

PROCESO DE CODIFICACION EN DERECHO MERCANTIL***Elianne ESTECHE DE F.****

Resumen: El Proceso de Codificación en Derecho mercantil, desde sus inicios en el Código de comercio francés de 1807, ha motivado amplios debates por parte de la doctrina, cuestionando la conveniencia de utilizar esta técnica legislativa, aun cuando por diferentes razones según el momento histórico en la evolución del Derecho Mercantil, permanece en los diferentes ordenamientos jurídicos. En la actualidad vuelve a intensificarse la discusión -a pesar de resultar para algunos, anacrónica, con poca credibilidad-, por obra del mismo legislador francés a través de la recodificación mercantil efectuada recientemente en el año 2000, bajo el método de Derecho constante.

Palabras claves: Codificación. Derecho mercantil. Recodificar. Derecho constante.

Abstract: The codification process in commercial law, since its origins with the French Commercial Code of 1807, has motivated several and various debates inside the doctrine, which has questioned the convenience of using this legislative technique, even though for multiple reasons depending on the historical moment of the evolution of the commercial law, it remains in different legal systems. Today, the discussion gets stronger and more intense-although for many, anachronistic and without credibility-, by work of the same French legislator through the recent commercial recode completed in the year of 2002, under the constant law method.

Key words: Codification process, Commercial law, Recode, Constant law.

INTRODUCCION

A fines del siglo XVIII aparece la concepción moderna de la codificación, con una voluntad de transformación del derecho. Frente a la imagen de caos con que filósofos, juristas y políticos representaban el derecho del Antiguo Régimen, la codificación aparecía como cierta solución instauradora de un orden y sistema ciertos, estables y seguros, cuya demanda superaba entonces cualquier ideología.¹

En los orígenes de esta concepción se encuentra la teoría conocida con el nombre de “ciencia de la legislación”, que refiere tanto a la técnica sobre redacción de las leyes cuanto al contenido ideal que éstas debían asumir. Destaca la obra de Jeremías Bentham (1748-1832), quien prácticamente dedicó su vida a la reforma de las leyes. Autor de numerosos tratados, alcanzó difusión gracias a la traducción al francés que hizo su editor el suizo Etienne Dumont. Por lo demás, fue Bentham el introductor del neologismo codification, rápidamente adoptado en las principales lenguas”.² Además de contribuir con su idea de la “utilidad de la legislación”, la cual debía reunir todo el derecho a través de la elaboración de códigos, sistemas de derecho particular

* Abogada. Especialista en Derecho Mercantil mención “Sociedades”, Universidad de los Andes-Venezuela. Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Mercantil, Universidad de La Rioja-España. Doctora en Derecho, Sobresaliente Cum Laude, Universidad de La Rioja-España. Profesora Titular de Pregrado y Postgrado en Derecho Mercantil de la Universidad de los Andes-Venezuela. Correo: eestecche@hotmail.com

Agradecimiento al Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico, Tecnológico y de las Artes de la Universidad de Los Andes, por financiar esta investigación (Proyecto D-460-14-09-B).

¹ GUZMÁN, Alejandro. “Historia de la codificación civil en Iberoamérica”. Tomado de: http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000187

² *Ibidem*, pág. 72.

que comprendieran las soluciones en una determinada materia.³

Un código, según la definición de Vogel, es “1a presentación sistemática, organizada de manera sintética y metodológica de un cuerpo de reglas generales y permanentes que rigen en una o varias esferas particulares del derecho en un país determinado”⁴

El proceso de codificación se caracteriza por tener una unidad, un método y una sistematización, que origina los Códigos.⁵

“Entre las ventajas del método de codificación de las leyes, por lo general, se menciona que su agrupamiento en un cuerpo único facilita su conocimiento, interpretación, aplicación y enseñanza. En una palabra: contribuye a la seguridad jurídica. En tal sentido, se ha dicho que las finalidades o funciones de la codificación, son: a) La unificación jurídica; b) La existencia de un Código genera certeza, seguridad jurídica; c) Se busca un cuerpo normativo duradero (principios y sistemático)”⁶

La codificación puede ser formal o material. Según Barros,⁷ formalmente, la codificación es un sistema de ordenación de las leyes, como ocurre con la codificación de Derecho constante que sostiene, es una operación útil de racionalidad en un “confuso estado de cosas” (generado por el exceso de regulaciones). La codificación material, en cambio, obedece a una cierta lógica interna, pues está estructurada sobre principios y categorías, y consolida algunos avances de la jurisprudencia (como ocurre con la codificación civil, penal y constitucional).

En el Derecho mercantil, resulta fundamental el fenómeno de la codificación, en tanto en pleno siglo XXI, sus ideales siguen tan vivos como en sus orígenes en 1807. Y nuevamente sigue siendo protagonista el Derecho francés, al elaborar un nuevo Code de commerce, con el que busca reorganizar globalmente el Derecho legislado y reglamentario bajo la forma de un conjunto de códigos sectoriales, proyecto que ha supuesto el diseño de un nuevo método de codificación: el método “de derecho constante”, generando el debate: codificación-reforma versus codificación-recopilación.

El principio de la seguridad jurídica ha vertebrado en Francia un gran proceso codificador como resultado de múltiples esfuerzos orientados a controlar la dispersión normativa,⁸ o como

³ NARVÁEZ, José. “La crisis de la codificación y la historia del derecho”. Revista jurídica. Vol. XV. Anuario mexicano de historia del derecho. Tomado de: <http://www.historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/15/cnt/cnt9.htm>

⁴ VOGEL, Luis. Cita de: FIGUEROA, Gonzalo. “Codificación, Descodificación y Recodificación del derecho civil”. AAVV: Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado. De la codificación a la descodificación. Code Civil (1804-2004) Código de Bello (1855-2005). Ediciones Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Santiago de Chile. Tomado de: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N2_De_codificacion_descodificacion/Original/Dela_codificacion_descodificacion.pdf

⁵ ARIAS, Esteban. “El Código unificado: una propuesta sobre el ámbito subjetivo del consumidor”. Sobre la base de la disertación brindada en las “Primeras Jornadas Preparatorias a las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, realizadas en la ciudad de San Salvador de Jujuy, entre los días 9 Y 10 de junio de 2011. La Ley, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de La Empresa. Año II. N° 5. Octubre de 2011, págs. 94-110. Tomado de: <http://www.todaviasomos pocos.com/aportes/el-codigo-unificado-una-propuesta-sobre-el-ambito-subjetivo-del-consumidor/>

⁶ Ídem.

