

## LA EXPERIENCIA FRANCESA SOBRE CODIFICACIÓN EN MATERIA COMERCIAL\*

Bruno OPPETIT

La codificación de la materia mercantil ha sido siempre en Francia una controversia; todavía en la actualidad enfrenta múltiples obstáculos e interrogantes, esencialmente en razón de las muy peculiares características de la elaboración del derecho en esta materia. Efectivamente, para ello el poder legislativo o reglamentario ha debido comprender a los sectores profesionales, nacionales o internacionales, cuya considerable fuerza se expresa sea a través de la representación organizada de sus intereses, sea por la influencia de sus jurisdicciones consulares o arbitrales, o bien por la formación de sus usos y prácticas; ahora, esta fuerza creadora del derecho implica tanto la innovación como la inercia, la demanda de protección tutelar del Estado, procurador del orden y la unificación, como la deliberada oposición a la ley cuando las exigencias contempladas por ella se consideran contrarias a los requerimientos de la vida de los negocios; por otra parte, en la época contemporánea la multiplicación de las intervenciones legislativas y reglamentarias, fruto de un estatismo creciente y de una tecnocracia omnipresente tanto en París como en Bruselas (sede de la C.E.E.), ubicó el derecho mercantil en un estado de reforma permanente, acentuando la movilidad y la diversificación de sus reglas. Estos elementos, mezcla de corporatismo, tecnocracia y universalismo, aparecen como una evidencia que contraría totalmente los valores de estabilidad, de racionalización y de nacionalismo jurídicos, que sobreentienden la idea misma de la codificación: ellos ordenan la comprensión del problema.

Se desglosarán estas dificultades, encontradas en Francia en la codificación del derecho mercantil, examinando paso a paso el génesis del Código de comercio de 1807 (I), en seguida, el periodo de descodificación sucedido progresivamente en los dos siglos si-

\* Traducción del francés por Carlos Dávalos.

guientes (II), y finalmente las perspectivas abiertas a la codificación en el futuro (III).

## I

En Francia, así como más tarde en otros países, el desarrollo del Estado fue un elemento determinante en la integración de las reglas del comercio en el orden jurídico interno; mientras que en materia civil la legislación real se limitaba a sobreponer, de manera muy detallada, algunas reglas o costumbres establecidas en los textos oficiales, el mercantil, al contrario, se consideraba sometido a las políticas generales del reino y, a ese título, al campo de unificación del derecho progresivamente definido por Colbert en las grandes ordenanzas promulgadas a partir de 1667. La ordenanza de 1673 sobre el comercio terrestre, denominada también *Code Marchand* o *Code Savary* (por el nombre de su redactor, un antiguo comerciante parisino) debía convertirse en el primer intento por localizar el derecho mercantil en una codificación, dentro del marco de la legislación estatal. Ese texto justificó el interés que suscitó en su tiempo, en tanto que iba más allá de una simple compilación de usos, así como porque se esforzó en unificar el derecho de los comerciantes y en moralizar la vida de los negocios; sin embargo, obra de practicantes, está un tanto desprovisto de alcances (sus reglas sólo toman muy raramente la forma de principios generales), y presenta varias lagunas (solamente tiene 122 artículos) principalmente en materia de sociedades; igualmente sufrió su comparación con la ordenanza de 1681 sobre el comercio marítimo, que tenía una calidad muy superior.

Igualmente, la obra del legislador, requerida por las nuevas necesidades, debió continuarse durante el siglo siguiente al impulso de los practicantes, que ejercieron su influencia por diferentes medios; al principio en el seno del *Bureau du Commerce*, creado en 1722 (encargado de proponer las leyes relativas al comercio así como de vigilar su ejecución), donde el mundo del comercio se representaba por diputados elegidos en las Cámaras de Comercio a los que se investió de una función consultiva, y que desarrollan un trabajo considerable; después, por la intervención de jurisdicciones consulares, que defienden los usos y las interpretaciones de la ordenanza favorables a los intereses del comercio, tanto con su jurisprudencia como con sus intervenciones en el Consejo del Rey, es decir,

con el legislador. Sin embargo, la legislación estaba todavía lejos de cubrir todos los sectores de la vida comercial, y dejaba un gran espacio a los usos; así como, por supuesto, presentaba los límites que afectan este modo, frecuentemente imperfecto, de elaboración del derecho, lo que conducía con frecuencia a los practicantes y a ellos mismos, a recurrir a la autoridad de legislación.<sup>1</sup>

Igualmente, deseada por la doctrina y el mundo del comercio desde principios del siglo XVIII, la revisión de la Ordenanza dio lugar en 1782, por iniciativa del *Garde des Sceaux* Miomesnil, a la elaboración, por una comisión de practicantes, de un proyecto que, sin cuestionar verdaderamente la estructura y el espíritu de la ordenanza, le daba a ésta los complementos que necesitaba por la evolución de los usos utilizados en el siglo anterior; este proyecto no se concluyó: en 1789 estaba todavía en discusión en el parlamento.<sup>2</sup>

