
EL PROCESO DE LA CODIFICACIÓN GENERAL DEL DERECHO COMERCIAL

Jorge Basadre Ayulo

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

1. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y JURÍDICOS DE LA CODIFICACIÓN COMERCIAL EN EL DERECHO COMPARADO

Los mares de Europa fueron escenario, a partir del siglo XII, de una importante y febril actividad comercial de catalanes, genoveses, marseleses y venecianos. Durante esta época de la historia quedaron sentadas las bases de un futuro régimen jurídico mercantil general y sobre todo marítimo (cuyo desarrollo legal y económico se producirá por medio de la costumbre, antes que por la primacía del Estado). Ante este incesante tráfico marítimo fueron adoptadas adicionalmente medidas jurídicas importantes, como la regulación de la banca (que resulta conformada por organismos de crédito que ejecutan préstamos mediante letras de cambio y pagarés, con el otorgamiento de garantías personales y reales) y la adopción de muchas disposiciones sobre el tráfico mercantil. El derecho marítimo, incluyendo las normas sobre la construcción de navíos, apareció en el mundo jurídico por la fuerza del *usus mercatorum*.

1.1 La insuficiencia del derecho romano para satisfacer las nuevas necesidades ocurridas por el florecimiento comercial y el nuevo régimen jurídico feudal (predominantemente agrario y

que desdennó el comercio), y la prohibición canónica de la usura, fueron catalizadores de un sistema especial que encabezan los gremios y las corporaciones y que superó la crisis económica que produjo la caída del Imperio. Era necesario fijar un propio derecho comercial, de origen consuetudinario y aplicado por sus tribunales, que desarrollara la costumbre mercantil fijada en los estatutos de las corporaciones y completada por las disposiciones del poder estatal.

La realidad hizo necesario elaborar un derecho especial para la clase de los comerciantes, proceso jurídico que creó, sin embate del poder público, principios nuevos e instituciones adecuadas a las necesidades de la profesión. La competencia de los tribunales consulares quedó determinada subjetivamente: el derecho especial era aplicado a los comerciantes inscritos en la matrícula de la corporación. Las leyes especiales mercantiles no sólo regulaban todas las cuestiones entre los comerciantes, sino además las controversias nacidas del tráfico, *ratione mercaturae*, referidas a problemas del mercado. Este derecho especial, de clase, experimentó durante su evolución un proceso tanto de extensión subjetiva como objetiva. Subjetivamente, resultó aplicable no sólo a las controversias entre los comerciantes, sino a las nacidas de los negocios en que sólo una de las partes tenía tal condición, siempre que el demandado no comerciante consintiera en la inclusión de estas normas jurídicas (por otro lado, fue extensivo no sólo a los comerciantes inscritos, sino a los que se dedicaban realmente al comercio y a quienes, por razón de su estado —clérigos, nobles—, no podían serlo). Objetivamente, su campo de aplicación no quedó reduci-

do al comercio en sentido estricto, como intermediación, sino que abarcó operaciones conexas: tráfico cambiario, transportes y comercio marítimo (éste con plena autonomía en sus orígenes). Con la aparición de las nacionalidades, el derecho mercantil se nacionaliza y el fortalecimiento del poder central lo estatifica. Las corporaciones pierden su autonomía jurídica y es el poder real el que aprueba las ordenanzas corporativas. En cambio, en el terreno del derecho mercantil, quedó verificada por primera vez la unificación jurídica, consecuencia de la creación de un mercado nacional, cuya expresión había sido en Francia la *Ordonnance touchant le commerce* de Luis XIV en 1673-1675 (*Code marchand* o *Code Savary*). En estas ordenanzas de 1673 —debidas a la tenacidad del ministro Colbert— quedó regulado el comercio terrestre, con instituciones como la letra de cambio y los seguros, esbozándose la primera aproximación a los actos de comercio absolutos y objetivos, con brotes de estatificación del derecho mercantil y el decaimiento de las corporaciones¹.

En materia marítima, en Francia, el primer intento de aglutinación de normas había tenido origen también bajo el reinado de Luis XIV, en cuyo período y bajo la investigación de una comisión se preparó la célebre Ordenanza sobre la marina, en agosto de 1681, extensa en su articulado, tanto público como privado, y que adquirió gran difusión en Europa.

