

# ¿SE JUSTIFICA UNIFICAR EL TRATAMIENTO DE LOS CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES?

DIEGO MUNITA LUCO\*

**RESUMEN:** En este ensayo el autor discurre acerca de la conveniencia de unificar el tratamiento de los contratos civiles y mercantiles, partiendo del supuesto que el derecho mercantil surge históricamente como un derecho de contratos. Luego de mostrar ciertas opiniones de autores nacionales y extranjeros, concluye que se justifica plenamente un diferente tratamiento de los contratos civiles y mercantiles en nuestra legislación.

**ABSTRACT:** In this paper the author thinks about the convenience of unifying the treatment of the civil and mercantile contracts, since the commercial law arises historically as a right of contracts. After showing certain opinions of national and foreign authors, he concludes that there justifies itself fully a different treatment of the civil and mercantile contracts in our legislation.

**PALABRAS CLAVES:** contratación mercantil – unificación contratación – derecho de contratos

**ABSTRACT:** mercantile contracting – unification contracting – right of contracts

---

\* Profesor de Derecho Comercial Universidad Bernardo O'Higgins y Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: dmunita@ossabulnes.cl.

El derecho mercantil surgió históricamente como un derecho de contratos. No se puede separar el origen del derecho mercantil de la actividad creadora de contratos por parte de los comerciantes. La actividad mercantil, desde sus orígenes se ha desarrollado a través de la contratación. Como aclara PUGA VIAL, “*el contrato es el instrumento de creación y especulación propio del derecho mercantil*”<sup>1</sup>.

El aparente conflicto que se plantea en la pregunta que hace de título a este ensayo, no puede entenderse sin una referencia al origen y posterior *crisis del derecho mercantil*, como la llama Joaquín GARRIGUES.<sup>2</sup>

En efecto, coinciden todos los autores en el sentido que el derecho mercantil surgió de una forma más bien espontánea, una creación de las mismas personas que tenían necesidad de él, que eran los comerciantes, siguiendo a PUGA VIAL, podemos decir que es un derecho que ha crecido “*desde abajo*”.<sup>3</sup>

Muy brevemente, por no ser materia de esta trabajo, pero como señalé, parece referencia indispensable para seguir una línea de pensamiento, recordaré que el comercio como actividad profesional, sólo pudo desarrollarse cuando se dieron las condiciones histórico-ambientales debidas, siguiendo al profesor OLAVARRÍA, “*fue menester para que se desarrollara que existiera un grado determinado de civilización y desapareciera la hostilidad inmotivada entre los hombres*”.<sup>4</sup>

Las condiciones históricas mencionadas fueron favorables al desarrollo de la actividad mercantil y en consecuencia al surgimiento de un derecho nuevo que vino a regularla, que se llamó derecho mercantil o *lex mercatoria*, en lenguaje de la época. Como señalé más arriba, el origen de esta nueva legislación estaba contenido principalmente en los contratos que celebraban las partes. Históricamente este momento se señala normalmente a partir del siglo XI.

Los comerciantes o personas que desarrollaban profesionalmente la actividad mercantil tuvieron que guiarse por criterios propios de regulación, pues el derecho existente hasta esa época no los satisfacía y, especialmente, no ofrecía ninguna respuesta a la necesidad de regular especialmente el tráfico

---

<sup>1</sup> PUGA (2005) p. 60.

<sup>2</sup> GARRIGUES (1987) p. 25.

<sup>3</sup> PUGA (2005) p. 256.

<sup>4</sup> OLAVARRÍA (1950).

internacional de mercadería, los contratos entre ausentes y obtener medios seguros de pago sin necesidad de recorrer grandes distancias con dinero en efectivo. Se excluyó del comercio, en consecuencia, las materias que estaban reservadas a la nobleza y a la Iglesia, como la propiedad raíz, la actividad minera y agrícola.

Atendida la falta de normas que pudieran regular esta creciente actividad mercantil, correspondió a los propios profesionales regular la actividad, llegando incluso a tener jurisdicción propia a través de los tribunales de comercio, destinados especialmente a regular las disputas entre comerciantes, formados no por letrados sino por comerciantes experimentados y respetados.

