

CAPITULO II

SUMARIO: 1. Contenido del Derecho Mercantil. 2. La unificación de los contratos y de las obligaciones. 2.1. La Unificación en Suiza. 2.2. La Unificación en Italia. 2.3. La Unificación en Paraguay. 2.4. Tendencia a la unificación y jornadas científicas. 3. Distinción entre contenido del Derecho Comercial y el estatuto del comerciante. 4. La Unificación de las obligaciones, y de los contratos. Resolución de la Comisión Nacional de Codificación. 5. Relaciones del Derecho Comercial con las demás ramas del derecho.

1. Contenido del Derecho Mercantil.

En nuestro tiempo el contenido del Derecho Mercantil se ha ensanchado notablemente, pues el tráfico comercial ha superado los paradigmas tradicionales, traspasando las barreras propias que establecen las fronteras y establecen redes de contratos comerciales que deberán ser reguladas por el Derecho Mercantil.

“Durante siglos se entendió por comercio solo la intermediación con ánimo de lucro en el tráfico de mercaderías. El origen etimológico de la palabra comercio está ligado al de mercadería: *Merx (conmutatio mercium)*, de modo que durante siglos se consideró que el Derecho Comercial estaba referido al tráfico de mercaderías y sus actividades accesorias (transporte, comisión, corretaje, letra de cambio, seguro, depósito) y por su íntima conexión las operaciones bancarias... agreguemos a esta una actividad cada vez más importante cual es la de los servicios en sus más diversas manifestaciones: informática, asistencia técnica, know how, viajes, turismo, empresa de espectáculos públicos, comunicaciones, esparcimiento, etc. En consecuencia, la atención primordial de los turistas en la última mitad del siglo XX se ha dirigido a los temas conectados con la producción de bienes y con las empresas prestadoras de servicios al público, y asimismo a los problemas jurídicos ligados con los aspectos salientes de su poder económico”¹.

Como bien señala el citado autor, el comercio de la actualidad difiere considerablemente del sistema comercial del pasado. Luego de la era industrial, la actividad comercial se convirtió en una actividad propia de los distribuidores, cuya función no se agota en ser simple correa de transmisión del producto al consumidor, sino también reviste una función importante en la relación entre los productores, las industrias, las entidades vendedoras, organizaciones comerciales, hipermercados, negocios de autoservicio, etc. El consumidor se enfrenta directamente con el distribuidor y en muy raras ocasiones con el productor; esto constituye la realidad del comercio actual; casi ha desaparecido el comercio al por menor; al contrario, la mayor incidencia en la economía mundial hoy día se realiza mediante el comercio electrónico. “El comercio realizado a través de diversos medios electrónicos, y principalmente realizado por Internet, se presenta como un área de notable expansión, fenómeno sobre el que existe una profusa información. Hemos señalado que ello se debe a que está asistido por fuertes incentivos económicos: una reducción de costos administrativos e impositivos, el acortamiento del proceso de distribución e intermediación, la posibilidad de operar

¹ Farina, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Editorial Astrea, Bs. As. 1994. p. 12-13.

durante todo el día, la superación de las barreras nacionales, el aumento de la celeridad en las transacciones”².

Según los autores tradicionales, el Derecho Mercantil tiene como contenido en general los actos de comercio, las personas de los comerciantes y los derechos y obligaciones de los mismos. En efecto, Luís A. Argaña sostiene: “El objeto del Derecho Mercantil es el estudio de los actos de comercio. Trata también de la persona del comerciante, independientemente de la naturaleza de los actos realizados por los mismos, para imponerle obligaciones de carácter general por el solo hecho de dedicarse a la profesión mercantil”³.

Si bien el Derecho Mercantil en su origen ha reconocido ser un derecho de una clase profesional que es la de comerciante, que llegó a denominarse sistema subjetivo; sin embargo, a partir de la sanción del Código Civil francés (1807), en contraposición, se ha extendido el criterio de los actos de comercio, es decir, el sistema objetivo. “Empero, hasta ahora, la ciencia jurídica no ha podido elaborar una teoría satisfactoria del acto de comercio. No ha encontrado aún los caracteres esenciales distintivos del acto de comercio”⁴.

