusión o mantenimiento de la separación del derecho de las obligaciones, sin descender a aspectos de detalle, no puedo dejar de constatar, a vía ejemplar, la existencia de instituciones como las sociedades, cuya tipología colectiva consensual es la única regulada en el Código Civil, quedando el resto de las sociedades –solemnes- aunque sean de carácter civil regidas por el Código de Comercio³; lo cual demuestra la necesidad de reflexionar sobre la doble regulación.

La distinción entre estas dos ramas del derecho no fue conocida para los juristas romanos. El exuberante desarrollo de la economía mercantil con la apertura de Roma al dominio de los mares y de un gran imperio mediterráneo introdujo en el derecho un elemento determinante en este tipo de relaciones internacionales: la buena fe, creadora de nuevos institutos y de todo un complejo de relaciones jurídicas contractuales, que se presentaban como directa traducción de la realidad social forjada entre ciudadanos romanos y entre éstos y los peregrinos. Se trataba de un nuevo *ius* que se contraponía al *ius civile* y que al mismo tiempo era parte de él, denominado *ius gentium*, definido como un *ius quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* (Gai. 1, 1), cuyo centro era el comercio internacional que exigía un derecho universal, flexible e informal. Y tal derecho era el derecho civil de los romanos; no existió jamás un derecho especial del comercio⁴.

La dicotomía derecho civil y comercial tuvo inicio en Europa a co-

³ Según la autorizada voz del jurista mexicano Roberto Mantilla Molina, que las formas mercantiles de la sociedad son suficientes para satisfacer todas las necesidades que origina el negocio social lo corrobora el escaso número de sociedades organizadas siguiendo los preceptos del Código Civil. Si tales preceptos se suprimieran ningún vacío se notaría en la legislación. Véase MANTILLA MOLINA, R., *La unificación del derecho privado y su uniformidad internacional*, en ROTONDI, Mario (al cuidado de), *Inchieste di Diritto Comparato* (Padova, Cedam 1974), p. 325.

⁴ Véase GROSSO, Giuseppe, *Lezioni di storia del diritto roman* (5ª edición, Torino, Giappichelli, 1965), pp. 272 ss. CERAMI, Pietro - PETRUCCI, Aldo, *Lezioni di diritto commerciale romano* (Torino, Giappichelli, 2002), p. 7 ss., afirman la existencia de una “specialità sostanziale” del derecho comercial típica de la experiencia romana comprendida entre la mitad del siglo III a. C y la mitad del siglo III d. C.

mienzos del Medioevo, al surgir el derecho mercantil en el seno de las corporaciones de los mercaderes, radicado en los usos y prácticas que esos comerciantes observaban en el ejercicio de su profesión, en sus negociaciones y en la justicia que esas mismas corporaciones administraban, a través de los cónsules, aplicándola de forma exclusiva al grupo de personas que se sujetaba a cada gremio. Italia tuvo un papel importante a este respecto; España y Alemania figuran también entre los grandes países europeos que impulsaron el nacimiento de esta rama del derecho.

Más tarde, el ideal de la unificación privatística surgirá en Europa con los “juristas- filósofos”: G. Montanelli y E. Cimbali. Los “juristas-historiadores”, como Endemann y Dernburg⁵, verán en el derecho comercial no sólo una categoría histórica, sino una verdadera categoría transitoria, esto es, una categoría destinada a desaparecer.⁶

Esta discusión que a finales del siglo XIX se tuvo en Europa acerca de la relación del Derecho Mercantil con el Derecho Civil repercutió directamente en la codificación. Se planteó si era necesaria una codificación especial para el Derecho Mercantil, o si no era más adecuado las materias hasta ahora calificadas de Derecho Mercantil unificarlas junto con el Derecho de las obligaciones del Derecho Civil en un código, el “*Code unique*”. Esta última vía siguieron primero Suiza, cuyo Derecho de las obligaciones reunió el derecho general de obligaciones y las materias de Derecho Mercantil; y, más tarde, el *Codice Civile* italiano de 1942. Alemania mantuvo la división entre derecho civil y derecho mercantil.

⁵ Cfr. Wilhem ENDEMANN, *Der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches* (Erlangen, 1858), pp. 1-8; Henrich DERNBURG, *Die Allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts* (3ª edición, Halle, 1906), p. 32. A la concepción de estos juristas defensores de la unificación en Alemania se opuso Goldschmidt y su escuela. Este último autor fue influyente en la precomisión que proyectó la planificación para la elaboración del BGB. Cfr. GOLDSCHMIDT, Levin, recensión a Heinrich DERNBURG, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 23 (1878), pp. 301 ss. Las referencias bibliográficas han sido tomadas del libro de Helmut COING, *Derecho Privado Europeo* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996), II, p. 660, notas 14 y 15.

⁶ Cfr. DE CARVALHO, Orlando, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*, en *Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani* 21 (Padova, Cedam, 1998), pp. 106 s. La distinción del derecho civil y comercial desde el punto de vista histórico propone también Ascarelli en su obra [cit., (n. 1), p. 250]: “*La distinzione tra diritto civile e commerciale si presenta perciò come un fenomeno peculiare a alcuni diritti in alcune epoche storiche e la stessa proponibilità logica di una unificazione (pre-scindendo della sua opportunità) torna a dimostrare che si tratta di una distinzione che non possiede un valore logico indipendente dal tempo, ma che invece riposa su situazione storiche, storicamente determinate*”.