La redacción del Código de comercio debió entonces tener lugar en el gran movimiento de codificación surgido del legalismo revolucionario; tal se desarrolla en dos fases bastante espaciadas. En un primer momento una comisión redactora compuesta por practicantes, dentro de los que Gorneau fue el principal redactor, establece y publica en el año X (1801) un proyecto que siguió muy de cerca las dos ordenanzas de 1673 y de 1681; posteriormente este proyecto fue sometido a la observación de los tribunales, con objeto de que efectuaran su revisión. Durante la segunda fase el proyecto en revisión fue examinado por el Consejo de Estado, quien lo modificó principalmente para tomar en consideración las quiebras que siguieron a la crisis de 1805, y finalmente lo promulga como “Code de Commerce” en 1807.

Tal cual, este Código rompió ciertamente con el antiguo régimen, en tanto que consagró la ideología positivista de la Revolución, con la total supremacía que le reconoce a la ley sobre los usos, ignorándolos incluso; e igualmente se benefició del prestigio de la codificación napoleónica. Pero como se limitó sobre todo a la simple revisión de la ordenanza de 1673 (a la que ciertamente mejoró, principalmente por su esfuerzo en delimitar el campo del derecho mercantil a través de la definición del comerciante —artículo 1º— y de la competencia de los tribunales de comercio —artículo

<sup>1</sup> Sobre el conjunto de este tema, véase Hilaire, J., *Introduction historique au droit commercial*, París, P.U.F., 1986, pp. 60 y s.

<sup>2</sup> Lévy-Bruhl, V. H., *Un projet de Code de commerce à la veille de la Révolution: le projet Miomesnil (1778-1789)*, París, Imp. Nat., 1932.

632—, y por perfeccionar la reglamentación de ciertas materias tales como la societaria y la cambiaria), el código recibió, desde el siglo XIX, un cierto número de críticas:

Se le reprochó (lo que probablemente sea injusto, pues la tarea de sus redactores había sido acotada por límites muy estrechos) el que no representaba, en suma, sino una obra de alcances bastante limitados, incluso con lagunas en relación a la ordenanza de 1673: en efecto, si se exceptúan las quiebras y las bancarrotas (que figuraban en el libro III) y la jurisdicción comercial (objeto del libro IV), y si se suprime el libro II (del comercio marítimo) tomado de la ordenanza de 1681, se constata que el resto de la materia mercantil se trata en el libro I en menos de 200 artículos. En él no se encuentra prácticamente nada en torno a cuestiones financieras, bancarias y bursátiles, ni tampoco sobre valores mobiliarios, fondos de comercio, propiedad industrial, concurrencia y ciertos contratos comerciales;

Igualmente, se ha reprobado el carácter circunstancial de esta codificación, carente de posibilidades fuera de la época en que se había concebido, galvanizada por la desconfianza generada en el comercio surgido de la crisis económica y financiera de 1805;

Y en definitiva, lo que se cuestionó fue la falta de visión de los redactores del código; en efecto, se ha mostrado claramente<sup>3</sup> que en esa época de cambio se enfrentaban dos conceptos opuestos respecto a la naturaleza y el alcance del derecho mercantil: por un lado, una visión publicista, ya expuesta por Domat a finales del siglo XVII en su libro *Derecho Público*, y ampliamente desarrollada en 1800 por un comerciante lyonés de nombre Vital Roux en su obra denominada *La Influencia del gobierno en la prosperidad del comercio*, que postula la total y específica aceptación del derecho mercantil, exuberante de los límites de la ordenanza de 1673 y del mismo derecho de las obligaciones, pero parte de la misión general del Estado; y a la inversa, una corriente restrictiva, identificada con el marco de la Ordenanza, que integraba estrechamente la legislación mercantil al derecho privado, y lo situaba como un derecho de excepción en relación al derecho civil; pues bien, no obstante la presencia de Vital Roux en la comisión redactora, su influencia, aunque a veces aflora en el proyecto de código o en los discursos preliminares de presentación al evocar la universalidad y la especificidad de las leyes mercantiles, no parece haber sido de-

<sup>3</sup> Hilaire, J., *op. cit.*, pp. 60 y s.

terminante, y el Código finalmente afirmó de manera bastante clara la dependencia del derecho mercantil respecto del derecho civil; por lo mismo, aquél se alejó de la práctica y se expuso a ver que la ulterior evolución del derecho se cumpliera sin él.