Esta primera y verdadera recopilación mercantil en Francia, no significó un

1 MORALES ACOSTA, Alonso. *Los grandes cambios en el derecho privado moderno*. Lima: Editorandina S.A., 1990, p. 26.

cambio sustancial de la situación anterior: continuaba siendo un derecho de clase, con su propia jurisdicción especial (que también afectaba a la circulación marítima comercial). Quedó establecida la inscripción de los comerciantes en el registro especial, la obligación de utilizar libros contables (que antes constituía una mera costumbre), un régimen escriturario obligatorio para la sociedad establecida entre los comerciantes, y la pena de muerte para quienes incurrieran en quiebra fraudulenta. En esta dirección, nacen en España las Ordenanzas del Consulado de Bilbao (1737), cuyas notas describiremos en páginas posteriores.

Así pues, quedó consolidada la tendencia, aparecida en la época anterior, de aplicar el derecho mercantil a determinadas categorías de operaciones en los procesos de intermediación, pero en otros supuestos continuó requiriéndose necesariamente la intervención de un comerciante. El cuadro de las instituciones jurídicas fue enriquecido notablemente con la privatización de la sociedad anónima, atendiéndose también las necesidades del crédito y su circulación mediante la creación del billete de banco y la admisión del endoso de las letras de cambio.

Con la ruptura del orden gremial y estamental quedaron disueltas las corporaciones en Italia entre los años 1770-81; en Francia, en 1791; y en España, por decreto del 8 de junio de 1813. La libertad de comercio hizo accesible esta profesión a todo ciudadano capaz de ejercerla con entera libertad; por tanto, carecía de sentido un derecho especial de clase. El proceso codificador que se desarrolla durante todo el siglo XIX apenas cambia el contenido del derecho mercantil, aunque in-

nova profundamente su espíritu, que pretendió entonces desprenderse de toda referencia subjetiva, centrandolo el sistema sobre el acto de comercio.

Además, la codificación mercantil aparece como una necesidad ante el fracaso de las recopilaciones generales en materia de este capítulo, como sucedió en España con la Novísima Recopilación en su libro IX, y en Alemania, con el *Allegemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794, por la necesidad de la especialización jurídica y la general postura ideológica de la abolición de clases y privilegios, que condujeron al movimiento codificador que ocurriría después.

- 1.2 La Corona de Aragón había quedado convertida en una poderosa potencia marítima gracias a su armada. Esta situación llevó a los distintos monarcas aragoneses a promulgar un gran número de leyes y ordenanzas navales que después fueron recopiladas en un texto definitivo denominado Libro del Consulado del Mar. Existe controversia acerca de si este cuerpo legal fue obra de los magistrados o de los comerciantes de Barcelona, o de un miembro del consulado de esa ciudad, supuestamente a mediados del siglo XIV, pero constituye una de las esencias del antiquísimo y tradicional derecho marítimo para los usos comerciales. Alcanzó vigencia en los puertos del Mediterráneo, españoles y no españoles (como sucedió con el consulado de Marsella), y por cuatro siglos constituyó base esencial del derecho común marítimo, desde el Báltico hasta Constantinopla. Su origen, sin duda alguna, estuvo en Barcelona, por ser la plaza más importante de Cataluña y por atribuirlo así la tradición, habiendo sido escrito originalmente en catalán, con 252 capítulos,

sin orden en su estructura, cuando ocurrió su recopilación en 14 títulos². Las ediciones más antiguas son de 1484, 1494, 1502, 1517, 1523 y 1592, con versiones al castellano en 1539, 1732 y 1791, así como al francés (1577), italiano (1519), alemán y holandés.

En este texto marítimo –carente de sanción soberana– destacan por su importancia y curiosidad una conjunción de normas relativas a los remeros, a los tipos de barcos autorizados y al armamento, al contrato de enganche y al transporte de pasajeros y mercadería. Los comentaristas exponen un juicio auspicioso sobre esta colección marítima que prestó grandes servicios al comercio, aunque no reguló el contrato del préstamo a la gruesa ni el seguro marítimo, los que aparecen más tarde, en las Ordenanzas de Marina de Barcelona (1536-1584).