Por otra parte, se puede dar razón de países donde no existía hasta poco antes del período napoleónico un derecho comercial con individualidad propia, reconocido de manera autónoma. En Holanda, por ejemplo, centros comerciales como Amsterdam, Dordrecht y Middelburg desarrollaban naturalmente una actividad reguladora en sectores que hoy decimos pertenecer al derecho comercial, pero se trataba siempre de un trabajo de detalle, muy limitado en su aplicación territorial.⁷

II. ARGUMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DE LA UNIFICACIÓN

a) Primer argumento. El derecho privado debe mostrarse capaz de recibir los cambios económico-sociales. A través de la distinción entre código de comercio y código civil sería más fácil reflejar en materia comercial el efecto de la evolución continua de la práctica y de la política productiva, y sería posible garantizar la inserción en ella, permanente e inmediata, de cada decisión gubernativa o internacional capaz de potenciar la economía⁸.

La contraargumentación es que sólo la materia relativa a obligaciones sería regulada por el Código privado general, quedando el resto de las instituciones a cargo de la legislación especializada, precisamente porque es una característica de los institutos de derecho comercial la frecuente

⁷ El profesor de la Universidad de Amsterdam, PITLO, Adrian, *Posto del diritto commerciale nel diritto olandese*, en *Inchieste di diritto comparato*, cit (n. 3), p. 451, dice: "En los países, en que el derecho romano había sido aceptado y declarado sacrosanto, el derecho comercial fue considerado, ya en su surgimiento, como una unidad distinta, dado que no se quería romper la coherencia del sistema jurídico romano introduciéndole partes del derecho nacidas de instituciones posteriores, como la letra de cambio, el seguro y la sociedad comercial. En nuestras regiones, donde el derecho romano, como fuente, era considerado equivalente a otras fuentes jurídicas, faltaba este motivo. Solamente en el setecientos, en el siglo áureo de nuestra civilización, durante el cual para la ciencia y la cultura no existían límites y se interesaba siempre más intensamente en las obras científicas publicadas en otros lugares, se abrió camino también entre nosotros la idea de un derecho comercial distinto".

⁸ Considero el Código Civil como derecho común general y al Código de Comercio como Ley especial, llamada a especificar y aplicar principios dictados por el Código Civil. Recordemos que la exigencia de estabilidad está a la base de los códigos civiles del siglo XIX y que los artículos traducen los valores del liberalismo del ochocientos, de ahí el significado "constitucional" de los códigos civiles del cual habla Natalino Irti. Cfr. IRTI, Natalino, cit. (n. 1) p. 23. MENGONI, Luigi, *L'Europa dei codici o un codici per l'Europa?* (Roma, Centro di Studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993), p. 1: "Nel modello del costituzionalismo europeo-continentale, di matrice francese, la positivizzazione dei diritti fondamentali non produsse una codificazione del tipo della Costituzione americana, bensì il codice civile, ossia la codificazione delle libertà borghesi e dei rapporti di libero mercato nella forma di diritti civili privati".

sujeción a modificaciones legislativas. La idea es la unificación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales -a la manera del Código de las Obligaciones suizo de 1881, el Proyecto ítalo-francés, o el llamado equivalente inglés “*Law of contract*”⁹ – sin pensar en la unificación total de la entera regulación de estas dos disciplinas.

b) Segundo argumento. La causa funcional del comercio, representada por las exigencias de rapidez y agilidad, obligan a mantener un código independiente.

Rapidez y agilidad que, en este caso, significan menos formalidad en la práctica legal y procesal, una mayor posibilidad de prueba testimonial, dado que la celeridad con la cual se opera en el comercio no permite siempre servirse de actos o escrituras, y una más fácil circulación de los títulos de crédito como medios de pago. Esta rapidez y agilidad requieren, a su vez, una mayor protección de los terceros de buena fe. Son estas las exigencias que han dado vida durante el medioevo a un derecho comercial distinto, en los centros comerciales italianos y en aquellos de la liga anseática, desde los cuales se extendió a todo el mundo civil.

Sin embargo, en la actualidad el aumento de la población mundial y del tráfico y el velocísimo ritmo de vida han impuesto al derecho civil las mismas exigencias: menos formalidad, una rapidez mayor en sede procesal y una mayor defensa de los intereses de los terceros de buena fe. Es lo que algunos autores han llamado “Comercialización del derecho civil”¹⁰.

c) Tercer argumento: pureza dogmática. Desde este punto de

⁹ EDWARD WALL, *Civil Law and Commercial Matter*, en ROTONDI, cit. (n. 3), pp. 585 ss.: “Indeed, the expression “law of obligations” is hardly a precise equivalent of English “law of contract”.