Esta regulación se hizo principalmente a través de la actividad creadora contractual de las partes, de manera que contratos que fueron demostrando utilidad en algunos lugares fueron rápidamente acogidos como de general aceptación. En esta materia se destaca por todos los autores la actividad creadora de los italianos.

Esta actividad en auge llegó a señalar que sería comercial todo contrato que los comerciantes consideraran tal y su cumplimiento o incumplimiento debía ser revisado por los tribunales de comercio. Sin embargo, este último punto fue el que comenzó a producir la crisis del sistema, pues los particulares muchas veces no se sentían cómodos ni adecuadamente amparados al ser llevados a comparecer ante estos tribunales de jurisdicción especial.

Estos conflictos de jurisdicción llegaron a oídos del Rey de Francia Luis XIV, quien mediante una ordenanza del año 1673, pretendió determinar la competencia consular para el caso de pleitos. Sin embargo, una expresión de esa ordenanza y su posterior interpretación por parte del codificador francés de 1807, dieron origen a lo que señalamos anteriormente como la crisis del derecho mercantil.

En efecto el artículo 4º del Título XII de la *Ordenanza de 1763*, en relación con las competencias de los cónsules, señalaba una serie de actos que serían reputados de comercio, y que, celebrados entre comerciantes, darían lugar en sus conflictos a los juicios mercantiles sujetos a la jurisdicción de esos cónsules.<sup>5</sup>

La ordenanza sólo pretendió determinar competencia jurisdiccional, y en ningún caso quitarles a los comerciantes el derecho de determinar, mediante

---

<sup>5</sup> OLAVARRÍA (1959) p. 180.

su creación contractual y de costumbres aceptadas, el contenido de la actividad mercantil. Sin embargo, el codificador de 1807 fue más allá y comenzó el nuevo Código diciendo: *“La Ley reputa actos de comercio”*.

La interpretación del codificador francés también ha sido seguida por la doctrina nacional, por ejemplo, PUGA VIAL sostiene que *“las Ordenanzas de Luis XIV tienen una doble trascendencia. Son los primeros códigos mercantiles europeos, pero lo que es más importante, revelan la expropiación por parte del Estado del poder generador del derecho mercantil a las corporaciones comerciales. Con estos textos cristaliza un fenómeno que viene de antes, pero que se consolida con ellos: el derecho comercial no emana ya de los comerciantes, sino del Estado por medio de la ley. El derecho mercantil pasa a ser un dominio del Estado”*.<sup>6</sup>

Coincido con PUGA VIAL en cuanto a las conclusiones, pero disiento en cuanto a que ellas deben extraerse sólo a partir del Código de 1807 y no a partir de las ordenanzas, cuyo objetivo era muy distinto.

En Chile, en 1865 se aprobó el Código de Comercio que siguió el modelo del código francés, reservándose el legislador la facultad de determinar el ámbito objetivo del derecho comercial, encabezando el artículo tercero del mismo con la expresión: *“son actos de comercio ...”*.

Esta introducción me pareció necesaria, pues muy resumidamente explica cuál es el ámbito objetivo de la mercantilidad en nuestro país dentro de la cual estarían los contratos mercantiles, que son los que dan el título a esta exposición.

Definido el ámbito objetivo de lo mercantil en Chile, que, como se explicó, hoy en día es determinado por el legislador, corresponde plantearse la pregunta de si existen o no contratos mercantiles distintos a los contratos civiles o si esa diferenciación carece de sentido.

El artículo primero del Código de Comercio, dispone que éste rige las obligaciones de los comerciantes que se refieren a operaciones mercantiles, las que contraigan personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, y las que resulten de contratos exclusivamente mercantiles.

---

<sup>6</sup> PUGA (2005) p. 82.

La última parte de la norma declara la existencia de contratos exclusivamente mercantiles, pero ella claramente se refiere a los contratos expresamente regulados en el Código de Comercio, como por ejemplo, el contrato de cambio, artículos 620 y siguientes, el préstamo o mutuo mercantil, artículos 795 y siguientes, el contrato de asociación o cuentas en participación, artículos 507 y siguientes, entre otros. Dado que estos contratos están tratados expresamente en el código del ramo, me parece que no son relevantes para contestar la pregunta de si existen o no contratos mercantiles distintos de los civiles fuera de esta reserva.