## II

La fase que se inicia desde la promulgación del Código de comercio en la que todavía nos encontramos, se ha distinguido por una descodificación continua y creciente del derecho mercantil francés.<sup>4</sup> De los 648 artículos que lo forman en su origen, el Código no tiene en la actualidad sino aproximadamente 150 artículos en vigor, de los cuales sólo algunas decenas han conservado su redacción de 1807; toda la materia de sociedades mercantiles, los procedimientos colectivos y el conjunto del derecho marítimo, que anteriormente figuraban respectivamente en los libros I, III, y II del Código, dieron lugar a una reglamentación enorme que, sin embargo, está fuera del Código; en cuanto al libro IV, relativo a la jurisdicción mercantil, fueron derogadas muchas de sus disposiciones y reemplazadas o reubicadas por el nuevo Código de procedimientos civiles. Además, varias leyes y reglamentos han sido promulgados durante dos siglos para cubrir los nuevos campos de intervención del derecho mercantil o económico (cual es el caso de la regulación de los fondos de comercio, el registro de comercio y de sociedades, la compraventa mercantil, las patentes de invención y otras propiedades intangibles, el crédito, la bolsa de valores, los valores mobiliarios, la concurrencia, y el control de los precios, de los cambios y de las inversiones extranjeras), y tales textos jamás fueron insertados en el Código de comercio. De lo cual resulta que, por una parte, éste tiene apenas un mero valor simbólico, que sin duda impide que se vaya hasta su abrogación pura y simple; y por otra, que en la actualidad es necesario buscar las reglas aplicables a las cuestiones comerciales y económicas en reglas diferentes al Código, las que se encuentran en las ubicaciones más dispersas.

Cuando se intenta explicar un fenómeno que ha perdurado con tal consistencia después de dos siglos, se duda en proponer una respuesta de valor general, pues honestamente en Francia el pro-

<sup>4</sup> Respecto de esta evolución, véase nuestro estudio "La decodification du Droit commercial français", *Etudes offertes à René Rodière*, París, Dalloz, 1982, pp. 197 y s.

blema de la codificación del derecho mercantil no ha sido verdaderamente acometido por los poderes públicos, frontalmente y en toda su amplitud, sino en muy raras ocasiones, y nunca han dado lugar a que se tomen actitudes claras de su parte.

Con el transcurso del tiempo hoy es claro que en Francia el proceso de descodificación de la materia mercantil, que en los años no ha hecho sino ampliarse, se originó, muy curiosamente, con la promulgación del Código de Comercio, y según el mismo método (la misma “ausencia de método” sería más apropiado), de sea cual fuere el régimen político; el legislador acometió los ámbitos más diversos de la actividad económica reformando, creando, modificando con frecuencia más allá de los límites iniciales del Código de comercio, y esto, no en ejecución de una gran planeación o de perspectivas a largo plazo de la sociedad económica, sino por aproximaciones sucesivas, por envíos incesantes sobre el mismo objeto y por nuevos textos que se sobreponen unos a otros en ritmo creciente. Esto se pudo observar desde la Monarquía de Julio; después en el Segundo Imperio en el que el movimiento se aceleró; que se mantiene en la Tercera República; aunque posteriormente en la Cuarta República se suprime el Parlamento y se adopta el recurso del proceso de decretos-leyes; y, en la Quinta República, en materia mercantil el trabajo consistente en multiplicar retoques legislativos de una misma institución sin considerar el problema en su conjunto, se convirtió en sistemático. Así esta proliferación de leyes en todos los ámbitos condujo al estallamiento del cuadro formal representado por el Código desde el momento en que apenas hubo preocupación por mantener su vocación de ser el asiento principal, cuando no exclusivo, de las reglas que gobernaban los diversos sectores de la vida económica y comercial, así como la de integrar en él todas sus reformas; cuando por excepción esta cuestión se trató, no recibió sino una respuesta bastante evasiva y tangencial. Después de la Segunda Guerra Mundial, cuando por decreto del 24 de junio de 1947 se instituyó una comisión encargada de reformar el Código de comercio y el derecho de sociedades, ante tal labor su propio presidente, el profesor Jean Escarra, manifestó de golpe bastantes reservas en relación al carácter demasiado evolutivo de la materia, a la movilidad de sus reglas, y a las incertidumbres que afectaban las opiniones que regían la existencia y las estructuras mismas del Código en todos sus ámbitos; unificación del derecho privado o autonomía del derecho mercantil, codificación unitaria

o derecho mercantil o, al contrario, distintas codificaciones por sector de actividad económica, codificación detallada de reglas o sólo de un número limitado de los principios generales;<sup>5</sup> así, para vencer estas reticencias e imprimir un impulso decisivo a la labor hubiera hecho falta una gran personalidad que, a la vez que hubiese estado vinculada a la realización de tal proyecto, asegurara una influencia política durable, lo que no permitían ni el personal político ni las instituciones de la Cuarta República; y así la comisión se acantonó en el estudio de las cuestiones de fondo, sin abordar la metodología de una reforma de conjunto, ni de la materia ni de la propia concepción de la modificación. En la Quinta República, la estabilidad institucional y la continuidad de las políticas seguidas, conducidas por personas que se mantuvieron largo tiempo al frente de su gabinete ministerial, habían hecho posible un muy importante movimiento de renovación del derecho privado en todos sus ámbitos, por el impulso, principalmente, de Jean Foyer, *Garde des Sceaux*. Pero, como en la mayor parte de las materias aquellos cambios tomaban la forma de integración a los antiguos códigos, o daban lugar a la redacción de otros nuevos, y las numerosas reformas debieran afectar el derecho de sociedades, el marítimo y el de procedimientos civiles, la cuestión de su codificación no fue contemplada en momento alguno, y simplemente se estudió de manera elusiva. Sin que se pudiera hacer entonces, de la descodificación del derecho mercantil francés, el objetivo de una política seriamente reflexionada por los gobernantes, y de la cual su conclusión fuera la disparidad pura y simple del Código de comercio, luego, cuando menos se puede pensar que un interés diferente estaba lejos de sus preocupaciones.