En rigor, en el derecho no existen soluciones químicamente puras, tanto el aspecto subjetivo del comerciante como aspecto objetivo de los actos de comercio son tenidos en cuenta para resolver los litigios comerciales y más aún en nuestro sistema donde las obligaciones civiles y comerciales se han unificado.

Finalmente, podemos decir, entre otros, que el contenido del Derecho Mercantil se encuentra en la regulación de los actos de comercio, del comerciante en particular, de la actividad comercial, y conexos como casa de depósito, almacenes generales, seguros, transportes, organizaciones en forma de empresa, supermercados, auxiliares de comercio, y demás actividades reguladas por la Ley 1034 del Comerciante, el Código Civil paraguayo y las demás leyes especiales.

2. La unificación de los contratos y de las obligaciones.

2.1. La unificación Suiza

Se debe recordar que en sus orígenes el Derecho Mercantil nació en forma separada del Derecho Civil, con el fin de regular la actividad profesional de los comerciantes, considerándose el tráfico comercial como una actividad dinámica permanente, por la cual, el derecho común se mostraba insuficiente e incapaz de resolver sus problemas.

Esta concepción regía principalmente en la Edad Media; en primer término, porque el Derecho Civil, heredero del Derecho Romano, ha quedado petrificado, sin evolución, en consecuencia, incapaz de resolver los problemas emergentes de la actividad mercantil. A esta circunstancia, debe sumarse el carácter clasista de los comerciantes, considerados como una clase social determinada, dedicada al tráfico comercial, que generaba grandes recursos económicos, por lo que merecían una legislación especial, que se reuniría los usos y costumbres comerciales de la época.

² Lorenzetti, Ricardo L. Comercio Electrónico, Editorial Abeledo - Perrot, Bs.As. p. 52

³ Argaña, Luís A. Tratado de Derecho Mercantil, Editorial Foro, Asunción 1983, p. 31.

⁴ Escobar, Jorge H., Derecho Comercial, La Ley Paraguaya, Asunción 1994, P. 45.

Estos dos ejes son los puntales que conforman el germen de un derecho especial.

Sin embargo, ya en el siglo XX se insistió sobre la necesidad de la unificación entre las obligaciones civiles y comerciales, Así Lyon –Caen, citado por Silva Alonso, en el libro Centenario del *Code Civil* afirmó que “*las diferencias en el Derecho Civil y el Derecho Comercial no tienen nada esencial...*”⁵

En Suiza, se encontró la conveniencia de unificar las obligaciones emergentes de los contratos comerciales y los contratos civiles, en un cuerpo común que es el Código Federal de las Obligaciones. “Por razones de política federal Suiza ha adoptado un Código único cuyo valor jurídico es notable y unánimemente reconocido, encaminando a regir el conjunto de las obligaciones. Tal sistema configura un Código único pero no produce necesariamente la unificación en materia de obligaciones”⁶.

2.2. La unificación en Italia

El Código Civil Italiano de 1942, verdadera fuente del Código Civil Paraguayo en materia de unificación de las obligaciones civiles y comerciales, constituye en realidad un verdadero Código Privado, pues, no solo se estableció un sistema unitario de obligaciones, sino también se logró incluir parte del Derecho Comercial y Empresarial, así como las personas, el derecho de familia, de la propiedad (D. Reales), de las obligaciones, de los contratos, de las promesas unilaterales, de los títulos de créditos, gestiones de negocios ajenos, pago de lo indebido, enriquecimiento ilícito; el libro quinto se ocupa del Derecho Laboral y el libro sexto de la tutela del derecho.

Decíamos que ya en el siglo XX se evidenció la conveniencia de la unificación de la legislación civil y mercantil en un solo cuerpo, a fin de evitar la dispersión normativa, establecer una economía en el proceso, facilitar las soluciones jurídicas a los conflictos y ahorrar la doble jurisdicción que innecesariamente debía existir.