¹⁰ Vid. LEVI, GIULIO, *La commercializzazione del diritto privato. Il senso dell'unificazione* (Milano, Giuffrè, 1996), *passim*. RIPERT, G., *Aspect juridiques du capitalisme moderne* (Paris, 1951), citado por GALGANO, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, (Bologna, 1978), p. 28, nota 2: “El código civil no es más el breviario de la vida civil. No es abierto más que en circunstancias excepcionales de la vida familiar: el matrimonio, la sucesión. En la vida cotidiana es con los comerciantes que uno debe tratar. Es el mundo moderno que se comercializa”. ELLERO, *Programma dell'Archivio Giuridico* (s. l., 1868), p. 7, citado en el legendario texto de VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale* (Milano, Vallardi, 1922), I, p. 24, n. 46. “De ahí el surgimiento y la prevalencia del derecho mercantil, que es parte del derecho civil; mas una parte progresiva e invasiva y quizás destinada a transformar el todo”. Se refiere también al fenómeno de la “mercantilización del derecho civil” GÓMEZ BALMACEDA, “Comentario”, en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), pp. 302 s., quien lo identifica como un fenómeno natural, pues el ámbito particular alcanza al general por su común aplicación.

vista los elementos que, de manera general, se pueden establecer en favor de la distinción del derecho comercial son: i) su inestabilidad; ii) la naturaleza propia de sus orígenes; iii) el elemento internacional.

Respecto al primer punto se puede decir que, cada vez más las modificaciones legislativas se hacen necesarias aun en el ámbito del derecho civil. El código hace mucho ha dejado de ser un cuerpo de normas intocable. La intensidad y la frecuencia de los fenómenos jurídicos han generado que el derecho civil haya hecho propio el ritmo veloz y adaptable del derecho comercial.

La naturaleza de sus orígenes, como derecho de una clase, es una argumentación anacrónica visto que en la actualidad la sociedad ya no conoce una clase o categoría de personas comerciantes distinta del resto de la población, y por ello es lógico que sea irrelevante la distinción entre comerciantes y quienes no lo son.

En cuanto al tercer punto, se tiene como premisa que el comercio no es particularista, sino que tiene una vocación universal por la necesidad de realizarlo entre naciones. De ello se deriva que la tensión hacia la uniformidad ultranacional es un fenómeno que debe enfrentarse en todo caso. En ese escenario, estimo que la unificación de la normativa relativa a las obligaciones constituiría un instrumento eficaz en el camino para alcanzar la armonización de la legislación en la materia en sede internacional, especialmente en América Latina¹¹.

d) Cuarto argumento. Carácter especial del derecho comercial. El derecho comercial, a diferencia del derecho civil patrimonial donde domina la voluntad de los privados, debe ser ampliamente impregnado de criterios publicísticos, sería un punto de intersección entre derecho público y derecho privado, ligado a una disciplina más estrecha en razón del interés público inmanente de las relaciones de masa, de modo de dejar

¹¹ “Así mismo se advierte un esfuerzo universal en pro de la regulación unificada de las obligaciones y del contrato, no sólo en el sentido de superar la dicotomía de derecho civil y derecho comercial, sino en el de poder contar con unos principios comunes, útiles de por sí, tanto teórica como prácticamente, de que son muestras sobresalientes la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, abril 11 de 1980) y, más recientemente, los principios de los contratos internacionales de UNIDROIT, con redacción definitiva desde 1994. Son evidentes la recuperación y la universalización de la figura del contrato: civil, comercial, del trabajo y administrativo. Están sobre el tapete los fenómenos de la desregulación y de la aproximación de las varias concepciones, igual que el reconocimiento de principios y cuestiones comunes: HINESTROSA, Fernando, “Liminar”, a VV. AA., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998), I, pp. 1-2.

libre al particular de adherir o no a una relación jurídica, pero no de construirla a su entera voluntad, en disonancia o en contraste con la voluntad colectiva de su clase¹². Se puede constatar que, en efecto, desde la emisión del Código de Comercio chileno se vio la necesidad de regular materias determinantes, como el momento de la formación del consentimiento, porque aun a pesar de la gran libertad que rige las relaciones comerciales, determinados aspectos deben ser precisamente regulados en pro del expedito desarrollo del tráfico mercantil.

Ante la pregunta si esta necesidad de certeza jurídica en materia comercial implica una limitación al principio de la autonomía de la voluntad, rector en materia civil, la respuesta es negativa, vale decir, la fijación de contornos a la relación deja intacta la posibilidad de contratar o no hacerlo, elegir al co-contratante y delinear el vínculo en el respeto de las normas imperativas del orden privado vigente.

e) Quinto argumento. “El derecho comercial ha permanecido siempre fiel a su bautismo de derecho popular, libre en el origen del tecnicismo de la glosa, libre luego de las abstracciones lógicas de los sistemas, abierto siempre a la acción renovadora de los usos, que le conservan frescura, plasticidad y ductilidad. El derecho comercial se ha contrapuesto a la ley civil, individualista y atomista, como un derecho nutrido de espíritu social: el espíritu social de las antiguas corporaciones, de las antiguas compañías, de las antiguas *encomiendas*, el espíritu de la *communitas* de la nave, donde el contrato de trabajo encontró su primera regulación colectiva. El derecho comercial anticipó las exigencias de la moderna economía organizada mientras la ley civil permanecía en su fragilidad fiel a las fórmulas elementales de la economía familiar y de la pequeña economía rural y con eso mismo confesaba su incapacidad de dominar las complejas estructuras de la economía moderna”¹³.

