



UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

**REVISIÓN DEL ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES
Y CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES DE CARA A SU POSIBLE
UNIFICACIÓN**

Trabajo investigativo para obtener el título de Licenciada en Derecho

Autor: Martha Adilia Pérez Ráudez

Tutor: Dr. D. Jairo José Guzmán García

Managua, Nicaragua

Junio, 2012

ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

C: Código Civil de Nicaragua.

Cc.: Código de Comercio de Nicaragua.

LDC: Ley de Defensa de los Consumidores.

UNCITRAL: Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

Contenido

INTRODUCCIÓN

1. RESEÑA HISTÓRICA

1.1 INEXISTENCIA DEL DERECHO MERCANTIL EN ROMA

1.2 NACIMIENTO DEL DERECHO MERCANTIL EN LA EDAD MEDIA

1.3 HISTORIA DE LA DUPLICIDAD LEGISLATIVA CIVIL Y MERCANTIL

1.4 LA CRISIS DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL.

2. ASPECTOS GENERALES

2.1 LOS CONTRATOS COMO FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

2.1.1 EN EL ÁMBITO CIVIL

2.1.2 EN EL ÁMBITO MERCANTIL

2.2 PUNTO DE DELIMITACIÓN ENTRE LOS CONTRATOS CIVILES Y LOS MERCANTILES

2.3 TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

2.3.1 CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

2.3.1.1 OBLIGACIONES CIVILES

2.3.1.1.1 EVOLUCIÓN

2.3.1.1.2 CONCEPTO DE OBLIGACIONES CIVILES

2.3.1.1.3 LA PATRIMONIALIDAD EN LAS OBLIGACIONES CIVILES

2.3.1.2 OBLIGACIONES MERCANTILES

2.3.1.3 OBLIGACIONES MIXTAS

2.3.2 DELIMITACIÓN ENTRE OBLIGACIONES CIVILES Y MERCANTILES

2.4 COMERCIALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

3. SOBRE LA UNIFICACIÓN

3.1 ESTADO ACTUAL DE NUESTRO ORDENAMIENTO EN ESTE TEMA

3.1.1 REFORMAS AL CÓDIGO DE COMERCIO VIGENTE EN EL PAÍS.
TENDENCIAS DE *LEGE FERENDA*

3.2 ANTECEDENTES DE REFORMAS AL CÓDIGO DE COMERCIO EN PRO DE LA UNIFICACIÓN

3.2.1 LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES

3.2.1.1 PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDIGO DE ARGENTINA

3.2.1.2 BRASIL

3.2.1.3 PERÚ

3.2.1.4 SUIZA

3.2.1.5 PARAGUAY

3.2.1.6 ITALIA

3.3 TENDENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

3.3.1 LA “LEX MERCATORIA”

3.3.2 DERECHO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Y LA NECESIDAD DE CONSTRUIR UN DERECHO CONTRACTUAL COMÚN

3.3.2.1 PRINCIPIOS UNIDROIT

3.3.2.2 POR LA VÍA DE CONVENCIONES INTERNACIONALES

3.3.2.3 RECOPIACIÓN DE USOS Y COSTUMBRES

3.3.2.4 CREACIÓN DE CUERPOS DOCTRINALES

3.4 ¿POR QUÉ ES NECESARIA LA UNIFICACIÓN?

3.4.1 OPINIONES DENTRO DE LA DOCTRINA

3.5 VICISITUDES QUE ENTRAÑA LA UNIFICACIÓN

3.5.1 ESPECIALIDADES MERCANTILES DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.

3.5.1.1 LA SOLIDARIDAD

3.5.1.2 EL TÉRMINO ESENCIAL PARA EL PLAZO DEL CUMPLIMIENTO

3.5.1.3 SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

3.5.2 ESPECIALIDADES MERCANTILES DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

3.5.2.1 LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO MERCANTIL

3.5.2.1.1 OFERTA MEDIANTE PUBLICIDAD

3.5.2.1.2 PERFECCIONAMIENTO ENTRE PERSONAS DISTANTES

3.5.2.1.3 SUPUESTOS ESPECIALES DE PERFECCIÓN

3.5.2.2 LA FORMA

3.5.2.3 LA CARGA DE LA PRUEBA

3.5.2.4 LA INTERPRETACIÓN

3.5.3 VICISITUDES PROCESALES

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

LISTA DE REFERENCIAS

INTRODUCCIÓN

La dicotomía de las relaciones entre el Derecho civil y el Derecho mercantil no es completamente hermética, ambas ramas del Derecho privado se ven entrelazadas en el punto de las obligaciones y contratos. En el momento de tratar de diferenciar y hacer una delimitación a fines interpretativos de los contratos civiles respecto de los mercantiles, nuestra norma jurídica no da respuestas de una forma clara, sino que es necesario analizar el contrato en particular, *a posteriori*, para así dar una solución al caso en concreto, sin contar con una solución universal.

Ante tal problemática, en el extranjero se han hecho regulaciones a los Códigos civiles y comerciales, principalmente en los países europeos. Estas regulaciones de cara a una labor unificadora de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles. Esta tendencia, ha venido solucionando y facilitando los negocios jurídicos del Derecho de contratos y obligaciones, dándole un punto de enfoque moderno y esforzado en mantener a este derecho capaz de satisfacer las actuales demandas de la globalización.

Se considera, para la redacción de este trabajo, un planteamiento del problema y análisis de las soluciones que en el Derecho comparado se han venido adoptando, el Derecho latinoamericano no es excepción de esta tendencia, nuestro derecho posee las condiciones necesarias para realizar esta “adecuación” normativa al tráfico jurídico de la economía actual globalizada.

Nos disponemos a presentar los hechos y opiniones doctrinarias que se han dado de cara a este fenómeno.

1. RESEÑA HISTÓRICA

1.1 INEXISTENCIA DEL DERECHO MERCANTIL EN ROMA

Para comenzar con esta investigación parece pertinente remontarnos a la época de los orígenes del Derecho mercantil, que explica las necesidades de su creación como parte autónoma del Derecho Privado.

A diferencia del Derecho Civil, en Roma, no existió un Derecho especial para el comercio de los habitantes; a pesar de que los romanos alcanzaron una posición importante en el comercio mundial de la época, surge un importante tráfico marítimo y aparecen profesionales dedicados al comercio.

La profesora Martín Rodríguez (2005) explica:

En Roma no se conoce una palabra técnica para designar el comercio. Así "*Negotiatio*" se utiliza tanto para designar el gran comercio como para una operación aislada; "*Mercatura*" sólo indica el comercio de mercancías en sentido estricto. No existe un "*Iusmercatorum*", como en la Edad Media, ni distinguen entre acto civil y acto de comercio.

Aunque Roma conoció un progresivo aumento del comercio y de sus profesionales, sin embargo, MONTORA RUEDA (p. 48) cita a RUBIO GARCÍA (1947), donde este afirma que la formación del *Iusgentium*, que sirvió para resolver los problemas suscitados por el tráfico internacional mercantil que contribuyó a fecundar y desenvolver el Derecho Civil, y la ausencia en la economía romana de los rasgos propios de la economía capitalista, hizo innecesaria la aparición de un Derecho especial mercantil diferenciado del Derecho Civil.

Sólo en los últimos siglos del Imperio Romano, bajo la influencia de tristes condiciones económicas, se trató de acudir en auxilio y cierta compasividad a los deudores de la época, con numerosas disposiciones legislativas, las cuales perjudicaban en gran medida los intereses del crédito. Por tener caracteres mal formados y poco bien diseñados (VIVANTE, 2005)

De la inexistencia de un Derecho especial para el comercio en Roma, BROSETA PONT (1977) concluye que para que el Derecho Mercantil surja como un Derecho especial no basta con sólo la existencia de una intensa actividad económica, como en Roma, sino que es necesario también que el Derecho común no pueda por sí mismo regular de manera satisfactoria las exigencias que de ella se originan.

El Derecho mercantil, desde su surgimiento a través de la historia, lo hace categóricamente como una rama constituyente del Derecho Privado.

Se transforma y pasa a ser una disciplina autónoma por razones y factores económicos y político-sociales de la época, y esto explica la “relatividad” de la materia mercantil, porque al ir evolucionando de acuerdo a las necesidades del momento, su contenido también sufría transformaciones. De esta evolución surgen tres fenómenos relevantes: 1. Una extensión del ámbito del Derecho mercantil, es decir, que surge como regulador de las actividades comerciales, y se extiende posteriormente a la industria; de estar destinado a regular el tráfico de bienes muebles se extiende en algunos casos al de inmuebles. Otro punto señala que antes excluía de su ámbito a la actividad agrícola, y ahora es abarcada cuando se regula mediante métodos empresariales. 2. Una tendencia generalizadora y objetiva de su contenido, como resultado de la utilización de ciertas instituciones que eran exclusivas de los comerciantes por quienes no lo son. 3. Como consecuencia del fenómeno anterior, una tendencia a reducir el ámbito del Derecho mercantil, debido a que la generalización de ciertas instituciones aconseja detraerlas del contenido de este Derecho especial, para someterlas así al Derecho civil. Todos estos fenómenos explican la relatividad del contenido de éste derecho y permiten entender por qué su ámbito actual no corresponde con el de diversas etapas de su evolución (BROSETA PONT, 1977).

El profesor GARRIGUES (1979) afirma algo muy esencial para nuestra investigación, y es que la “historicidad” del Derecho mercantil significa que su separación del Derecho civil no es un hecho permanente, y esto además, implica que surge como Derecho especial, para satisfacer necesidades

concretas de la realidad económica. Exigencias que no fueron capaces de ser atendidas por el Derecho civil.

1.2 NACIMIENTO DEL DERECHO MERCANTIL EN LA EDAD MEDIA

En la Edad Media comienzan a presentarse deficiencias en el Derecho común para regular los nuevos problemas surgidos en el curso de la evolución de la época, cuando aparece una “economía racionalizada” en el seno de la ciudad y su mercado. Comenzaron a surgir nuevos conceptos e instituciones mercantiles, no de forma pura, sino, mediante la adaptación consuetudinaria de los Derechos romano, germánico y canónico (MONTORA RUEDA).

MONTORA RUEDA expresa que los cambios de ésta época están centrados en el desplazamiento del campo a la ciudad y la aparición de nuevas relaciones jurídicas, plantea como ejemplo el tráfico de bienes muebles el cual desplaza a los inmuebles; y de nuevos sujetos de tráfico jurídico, como son los *mercatores*, agrega, que este término agrupa a los comerciantes y artesanos que trabajan libremente para dar salida a sus productos al mercado de la ciudad, en ésta ciudad y su mercado va formándose un nuevo Derecho privado, individualista, flexible y dinámico apto para la regulación de la vida negocial del mercado.

Afirma MONTORA RUEDA (p. 50) citando a GARCÍA MINA (1947) que a partir de la Baja Edad Media comienza a desarrollarse una nueva economía, con rasgos como:

1. La concepción individualista y utilitaria del uso de la riqueza.
2. Su organización racionalizada de acuerdo a una economía capitalista.
3. La aparición de nuevas instituciones mercantiles como la moderna empresa, que forman parte de la manifestación esencial de esta economía capitalista. La empresa, como organización patrimonial, como “mecanismo productivo con vida propia y liberada de todo elemento personal”, desplaza y sustituye a la familia, al gremio y a la

ciudad”, y asegura la continuidad del proceso económico. Dicho proceso, en virtud del incremento de la racionalización (planificación) de la actividad mercantil potencia su capacidad productiva y sus posibilidades de ganancia.

A manera de conclusión, es necesario destacar que las razones que impulsaron el nacimiento de este Derecho especial, como lo es el mercantil, se agrupan en torno a la insuficiencia del Derecho civil y a su incapacidad de adaptación a exigencias técnicas que inicialmente fueron del comercio. Sin embargo, los imperativos de la realidad económica han ido cambiando a través del tiempo, y las exigencias técnicas que dieron origen a un Derecho especial en el ámbito de actuación de los comerciantes en la Edad Media no pueden ser las mismas que tienen hoy las grandes empresas mercantiles e industriales. Precisamente porque la proporción de grandes empresas se multiplica, y con estas las contrataciones en masa con el público, el Derecho mercantil se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad, distanciándose enormemente de su primitivo contenido, cuando sólo era adjudicado estrictamente a los comerciantes.

Esta idea del Derecho mercantil, como Derecho de los comerciantes, se va prolongar durante toda la Edad Moderna. Durante este periodo se van a producir algunos cambios de orientación que abrirán el camino a la ruptura con el Derecho civil que en cierta forma representa el proceso de codificación. El derecho no es Derecho de los comerciantes, sino derecho de los actos de comercio. Pero esta nueva concepción se encontró con la dificultad insalvable de definir el acto de comercio al margen de la definición de comerciante (MARTÍN RODRÍGUEZ, 2005).

1.3 HISTORIA DE LA DUPLICIDAD LEGISLATIVA CIVIL Y MERCANTIL.

La dicotomía del Derecho civil y comercial, a como aclaramos anteriormente, tuvo inicios en Europa a comienzos de la Edad Media, en el momento en que el

Derecho mercantil surge 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, España y Alemania figuran entre los grandes países que impulsaron el nacimiento de esta rama del derecho.

El profesor VIVANTE (2005), explica que el Derecho comercial, a pesar de que se ha venido desarrollando por separado del civil, y casi de un modo antitético a éste. Todo encuentra lógica, no en fuentes científicas y necesarias a el desarrollo económico de la evolución de las épocas, sino que él afirma que si los comerciantes no hubiesen formado una clase distinta de ciudadanos, y si el ejercicio del comercio hubiese sido libre desde sus principios, el cuerpo mercantil hubiera contribuido, como sucedió en Roma, a renovar con su influencia al Derecho civil; de esta forma el Derecho comercial es probable que no hubiera constituido nunca un campo autónomo en el Derecho privado.

Según CARVAJAL ARENAS (2006) el ideal de la unificación del Derecho Privado “surgirá en Europa con los “juristas- filósofos”: G. Montanelli y E. Cimballi. Los “juristas-historiadores”, como Endemann y Dernburg, verán en el Derecho comercial no sólo una categoría histórica, sino una verdadera categoría transitoria, esto es, una categoría destinada a desaparecer” (p. 40).

Esta discusión dadaa finales del siglo XIX en Europa, acerca de la relación del Derecho Mercantil con el Derecho Civil repercutió directamente en la codificación. Se planteó la idea de que si es precisamente necesaria una codificación especial para el Derecho Mercantil, o si no era más adecuado unificarlas materias hasta ahora calificadas del Derecho Mercantil junto con el Derecho de las obligaciones del Derecho Civil en un código, el “*Codeunique*”. 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 (CARVAJAL ARENAS, 2006).