⁷ BARROS, Enrique. “Sentidos y métodos de la codificación en el Derecho”. AAVV: Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado. De la codificación a la descodificación. Code Civil (1804-2004) Código de Bello (1855-2005). Ediciones Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Santiago de Chile. Tomado de: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N2_De_codificacion_descodificacion/Original/Dela_codificacion_descodificacion.pdf

⁸ FERNANDEZ, Gabriel. “Francia: seguridad jurídica y nueva política codificadora”. Tomado de: <http://www.revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14114>

menciona Tapia la “inflación normativa”,⁹ producto del llamado proceso de “descodificación”. Esta tarea tiene esencialmente por objetivo la consolidación en un texto ordenado de la legislación vigente, que se encuentra dispersa en incontables fuentes legales y reglamentarias. Su modesta finalidad es hacer más transparente la legislación: “se trata de ofrecer a los ciudadanos, a los empresarios, aún a los funcionarios, la posibilidad de acceder fácilmente al derecho, pues es más cómodo consultar un código que buscar en doscientos textos”. Para Barros, “la experiencia de la técnica de Derecho constante, debidamente ponderada en sus virtudes y debilidades, es del mayor interés práctico, porque favorece el conocimiento y certeza del Derecho vigente.”¹⁰

I. ANTECEDENTES

En un análisis del Proceso de Codificación en el Derecho mercantil, es preciso abordar por una parte, los orígenes del Derecho mercantil, a fin de verificar las razones que motivaron la elaboración de la primera codificación, en tanto, en la época medieval la regulación estaba contenida en los llamados estatutos. De ahí la expresión <<derecho estatutario>> aplicado a las normas de las corporaciones.¹¹ Y por otra parte, el origen de la dicotomía civil-mercantil, a fin de comprender como fue que en el proceso primogénito de codificación, el Derecho privado aparece regulado por dos textos legales, el Código civil y el Código de comercio, como sistemas contrapuestos de normas.

Con respecto al origen del Derecho mercantil, éste se ubica a partir del siglo XIII, dentro de los gremios o corporaciones de los comerciantes, momento histórico en el cual el Derecho romano, el Derecho canónico y el Derecho feudal, no cumplían con las necesidades que tenían unos sujetos que se autodenominaban “comerciantes” de establecer para sus actividades una regulación acorde con el comercio que estaban desarrollando. Los comerciantes prefirieron apartarse de la legislación común romanista pensada para regular la propiedad inmobiliaria y empiezan a conformar un sistema de normas especiales y jueces propios para regular su actividad profesional.¹² En consecuencia, la dicotomía Derecho civil-mercantil, nace con el surgir del Derecho mercantil, en esas mismas 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,¹³ destacando el carácter subjetivo inicial del Derecho mercantil.

De aquí que resulte acertada la calificación dada por Ascarelli, el Derecho mercantil es una categoría histórica, y como tal creado para la regulación de la conducta y de los negocios de ciertos sujetos en función de su actividad económica, un Derecho especial con relación al Derecho

⁹ TAPIA, Mauricio. “Códigos civiles y recopilaciones de derecho constante a propósito del bicentenario del Código Civil de Napoleón”. AAVV: Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado. De la codificación a la descodificación. Code Civil (1804-2004). Código de Bello (1855-2005). Ediciones Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Santiago de Chile. Tomado de: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N2_De_codificacion_descodificacion/Original/Dela_codificacion_descodificacion.pdf

¹⁰ BARROS, Enrique. Ob. cit., pág. 152.

¹¹ MORLES, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Introducción. La Empresa. El Empresario. Cuarta edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: 1998, pág. 16.

¹² ESTIGARRIBIA, María y PIRIS, Cristian. “Unificación del Derecho privado”. Tomado de: <http://www.unificalegislacioncivilomerca.pdf>

¹³ CARVAJAL, Lorena. “La unificación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2º semestre de 2006. Tomado de: <http://www.rdpucv.cl> › Inicio › Vol 27 N° 2 (2006) › Carvajal Arenas

privado general y especial o excepcional con respecto al Derecho civil.¹⁴ Como corolario, su separación del Derecho civil, es una cuestión histórica.¹⁵ La creación de normas especiales y distintas para la actividad comercial, determinó que paulatinamente, en el proceso histórico, se regulase separadamente la actividad comercial, culminando ese proceso con el dictado de Ordenanzas comerciales y, luego, con las sanciones de Códigos de comercio distintos de los Códigos civiles.¹⁶

II. CODIGO DE COMERCIO FRANCÉS DE 1807

El Código de comercio francés, constituye el primer código en el mundo sobre la materia comercial, logrando sistematizar en un solo cuerpo legal toda la normativa mercantil y dar inicio a la época codificadora.

Teniendo su origen en las Ordenanzas del Comercio terrestre de 1673 (llamada también Code marchand o Savary por el nombre de su redactor) y marítimo de 1681, aprobadas por Colbert, consejero del rey Luis XIV, se considera que en realidad fueron ellas las que transformaron el Derecho mercantil consuetudinario en legislado, presagiando el contenido del Código de comercio, en lo que para algunos autores fue la <<primera codificación mercantil>>.¹⁷ En tanto, además de sistematizar el Derecho comercial, lo uniformó en todo el territorio francés, anticipando en más de un siglo la unificación sugerida por Napoleón, a pesar de ser considerada, más bien, una recopilación de las costumbres mercantiles. Llegando a mencionarse que “la necesidad de una ordenanza general del derecho mercantil no era un dato aislado en el panorama de la época; constituía una de las concretas manifestaciones del espíritu de la Ilustración, claramente favorable a una ordenación racional del cuadro normativo nacional, hasta entonces contenido en cuerpos legales en los que abundaban el material de acarreo y los residuos históricos...”.¹⁸

En cualquier caso, el Código de comercio -siguiendo los postulados de las ordenanzas, manteniendo los mismos presupuestos ideológicos-, resultó un fenómeno cultural,¹⁹ en el que confluyeron el idealismo de la Ilustración, “que propiciaba la ordenación jurídica emanada de la razón, con la construcción del Estado de Derecho, y su tesis de la separación de los poderes, así como la consideración de la Ley como exponente de la voluntad general. Hay una concurrencia y hasta un concierto armónico entre la razón de la Ilustración y la voluntad de la democracia, que se manifestaba en el impulso por ambas ideologías del fenómeno codificador”.²⁰ Incluso afirma Sánchez, Napoleón utilizó el Code como un elemento clave de sus pretensiones políticas y cita:

“Por su contenido, el Code alcanzaba a petrificar las conquistas sociales de la burguesía, pero por su alcance universalista buscaba un fin político que no era otro que, en primer término, la

¹⁴ ESTIGARRIBIA, María y PIRIS, Cristian. Ob. cit., pág. 3.

¹⁵ MORLES, Alfredo. Ob. cit., pág. 9.

¹⁶ RODRIGUEZ, Nuri y LOPEZ, Carlos. “Sobre la pretendida autonomía del Derecho comercial”. Tomado de: <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespDerechoComercialAuton.htm>

¹⁷ FERNANDEZ, Luis y GALLEGU, Esperanza. Fundamentos de derecho mercantil. Introducción y empresa. Derecho de sociedades (Parte general. Sociedades de personas). 2ª edición. Tirant lo Blanch. Libros. Valencia: 2000, pág. 27.

¹⁸ ROJO, Ángel. “La codificación mercantil española”.