Un comercialista de la talla de Vivante⁷ comprendía claramente dicha necesidad: “Apasionadas controversias se han operado desde entonces hasta llegar a la honesta y gloriosa rectificación de Vivante, en 1925, hasta la supresión del Código de Comercio en Italia, en 1942”⁸. Es decir, ya en ese entonces fue redactado un proyecto franco-italiano, que consiste en un importante intento de unificación.

De esta manera, al lograrse la unificación en el Código Italiano, desaparece el debate sobre el aspecto objetivo del acto de comercio, como también desde el punto de vista de los litigios desaparece la importancia de la distinción entre criterios subjetivos y objetivos para la distinción del rol del comerciante.

⁵ Lyon-Caen, Ch: De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804. In Le Code civil. Livre du centenaire, T.I.p.207. París 1904, citado por Silva Alonso, en Un giro geojurídico

⁶a la Unificación de las Obligaciones en el Código Civil Paraguayo. Derecho Privado Paraguayo, Ed. La Ley, Asunción 2007, Silva Alonso Obra citada P. 101.

⁷ Ya a principios de 1888, César Vivante presentó en Parma su trabajo *Per un Codice Unico delle Obligazioni*, citado por Alterini.

⁸ Silva Alonso, trab. cit.

Según Jorge H. Escobar: *“El nuevo derecho italiano regula el derecho de los comerciantes (empresarios) y al hacerlo-replantea -el problema del acto de comercio, pero ya desde otro punto de vista: al solo efecto de calificar al empresario”*⁹.

Se debe destacar que hoy día existen claras tendencias de unificación, por las razones expuestas más arriba. Así tenemos, en la Argentina se encuentra hoy en el Congreso de ese país el Proyecto de Código Civil, redactado por el Prof. Atilio Aníbal Alterini, firmando la presentación un conocido comercialista como Héctor Alegría y otros juristas. Entre los fundamentos de la unificación cabe mencionar cuanto sigue: *“El Derecho de las Obligaciones tiene significativa trascendencia desde un doble punto de vista. En lo cuantitativo, `todas las relaciones pecuniarias que existen entre los hombres son vínculos de obligaciones’ (Mazeaud-Chabas) y, por ello, `es igualmente indispensable para el conocimiento del Derecho Comercial y, de un modo general, de todo el derecho privado’ (Ripert-Boulanger). Se lo ha comparado con `una planta que extiende sus raíces por todas las partes del derecho privado: en el derecho de familia, en los derechos reales, en el derecho de sucesiones, nos encontramos a cada paso con relaciones de obligació’ (Puig Peña). En lo cualitativo- ahora con palabras de Josserand- `no es exaerado decir que el concepto obligacional constituye la armazón y el sustratum del derecho, y hasta de un modo más general, de todas las ciencias sociales”*¹⁰.

Otros autores, como Boffi Boggero, califican al Derecho de las Obligaciones como la matemática jurídica, por su armonía lógica, capaz de ser el denominador común para la construcción de sistemas jurídicos en diversas áreas.

2.3. La unificación en Paraguay

El Código Civil argentino, elaborado por el ilustre cordobés Dalmacio Vélez Sársfield, fue adoptado por el Paraguay en el año 1876 y entró en vigencia el 1 de enero de 1877. El Código Civil paraguayo fue sancionado y promulgado en diciembre de 1985 y entró en vigencia el 1 de enero de 1987, lo que equivale a que 110 años reguló la vida de los paraguayos el Código Civil argentino.

El anteproyectista Prof. Luís De Gásperi se inspiró en numerosas fuentes, pero especialmente, recogió del Código Civil italiano de 1942: la unificación de las obligaciones y los contratos en materia civil y comercial.

El Código Civil paraguayo, en su Art. 2810, derogó expresamente el Código de Comercio, con excepción del Libro tercero, que trata sobre los derechos y las obligaciones que resultan de la navegación. Asimismo, dejó subsistente la Ley 1034, del Comerciante y la ley 154 de Quiebras.