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 pertenecen al Derecho comercial, pero se trataba siempre de un trabajo de detalle, muy limitado en su aplicación territorial.

ROTONDI (1974, p.325) cita al profesor de la Universidad de Amsterdam PITLO ADRIÁN, en el "Posto del dirittocommerciale nel dirittoolandese", en Inchieste di dirittocomparato (p. 451), dice:

En los países, en que el Derecho romano fue 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.

La separación histórica entre Derecho civil y Derecho mercantil no fue obra del capricho ni obedeció a criterios dogmáticos sino que fue impuesta por la misma realidad económica.

Tanto en el terreno de la doctrina como en la legislación se advierten una serie de corrientes de recíproco influjo entre el Derecho Civil y el mercantil, sin que por ello pueda decirse que alguno haya perdido su autonomía.

El Derecho mercantil ha conservado siempre su carácter de rama desgajada del tronco común del Derecho privado por obra de la necesidad de adaptar el Derecho civil a las exigencias del tráfico mercantil, por tal razón se afirma en el aspecto técnico que el Derecho mercantil no ha podido emanciparse del

Derecho civil. Hay territorios del Derecho civil que son prácticamente inaccesibles al Derecho mercantil, como los derechos de la personalidad, las relaciones de familia y sucesiones, así como sectores herméticos del Derecho mercantil como la letra de cambio, libranzas, cheques, sociedades con forma mercantil, y en general todos los que exigen una organización de empresa que postulan un tratamiento jurídico autónomo (GARRIGUES, 1979)

1.4 LA CRISIS DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL.

Se afirma que existe una crisis en los códigos de comercio decimonónicos y también de los que en la modernidad trascienden de ellos. En los países europeos y latinoamericanos que los mantienen, puede decirse que su contenido no responde a las modernas exigencias de la realidad. Por esta razón se promulgan constantemente “leyes sectoriales” que los actualizan o complementan. Prueba de esto tenemos al movimiento legislativo español producido desde 1988 hasta la actualidad, en el que todo el Derecho mercantil moderno y nuevo está fuera del código de comercio. Esto significa que al estar fuera del código todas estas leyes, se está dando un proceso de “descodificación” de sus materias. (BROSETA PONT, 1991).

Cuando la doctrina analiza este fenómeno se plantea la consideración de que si en la actualidad es necesario este método codificador, y es que el código es una compleja obra jurídica que nace desfasada, es incapaz de recoger las modificaciones y las instituciones dinámicas que surgen día a día, las exigencias de leyes muy concretas; además, más importante aún es que el modelo codificador actualmente no se adecua a las exigencias internacionales del tráfico y del comercio.

Por todo esto, esta supuesta crisis afirma que el futuro normativo sólo puede verse reflejado a través de leyes sectoriales y no sobre un código que regule toda la materia mercantil. Por su parte, BROSETA PONT (1991) opina que estos argumentos son exagerados, ya que el principal problema de esta descodificación es dada por la incapacidad de los juristas, es decir en un plano subjetivo de incapacidad por parte de los juristas encargados de esta labor y la

impotencia e incomprensión de los gobiernos, que son los que deben encargar estos proyectos a nivel de tarea. Esta descodificación, haría surgir una enorme inseguridad jurídica, como en el caso de España con la regulación de publicidad comercial, la cual está sometida tanto a la Ley General de Publicidad de 1988 como a la posterior Ley de Competencia Desleal de 1991, sin claridad ni delimitación normativa.

La conclusión sobre esta discusión es que el futuro código de comercio debe incorporar con carácter general los grandes principios rectores de la materia mercantil, de modo que estos sean universales para cada ley sectorial que se vaya diseñando, ya que resulta imposible estar haciéndolo para cada ley, estos principios deben ser respetados y serán redactados de forma que puedan guiar su aplicación, interpretación y posteriores ediciones. Existiendo solamente las leyes específicas sin ningún código, estas no contarían con principios generales mediante regirse.

2. ASPECTOS GENERALES

2.1 LOS CONTRATOS COMO FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Iniciaremos este apartado con la presentación de la figura de los contratos, la cual en nuestro ordenamiento jurídico esta doblemente regulada. Contamos con contratos civiles y mercantiles, los cuales se encuentran delimitados de una manera pobre y poco eficiente, caso que es preferente desarrollar con mayor detención posteriormente.

Los contratos, tanto los civiles como los mercantiles, son fuente principal de las obligaciones. Un negocio jurídico bilateral que tiene como finalidad el intercambio de prestaciones de carácter patrimonial entre dos o más sujetos de derecho, los cuales ponen en común sus contrapuestos intereses. De modo que en materia civil y mercantil al hablar de contratos, siempre se va a tratar de la realización de un interés económico a través de una *lexprivata* de la cual se origina una obligación, cuyo contenido eminentemente patrimonial realiza las incidencias que el tráfico jurídico de bienes y de servicios tiene en la economía (HERRERA Y GUZMÁN, 2009).

HERRERA Y GUZMÁN (2009) describen como “un ejercicio tautológico” la repetición de lo fijado por el Código civil respecto a las instituciones como los contratos y obligaciones, en otras áreas del derecho, debido a que la ley civil tiene un carácter supletorio de todo el ordenamiento jurídico del Estado.

A continuación nos dispondremos a estudiar a los contratos como fuente de las obligaciones, tanto en el ámbito civil como en el mercantil. Para poder entender y plantear la doble regulación y así determinar sus consecuencias dentro de la práctica.

2.1.1 EN EL ÁMBITO CIVIL

En nuestro Código Civil las fuentes de las obligaciones están clasificadas en cinco fuentes: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley.¹

El profesor ESCOBAR FORNOS (1996) afirma que el contrato es la principal fuente de las obligaciones. Las condiciones indispensables para la contratación civil siempre se rigen por las reglas para la validez de las obligaciones civiles².

Según PUIG BRUTAU (1985) si en lugar de hablar de contrato se prefiere el término negocio jurídico, como un cauce de expresión de la autonomía privada, se debe tratar de los que tienen por finalidad la constitución de relaciones obligatorias. “El contrato es, en definitiva, el negocio jurídico más típico, que precisamente tiene la finalidad de crear obligaciones; es decir, establece que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras” (p.47).

Incluso, en la evolución dogmática contractual, existen propuestas de unificación legislativa³ de la teoría general de los contratos y las obligaciones, dada la interferencia que éstas tienen en las distintas ramas del derecho donde en el libro de HERRERA Y GUZMÁN (2009) se plantea como “...una constante en varias ramas del ordenamiento jurídico, y por tal razón, es un ejercicio de repetición que se realiza en leyes distintas” (p.36). Ejemplo de estas ramas donde se aplican ambas regulaciones son el Derecho mercantil y Derecho administrativo.

2.1.2 EN EL ÁMBITO MERCANTIL

¹ Art. 1831: “Las obligaciones nacen de la ley o de un hecho obligatorio que puede ser lícito o ilícito. Es un hecho obligatorio lícito el contrato y el cuasicontrato. Es un hecho obligatorio ilícito, el delito y el cuasidelito. Las obligaciones que nacen de la ley, se expresan en ella.

² Art. 2436: “Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, se requiere, para las que nacen de contratos, el consentimiento, y que se cumplan las solemnidades que la ley exija”.

³ El Código Italiano de 1942.

Respecto a las fuentes de las obligaciones mercantiles, nuestro código de comercio no contiene disposiciones que regulen o hagan mención sobre esto, por lo que nos corresponde acudir al Derecho común, específicamente a lo regulado por el Código Civil, mencionado con anterioridad el Art. 1831 donde se mencionan “los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley”. Para aclarar sobre qué fuente deriva el Derecho de obligaciones mercantil JIMENEZ SÁNCHEZ (2003) explica que este Derecho de obligaciones está directamente relacionado con el concepto “acto de comercio”, generando obligaciones que son de origen negocial. Con todo esto, JIMENEZ SÁNCHEZ (2003) deja claro que: “...El negocio jurídico mercantil constituye la fuente principal de las obligaciones mercantiles; lo que no es óbice para que éstas puedan derivar de otras fuentes. Entre estas últimas merecen especial mención las relaciones contractuales fácticas y los negocios jurídicos forzosos”.

2.2 PUNTO DE DELIMITACIÓN ENTRE LOS CONTRATOS CIVILES Y LOS MERCANTILES

Luego de estudiar ambos ámbitos del Derecho, civil y mercantil, de forma individual, es momento de tratar de separar una de la otra. Hemos visto que ambos contratos se conectan, teniendo puntos en común.

Conceptos fundamentales como los de persona jurídica, negocio jurídico, contrato, declaración de voluntad, representación, etc. están dados en el Código Civil, y se aplican a la materia mercantil.

El Derecho civil actúa en la norma mercantil como un Derecho supletorio. Podemos entenderlo como un fragmento del cual se desprende, es decir que esta separación legislativa, la cual es objeto de nuestro estudio, no funda una separación radical, ya que al final ambos se complementan (RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, 1978).

En la Teoría general de las obligaciones se aprecian especialidades dentro del campo del Derecho Mercantil: en el régimen de la mora, la solidaridad, la prescripción, el perfeccionamiento del contrato, etc. En cuanto a los fines, sujetos (comerciantes) o carácter mercantil del objeto de la obligación. Algunas

de estas especialidades han sido superadas en el Derecho civil moderno, ya que este tiende a aceptar la solidaridad como regla general, los plazos cortos de la prescripción y la mora por el simple vencimiento del plazo. (ESCOBAR FORNOS, 1996).

El camino a seguir, según HERRERA Y GUZMÁN (2009), para la delimitación del contrato mercantil frente al civil, es en principio determinar la mercantilidad del acto, o en su caso, la civilidad del particular contrato, para así saber cuál sería la norma aplicable al caso concreto. Según un criterio formal, doctrinariamente se estima que esta mercantilidad va ser determinada cuando los contratos son producto de la actividad de una empresa, es decir “contratos de empresa”.

En el art. 1 del Código de Comercio se considera que “los contratos entre comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo prueba en contrario, y por consiguiente, estarán sujetos a las disposiciones de este Código”, de esta forma el código delimita a los negocios celebrados por comerciantes dentro de su regulación mercantil.

También encontramos los contratos mixtos, en los que son partes consumidor y empresario, este tipo de contrato también es considerado mercantil, por verse dentro de lo que antes mencionaba “contrato de empresa”, es decir se asume que dichos negocios son mercantiles sin importar en nada quién es la contraparte de los mismos, sin embargo en este punto existen contradicciones, ya que el Código de Comercio en algunos contratos excluye la mercantilidad de los contratos mixtos, cuando estos no tienen fines de comercio o bien la otra parte no es comerciante. Pero esto tampoco le da un carácter civil, ya que por ejemplo el transporte terrestre de cosas y personas, en el art. 369⁴Cc. se reputará mercantil. Incluso se afirma que en contratos en los que ninguna de las partes es comerciante puede ser mercantil, esto cuando se tiene como objeto el tráfico, reventa o alquilar su uso, o en general cuando la obligación es

⁴ Art. 369.- El contrato de transporte por vía terrestre o fluviales de todo género, se reputará mercantil:

1. Cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio.
2. Cuando siendo cualquiera su objeto, sea comerciante el porteador o se dedique habitualmente, a verificar transportes al público.

de naturaleza mercantil⁵. Es complicado establecer una manera concreta de delimitar la materia mercantil de la civil, ya que, como vimos antes, existen factores que varían en todas las clases de contratos, entonces nos queda sólo estudiar el caso en particular, atendiendo las circunstancias concretas y así determinar qué reglas codicísticas le serían aplicables. (HERRERA Y GUZMÁN, 2009).

2.3 TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

En esta parte de la investigación haremos un estudio analítico de las Obligaciones, desde el punto de vista histórico y doctrinal. Para poder adentrarnos en la materia de estudio de ésta tesis consideramos importante entender, tanto el lado civil como el mercantil, de manera detenida. Conocer los elementos de ambas áreas del derecho y así poder delimitarlas una de la otra.

2.3.1 CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Dentro de la esfera de las obligaciones a niveles de Derecho interno, para los fines de esta investigación, estudiaremos la clasificación entre Obligaciones Civiles, Obligaciones Mercantiles y Obligaciones Mixtas. Ambas como originarias de la figura contractual.

2.3.1.1 OBLIGACIONES CIVILES

2.3.1.1.1 EVOLUCIÓN

Se afirma que el Derecho actual de las obligaciones está fundado sobre las bases del Derecho romano, citando a DIEZ PICAZO (1996) “en las fuentes romanas la *obligatio* se define como *vinculum iuris quo adstringimur alicuius*

⁵ Art. 103 Cc.- Si ninguno de los contratantes es comerciante o la obligación no es de naturaleza mercantil, no tendrá este carácter, aunque las partes estipulen que se obligan a estilo de comercio.

solvendae rei secundum nostrae civitatis iura” (p. 50)). En la época Romana vemos la evolución del concepto *obligatio*, primeramente como un *vinculum*, el cual DIEZ PICAZO (1996) describe como un “encadenamiento” al que una persona se encuentra sometida respecto de otra, el titular de este derecho puede ejercer acción física sobre su deudor, encerrarlo, venderlo como esclavo o matarlo, esta concepción arcaica de la *obligatio* fue un fenómeno esporádico, desaparece por una serie de razones de orden político y social.

Por razones de que su fuente es contractual, el concepto de obligación ha recibido bastante influencia por parte de los Canonistas, las ideas de equidad, moral y justicia de materia canónica con aportes a éste derecho como por ejemplo: el valor de la palabra empeñada hizo surgir el principio de consensualidad en la celebración de contratos; también encontramos ideas de la Ilustración y otros movimientos y escuelas jurídicas (ESCOBAR FORNOS, 1996).

El Derecho de obligaciones, como cualquier materia del derecho, tiene una naturaleza necesaria de cambio, una evolución respecto a las situaciones y avances sociales, políticos, económicos y científicos, principalmente por los intereses económicos que persigue.

Sobre el Derecho de obligaciones el profesor GUZMÁN GARCÍA (2005) plantea que “es un concepto que en la economía en proceso de globalización es básico para entender las relaciones jurídicas por las cuales se realiza la garantía del orden en los desplazamientos patrimoniales respecto de los bienes y servicios”. (p.14)

El profesor ESCOBAR FORNOS (1996) afirma que las obligaciones civiles siguen evolucionando y recibiendo una buena atención por parte de la doctrina y legislación, como prueba de esto ejemplifica con: “los nuevos códigos civiles (alemán, suizo, italiano, etc.) y en los códigos de comercio que fundamentalmente son códigos de obligaciones. Es bien sabido que el Derecho Mercantil es en gran parte un Derecho de obligaciones y contratos” (p.2).