El artículo tercero de nuestro código, siguiendo la idea del código francés, enumera lo que considera el ámbito de la mercantilidad, pero utiliza la expresión “actos”. Tradicionalmente se ha entendido esa expresión, en su sentido jurídico, como sinónimo de contratos, sin mayores contratiempos. De manera que muchas veces se interpreta el artículo tercero como una enumeración de contratos que serían mercantiles de reunir ciertas condiciones que la misma norma señala.

Los principales contratos a que se referiría esa norma son el contrato de compraventa de bienes muebles y el arrendamiento de los mismos. En consecuencia, podemos preguntarnos si existe una compraventa mercantil diferente de la compraventa civil o un arrendamiento mercantil que sería distinto del arrendamiento civil. El mismo ejercicio mental puede hacerse respecto de los demás contratos mencionados en la norma.

Me parece que la respuesta es negativa. El mismo encabezado del artículo tercero señala que estos “actos” que enumera pueden ser mercantiles ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos. Ello quiere decir que un mismo contrato puede ser mercantil, para ambos, mercantil para uno y civil para el otro o incluso civil para ambas partes.

En consecuencia no hay, fuera de los casos expresamente tratados en el código a que me referí con anterioridad, contratos puramente mercantiles y contratos puramente civiles. En este mismo sentido opina Puga Vial, al aseverar que *“una compraventa de bienes muebles es el mismo contrato si es civil o comercial, pero es mercantil si accede a una actividad mercantil. Un mandato en sí es idéntico siendo civil o mercantil, pero es mercantil si accede a una actividad mercantil”*.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> PUGA (2005) p. 112.

Aclarado que no existen contratos mercantiles propiamente tales, pues un mismo contrato puede ser civil o mercantil, debemos enfocarnos en los efectos del mismo contrato, esto es, los derechos y obligaciones que emanan del mismo.

En esta materia encontramos diferencias, pues si el contrato en estudio cumple los requisitos del artículo tercero para ser considerado mercantil quiere decir que al menos una de las partes va a resultar obligada conforme a la ley mercantil.

Puedo sostener que hoy en día, las consecuencias de quedar obligado conforme a la ley mercantil son bastante menores a las que tradicionalmente implicaban. En Chile no existen los tribunales especiales de comercio, de manera que el cumplimiento de esa obligación va a ser requerida judicialmente ante los mismos tribunales civiles y conforme a los mismos procedimientos. A esta misma conclusión llega por ejemplo Puga Vial.

Importa la distinción de si la obligación que emana del contrato es mercantil especialmente respecto de la ley de quiebras, hoy Libro IV del Código de Comercio, pues el incumplimiento de una obligación mercantil obliga al deudor calificado a pedir su propia quiebra, bajo sanciones penales, y tanto el régimen de apertura de la quiebra, en su caso, como las consecuencias de la quiebra misma son más drásticas. Importa también respecto de la prueba de la existencia de la obligación, pues en materia mercantil no rige la limitación de prueba de testigos consagrada en el Código Civil, también la prescripción de las obligaciones mercantiles es sólo de cuatro años. Es fundamental esta distinción respecto de la Ley de Protección al Consumidor, pues en su artículo 2º dispone que *“sólo quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor”*, sin perjuicio de que la Ley n° 20.416, 3 febrero 2010 equiparó a las micro y pequeñas empresas a consumidores finales para efectos de la Ley n° 19.496. Por último, también me parece relevante el tema de la prueba y aplicación de la costumbre.

Aclarado que no existen contratos comerciales propiamente tales y que la importancia de determinar si las obligaciones que de ellos emanan son o no mercantiles está bastante acotada en nuestro derecho, me parece que puedo abocarme a responder derechamente la pregunta de si ¿Se justifica unificar el tratamiento de los contratos civiles y mercantiles?, que da el título a esta exposición.