La Ley 1034 del Comerciante incorporó la novedosa figura de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que busca afectar un patrimonio comercial, separandola del patrimonio particular, con el propósito de establecer seguridad en las transacciones comerciales y evitar innecesarias maniobras para defender el patrimonio familiar.

⁹ Escobar Jorge H..ob. cit. P. 51

¹⁰ Proyecto de Código Civil de la Rca. Argentina, Ed.La Ley, 1999, p. 39

De la misma manera se debe destacar la regulación de la competencia comercial, como la transferencia de establecimientos comerciales, donde se introdujo un procedimiento cuya inobservancia acarrea la responsabilidad solidaria de todas las partes intervinientes.

2.4. Tendencia a la unificación y jornadas científicas

Como afirmáramos más arriba, existe una clara tendencia hacia la unificación, en razón de que se ha experimentado una verdadera comercialización del Derecho Civil, pues los nuevos sistemas de producción y consumo, así como las estructuras económicas y sociales, han producido una verdadera mutación de paradigmas en nuestro tiempo, donde existe una masificación de contratos, redes de contratos y un enorme público consumidor, como también las nuevas formas de contratación (electrónica) que por su velocidad y escasos costos hoy constituyen el sostén fundamental del nuevo orden económico mundial.

En las *“Jornadas franco-latinoamericanas de Derecho Comparado llevadas a cabo en Montevideo en 1948, se tuvo el mismo criterio, criterio, como señala Satanowsky-, que volvió a ratificarse en las jornadas para la unificación, reunidas en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, el 23 de octubre de 1956”*¹¹.

En la exposición de motivos del proyecto del Código Civil de la República Argentina, se invoca numerosos congresos más recientes, como el de Córdoba 1961, de Rosario 1969, de la Universidad de Belgrano 1979, de Salta 1982, de Mar del Plata 1983, de Buenos Aires 1984, de Buenos Aires 1986, de Junín 1994 y las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Buenos Aires, 1997, cuyas conclusiones son similares en el sentido de que no existen diferencias sustanciales entre contratos civiles y comerciales.

En la actualidad numerosos países han logrado la unificación dentro de sus sistemas jurídicos; otros, aún tienen en estudio proyectos en el Congreso o en Comisión redactora delineándose los objetivos primordiales de la unificación¹².

También se debe destacar la labor desarrollada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), organización no gubernamental con sede en Roma y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional, (UNCITRAL), donde se busca establecer reglas comunes en

¹¹ Escobar Jorge H., ob. cit. P.. 53

¹² “La idea unificadora tiene muy importantes antecedentes legislativos. Por lo pronto, el Código Suizo de las Obligaciones –a partir del año 1881- que fue incorporado como libro V del Código Civil en 1912. También fue aceptada por Túnez (1906), Marruecos (1912), Turquía (1926), Líbano (1934), Polonia (1934), Madagascar (1966), Senegal (1967) y, comprendiendo materia civil y comercial, por los Códigos Civiles de Italia (1942), Unión Soviética (1964), Perú (1984), Paraguay (1987), Cuba (1988), Holanda (1992), Mongolia (1994), Vietnam (1995), Federación Rusa (1994), así como por los Códigos únicos en lo Civil y Comercial de China (Taiwán) y del Reino de Tailandia, y por los principios generales del Derecho Civil de la República Popular de China, de 1987. El Código Civil de Québec de 1992 transita un camino semejante, en especial en cuanto introduce regulaciones propias del derecho de consumo. En el sistema anglosajón la unificación rige desde el siglo XVIII, con dos características particulares: las reglas comerciales predominan sobre las civiles, y subsisten normas especiales para ciertas figuras mercantiles”. Exposición de motivos del Proyecto de Código Civil de la República Argentina, Ed. La Ley, 1999, págs. 2 y 3.

materia de contratos internacionales, sea de origen civil o mercantil y que pertenezca a cualquier sistema jurídico.