A partir de esta cita de un precursor del *Codice Civile* de 1942, entiendo deducir algunas argumentaciones a favor de la unificación:

Respecto a los usos del comercio que permiten la renovación continua de la regulación comercial, aceptados por el Código Civil actual sólo en cuanto llamados por la ley, la solución en un ámbito de unificación sería acoger la propuesta del Profesor Alejandro Guzmán Brito y sus colaboradores¹⁴ en el sentido de otorgar mayor amplitud a la eficacia normativa de

¹² Cfr. E. FINZI, *Verso un nuovo diritto del commercio*, en *Archivio Studi Corp.* (s. I., 1933), p. 203, especialmente pp. 217 ss.

¹³ ASQUINI, *Rivista di Diritto Commerciale* (1940), p. 510.

¹⁴ Véase VV. AA., *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, cit. (n. 10), p. 35.

la costumbre y reconocer la costumbre *praeter legem* o en el silencio de la ley, tal como lo consagra el artículo 4º del Código de Comercio actual.

La segunda parte del discurso de Asquini pertenece a un período histórico de Italia donde existía una razón ideológica que se oponía a la conservación de dos códigos distintos por cuanto la duplicación reflejaba la división interna de la burguesía: por una parte, el Código Civil, asociado fundamentalmente a la burguesía terrateniente (y a la supérstite nobleza terrateniente); y, por la otra, el Código de Comercio, el cual representaba el sistema normativo de la burguesía comercial y de la naciente burguesía industrial. Las voces favorables a la unificación se alzaban sosteniendo como fundamento la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Tal discurso en nuestra realidad actual resulta en gran parte inaplicable, desde que la igualdad ante la ley, principio base de la institucionalidad, es ampliamente reconocida por la jurisprudencia nacional llamada a la aplicación de los principios cardinales del sistema. Sin embargo, la proclamación de la unidad de la legislación civil y comercial, se mantiene vigente, pues al fundamento de la igualdad ante la ley se ha sustituido la constatación apremiante del hecho que la economía rural y familiar ha dado paso a una economía enfocada a la comercialización incluso internacional de los productos, fenómeno que reclama una legislación adecuada¹⁵.

III. PROYECTOS Y LEGISLACIÓN FAVORABLES A LA FUSIÓN

La unificación del derecho privado fue un “leitmotiv” determinante en la obra del ilustre jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas¹⁶. La crítica de

¹⁵ “Pensamos que es básico que la normativa sobre la materia sea tratada en común en el contrato civil y comercial. No tiene ninguna justificación que nuestro Código de Comercio y Código Civil den a esta materia distintos tratamientos, en muchos casos con normas diversas mercantiles y civiles. Si la tuvo alguna vez fue porque se consideró en otras épocas que los comerciantes tenían mucho más contacto en relaciones y obligaciones que los civiles, pero hoy no se da esa situación y existen actividades no mercantiles muchas veces con tanta o más importancia que las propiamente mercantiles. Tal es el caso de la minería, de la agricultura, de las exportaciones, etc. O sea, uno de los puntos que propiciamos es la unidad en lo civil y comercial en materia precontractual”: ponencia principal de PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Acerca de los contratos preliminares*, en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, cit. (n. 10), p. 320.

¹⁶ Como es sabido, la *Consolidação das Leis Cíveis* y, posteriormente, el *Esboço* de Teixeira de Freitas constituyen las bases del abrogado Código Civil brasileño de 1916. DE CARVALHO, cit. (n. 6), p. 103: “Teixeira de Freitas defendeu desde cedo o contrasenso de uma duplicação de sistemas, que provisória aceitou aquando da Consolidação, mas que obstinadamente eliminou do Código Civil em projecto”. RONDINONE, Nicola, *Storia inedita della codificazione civile* (Milano, Giuffrè, 2003), p. 279 s.: “Ma in una

Teixeira responde al hecho que él veía en el derecho comercial un derecho de privilegios. En la concepción del jurista el *ius commercii* representaba un conjunto de reglas de excepción y favor que, “privilegiando las fortunas más dudosas e inescrupulosas” –*res mobilis, res vilis*– constituía una afrenta para las verdaderas sedes de la riqueza, que permanecían olvidadas por el derecho de su tiempo. Era una lucha por la propiedad de la tierra, por el Brasil del interior contra el Brasil litoral, al cual sentía la misión de defender y promover¹⁷.

En Argentina, el proyecto de código unificado del año 1995 plantea la unificación substancial del derecho civil y comercial como una necesidad exigida por la vida comercial moderna. Entienden los redactores que la unificación del derecho civil y comercial se ha producido hace mucho en el derecho vivo¹⁸.

