

CAMARA DE COMERCIO ARGENTINO BRASILEIRA DE SAN PABLO

CENTRO DE CONCILIACION Y ARBITRAJE

EL CORAZON DEL DERECHO COMERCIAL: LOS USOS Y COSTUMBRES Y LA SOLUCION RAPIDA DE LOS CONFLICTOS, ARBITRAJE Y MEDIACION.

Efraín Hugo RICHARD ⁽¹⁾

"La justicia es gratuita; lo que cuesta son los medios de llegar a ella" de Eugenio Brieux

Ante el descreimiento en el sistema jurídico y judicial, la colaboración del derecho mercantil para el orden de un orden social más equilibrado, que asegure la gobernabilidad y la subsistencia del sistema, permitiendo a los empresarios medir los riesgos y acotar sus costos, se estructura en volver a lo que justificó su nacimiento: 1°. Inmediatez en la resolución de conflictos, y 2°. Simplicidad de las normas, como retorno a los usos y costumbres, a través de la ética.

El coro griego anticipaba a los protagonistas de sus tragedias su triste final sin modificarlo.... ¿Nos resignamos?

I - INTRODUCCION.

Existe consenso colectivo sobre la inaplazable necesidad de asegurar operativamente el postulado del libre e irrestricto acceso a la justicia, pero al mismo tiempo poco se ha

¹⁾ Arbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio argentino Brasileira de San Pablo, Arbitro del Tribunal de Arbitraje Permanente de la Bolsa de Comercio de Rosario, Rep. Argentina, Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litor, Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Tucumán, Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa. Paraguay n° 351 Córdoba CP 5000 tel/fax 0351 4242830. E-mail richardjuris arnet.com.ar

avanzado en la tarea de concretización de sus proyecciones ⁽²⁾, sobre lo que también hay consenso. Para los empresarios resulta una necesidad vinculada a sus costos y su competitividad. La justicia tardía no es justicia.

En el ejercicio al derecho a la jurisdicción, el Estado ha contraído la obligación de resolver una cuestión, que recién se agota cuando se pronuncia la sentencia firme y la misma es ejecutoriada. Por ello no basta el pronunciamiento, debe garantizarse su ejecución.

Es un tema de la vigencia y eficacia del sistema jurídico, al decir de Alf Ross. Es el derecho a reaccionar frente a la agresión, requiriendo la intervención jurisdiccional estatal o arbitral.

Esas acciones y recursos no son un derecho a peticionar, son el ejercicio concreto de reacción contra el poder, contra el incumplimiento, contra quién daña, y los mismos son reglados. Lo no reglado sería la sedición o la justicia con mano propia. Hoy podemos advertir como grupos sociales se marginan del sistema jurídico, unos por su poder, otros por su total falta de acceso a ese sistema y a sus bienes, y otros voluntariamente para delinquir contra los que están dentro del sistema ⁽³⁾. Los que se mantienen dentro del sistema y ven afectados sus derechos, particularmente cuando son dañados intentan revertir esa situación accionando a través de un sistema que les asegure la reparación, pero que sienten lento y muchas veces ineficaz. Para el empresario implica un aumento de costos, principalmente el financiero.

II. EL DAÑO COMO CONNATURAL DE LA ACTIVIDAD ORGANIZADA y SU PREVISIBILIDAD.

La intermediación en la adquisición de bienes, realización de servicios, obtención de financiamiento y en la asunción del riesgo constituyen tradicionalmente la materia mercantil, lo que supone una actividad organizada de intermediación, como empresa.

La organización empresaria se vincula a una evaluación de medios para elaborar una ganancia, planificación que impone evaluar diversos riesgos.

²⁾ Cfme. BERIZONCE, Roberto O. Necesidad de una ley de bases sobre garantías del efectivo acceso a la Justicia ponencia al XV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Cincuentenario, Córdoba, 16 al 19 de agosto de 1989, tomo I pág. 2.