Las obligaciones han venido sufriendo una evolución como parte de la economía y sociedad, factores determinantes en la evolución jurídica y a través

de su historia se dio un tránsito de la economía agraria a la economía industrial y urbana. Al respecto DIEZ PICAZO (1996:Pp.55, 56) dice:

En una economía agraria de grupos reducidos, en que cada uno de ellos es autatárquico o sibusuficiente, el intercambio aparece como un fenómeno excepcional, que tiene por objeto los elementos de la producción agraria y los productos de la agricultura. Esta característica explica que gran parte de las obligaciones típicas que la tradición histórica hace llegar hasta nosotros se encuentren constituidas por formas de intercambio de los elementos de la producción de la agricultura (fincas, ganados, aperos) y algunas formas no claramente diferenciadas de servicios.

En la Revolución Industrial, y posteriormente la revolución tecnológica todo esto comienza a cambiar, se da la aparición de nuevos esquemas en la dinámica económica. Esta nueva dinámica se tecnifica y racionaliza, hasta llegar al punto de la automatización. “Toda la teoría general de las obligaciones vigente hasta ahora estaba pensada sobre los esquemas de la economía agraria y de una economía de pequeños comerciantes” (DIEZ PICAZO 1996, p. 56).

No existe tratamiento sobre el comercio de bienes de consumo en masa, todo este consumo masivo tiende a diversificarse, y falta un tratamiento sobre las obligaciones de hacer. Todo esto tiende a provocar un desajuste entre lo que es supuesto económico y norma jurídica, porque de la mano a todo este cambio en la economía debe de haber un giro en la misma teoría de las obligaciones, llegando a una teoría que englobe los criterios nacidos de este tráfico de masas y de una economía de servicios.

Otro punto que señala DIEZ PICAZO (1996) es en lo que llama la “estandarización de la materia contractual” (p.56) donde la forma de contratación en masa, los llamados “contratos de adhesión”, han sustituido los esquemas clásicos del proceso. Dentro de este proceso de tecnificación y automatización de las contrataciones encontramos los llamados contratos con máquinas automáticas y la facturación con ordenadores, ejemplos de supuestos nuevos para el derecho.

Respecto a la economía moderna, se ha producido una inversión entre la relación que existe entre la producción y el mercado. La empresa capitalista,

por conveniencia propia, no se adapta al mercado, sino que trata de que el mercado sea el que se adapta a la producción, a través de la captación de los consumidores (DIEZ PICAZO, 1996).

Para concluir con éste acápite, DIEZ PICAZO afirma:

Todos estos datos provocan, como antes decía, una erosión a la teoría tradicional de las obligaciones y la necesidad de construir una nueva teoría general que suponga una ampliación de los anteriores esquemas fácticos y que, al mismo tiempo, permita dar un trato jurídico nuevo a través de unos principios generales y de unas directrices también nuevas a la problemática económico-social de aquellos hechos que no pueden ser resueltos con los antiguos moldes normativos (p.57).

2.3.1.1.2 CONCEPTO DE OBLIGACIONES CIVILES

Las Obligaciones civiles son las generadas por una relación jurídica entre dos o más personas, que rigen su conducta conforme a lo dispuesto en el Código civil. Será civil la obligación derivada de un contrato tipificado por el Código civil; la derivada de una declaración unilateral de voluntad, la surgida de una relación de negocios, etc. (GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, 1977)

El concepto de Derecho de Obligaciones según ESCOBAR FORNOS (1996) es:

Es una parte del Derecho civil que regula las relaciones jurídicas personales en virtud de las cuales una persona llamada acreedor puede exigir a otra llamada deudor una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer y en el supuesto de incumplimiento dirigirse en contra de su patrimonio para satisfacer su interés, ya sea con la cosa debida o con su equivalente (p.1).

En el concepto de Obligación encontramos una contraposición del derecho de una persona sobre el deber de otra, llamados deudor-acreedor, habilitados por el derecho para que esto sea exigible, por nacer de una circunstancia jurídicamente adaptada y viable para hacerlo. De esta forma la obligación no es sólo el deber jurídico, sino también se trata de un derecho subjetivo del cual resulta la correlación entre estos elementos componentes: un deber y un derecho; el crédito y la deuda (DIEZ PICAZO, 1996).

Cabe resaltar también, la función económica de las obligaciones y las incidencias que trae para las transformaciones de esta época, DIEZ PICAZO (1996) dice al respecto "...la obligación es el cauce jurídico o el instrumento para llevar a cabo la dinámica de la vida económica" (p. 55). Estas regulan jurídicamente las actividades de intercambio de bienes y servicios.

2.3.1.1.3 LA PATRIMONIALIDAD EN LAS OBLIGACIONES CIVILES

En este tema tenemos dos tipos de tendencias a valorar la prestación en dinero o no. Opiniones que optan por dejar de lado el interés patrimonial de la prestación afirman que todo interés puede ser satisfecho a través de una promesa vinculante, a favor de la no patrimonialidad; ejemplo de esto encontramos en Alemania, donde se admiten obligaciones con prestaciones sin valor patrimonial (ESCOBAR FORNOS, 1996)

Otra tendencia se inclina a lo opuesto, considerar indispensable la patrimonialidad de la prestación en el surgimiento de la obligación, en la que sin importar el tipo de obligación en que se encuentre, el derecho que se tiene de exigir a otro el cumplimiento de una responsabilidad, sólo puede ser respondido mediante un componente patrimonial. El profesor GUZMÁN GARCÍA (2005) afirma para concluir que "la patrimonialidad de la obligación consiste en una característica distintiva y constitutiva de la misma, útil para entender la realización de su función en el desplazamiento de bienes y servicios" (p. 22).

DIEZ PICAZO (1996) afirma que el problema en esta cuestión sería el caso en el que una prestación sin alcances económicos llegase a constituir el contenido único de la obligación, ya que esto supondría que nos encontramos con una figura jurídica distinta a la de la obligación. "En la medida en que los bienes poseen carácter económico y los servicios determinan un sacrificio de idéntica naturaleza, puede decirse que la obligación posee siempre un carácter objetivamente patrimonial" (p. 89).

La patrimonialidad de las obligaciones está referida no estrictamente a que la prestación deba tener un contenido pecuniario, sino que al menos sea

susceptible, incluso de forma indirecta, a una valoración económica. El interés del acreedor sea valorable (directa o indirectamente) en dinero, incluso satisfaciendo un interés no pecuniario (ALBALADEJO, 1989).

2.3.1.2 OBLIGACIONES MERCANTILES

Para comenzar con el estudio de las obligaciones mercantiles es válido e importante aclarar que éstas constituyen el núcleo del Derecho mercantil, son obligaciones contractuales nacidas de actos de comercio que constan de la condición jurídica de los contratos, como desarrollaré en el siguiente acápite, la principal fuente de las obligaciones. Es común que en estos contratos mercantiles intervengan como sujetos, primero, los empresarios mercantiles, y segundo, los adquirentes de los productos o servicios que estos sitúan en el mercado, es decir los consumidores y usuarios (JIMENEZ SÁNCHEZ, 2003).

Para darnos una idea del concepto de obligación, en el ámbito mercantil no encontraremos un concepto muy diferente al de obligación civil, JIMENEZ SÁNCHEZ (2003) plantea a partir del Derecho común, considerar la obligación como un “vínculo”, que nace de forma típica y personal y que luego va siendo dominado por la patrimonialidad de las relaciones. En una concepción estructural nada diferente a la de el ámbito civil, vemos los mismos elementos constituyentes, entonces puede ser definida como “Relación jurídica establecida entre dos personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios a través de la cooperación de la otra, o bien al intercambio recíproco de bienes o servicios mediante una cooperación igualmente recíproca” (p.212).

Las obligaciones mercantiles están generadas por la relación entre personas que deben regir su conducta conforme a lo dispuesto en las leyes mercantiles, o aquéllas que intrínsecamente las considera la ley como mercantil o comercial sin importar el aspecto subjetivo de la relación.

2.3.1.3 OBLIGACIONES MIXTAS

En este tipo de obligaciones una de las partes es comerciante y es civil, es decir que los elementos personales de la obligación tienen diversa categoría.

Para brindar un concepto de este tipo de obligación, nos parece adecuado el brindado por el profesor GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ (1977, el cual afirma que estas obligaciones son:

Las que derivan de una relación surgida entre dos o más personas, en la cual una de ellas realiza una conducta de aprovechamiento personal del objeto de la misma relación, y la otra verifica una conducta de intermediación en el cambio (p. 53).

2.3.2 DELIMITACIÓN ENTRE OBLIGACIONES CIVILES Y MERCANTILES

Es difícil distinguir entre una obligación mercantil y una civil al grado de afirmarse que “no hay diferencia entre ambas; lo que sucede- según civilistas- es que las normas mercantiles son normas excepcionales respecto del Derecho civil” (GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ 1977, p. 50). Otra opinión viene dada respecto a que el Derecho mercantil es una rama del Derecho civil.

Existe una innegable afinidad entre estas dos ramas del derecho, sus relaciones son estrechas, se puede afirmar que tanto las obligaciones civiles como las mercantiles, participan de los mismos elementos estructurales: sujetos (acreedor y deudor), relación jurídica y objeto.

Es posible establecer un criterio de delimitación de cara a la noción de acto de comercio, puesto que son obligaciones mercantiles las que derivan de un acto de comercio y civiles las que derivan de un acto civil. El acto de comercio, según cita GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ (1977) a ROCCO (1957), encuentra su esencia en el “...concepto de cambio indirecto o mediato, la interposición en la realización del cambio” (p. 52). A partir de esto, es válido afirmar que acto de comercio es todo aquel de intermediación en el cambio del cual resulten obligaciones para una de las partes o para ambas. Este acto es generador de obligaciones mercantiles (GUTIÉRREZ Y GONZÁLES, 1977)

Para analizar los elementos constituyentes de la obligación mercantil vamos a distinguirlos en tres: 1. los sujetos llamados deudor-acreedor, 2. el objeto,

constituido por la prestación une a los sujetos en un tercer elemento que es el 3.vínculo jurídico por el cual ambos sujetos están sujetos, es decir que corresponde para el deudor el deber jurídico de la obligación, y para el acreedor el derecho sobre éste (JIMENEZ SÁNCHEZ, 2003)

2.4 COMERCIALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

Bajo esta premisa comienza lo que es el tema específico de nuestra investigación. Hasta este punto hemos llegado a dos ámbitos del derecho, dentro del Derecho privado. La materia de Derecho mercantil, como ámbito especial, y la materia de Derecho civil como ámbito común; entendiendo esto, según RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (1978) al Derecho común como: “las reglas generales aplicables a los ciudadanos en sus actividades patrimoniales y familiares” (p.16) y al Derecho especial: “un derecho que tiene desenvolvimiento particular sobre las bases dadas por el derecho común” (p. 16).

A través de las ideas expuestas hemos comprobado que el contenido en un determinado momento del Derecho civil es decisivo para el contenido y el ámbito de las normas especiales del Derecho mercantil. Un nuevo Derecho civil hace necesarias nuevas normas del Derecho mercantil y superfluas las existentes.

Las exigencias económicas, antes pertenecientes únicamente al comercio y comerciantes, se han extendido a otros sectores de la sociedad, por lo mismo que las operaciones tradicionalmente llamadas “mercantiles” se han hecho patrimonio común de todos los ciudadanos. Estos ya no son fenómenos estrictamente de clases burguesas, todo particular tiene cuenta en los Bancos, extiende letras, paga cheques, etc. En estas condiciones de vida el Derecho civil, al ser rígido, grávido y estable, se ve obligado a buscar nuevas normas y hasta principios del Derecho mercantil. Este hecho ha traído consigo una consecuencia notable, la comercialización del Derecho Civil. (JOAQUIN GARRIGUEZ, 1979)

En la doctrina se sostiene que el Derecho Mercantil nunca se ha podido emancipar del Derecho Civil, por eso se le reconoce como materia “especial”.

En la medida que la sociedad va evolucionando, social y económicamente y las exigencias del tráfico mercantil van cambiando, estas normas especiales se aplican a una materia con mayor amplitud. De aquí el hecho de que se plantee la propuesta de comercialización del Derecho civil (ORÚE CRUZ, 2008).

Afirma JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2003) que: “La progresiva introducción de normas y principios jurídicos propios del Derecho mercantil en ámbitos originariamente no acotados por esta regulación especial y, en consecuencia, antes sometidos a las normas del Derecho civil” (p. 31), son los que dan lugar al fenómeno que se conoce bajo el enunciado de “Comercialización del Derecho civil”. Además, continúa el autor, la fase final de todo este proceso viene a dar a lo que se llama Unificación del Derecho privado. Cuando lo que antes mencionábamos como materia especial, se extiende de forma que se apodera de la sometida a una regulación común, es lógico que desaparezca la diferencia entre estas ramas del Derecho. Esta unificación es producida en el ámbito en que la especialización mercantil fue originariamente reclamada, esto es, en la regulación de obligaciones y contratos. Tenemos sistemas normativos en los que se ha culminado el proceso de unificación, casos como el de Italia y suiza, en los que debido a esto ya no existe una diferencia entre obligaciones y contratos mercantiles y civiles, en el punto en que desaparece la autonomía legislativa el Derecho mercantil deja de ser “especial” frente al común.

Sin embargo, JIMÉNEZ SÁNCHEZ continúa diciendo, debemos plantearnos la cuestión de que si aún perdida la autonomía legislativa, se puede identificar en estos sistemas unitarios alguna materia de carácter específico, en la que se fundamente la subsistencia del Derecho mercantil. El carácter subjetivo que diferencia a los comerciantes, empresarios mercantiles de los sujetos que se obligan en materia civil subsiste en este tipo de legislaciones que han sido unificadas, con un régimen de derechos y obligaciones distintas según la persona. En conclusión, dentro de los sistemas unificados mencionados con anterioridad, que estudiaremos más adelante, subsiste una materia mercantil, regida por normas particulares.

Entonces, considero importante para el estudio de este tema, dejar claro que para poder comenzar a hablar sobre una posible unificación de las obligaciones

y contratos civiles y mercantiles, tenemos que estudiar y dar por sentado que el primer paso sería una comercialización del Derecho civil, de esta forma vemos una adaptación de la norma antigua que contiene nuestro código que viene desde tiempos remotos en los que la situación económica era diferente a la economía actual, en la que vemos la necesidad de transformación como algo vital para la sociedad, sobre algo tan importante como lo es el derecho.