Las legislaciones que han unificado su derecho de las obligaciones constituyen argumentos vivos en pro de la fusión, a saber: el código suizo de las obligaciones (1881), Túnez (1906), Marruecos (1912), Turquía (1926), Líbano (1934), Polonia (1934), Madagascar (1966), Senegal (1967). Comprenden materia civil y comercial, los códigos civiles de: Italia (1942)¹⁹,

lettera di 20 settembre 1867 Teixeira, quando ha già redatto altri duecento articoli circa del Libro quarto del Esboço, propone al Ministro della Giustizia di modificare il piano originario, elaborando invece di un Codice Civile, due Codici, un Codice Generale relativo a cause giuridiche, persone, cose, fatti ed effetti giuridici, ed un Codice Civile su diritti personali e diritti reali comprendente anche tutta la materia commerciale, in quanto la distinzione tra quest'ultima e quella civile veniva avvertita come artificiosa. La proposta viene però respinta dal Governo, che nel 1872 procede a rescindere il contratto che lo lega al giurista”.

¹⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, citado por DE CARVALHO, cit. (n. 6), p. 127, afirmó: “No hay lugar para esa arbitraria separación de leyes a la cual se le dio el nombre de derecho comercial o código comercial; pues todos los actos de la vida jurídica, exceptuados los benéficos, pueden ser comerciales o no comerciales, esto es, tanto pueden tener por fin el lucro pecuniario, como otra satisfacción de la existencia. No existe alguna razón para tal selección de leyes, porque en todo el decurso de los trabajos de un Código Civil aparecen raros casos en que sea menester distinguir el fin comercial, por motivo de diversidad de los efectos jurídicos. Entre tanto, la inercia de las legislaciones, al inverso del progresivo desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, formó lentamente un gran depósito de usos, costumbres y doctrinas, que pasaron a ser leyes de excepción, y que de leyes pasaron a ser códigos, con sus tribunales de jurisdicción restringida e improrrogable”.

¹⁸ Han sido cuatro los proyectos en este sentido: uno de 1987, dos de 1993 y el citado en el cuerpo del escrito.

¹⁹ CORAPI, Diego, *L'unificazione del Codice di Commercio e del Codice Civile in Brasile*, en CALDERALE, Alfredo (editor), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano* (Milano, Giuffrè, 2003), p. 7: “Nel 1942 in Italia si è approdati allo stesso risultato: gran parte

Unión Soviética (1964), Perú (1984)²⁰, Paraguay (1987)²¹, Cuba (1988), Holanda (1992), Mongolia (1994), Vietnam (1995), Federación Rusa (1994), Códigos únicos en lo civil y comercial de China (Taiwán) y del Reino de Tailandia, y los Principios generales del derecho de la República Popular China, de 1987.

En el sistema anglosajón rige desde el siglo XVIII la unificación del derecho civil y comercial con dos características particulares: las reglas comerciales predominan por sobre las civiles y subsisten normas especiales para ciertas figuras mercantiles²².

El gran ejemplo de fusión de la legislación privada en América Latina es el Código Civil de Brasil de 2002, en vigor desde el 11 de enero de 2003²³.

della materia del codice di commercio del 1882 è stata trasfusa nel codice civile, che peraltro si è, per così dire, “commercializzato”, cioè ha privilegiato di regola la soluzione che veniva dal diritto commerciale... L'unificazione dei codici era dunque soprattutto espressione della esigenza di dare una disciplina più moderna al diritto della produzione e dello scambio di beni per favorire un'evoluzione degli istituti più tradizionali (quali la proprietà, il diritto delle obbligazioni) in sintonia con quell'evoluzione della società e dell'economia”

²⁰ En Perú se mantiene la distinción formal entre Código Civil y Comercial, lo que sucede es que el Código de Comercio de 1902 ha sufrido una serie de modificaciones, por lo cual muchas de las instituciones que formaban parte de su contenido original han sido derogadas y pasado a ser reguladas por leyes especiales y por el Código Civil de 1984 en lo relativo a contratos, iniciándose un proceso de decodificación de las normas mercantiles y de unificación de las obligaciones. De esta forma el artículo 1353 del Código Civil establece que: “*Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección*”, derogando tácitamente las disposiciones análogas contenidas en el Código de Comercio. Asimismo, el artículo 2112 prescribe que los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza mercantil, se regirán por el Código Civil, derogando los artículos del Código de Comercio que regulaban dichos contratos.

²¹ Paraguay unificó en 1985 en las materias de obligaciones y contratos el Código Civil. El libro I del antiguo Código de Comercio “De los comerciantes” se desglosó en una llamada Ley del Comerciante, donde además de las disposiciones estatutarias que rigen la profesión de comerciante, actos de comercio, etc., se introducen algunas novedades como la “Empresa individual de responsabilidad limitada”. Existe un Código Aeronáutico y queda vigente el antiguo texto de Derecho Marítimo del Código de Comercio derogado.

²² Cfr. el Proyecto Mc Gregor acerca del programa adoptado en 1965 por la *Law Commission* inglesa de redactar un *Contract Code*, donde estén reunidos el derecho civil y el derecho comercial.