¿Existen entonces razones profundas, aún inexplicadas, para comprender esta extraña situación?

En primer lugar, se podría pensar en causas de orden técnico respecto a las formas contemporáneas de crear el derecho; las fuentes del derecho en la actualidad, a la vez padecen de dispersión (a la ley y al decreto se agregan las normas corporativas y profesionales y las fuentes de origen administrativo; asimismo, a las fuentes nacionales se sobreponen las convenciones internacionales que instauran reglas sustanciales, sobre todo las directivas y los reglamentos generados en la CEE) e inestabilidad, desembocan

<sup>5</sup> Cf. Escarra, Jean, "A propos de la révision du Code de commerce", *Rev. trim. dr. com.*, 1948, pp. 3 y s.

en un flujo ininterrumpido e incontrolado que se autojustifica por la necesidad de adaptarse a los hechos económicos y a las nuevas necesidades; desde entonces, la urgencia de las reformas a cumplir excluían el proceso de revisión global del código, incompatible con la duración que suponía el trabajo de la comisión, y después el del voto en el parlamento; e imponían la vía de las reformas parciales, sectoriales y sucesivas;<sup>6</sup> y, de hecho, el consejo consultivo de la legislación mercantil, constituido en el Ministerio de Justicia después de la supresión por el decreto del 7 de mayo de 1965 de la Comisión de la Reforma del Código de Comercio, no se reunió jamás.

También es permitido preguntarse si este fenómeno no es también imputable a razones de fondo, cuando menos otro tanto que a los modos de producción de reglas; la expansión del comercio, aún más allá de sus fronteras iniciales (progresivamente entraron en su ámbito los artesanos, los agricultores, los miembros de profesiones libres, incluso las actividades públicas . . .) y su tendencia a englobar el conjunto de las actividades profesionales y económicas, acusan la insuficiencia de sus criterios clásicos y plantean a la disciplina un problema de identidad que los gobernantes están poco dispuestos a abordar frontalmente y que prefieren dejar en suspenso, con el riesgo de alterar la coherencia de su contenido.

Esta inercia de los poderes públicos, cualquiera que sea su causa, es insatisfactoria, pues la descodificación genera, nutre y acentúa diversos efectos altamente negativos, directamente contrarios a las necesidades del jurista y de la utilidad del derecho; y muy particularmente.

El incontrolable movimiento de producción de reglas de derecho termina por nutrirse de él mismo por la sola actividad de los negocios, sin contrariar la necesidad de sobrepasar la presión formal y racional que le impide la existencia de un código.

La descodificación refuerza el “instrumentalismo” jurídico, es decir la utilización de reglas de derecho como simple medio de acción al servicio de tal o cual finalidad circunstancial, en detrimento de la estabilidad, continuidad y coherencia de los conceptos y de las estructuras jurídicas y, entonces, de la seguridad jurídica, la que, sin embargo, se tiene el interés de indicar que fue erigida

<sup>6</sup> En este sentido, véase Terré, F., “Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et des situations actuelles”, *Etudes de droit contemporain* París, Inst. Dr. Comp. t. XXIII, pp. 175 y s., esp. p. 178.



en principio general de derecho, por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.

La desordenada proliferación de textos fuera del marco de un Código agrava la dificultad de acceso a las fuentes del derecho y a su conocimiento, y complica singularmente el trabajo del intérprete que ya no está en posibilidad de distribuir con certeza las leyes especiales y el derecho común dentro de sus respectivas esferas de aplicación, o de articular o jerarquizar entre ellas ciertas reglas incluso disparatadas desde su origen, y su contenido y subsecuencia en el tiempo (tan sólo en materia de sociedades mercantiles decenas de textos reconstruyeron constantemente la gran reforma de 1966; el derecho de procedimientos colectivos dio lugar en 30 años a tres reformas completas; en 1955, en 1967 y 1985).

Este movimiento de descodificación, ¿es reversible?; ¿procede verdaderamente de una dinámica histórica?

### III

¿Sería posible frenar hoy el curso de una evolución que ha conducido, desde el siglo XIX, a que el derecho mercantil francés tenga la apariencia de un simple campo de experimentación legislativa, y de regresar a la técnica de la codificación? Tal retorno es ciertamente posible, pero supone la disipación de múltiples dudas.