El hecho de tratar de someter a todos los particulares por igual a un régimen mercantilista de sus derechos es el principal problema dentro de lo que tratamos en este trabajo.

3. SOBRE LA UNIFICACIÓN

3.1 ESTADO ACTUAL DE NUESTRO ORDENAMIENTO EN ESTE TEMA

En nuestro país existe autonomía legislativa del Derecho comercial, por cuanto existe un Código de Comercio que forma un cuerpo de normas separado del Código Civil. Según la doctrina, se afirma que una rama del derecho tiene autonomía legislativa, cuando sus normas integran un conjunto orgánico con independencia formal. Así, por ejemplo, tienen autonomía legislativa las normas que integran un código, como es el caso de nuestro Código de Comercio. (RODRÍGUEZ Y LÓPEZ)

Tiene autonomía jurídica o científica, el conjunto de normas regido por principios que le son propios. Con otras palabras, una rama del derecho es autónoma cuando sus normas deben ser integradas a la luz de principios jurídicos que le son exclusivos y sirven, precisamente, para diferenciarla del resto de las ramas del derecho que, o bien reconocen principios generales comunes o bien reclaman para sí mismas, también, este carácter de autonomía jurídica. ALBALADEJO (1982), expone que “El Derecho civil es Derecho privado, pero no es todo el Derecho privado, sino sólo el privado general. Regula pues, las materias privadas para las que no haya dictadas normas o disposiciones particulares constitutivas de otros Derechos privados especiales”. Bajo esta premisa sólo nos queda afirmar que el Derecho comercial no posee autonomía científica respecto al Derecho civil, por poseer el carácter de Derecho privado especial, es decir que este se encuentra sometido a las disposiciones de la norma civil general.

El Derecho Comercial, en su categoría histórica, nació como rama del derecho separada, en determinado momento, en el que se requería una regulación especial para atender situaciones creadas por el desarrollo del comercio no contempladas por el Derecho civil existente. Es decir que la existencia de un

derecho separado obedece a exigencias de la realidad. Pero esta particularidad histórica no deja de lado el hecho de que hoy en día, el Derecho comercial no posea autonomía científica respecto de nuestro Derecho civil, al estar regidos por los mismos principios generales.

En materia de obligaciones y contratos se puede constatar que el Código de comercio regula obligaciones y contratos en forma paralela a la regulación que de esas materias hace el Código civil y, muchas veces, la reglamentación es casi idéntica; si bien hay diferencias, éstas generalmente no son esenciales. Por lo que más adelante estudiaremos las especialidades mercantiles en la teoría de las obligaciones y contratos. Incluso, esas diferencias, muchas veces, crean conflictos interpretativos.

Según un estudio realizado por la Cámara de Comercio en julio del 2011, llamado “El proceso de Reforma de la legislación nicaragüense: Una estrategia para el futuro”, nuestro código de comercio vigente, el cual entró en vigencia el 30 de enero de 1917, tiene influencia de la versión original del Código de Comercio español de 1885, este dato resulta suficiente para afirmar que nuestro código no refleja la realidad de las necesidades económicas de nuestra sociedad.

El profesor Jesús Herrera, en su calidad de Secretario Ejecutivo en el proyecto de reforma a la legislación mercantil nicaragüense, en una entrevista concedida para la elaboración de esta investigación, afirmó que la doble regulación para los contratos y obligaciones civiles y mercantiles trae para nuestro ordenamiento una serie de “riesgos” en el sistema. Los cuales de forma resumida él afirma son: 1. La falta de criterios delimitativos claros en la norma mercantil para poder interpretar el contrato y saber qué reglas del derecho le son aplicables; ya que existe una doble regulación, la de los contratos Civiles y los mercantiles. 2. El hecho de que los jueces que juzgan la materia mercantil son los jueces civilistas, por ende al no existir una jurisdicción especializada se corre el riesgo de que los jueces traten de ofrecer soluciones civiles a problemas mercantiles. 3. Al existir dos regulaciones, nos vemos en una situación de dispersión jurídica, lo cual no facilita ni aporta a la seguridad jurídica.

Por tanto, dejando aparte el problema de delimitación y coexistencia con las normas civiles, es más importante la falta de adecuación de estas normas codicísticas a las nuevas y crecientes necesidades de los empresarios de nuestro país, así como también la necesidad de modernización de la legislación mercantil y el Código de Comercio. Se afirma que este código ha perdido buena parte de su vigencia material, aportando a la inseguridad jurídica en las actuaciones económicas al mantener disposiciones legales que se confrontan directamente con el resto del ordenamiento, principalmente con el Derecho civil.

Además, afirma que el código ha sido víctima de un proceso de “descodificación”, lo cual significa que el mismo ha sido afectado por un proceso de vaciamiento de importantes regulaciones que inicialmente estaban contenidas en él, por ejemplo: cooperativas, transporte de carga y personas, las actividades bancarias, los títulos valores, la actividad de los almacenes generales de depósitos, la contabilidad de los empresarios mercantiles, etc.

3.1.1 REFORMAS AL CÓDIGO DE COMERCIO VIGENTE EN EL PAÍS. TENDENCIAS DE *LEGE FERENDA*

Para realizar el estudio sobre la materia mercantil del país, no sólo hay que analizar el código sino también las leyes mercantiles especiales. La mayoría, son normas modernas como la legislación bancaria⁶, las cuales no necesitan de mucha modificación, sin embargo estas subsisten en armonía y coordinación con el código, creándose una contradicción de normas, produciendo incoherencias e incongruencias. Los problemas que se pretenden solucionar consisten en la necesidad de modernizar el código de comercio y así poder armonizarlo con la legislación respectiva.

Bajo la problemática puntual relacionada con esta investigación, en este proceso de reforma, el profesor Jesús Herrera, en calidad de Secretario Ejecutivo del Comité, explica que particularmente para el código de comercio,

⁶ Ley 561. Ley General de Bancos.

se planteó al Comité encargado de la estrategia de reforma, como solución conveniente a la situación expuesta anteriormente como la problemática de cara a los riesgos sistémicos de la doble regulación de contratos y obligaciones civiles y mercantiles, unificar ambas materias en un solo Código, de modo que estos ya no estarían contenidos en el código civil y código de comercio, sino que estarían regulados en un solo cuerpo normativo, el cual sería un “código de contratos y obligaciones de Derecho Privado”. Sin embargo esta sugerencia no fue acogida por los actores involucrados dentro de este Comité, “no mostraron interés probablemente por falta de conocimiento”. No se considero conveniente proceder a esta unificación por falta de consenso.

El método de reforma planteado en “El proceso de reforma de la legislación mercantil nicaragüense: Una estrategia para el futuro” realizado por la Cámara de Comercio, propone como propuesta de solución priorizar las materias contenidas en el código de comercio, debido a su obsolescencia, que comparada con las otras leyes mercantiles complementarias es mucho mayor. Se pretende, de forma inicial, realizar una reforma de la materia contenida en los Libros Primero y Segundo del actual código de Comercio, proyectada esta labor para realizarse en el período máximo de un año, de ser aprobado el proyecto de ley, este derogaría los referidos Libros I y II una vez que entre en vigencia. Se pretende que con la elaboración de este nuevo Código, como mínimo, se deberían contener disposiciones en materia de:

1-Principios generales de la actividad empresarial.

2-Nociones empresariales generales.

3- Ámbito de aplicación de la materia mercantil y sistema de fuentes: esto incluye ordenamiento de fuentes y clarificación del valor mercantil de los tratados y convenios internacionales.

4- Estatuto jurídico del empresario: Deberes básicos como el deber de inscripción, publicidad, contabilidad y fiscalidad.

5- Cuestiones básicas del comercio internacional.

6-Un nuevo Derecho de sociedades: regulando la Teoría General de Sociedades.

7-Un nuevo Derecho de obligaciones y contratos mercantiles: incorporar los principios e instituciones ausentes en el actual régimen, así como algunas figuras contractuales atípicas. En este supuesto incluso se plantea la posibilidad de “recodificar” aquellas figuras que se encuentran en leyes especiales dispersas.

8-Armonización del nuevo Código con la legislación registral.

3.2 ANTECEDENTES DE REFORMAS AL CÓDIGO DE COMERCIO EN PRO DE LA UNIFICACIÓN

En el Derecho comparado, desde mediados del siglo pasado, surgieron tendencias que criticaron la separación del Derecho privado en dos códigos distintos, apostando por la unificación, principalmente del código civil y comercial. Tal corriente tuvo recepción legislativa, por primera vez, en Suiza en 1881 con el Código Federal de las Obligaciones. Le siguieron Túnez en 1906; Marruecos en 1912; Turquía en 1926; El Líbano y Polonia en 1934; Italia en 1942 con el “*Codice Civile*”; la Unión Soviética en 1964; Madagascar en 1966; Portugal en 1967; Paraguay y China en 1985 y, a comienzos de los años ‘90, Taiwán y Tailandia. Otros países han optado por una unificación parcial como en el caso del Código peruano de 1984. Otras más han optado por mantener la dicotomía entre el Derecho civil y mercantil, en otros sistemas la distinción no se plantea, en el caso de los Estados Unidos, el *Uniform commercial code* regula las compraventas, instrumentos negociables y otros aspectos del mundo de los negocios, sin partir de la dicotomía (CARVAJAL ARENAS)

El fenómeno de la unificación de las regulaciones correspondientes a los contratos civiles y a los contratos comerciales tiene particular vigencia en el Derecho de la Unión Europea, con varias importantes expresiones del propósito de obtener una interpretación común en materia de contratos; es de

recordar que, ya a principios de 1888, Cesare Vivante presentó en Parma su trabajo "*Per un código único delle obbligazioni*" en el cual, con una visión de conocimiento profundo de la ley, habla de la tendencia de la legislación comercial de uniformarse en todos los Estados, debido a la apertura de los mercados al mundo, ya que este se ha convertido en un campo libre en el que desarrollar una legislación uniforme. La separación de Derecho mercantil del Derecho civil, por lo tanto, según él "constituyen un obstáculo para la formación de un Derecho cosmopolita", sin embargo luego de tener esta opinión, con el paso del tiempo y sus múltiples experiencias en la materia mercantil cambió de parecer, de tal manera lo expone en su Tratado de Derecho mercantil de 1932:

En 1892, inaugurando mi enseñanza, en la Universidad de Bolonia, he sostenido la oportunidad de reunir el Derecho mercantil con el Derecho civil en un código único. (...) Pero mi frecuente participación en las reformas legislativas y especialmente en la del Código de comercio durante los numerosos años transcurridos desde la iniciativa a que vengo refiriéndome, me convencieron de que la fusión de los dos Códigos en uno habría acarreado un grave perjuicio al Derecho mercantil (p.15 y 16)

Según BROSETA PONT (1965) la unificación del Derecho de las obligaciones y de los contratos se debió a un complejo fenómeno económico y jurídico, cuyo resultado hemos resumido en tres puntos importantes: 1. El predominio de los principios y de los contratos mercantiles sobre los civiles, 2. La sustitución de contratos civiles por mercantiles, y 3. La extensión de las instituciones mercantiles a toda explotación o actividad económica pública o privada civil. Todo ello operando sobre una estructura económica en la que la actividad del empresario es cada vez más profesional y organizada sobre empresas que practican un mayor y más intenso tráfico en masa y que tiende, cada vez más, a la concentración de capitales y de empresas mediante la creación de grandes grupos de sociedades.

Por todo esto puede afirmarse que en las legislaciones que han sufrido estos cambios, el Derecho mercantil ha dejado de ser un Derecho especial por referencia dependiente al Derecho civil, para formar parte sustantiva del Derecho privado, por razón de la materia que la integra: la actividad económica realizada por los empresarios por medio de las empresas. El Derecho mercantil moderno se convierte en una parte del Derecho privado formalmente unificado,

al lado del Derecho civil; diverso de él solamente por razón de la materia que los integra: el Derecho civil siempre va ser el propio de la persona, la propiedad, la familia y sucesiones; mientras que el Derecho mercantil es el propio de la actividad económica ejercida por medio de la empresa, de aplicación, tanto a los empresarios que la explotan como a los sujetos que, siendo o no empresarios, con ellos contratan bienes o servicios en el mercado. La suma de estas partes determina el contenido de este nuevo Derecho privado (BROSETA PONT, 1991)

3.2.1 LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES

3.2.1.1 PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDIGO DE ARGENTINA

Consideramos importante comenzar este análisis sobre el Derecho comparado por Argentina, el cual tuvo fuertes tendencias a la unificación durante un proceso muy largo y elaborado en el que participaron numerosos juristas y colaboradores a nivel nacional e internacional. Fue una inversión enorme de tiempo y dinero que ha venido fracasando a lo largo de la historia bajo numerosos intentos fallidos. Han sido cuatro los proyectos que se han llevado a cabo y han fracasado. El primero anteproyecto en 1987, dos en 1993 y otro en 1995.

En el último intento de unificación, en Argentina se planteaba una unificación sustancial del Derecho civil y comercial, con argumentos que la planteaban como una necesidad exigida por la vida negocial moderna. Afirmaban los redactores que la unificación del Derecho civil y comercial se ha producido hace mucho en el Derecho vivo (Tomado de la carta al Presidente de la República de Argentina, dirigida por los integrantes de la Comisión Honoraria designada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 685/95, por iniciativa del entonces Ministro de Justicia de la Nación doctor Rodolfo Barra, a fin de elevar el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio cuya elaboración les fue encomendada).

Afirmó Ricardo Lorenzetti, en ese tiempo titular de la Corte Suprema de Justicia, en una recopilación sobre un discurso que dio en el Museo del Bicentenario, sobre este proyecto de ley:

Este proyecto fue realizado bajo ideas consolidadas a lo largo del tiempo y discutidas largamente por la doctrina, se invitaron a 100 juristas del país para recibir sus opiniones bajo cada ámbito específico de especialidad. Se dice que este es el proyecto que mas participación ha tenido en su elaboración en toda la historia de argentina, porque se le dio participación a todos los sectores y es una síntesis de las ideas que la doctrina argentina ha sostenido durante más de 30 años. Trabajaron también mucho en la idea del comercio, unificando el código civil y comercial. Se le da una trascendencia fundamental a los vínculos asociativos, trascendiendo en las pequeñas y medianas empresas a los fines que pueden alcanzar economías de escalas cuando se asocian a un proyecto y otro sin correr riesgos excesivos beneficiando a las pymes, reconociendo la sociedad de un solo socio, para permitir que alguien pueda tener diversos emprendimientos limitados al riesgo de cada uno de ellos, reconociendo contratos modernos que no están en la legislación, conforme a estándares internacionales, regulación de nuevas propiedades que no tienen una norma adecuada. En el campo del comercio se introducen nuevas tecnologías que no tiene estatus legal: como la tecnología electrónica en el Derecho societario que beneficia el movimiento comercial. Brindar seguridad jurídica a las transacciones, etc. El objetivo trascendió al de la mera unificación y abarcó la modificación del Código Civil para que éste absorbiera las partes antes incluidas en el Código de Comercio, se abriera a modernizar su contenido, manteniendo su estructura originaria y revisando, además, la legislación complementaria antes incorporada al Código de Comercio para armonizarla en el Código Civil.