- 1.3 Mantener una armada de semejantes características no resultaba barato en términos económicos, y el pago de los remeros pronto fue un problema. Cada vez la marinería necesitaba más brazos para propulsar los barcos y esta situación llevó a que los condenados a las galeras, que tenían reducida su actividad a los navíos comerciales y civiles, pasaran a engrosar, forzosamente, las filas del ejército. Su destino no fue del todo satisfactorio, pues les fue enco-

mendado ejercer las labores de abordaje, es decir, las más peligrosas y temidas por los hombres de mar. La importancia de los remeros era de tal magnitud, que llegó a destinarse una parte de los impuestos a su manutención y a pagar los gastos que originaban.

La ley marítima consuetudinaria estableció que las características de los barcos eran diferentes según el peso, el tamaño de la eslora y la propulsión. Aragón contaba con dos tipos de embarcaciones concretas: la bastarda, de 24, 26 o 28 remeros, y las de vela –que tenían nombres diversos, como *naus*, *fustas*, *moneras* y *sagittas*–. Quedó fijada de forma muy precisa la cantidad de armamento que cada nave podía transportar y la carga de sus bodegas. Así, fue estipulado que un buque de guerra debía llevar 10.000 dardos, 60.000 saetas, 120 paveses, 120 corazas, 500 lanzas, 24 romañolas o rozales, 10 hachas y 24 guadañas. Además, claro está, quedó establecida la providencia de otros utensilios destinados a las labores de abordaje.

- 1.4 En consecuencia, el tráfico por la mar en la Edad Media quedó regulado por usos y prácticas que, recogidas en colecciones, tuvieron vigencia lejos del territorio nacional: así, aparecen también los *Rôles del Olerón*³ y las Leyes de Wisby, que, además del Libro del Consulado del Mar, fueron dedicados a la materia marítima y gozaron de gran prestigio internacional; sistemas de normas con origen consuetudinario, nacidos para satisfacer las particulares exigencias de la navegación marítima y que aparecen en cuerpos legales inde-

2 Este Libro del Consulado del Mar o Libro de las Costumbres de la Mar (*Libre del Consolat de Mar de Barcelona*) extrajo sus materiales de la *Lex Rhodia*, mencionada en el *Digesto*, del sistema jurídico bizantino, del *Libér indictio rum*, en cuanto a las leyes sobre el comercio de ultramar, y de las prácticas en uso desde el siglo XII entre genoveses, sicilianos, pisanos, venecianos, napolitanos, marseleses, sirios y rodios. En la "Introducción" que le precede consta que sus reglas fueron dadas "por hombres expertos que navegan por el mundo".

3 Fueron traducidas en España con el nombre de Fuero de Layrón, con irradiación al siglo XV.

pendientes de los dedicados al comercio terrestre. Esta autonomía legislativa en los inicios del derecho marítimo, desapareció en el siglo XIX, al dedicarse una parte de los códigos de comercio a esta materia (libros II y III de los Códigos de Comercio francés y español, respectivamente).

- 1.5 España sirvió, entonces, como notorio eje de influencia para el derecho comercial codificado peruano del siglo XIX. Resultó que, primero, el Libro del Consulado del Mar constituyó un amplio exponente y reflejo del derecho marítimo catalán irradiado en la vieja Europa⁴. Luego compartió su autoridad en los puertos de América con las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, en el año 1737, como consecuencia de la decadencia de Cataluña y de Barcelona, así como del auge de las ciudades del norte de España por el nutrido comercio de exportación a Francia e Inglaterra.

Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao rigieron en las Indias en calidad de sistema autónomo comercial y no como texto subsidiario, ya que constituyeron un documento especial regulador de las relaciones privadas que no podían emanar del derecho indiano para el tráfico con España y porque en el nuevo continente el comercio quedó bajo el rígido control del Estado^{5 y 6}.