³⁾ Cfme. nto. Posibilidad y conveniencia de la reforma del derecho privado. Aspectos metodológicos: "La constatación de la realidad impone pensar que parte de la sociedad es la que se somete a los sistemas jurídicos..."En libro colectivo "Unificación Civil y Comercial:

La mayor parte de la actividad empresarial transcurre en la previsión contractual.

Esos riesgos son múltiples: el riesgo por incumplimiento de los deudores, el consecuencialismo jurisprudencial ⁽⁴⁾, la interpretación exegética o axiológica de la ley ⁽⁵⁾ o el conflicto mismo.

Estos últimos pueden preverse en una buena cláusula compromisoria para la intervención de árbitros frente a un incumplimiento o cuestionamiento de la interpretación de un contrato.

III - EL VIEJO CORAZON DEL DERECHO COMERCIAL.

1. En un panorama económico social, que sin duda se verá agravado con la crisis económica financiera que vivimos en la región, si bien no nos consideramos con fuerzas para introducir un cambio, parafraseando a Shakespeare cuando le hacía decir a Hamlet una propuesta imposible: “ ¡El mundo esta desquiciado!, ¡Vaya faena, haber nacido para tener que arreglarlo !” , este es el desafío a que se somete hoy al jurista, para que trate de analizar la cuestión desde la óptica del derecho, aportando las técnicas jurídicas que puedan utilizar los gobernantes o los empresarios en sus previsiones contractuales.

Con esta introducción sugerimos volver la vista al viejo corazón del Derecho Comercial, a su origen como categoría histórica del Derecho, al separarse del derecho común en los tiempos de las Ciudades-Estado, cuando la diversidad y complejidad de la legislación de cada una de ellas generaba una inseguridad jurídica a los que comerciaban entre las mismas, también afectados por la demora en la resolución de los conflictos. Esa inseguridad jurídica impone los usos y costumbres como *lex mercatoria* entre comerciantes, y la resolución inmediata de los conflictos por tribunales de comerciantes de las respectivas corporaciones.

lo posible y lo conveniente", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba nov. 1996, pág. 61 a 111.

⁴⁾ "Es difícil encontrar en los tribunales tres jueces que tengan una misma opinión sobre el alcance de un artículo de la ley" Honorato de Balzac.

⁵⁾ "En el porvenir, el progreso será estrechar cada vez más el círculo de las leyes positivas y, por el contrario, ensanchar más el de las leyes naturales. Toda ley natural es un principio que se realiza por la precisión de sus consecuencias. Toda ley positiva es un expediente que se dilata por sus complicaciones" Emilio Gilardin.

Desde la Revolución Francesa, por el principio de libertad e igualdad eliminando los privilegios, y luego por las insidias del cientificismo, se fue borrando ese viejo corazón. Por eso hoy la unidad del derecho privado es una realidad, pues han desaparecido las razones que motivaron la separación: los usos y costumbres son siempre reconocidos cuando la ley lo acepta, y no han justicia diferenciada, y menos aún rápida

Por otra parte existe hoy nuevamente inseguridad jurídica por el exceso de normas, su complejidad y falta de sistemática en la recopilación que hace imposible que el mejor jurista las conozca. La Constitución Nacional de la República Argentina del año 1994 al incorporar los Tratados ha generado polémicas no sólo por la preeminencia de los mismos sino por la derogación o modificación del derecho interno, a lo que debe sumarse que el sistema jurídico se integra no sólo con Códigos y leyes nacionales y provinciales, sino con ordenanzas municipales, reglamentos y resoluciones, de tal importancia como los del B.C.R.A. y D.G.I..

Este estado de cosas ha sido reconocido indirectamente por nuestro Poder Legislativo al dictar la reciente ley 24.967 que impone un procedimiento para crear el Digesto Jurídico Argentino, en cuyo artículo 8º impone la publicidad por “caracteres magnéticos y medios informáticos ... que garanticen la identidad e inmutabilidad del texto”, texto que seguirá una apropiada sistemática, considerando derogada toda norma no incorporada a ese cuerpo normativo.