Tomado de: <http://www.bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/640/25.pdf>

¹⁹ MORLES, Alfredo. “Codificación o descodificación del Código de comercio y el proyecto de ley de navegación y el comercio por agua”. Tomado de: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/72/rucv_1989_72_223-231.pdf

²⁰ HERNÁNDEZ, Antonio. Derecho Mercantil. Cita de: BROSETA, Manuel. Manual de Derecho mercantil. Décima edición. Editorial Tecnos. S.A. Madrid: 1994, pág. 55.

unificación de Francia, a través de la desaparición de las variedades lingüísticas y de las costumbres locales y territoriales. Y, de hecho, Francia habría de ser en el futuro un ejemplo claro de Estado unitario. La pretensión universalista fijaba sus miras en un segundo escalón que había de llevar a la unidad de Europa bajo los principios de la República Francesa, luego convertida en Imperio. Para emprender esta conquista Napoleón se sirvió de las bayonetas, pero no olvidó añadir el Code en los morrales de los soldados. De esta manera su influencia fue notable y se incorporó de una manera u otra no sólo a varios Estados europeos, de corte metropolitano, sino a sus propias colonias”.²¹

Por lo anterior, la codificación fue impulsada por los postulados ideológicos antes descritos, pero también por la necesidad de poner orden en la diversidad del mosaico jurídico de las diversas regiones francesas.²² Para Narváez, una vez lograda la unificación de Francia a través de la monarquía, era necesario erradicar el pluralismo jurídico.²³ Además, suprimidos los gremios y corporaciones, el propósito del legislador napoleónico fue eliminar la nota <<clasista>> del Derecho mercantil tradicional. Influenciado por las ideas de la Revolución francesa, el principio de igualdad debía conducir a un solo código de todos los ciudadanos. La Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII sintió como un imperativo categórico la necesidad de codificar sus leyes para afirmar, primeramente, la igualdad y, luego, la libertad que se ofrecían entonces a todos los franceses, promovidos a la calidad de ciudadanos. Un solo texto para todos, que pusiera término a las normas exclusivas para ciertas regiones o para ciertas clases sociales; el fin de los textos discriminatorios, de los estatutos de privilegio, de los particularismos de las costumbres locales.²⁴

De esta forma, el cambio del Derecho mercantil operado por el Código de comercio francés y el paso de un sistema subjetivo a un sistema objetivo no ocurrió por capricho, simplemente, no podían dictarse leyes dirigidas a regular la actividad de una <<clase>>. Habiéndose proclamado la libertad de comercio y habiendo triunfado la tesis económica de los fisiócratas conforme a la cual la libertad económica era el presupuesto del progreso social, se impuso la necesidad de legislar sobre los intercambios comerciales. La solución que se encontró fue la de regular el objeto (el comercio) en lugar de regular el sujeto (el comerciante)”.²⁵

Así a partir del Código francés, “el centro de gravedad de la nueva regulación radica en la llamada cláusula de objetivación, que desvincula de forma radical la noción de acto de comercio de la actividad profesional”.²⁶ En esta etapa el Derecho mercantil se aplica a toda actividad considerada comercial con independencia de quien desarrolla tal actividad. El acto de comercio va a ser la figura que va a delimitar el Derecho mercantil del Derecho civil.²⁷ La legislación mercantil deja de ser un derecho predominantemente destinado a regular el tráfico de los comerciantes, para convertirse en el derecho regulador de determinados actos (actos objetivos de comercio), derecho al cual se someten los participantes en el acto, sea cual fuere la condición profesional de

²¹ SÁNCHEZ, Sixto. “La unificación del derecho privado en Europa”. Revista de Estudios Jurídicos. Nº 11/2011. (Segunda Época). Universidad de Jaén. España. Tomado de: <http://www.revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/627/555>

²² ANAYA, Jaime. “El legado del Código de Comercio francés”. AAVV: Bicentenario del Código de Comercio francés. Coordinadores: Alfredo Morles-Irene de Valera. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos. Nº 25. Caracas: 2008, pág. 28.

²³ NARVÁEZ, José. Ob. cit., S/p.

²⁴ FIGUEROA, Gonzalo. Ob. cit., pág. 101.

²⁵ MORLES, Alfredo. Curso... Ob. Cit., pág. 25.

²⁶ FERNANDEZ, Luis y GALLEGU, Esperanza. Ob. cit., pág. 31.

²⁷ GOLDSCHMIDT, Roberto. Curso de Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. Fundación Roberto Goldschmidt. Caracas: 2003, pág. 11.

quien lo realiza.²⁸ En consecuencia se origina una corriente doctrinal objetivadora, de naturaleza positivista y exegética conocida como teoría de los actos de comercio.²⁹

Aun cuando, según Garrigues, la expresión acto de comercio debe entenderse en un sentido distinto al tradicional. “Mientras en las compilaciones anteriores al código francés, el acto de comercio se refiere siempre al comerciante y a la industria mercantil, en el código francés se desligó por primera vez el acto de comercio de la persona del comerciante y formuló un concepto del acto de comercio que es en sí mismo incongruente: el llamado “acto de comercio objetivo”, el cual pasa a ser el núcleo en torno al cual se agrupan las normas mercantiles en las legislaciones latinas”.³⁰ Irrumpe así en el Derecho mercantil una cantidad de actos ocasionales, sin adscripción a una empresa, sin carácter profesional, sin pertenencia a una serie orgánica de actos iguales. Quedando como menciona Garrigues, “automáticamente rota la ecuación entre comercio y derecho mercantil porque el comercio es lo contrario del acto ocasional...”.³¹ En este contexto, “la <<generalización>> del Derecho mercantil se convirtió en <<objetivación>> legislativa del mismo, precisamente porque era necesario justificar que el Derecho mercantil codificado regulase algunas instituciones cuyo uso se había generalizado, y que, por tanto, eran objetivamente mercantiles. Es decir, se sometían al Derecho mercantil codificado, aunque el sujeto agente no fuera comerciante”.³²

Lo importante en definitiva es que esta orientación fue asumida, por el Código de comercio español de 1829; portugués de 1833; italiano de 1842, incluso por el alemán de 1861, entre otros, en lo que se denominó la codigomanía,³³ proceso decimonónico que heredando los sistemas ideológicos del siglo XVIII, llevó a los gobiernos nacionales a buscar la unidad a través de la elaboración de códigos encargada a juristas de prestigio.³⁴

En el caso latinoamericano, debe recordarse que, los movimientos político-militares que finalmente condujeron a la independencia de México y América del Centro y del Sur respecto de los Estados europeos de que sus diversas secciones hacían parte, se iniciaron el mismo año de la promulgación del Code civil en Francia,³⁵ por lo cual, además del paso del antiguo régimen, monárquico-absoluto a uno republicano-liberal, se añadió la idea de que, mientras no se diera además de la independencia política la independencia jurídica, nada se había hecho, y en aquella época “la última palabra en materia de legislación estaba representada por la idea de código, y no era sino en ella en la que podían poner sus ojos cuando sus dirigentes concibieron el designio de reemplazar la vieja legislación”.³⁶ Justificando que la codificación latina se iniciara bajo la influencia del modelo francés.

III. SISTEMA OBJETIVO-SISTEMA SUBJETIVO

A pesar de la oposición de la Escuela Histórica del Derecho, alegando la insuficiencia del criterio

²⁸ MORLES, Alfredo. Curso... Ob. Cit., pág. 25.

²⁹ FERNANDEZ, Luis y GALLEGOS, Esperanza. Ob. cit., pág. 37.

³⁰ GARRIGUES, Joaquín. “Sesenta y cinco años de la legislación mercantil”. Tomado de: <http://www.bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/889/5.pdf>

³¹ Ídem.

³² BROSETA, Manuel. Ob. cit. pág. 57.