²³ Miguel Reale, supervisor de la Comisión Elaboradora y Revisora del Proyecto de Código Civil, señala que se procedió a la unificación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales a causa del carácter obsoleto del Código de Comercio de 1850, con la incorporación en la parte especial de un Libro sobre el Derecho de la Empresa:

IV. CONCLUSIONES

El fenómeno de transformación de la economía—del cual se dio cuenta más arriba— ha determinado la extensión del derecho mercantil a la universalidad de las relaciones de la vida moderna. En efecto, quienes han propugnado la unificación del derecho de las obligaciones se han basado sobre todo en la constatación que el derecho comercial ya no regula solamente el fenómeno social del comercio, sino que también un complejo de relaciones de carácter civil, pues el motor de la vida económica ya no es la propiedad, sino la empresa que, en materia de códigos, se actúa mediante la confluencia en un solo sistema de derecho civil y comercial²⁴.

Visionario, Vivante, en un principio tenaz propugnador de la fusión²⁵, estimaba que no llegaría a ser tan importante su influencia y la de los escritores que defendían o combatían su posición en el tema de la unificación, cuanto el movimiento económico, el cual daría lugar a nuevos institutos jurídicos, los cuales no tienen carácter civil o comercial, sino que son reguladores objetivos del campo económico de la industria sin distinguir

REALE, Miguel, *Visão Geral do novo Código Civil, em Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 13 (Roma, 2002), p. 320 s.

Cfr. el interesante artículo del Profesor Diego CORAPI, *L'unificazione del Codice di Commercio e del Codice Civile in Brasile*, cit. (n. 19), pp. 3 ss. Un elemento común de las codificaciones unificadas de Brasil y de Italia es la superación del acto objetivo de comercio como base de la legislación mercantil. En efecto, el Código Civil brasileño introdujo un nuevo Libro segundo “De la Empresa”, en el cual dicha noción se considera como fundamento de la disciplina de la actividad económica. Lo mismo el *Codice Civile* italiano pone al centro la noción de “*imprenditore*”, de la empresa como actividad económica profesional y organizada, y también la noción de “*azienda*” como un conjunto de bienes funcionales a la empresa.

²⁴ Exactamente el mismo argumento en sentido contrario fue esgrimido en la relación al proyecto de código de comercio italiano (enviada al Ministro con fecha 30 de noviembre de 1925) para explicar por qué no se acogió la propuesta de Cesare Vivante de unificación del derecho privado, aduciendo que la idea de un código único de las obligaciones no era compatible con la diversidad de exigencias entre relaciones civiles y comerciales, entre la economía agraria y la economía comercial e industrial y por cuanto gradualmente se atenuaba, “es aún profunda, especialmente en ciertas zonas de nuestro país, donde la evolución de la agricultura hacia formas industriales se concreta con un proceso muy lento.” RONDINONE, cit. (n. 16), p. 32.

²⁵ Vivante no permaneció radical en su posición. Una entrevista en el *Giornale d'Italia* titulada “*La riforma del diritto privato*” representa un estadio intermedio en el pensamiento del autor, el cual comienza a admitir que el código de comercio puede coexistir con el código civil bajo la premisa que “cada instituto será regulado por entero en uno o en el otro código, y la disciplina de cada instituto valdrá para todos los ciudadanos”.

quién es comerciante y quién no lo es²⁶.

La fuerza expansiva del derecho comercial ha hecho hablar a algunos autores de “inexorable comercialización del derecho privado”²⁷, que dejaría sin explicación la actual autonomía de la regulación mercantil, haciendo nacer el designio ambicioso de fusión de las dos reglamentaciones privatísticas²⁸.

¿Cuáles serían los efectos de la tratativa conjunta de ambas disciplinas? ¿Se vería debilitada la fortaleza científica del derecho comercial en caso de unificación?

La posición favorable a la fusión entiende que la unidad formal, y por cierto sustancial, no quiere decir la mutilación del derecho comercial. Tal fusión no significaría la desaparición ni tampoco el debilitamiento de la fortaleza científica del derecho comercial como disciplina autónoma. Así lo evidencian los países que desde hace años han unificado su legislación privada.

Coing indica que la introducción de un “*Code unique*”, como es el derecho de las obligaciones suizo, no condujo a que se abandonara el derecho mercantil como zona jurídica especial. La particularidad de la vida económica más bien exige en cierta medida normas especiales²⁹.

Se ha hecho cuestión acerca de la gran extensión que requiere un código unificado. Sin embargo, esa es una objeción que no sabe convencer, porque los códigos sólo pueden fijar los puntos esenciales de los institutos, en sus elementos más importantes y duraderos, dejando a la legislación especial la adaptación de los principios a las circunstancias. Si se llegara a operar la unificación, deberían ser conservadas sólo aquellas disposiciones contenidas en el Código de Comercio que sean aptas para regular la realidad mercantil contemporánea, en primer lugar por su propio mérito y, luego, por la cantidad de doctrina y jurisprudencia elaborada en torno a ellas³⁰.

²⁶ Cfr. VIVANTE, cit. (n. 10), nota de la p. 25.

²⁷ El autor italiano Giulio Levi escribe a favor de la unificación: “Se observa que la ley comercial, o mejor, los usos y las costumbres, no tienen como destinatarios sólo los comerciantes, sino que a tal punto se desvincula de la figura del comerciante que la normativa se extiende también a las personas que no podrán jamás llegar a ser comerciantes, o sea, el Estado, las Provincias, las Regiones. La unificación del derecho privado general se había producido antes de 1942, de hecho, es decir, incluso antes de esta última codificación” LEVI, cit. (n. 10), p. 37.