Cubierto ese aspecto en torno al conocimiento del derecho substancial, subsistirá otra deuda en torno a la seguridad jurídica: la demora en la resolución de los conflictos. Esta es una cuestión vinculada al sistema de administración de justicia, y escapa al tema sobre la idoneidad de los jueces que intenta encararse a través del consejo de la magistratura.

Es inaceptable una realidad en la que, ante el desequilibrio generada en una relación contractual o extracontractual, el reparo efectivo demore muchos años, y esta es una realidad en todos los países iberoamericanos.

Justamente estas problemáticas han impulsado los logros técnicos del Derecho Comercial y van delineando su nuevo contenido.

Se trata de su internacionalización -siguiendo aquello que lo justificó-, generando lo que ha dado en llamarse una nueva lex mercatoria –integrada por los usos y

costumbres mercantiles internacionales-, por dos vías. Una institucional por normas uniformes por la actuación del UNIDROIT y otros organismos, en torno al crédito documentado, la compraventa internacional de mercaderías, leasing, títulos valores ...

Otra proveniente de la autonomía de la voluntad, a través de la generación de los llamados contratos “autónomos” o sea inmunizados del derecho substancial y procesal, donde el contrato fija las normas aplicables o el derecho del país determinado - eliminando las normas de reenvío de derecho internacional privado que contenga el derecho de ese país-, y fijando el arbitraje o jurisdicción de tribunales de un país determinado para ciertas contiendas; donde la parte dominante en estos contratos prevé el incumplimiento de la otra imponiéndole que otorgue garantías bancarias a primera demanda⁶.

En el contrato puede preverse no sólo la intervención de árbitros, sino especificando en el compromiso una serie de soluciones tendientes a paliar los riesgos.

Claro está que estas previsiones se refieren a relaciones de cambio y no a relaciones de organización que siguen sometidas, en particular en lo que se vincula a creación de centros de imputación de derechos a las normas del país del domicilio, del registro o del establecimiento según corresponda.

IV. FACTORES PREVISIBLES EN RELACIÓN AL CONFLICTO. ARISTAS QUE DIFICULTAN EN FORMA OBJETIVA LA SATISFACCION DEL DERECHO DE QUIEN PRETENDE RESOLVER SU AFECTACION PATRIMONIAL.

1. Aristas que hacen a la difícil determinación del monto de la reparación. La prueba del daño es de por sí una cuestión ligada al hipergarantismo. Quién dañó se escuda en ese exceso de formalismos y tutelas (⁷). Por ello debe preverse al contratar.

El que reclama debe probar más allá de los usos sociales y comerciales la existencia del daño. Incluso de lo que considera correcto el común de la gente. Se exige una prueba que no es connatural con los usuales procederes, todo **acreditado por medios fehacientes. Los tiempos de la justicia dificultan más aún esa cuestión al olvidarse o desaparecer los testigos de los acontecimientos. Y particularmente cuanto obtenida una sentencia condenatoria de**

⁶ Cfme. ALEGRIA, Héctor “Las garantías abstractas o a primera demanda en el derecho moderno y en el proyecto de unificación argentino” en R.D.C.O. año 20 pág. 685; WALD, Arnoldo “Algunos aspectos de la garantía a primera demanda en el derecho comparado” en R.D.C.O. año 23 pág. 651.

⁷) "Un proceso civil es casi siempre la consecuencia y el síntoma de falta de honradez, cuando no un delito más o menos disfrazado o disimulado". Gabriel Tarde.

cierta importancia, quién dañó y se escudó en el hipergarantismo se escuda en un proceso concursal por la supuesta insolvencia que le causa la sentencia, y a cuyo fin se preparó por años transfiriendo u ocultando bienes, o deslizando la actividad hacia otra sociedad donde continúa el ciclo de perjuicios futuros.