³³ ANAYA, Jaime. Ob. cit., pág. 27.

³⁴ NARVÁEZ, José. Ob. cit., S/p.

³⁵ GUZMÁN, Alejandro. “La influencia del Código Civil francés en las Codificaciones Americanas”. Tomado de: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N2_De_codificacion_descodificacion/Panel1/civilfrance_codificacioneamaERICANAS.pdf

³⁶ Ídem.

objetivo para fundamentar la especialidad del Derecho mercantil y, el fracaso de las actitudes doctrinales y legislativas exacerbadamente antiestamentales propias del fenómeno codificador de principios de siglo, aparece fruto de circunstancias históricas un nuevo Código de comercio alemán -publicado en 1897, en vigor a partir de enero de 1900-, con un sistema normativo que se configura en torno a la delimitación conceptual del comerciante, constituido como centro de gravedad del sistema y criterio de acotamiento de la materia mercantil,³⁷ regresando a la concepción subjetiva y profesional del Derecho mercantil, a través de la eliminación del acto de comercio absoluto, es decir, de los que se consideran como tales con independencia de la cualidad de su autor. Vuelven a ser actos de comercio sólo los que ejecuta el comerciante.³⁸ Modificando su concepción inicial, contenida en el Código de comercio de 1861, en cuya inspiración dogmática, se produce una mezcla entre el sistema objetivo y el sistema subjetivo de delimitación de la materia mercantil.³⁹

Si bien, el legislador alemán continua consolidando el proceso de codificación, además de mantener la dicotomía civil-mercantil, la doctrina le reconoció lo acertado del regreso del Derecho mercantil a su origen, debiendo señalar que, el Derecho suizo años antes, 1881 con el Código Federal de las Obligaciones, también se había distanciado del sistema de los actos de comercio. Aun cuando lo fundamental, en este último caso, fue la unificación de las obligaciones civiles y mercantiles al reunir el Derecho general de obligaciones y las materias de Derecho mercantil, modificando la regulación francesa, y justificando en razones constitucionales e históricas el origen del proceso.

“Cuando se dictó el Código de Obligaciones suizo no existía aún un Código Civil suizo, ya que la legislación en materia civil correspondía a los cantones. Si la Constitución hubiese establecido la facultad de la Confederación de emanar un Código de Comercio federal, se hubiera debido recurrir, para llenar las lagunas, en el Cantón de Ginebra al Código Civil de Ginebra y en Zúrich al Código Civil de Zúrich, con lo cual se hubiese abandonado de antemano toda posibilidad de llegar a la unificación nacional del derecho privado. Por tanto la Constitución confirió a la Confederación la facultad de dictar un Código de Obligaciones, de manera que en Suiza no hay Código de Comercio, a pesar de que con posterioridad, en 1911, después de una reforma de la Constitución, se ha dictado un Código Civil Federal”.⁴⁰

En este sentido, la unificación se debió, no a un deseo de unificar legislativamente el Derecho privado, sino a una cuestión de oportunidad política aprovechada para unificar las legislaciones cantonales de la Confederación Helvética en materia, sobre todo, de obligaciones.⁴¹ Como menciona Rocco, en dicha unificación no existe una verdadera fusión, sino una simple reunión de reglas civiles y mercantiles en un solo texto.⁴²

El hecho es que, se abandona la concepción objetiva del Derecho mercantil, introduciendo la polémica entre la tesis objetiva y subjetiva para regular legislativamente la materia mercantil y se da inicio a la regulación del Derecho privado en un texto único.

³⁷ FERNANDEZ, Luis y GALLEGU, Esperanza. Ob. cit., pág. 38.

³⁸ MORLES, Alfredo. Curso... Ob. cit., pág. 28.

³⁹ MARTÍNEZ-ECHEVARRIA, Alfonso. “Código de comercio alemán y Ley de Introducción del Código de comercio”. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales. S.A. Madrid: 2005. Tomado de: <http://www.docplayer.es/9334341-Codigo-de-comercio-aleman-y-ley-de-introduccion-del-codigo-de-comercio.html>

⁴⁰ GOLDSCHMIDT, Roberto. Ob. Cit., pág. 39, 40.

⁴¹ MARMOL, Hugo. Fundamentos de Derecho Mercantil. Parte General. Ediciones Liber. Caracas: 1999, pág. 29.

⁴² ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. Cita de: MORLES, Alfredo. Curso... Ob. Cit., pág. 83-84.

IV. LA PAULATINA DESCODIFICACION

De cara al ideal que la codificación representa, con sus atributos de orden, claridad, simplificación, previsibilidad y cohesión, se levanta la realidad del “estallido de la materia en diferentes ramas que han tratado de reivindicar su autonomía”.⁴³ Y haciendo referencia a la esencia del Derecho mercantil, Morles considera que su inestabilidad propia, conspira contra el ideal de permanencia, propiciando la llamada descodificación. Sistema que consiste en el proceso de extracción de las normativas específicas, tradicionalmente reguladas por los Códigos de Comercio, con el objeto de regularlos de manera separada.⁴⁴

En este escenario, frente al centralismo del Código, la legislación tiende a especializarse, justificando la crisis de la codificación. La modernización del Derecho mercantil tiene lugar por la promulgación de leyes especiales, que sustraen materias reguladas en el Código de comercio, con lo cual junto a la regulación en la Ley especial se produce un vaciamiento de las normas contenidas en el Código.⁴⁵ Según la doctrina se promueve una “anarquía legislativa”, en lugar de concretarse en reformas armónicas y coherentes del código, cuando no se ha preferido dejar a la perplejidad, a la inacción, ocupar el puesto de las normas jurídicas.⁴⁶ Se produce lo que algunos llaman “una situación anómala en el campo legislativo, toda vez que el cuerpo legal que debería aglutinar de forma ordenada la regulación principal mercantil, se disgrega en múltiples leyes específicas en continua modificación...”.⁴⁷ La extraordinaria sobreproducción de textos normativos, y especialmente el caos jurídico que introduce este fenómeno, se convirtió, al culminar el siglo XX, en uno de los desafíos más serios al Estado de derecho.⁴⁸

Lo cierto es que desde su inicio, la codificación mercantil del siglo XIX mostró <<un claro divorcio entre la norma y la realidad social regulada>>. De aquí que la doctrina se haya planteado los alcances y la viabilidad de la codificación, reconociendo el desfase del cual adolece el derecho codificado.⁴⁹ Las consecuencias positivas derivadas de la sistematización jurídica que un código trae consigo vienen acompañadas por el freno que la codificación supone para una evolución ágil del desarrollo del Derecho en el período posterior.⁵⁰ Anaya, cita a Monéger, quien expone:

“...la impugnación más profunda, que continúa siendo válida hasta la actualidad, es la que pone en tela de juicio la posibilidad misma de que el derecho comercial quede encapsulado en un código, siendo que éste se encuentra dispuesto para fijar el derecho resistiendo su evolución, lo que pugna con la movilidad perpetua que caracteriza la materia: “parece, pues, haber incompatibilidad entre codificación y realidad de comercio”.⁵¹

Incluso, uno de los principales detractores, Savigny, afirmaba que todo derecho tenía su origen en los usos y costumbres, y la codificación legal borraría, en breve tiempo, la costumbre y la

⁴³ MORLES, Alfredo. “Codificación...”. Ob. cit., pág. 3.

