

Notas a propósito de la codificación mercantil^(*)

Aurelio Menéndez Menéndez^(**)

1. Consideración previa

Hace ahora veinticinco años tuve ocasión de ocuparme del “Código de Comercio y la reforma de la legislación mercantil” en una lección dictada en Oviedo, con motivo de la inauguración de la Academia Asturiana de Jurisprudencia. En ese momento, a finales de los años setenta del pasado siglo, poníamos de manifiesto los trabajos que acometía la reforma de nuestro sector del ordenamiento. Mucha es la labor posterior. Me limitaré a decir que en el último año varias secciones especiales han realizado los Anteproyectos de la Ley Concursal, de Arbitraje, y de la Navegación Marítima, los dos primeros convertidos en Ley y el último presentado en público y pendiente ahora de su aprobación por el Gobierno y su posterior tramitación parlamentaria. Y por parte del Pleno de la Sección los “Anteproyectos de Ley de modificación del Código de Comercio en materia de Obligaciones y Contratos, Prescripción y Caducidad”; de “Sociedad Anónima Europea”; y de “Jurisdicción Voluntaria”.

Así las cosas, hoy que con cierta satisfacción vemos alumbrados gran número de proyectos, parece que es buen momento para volver, a la luz de lo hecho, a reflexionar sobre nuestra legislación mercantil. Y la primera impresión que se percibe es muy clara: si en 1979 todavía era posible decir, que disponíamos de un “ordenamiento mercantil sustancialmente codificado”, esa afirmación parece hoy inevitablemente desacreditada. Los momentos de crisis y cambio político-económico vividos desde entonces exigieron que la tarea de la reforma tuviera necesariamente que fraccionarse. Baste indicar en ese sentido la adaptación de nuestro ordenamiento tanto a una Constitución con pleno valor normativo como a las exigencias de la Unión Europea en innumerables aspectos del tráfico patrimonial. Con ello se aceleró una expansión extramuros del Código que, acusada desde que nuestra legislación mercantil “se desperezó” en 1950 ha alcanzado en estos últimos años dimensiones de huída. Hasta tal punto

ha sido así que el legislador ha llegado a extender certificado de defunción de la codificación al afirmar en el Real Decreto que aprobó los Estatutos de la Comisión General de Codificación, -siguiendo una opinión bastante generalizada- que “los Códigos han perdido su posición central y privilegiada en los sistemas jurídicos”.

2. De la unidad del sistema del Derecho Mercantil al sistema de unidades

Los cambios en la forma de legislar no son caprichosos. Obedecen más bien a una sólida razón de base: a saber, el ocaso del Derecho Mercantil como una unidad conceptual plasmada en un Código (unidad de sistema) y el paso a su reformulación como un sistema de unidades con sentido propio desarrolladas en sus correspondientes sedes normativas (Derecho de Sociedades, Derecho de la Contratación Mercantil, Derecho de los Valores, etcétera). En efecto, como es sabido, a principios del siglo XIX, un acto del legislador, como fue la publicación de un Código de Comercio, provocó la autonomía científica del Derecho Mercantil y su consideración como una unidad de sistema. A principios del siglo XXI, la fuerza de las cosas se ha encargado de desmentirlo. La codificación se nos presenta actualmente como un punto de inflexión decisivo en la historia del Derecho, pero, esa inflexión no fue excesivamente relevante en la práctica para la formación de lo que hoy entendemos como Derecho Mercantil. Sin perjuicio del nuevo papel del Estado liberal en la economía, los Códigos de Comercio añadieron poco a las reglas de Derecho Privado de las Ordenanzas del Antiguo Régimen; hasta el punto de ser ya común la opinión de que aquellos Códigos no fueron más que la *ratione mercaturae* convenientemente adaptada al ideario de las revoluciones burguesas. Sin embargo, y más relevante que la mejora en lo técnico o la revolución en lo ideológico, la codificación fue trascendente por marcar el inicio de la preocupación científica por el

(*) Publicado en los *Estudios de Derecho de Obligaciones* en homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez, y presentado como ponencia del autor en la Sesión del Pleno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, celebrado el 18 de abril de 2005.