4 Por ejemplo, el *Libro del Consolat de Mar de Barcelona*, I, capítulo 36, estableció que "los cónsules por Carta que tienen del señor Rey, tienen poder de oír los pleitos y cuestiones que ante ellos se llevan y debidamente conclusos, determinarlos brevemente".

5 *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M.N. y M.L. Villa de Bilbao, aprobados y confirmados por el rey nuestro señor, en treinta de marzo del año de mil y seiscientos y veinte y siete*. Lima, Casa de los niños huérfanos, 1768.

6 *Ordenanzas del Tribunal del Consulado de esta Ciudad de los Reyes, y reynos del Perú, Tierra firme y*

También existieron las Ordenanzas de Burgos (recopiladas en 1538), las de Sevilla (1556), entre otras.

Las Ordenanzas de la Universidad y Casa de Contratación de Bilbao –nombre con el que fueron conocidas– rigieron en un período inicial o primitivo de 1459 y fueron redactadas por el gremio de los mercaderes, con intervención y consentimiento del corregidor. Después aparece un período nuevo, con reglas formadas por el propio Consulado, confirmadas por Felipe II el 15 de diciembre de 1560, y la versión definitiva de las Ordenanzas, aprobada por el monarca Felipe V.

Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao regularon el comercio en general, tanto el terrestre como el marítimo, incluyendo materias sobre letras de cambio, comisión, sociedades, contabilidad y quiebras. El plan adoptado por su texto no fue científico, en rigor, ya que representó el momento vivido en la ciencia jurídico mercantil, con numerosas normas casuistas. Reglamentaron todas las instituciones del comercio terrestre y marítimo, y los regímenes sobre las letras de cambio, comisión, sociedades, contabilidad y quiebras. Su promulgación para el mercado de Bilbao, ocasionó una prioridad jurídica y de la especialidad del gremio, que traspasó las fronteras de España y rigió en otros consulados españoles, como fueron los de Madrid y Málaga.

En el vasto derecho hispano-indiano, la general aplicación de las Ordenanzas

Chile... Confirmados por el rey D. Felipe IV, nuestro señor, en treinta de marzo del año de mil y seiscientos y veinte y siete. Lima, Imprenta de los niños huérfanos expósitos, 1768.

del Consulado de Bilbao en Indias ocasionó el fracaso de la ya entonces vetusta Recopilación General de los Reinos de Indias –nacida en el año 1680–, fracaso consolidado con la Novísima Recopilación (libro IX) en España –con normas referentes a la materia mercantil–, por ser éstas autónomas y de aplicación general.

Existieron esfuerzos para la elaboración de un proyecto de Código de Comercio en las Cortes de Cádiz de 1810, con el nombramiento de una comisión al efecto, pero el movimiento independentista americano truncó el proyecto. Posteriormente se designó otra comisión codificadora, hasta que el 29 de noviembre de 1827, don Pedro Sáinz de Andino –intrigante personaje de la corte, según algunas fuentes– elevó una petición al rey ofreciendo un proyecto de Código de Comercio para España, que luego fue aceptado por Fernando VII, bajo la solera del Código francés, “mucho más perfecto que los que habían existido antes”.

2. LA CODIFICACIÓN COMERCIAL EN EUROPA

En el derecho codificado comparado en materia mercantil, el *Code de commerce* francés de 1807 (promulgado al año siguiente) constituye el primer cuerpo legal unitario mercantil –irradiará su influencia hasta finales del siglo XIX– que, llevado por los ejércitos napoleónicos, estará vigente, con varias modificaciones, en algunos estados alemanes e italianos, incluso después de la derrota de Napoleón. Constituyó el primer Código de Comercio (con 648 artículos) que aglutinó reglas propias,

incluyendo el derecho marítimo, a cuyo efecto el legislador copió algunas normas provenientes de la célebre Ordenanza de 1681, aunque su texto apareció mutilado. Tal pervivencia fue posible al existir coincidencia o al menos cierta analogía con los principios que inspiraban el anterior *stylus mercatorum* del tráfico internacional.

La sistematización del Código de Comercio napoleónico se efectuó en cuatro libros (con 648 artículos). El libro I reguló el comercio –incluyendo los comerciantes, los libros de comercio, sociedades, bolsas, prendas, comisionistas, compra y venta, letras de cambio y billetes a la orden–; el II trató del comercio marítimo; el III, de las falencias; y el IV, de la jurisdicción comercial.