1. La primera refiere a la actitud general que conviene adoptar respecto al método mismo de codificación.

En la idea de codificación, entendida como la sistematización de un conjunto de disposiciones, efectivamente se puede observar, cuando menos en las democracias occidentales, una cierta desafección:<sup>7</sup> una importante corriente doctrinal se manifestó en diferentes ocasiones sobre el particular. Imputó la decadencia de la codificación a la alteración de la norma jurídica, de más en más singularista y de menos en menos general y abstracta.<sup>8</sup> Los sistemas

<sup>7</sup> Igualmente, en los países de Europa oriental (Knapp, V. K., "La codification du droit civil dans les pays socialistes européens", *Rev. int. dr. comp.* 1979, pp. 733 y s.) y en los países que recientemente accedieron a su independencia, o como en Asia, donde recientemente se están convirtiendo a la idea del derecho (véanse numerosas contribuciones presentadas durante el XVIIIvo. Congreso del I.D.E.F. en Lausana del 3 al 9 Noviembre de 1985 sobre La codification et l'évolution du droit, en la *Revue juridique et politique Indépendance et Coopération*, 1986, núms. 3 y 4), el concepto de codificación, ligada a sucesos de orden novedoso, ha conservado todo su prestigio.

<sup>8</sup> Véase Sacco, R., "Codificare modo superato di legisferare", *Riv. dir. civ.*, 1983 (anno XXIX, Padova, Cedam), pp. 117 y s., esp. p. 119 y 128-130.

jurídicos constituidos en el siglo XIX y a principios del siglo XX, en torno a un código que enunciara las reglas generales que formarían un verdadero derecho común, en la actualidad se desbordaron como efecto de la multiplicación tanto de leyes especiales como de categorías, dando origen a otros tantos microsistemas dotados de sus propios principios y métodos de interpretación, pues sólo son simples compromisos coyunturales entre intereses particulares;<sup>9</sup> de acuerdo con algunos, esto explica por qué en la actualidad la codificación apenas si subsiste bajo la forma de “compilaciones administrativas sectoriales o específicas”, correspondientes sea a grupos sociales o a administraciones especializadas”; y si estos códigos tienen “un efecto de unificación del derecho, lo sería de un derecho particular que se distingue de otros”, porque “la combinación de corporativismos y de técnicas administrativas conduce a un endurecimiento del derecho que a su vez produce el de la sociedad”; entonces, la codificación no unifica sino en una nación en vías de reunirse de la misma forma que desune en una sociedad en vías de lo contrario.<sup>10</sup> Incluso, el peso y la lentitud de los procedimientos parlamentarios entorpecen la puesta en práctica de la idea de codificación, como se demuestra actualmente en Francia con la duración obligatoria que tiene la simple fase propiamente parlamentaria de la elaboración del nuevo código penal. Finalmente, en ocasiones se critica la rigidez que provoca la codificación: su carácter dogmático acusa el carácter fijo de un derecho contenido en código, en contraste con aquél que se encuentre en otras fuentes de derecho más plásticas y flexibles.

Por oposición, otras opiniones han hecho valer los beneficios de la codificación. Efectivamente, al papel social y político de la codificación, ciertamente ligado además a circunstancias históricas especialmente vinculadas a un código civil, verdadero fundamento de la sociedad civil,<sup>11</sup> se agrega el valor, permanente, de su función técnica, la cual consiste en asegurar el acceso al conocimiento del derecho mediante la reunión de sus reglas en un conjunto completo,

<sup>9</sup> Sobre este punto, véase muy especialmente Irti, N., *L'eta della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 2a. ed., 1986, pp. 22 et s.

<sup>10</sup> Véase Fourre, J., “Les codifications récentes et l'unité du droit”, *Les Petites Affiches*, núm. 138, 18 nov. 1985, pp. 11 y s., que analiza no menos de cincuenta códigos en los sectores más diversos. . .

<sup>11</sup> Sobre la simbología del Código civil francés, tanto en su contenido como en su continente, véase Carbonnier, J., “Le Code civil”, *Les lieux de mémoire*, Gallimard, 1986, t. II, *La Nation*, pp. 293 y s.; Nicollet, Cl., *L'idée républicaine en France*, N. R. F., 1982.

coherente y conocido: este incontrovertible mérito de la codificación todavía es ampliamente sustentado en la actualidad;<sup>12</sup> y así mismo se señala que el interés por remediar el excesivo desgajamiento de las fuentes del derecho está fundamentalmente ligado al concepto de código, tal como se desarrolló en la tradición románica y después en la Europa occidental en los siglos del XIII al XIX;<sup>13</sup> así mismo se debe cuidar de no considerar como “código sólo aquello que la doctrina de los siglos XVIII y XIX entendía por tal concepto, pues entonces se debiera criticar el carácter de “verdadera codificación” de numerosas experiencias de unificación de derecho.<sup>14</sup>

Igualmente en los últimos años los gobiernos franceses, algunos incluso de inspiración diferente, han proclamado, en términos idénticos, su inclinación por la noción de la codificación,<sup>15</sup> tanto por razones de forma (“colmar lagunas, anular ambigüedades, resolver contradicciones, suprimir duplicidades, rehacer redacciones defectuosas de textos”) como de fondo (“favorecer el conocimiento y la legibilidad de un derecho que en forma alguna se puede ignorar”), pues “la codificación ofrece un marco privilegiado porque reúne un máximo conjunto de reglas que aligera, moderniza y simplifica el fondo del derecho”. Además, las grandes reformas al derecho civil, al penal y al de procedimientos realizadas durante los últimos 25 años, han estado prácticamente, todas, integradas en códigos.