(**) Socio fundador del Estudio Uría Menéndez (Madrid, España).

concepto del Derecho Mercantil como cuestión doctrinal; aunque el Derecho Mercantil no fue en su origen -como indica González Huebra- más que “hijo de las circunstancias y de la necesidad”, para un espíritu racional y antihistórico esa simple estimación no era aceptable. El hecho de que existiese un Código de Comercio no podía obedecer a un mero accidente histórico, sino a algo sustancial. Solo quedaba la nada fácil tarea de buscar esa esencia.

En este momento no pretendemos, sin embargo, formular un concepto del Derecho Mercantil: si ya es peligroso conceptuar una institución jurídica, con mayor razón lo es hacerlo en relación a una entera rama del ordenamiento. Semejante tarea ha ocupado con brillantez a nuestra mejor doctrina mercantilista durante muchos años. Traer todos los autores a colación en este momento sería tarea igualmente excesiva por su tamaño e injusta por las inevitables e involuntarias omisiones. Precisamente a este trabajo común de los mercantilistas he venido contribuyendo personalmente con algunas aportaciones que, desde distintas perspectivas, han tenido como foco esa preocupación por el concepto de Derecho Mercantil. Sin embargo, aunque ya he escrito mucho sobre el tema, sin duda demasiado, me parece que las circunstancias y la necesidad presentes justifican caer en la tentación de volver sobre lo dicho: el Derecho Mercantil ha pasado de ser una unidad de sistema compendiada en el texto del Código de Comercio a ser un sistema de unidades con sentido y principios propios que permiten y reclaman como forma más lógica de tratamiento una recepción legal separada.

3. La codificación posible

Ahora me limito a reafirmarme en la idea de que una codificación no meramente formal sino sustancial, total y renovada del Derecho Mercantil no es hacedera en este momento. Eso no significa sin más que frente a una “nueva codificación” o “codificación renovada”, nos veamos abocados a que la tendencia descodificadora que venimos viviendo conduzca a un periodo de “anticodificación” basado en la definitiva fractura de nuestra materia. La presente renovación normativa del Derecho Privado no se plantea en términos de alternativa absoluta entre una parsimoniosa codificación decimonónica y una anticodificación prolífica y desordenada. Por el contrario, esa renovación se ha de producir -y en parte se está produciendo- por una tercera vía: la de una legislación sistemática y simplificada en diversos niveles de regulación y racionalización normativa, cada uno de ellos de perdurabilidad e inmutabilidad mayor que el posterior. Así, en la base de toda regulación se situarían las libertades individuales recogidas en la Constitución como texto codificado

“Aunque la época y la ideología de las grandes codificaciones hayan quedado atrás, no ha desaparecido la demanda social de una codificación en su aspecto formal, como exigencia técnica de seguridad jurídica (...) La avalancha legislativa es enorme (...) nos encontramos, por un lado, ante un legislador taumaturgo, que usa y abusa de la ley como un remedio rápido y milagroso para solventar cualesquiera de los problemas sociales denunciados por la opinión pública vía medios de comunicación”.

-tal vez hoy el único propiamente tal- y que ha venido a sustituir en esta tarea a los códigos decimonónicos.

En consecuencia, la codificación posible a día de hoy parece descansar, a partir de la fundamental referencia constitucional, sobre la base de un Derecho general de la contratación recogido en un texto no ya general al Estado, sino incluso tendencialmente paneuropeo. Sobre ello se viene produciendo y sin duda se producirá una recodificación sectorial e internacionalmente armónica de las distintas unidades que forman el otro sistema unitario de nuestro Derecho Mercantil. Otra cosa es cómo hay que encauzar técnicamente esa recodificación sectorial o por niveles a la que estamos abocados, y, sobre todo, cuál ha de ser la actitud y el papel del legislador y de los tribunales y juristas ante ese Derecho Patrimonial sectorialmente recodificado.