En efecto se trató de derogar el Código de Comercio argentino, para lo cual, paralelamente modificar otras leyes especiales para adecuarlas a la nueva situación. Pues el legislador argentino había llegado a la convicción de que lo que hoy se conoce como código de comercio es, principalmente, la presentación conjunta de una variedad de leyes especiales. Otra idea importante sobre este proceso fue el planteamiento de modernización del Derecho privado, incorporando institutos adecuados para enmarcar actos y negocios que genera hoy el mundo, combinándolos con una amplia recepción de criterios en equidad (WAJNTRAUB, PICASSO & ALTERINI, 2001).

3.2.1.2 BRASIL

Se afirma que 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 2003 (CARVAJAL ARENAS, 2006).

Miguel Reale (2002), supervisor de la Comisión Elaboradora y Revisora del Proyecto de Código Civil Brasileño, 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”(p.320).

Carvajal Arenas (2006, p. 48) cita a Corapi (2003) quien afirma que:

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.

3.2.1.3 PERÚ

En Perú (1984) 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 descodificación 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 registrarán por el Código Civil, derogando los artículos del Código de Comercio que regulaban dichos contratos (CARVAJAL ARENAS, 2006).

3.2.1.4 SUIZA

En Suiza tenemos la unificación de principios generales, la cual se consagró con la sanción del Código Único de las Obligaciones Suizo en el año 1911. Ese Código se divide en varias partes. La primera parte contiene normas generales sobre obligaciones; la segunda parte, regula los contratos, entre los cuales la sociedad simple; una tercera parte contiene la normativa de las sociedades comerciales; la cuarta parte regula el Registro de Comercio y la contabilidad y en una quinta parte contiene la disciplina de los títulos valores. En el Código Civil Suizo que data de 1907, se mantuvo la regulación sobre las personas, estado civil, familia, sucesión y Derechos reales. Hay leyes especiales para quiebras, seguros y sociedades de responsabilidad limitada (RODRÍGUEZ Y LÓPEZ).

En el código Suizo de Obligaciones (2ª parte del total Código civil) se incluye no solamente el Derecho civil de obligaciones sino además el Derecho mercantil. Dividido en cinco grandes secciones, relativas respectivamente a: disposiciones generales, contratos en particular, sociedades mercantiles y cooperativas, registro mercantil, firmas comerciales, libros de comercio y títulos valores (SANTOS BRIZ, 1978)

3.2.1.5 PARAGUAY

En Paraguay se sancionó en 1987 el Código Civil en que también se unifican materias del Derecho Civil y del Comercial. Dentro de los contratos se regula, como en el Código Civil italiano, la sociedad simple y, luego, los tipos de sociedades comerciales. También, dentro de los contratos se incluye la regulación de las letras de cambio y de los títulos de crédito. Es decir, se unifica totalmente las obligaciones, disposiciones generales de contratos, y contratos especiales del Código de Comercio, salvo las materias del Derecho de navegación y las sociedades en participación, con lo cual está prácticamente derogado el código de comercio paraguayo (MORALES ACOSTA, 1990).

3.2.1.6 ITALIA

El Código Civil Italiano del año 1942 se divide en varios libros. El primero, trata de las personas y de la familia; el segundo, de la sucesión; el tercero, de la propiedad; el cuarto capítulo regula las obligaciones e incluye a los contratos civiles y a los comerciales, con una referencia a los títulos de crédito; en el capítulo quinto, llamado Del Trabajo (*Del Lavoro*), contiene un título sobre la empresa, donde se regula la empresa comercial, la hacienda comercial y la concurrencia. Además, en ese capítulo se regulan las sociedades, la *semplice*, equivalente a nuestra sociedad civil, y la comercial (RODRÍGUEZ OLIVERA Y LÓPEZ RODRÍGUEZ).

Específicamente en los artículos 2082⁷ y siguientes del Código Civil – *Codice Civile*— de 1942, se inscriben los conceptos de “empresa” y “empresario”, en donde la teoría de la empresa y la reestimación de la calidad de empresario entroncan con una tendencia corporativista. En el artículo 2087 se establecen los deberes del empresario con relación a sus dependientes, según lo cual debe adoptar en la conducción de la empresa los medios que, de acuerdo a la particularidad del trabajo, experiencia y técnica, sean necesarios para resguardar la integridad física y la personalidad moral de quienes prestan su trabajo. Quedó fuera del Código de Comercio italiano, la regulación de la quiebra y de la navegación marítima, para los cuales hay códigos especiales y las normas sobre letras de cambio y bolsa (URTECHO NAVARRO).

3.3 TENDENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

A lo largo de esta revisión legislativa, es de notar que hay muchos doctrinarios y sistemas normativos que hoy son partidarios de unificar el Derecho privado en un solo régimen, no sólo lo que se trata en esta investigación, como es los contratos y obligaciones, sino todo el Derecho privado, incluso existen instituciones y numerosos organismos en pro de esta tendencia, los cuales se

⁷Art. 2082: “Empresario: El empresario que ejerce la actividad profesional organizada económicamente (2555, 2565) con el fin de producir o intercambiar bienes y servicios (2135, 2195)”.

expondrán en el desarrollo de este acápite. Para esta unificación suelen ponerse como ejemplo las dificultades interpretativas y de aplicación de varias normas de los códigos civil y de comercio, y las relaciones entre ambos. Otros sistemas han optado por "unificar lo que sea unificable", que podría denominarse como una teoría intermedia: para ello se propone hacer un inventario de la legislación civil y mercantil para efectos de identificar aquellos temas que pueden ser regulados por un solo cuerpo normativo, dejando a las codificaciones civil y comercial aquellos puntos que sean de su especialidad. Lo que varios encuentran "unificable" es precisamente el régimen de obligaciones y contratos civiles y mercantiles.

Hasta este punto contamos con dos grados de unificación: el primero, que acabamos de mencionar, correspondiente a la unificación interna del Derecho privado, el punto sobre llevamos esta investigación, y el segundo, que es el de una unificación internacional. Ello, para destacar lo que afirma Jorge Oviedo Albán en un texto sobre la conferencia presentada en el seminario internacional de Compraventa Internacional llamado "La Unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los Principios para los contratos comerciales internacionales" (Colombia, 2002), donde se afirma que cuando se pretende llevar un proceso de unificación interno, este no puede ser abordado sin un proceso de unificación a nivel internacional. Ya que este definitivamente determinará al primero, y conllevará en un futuro no muy lejano, a la necesaria revisión de las legislaciones internas, para efectos de ajustarlos a los parámetros que el mercado global impone, independientemente de que seamos o no partidarios del fenómeno denominado "globalización".

Precisamente el tema que vale la pena rescatar acerca del texto de este seminario, es que habla de las manifestaciones de la unificación internacional del Derecho privado. Debido a que su incorporación al Derecho interno sentará las bases para pensar en la adecuación del mismo a los parámetros exigidos por la comunidad económica internacional, lo cual conlleva mayor seguridad jurídica y claridad en las reglas que rigen los mercados. Sin embargo, deberá pensarse también en sus vicios y en la forma de superarlos. El proceso de unificación del Derecho privado en el contexto internacional se ha dado precisamente a partir de la conformación de la denominada *lex mercatoria*, lo

cual estudiaremos a continuación. Nos referiremos entonces al grado de unificación internacional del Derecho privado, sentando como conclusión que ella puede servir de base para la unificación interna, de al menos, las reglas sobre obligaciones y contratos, contenidas hoy en dos códigos: civil y de comercio.

Para resumir las formas o sistemas utilizados en la actualidad para uniformar o unificar el Derecho privado, en cuanto a obligaciones y contratos se refiere, señalaremos esta clasificación hecha por OVIEDO ALBÁN (2002):

- a. La adopción de una legislación común por medio de un tratado o convención internacional; el ejemplo de esta tendencia está en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.
- b. Mediante la adopción de Directivas, como es el caso de la Unión Europea, la directiva tiende a la "aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común";
- c. Mediante la adopción de leyes modelo sugeridas por organismos internacionales, como es el caso de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional -UNCITRAL-;
- d. Por medio de instrumentos preparados por organismos internacionales que sirvan como guía para la regulación de los contratos comerciales internacionales, que deban aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones, como en el caso de los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales.

3.3.1 LA “LEX MERCATORIA”

En la edad media se conoció como *ius mercatorum*, o *lex mercatoria* al conjunto de usos y costumbres que regían las transacciones de los comerciantes. En esta época los comerciantes regularon sus actividades propias por medio de reglas de origen consuetudinario. La doctrina al respecto también destaca la internacionalización de sus normas, a partir de que las mismas no conocieron fronteras. El profesor GABINO PINZÓN (1985) advirtió en varias ocasiones que la unificación internacional del régimen de los negocios era algo necesario, en especial sobre el transporte, las sociedades, las operaciones bancarias, los seguros, etc., así mismo expresó lo útil que es reconocer la eficacia normativa de las costumbres extranjeras e internacionales:

El comercio se ha caracterizado desde sus orígenes por una tendencia interregional que ha puesto en contacto distintos pueblos. El carácter internacional del comercio fue el que facilitó, en la edad media, la formación y tecnificación de las costumbres mercantiles comunes en todos los centros comerciales florecientes y es el que explica la unidad de principios y la uniformidad de reglamentaciones que resaltan en los códigos de comercio. Con esa revisión del Derecho privado que está imponiendo la época moderna con sus mercados comunes o con su simple comercio internacional, va a regresar en cierta forma el Derecho a sus fuentes.

Sobre este tema existen diversos organismos internacionales de carácter intergubernamental, los que han dedicado su esfuerzo a permitir la consolidación de las normas propias del tráfico mercantil internacional. En particular han sido la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), entre otras entidades, las que mediante la adopción de convenciones internacionales, sugerencia de leyes modelo, o recopilaciones de reglas generales o principios y costumbres internacionales, han permitido abrir el camino hacia la mencionada consolidación de éste derecho (OVIEDO ALBÁN, 2002)

De esta forma podemos ver cómo el Derecho mercantil viene sufriendo un proceso innegable de internacionalización. La dispersión de la normatividad

aplicable a los negocios internacionales es un obstáculo jurídico y económico para la creciente liberalización comercial y la sociedad globalizada.

La importancia de todo esto viene dada en que ya existe una tendencia mundial que se inclina a tratar de alcanzar un conjunto normativo armónico y sistemático de leyes, tratados, costumbres, y contratos que regulen el tráfico de mercancías a través de diferentes países. El hecho de tener una legislación dispersa entorpece el desarrollo del tráfico jurídico mercantil. Ya que ante la solución de determinado hecho, nos encontraremos con numerosas respuestas, cuando lo que se necesita es una regla uniforme sin que importe mucho la nacionalidad de las partes intervinientes en el acto, o la ubicación de los bienes objeto del negocio. De esta forma se evita tratar de encontrar que ley es la aplicable al contrato, o en algunos casos, el tribunal, cuando surgen conflictos jurídicos (OVIEDO ALBÁN, 2002).

3.3.2 DERECHO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Y LA NECESIDAD DE CONSTRUIR UN DERECHO CONTRACTUAL COMÚN

3.3.2.1 PRINCIPIOS UNIDROIT

UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), Organización no Gubernamental creada en 1926, con sede en Roma, se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del Derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del Comercio y el proceso de integración económica⁸.

Parece importante para la consolidación de mi tesis destacar la labor que se lleva en este instituto, el cual, por medio de sus Principios, son un intento vivo de la tendencia a recoger en principios el Derecho comercial autónomo que los sujetos que operan a nivel internacional se han ido dando en el ámbito de los contratos, es decir en la *lex mercatoria*. Esta es la vía ideal que habría que

⁸ Art. 1 del estatuto orgánico del 15 de marzo de 1940

seguirse en caso de optar por una integración económica regional, donde el derecho juega un papel trascendental.

Como se dijo con anterioridad, algo importante de este Instituto son los Principios, dados a conocer en 1994 como los "Principios sobre los Contratos de Comercio Internacional", que fueron elaborados por un grupo de trabajo que integraron profesores, magistrados y funcionarios de alto rango, pertenecientes a todos los principales sistemas jurídicos del mundo. En su página web, en sus estatutos expresan que "el objetivo de los Principios de UNIDROIT es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las específicas condiciones económicas y políticas de los países en que vengán aplicados".

Del Preámbulo resulta que los Principios se propusieron establecer "reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales" y actuar como "principios generales del derecho" o como "*Lex Mercatoria*", así como "servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional" o para ser utilizados por los particulares en los "contratos estrictamente internos o nacionales"; sólo se ha pretendido "excluir del ámbito de los Principios las llamadas 'operaciones de consumo'".

Es de destacar que la membresía a estos principios es estricta para los países que aceptan formar parte de sus estatutos. Los Estados miembros de UNIDROIT forman parte de los cinco continentes y representan una variedad de diferentes sistemas jurídicos, económicos y políticos, así como de diferentes contextos culturales. En la página web oficial del Instituto dice que forman parte 63 países, dentro de ellos Nicaragua que comenzó a formar parte desde el 20 de abril de 1940 con sede en la embajada de Nicaragua en Italia⁹.

En las actuaciones de este Instituto vemos los primeros intentos e impulsos que se tienen internacionalmente por la unificación y armonización de las leyes de Derecho privado, con el objetivo de darle facilidad a los negocios sometidos al tráfico internacional, y de esta forma, ellos crean principios y leyes aplicables y generales para los que aceptan someterse.

⁹<http://www.unidroit.org/>

Así mismo, por medio de este Instituto, 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 los Principios de los contratos internacionales UNIDROIT son muestras sobresalientes.