⁴⁴ ARRIETA ZINGUER, Miguel. “El comercio electrónico y la descodificación mercantil”. AAVV: Bicentenario del Código de Comercio Francés. Coordinadores: Alfredo Morles-Irene de Valera. Serie Eventos. Nº 25. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas: 2008, pág. 562-563.

⁴⁵ BERCOVITZ, Alberto. “Pasado, presente y perspectivas de la Codificación mercantil”. Tomado de: <https://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4546518.pdf>

⁴⁶ MORLES, Alfredo. “Codificación...”. Ob. cit., pág. 226.

⁴⁷ URIARTE, Aner. “Introducción sobre el futuro Código Mercantil”. Tomado de: <http://www.nuevocodigomercantil.es/textos.htm>

⁴⁸ FERNANDEZ, Gabriel. Ob. cit., pág. 155.

⁴⁹ MORLES, Alfredo. Curso de... Ob. cit., pág. 99.

⁵⁰ MARTÍNEZ-ECHEVARRIA, Alfonso. Ob. cit., pág. 16.

⁵¹ ANAYA, Jaime. Ob. cit., pág. 32, 33.

doctrina.⁵² Sin embargo, la gran escuela de la “crisis de la Codificación” se encuentra en Italia. Consolidada, según Narváez,⁵³ gracias al trabajo de grandes juristas e historiadores del derecho como Giovanni Tarello, Paolo Grossi, pero esencialmente por Natalino Irti, fundador del concepto que ha recorrido el mundo: la descodificación. Para quien, la “sistemática emanación de leyes” comienza a originar una especificidad de normas autónomas, muchas veces ni siquiera fundamentadas, fuera del Código mismo, en un proceso de adelgazamiento o de descodificación. Las leyes especiales son cada una de ellas un verdadero sistema que se autoalimenta y nutre con principios interpretativos propios y exclusivos. A pesar que, Irti nunca ha sostenido la desaparición de la técnica codificadora sino, más bien, la pérdida del sentido nuclear del Código, su capacidad de proyectar una fuerza directiva a todo el Derecho Privado y otorgarle la consistencia de un sistema único y coherente.⁵⁴ Como menciona Corral, la mayor parte de la doctrina no se muestra convencida por los argumentos de Irti. Agregando, “en la misma Italia, los juristas tienden a cuestionar las premisas de las que se deriva la teoría y, por diversas vías, proponen redescubrir el sentido y valor del Código como derecho común y nuclear dentro de un macrosistema de Derecho Privado, ciertamente más complejo y dinámico que el del siglo XIX”.⁵⁵

V. EL PROCESO DE UNIFICACION

Otro hecho fundamental, dentro del proceso de codificación mercantil, es el movimiento unificador iniciado por la doctrina, principalmente en Italia, en 1892, con el trabajo presentado por Vivante “Per un codice unico delle obbligazioni”, el cual junto con el Proyecto franco-italiano de 1927 fue un importante intento tendiente a la unificación del Derecho privado. Para el autor, “la separación del Derecho Mercantil, surgió en forma espontánea cuando el ejercicio del comercio era exclusiva actividad de los individuos inscritos en las corporaciones, pero su mantenimiento constituía un anacronismo en una época en que todos, profesional o aisladamente, podían practicar actos de comercio”.⁵⁶ Idea materializada con el Código civil de 1942 -de orientación legislativa de índole subjetiva profesional, (inspirada en el Código de comercio alemán) y una notoria influencia de la doctrina de la empresa-.⁵⁷ No obstante, es importante señalar que el impulso decisivo para la unificación no fue de origen doctrinario sino más bien político.

“El fascismo concibió como célula de la vida social económica a la empresa, tanto a la empresa mercantil como a la empresa agrícola. La empresa era el núcleo de las corporaciones las cuales, junto con los sindicatos, eran los organismos más importantes dentro del régimen político-social-económico del fascismo. La idea de tratar juntas la empresa mercantil y la agrícola tenía, en el campo del derecho privado, la consecuencia de unificar la legislación respecto de ellas”.⁵⁸

En esta etapa si bien es importante mencionar el perfeccionamiento de la idea del empresario como profesional que de forma continuada ejecuta una actividad económica, lo fundamental es la

⁵² NARVÁEZ, José. Ob. cit., S/p.

⁵³ Ídem.

⁵⁴ CORRAL, Hernán. “Comentario a conferencias del presidente Michel Couaillier”. AAVV: Cuadernos de análisis jurídicos. Colección Derecho Privado. De la Codificación a la Descodificación. Código civil (1804-2004). Código de Bello (1855-2005). Tomado de: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N2_De_codificacion_descodificacion/Original/Dela_codificacion_descodificacion.pdf

⁵⁵ CORRAL, Hernán. Cita de ARIAS, Esteban. Ob. cit., S/p.

⁵⁶ VIVANTE, César. Tratado de Derecho Mercantil. Volumen I. Editorial Reus. Madrid: 1932. Cita de: MORLES, Alfredo. Curso... Ob. cit., pág. 81.

⁵⁷ FERNANDEZ, Luis y GALLEGOS, Esperanza. Ob. cit., pág. 39.

⁵⁸ GOLDSCHMIDT, Roberto. Ob. Cit., pág. 41.

unificación, la cual no ha sido obstáculo para que, dentro de la disciplina genérica de la empresa, pueda individualizarse un conjunto orgánico de normas que, dado su relieve cuantitativo y cualitativo, son de aplicar bien a la empresa mercantil, bien al empresario mercantil como sujeto de la actividad empresarial y titular de la hacienda, haciendo de éste último el elemento nuclear y soporte del sistema legal. Justificando de esta forma la autonomía y especialidad material, y no solo científica del Derecho mercantil,⁵⁹ lo cual debe tenerse presente, en tanto deja incólume la autonomía sustancial.

Sin embargo, no es momento de analizar la autonomía de la materia, que nada tiene que ver con la técnica utilizada para su regulación y que es claro no resultó afectada, sino el cambio que significó en la regulación, la cual implicó la desintegración del Código de comercio, mediante su absorción por el Código civil de los contenidos del Código de comercio de 1882 y su regulación por medio de leyes especiales. A partir de aquí se observa a los legisladores optar por la unificación radical del Derecho privado, propia del Código civil italiano; o parcial, como es el caso del Código peruano de 1984, que, manteniendo la distinción formal entre Código civil y comercial, la materia es regulada por leyes especiales y por el Código civil en lo relativo a contratos. Bastó la incorporación de las obligaciones, actos jurídicos y contratos que regula el Código de comercio de 1902 al Código civil. En una teoría intermedia, los juristas se han inclinado por “unificar lo que sea unificable”,⁶⁰ en cuyo caso se coincide en la materia de obligaciones y contratos. Otros en cambio, han optado por mantener la dicotomía entre el Derecho civil y mercantil.⁶¹

Como afirma Goldschmidt, el pensamiento unificador es posible en tanto la delimitación entre el Derecho civil y mercantil no tiene un carácter fijo, sino que se dio sólo en un momento histórico específico, no se funda en criterios formales ni jurídicos.⁶²