4. Proliferación legislativa y codificación formal

Ahora bien, si una codificación única no es viable porque sus bases dogmáticas ni lo son, ni lo exigen, lo que no se debe perder de vista es la exigencia técnica y el rigor del espíritu codificador, cuya presencia será garantía de la calidad de esas leyes. Aunque la época y la ideología de las grandes codificaciones hayan quedado atrás, no ha desaparecido la demanda social de una codificación en su aspecto formal, como exigencia técnica de seguridad jurídica. La calidad de las leyes es un tema que me ha venido preocupando especialmente en los últimos tiempos y sobre el que no se puede dejar de insistir. La avalancha legislativa es enorme: desde 1979 a 1999 se han contabilizado en España 193

leyes orgánicas, 873 leyes ordinarias, 257 Reales Decretos-Leyes, y gran número de reales decretos legislativos. Si a eso se suman estos últimos cinco años las cifras son de vértigo. De algún modo, nos encontramos, por un lado, ante un legislador taumaturgo, que usa y abusa de la ley como un remedio rápido y milagroso para solventar cualesquiera de los problemas sociales denunciados por la opinión pública vía medios de comunicación. Pero también, y eso es más grave, con un Estado que desconfía de los operadores jurídicos y que se ve en la necesidad de regular imperativamente y hasta en sus últimos detalles materias y hasta sectores enteros del ordenamiento jurídico privado.

Sea cual fuere la causa, a nadie sorprende que, en medio de esta marea, y junto a frutos maduros del juicio y el debate doctrinal como la reciente Ley Concursal, el legislador nos obsequie a menudo y sin excesiva reflexión con normas de oportunidad y técnica más que dudosas. Con frecuencia aparecen reformas de leyes más que recientes que, o bien son remiendos innecesarios que alargan reglamentariamente hasta el infinito el texto del articulado, o bien son estrambotes apresurados que esconden su falta de rigor jurídico en las necesidades de las nuevas tecnologías.

La ciencia de la legislación ha sido ignorada por nuestras Facultades y nuestros estudiosos hasta hace bien poco, con el consiguiente coste social y económico que ello lleva consigo. Si codificar desde un punto de vista estrictamente técnico es formular con un lenguaje cuidado normas coherentes y sistemáticamente armónicas de duración tendencialmente ilimitada es evidente que el legislador ha renunciado a ello hace tiempo. Y eso es más preocupante si se tiene en cuenta que no solo están en juego cuestiones de estilo o facilidad en el acceso a las fuentes, sin principios sustantivos. La seguridad jurídica, el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad -el Estado de Derecho, en suma- son apoyo y exigencia constitucional del desarrollo de una adecuada tendencia legislativa. No es que pretendamos que las leyes mercantiles sean ejemplo para literatos y lógicos, pero tampoco es de recibo que en ocasiones tengamos que lamentar su falta de sistemática, sus contradicciones de valoración o simplemente su incorrecto castellano.

Obligada mención en este punto se ha de hacer al papel de la Comisión General de Codificación, que desde 1843 se ocupa del asesoramiento en materia legislativa. Su función como órgano prelegislativo al servicio del apoyo y elaboración de nuestras leyes debe revitalizarse a pesar del presente modelo descentralizado y ministerial de redacción de las leyes. Precisamente en un sistema que se puede

calificar de codificación difusa, la revitalización de una institución que concentre y armonice las distintas iniciativas resulta especialmente deseable. Retomando la ideas de hace unos años, debemos volver a resaltar la necesidad de promover el cambio hacia una Comisión General de Legislación con suficientes medios materiales, una organización personal adecuada, una autonomía de funcionamiento, el apoyo de otras instituciones auxiliares y la conexión oportuna con los órganos políticos y legislativos, factores todos ellos que podrían hacer posible una labor prelegislativa suficientemente atenta a la formación de la norma, la coherencia del sistema y la calidad de las leyes.