²⁸ BOLAFFIO, *A proposito dell'unificazione del diritto delle obbligazioni*, en *Giurisprudenza italiana* 4 (1907), p. 116. “De una constitución económica uniforme no puede irrumpir el dualismo del derecho privado”

²⁹ COING, cit. (n. 5), p. 662.

³⁰ La idea de consagrar aquello que está consolidado a nivel doctrinario y jurisprudencial de modo de no existir duda acerca de su carácter preceptivo y su autoridad

Con todo, no se debe dudar en la incorporación de nuevas regulaciones correlativas con la sociedad actual y con las recientes elaboraciones de la ciencia del derecho³¹.

Chile continúa alineado con las naciones cuya legislación privada aún no se ha unificado. Desde el punto de vista doctrinal, la opinión dominante en esta materia es de tipo conservador, tendente a mantener el *status quo* de la separación del Derecho de las Obligaciones. Las razones pueden leerse en el autor nacional Julio Olavarría³², quien en síntesis explica: i) Empezar una obra de conjunción significaría un desafío mayor para nuestro Parlamento, el cual en el examen detallado de una obra de este tipo tardaría años; ii) Motivos de prestigio, en cuanto ambos códigos, civil y comercial, han servido de modelo para códigos latinoamericanos.

En mi concepto en la actualidad no se observa un fundamento verdadero que permita sostener la existencia de un Derecho de las Obligaciones especialmente mercantil en un Código de Comercio independiente³³. Se consideren los siguientes argumentos:

Primero, en el Código de Comercio existen sectores que conservan soluciones muchas veces arcaicas; la necesidad de su modernización no

sugiere la idea de “Modernización” de la regulación comercial, en el sentido que se trata de una transformación que ya se ha producido y de la cual solamente se toma razón. De esta forma procedió el legislador alemán (2002), el cual al reorganizar la materia civil contenida en el *Bürgerliches Gesetzbuch* recogió aquello que desde hacía tiempo era derecho positivo o que lo sería necesariamente en virtud de las nuevas directivas comunitarias y también todas las materias que por su autoridad derivada de la elaboración doctrinal o jurisprudencial estaban asentadas con carácter preceptivo a nivel nacional. Véase sobre el punto: DIURNI, Amalia y KINDLER, Peter, *Il Codice Civile tedesco “modernizzato”* (Torino, Giappichelli, 2004), *passim*.

³¹ “Creemos que es llegada la hora de intentar una unificación formal, que se aproxime lo más posible a la unificación sustancial, dejando a salvo las imprescindibles especialidades y diversificaciones que el distinto desarrollo de las diversas industrias todavía requiera”. TOMASELLO, Leslie, *Estudios de Derecho Privado* (Valparaíso, EDEVAL, 1994). Leslie Tomasello en su artículo hace un análisis exhaustivo de la regulación comercial y de su cabida o no en el código civil para establecer finalmente lo siguiente: “Al elaborar un nuevo Código Civil debieran incluirse materias contempladas en los libros I y II del *Código de Comercio*, manteniéndose separada la quiebra. En cambio, el Derecho marítimo y el aéreo debieran mantener su autonomía, expresada en un Código de la Navegación, o en dos códigos separados”.

³² OLAVARRÍA, Julio, *Posibilidades de efectuar la unificación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales en Chile*, en *Inchieste di Diritto Comparato*, cit. (n. 3), pp. 401 a 407.

³³ El Tribunal Constitucional español ha reconocido la imposibilidad de una formulación general de la materia relativa a las ramas civil y mercantil. S.S.T.C. de 14 y 30 de junio de 1982.

requiere mayor fundamento. Las críticas pueden partir de la consideración del acto aislado de comercio que hace nuestro código, teoría obsoleta en la actualidad, pues con ella se abrazan fenómenos esporádicos y sin importancia práctica, perdiéndose el sentido unitario de la materia de comercio que, en la actualidad se funda sobre el instituto de la empresa³⁴.

Segundo, al analizar si en materia de negocios jurídicos existe una distinción entre comercial y no comercial, no sólo en el ámbito normativo, sino en la sustancia, tenemos que: “En abstracto, cualquiera que sea la figura en examen en Chile no es fácil calificar un contrato como civil o como mercantil”³⁵. Si existe esa dificultad es porque las diferencias o peculiaridades no son netas; especialmente en la actualidad en que la expansión portentosa de la vida económica, el variado, rápido e indefinido multiplicarse de los tráficos, de los transportes y de los pactos parecen no poder adaptarse dentro de los angostos límites de las antiguas fórmulas civilísticas. Por otra parte, tenemos el ejemplo de lo que acontece en algunos países que han casi eliminado la distinción entre contratos civiles y contratos comerciales –Italia es uno de ellos–, demostrando la artificialidad de la distinción.

Tercero, la jurisdicción mercantil históricamente fue especial sostén a la autonomía del derecho comercial. En Chile no existen tribunales especializados en materia comercial, tal como ocurre en la mayoría de los países.