“La idea de la unificación privatista surgió en Europa con los juristas filósofos G. Montanelli y E. Cimbali. Los juristas historiadores como Endemann y Dernburg verán en el derecho comercial no solo una categoría histórica, sino una verdadera categoría transitoria, esto es, una categoría destinada a desaparecer. Esta discusión que a finales del siglo XIX se tuvo en Europa acerca de la relación del Derecho Mercantil con el Derecho Civil repercutió directamente en la codificación. Se planteó si era necesaria una codificación especial para el Derecho Mercantil, o si no era más adecuado las materias hasta ahora calificadas de Derecho Mercantil unificarlas con el Derecho de las obligaciones del Derecho Civil en un código, el “Code unique”.⁶³

Sin embargo, debe recordarse que estas mismas corrientes historicistas, fueron las que después de cuestionar la identidad, autonomía y especialidad del Derecho mercantil, propugnaron la unificación del Derecho privado, cuando, como afirma Alegría:

“La unificación del Derecho civil y del Derecho comercial, no significa, en definitiva, ni la absorción de aquél por éste, ni la absorción de éste por aquel, sino tan solo la unificación sustancial de ambos exigida por la vida negocial moderna; como sucedió en Italia luego de sancionado el Código de 1942, esa unificación no significó la desaparición ni del Derecho civil ni del Derecho comercial como disciplinas típicas, sino tan solo la eliminación de distingos generalmente artificiosos que, por afectar a la certeza que es a su vez componente básico de la seguridad

⁵⁹ FERNANDEZ, Luis y GALLEGU, Esperanza. Ob. cit., pág. 45.

⁶⁰ DE CASTRO, Rosalín. “La unificación del Derecho privado frente a la globalización”. Justicia Juris. Vol. 6. Nº 12. Tomado de: https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-6-no-12/art-7.pdf

⁶¹ OVIEDO, Jorge. Ob. cit., S/p.

⁶² GOLDSCHMIDT, Roberto. Ob. cit., pág. 2 y 3.

⁶³ CARVAJAL, Lorena. Ob. cit., pág. 40.

jurídica, advienen claramente ineficientes”.⁶⁴

VI. LA UNIFICACION MERCANTIL A TRAVES DE LA RECODIFICACION

Según Martínez-Echevarría, el transcurso del tiempo ha relativizado la trascendencia de la obra de la codificación.

“Por un lado, resulta evidente que el código facilita una visión limpia, clara y ordenada del sistema jurídico en el que se integra. Sin embargo, el Derecho codificado ofrece gran resistencia al cambio, pues su concepción como obra sistemática puede ocasionar que la modificación de una de sus partes rompa la coherencia interna del texto del código —esto es especialmente desventajoso cuando sucede, como hoy día ocurre con los códigos decimonónicos, que el modelo jurídico global que los inspira quedó desfasado—. A la vista de estas dos experiencias históricas, el legislador actual se encuentra ante la disyuntiva que supone seguir regulando fuera del código, por medio de leyes especiales, o actualizarlo, para que continúe siendo una pieza destacada del ordenamiento jurídico”.⁶⁵

El siglo XXI parece decantarse por mantener el Código como pieza fundamental, volviendo de la descodificación a la recodificación. Y llama la atención, la reciente práctica francesa (segunda mitad del siglo XX) que insiste en proponer la renovación del Derecho comercial, mediante la codificación de la materia mercantil, pero con un método que a simple vista parece evitar las críticas que una vez se originaron al referido Código Napoleónico, el llamado método de Derecho constante.

Se plantea una “reorganización” y una “recodificación” del conjunto de la legislación mercantil. Proceso que, de la misma forma que fue impulsado en 1807, “busca poner fin a la inseguridad jurídica del antiguo régimen e introducir un orden legal racional y sistemático”.⁶⁶ Aun cuando a diferencia del método tradicional, no se trata de modificar o reformar, como era el interés de Napoleón al elaborar nuevas ordenaciones sistemáticas y creadoras -aunque en muchos casos no se alteró materialmente en lo sustancial el Derecho previo a la codificación-;⁶⁷ sino de recopilar. Reunir todo el material jurídico en vigor, ordenándolo de forma temática para facilitar el conocimiento de la ley.⁶⁸ En este sentido,

“la agrupación y ordenamiento de normas jurídicas puede ser realizado a través de una recolección y acumulación o yuxtaposición cronológica de normas (recopilación), o puede ser realizada fundiendo las diferentes normas en un sistema jurídico con forma de ley general y sistemática (codificación)”.⁶⁹

Para algunos se hacía necesario salir de la anarquía legislativa resultante de la concurrencia de una diversidad de fuentes internas al margen del ordenamiento codificado y de la incidencia de las directivas comunitarias y de otros organismos internacionales, que se sumaron a la avanzada desintegración del Código.⁷⁰ Se reconoce nuevamente en la codificación, “el valor, permanente, de

⁶⁴ ALEGRIA, Héctor y otros. Comisión para la elaboración del Proyecto de Código civil unificado con el Código de comercio. Tomado de: <http://www.campus.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/fundam.htm>

⁶⁵ MARTÍNEZ-ECHEVARRIA, Alfonso. Ob. cit., pág. 17.

⁶⁶ FERNANDEZ, Gabriel. Ob. cit., pág. 151.

⁶⁷ SUÁREZ, M. Leonor. “El sueño de la codificación y el despertar del derecho”. Tomado de: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-sueo-de-la-codificacin-y-el-despertar-del-derecho-0/>

⁶⁸ TAPIA, Mauricio. Ob. cit., pág. 182.

⁶⁹ LACRUZ, José. Elementos de Derecho Civil, Parte General”. Librería Bosch. Barcelona: 1974, pág. 10.

⁷⁰ URIARTE, Aner. Ob. cit., pág. 37.

su función técnica, la cual consiste en asegurar el conocimiento del derecho mediante la reunión de sus reglas en un conjunto completo, coherente y conocido: este incontrovertible mérito de la codificación todavía es ampliamente sustentado en la actualidad”.⁷¹ Sólo que, no bajo el modelo de la codificación napoleónica que como dice Suárez,⁷² ha envejecido. Se está intentando un sistema codificado de nuevo cuño que ni imita la codificación napoleónica, las circunstancias políticas, sociales y jurídicas tampoco lo permiten, ni pretende una codificación innovadora (como la de Quebec o el Código Civil alemán). Más bien introduce una nueva técnica de «codificación a Derecho constante» para garantizar la accesibilidad e inteligibilidad de la ley y proteger la seguridad jurídica (Consejo Constitucional).