2. Suponiendo reconocido el valor general del sistema de codificación, su extensión a la materia mercantil implicaría la toma de determinaciones decisivas por parte de las autoridades normativas.

Antes que nada convendría detenerse en la clarificación del entorno tanto de la disciplina como de su vocación, pues después de varios siglos, por virtud de la crítica explícita (Cf. Vincens, *Exposición razonada de la legislación mercantil y examen crítico del có-*

<sup>12</sup> Véase principalmente la investigación de la Fondation européenne de la science sur le processus législatif y en particular sobre la codificación, publicada por Viandier, A., *Recherche de légistique comparée*, Springer-Verlag, 1988, pp. 37 y s.

<sup>13</sup> Vanderlinden, J., *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de dégnition*, Bruselas, 1967, pp. 74-76. En este sentido, igualmente: Gaudemet, J., “La codification, ses formes et ses fins”, *Rev. jurid. et polit. Indép. et Coop.*, 1986, pp. 239 y s., esp. p. 241.

<sup>14</sup> Ankum, “La codification justinienne était-elle une véritable codification?”, *Liber amicorum J. Gilissen*, Anvers, 1984, pp. 1 y s.

<sup>15</sup> Circular del primer ministro (J. Chirac) de 15 de junio de 1987, relativa a la codificación de los textos legislativos y reglamentarios (*Diario Oficial* 17 julio); circular del primer ministro (M. Rocard) de 25 de mayo de 1988, relativa al método de trabajo del gobierno (*Diario Oficial* de 27 de mayo).

*digo de comercio*, París, 1821), o implícita (que de hecho consiste en la descodificación) de la codificación, es el fondo y el concepto mismo del derecho mercantil, y los límites en los cuales se debe desenvolver el Código, los que están sujetos a discusión: corresponde al poder público ya no atrincherarse en un empirismo vago, y precisar si opta o no, por la aceptación total de un derecho de empresa que reagrupe a todos los elementos y las reglas del derecho que interesen a la vida de las empresas; si pretende superar o no, el derecho mercantil clásico, reconociendo a la vez su vocación universal y su especificidad en relación a otras disciplinas; y finalmente si estima que la expansión del derecho no se podrá cumplir aquí como en otros lugares, sino por la vía del positivismo legal, o que al contrario el legalismo podría ir contra la corriente de las necesidades que se develan en la vida de la empresa y los negocios.<sup>19</sup>

Sería igualmente de la más urgente necesidad reformar los métodos legislativos de la materia. Efectivamente, esta impresión de “palos de ciego” que provoca la reconstrucción continua de textos que interesan a expedientes íntegros del derecho de empresa, lejos de corresponder a esfuerzos meritorios del legislador por adaptarse con rapidez a realidades fuertemente cambiantes, al contrario, acusa cruelmente la falta de talento de aquél en el conocimiento de cuestiones mercantiles, su manipuléo de categorías jurídicas y su aprehensión por sus recursos económicos y financieros, acentuado todo esto por lo diluido de los orígenes de las iniciativas de ley; la acumulación de textos modificativos tiene como principal causa la ausencia del talento dotado de una clara conciencia de lo que puede o debe ser el lugar, el estatuto, el desempeño, y los medios de ésta u otra institución; desprovista de una reflexión previa suficiente y de visiones a largo plazo, la reglamentación termina por convertirse ella misma en un objetivo: tal es la inquietante situación del derecho societario y del de procedimiento colectivos, a la que sería saludable poner fin.

Finalmente, por encima de las importantes opiniones de fondo se plantea una cuestión de forma: si en efecto es indispensable mantener la unidad del código, más que resignarse al desgajamiento de

<sup>19</sup> Véanse sobre estos diversos temas, la obra colectiva del C.R.E.D.A. de la Cámara de Comercio de París, *Quel droit des affaires pour demain? Essai de prospective juridique*, París, Ed. LITEC, 1984, núms. 157-169, 195-202; Marty, J. P., “La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine”, *Rev. trim. dr. com. et. dr. éco.* 1981, pp. 682 y s.

