

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. CONTRASTES DE DOS MUNDOS...

*Carlos Pizarro Wilson**

Los trabajos presentados por los profesores Kemelmajer y Larroumet, se refieren al actual debate acerca de la unificación del Derecho de los Contratos en Europa y, en el caso de la profesora Kemelmajer, se da cuenta de la incipiente armonización regional en el MERCOSUR.

Los procesos de codificación en Europa y América Latina han ido de la mano de la Constitución del Estado nación. En el caso particular del *Code*, los redactores partieron de una tradición común, el *jus commune*, a fin de recoger el legado jurídico iniciado con el *Corpus juris civilis*, siguiendo un tránsito de lo universal a lo nacional¹. Por el contrario, hoy se presenta un proceso en sentido inverso, pues se propone a partir de los derechos nacionales construir un derecho global, aplicable a los diversos Estados miembros de la Unión Europea. Este proceso presenta aristas económicas y políticas expuestas por el profesor Larroumet. En el terreno político, la Unión Europea se encuentra justamente en proceso de aprobación de una constitución única para todos los Estados miembros. Por su parte, la construcción del mercado único en Europa exigiría, según algunos, un derecho de los contratos unificado. De esta manera, se lograría una mayor eficacia y seguridad del derecho contractual y, al mismo tiempo, cumplir con las exigencias de la libre competencia en el mercado único europeo.

Sin embargo, la posibilidad de lograr un derecho contractual único está lejos de formar un consenso. Precisamente en Francia, el país que dio nacimiento al *Code*, cuyo bicentenario se festeja, son fuertes las voces que critican la necesidad y oportunidad de un derecho contractual unificado. La mayoría de la doctrina parece estar en desacuerdo con la idea de uniformar el Derecho de los Contratos y, aún más, con un código civil europeo, al cual se le considera utópico. En sentido inverso, la Unión Europea, a través

* Profesor de Derecho Civil en la Universidad Diego Portales y en la Universidad de Chile.

¹ Y. LEQUETTE, "Recodification civile et prolifération des sources internationales", en *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 172.

de diversas comunicaciones, ha manifestado su interés en lograr dicha unidad legislativa a fin de obtener una coherencia en el sistema legal global y una protección igualitaria para los ciudadanos europeos.

El debate sobre la codificación uniforme del Derecho de los Contratos expuesta por el profesor Larroumet permite interrogarse sobre la viabilidad de dicho proyecto. Por su parte, la exposición de la profesora Kemelmaier posibilita contrastar la ilusión de la codificación europea con los procesos de codificación en América Latina.

I. LA ILUSIÓN DE LA CODIFICACIÓN EUROPEA

El debate sobre la necesidad de tener un código de las obligaciones europeo arranca en la técnica de las directivas como método de armonización del Derecho europeo. El uso de este método de legislación supranacional arroja una realidad paradójica, ya que siendo el objetivo primordial de las directivas lograr un derecho común en materias relevantes para la Unión Europea, los resultados prácticos han sido bastante decepcionantes. Las razones las deja entrever el profesor Larroumet. Dos relevantes escollos dificultan la armonización a través de la técnica de la directiva. Por una parte, el texto de la directiva requiere la transposición por una ley nacional. En efecto, cada país miembro debe dictar una ley particular a fin de que la directiva forme parte del ordenamiento jurídico interno. Aquí los países pueden establecer modificaciones a la directiva, las cuales pueden ser de forma y de fondo. Es cierto que no es posible aminorar el rango de protección entregado por la directiva, pero pueden establecerse mayores garantías para los destinatarios nacionales. Aún más, en ciertas áreas la directiva deja abierta la posibilidad para cada país de establecer una normativa autónoma. Así ocurrió, por ejemplo, con el problema de la responsabilidad civil a partir del riesgo de desarrollo. Sin embargo, el obstáculo principal a la armonización de la legislación comunitaria a través de la directiva está dada por el componente judicial. Una vez ingresada en el ordenamiento jurídico interno la directiva debe interpretarse, lo cual queda entregado a los jueces respectivos de cada país.

Así, el resultado no puede ser sino un mosaico de soluciones en los diversos países según la opinión dominante de cada jurisprudencia nacional. En efecto, no existen jueces europeos, sino que da la impresión que son franceses o, bien, alemanes, siguiendo sus propias tradiciones jurídicas. Aunque no debe desconocerse que algún influjo ha tenido la jurisprudencia europea en los Estados miembros, las soluciones a partir de las directivas comunitarias distan de ser uniformes en la jurisprudencia de cada país.