“Además, la ambición del nuevo programa francés condujo a que, a fines de 1999, una ley apoderara al gobierno, dada la ampliación práctica de su labor legislativa y que ésta se entendió justificada, para actuar a través de Ordenanzas no ratificadas por el Parlamento para «proceder... a la adopción de ciertos Códigos», lo que convierte al gobierno en agente fundamental de la labor codificadora. Antes de 1999 se trataba de una codificación por decreto, administrativa, que no podía repeler o reemplazar las provisiones legales iniciales, pero esto generó un orden paralelo, el de las provisiones regulatorias novedosas y el de las leyes, suscitando una gran incertidumbre que debilitó el proceso codificador. Para resolver el problema aparece la ley de habilitación de 1999, conforme a la que las secciones de legislación ya codificadas mantienen su naturaleza legislativa, por lo que pueden derogar leyes previas. Aunque «sólo deberían darse las modificaciones estrictamente necesarias para la coherencia del Derecho» (FAUVARQUE-COSSON).⁷³

Por lo cual, el actual período de rehabilitación de los procesos codificadores del ordenamiento jurídico francés -desde 1999-, ha tenido su origen en dos estrategias: la primera, la creación de comisiones permanentes de codificación; y la segunda, por vía de decretos con fuerza de ley denominados ordenanzas, la expedición de textos oficiales de recopilación y armonización de la normativa vigente, estableciendo cláusulas legales de habilitación general al Gobierno.⁷⁴

“...no se trata de una habilitación al gobierno para que modifique las leyes a su antojo, más bien se le faculta a perseguir los objetivos de: i) precisar los términos legales para hacerlos más comprensible pero respetando el principio de legalidad; ii) mejorar la redacción de los textos y la adaptación terminológica; iii) eliminar las disposiciones implícitamente derogadas; iv) distribuir los textos conforme a su naturaleza legal o reglamentaria; v) armonizar el Estado de Derecho.”⁷⁵

De acuerdo con esto, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional se decidió el 16 de diciembre de 1999 la validez de la recodificación administrativamente emprendida como respuesta adecuada a la accesibilidad e inteligibilidad de la ley. Esta ley según Anaya, es considerada como el “último impulso que necesitó la reforma al habilitar la sanción mediante ordenanzas de nueve códigos, entre los cuales el de comercio”.⁷⁶ En otras palabras, se habilita al gobierno a codificar por Ordenanza los textos legislativos en vigor con fechas de las Ordenanzas.⁷⁷ Se trata de la integración por medio de decreto de las leyes especiales anteriores en el cuerpo del

⁷¹ OPETIT, Bruno. “Experiencia francesa sobre codificación”. Tomado de: <http://www.bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/640/21.pdf>

⁷² SUÁREZ, M. Leonor. Ob. cit., pág. 237.

⁷³ Ibidem, pág. 238.

⁷⁴ FERNANDEZ, Gabriel. Ob. cit., pág. 157.

⁷⁵ SUÁREZ, M. Leonor. Ob. cit., pág. 237.

⁷⁶ URIARTE, Aner. Ob. cit., pág. 37.

⁷⁷ DELPLANQUE, Catherine. “El código de Comercio de 1807”. Tomado de: <http://www.inmf.org/codecommerce.htm>

Código de comercio, sin un cambio sustantivo de su contenido.⁷⁸

Así fue que el Código anexo a la Ordenanza 2000/912 del 18 de septiembre de 2000, el nuevo Code de commerce, reemplazó los pocos artículos de aquel de 1807 que se conservaban en vigor (sólo 140 de los 648 originales de los cuales solo 30 mantenían su primitiva redacción) mediante un texto que refundió el derecho vigente en la materia bajo la modalidad de codificación a derecho constante, comporta más de 1800 artículos y está compuesto por nueve libros, cumpliendo con su objetivo, la unificación del Derecho mercantil nacional.

El nuevo proceso codificador diferente al decimonónico, necesita responder a la realidad dinámica del Derecho. Logrando que la codificación permanezca abierta enfrentándose a un permanente proceso de reelaboración a (del) Derecho constante conformado a la realidad política social.⁷⁹ Se justifica la utilización de este método en la “conocida morosidad de los parlamentos en ocuparse de reformar Códigos.⁸⁰ Para Morles, este sistema “...no consiste en una simple compilación de la materia, texto por texto, sino en una ordenación lógica, siguiendo ciertos criterios, para dar lugar a un texto único. El resultado es de gran utilidad”.⁸¹ No sólo para el conocimiento del ciudadano de las normas de los códigos como se ha dicho, sino para el conocimiento de los operadores del Derecho (abogados, magistrados, responsables locales, etc.).⁸² Indudablemente, hay opiniones desfavorables, entre ellas la de Pétel, para quien,

“...el esfuerzo codificador no ha conducido más que a una codificación de mínimos, en la cual se han armonizado y, a lo sumo, “puesto al día” los contenidos del viejo Código y los de las leyes que los han complementado o acomodado a los cambios sociales y económicos, pero en la que no se ha manifestado el ánimo de configurar un “Derecho nuevo”, sino el de ofrecer con un nuevo texto legal un simple instrumento ordenado a potenciar la comodidad y la seguridad de la vida jurídica al permitir alcanzar con mayor facilidad el conocimiento de las disposiciones legales en vigor”.⁸³

Incluso, se advierte, si bien el Estado debe perseguir los objetivos de hacer accesibles e inteligibles las leyes, no se encuentra obligado a agruparlas en textos consolidados, pese a la función práctica que tales instrumentos podrían desempeñar sin duda alguna. Para Moysan, “...las compilaciones o textos consolidados, por las exigencias de exhaustividad y permanente actualización que les son inherentes, resultan inadecuados como producto de la actividad propia de los legisladores, y su elaboración corresponde a la doctrina científica o, incluso, a las editoriales jurídicas”.⁸⁴

⁷⁸ ADRIÁN, Tamara. “Algunas bases conceptuales para un Código contemporáneo de las actividades”. AAVV: Bicentenario del Código de Comercio francés. Coordinadores: Alfredo Morles-Irene de Valera. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos. Nº 25. Caracas: 2008, pág. 129.

⁷⁹ SUÁREZ, M. Leonor. Ob. cit., pág. 240.

⁸⁰ ETCHEVERRY, Raúl. “El Código de comercio francés y los actos de comercio”. AAVV: Bicentenario del Código de Comercio francés. Coordinadores: Alfredo Morles-Irene de Valera. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos. Nº 25. Caracas: 2008, pág. 58.

⁸¹ MORLES, Alfredo. Curso de...Ob. cit., pág. 108.

⁸² TAPIA, Mauricio. Ob. cit., pág. 186.

⁸³ PÉTEL, Philippe. Cita de: JIMENEZ, Guillermo y DIAZ, Alberto. “Unas primeras reflexiones sugeridas por el anteproyecto de Ley del Código Mercantil”. Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Universidad Carlos III. Madrid: 2015, pág. 202-216. Tomado de: http://www.e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21085/primeras_jimenezydiaz_RIO_2015.pdf?sequence=1

⁸⁴ MOYSAN, Hervé. Cita de: JIMENEZ, Guillermo y DIAZ, Alberto. Ob. cit., pág. 213.

Además, según Anaya,⁸⁵ parece una paradoja aplicar un método de derecho constante a una materia esencialmente inconstante. Sin embargo, apartándose de estas y otras tantas críticas, lo que interesa reseñar y así lo considera el autor, es el hecho de que el derecho francés encontró por medio de esta consolidación un ordenamiento que llenó el vacío de un código agotado y reunió una legislación dispersa.

“La codificación francesa del 2000 no introduce una legislación renovada sino sólo ordenada, porque tal fue la tarea que se encomendó a sus redactores. Ello no obstante ofrece un oportuno modelo para mantener permanentemente un cierto orden en el derecho legislado y el que se vaya incorporando. Lo que no es poco”.⁸⁶

Francia no es la única, en España, por Orden de 7 de noviembre de 2006 el Ministro de Justicia encomendó a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un texto que sustituyera el viejo (y seguramente, pese a tal condición, escasamente venerable) Código de comercio de 1885.⁸⁷ Renace así la función codificadora como instrumento de unidad.