3. Distinción entre contenido del Derecho Comercial y el Estatuto del Comerciante

Como señaláramos más arriba, el Derecho Comercial nació como un derecho profesional; ante la petrificación del Derecho Civil, frente al dinamismo del comercio, el Derecho Comercial nació por la necesidad de regulación de la actividad de las corporaciones, aunque posteriormente, por ser atentatorio contra el principio de igualdad, fueron suprimidas aquellas, pero el Derecho Comercial siguió con sus principios propios; en primer término, no puede desprenderse del aspecto subjetivo consistente en la calidad profesional del comerciante; por otro lado, existen actos predominantemente mercantiles y, por último, obligaciones que rigen solo para el comerciante, por su actividad profesional, con derechos y obligaciones propios, según lo establece el Art. 1º de la Ley 1034.

El contenido del Derecho Comercial podría sintetizarse en dos puntos fundamentales: a) los actos de comercio, regulados en el art. 71 de la Ley 1034 del Comerciante, que abarca todas las actividades lucrativas de las personas, de los bancos, entidades financieras, negociaciones de letras, operaciones en mercados de capitales, comisiones, mandatos comerciales, transporte, adquisición de establecimientos mercantiles, operaciones de los factores, construcción y venta de buques, carta de crédito, fianza, tarjeta de crédito, o de derechos intelectuales, etc.; y b) la calidad profesional del comerciante.

Debemos reiterar que con la unificación desaparece el interés práctico del contenido del Derecho Mercantil pues, las jurisdicciones donde se ventilarán los litigios hoy se encuentran unificadas en la jurisdicción civil y comercial, aplicando simplemente los principios del Código o de las leyes especiales sobre la materia.

4. LA Unificación de las obligaciones y de los contratos. Resolución de la Comisión Nacional de Codificación

La reforma del Código Civil o de códigos propios fue una necesidad largamente sentida. Y ese gran anhelo fue implementado cuando por Decreto-Ley, que lleva el número 200, de fecha 2 de julio del año 1959, se creó la Comisión Nacional de Codificación, como un organismo destinado a revisar la legislación general del país y promover su reforma en las diversas ramas del derecho. Dicho Decreto en su artículo 1º dispone:

“Créase la Comisión Nacional de Codificación, con el objeto de proyectar la reforma legislativa en el orden Civil, Comercial, Criminal, Rural, Minero, Procesal, Laboral, Militar y Sanitario”.

Como se puede observar, la Comisión Nacional de Codificación fue creada con una finalidad muy amplia, consistente en estudiar la reforma de las diversas legislaciones; sin embargo, este objetivo persiste aún en el tiempo pues, las nuevas exigencias imponen nuevos estudios conforme al desarrollo actual de la ciencia y la tecnología que requieren de apropiadas regulaciones.

Con posterioridad, en fecha 31 de julio del mismo año, por **Decreto N° 6021**, se integró la Comisión Nacional de Codificación, con el Dr. J. Eulogio Estigarribia (presidente), Prof. Dr. Juan José Soler, Prof. Dr. Luis De Gásperi, Prof. Dr. Luis Martínez Miltos, Prof. Dr. Sigfrido Gross Brown, Dr. J. Augusto Saldívar, Prof. Dr. Augusto Fúster, Prof. Dr. Luis P. Frescura y Candia, Prof. Dr. Víctor B. Riquelme, Dr. Arquímedes Laconich, Cap. de Navío Dr. Mario López Escobar (miembros).

Esta Comisión ha encomendado al eminente civilista Dr. De Gásperi, Profesor de la Universidad Nacional de Asunción, la tarea de preparar un Anteproyecto de Código Civil para el Paraguay, atendiendo a la versación jurídica del maestro paraguayo. En sesión de fecha 27 de setiembre del mismo año la Comisión Nacional de Codificación ha resuelto encomendar el trabajo de la elaboración del anteproyecto al Dr. De Gásperi, comunicándole por nota de fecha 30 de setiembre de 1959, en la que entre otras cosas decía:

*“La Comisión Nacional de Codificación, al encomendarle este delicado trabajo, ha tenido en cuenta su vasta versación jurídica y el indudable patriotismo que le ha impulsado siempre en sus determinaciones intelectuales y en sus afanes de ciudadano”*¹³.