En consecuencia, las directivas han conseguido fragmentar los derechos nacionales. Incluso, la técnica para introducir la directiva en el ordenamiento jurídico interno difiere. En algunos casos la transposición tiene lugar a través de leyes especiales y en otros casos por modificación o adhesión a un código específico, de los consumidores o en el propio *Código Civil*. Así ocurrió, por ejemplo, con la transposición de la directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos en Francia, la cual se introdujo en el *Código Civil*. En cambio, en España se dictó una ley especial.

Por consiguiente, el objetivo de armonización de las directivas europeas no ha sido exitoso. La finalidad de adecuar los derechos nacionales a unos mismos estándares jurídicos, termina, en palabras de Pasquau: "afectando a la sistemática del derecho contractual, deteriorando su coherencia técnica y generando islotes de protección a favor de la categoría de los consumidores"². La anhelada armonía entre los derechos nacionales termina siendo afectada por el propio instrumento destinado a lograrla.

De las exposiciones puede concluirse que la protección de los consumidores ha tenido un papel relevante en la armonización del Derecho europeo con importantes repercusiones en el Derecho de las Obligaciones en el ámbito local. La directiva europea sobre cláusulas abusivas o referida a productos defectuosos constituyen ejemplos válidos del impacto del Derecho europeo en los sistemas jurídicos locales.

En el caso francés, la pérdida de soberanía es patente si consideramos que una protección mayor entregada por la legislación nacional debe inclinarse ante la legislación comunitaria afectando así el principio a la reparación integral del daño vigente hasta ahora en Francia.

Por otra parte, en Europa, el influjo de la protección de los consumidores muestra que la armonización en este ámbito parece necesaria, pues permite una igualdad entre los consumidores y cumple con las premisas de la libre competencia. Con todo, persistirá la divergencia en la interpretación de las reglas uniformes, ya que la armonización no alcanza en ningún caso a la jurisdicciones nacionales.

En cuanto al código europeo, según nos informó el profesor Larroumet, las propuestas son bastantes disímiles y unas más ambiciosas que otras. Mientras algunos pretenden un verdadero código único para los Estados miembros que aborde todas las áreas del Derecho Civil, incluso, Familia y

² M. PASQUAU LIANO, "Codes nationaux et codification du Droit privé européen: un voyage pour nulle part?", en Christian LARROUMET (dir.) y Mauricio TAPIA (coord.), *L'avenir de la codification en France et en Amérique Latine* (2 y 3 de abril de 2004), Paris, Les colloques du Sénat, 2004, p. 218.

Bienes, para otros, los más realistas, el código debiera ser una obra más modesta que comprenda sólo el Derecho Contractual.

Las razones que se esgrimen para avanzar hacia una codificación uniforme son de índole económica y política, pero según denuncian importantes autores el aspecto cultural ha quedado en las sombras.

Las razones económicas las ha planteado el profesor Larroumet, a mercado único un derecho unitario. De esta manera se lograría una igualdad necesaria entre los diversos actores económicos al interior de la comunidad europea.

Sin embargo, con variados ejemplos se ha demostrado que la unidad monetaria no requiere de manera insoslayable un derecho civil único, siendo el mejor ejemplo los Estados Unidos, país en el cual la Corte Suprema se ha opuesto a la idea de un *jus commune*.

La viabilidad de un código europeo, incluso, limitado al Derecho de las Obligaciones, parece bastante comprometida, existiendo hoy una cierta inclinación a promover, más bien, la renovación de los derechos nacionales.

En efecto, si bien hoy el código europeo parece una quimera, no lo es avanzar en una renovación del Derecho nacional con el objetivo de actualizar el Derecho de las Obligaciones de los respectivos países miembros de la Unión Europea.

Alemania ya ha avanzado en esta ruta con la importante modificación introducida al BGB. La reforma implementada en virtud de la ley de 1 de enero de 2002 ha llevado a cabo una verdadera modernización del Derecho de las Obligaciones logrando acercar el BGB al Derecho Privado europeo. Fue justamente a partir de las directivas relativas a las garantías de la venta de bienes de consumo, aquélla sobre la morosidad en las operaciones comerciales y sobre el comercio electrónico que llevaron al gobierno alemán a decidir la reforma del Derecho de las Obligaciones con inspiración en el Derecho europeo. No da el tiempo de analizar esta importante reforma, pero podemos rescatar los objetivos propuestos por la misma.