3.3.2.2 POR LA VÍA DE CONVENCIONES INTERNACIONALES

Jorge Adame Goddard, Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UAM (México), explica los esfuerzos para la construcción de un Derecho contractual común mediante la distinción de un régimen contractual que se trata de regular, y su respectivo proceso de unificación, es así que de forma específica se han regulado los siguientes:

- a) El contrato de compraventa internacional: Este es el ámbito donde ha habido mejores resultados. Se comenzó desde 1929, cuando en UNIDROIT, se formó una comisión para preparar un proyecto de reglas uniformes sobre la compraventa internacional, la cual no llegó a consolidarse por la incidencia de la Guerra Mundial. Luego de la guerra, se redactaron dos documentos inspirados en el primer proyecto, que fueron aprobados en una conferencia diplomática en La Haya en 1964. Uno sobre las reglas de la formación de contratos de compraventa (Ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías) y el otro sobre las reglas del mismo contrato (Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías). Estas convenciones entraron en vigencia únicamente entre los países que las ratificaron, que fueron 10, casi todos de Europa. Luego se hizo un nuevo proyecto de convención, en el seno de UNCITRAL¹⁰, el cual fue aprobado en Viena en 1980, la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que actualmente está en

¹⁰ Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, sus siglas en inglés son UNCITRAL (www.uncitral.org))

vigencia en más de 70 países, de los cinco continentes y entre los principales países agentes de comercio internacional: todos los de América del Norte, de la Unión Europea, China, Rusia, y casi todos los de América del Sur.

- b) El contrato de transporte: el instrumento más difundido es la Convención Internacional sobre la Unificación de ciertas Reglas Relativas al Conocimiento de Embarque (conocidas como reglas de “La Haya”), esta convención regula la responsabilidad del transportista respecto de las mercancías transportadas. También para el transporte vía aérea hay reglamentación en una Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte internacional por aire (Varsovia, 1929), conocido como “Sistema de Varsovia”.
- c) Otros contratos llevan una reglamentación uniforme, como por ejemplo: Convención sobre contratos de viaje (*International Convention on Travel Contracts*), Convención sobre contratos de arrendamiento financiero (*Unidroit Convention on International Financial Leasing*). La más reciente es una convención aplicable a todo tipo de contratos internacionales, denominada Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, firmada por 18 estados pero no ratificada por ninguno.

3.3.2.3 RECOPIACIÓN DE USOS Y COSTUMBRES

Las costumbres y prácticas mercantiles internacionales van formando un régimen común que sirve para ser aplicado en casos de vacíos normativos o confusiones de aplicabilidad.

Estas son recogidas esencialmente por la Cámara Internacional de Comercio, los documentos que son creados no tienen el valor jurídico de una ley o de un tratado pero sirven para atestiguar la existencia de cierta costumbre. Como ejemplo de esto tenemos un documento que publica cada diez años la Cámara Internacional de Comercio, con el título de *International Commercial Terms* (Incoterms). Este documento no tiene ninguna sanción oficial, pero tiene

validez jurídica por ser una costumbre ampliamente difundida y observada en el comercio internacional. En este se regulan las modalidades de entrega de mercancías definidas por medio de designaciones, por medio de abreviaturas, que se han vuelto costumbre en el comercio internacional como por ejemplo FOB (*free onboard*), EX (*ex Works*) o DAF (*delivered at frontier*), cada una de estas modalidades implica reglas relativas al lugar de entrega de las mercancías. Otro ejemplo de costumbre internacional son los modelos de contratos o cláusulas contractuales que publica la Cámara Internacional de Comercio, como por ejemplo: modelos de cláusula de exoneración de responsabilidad por caso fortuito, modelo de contrato de agencia, modelo de contrato de franquicia internacional, modelo de contrato de distribución, modelo de contrato de compraventa internacional, entre otros (ADAME GODDARD).

3.3.2.4 CREACIÓN DE CUERPOS DOCTRINALES

Por medio de esta estrategia se pretende uniformar el régimen contractual a través de un conjunto ordenado y sistemático de reglas generales aplicables a cualquier tipo de contrato internacional. Tenemos por ejemplo los antes mencionados Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales hechos por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), referidos a aspectos generales comunes a cualquier tipo de contrato, como los que en la tradición civilística se reconocen como “teoría general del contrato”.

Estos principios no tienen la validez oficial de un tratado o convención internacional, solo son un conjunto de reglas y comentarios puestos en común y aprobados por un grupo representativo de juristas representantes de diversas tradiciones jurídicas actuales. Por acuerdo específico de las partes pueden llegar a convertirse en reglas aplicables a los contratos comerciales internacionales, o bien cuando entre las partes se dispone aplicar los “principios generales del derecho”, *lex mercatoria* u otras expresiones semejantes (ADAME GODDARD).

En la Unión Europea se publicó una obra semejante denominada *Principles of European Contract Law*. Obra encargada por la Comisión de la Comunidad Europea con el objeto de formar un Derecho europeo de los contratos, pero este solo a nivel europeo, no de los contratos internacionales. Estos principios pretenden regir todo tipo de contratos y obligaciones, sin distinguir que si son civiles o mercantiles. De igual forma, en Europa también, se formó un grupo de trabajo de la Universidad de Pavía, dirigido por Giuseppe Gandolfi, el cual ha publicado la primera parte de lo que es un proyecto para un *Code européen des contrats* (Milán 2004), esto se trata de reglas generales de los contratos, refiriéndose a la formación del contrato, contenido, forma, interpretación, efectos del contrato, cumplimiento, incumplimiento, cesión del contrato, extinción, anomalías; también regula los contratos en particular. Todo en lengua francesa (ADAME GODDARD).

3.4 ¿POR QUÉ ES NECESARIA LA UNIFICACIÓN?

En este apartado vamos a presentar las opiniones a favor respecto a este proceso de fusión, los hechos generadores de la propuesta de unificación de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles y las ventajas que este proceso acarrearía.

Primeramente es necesario señalar los problemas encontrados en la legislación que han hecho resaltar opiniones inclinadas a la unificación. La problemática que deviene de la existencia de dos Códigos para regular las obligaciones y contratos dentro del régimen legislativo nacional, resumidos en tres puntos son:

1. La inexistencia de un criterio claro de delimitación de la materia contractual civil respecto de la mercantil. Como ya se estudio antes, la ley no establece un proceso satisfactorio para realizar esta labor *a posteriori*. Como consecuencia de esto persiste un riesgo interpretativo a la hora de analizar el contrato, hecho que puede significar la mala aplicación de reglas contractuales, y por ende el mal juzgamiento en el proceso. Situación que acarrea inseguridad jurídica. Como propuesta de

solución se pueden afinar los criterios de delimitación en la ley, redactándolos de forma más específica, pero esto no desaparecería por completo el riesgo de confusión. Por esta razón se afirma que la única solución sería la unificación contractual en un solo Código normativo.

2. La inexistencia de una jurisdicción especializada en materia mercantil, lo que en la práctica hace una mala aplicación de justicia, confusión de criterios de análisis por parte de los jueces civiles que son los encargados de juzgar estos procesos y una errónea aplicación de reglas civiles a situaciones de carácter mercantil.
3. Se afirma que la dispersión normativa que conlleva la existencia de dos códigos para la reglamentación contractual produce una situación de mala estética jurídica. Esto acarrea dificultades interpretativas, inseguridad jurídica. El derecho debe de velar por facilitar su labor al intérprete y se debe legislar procurando la seguridad jurídica.

Ante esta problemática planteada que implica riesgos para nuestro sistema, los argumentos que apoya a la unificación como método de solución son:

1. El Derecho privado debe mostrarse capaz de recibir los cambios económico-sociales y saber modificarse y armonizarse a la época conjunto a sus necesidades. Al unificar sólo la materia relativa a obligaciones y contratos, siguiendo la manera del Código de las Obligaciones suizo de 1881, el Proyecto ítalo-francés, o su equivalente en inglés el llamado "*Law of contract*", sin pensar en la unificación total de la entera regulación de estas dos materias., el resto de las instituciones quedarían a cargo de la legislación especial como siempre lo han estado, a como vemos en nuestro país con la ley general de bancos, en el área mercantil. Subsistiendo por separado los Códigos civil y comerciales para la regulación de sus demás instituciones, es más fácil reflejar y adecuar la norma al efecto de la evolución continua de la práctica y de la política productiva y evolutiva, y sería posible garantizar la inserción en ella, de cada decisión o modificación legislativa, así como adecuaciones al Derecho internacional, todo esto para hacerlo capaz de potenciar la economía (CARVAJAL ARENAS).

2. La naturaleza de los orígenes del comercial, 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.
3. En la actualidad el aumento de la población mundial y del tráfico y el velocísimo ritmo de vida han impuesto al Derecho civil casi el mismo tipo de exigencias que el Derecho mercantil posee: menos formalidad, una rapidez mayor en sede procesal y una mayor defensa de los intereses de los terceros de buena fe. Lo que se planteó en capítulos anteriores, que algunos autores importantes como Vivante han llamado “Comercialización del Derecho civil”. Al realizar este proceso unificador, la materia civil se adaptaría a características mercantiles propias de ese derecho como lo son la rapidez y agilidad en sus procesos.
4. 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, estimamos 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 Latina.

3.4.1 OPINIONES DENTRO DE LA DOCTRINA

Opinión de VIVANTE:

Este catedrático estuvo primeramente a favor, posición que mantuvo durante muchos años y luego se arrepintió de su opinión.

Al inicio expuso su teoría de cara a afirmar que “hasta ahora ni la ciencia ni la ley han conseguido distinguir con una separación neta las relaciones jurídicas

que deben regularse con leyes comerciales de las que se someten a la disciplina de las leyes civiles. Diríase que la unidad esencial de la vida económica se rebela en contra esta artificiosa separación” VIVANTE (1932)

Las consideraciones que cobran mayor fuerza, de forma enumerada por GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ (1977) son:

1. Es conveniente la unificación de las dos legislaciones en un solo Código, porque las obligaciones civiles y mercantiles son esencialmente iguales. Por esta razón no hay porqué estén reglamentadas en Códigos diferentes.
2. Esta división del Derecho civil y mercantil ejerce una influencia perniciosa sobre su progreso científico. Los trabajos elaborados por los tratadistas de Derecho mercantil son superficiales, y hay una notable deficiencia científica. En el otro sentido, los estudios de los tratadistas de Derecho civil son profundos y cuidadosos, pero les falta la movilidad del mercantil.
3. Es difícil conciliar las disposiciones de los Códigos, civil y mercantil, cuando regulan una misma materia.
4. Desde el punto de vista didáctico esta división es perjudicial, ya que no se logra la obtención de un concepto integral de lo que es Derecho de Obligaciones.
5. Tenemos diversos casos en el Derecho comparado en el cual se ha dado la unificación, por tanto vemos que no se trata de una utopía.
6. Con la unificación y aproximación de los dos derechos, se llegará a una construcción jurídica más perfecta, y se reanimará el Derecho civil que tiene múltiples instituciones amenazadas de morir por atrofia, y el Derecho mercantil adquirirá mayor profundidad en sus estudios y en sus instituciones.

Luego Vivante da una serie de ideas complementarias y argumentos tendientes a refutar las posibles objeciones que a su criterio pudieran hacersele. La principal crítica que recibió fue la hecha por Vidari, el cual se apunta de cada uno de los puntos anotados, y así explica lo siguiente (GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, 1977):

1. Es falso que los trabajos de los tratadistas de Derecho mercantil sean superficiales. La mejor muestra de ello, es la propia obra de Vivante, que permite ver como su afirmación no es exacta.
2. El hecho de que sea difícil conciliar las disposiciones de ambos Códigos cuando regulan una misma materia, es defecto de la técnica legislativa y no de la separación de los derechos.
3. En los ejemplos de Derecho comparado hechos por Vivante se usó el ejemplo de los países Anglo-sajones; ejemplo inaplicable puesto que allí no existen Códigos, ya que estos pueblos se rigen por lo que se llama Derecho consuetudinario, el "*Commonlaw*" y los "*Books Cases*", en el caso de Suiza la unificación fue un producto de circunstancias especiales y además es una unión puramente formal y externa. En suiza se necesitaba esa unificación formal porque los cantones (en que se divide políticamente su territorio) tenían diferentes leyes en distintos idiomas, por esto era necesaria la unificación.
4. En el aspecto didáctico señalado por Vivante, nos afirma que no es posible enseñar simultáneamente el Derecho civil y el mercantil, por razones de falta de capacidad de los alumnos, y porque el Derecho mercantil tiene múltiples excepciones a los principios generales que rigen en el campo del Derecho civil, lo cual se entiende si se estima el criterio teleológico que ya sirvió para diferenciar a los tipos de obligaciones de cada una de estas ramas del derecho.
5. Es conveniente conservar los dos Códigos porque de esa manera hay una influencia recíproca, y no se entorpecen ambas materias. Para el Derecho civil además es conveniente cierto grado de estabilidad, que es perjudicial para el mercantil, por su naturaleza continuamente cambiante.

La crítica aparte de la estudiada anteriormente por parte de Vidari, que más importancia tiene, es la que se hace el propio Vivante en el año 1921, donde rectifica su criterio expresado en el año 1892.

En la introducción de su "Tratado de Derecho Mercantil", VIVANTE (1921) se retracta de su anterior posición escribiendo:

Por ello siento el deber de justificar esta retractación con el deseo de que le sea dado todo el alcance que merece a causa de la experiencia adquirida; tanto más cuando que una convicción nueva debe gozar de mayor autoridad que la que fue abandonada, puesto que el escritor de buena fe, para cambiar el propio convencimiento, ha de combatir no sólo las razones que originariamente le determinaron, sino también las que sucesivamente, por fuerza de cohesión, fueron de modo natural a reforzarla. Es un acto de conversión tanto más merecedor de atención cuando que no resulta agradable el amor propio de quien la realiza.

De su criterio inicial, Vivante sólo se sostiene en que debe buscarse la unificación del Derecho civil y mercantil, en cuanto a la exposición didáctica (GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, 1977).

Con esto concluyo las ideas presentadas por este autor, uno de los principales precursores que históricamente ha habido en este tema.

Otra opinión es la encontrada acerca de esta temática por HINESTROSA FERNANDO en su libro "El contrato en el sistema jurídico latinoamericano" (1998):

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 (p. 1,2)

PUELMA ACCORSI:

Este autor afirma 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 (P. 320).

3.5 VICISITUDES QUE ENTRAÑA LA UNIFICACIÓN

En este apartado se va a desarrollar la explicación de cada especialidad de la teoría de los contratos y obligaciones mercantiles, estas especialidades surgen para diferenciar de la norma civil, criterios puntuales que no pueden ser tratados igual por razones del objetivo perseguido por el Derecho comercial.