“Arrollados los Códigos decimonónicos por la impetuosa corriente de la legislación especial, parecían ya arrumbados, como continentes incapaces de encerrar en su seno todo su contenido y demasiado angostos para encauzar el aluvión legislativo en materia mercantil. Pero la política legislativa del Ministro LÓPEZ AGUILAR rescita para la modernidad el viejo instrumento unificador, el Código. Se trata de sustituir al C. de c. de 1885, totalmente superado ya en la realidad del Ordenamiento jurídico, no solo por sus planteamientos decimonónicos, muy alejados de las exigencias del tráfico económico actual, sino también por la proliferación de leyes especiales que, desgajadas del Código, dan lugar a una dispersión de la legislación mercantil de efectos muy negativos en la realidad del mercado”.⁸⁸

Esta iniciativa legislativa, según indica la propia orden, se articula sobre la base de la unidad de mercado que exige la Constitución, y la competencia exclusiva que se atribuye el Estado respecto a la legislación mercantil. Así, en mayo de 2014, los Ministerios de Justicia y de Economía y competitividad hicieron público el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, el cual en la Exposición de motivos, menciona:

“Los postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado, que imponen la unidad de éste y explican la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, aconsejan, por el contrario, la clara delimitación de ésta y la integración de la normativa reguladora. A esos fines, el Código resulta el instrumento de política legislativa más adecuado. Cuando parecía superado el movimiento codificador, renace actualmente como recurso unificador (un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional), que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula. El modelo implantado por el Code de commerce francés de 2000, de recodificación sistemática de la legislación especial, en virtud de su inserción en el cuerpo legal, es el que sigue el Código español para integrar la vigente normativa dispersa, sin perjuicio de

⁸⁵ ANAYA, Jaime. Ob. cit., pág. 42.

⁸⁶ *Ibidem*, pág. 50.

⁸⁷ JIMENEZ, Guillermo y DIAZ, Alberto. Ob. cit., pág. 202.

⁸⁸ OLIVENCIA, Manuel. “El título preliminar de la propuesta de Código mercantil”. Revista de derecho mercantil”. Nº 90/2013. (octubre-diciembre).

Tomado de: http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/.../1398261814es.pdf

su revisión para actualizarla y completarla”.⁸⁹

Aun cuando Olivencia⁹⁰ señala la diferencia en cuanto a procedimiento, responde, según la citada Orden ministerial, a “la numeración de los libros, títulos, capítulos y artículos característica de la nueva codificación francesa”,⁹¹ a fin de facilitar la futura reforma o modificación de las normas existentes, o introducir nuevas disposiciones, sin necesidad de tener que cambiar toda la numeración de los artículos del Código, a los efectos de no dificultar el manejo de los distintos preceptos legales por todos los operadores jurídicos.⁹²

Otro ejemplo que podría citarse es el de México, que también busca reordenar al Derecho mercantil sustantivo y superar en forma definitiva el problema de la dispersión normativa, proponiendo la recodificación y reubicación de las instituciones diversas en solamente tres Códigos, el Código de Comercio, en el que deberán estar reguladas las materias relativas a los actos de comercio, las obligaciones de los comerciantes, la empresa, la teoría general de las obligaciones mercantiles y los contratos mercantiles; el Código o Ley mercantil que deberá referirse en forma exclusiva a los diversos títulos mercantiles; y el tercero a las sociedades mercantiles de todo tipo, incluyendo a las financieras.⁹³

VI. REFLEXIONES FINALES

Finalmente, debe reconocerse en la evolución del proceso de codificación mercantil, desde 1807 hasta hoy, que el mismo no solo ha permanecido sino que actualmente dicho proceso vuelve a cobrar interés. Asumiendo las profundas críticas formuladas a la codificación francesa del tiempo de Napoleón, la práctica legislativa francesa ha extendido el uso de una modalidad organizativa de ciertos sectores para cuya regulación se han dictado varias leyes y reglamentos, reglas comunitarias y convenciones internacionales. Se trata de una codificación llamada administrativa o de <<Droit constant>>.⁹⁴

El primero de los procesos de codificación, el de Napoleón, resultó vencedor en el siglo XIX como un elemento indispensable para el nacimiento de los Estados modernos. Pero desde entonces, algunos hicieron notar las deficiencias que podría acarrear el fijar el derecho de manera permanente.⁹⁵ El segundo es el que comenzó a utilizar la legislación francesa, llegando a afirmar la Comisión Superior de la Codificación, que los códigos de derecho constante se presentan como “los herederos del espíritu “racionalizador” de las primeras codificaciones modernas, que vienen a revivir su propósito de ofrecer una representación sistemática del Derecho para poder hacer posible su inteligibilidad pública y favorecer, de ese modo, la “seguridad jurídica”.⁹⁶ Es

⁸⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA. MINISTERIO DE ECONOMIA Y COMPETITIVIDAD. C.M. 30/05/2014. Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Tomado de: <http://www.icab.es/files/242-449386-DOCUMENTO/Anteproyecto%20C%C3%B3digo%20Mercantil.%20mayo%202014.pdf>

⁹⁰ OLIVENCIA, Manuel. Ob. cit., pág.

⁹¹ JIMENEZ, Guillermo y DIAZ, Alberto. Ob. cit., pág. 203.

⁹² URIARTE, Aner. Ob. cit., S/p.

⁹³ CASTRILLON, Víctor. “La recodificación sustantiva del derecho mercantil”. Tomado de: <http://www.historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/7/dtr/dtr1.htm>

⁹⁴ MORLES, Alfredo. Curso... Ob. cit., pág. 107.

⁹⁵ NARVÁEZ, José. Ob. cit., S/p.

⁹⁶ BRAIBANT, Guy. Cita de: ACCATINO, Daniela. “Métodos de codificación y racionalización del derecho”. AAVV: Cuadernos de análisis jurídicos. Colección Derecho Privado. De la Codificación a la Descodificación. Código civil (1804-2004). Código de Bello (1855-2005). Ediciones Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Santiago de Chile. Tomado de:

precisamente esa continuidad lo que justificaría que esos nuevos cuerpos normativos sean designados como códigos y no como simples compilaciones, en opinión de Accatino, “ambos métodos de codificación, el clásico y el de Derecho Constante, compartirían, en otras palabras, la misma meta de obtener un Derecho más racional”.⁹⁷

Múltiples informes de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD) y de la Unión Europea indican que se han dado los pasos en la dirección adecuada.⁹⁸ Como menciona Opetit, en estos momentos, la codificación ofrece un marco privilegiado porque reúne un máximo conjunto de reglas que aligera, moderniza y simplifica el fondo del derecho.⁹⁹

http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N2_De_codificacion_descodificacion/Original/Dela_codificacion_descodificacion.pdf

⁹⁷ ACCATINO, Daniela. Ob. cit., pág. 191.

⁹⁸ FERNANDEZ, Gabriel. Ob. cit., pág. 165.

⁹⁹ OPETIT, Bruno. Ob. cit., pág. 417.