la materia en tantos códigos como la materia comprende (sociedades, transporte, banca, bolsa de valores, etcétera); en cambio, en la actualidad es de dudarse la concepción de un código que aglutine exhaustivamente la totalidad de una regulación con todas sus modalidades técnicas; sería preferible, tal vez, hacer figurar en él sólo los principios generales que gobiernen la materia. Y no faltan argumentos en favor de este método: ofrece a las reglas plasmadas mayores posibilidades de permanencia; obliga al legislador a generar reglas generales y a expedirlas; y se presta a una más fácil adaptación a los cambios económicos y sociales, a la inversa, se le objeta su falta de utilidad práctica y el riesgo de provocar una interpretación judicial demasiado libre, generadora en ella misma de inseguridad. En nuestra opinión esta posibilidad ameritaría, cuando menos, ser explorada; antes que nada es la propia Constitución francesa la que invita al legislador a lo anterior, puesto que su artículo 34 le asigna en ciertas materias, dentro de las cuales están las obligaciones civiles y las mercantiles, la facultad de determinar sus “principios” con exclusión de sus “reglas”; es por otra parte el método seguido con éxito en el nuevo Código de procedimientos civiles promulgado en 1975, que presenta sobresalientes “principios directores”, y cuyo carácter perfectamente operativo no se vio alterado en forma alguna por su importante valor general, ya preconizado además en otras materias;<sup>17</sup> es también aquél por el cual han optado en la actualidad diferentes organismos encargados de promover la unificación del derecho, este es el caso de UNIDROIT en la materia contractual; tal método corresponde además a una de las más interesantes orientaciones de la jurisprudencia francesa de los últimos años, muy especialmente de la Corte de Casación, que hace cada vez un mayor uso, en tanto que normas de referencia, de los principios”, lo que cuando menos provocará en los jueces una necesidad cada vez más apremiante de disponer de un *corpus* jurídico homogéneo, racionalizado y de valor permanente; en fin se agrega que dicho método está totalmente inscrito en el nuevo contexto de la “desreglamentación”, la cual postula la supremacía del mercado, y entonces del contrato, sobre el dirigismo, y luego, entonces, sobre el orden público económico y de la detallada reglamentación que le es inseparable.

<sup>17</sup> Delmas-Marty, M., “Pour des principes directeurs de législation pénale”, *Rev. sc. crimn.*, 1985, p. 225.

3. Pero sobre todo, más que las incertidumbres arriba descritas que son finalmente desahogables con la existencia de un poco de voluntad política para terminarlas, es por la falta de un conocimiento de otro tipo que las perspectivas de recodificación siguen irresolutas: el punto consiste en determinar si en Francia el concepto del “derecho nacional”, sobre el cual descansa toda codificación, conservará en los próximos años todavía esta misma significación en la materia mercantil. En efecto existen razones para plantearse esta interrogante, a pesar de que no tengan todas ellas la misma importancia.

La primera duda puede provenir de la confianza que se tiene en los movimientos de unificación internacional del derecho mercantil, que es una aspiración muy antigua: desde que se produjo el fenómeno de la nacionalización del derecho que siguió a las codificaciones sucedidas en casi todos los Estados-nación después del siglo XIX, los empresarios más importantes de todos los países ejercieron presiones constantes sobre sus gobiernos para instaurar un mínimo de unidad en el derecho, compatible con la seguridad y la rapidez que demandan las operaciones comerciales. Sin embargo, se constata que en el plano interestatal este intento ha tenido pocas realizaciones: las convenciones continentales de leyes uniformes tendentes a la unificación directa del derecho mercantil interno de los Estados, deben verse con fuertes limitaciones, tanto respecto de las cuestiones que contemplan, como respecto de las adhesiones que obtuvieron (cual es el caso de la materia cambiaria) y, en la actualidad, sólo se limitan a contemplar las operaciones internacionales, y sólo contienen reglas materiales que siguen siendo distintas en el orden jurídico de los Estados adherentes, de las reglas que gobiernan las operaciones puramente internas (cual es el caso de la Convención de Viena de 1980 sobre la venta internacional); y ante la creciente dificultad de obtener consenso en el seno de la comunidad internacional, cada vez más heterogénea y dividida, sobre anteproyectos de convención, los organismos encargados de esta misión de unificación, cual es el caso del UNIDROIT y de la CNUDMI (UNCITRAL), actualmente sólo se esfuerzan por suscitar la adhesión voluntaria de los Estados a los textos propuestos como modelo. Entonces no se podría decir, con este punto de vista, que los derechos nacionales están amenazados de ser absorbidos por un derecho internacional uniforme.

Más insidiosamente, tal vez, la identidad del derecho mercantil francés, a la larga, podría correr el riesgo de encontrarse afectado por las influencias que cada vez más frecuentemente recibe de derechos extranjeros: del derecho alemán (principalmente en materia societaria) y, sobre todo, de los derechos anglosajones (sociedades, valores mobiliarios, bolsa de valores, concurrencia, tipología de contratos y de cláusulas contractuales, etcétera). Pero también puede descartarse el que esto sea objetable, si se piensa que estos fenómenos de recepción, si no experimentan reacciones de rechazo, tarde o temprano la institución trasplantada acaba por recibir su “naturalización”,<sup>18</sup> acabando por concurrir, por la vía del retorno, a reunirse con la universalidad de las técnicas comerciales.