Si se hiciera una unificación de los contratos y obligaciones civiles y mercantiles, estos criterios especiales tendrían que ser igualados y sometidos a reformas para poder equilibrar el objeto de ambas materias.

Las obligaciones civiles y mercantiles, conceptualmente hablando, están regidas por los mismos principios de Derecho privado, ya en capítulos anteriores hemos visto como éstas dos materias no son completamente independientes.

Los preceptos de nuestro Código de comercio en el tema de las obligaciones mercantiles en general son muy escasos. Contienen ciertas variantes de la doctrina civilista de la obligación, inspiradas en las necesidades del tráfico mercantil, al que esencialmente conviene la falta de formalidades y la rapidez y rigor en su ejecución.

La materia mercantil se ha desligado de la civil, adquiriendo características especiales, por el hecho de que el aspecto subjetivo de la obligación va cediendo espacio a la objetividad o patrimonialidad de la misma, la relación obligacional es configurada como medio de obtención de una “finalidad económica”. En nuestra realidad actual, con un planteamiento acorde con la evolución del ordenamiento jurídico, la caracterización de las personas y de los actos sujetos al Derecho mercantil debe hacerse partiendo de categorías económicas –subjetivas y objetivas- existentes en el tráfico patrimonial (OLIVENCIA RUIZ, 2003).

En la ley mercantil vamos a estudiar las especialidades que diferencian a ésta, respecto a las obligaciones en general. Según HERRERA Y GUZMÁN (2009) estas especialidades obedecen a criterios emanados del tráfico jurídico en masa, dirigidos a una economía de servicios en la que los moldes típicos de contratación han sido desplazados por un sistema de relaciones estandarizadas donde existe ya un molde comercial establecido de antemano en el que el consumidor o usuario simplemente se adhieren. En este modelo es el mercado el que se adapta a las exigencias de la producción y no a la inversa.

Nos queda revisar de forma detallada las especialidades que sobresalen de estas relaciones de parte de la materia mercantil, dentro de las teorías generales de las obligaciones y contratos. Si acaso se diera una unificación estas especialidades se verían violentadas, y se perdería el objeto para lo cual fueron creadas.

3.5.1 ESPECIALIDADES MERCANTILES DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.

Como ya se dijo las obligaciones mercantiles tienen su fuente principal en los contratos, estas obligaciones como regla general quedan sometidas a las disposiciones del Código Civil. Sin embargo es habitual referirse a las especialidades de las obligaciones mercantiles que vienen establecidas en el Código de comercio respecto de lo que, con carácter general regula el Código civil.

Tenemos las siguientes especialidades enumeradas en el libro “Contratos Civiles y Mercantiles” (HERRERA Y GUZMÁN, 2009):

3.5.1.1 LA SOLIDARIDAD

Esta especialidad consagrada en el art. 102 Cc. establece que todo fiador de una obligación mercantil, aunque no sea comerciante, será solidario con el deudor principal y con los otros fiadores. Esta disposición importante es considerada un acierto para el ordenamiento jurídico nicaragüense, ya que en sistemas jurídicos emparentados con el nuestro este precepto de solidaridad no ha sido incorporado.

3.5.1.2 EL TÉRMINO ESENCIAL PARA EL PLAZO DEL CUMPLIMIENTO

La significación del término asignado a una obligación en Derecho civil es diferente al asignado en el mercantil. En el Derecho civil el plazo es casi siempre un elemento accesorio de la voluntad que puede o no ser impuesto por el contratante. En el Derecho mercantil, el hecho de establecer un plazo de tiempo determinado para el cumplimiento de la obligación se vuelve más exigible a causa del alto valor que se concede al tiempo, que viene dado en consecuencia de la rápida liquidación del contrato. “El término es esencial por sí mismo. En cambio, la voluntad de las partes es decisiva cuando el término, que en sí mismo no es esencial, se convierte en esencial porque así lo quieren los interesados.” JOAQUÍN GARRIGUEZ, 1979 (p. 9)

3.5.1.3 SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

El Fenómeno de la prescripción se produce mediante la extinción o adquisición de un determinado Derecho por el mero lapso del tiempo fijado en la ley, cuando a través del transcurso del tiempo se da la falta de ejercicio del derecho. Esta falta de ejercicio, inercia o inactividad del titular, debe ir además unida a la falta de reconocimiento del derecho por parte del deudor o sujeto pasivo de la pretensión que contra él se tiene. (PICAZO Y GULLÓN, 1990)

En el Derecho civil tenemos la prescripción positiva o adquisitiva llamada usucapión y la prescripción negativa o extintiva en la cual se da la exoneración de obligaciones por no exigirse su cumplimiento¹¹, la regla general establece un término de diez años¹².

Para los efectos de ambas obligaciones, civiles y mercantiles, el juez no puede suplir de oficio la prescripción no opuesta¹³. El profesor DÍEZ PICAZO (1990) explica que: “Su juego se deja a voluntad exclusiva del interesado o favorecido, que es quien ha de oponerla frente a la reclamación o ejercicio intempestivo del derecho” (p. 467).

Para las obligaciones mercantiles donde no se estipula plazo especial¹⁴ se establece un plazo general de tres años¹⁵. Sin embargo el código establece que “En los casos de guerra, epidemia, o revolución, el Gobierno podrá acordarlo en Consejo de Ministros, suspender la acción en plazos señalados por este Código para los efectos de las operaciones mercantiles, determinando los puntos o plazas donde estime conveniente la suspensión, cuando no crea necesario que sea general en todo el Estado”¹⁶.

Esta especialidad se relaciona con el art. 908 numeral 6 del Código Civil¹⁷, el cual sólo se aplica a comerciantes que venden a consumidores, en este caso la prescripción se dará en dos años.

Si se dejase de distinguir entre obligación civil y mercantil, estas especialidades de la prescripción por razones subjetivas donde se diferencian a los comerciantes de los no comerciantes no existirían, puesto que al estar unificados, se contaría con una regla general.

Debe existir esta diferenciación debido a que el Derecho mercantil debe ser más ágil y rápido, las negociaciones y los intereses perseguidos por el Derecho

¹¹ Art. 869 C: “La adquisición de cosas o Derechos en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva; la exoneración de obligaciones por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa

¹² Art. 905 C.: “Todo derecho y su correspondiente acción se prescribe por diez años. Esta regla admite excepciones...”

¹³ Art. 876 C: “El juez no puede suplir de oficio la prescripción no opuesta”.

¹⁴ Ejemplo de estos plazos los artículos 191, 188, 357, 385, 735 Cc.

¹⁵ Art. 1151 Cc.

¹⁶ Art. 1152 Cc.

¹⁷ Art. 908 numeral 6 C.: “La acción de cualesquiera comerciantes, boticario, o mercaderes, para exigir el precio de objetos vendidos, a personas que no fueren revendedoras”.

civil son diferentes a las comerciales, y esto por razones objetivas de su naturaleza.

3.5.2 ESPECIALIDADES MERCANTILES DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

Para los contratos mercantiles, el régimen jurídico aplicable atendiendo al orden de prelación de fuentes es primero la Ley mercantil. Distinguiendo sobre esta una “parte general” compuesta por las “Disposiciones generales sobre los contratos de Comercio” que comprenden el capítulo I del Título Primero del Libro II, y otra “parte especial”, la cual viene dada por lo se denomina “Contratos especiales de comercio” que vienen en el Título III al XI del Libro II y también por los “contratos especiales del comercio marítimo” en el Título III del Libro III del Cc, también en Leyes mercantiles especiales que disciplinan ciertas figuras contractuales, como ejemplo citado por HERRERA Y GUZMÁN (2009), “el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y emisión y uso de tarjeta de crédito” (Ley 515, de Promoción y ordenamiento del uso de la tarjeta de crédito).

HERRERA Y GUZMÁN (2009) dicen al respecto, que el hecho de que existan dos Códigos diferentes, el Código Civil y el mercantil, da por sentado el hecho de que el régimen de regulación para los contratos sea totalmente diferente, la ley mercantil se encarga de fijar aquellas particularidades normativas que permiten distinguir a los contratos mercantiles de los civiles, de modo que, en puridad, no existe una “Teoría General de los contratos mercantiles” que tenga que acudir a interpretaciones en el Código civil. De modo que, la equilibrada conjunción entre una teoría general contractual edificada por el Derecho civil, con las singularidades propias del Derecho mercantil es lo que permite construir un régimen jurídico particular de los contratos mercantiles, el que a continuación desarrollaré:

3.5.2.1 LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO MERCANTIL

Al igual que los contratos civiles, los mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes. Consentimiento que se produce por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y causa del contrato. En este punto tienen esa similitud, pero en el proceso de formación del consentimiento existen peculiaridades por parte de los contratos mercantiles:

3.5.2.1.1 OFERTA MEDIANTE PUBLICIDAD

En el Derecho mercantil, los empresarios se han servido siempre de la publicidad como medio de captación de clientela, exaltando la calidad de sus productos, difundiendo sus marcas, rótulos, nombre comercial, etc. La actividad publicitaria se desarrolla modernamente a través de los más variados medios de difusión, con el propósito de procurar o aumentar la contratación de bienes o servicios, y constituye una actividad meramente privada y voluntaria que el empresario puede desarrollar a su libre arbitrio (URÍA RODRIGO, 1976).

SÁNCHEZ CALERO (2002) al respecto afirma que:

El empresario, con el fin de atraer la clientela, ofrece al público con reclamos o publicidad sus productos o servicios, mas tales anuncios no se consideran normalmente como verdaderas ofertas de contrato, sino como invitaciones a sus clientes a que hagan ofertas, que una vez concretadas serán aceptadas o no por el empresario. Este proceso de la formación de los contratos que se produce en el campo mercantil es similar al que se verifica en el civil. Sin embargo, la Ley del consumidor ha deseado proteger a los consumidores o usuarios mediante un régimen especial, que consiste, en definitiva, en que el empresario queda vinculado por las condiciones y garantías ofrecidas en la publicidad de los bienes o servicios que ha dado a conocer al público (p. 133).

Legalmente, el código de comercio acoge estas temáticas en su art. 92 al establecer que “Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquier otra especie de anuncios impresos, no son obligatorios para el que las hace. Dirigidos los anuncios a personas determinadas, llevan siempre la condición implícita de que

al tiempo de la demanda no hayan sufrido las mercaderías alteración en su precio, y de que existan en el domicilio del oferente”. En este artículo el legislador protege al comerciante para las ofertas indeterminadas, en las que les quita efecto legal, para que estos puedan decidir respecto a la formación del consentimiento. La segunda protege al consumidor, pero en la práctica esto no se da siempre.

Contrario a estas regulaciones encontramos la LDC¹⁸, la cual establece un régimen jurídico diferente a lo señalado por el Código de Comercio, al ser esta ley de orden público e interés social, los derechos que confiere son irrenunciables y prevalecen sobre otras normas legales, uso costumbre, práctica comercial o estipulación en contrario. Haciendo que para el empresario todas estas condiciones y garantías que mediante la publicidad ofrecen sean vinculantes. Encontramos todo esto expresado explícitamente en el catálogo de Derechos de los consumidores de esta ley, donde se exige “el cumplimiento de las promociones y ofertas” (art. 12 inciso f) LDC) y en lo señalado en el artículo 19 y 20 LDC, así como también el desarrollo de estos en el artículo 95 del Reglamento, en los que básicamente dice que cualquier publicidad engañosa constituye delito de estafa. De modo que, contrario a lo establecido por el código de comercio, esta ley estipula que la publicidad tiene carácter vinculatorio, de modo que esta información al público formará parte del contrato de venta que se celebre entre el proveedor y el consumidor.¹⁹ Todo esto no significa que la ley impone al empresario la obligación de contratar, sino que solamente establece las consecuencias para los casos en que el contrato se

¹⁸ Ley de Defensa de los Consumidores, Ley No. 182, de 1 de noviembre de 1994. Publicada en La Gaceta No. 213, del 14 de noviembre de 1994.

¹⁹ Art. 19 LDC: “La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios constituye delito de estafa, sin perjuicio de otras responsabilidades penales y civiles. Se considera que hay engaño cuando:

- a) En cualquier tipo de información, comunicación, publicidad comercial, envase o etiquetas se utilicen textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente impliquen inexactitud, oscuridad, omisión, ambigüedad o exageración.
- b) Se induzca al consumidor a engaño, confusión o error sobre:
 - El origen comercial geográfico del bien ofrecido;
 - El lugar de prestación del servicio;
 - Componentes o ingredientes del bien ofrecido;
 - Los beneficios o implicancias del uso del producto o la contratación del servicio;
 - Las características básicas del producto a vender o el servicio a prestar, tales como dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad u otros.

llegase a perfeccionar libremente. Entonces, en el caso de que existan ánimos de negociar, el empresario se encuentra vinculado por los términos de la oferta o publicidad de la que el mismo es responsable.

3.5.2.1.2 PERFECCIONAMIENTO ENTRE PERSONAS DISTANTES

Se trata de la perfección del contrato entre personas que no se encuentran en el mismo espacio, distantes una de la otra, donde siempre habrá de mediar algún tiempo entre la emisión de las dos declaraciones de voluntad (la del proponente y la del aceptante), entonces se presenta el inconveniente de no poder determinar con exactitud el momento en que el negocio se entiende perfeccionado. Esto incide en la determinación exacta del momento en que el contrato comienza a surtir sus efectos jurídicos. En función del momento en que se entiendan perfeccionados estos contratos, variará la competencia territorial para el conocimiento de las acciones judiciales dimanantes del contrato, de tal forma que también, cuando estemos ante contratos internacionales podrá servir para determinar cuál es la ley aplicable al contrato. La pregunta aquí sería, ¿Cómo se va a determinar el momento de la perfección del contrato? El determinar esto se hace trascendente para saber cuando el contrato va comenzar a surtir efectos jurídicos. Para esta labor se han determinado diversas teorías, dentro de las cuales nuestro ordenamiento sigue la “tesis de la recepción de la aceptación” la cual plantea que “el momento de la perfección tiene lugar cuando la aceptación es recibida por el círculo de interés del oferente, aun y cuando éste no tenga efectivo conocimiento de ella” (HERRERA Y GUZMÁN, p. 155), esta tesis justificada en el art. 84 Cc. donde está establecido que “los contratos que se celebran por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se reciba contestación aceptando la propuesta, o las modificaciones con que ésta fuere aceptada”. Esta teoría es la misma que sigue nuestro Código Civil en el artículo 2449, donde se establece que desde que se acepta, queda perfeccionado el contrato, y otras regulaciones similares como en el art. 2453 el cual dice: “El proponente está obligado a mantener su propuesta, mientras no reciba respuesta de la otra parte en los términos fijados por el artículo anterior”. Estos plazos son de tres días cuando se halle en el mismo distrito, diez días cuando se encuentre en

distritos diferentes pero si dentro de la República, y sesenta días cuando esté fuera de la República, pasados estos términos se tendrá por no aceptada la propuesta.