El juicio por jurados para considerar si existe obligación de reparar y la determinación de ese daño a través de la consideración más o menos libre de sus integrantes puede paliar esa cuestión. Quién daña actúa como si descerrajara un pistoletazo sobre el patrimonio del dañado, y éste no se encuentra ni en ese momento, ni en los momentos sucesivos, acompañado de un notario, dos testigos y un fotógrafo para acreditar los perjuicios.

La solución puede encontrarse en el arbitraje. Previsto, puede dejarse a criterio de los árbitros la determinación del daño conforme la naturaleza de la relación y el normal desenvolvimiento de los actos.

2. Perjuicio irreparable por la sustitución de la prestación por la indemnización.

2.1. En muchos supuestos se daña incumpliendo a sabiendas su prestación - dolosamente-, para no perjudicar actualmente su patrimonio y diferir hacia el final de un intrincado juicio la reparación patrimonial de la prestación incumplida. Así el damnificado no logra la prestación debida, difiriéndosele en el tiempo una prestación dineraria sustitutiva retaceada por las razones expuestas.

2.2. En este supuesto adquiere relevancia fundamental la aplicación de medidas cautelares cuyo contenido coincide total o parcialmente con lo que se pretende sea objeto mismo de la sentencia de mérito (⁸), cautelas que "conllevan efectos prácticos análogos a las decisiones definitivas". Esas medidas cautelares pueden preverse en el compromiso arbitral, vinculándose el mismo con garantías a primera demanda, como señalaremos.

3. Intereses.

Otro aspecto a superar es la restricción jurisprudencial respecto a las tasas de los intereses que integran la indemnización y compensan la dilación hasta su reparación integral, normalmente a tasa pasiva. Si quién daña sabe que deberá responder sólo con el pago de intereses a tasa pasiva no se sentirá dispuesto a obtener crédito bancario para satisfacer su obligación. Por otra parte en nuestro país, y como integrante del "costo

argentino" las tasas pasivas son internacionales pues la pagan a los ahorristas y las activas son internacionales sólo para los grandes grupos económicos por la competencia y usurarias para la pequeña y mediana empresa ⁽⁹⁾.

Sobre el punto recordamos que ⁽¹⁰⁾: "Parecería que la cuestión de la tasa de interés se ha vuelto una cuestión conceptual. Como lucro cesante el interés a aplicar sería el de la tasa pasiva promedio. Escapa a esa situación el caso en que por una razonable derivación corresponde aplicar la tasa activa como cuando el afectado es una entidad financiera.- Pero no obstante ello, si el damnificado probara como daño emergente del incumplimiento el que debió procurarse los fondos, corresponderá la tasa activa. Pero el daño emergente no sólo corresponde a las consecuencias mediatas sino también a las inmediatas. Se trata sólo de un problema de prueba. Y esto parece absolutamente lógico."

Debe primar una nueva concepción: ante el método de cambio el método de empresa. En este último el análisis no es en relación al daño causado al que reclama, al que se indemniza, sino que se disuade a través del daño punitivo o como indemnización lo ganado por dañar, incluso en favor de un individuo, si es que no se quiere formalizar con ello un fondo de garantía.... El análisis económico del derecho no puede llevar a la justificación del daño injusto, y el resarcimiento no debe ser sólo digno e integral, sino que debe tener el poder de disuasión preventiva" ⁽¹¹⁾.

La cláusula compromisoria podría prever el pago del interés que el perjudicado hubiera desembolsado o el que fuere corriente en la plaza a disposición de los comerciantes.

4. Aplicación de los usos y costumbres.

Los Tribunales son remisos a la aplicación de los usos y costumbres. Sólo un juez árbitro o un mediador está en condiciones de aplicar rápidamente los usos y costumbres para resolver las cuestiones que se le sometan, si así se ha pactado en el compromiso o cláusula de arbitraje.

⁸⁾ Cfme. de LÁZZARI La cautela material ponencia al XVII Congreso de Derecho Procesal de Santiago del Estero.