En cambio, la supervivencia de un derecho mercantil francés, como un sistema jurídico completo y autónomo, parece estar seriamente amenazada en el futuro por el progreso de la integración europea en el marco de la CEE. Efectivamente, durante mucho tiempo el ingreso de Francia en la CEE sólo entrañó, desde el punto de vista de la elaboración de su derecho mercantil, la obligación de armonizar su derecho de sociedades con las directrices europeas, y ciertas invasiones ya habían permitido aparecer progresivamente éstas últimas; en cuanto a otras normas comunitarias, son las que no pudieron acceder a la vida jurídica por la obstrucción de los Estados miembros (cual es el caso de los proyectos de reglamento sobre la sociedad europea y sobre el control de las concentraciones, la proposición de directiva sobre los grupos de sociedades, los proyectos de Convención sobre la fusión de sociedades y sobre las quiebras), o aquellas que recibieron un campo de aplicación distinto al del derecho interno (cual es el caso del derecho comunitario sobre la concurrencia, que no contemplaba sino las disposiciones antimonopólicas que afectaban el comercio entre los Estados miembros). Pero con la entrada en vigor de la Ley, de 1º de julio de 1987, del Acta Europea Única, los Estados miembros fueron llevados más allá del marco trazado por el Tratado de Roma; se agregó a este último un artículo 8A, obligando a la Comunidad a realizar, desde entonces y hasta el 31 de diciembre de 1992, “un mercado interior que consistiera en un espacio sin fronteras interiores, en el que esté asegurada la libre circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales”, y acordándose en el Consejo, por el artícu-

<sup>18</sup> Papachristos, A.C., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, París, L.G.D.T., 1975, Préf. J. Carbonnier.

lo 100A, el derecho de decretar por mayoría de calidad, excepto en materia fiscal y social, “las medidas relativas al acercamiento de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros”. Para obtener este objetivo, el Acta Única virtualmente permite al Consejo ser, en adelante, el origen de todas las reglas que interesen a las cuestiones económicas y comerciales en los Estados miembros, esto mediante el efecto de la conjugación de los principios de la aplicabilidad inmediata, de la aplicabilidad directa y de la supremacía de las normas comunitarias, primarias o derivadas, en el orden jurídico de los Estados miembros; en particular de esto puede pensarse que en un espacio económico totalmente integrado, en toda acción antimonopólica, tomada incluso en el territorio de un solo Estado miembro, sólo sería aplicable el derecho europeo, el que entonces tenderá, en un plazo próximo, a suplantar a los derechos nacionales sobre la competencia; además el Acta Única, por distintas innovaciones o modificaciones institucionales, ha intentado involucrar a la Comunidad Económica Europea en la progresiva realización de una verdadera unión europea, que derive en una integración política y, entonces, institucional y jurídica. Con independencia de esta última perspectiva —todavía de futuro incierto—, el presidente de la Comisión de Comunidades Europeas pudo anunciar aunque tímidamente, pero sin temor a ser desmentido, que de entonces a poco tiempo, el 80% de las reglas de derecho aplicables en los Estados miembros (en primer término, evidentemente, materias comercial, económica y financiera) serían de origen comunitario, lo que se concibe desde el instante en que todo particularismo jurídico nacional aparece como un obstáculo al establecimiento del “gran mercado”. Desde entonces, incluso en ausencia de una completa integración política de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, parece poco probable (naturalmente excepto en el caso de que cambie el curso de los acontecimientos) que éstos conserven permanentemente su soberanía legislativa en esas materias, salvo a título residual. Entonces el concepto de “derecho mercantil francés” sólo revestiría un acepción puramente formal.

Resulta, pues, que en Francia las condiciones para provocar un retorno próximo a la codificación de la materia mercantil no parecen haberse reunido. ¿Habrá entonces que resignarse a admitir que, en una materia que siempre impuso el particularismo de sus necesi-



dades y de sus métodos,<sup>19</sup> la codificación no habrá representado sino un corto paréntesis en una evolución histórica que se extiende por miles de años? <sup>20</sup> Se puede pensar eso. Pero igualmente esta explicación puede juzgarse insuficiente ante una situación que menos parece provenir de un determinismo surgido del fondo de los tiempos, o si se prefiere de una forma de modernidad —con todo lo que esta noción implique de racionalidad voluntaria y organizada—, que de una forma derivada de manera más o menos consciente sin intención verdadera de ponerle un término o de canalizarla hacia un objetivo definido. A este respecto, no se debe olvidar que, en los tiempos modernos, la codificación sin duda ha tendido menos a una exigencia sentida en un cierto estadio del desarrollo de una sociedad, como lo sostenía Mayne, que a una voluntad con frecuencia encarnada en un solo hombre; no es entonces probablemente una casualidad, el que varios grandes reformadores y codificadores hayan sido también grandes capitanes.

<sup>19</sup> Biscardi, A., “Introduction à l'étude des pratiques commerciales dans l'histoire des droits de l'Antiquité”, *Rev. int. dr. de l'Antiquité, 3ème série, T. XXIX*, 1982, pp. 21 y s.

<sup>20</sup> Hilaire, J., *op. cit.*, pp. 131 y 132.