La misma situación expuesta de que un mismo contrato puede ser civil o mercantil y el avance de la actividad económica han hecho que las disciplinas jurídicas vayan actuando con gran comunicación entre sí, de manera que tanto el derecho comercial se ha beneficiado de figuras extraídas del derecho civil como éste, por su parte se ha beneficiado de aquél. Joaquín Garrigues comentando esta situación señala que *“este hecho ha traído consigo otra consecuencia notable en el orden de la técnica jurídica, y es el traspaso al campo del derecho civil de normas e instituciones jurídicas originariamente dictadas para satisfacer peculiares exigencias del tráfico mercantil ... la posibilidad de usar la cláusula a la orden o al portador en los documentos civiles ..., la desaparición de la presunción de gratuidad en el mandato y otras muchas instituciones trasplantadas desde el terreno mercantil al civil en los códigos más recientes muestran hasta qué punto es verdadero el fenómeno de comercialización del derecho civil y facilitan la futura tarea de los legisladores en todas aquellas materias que no constituyen el fondo inalienable del derecho civil o el fondo inalienable del derecho mercantil”*.<sup>8</sup>

Existen países que han buscado unir las legislaciones, lo que ha sido logrado en forma incompleta, dentro de los cuales podemos mencionar a Inglaterra, Suiza e Italia. Este último caso es el de mayor relevancia doctrinaria, pues los dos primeros, carecían, por así decirlo, de una legislación mercantil paralela tan completa como la italiana, que mal que mal, fue la creadora de este derecho. De hecho, el debate en Italia congregó a autores de la talla de ROCCO, VIDARI, VIVANTE, BOLAFFIO y ASCARELLI.

En 1942, en Italia, se promulga un nuevo Código Civil que derogó el Código de Comercio y pretendió unificar ambas legislaciones, sin embargo se mantiene dentro de él un tratamiento diferenciado para *el empresario de comercio*. En este Código no se incluyeron materias tradicionalmente mercantiles como el derecho marítimo que siguió tratado en el Código de Navegación y el derecho de quiebras, que siguió regulado en una ley especial. Sin embargo, hay que destacar que este Código Civil sí trata de los actos de comercio, comerciantes, libros de comercio, los intermediarios de comercio, obligaciones comerciales en general; la venta, las sociedades y asociaciones comerciales; la letra de cambio y el cheque bancario; el contrato de cuenta corriente; el mandato comercial y comisión; el contrato de transporte; contratos de seguro; los almacenes generales; la prenda y otros contratos sobre mercaderías, entre otras materias normalmente consideradas mercantiles.

---

<sup>8</sup> GARRIGUES (1987) p. 31.

Joaquín GARRIGUES trata profundamente esta materia, y luego de concluir que las futuras legislaciones debieran abordar el tema, nos entrega una conclusión de cómo debiera resolverse, proponiendo que: *“La distribución legislativa de las materias que hoy regulan los códigos civiles y los códigos de comercio podría, en suma, ser la siguiente:*

- a) Un código único para las obligaciones en el que se incluyesen también los contratos mercantiles que se han extendido al público en general, siendo indiferente, por tanto, que uno de los contratantes sea una empresa mercantil, ya que precisamente la actividad de las empresas va dirigida hacia el público.
- b) Un Código de Comercio, para las instituciones genuinamente mercantiles (estatuto del comerciante o empresario mercantil individual y social, patrimonio, patentes, signos distintivos y protección de la empresa, títulos-valores, operaciones bursátiles) y para aquellos contratos que antológicamente pertenecen a una empresa, de suerte que no pueden concebirse sin la participación de ella. Tal es el caso del seguro, de los contratos bancarios, del contrato de venta sobre documentos, del contrato de agencia, del contrato de transporte, del contrato de depósito en almacenes generales, del contrato de hospedaje, etc.
- c) *Un Código Civil, que contenga las normas sobre personalidad, familia y sucesiones”*.<sup>9</sup>

La experiencia del Derecho Comparado y las opiniones doctrinales más autorizadas demuestran que es posible intentar la unificación del Derecho Comercial con el Derecho Civil, intentando, en consecuencia, que los contratos tradicionalmente considerados mercantiles sean tratados por la ley civil. Sin embargo, tanto las legislaciones como la doctrina terminan concluyendo que esa asimilación no puede ser total.

En nuestro país, como expliqué más arriba las consecuencias de la distinción no son muy importantes, sin embargo, se sigue conservando la distinción, por motivos más bien de fondo.

Creo que en el fondo subsiste una diferencia, pues la motivación de las partes en los contratos mercantiles difiere de la causa que motiva la celebración de contratos civiles. En efecto, la contratación mercantil gira en torno a la especulación, la que generalmente no existe en los contratos naturalmente

---

<sup>9</sup> *Idem.*, p.. 33.

civiles (podemos encontrarla en la especulación inmobiliaria, pero se trata, en mi opinión, de contratos artificialmente civiles).