5. La potencialidad de los operadores jurídicos para crear Derecho

A ello se ha de sumar también una destacable tarea de doctrina y jurisprudencia. El espíritu codificador originario, en su versión jacobina, aborrecía las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales que enturbiasen el directo entendimiento del Código por cualquier ciudadano: "no existe Derecho al margen de la ley". La realidad no ha podido ser más dura con esa afirmación. Los códigos no solo se han visto extirpados o ignorados



por el legislador, sino que hoy ni siquiera se entenderían con el solo texto de sus artículos. Las construcciones doctrinales y jurisprudenciales elaboradas a partir de la literalidad de las leyes es imprescindible para entender una letra legal cada vez más opaca pero a la vez, más dinámica y justa. La potencialidad de los operadores jurídicos para crear Derecho es enorme, sin que sea necesario traer a colación la rabiosa atipicidad de la contratación mercantil o la magnífica creación notarial en España de la sociedad de responsabilidad limitada. Precisamente ese es un buen ejemplo de la importancia de la elaboración doctrinal y de su íntima interdependencia con la praxis. Creada por la práctica, la sociedad limitada fue sin embargo y por diversos motivos un tipo societario prácticamente ignorado por los estudios científicos. Y ello, junto a factores de falta de prestigio y escasa calidad en su recepción legal, contribuyó en gran medida a su fracaso. En el momento presente, animados por una mejor legislación, florecen los estudios sobre el tema aumentando la seguridad del operador jurídico que recurre a ella y los recursos argumentativos del juez que ha de decidir. Y qué decir igualmente del Derecho Concursal que goza actualmente de una vitalidad desconocida en lo científico, al calor y como consecuencia directa de una norma más moderna y adecuada. En este sentido, ya hemos anticipado que el jurista no puede ser ya un mero receptor resignado de las ocurrencias de un legislador errático, sino un riguroso ingeniero social, un legislador que se ha de mover en los intersticios del sistema con una mentalidad no de exegeta sino de creador.

Lo anterior lleva de lleno a un terreno polémico: el de deslindar la función del legislador y del intérprete; o dicho de otro modo, a tratar la conveniencia o no de la publicación y politización del Derecho Privado. En efecto, si la codificación marcó la despolitización del Derecho Privado, parece que la descodificación ha marcado el desarrollo de su instrumentalización política. Así, a partir de la última posguerra europea han aparecido planteamientos dogmáticos que favorecen que el poder político, como máximo intérprete de la cláusula de Estado social, ordene e

intervenga imperativamente en la economía a través del Derecho. Frente a ello se alzaría un entendimiento del Derecho Privado como un producto esencialmente social y apolítico donde el desarrollo de la jurisprudencia o, en una formulación más actual, la creación judicial del Derecho vendría a ser una sana forma de descodificación entendida como reivindicación del papel de la sociedad en la creación del Derecho Privado.

Las presentes reflexiones no suponen en modo alguno una toma de postura ideológica en lo referente a la concepción e interrelación entre Estado, Mercado y Derecho Mercantil. Esta es una polémica que ocupa ya desde hace algún tiempo a nuestra doctrina y en la que, como no podía ser de otra forma, encontramos aportaciones valiosas en uno y otro lado -si es que son dos los lados que se pueden identificar-, y sus conclusiones, en la práctica, son asombrosamente coincidentes. La ingenuidad es una virtud o un defecto que se pierde con los años y, por descontado, lo mismo sucede con las adhesiones inquebrantables o las ideologías. Por eso, sin, repetimos, tomar partido en uno u otro sentido, siempre es bueno plantearse hacia dónde va nuestro Derecho Mercantil y si en ese camino es conveniente desbrozar algunas hierbas o por el contrario, plantar algunos setos.

6. Conclusión

De este modo, la legislación mercantil no andará por la vía de una codificación decimonónica porque la idea que la sustentaba, la autonomía y sustantividad del Derecho Mercantil, parece demostrar su inconsistencia. Por el contrario, somos más partidarios de una recodificación formal, racionalizadora y simplificadora del Derecho vigente sobre la base de una legislación sectorial sistematizada. No se trata de innovar, sino de tomar el Derecho vigente y ordenarlo para asegurar su certeza y su conocimiento. Si a ello se suma un cuerpo de doctrina científica y jurisprudencial que complete una regulación legal facilitadora y respetuosa, el panorama para nuestro sector del ordenamiento no parece excesivamente oscuro. ¹⁵