En primer lugar, se pretende lograr una mayor claridad y transparencia en el Derecho de las Obligaciones. Como en todos los sistemas nacionales las directivas habían dado lugar a un mosaico de leyes difíciles de descifrar. La inflación legislativa ya recordada en el Congreso y denunciada otrora por Carbonnier constituye, también, un fenómeno global.

En segundo término, la anhelada modernización del Derecho de las Obligaciones se manifestó en una importante reforma a la prescripción y a la compraventa. En el ámbito de la garantía los diversos remedios en caso de incumplimiento presentaban un resultado poco satisfactorio en la práctica. Así, la reforma logra una mayor coherencia en la regulación del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

En tercer lugar, se obtiene con la reforma restituir “la centralidad del BGB en el ordenamiento jurídico alemán” que se había perdido, cuestión común a los códigos decimonónicos que han dejado de ser los códigos de “todos los ciudadanos”. En efecto, como resultado de la descodificación material se han mermado los códigos a través de leyes especiales.

En suma, la introducción del consumidor al BGB le permite actualizarse y ocupar un lugar central en el sistema jurídico alemán, logrando, al mismo tiempo, olvidar una codificación especial en materia de consumo. Por lo tanto, podemos decir que hoy el BGB constituye el código más europeo de la Unión.

Sin embargo, no todo ha sido loas para el nuevo BGB, pues se ha considerado una cierta pérdida del sentido de la codificación al regular materias especiales que escapan en gran medida a la idea de Derecho Común de los códigos.

Por su parte, en España el profesor Pasquau, quien participara en el congreso organizado por la Association Andrés Bello en París, aboga también por renovar el Derecho Contractual español. Para este autor el debate acerca de la unidad de Derecho de las Obligaciones europeo avanza, más bien, a potenciar la necesaria reforma en este ámbito de los derechos nacionales. Para esto será importante contar con juristas europeos, ya no sesgados en sus propias tradiciones, sino que podrá crearse un debate internacional por el cual pueda lograrse una armonización del Derecho de las Obligaciones. Sin duda, este trabajo requiere revitalizar el Derecho Comparado, con el objetivo que el intercambio de soluciones pueda contribuir a introducir modificaciones a los derechos nacionales.

Podemos concluir que la protección de los consumidores ha marcado el proceso de armonización del Derecho europeo a través de las directivas comunitarias. Queda pendiente, eso sí, el debate acerca del lugar que debe ocupar la legislación del consumidor en relación con el Derecho Común. Además, la viabilidad de un código europeo de los contratos parece comprometida.

En contraste, los intentos de integración regional en el MERCOSUR presentan un resultado modesto y, en general, América Latina vive, más bien, un proceso a tropezos de recodificación en el ámbito local.

II. LOS PROCESOS DE CODIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA

La experiencia europea contrasta con la realidad de América Latina. En algunos países se han llevado a cabo procesos de re-codificación. Así ocurrió en Brasil con el novísimo *Código Civil* de 2002, en Perú, que se apresta

a elaborar un nuevo código civil, lo que ya constituye una cierta fiebre codificadora tan sólo quince años después de haber promulgado el actual. No parece meritorio que un código con apenas quince años ya quiera ser reformado. Se trata de un franco fracaso, si consideramos que la codificación debe presentar un carácter de permanencia en el tiempo. Un proceso similar se plantea en Bolivia y Argentina. En este último país, pese a los esfuerzos del profesor Alterini, quien redactó el proyecto de código civil de 1998, no se ha logrado la viabilidad política para su aprobación en el Parlamento.

De manera tal que un proceso de integración legislativo está lejos de ser realidad en América Latina, es la hora de los acuerdos comerciales y la experiencia muestra que primeros nos unimos en la economía antes de avanzar en la legislación. Tampoco existe un proyecto político común, pues en el caso de Chile se ha privilegiado la integración económica con Estados Unidos, Europa o Asia, antes que con los países vecinos.

Con todo, los referidos acuerdos comerciales plantean la necesidad de lograr una armonización en la protección de los consumidores para no caer en trabas a la libre competencia. El intercambio comercial requiere reglas claras no sólo en cuanto a los aranceles aduaneros y la libre competencia sino, también, en cuanto a la protección a los consumidores.

En este ámbito, los países latinoamericanos presentan una evolución similar. Los problemas vinculados a la protección de los consumidores son comunes y los debates se han dado en términos cercanos. Brasil cuenta con un código del consumidor y las leyes de protección a los consumidores se multiplican en América Latina. De ahí que un plan más modesto podría ser: avanzar en acercar las legislaciones locales respecto a este ámbito específico. Por lo demás, el Derecho europeo presenta una importante influencia en las leyes destinadas a la protección del consumidor.