Otra diferencia que me parece relevante y que ha sido considerada por nuestro legislador es el desequilibrio entre las partes en algunos contratos, cuando no son celebrados entre comerciantes profesionales, sino cuando una de las partes carece del bagaje intelectual o dominio del tema que posee la otra, lo que podría prestarse para abusos. Esto impide que este tipo de contratos sea tratado en el sentido de igualdad que presenta tradicionalmente el Código Civil. Remedios en este sentido existen en la Ley de Protección al Consumidor, ya citada, y en los contratos de seguro, entre otros.

Cuando los contratos se celebran entre comerciantes profesionales o en términos más modernos entre empresarios del comercio, parece a la generalidad de la doctrina, a la cual adhiero, no aconsejable aherrojar la iniciativa de éstos agentes que en la historia ha demostrado ser sumamente creativa. De haber sido encasillado en su momento el contrato de cambio dentro del sistema tradicional civil romano, jamás habríamos tenido el surgimiento de la teoría de los títulos de crédito, por ejemplo.

No se debe perder de vista también la globalización y el comercio internacional, que día a día nos enfrentan a nuevas formas de contratación que parece más razonable adoptar desde la óptica del derecho comercial tradicional que desde su encasillamiento en un Código Civil. En este sentido PUELMA ACCORSI nos representaba: *“El gran desarrollo del intercambio internacional que ha ocurrido en el mundo en los últimos años ha originado, entre otros fenómenos, el empleo o uso en Chile de formas contractuales provenientes de otros ordenamientos jurídicos, especialmente del mundo anglosajón. Las nuevas formas de contratación, en algunas ocasiones, son negocios jurídicos diversos de los conocidos en nuestro medio o importan nuevas modalidades de figuras jurídicas conocidas. Estas formas de contratación llevan envueltas en gran medida incógnitas tanto sobre su validez en nuestro país como en cuanto a la determinación de la forma concreta que la institución foránea ha sido acogida por nuestras prácticas. Lo expuesto hace cada vez más necesario el estudio sistemático de estas nuevas materias”*.<sup>10</sup> En este mismo orden de ideas, se puede sostener que subsiste la idea de la *lex mercatoria* como una posibilidad de las partes a elegir por declaración de voluntad el derecho aplicable al contrato, y especialmente, en la determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de contratos internacionales.

---

<sup>10</sup> Puelma (2002).

Como conclusión final, me parece que se justifica plenamente un diferente tratamiento de los contratos civiles y mercantiles en nuestra legislación, especialmente porque los que participan de la celebración de estos últimos se entienden regidos por normas diferentes en materias importantes como son el cierre a distancia, no cuesta imaginarse el diferente trato que daría a un fax una interpretación civilista frente a una mercantilista; el tratamiento y aceptación de las costumbres, que para los comerciantes se elevan a categorías inimaginables para los que no ejercen esta profesión; esto va unido a la buena fe y al concepto de crédito de los diferentes actores, los que siempre han aceptado, en materia comercial, que la mala fe y el incumplimiento culpable deben ser sancionados con la mayor severidad posible. Estos conceptos no pueden ser asimilados fácilmente por el derecho civil.

Por último, y para reforzar la idea de que debe mantenerse un tratamiento diferenciado hago presente que, por regla general en materia de contratación mercantil, ésta no se detiene en contratos específicos, sino que éstos normalmente forman parte de una negociación más amplia, y pretenden un fin que va más allá del mismo contrato, que en ese sentido toma una naturaleza, por así decirlo, instrumental. Esto hace que estos contratos deben ser interpretados como medios para lograr el fin que las partes convinieron, que es el resultado de la negociación, lo que complica al sistema interpretativo clásico civil.

### **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

GARRIGUES, Joaquín (1987): *Curso De Derecho Mercantil* (7ª Edición, Bogotá, Editorial Temis) Tomo I.

OLAVARRÍA ÁVILA, Julio (1950): *Manual De Derecho Comercial*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

PUELMA ACCORSI, Álvaro (2002): *Contratación Comercial Moderna* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Santiago)

PUGA VIAL, Juan Esteban (2005): *El Acto De Comercio. Crítica A La Teoría Tradicional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).