El monumental esfuerzo del Prof. Luis De Gásperi ha sido coronado por el éxito, y este pudo ofrecer a la Comisión Nacional de Codificación su Anteproyecto el 28 de octubre de 1962, inspirado en la más moderna doctrina. Fruto de una singular experiencia, el Anteproyecto realiza la fusión de las Obligaciones en materia Civil y Comercial, inspirándose en su modelo, el Código Civil italiano del año 1942, algunas disposiciones del Código Civil francés y otras del Código alemán.

El trabajo del Dr. De Gásperi ofrece un monumento imperecedero a la obra de la legislación nacional; su enorme voluntad, su preparación y su vasto conocimiento de la ciencia jurídica y particularmente del Derecho Civil, posibilitaron la conclusión de la extraordinaria labor científica en muy poco tiempo.

Sin embargo, tuvieron que pasar 23 años para que el Congreso Nacional pudiera aprobar el nuevo Código Civil Paraguayo. Habiendo sufrido el Anteproyecto de De Gásperi algunas modificaciones introducidas por la Comisión Nacional de Codificación y algunas por el Parlamento Nacional, fue aprobado por el Congreso Nacional en sesión de fecha 18 de diciembre de 1985, y el 24 de diciembre el Poder Ejecutivo promulgó la ley que sanciona el nuevo Código Civil. El citado cuerpo legal entró a regir desde el 1 de enero de 1987.

5. Relaciones del Derecho Comercial con las demás ramas del Derecho

El Derecho Comercial, cuya actividad propia es el comercio, por diversas razones se relaciona con distintas ramas del derecho. En primer término debemos mencionar la íntima relación con el Derecho Civil, que con posterioridad a la unificación sus disposiciones se aplican a diversos contratos de carácter comercial, como también la

¹³ Nota publicada en el Anteproyecto de Código Civil. Editorial “El Gráfico” Asunción, 1964.

propia Ley del Comerciante en su Art. 2°. Establece: “*A falta de normas especiales de esta ley, se aplicarán las disposiciones del Código Civil*”.

Por otro lado, como la referida actividad es controlada por el Estado, se encuentra igualmente relacionado con el Derecho Administrativo, la intervención y el control del Estado se manifiestan de distintas maneras, por ejemplo los bancos, las entidades financieras y de seguros, se hallan controlados por el Banco Central del Paraguay, por medio de sus respectivas oficinas de Superintendencias, también los Almacenes Generales de Depósitos, casa de bolsas y negocios en general.

La relación con el Derecho Tributario crece día a día, pues el enorme volumen de los contratos comerciales genera tributos, para el ingreso fiscal del Estado y se ha convertido en fuentes de recursos primordiales de los Estados modernos.

Por otro lado, no debemos olvidar que la presión tributaria sobre las actividades mercantiles es mayor, por lo que obliga tanto a los comerciantes, como a los profesionales del derecho a perfeccionar sus conocimientos, como sus técnicas legislativas. Los empresarios deberán actualizarse, mediante sistemas informáticos a fin de facilitar el control como la aplicación de las cargas tributarias.

Sin duda que con el Derecho Procesal, se encuentra igualmente relacionado, con mayor razón en nuestra actualidad, pues el código de forma es un Código Procesal Civil y Comercial, que regula el proceso civil como comercial. Igualmente se puede afirmar que el Derecho Comercial tiene vinculación con el Derecho Laboral, pues la actividad empresarial actúa como patronal en la relación laboral.

Se debe destacar especialmente su vinculación con el Derecho Penal, porque el nuevo Código Penal de la Rca. del Paraguay, establecido por la Ley No. 1160/97, donde en la disposición del Art. 321 incorpora y adapta las sanciones penales establecidas en leyes especiales, entre ellas, numerosas leyes mercantiles.