Cuarto, nuestro Código de Comercio ha sido adicionado con leyes que regulan numerosas instituciones, las cuales forman verdaderos cuerpos legislativos que completan o derechamente reemplazan al Código. Visto que no podemos decir seriamente que existen dos códigos autónomos para regular las materias civil y mercantil, la unificación exclusiva en materia de obligaciones y contratos no ocasionaría daño alguno.

[Recibido el 10 de octubre y aceptado el 2 de noviembre de 2006].

³⁴ “Las codificaciones de derecho comercial del siglo pasado –que siguen el modelo de la codificación napoleónica– en vano han traicionado el espíritu del derecho comercial cuando pretendieron desvincularlo de su base profesional y asirlo al llamado “acto objetivo de comercio”, como acto aislado de especulación. La fórmula anatómica del “*Code de Commerce*” no ha podido vencer la naturaleza de las cosas. También en pleno “sistema objetivo” el derecho comercial ha continuado a vivir y a justificar su autonomía como derecho de la economía organizada, o sea, como “derecho de la empresa”. ASQUINI, Alberto, *Rivista di diritto commerciale* 38 (1940) 1, p. 510.

³⁵ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Informe sobre contrato de línea de crédito. Cláusula de garantía general prendaria. Distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 4 (1980), p. 124.

BIBLIOGRAFÍA

- ASCARELLI, Tullio, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, en *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* (Milano, Giuffrè, 1952).
- ASQUINI, *Rivista di Diritto Commerciale* (1940).
- BOLAFFIO, *A proposito dell'unificazione del diritto delle obbligazioni*, en *Giurisprudenza italiana* 4 (1907).
- CERAMI, Pietro - PETRUCCI, Aldo, *Lezioni di diritto commerciale romano* (Torino, Giappichelli, 2002).
- COING, Helmut, *Derecho Privado Europeo* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996), II.
- CORAPI, Diego, *L'unificazione del Codice di Commercio e del Codice Civile in Brasile*, en CALDERALE, Alfredo (editor), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano* (Milano, Giuffrè, 2003).
- DE CARVALHO, Orlando, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*, en *Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani* 21 (Padova, Cedam, 1998).
- DERNBURG, Henrich, *Die Allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts* (3ª edición, Halle, 1906).
- DIURNI, Amalia y KINDLER, Peter, *Il Codice Civile tedesco "modernizzato"* (Torino, Giappichelli, 2004).
- EDWARD WALL, *Civil Law and Commercial Matter*, en ROTONDI, Mario, *Inchieste di Diritto Comparato* [véase].
- ELLERO, *Programma dell'Archivio Giuridico* (s. I., 1868).
- ENDEMANN, Wilhem, *Der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches* (Erlangen, 1858).
- Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999).
- FINZI, E., *Verso un nuovo diritto del commercio*, en *Archivio Studi Corp.* (s. I., 1933).
- GALGANO, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, (Bologna, 1978).
- GOLDSCHMIDT, Levin, *recensión a Heinrich DERNBURG, Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 23 (1878).
- GÓMEZ BALMACEDA, "Comentario", en *Estudios sobre reformas al Código* [véase].
- GROSSO, Giuseppe, *Lezioni di storia del diritto roman* (5ª edición, Torino, Giappichelli, 1965).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 1 (Padova, 1988).
- HINESTROSA, Fernando, "Liminar", a VV. AA., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998), I.
- IRTI, Natalino, *Letà della decodificazione* (4ª edición, Milano, Giuffrè, 1999).
- LEVI, GIULIO, *La commercializzazione del diritto privato. Il senso dell'unificazione* (Milano, Giuffrè, 1996).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Informe sobre contrato de línea de crédito. Cláusula de garantía general prendaria. Distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 4 (1980).

- MANTILLA MOLINA, R., *La unificación del derecho privado y su uniformidad internacional*, en ROTONDI, Mario, *Inchieste di Diritto Comparato* [véase].
- MENGONI, Luigi, *L'Europa dei codici o un codici per l'Europa?* (Roma, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1993).
- OLAVARRÍA, Julio, *Posibilidades de efectuar la unificación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales en Chile*, en ROTONDI, M., *Inchieste di Diritto Comparato* [véase].
- PITLO, Adrian, *Posto del diritto commerciale nel diritto olandese*, en ROTONDI, Mario, *Inchieste di diritto comparato* [véase].
- PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Acerca de los contratos preliminares*, en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio* [véase].
- REALE, Miguel, *Visão Geral do novo Código Civil*, en Alejandro, *Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 13 (Roma, 2002).
- RIPERT, G., *Aspect juridiques du capitalisme moderne* (Paris, 1951).
- RONDINONE, Nicola, *Storia inedita della codificazione civile* (Milano, Giuffrè, 2003).
- ROTONDI, Mario (al cuidado de), *Inchieste di Diritto Comparato* (Padova, Cedam 1974).
- SCHIPANI, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune* (Torino, Giappichelli, 1999).
- TOMASELLO, Leslie, *Estudios de Derecho Privado* (Valparaíso, EDEVAL, 1994).
- VIORA, Mario, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione* (Torino, 1967).
- VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale* (Milano, Vallardi, 1922), I.