La aportación fundamental del *Code de commerce* radica en la competencia de los tribunales, que no resulta determinada por la calidad de las personas, sino por la naturaleza de los actos nacidos de la controversia sometida a su conocimiento; el comerciante juega un papel secundario. El derecho mercantil se convirtió –pese a que algunos consideraron que el Código Comercial francés fue mediocre y arcaico– en un derecho especial de una clase de operaciones, regulador de actividades accesibles a todo ciudadano y sometidas a su régimen en razón de su naturaleza⁷.

El Código de Comercio de Francia de 1807 vino a constituir un “estatuto del comerciante”, con los derechos y obligaciones propios de la actividad mercantil, muy decrecida debido a las luchas desplegadas

7 RIVERA, Alberto y A.O.A. SANNÁ. *Derecho comercial*. Tomo I. *Introducción. La materia y la jurisdicción comercial. Los sujetos del derecho comercial*. Buenos Aires: Editorial Sanná, 1964, p. 46.

en la Revolución Francesa, y borró del panorama jurídico todo vestigio de rezagos gremiales.

2.1 Como segundo hito en este proceso jurídico, el movimiento codificador inspirado en el francés continuó en España con el primer Código de Comercio de 1829, siguiendo el mandato de la Constitución de 1812 y pese a la posición liberalizadora del monarca. Su texto manifestó la contradicción entre el concepto objetivo del acto de comercio, al acotar la jurisdicción mercantil, y las supervivencias subjetivas, al determinar la aplicación de sus preceptos. De una extensión considerablemente superior a la del francés, fue juzgado favorablemente por los autores contemporáneos e influyó no sólo en las legislaciones hispanoamericanas, sino también en el propio Código de Comercio del Imperio alemán de 1871. Incluyó los contratos mercantiles propiamente tales, así como los especiales del derecho marítimo, notándose influjos del Código francés de 1807 y el tradicionalismo de las Ordenanzas de Bilbao. La jurisdicción de los "Consulados marítimos terrestres", reconocida por el título 2 del libro IX de la Novísima Recopilación, quedó reemplazada por la emanada de los Tribunales de Comercio.

2.2 El Código de Comercio portugués de 1833 –debido a José Ferreira Borges– y el Código de Comercio holandés de 1838 constituyen etapas de un proceso objetivo que alcanza su punto culminante en el *Allgemeines Deustches Handelsgesetzbuch* de 1861. Este código de comercio, al que se arriba después de varios proyectos, constituye la culminación de la dirección objetiva, ya que oscila desde el acto de comercio como delimitador de la competencia

de los tribunales mercantiles, al acto de comercio con función material o sustancial, delimitador de la materia mercantil, que la doctrina francesa, sin real apoyo positivo, había construido sobre el texto del Código de Comercio de 1807. Por otro lado, también marca el final de la gran extensión que en esta familia de códigos de comercio contenía la parte de las obligaciones y los contratos como consecuencia de que la codificación mercantil –anterior a la civil– carecía de un derecho general codificado en ese sector jurídico.

2.3 En Italia, después de una breve vigencia del Código de Comercio francés –desde el año 1818 hasta la Restauración–, adquiere vigencia general el Código Albertino de 1842. El *Codice di commercio del Regno de Italia* del 25 de junio de 1865, modificado en la parte de sociedades, mediadores y letra de cambio, da paso al *Codice di commercio de Zanardelli*, promulgado el 31 de octubre de 1882, que acentúa la dirección objetiva al colocar en primer plano sistemático al acto de comercio –cuya enumeración adquiere riqueza mayor– con función material, y subsiste hasta el año de 1942, fecha en que aparece la unificación civil y mercantil en este país. Simultáneamente, el 27 de enero de 1941 quedó publicado el Código de la Navegación (marítima, interna y aérea), con 1.331 artículos.