3.5.2.1.3 SUPUESTOS ESPECIALES DE PERFECCIÓN

Este apartado es necesario para analizar el momento en que se da la perfección del contrato, porque el código de comercio tiene diferentes particularidades para la determinación de esto, como es el caso de la contratación a distancia analizado en el acápite anterior. Tenemos otros casos como los contratos en los que interviene un corredor, en los cuales, se considera perfeccionado el contrato cuando los contratantes hubieren aceptado su propuesta²⁰. Otro supuesto de perfección se da en las ventas al martillo o lo que se llama subasta pública, en la cual el Cc. establece que “La ventas “de martillos” no podrán suspenderse y las especies se adjudicarán definitivamente al mejor postor, cualquiera que sea el monto del precio ofrecido. Sin embargo, podrá el martillero suspender o diferir el remate, si habiendo fijado un mínimun para los “postores”, no hubiere licitadores para ese mínimun”²¹.

Según HERRERA Y GUZMÁN (2007) la verdadera especialidad en el contrato de ventas “de martillo” viene dada por la defensa de los interesados en la subasta, protección que se sujeta a ciertas reglas: la primera, la cual establece que el anuncio de la subasta va más allá de ser una simple invitación para que los postores formulen sus ofertas, ésta también constituye un acto jurídico el cual da lugar a la subasta y establece los parámetros a los que se sujeta el subastador, especialmente en el proceso de determinación del precio, segundo, la declaración de los licitadores la cual tiene una denominación de la manifestación de la voluntad contractual y la última la cual determina que el remate es un acto de ratificación del contrato perfeccionado al formularse la mejor postura.

3.5.2.2 LA FORMA

²⁰ Art. 93 Cc.: “Los contratos en que intervenga corredor, quedarán perfeccionados cuando los contratantes hubieren aceptado su propuesta”

²¹ Art. 75 Cc.

Como regla general se encuentra establecido que en los contratos mercantiles, como en los civiles, se rige por el principio de libertad de forma. Como regla específica el Cc. establece otras disposiciones adjuntas, aplicables a los contratos que se han decidido celebrar por escrito, como la del 117 que establece como requisito que se exprese el lugar, el día, el mes y el año.

En ciertas operaciones mercantiles el código exige la forma escrita, como excepción a la regla del principio general de libertad de forma, es el caso de el contrato de seguro y los títulos legales del contrato entre el cargador y el portador consagrados respectivamente en sus los artículos 537²² y 376²³Cc.

3.5.2.3 LA CARGA DE LA PRUEBA

Para los contratos mercantiles y las obligaciones derivadas de éstos el art. 111 Cc. establece que se prueba por: escrituras públicas, escrituras privadas; notas de los corredores suscritas por las partes en la forma prescrita por el artículo 58 del código de comercio; facturas aceptadas, las cuales según el artículo 9 de la LDC es una obligación de los proveedores extenderla; la correspondencia; los telegramas, el cual hará prueba como documento privado cuando el original se encuentre firmado por la persona que aparece enviándolo, y tendrá valor de instrumento público cuando la firma deberá ser autenticada por un notario; los libros de las partes contratantes²⁴; testigos, los cuales no serán admitidos cuando la cantidad exceda los cien córdobas, a no concurrir con alguna otra prueba, en esta misma forma no será admitida cuando el Derecho Común exija escritura pública o el código de comercio la prueba por escrito; y por cualquier otro medio de prueba admitido por leyes civiles.

La compraventa de bienes inmuebles está regida por el Código Civil, el cual especifica que debe otorgarse por medio de escritura pública.

²² Art. 537 Cc.: “El contrato de seguro se consignará por escrito en póliza o en otro documento público o privado, suscrito por los contratantes”.

²³ Art. 376 Cc.: “Los títulos legales del contrato entre el cargador y el porteador, serán las cartas de porte, por cuyo contenido se decidirán las cuestiones que ocurran sobre ejecución y cumplimiento, sin admitir más excepciones que la falsedad y el error material en su redacción”.

²⁴ Art. 114 Cc.

3.5.2.4 LA INTERPRETACIÓN

Esta actividad va dirigida a examinar y reconstruir el sentido de una declaración negocial, del comportamiento plasmado en el contrato. Esta operación es indispensable para lograr conseguir los efectos pretendidos por el sujeto o sujetos contratantes. Esta acarrea una función de gran trascendencia, por tanto no debe desestimar ningún criterio objetivo ni subjetivo para su desarrollo (DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, 1990).

Los contratos mercantiles se encuentran regidos por las mismas normas que se aplican en la interpretación de contratos civiles, en los artículos 2496 al 2505 C, esto sin perjuicio de la utilización, para negocios concretos, de las particulares normas y usos mercantiles que contribuyan a la exacta labor del intérprete (HERRERA Y GUZMÁN, 2007).

Las normas la LDC establecen una especialidad en interpretación, contenida en los artículos 19 y 20 de la ley, donde dice que toda información, publicidad u oferta al público, transmitida por cualquier medio o forma de comunicación, en relación con los bienes ofrecidos o servicios a prestar, donde se vincula al proveedor que solicite, autorice o pague la difusión correspondiente, formará parte del contrato de venta celebrado entre el proveedor y el consumidor. Esta ley también establece que las cláusulas de los contratos serán interpretadas del modo más favorable al consumidor²⁵, obedeciendo a la condición de parte contratante más débil que ostenta el consumidor respecto de su contraparte.

A través del estudio de estas especialidades del Derecho mercantil hemos concluido que estas constituyen la principal razón por la cual la unificación no es considerada conveniente, dado a que éstas no deben ni pueden unificarse.

²⁵ Art. 23 LDC.

3.5.3 VICISITUDES PROCESALES

Una vez analizados los criterios sustanciales de la unificación se debe hacer énfasis en la problemática existente también en la práctica acerca de la regulación común de la materia civil y mercantil.

Al darse la unificación de las obligaciones civiles y mercantiles, también deberá crearse una jurisdicción especializada. Esto conlleva una problemática en razones de que, al unificar el criterio subjetivo que separa a los comerciantes de los no comerciantes, los intereses objetivos del individuo se ven violentados. Los procesos mercantiles se ven sometidos a un punto de vista civilista inadecuado.

Por esta razón, lo que se ha optado como vía de solución ha sido la adopción de métodos como el arbitraje internacional, convenciones internacionales que establecen reglas procesales para la solución de controversias, principios mercantiles internacionales.

Lo que se debe de hacer es crear un órgano judicial especializado en la materia mercantil, dónde los jueces estén capacitados para delimitar conforme a los intereses objetivos de los contratantes, y aplicar criterios mercantiles claros.

CONCLUSIONES

El Derecho mercantil nace en la edad media como rama autónoma del Derecho privado, con carácter especial respecto a la norma civil, por razones económicas y político sociales gremios.

Uno de los mayores problemas surgidos en la esfera del Derecho privado ha sido la dificultad de delimitación entre los contratos y obligaciones civiles y mercantiles, en nuestro país la norma no establece criterios claros para esta labor de interpretación.

Ante tal problemática doctrinalmente se afirma que la solución está dada por la Unificación de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles. Sin embargo opinamos que este defecto viene dado por mala redacción de los textos normativos y no por la separación legislativa de estos dos derechos.

En el Derecho comparado, los países que han sometido su legislación interna a unificar contratos y obligaciones son, mayormente lugares en donde la globalización está bastante avanzada y la economía del país permite que las actividades comerciales y de empresa sean tratadas por igual con las actividades de los particulares en el ordenamiento civil.

No creemos que sea conveniente, a estas alturas de la historia de nuestro país, apostar por la fusión de los contratos y obligaciones dentro de nuestro ordenamiento, puesto que las situaciones de carácter civil requieren, por su naturaleza; criterios específicos en base a su objetivo esencial, que viene dado por la autonomía de los particulares y la voluntad de las partes; no pueden ser igualados con los criterios especiales dados por la norma mercantil, como lo son la prescripción, solidaridad, carga de la prueba, y demás especialidades mercantiles de la teoría general de los contratos y obligaciones señaladas. No puede mercantilizarse el Derecho patrimonial de todos los particulares por igual.

RECOMENDACIONES

Para solucionar el problema de delimitación de la materia civil respecto de la mercantil se recomienda afinar los criterios establecidos en la norma en la pronta reforma al Código de Comercio.

Es también necesario crear un órgano judicial especial para el juzgamiento de la materia comercial, ya que los encargados de estos asuntos son los jueces civiles, los cuales, a como se afirmó en el desarrollo de esta tesis, son inconvenientes.

LISTA DE REFERENCIAS

Doctrina:

- Albaladejo, M. (1989) *Curso de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. La Obligación y Contrato en General* (8ª Ed. V.1) Barcelona.
- Broseta Pont, M. (1965) *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*. Madrid: editorial Tecnos.
- Broseta Pont, M. (1977) *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: editorial Tecnos.
- Broseta Pont, M. (1991) *Tendencias Actuales del Derecho Mercantil*. Recuperado el 20 de mayo de 2012, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1376/18.pdf>.
- Carvajal Arenas, L. (2006) *La unificación del Derecho de las obligaciones civiles y comerciales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso* (27). Recuperado el día 20 de mayo de 2012, de www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/download/.../586.
- Díez Picazo, L & Gullón, A. (1990) *Sistema de Derecho Civil*. (7ª Ed. V.1) Madrid: TECNOS, S.A.
- Díez Picazo, L. (1996) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias* (5ª Ed. T.2. V.1). Madrid: editorial Civitas.
- Escobar Fornos, J. (1996) *Derecho de Obligaciones*. Managua: Bitecsa.
- Gabino Pinzón, J. (1985) *Introducción al Derecho Comercial*. Bogotá.
- Garrigues, J. (1976) *Curso de Derecho Mercantil*. (7ª Ed. V.1 T.1) Madrid: Aguirre.
- Garrigues, J. (1979) *Curso de Derecho Mercantil* (6ªEd. V.2). Av. República de Argentina, México: editorial Porrúa, S.A.
- Goddard, J. (s.f.) *El Derecho de los Contratos Internacionales. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado el 21 de mayo del 2012, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/5.pdf>
- Gutiérrez y González, E. (1977) *Derecho de las Obligaciones* (5ª Ed.) Puebla, México: CAJICA, S.A.
- Guzmán García, J. (2005) *Apuntes de Derecho Civil: Derecho de obligaciones*. Managua: UCA.

- Guzmán, J. & Herrera, J. (2009) *Contratos Civiles y Mercantiles*. (2ª Ed.) Managua: UCA.
- Hinestrosa, F. (1998). *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo*. (T.1) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jiménez Sánchez, G. (coord.) (2003) *Derecho Mercantil* (8ª Ed. V.2.). Sevilla: Ariel S.A.
- Martín Rodríguez, M. (2005) *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*. Recuperado el 20 de mayo de 2012, de <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/historia-duplicidad-legislativa-mercantil-454586>.
- Ministerio de Fomento, Industria y Comercio (2011) *El proceso de reforma de la legislación mercantil nicaragüense: Una estrategia para el futuro*.
- Montora Rueda, R. (s.f.) Economía, Poder y Derecho Mercantil. Tres puntos de vista sobre el Derecho Mercantil como categoría histórica. *Revista científica de la Universidad de Murcia "Anales de Derecho"*. Recuperado el 14 de mayo del 2012, de <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/141651/127261>
- Morales Acosta, A. (1990) *Los grandes cambios en el Derecho Privado Moderno*. *Revista de Derecho de la empresa*. Recuperado el 21 de mayo del 2012, de <http://www.teleley.com/librosdederecho/grandescambios/unificacion-derechopositivo.pdf>.
- Orúe Cruz, J. (2008) *Manual de Derecho Mercantil*. (2ª Ed.). Managua: Hispamer.
- Oviedo Albán, J. (2002) *La Unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales*. Texto para la conferencia en el seminario internacional "Compraventa Internacional". Recuperado el 21 de mayo del 2012, de <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html#%2a%2a>.
- Puelma Accorsi (s.f.) Acerca de los contratos preliminares en "*Estudios sobre reformas al Código civil y Código de Comercio*".
- Puig Brutau, J. (1985) *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho General de las Obligaciones* (T. 1. V.2) Barcelona: Bosch.
- Rodríguez, J. (1978) *Curso de Derecho Mercantil*. (13ª Ed. T. 1.) México: Porrúa S.A.

Rodríguez, N. & López, C. (s.f.) *Autonomía del Derecho Comercial. Curso Virtual de Derecho Comercial de Uruguay*. Recuperado el 21 de mayo del 2012, de <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespDerechoComercialAuton.htm>

Rotondi, M. (coord.). (1974) *Inchieste di Diritto Comparatto*. Padova

Sánchez Calero, F. (2002) *Instituciones de Derecho Mercantil*. (24ª Ed. V.2). Madrid.

Santos Briz, J. (1978) *Derecho Civil. Teoría y Práctica (T.1)* Madrid: Revista de Derecho Privado.

Solórzano, A. (2004) *Glosas al Código de Comercio de Nicaragua. Comentarios y Jurisprudencia*. Managua: Hispamer.

Uría, R. (1976) *Derecho Mercantil*. (16ª Ed.) Madrid.

Urtecho Navarro, S. (s.f.) *La teoría general de la empresa como base para una necesaria regeneración normativa*. Revista *Derecho y Cambio Social* (28). Recuperado el 21 de mayo del 2012, de http://www.derechocambiosocial.com/revista001/empresa.htm#_ftn1.

Vivante, C. (1932) *Tratado de Derecho Mercantil*. (V.1) Versión española de la 5ª Ed. Italiana. Recuperado el 21 de mayo del 2012, de <http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/02/00209-derecho-mercantil-cesar-vivante.html>

Vivante, César (2005) *Derecho Mercantil*. (1ªEd.) Florida: Valleta Ediciones.

Wajntraub, J. (coord.) (2001) *Instituciones de Derecho Privado Moderno*. Argentina: Lexis-Nexis.

Normas Jurídicas:

Código Civil de la República de Nicaragua (2007) (2ª Ed.) Managua, Nicaragua: BITECSA.

Código de Comercio de la República de Nicaragua (2002) Managua, Nicaragua: BITECSA.