En Chile, la reciente reforma a la ley 19.496 sobre protección de los consumidores introdujo la cláusula general de buena fe como mecanismo de control. La directiva europea sobre la materia y antes la ley alemana de 1977 recogían esta cláusula general de control que ahora en el caso alemán forma parte del propio BGB.

Otro tanto ocurre con el Derecho de Retracto introducido en el artículo 3 *ter* de la misma ley. Lo mismo puede constatarse con la propuesta de reforma del *Código Civil* sobre responsabilidad por productos defectuosos presentada hace algunos meses ante la Fundación Fueyo por el profesor Corral Talciani. En este proyecto la directiva de 1985 presenta una influencia fácil de detectar y, aún más, la idea de introducir el proyecto en el *Código Civil* en similares términos al Derecho francés muestra que la doctrina nacional es todavía permeable a la doctrina gala.

De manera tal que la probable integración económica debe ir acompañada de una doble tarea. En primer término, un acercamiento de las reglas relativas a la protección del consumidor y, en segundo lugar, un proceso de modernización de los códigos nacionales o de re-codificación.

Respecto a esto último, en este congreso ha estado latente y en muchos casos de manera explícita se ha planteado la necesidad de re-codificar el Derecho chileno. No cabe duda que el *Código* de Bello aparece anquilosado en algunos ámbitos. En cuanto al Derecho de Familia ha sido modificado de manera sustantiva. Con relación al Derecho de las Obligaciones el articulado se ha mantenido incólume y grandes parcelas del *Código* son letra muerta o las repercusiones prácticas se han aminorado. Esto no quiere decir que el *Código* haya perdido su función de Derecho Común. Todo lo contrario, el *Código Civil* chileno ostenta hoy una gran vitalidad. Sin embargo, requiere algunas modificaciones que le permitan adecuarse a la realidad social y económica actual. Tampoco se trata de colocar todas las materias novedosas en el *Código*, pues esto se aleja de su objetivo. Según dijimos ésta ha sido la principal crítica a la reforma del BGB. Además, todo proceso de re-codificación requiere una base doctrinal sólida. A mi entender éste es el defecto más relevante de los procesos de codificación iniciados en América Latina. Los procesos de codificación necesitan un debate extenso de la comunidad legal que permita identificar las reformas adecuadas para resolver los problemas jurídicos que se enfrentan en la práctica forense. No parece acertado creer en la inexistencia de una cierta doctrina en Derecho Civil, la cual se ha ido acrecentado en los últimos años con las nuevas generaciones de profesores. Tampoco creo en la arrolladora influencia angloamericana, lo cual responde, más bien, a una moda y percepción equivocada de la dogmática nacional. Al *common law* hay que darle una valoración en su justa medida. Todavía, a mi entender, la solución de los litigios por los tribunales chilenos no es a partir del precedente o la teoría legal de los Estados Unidos; la verdad, el único fallo en que aparece citada la doctrina estadounidense es uno de la Corte de Apelaciones de Concepción y redactado por el propio profesor Domínguez Águila.

No hay que desconocer que la ausencia de una doctrina consolidada dificulta en gran medida la viabilidad de un proceso de codificación. Sólo un cuerpo docente productivo con identidad, método y atento a las circunstancias sociales puede originar las bases necesarias para un proceso de codificación que permita al nuevo código perdurar en el tiempo. A su turno, la influencia de los derechos humanos no deja inalterable al Derecho Civil, elemento extraño a la codificación, abriéndose hoy la interrogante sobre el lugar que debe ocupar en las reformas a los códigos civiles.

Por nuestra parte, al menos en Chile, el trabajo aún resulta más modesto, la construcción de una base doctrinaria sólida debe ser el primer paso

hacia las reformas al *Código Civil*. En este año en que se cumplen ciento cincuenta años del *Código Civil* chileno vale la pena interrogarse sobre sus virtudes y falencias, a fin de identificar las sombras en que late la necesidad de adaptarlo a nuestros tiempos. Si bien un nuevo código civil parece prematuro, nada impide volcarnos hacia una revisión crítica del mismo con el objetivo de mejorar nuestro derecho sustantivo.

Se terminó de imprimir esta primera edición,
de quinientos ejemplares, en el mes julio de 2005
en Versión Producciones Gráficas Ltda.
Santiago de Chile