2.4 En Alemania, la tendencia objetivista del proceso codificador en materia comercial sufre una quiebra con la promulgación del *Handelsgesetzbuch* (conocido por sus siglas: HGB) de 1897, que, pese a no ser en muchos puntos más que una reelaboración y reducción del de 1865, reintroduce la dirección subjetiva al basar su sistema en el comerciante, definido previamente en al-

guna de sus categorías. Criticado primeramente por juzgarse que constituía una regresión en el proceso de búsqueda de nociones objetivas, ha constituido con posterioridad el primer eslabón para formular la doctrina de la empresa, superadora de la contraposición entre teorías subjetivas y objetivas. Este Código alemán está actualmente vigente.

- 2.5 La codificación independiente del derecho mercantil queda cerrada en este momento. El derecho privado había sido unificado en el sistema inglés, por razón de su especial evolución histórica. La codificación suiza —a principios del siglo XX— y el *Codice civile* italiano de 1942 representan los acontecimientos más importantes en esta dirección unificadora. Con posterioridad, la redacción de un código mercantil único tropieza con la ruptura de los principios de la economía de mercado y la consiguiente legislación que interviene en el proceso de la economía —se ha llegado a proponer la redacción de un “Código de la economía” o “Código de la empresa”—, también con la urgencia de una tarea legislativa que, forzada por la rapidez de las transformaciones económico-sociales, tiene que renunciar a una visión de conjunto y limitarse a formular leyes especiales, con lo que parece adquirir vigencia la tesis de la disolución del derecho mercantil encerrado en un solo cuerpo jurídico. Por otra parte, las necesidades del tráfico internacional exigen la unificación de las reglas mercantiles en sistemas comparados, de ámbito regional, como es el caso del derecho mercantil de la Comunidad Europea, y se pretende un derecho comercial con carácter universal, cuyo órgano supremo es la Comisión de la ONU para el Derecho

Mercantil Internacional. Un programa mínimo es la armonización del derecho mercantil.

3. EL DERECHO MERCANTIL EN IBEROAMÉRICA EN EL SIGLO XX

El Perú no constituyó la única república americana en recibir el derecho comercial español; en Iberoamérica ha sido decisiva la influencia española en la formación codificada del derecho mercantil. Durante la primera mitad del siglo XIX estuvo vigente la legislación anterior al movimiento independentista, hasta que fueron constituidos cuerpos propios: el Código de Comercio español de 1829 rigió en Argentina, donde alcanzó gran autoridad, inspirando —solo o en unión con el Código de Comercio francés— los Códigos de Ecuador (1831), Paraguay (1846), Costa Rica y Colombia (1853), Brasil (1850) y México (1854)⁸. En cambio, el Código de Comercio español de 1885 resultó menos afortunado que su antecesor, al que muchos juristas juzgaron como perfecto y otros como un simple remedo del Código francés.

Los códigos de comercio de la época fueron de muy desigual valor. Entre los más importantes estuvieron el de Brasil (1850), impulsado por la obra de Ferreira Borges y de Silva Lisboa; el de Argentina (1859), en cuya redacción intervino Dalmacio Vélez Sarsfield⁹; el de Chile (1867),

8 ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ RIVERA, Faustino y Emilio MIÑANA Y VILLAGRASA. *Tratado de derecho mercantil español comparado con el extranjero*. Tomo I. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915, pp. 108 y ss.

9 Una de las deficiencias del Código de Comercio de Argentina fue que no contempló la transformación de sociedades, por lo que resultó promulgada la ley 11645 sobre sociedades de responsabilidad limitada.

redactado por Ocampo y que después influyó sobre muchos de los códigos posteriores; e igualmente el Código de Nicaragua. Con posterioridad aparecieron el de Panamá (1916) y el de Honduras (1950), preparado por J. Rodríguez (con rezagos italianos).

Después, las influencias española y francesa fueron sustituidas por la italiana, la alemana y, sobre todo, la anglosajona. Esta última resulta perceptible primeramente en el derecho cambiario —como sucedió en Argentina— y en materia marítima. Posteriormente, la tendencia queda reforzada por la extensión de la vigencia del *Uniform Commercial Code*, redactado en 1952, debido a la iniciativa privada, realizándose estudios para la unificación en Iberoamérica en cuanto a los títulos valores y sociedades.