⁹⁾ Sobre el punto puede verse toda la fundamentación de la Cámara de Diputados para abonar el dictado de la nueva ley de cheques 24.522 y de factura de crédito 24.760 (B.O. 13.1.97).

¹⁰⁾ Cfr. nto. trabajo en Libro colectivo "La Responsabilidad" Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Ed. Abeledo Perrot, Abril 1995, a pág. 293 Las tasas de interés y las consecuencias mediatas en la responsabilidad civil.

Los únicos usos y costumbres que podrían ser dejados de lado serían los contrarios al orden público, por lo que el compromiso arbitral puede imponerlos aún cuando la ley no lo hiciera.

5. Los problemas de la organización societaria.

Algunas de las cuestiones anteriores vinculan a la sociedad en lo externo. Pero a esa problemática de la empresa se agregan las relaciones de administradores, controlantes y socios e inversores.

En lo interno de la organización societaria, además de acciones que disponen los socios, existen otras cuestiones que pueden dañar a la empresa y afecta fuentes de trabajo: son los conflictos societarios. En los interno en la sociedad, un juicio desgasta, liquida todos los bienes. Quién intenta ampararse en la empresa cuestionando que los administradores actúan en su propio interés, debe actuar con su propio patrimonio, se la cuestiona la posibilidad de otorgar como garantía sus propias participaciones o acciones, mientras los administradores se defienden usando del propio patrimonio social o sea en parte del mismo que cuestiona. Largos procedimientos afectan a la empresa y el éxito no es sino meramente declarativo pero no compensatorio ni resarcitorio de los daños.

Los problemas internos de los entes importan una situación similar a una cuestión de la organización familiar, y debería ser dilucidada por métodos particulares, como la mediación, arbitraje ejecutivo o en audiencia judicial única⁽¹²⁾. Volver a las previsiones de arbitraje, previstos en el viejo Código de Comercio argentino, que fue muy resisitido por la jurisprudencia y la doctrina con interpretación restringida del alcance de la cláusula, parecería una buena medida. En tal caso se deberá tener en cuenta que la previsión de arbitraje debe ser para supuestos funcionales de la sociedad, tanto para conflicto con los socios o entre los socios derivados de la relación societaria.

VI. COMO CONCLUSION: CONTRIBUCION DEL DERECHO COMERCIAL A LA HUMANIDAD DEL S. XXI.

¹¹⁾ Cfme. TARELLO Il realismo giurídico americano Milán, 1962.

¹²⁾ Cfr. BERIZONCE, Roberto O El abogado negociador, ponencia al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santiago del Estero, 1993, particularmente en el capítulo II "Colapso de la justicia tradicional y "medios alternativos" donde justifica la mediación como medio propio en casos como los que señalamos en el texto, y no simplemente como sustitutivos de la justicia estatal.

¿ Y el futuro del derecho mercantil para colaborar al orden de un orden social más equilibrado, que asegure la gobernabilidad y la subsistencia del sistema?

A nuestro entender, la tendencia en la construcción de un nuevo derecho mercantil, debería basarse en volver a lo que justificó su nacimiento:

1º. Inmediatez en la resolución de conflictos.

2º. Simplicidad de las normas, como retorno a los usos y costumbres.

En punto de volver al viejo corazón del derecho comercial, se trata de volver a los usos y costumbres a través de la ética tomando como criterio de ello al significado primitivo, conforme a la distinción aristotélica, que lo usaba como un criterio “adjetivo”, tratando de saber si una acción, una cualidad, una conducta, un modo de ser, es o no ético. Las virtudes éticas eran para Aristóteles aquéllas que se desenvuelven en la práctica y que van encaminadas a la consecución de un fin, sirviendo para la realización del orden de la vida del Estado -la justicia, el valor, la amistad, etc.- y tienen su origen directo en las COSTUMBRES y en el hábito o tendencia ¹³. Los usos o prácticas fijados en la Convención de Viena de Mercaderías ley 22.765 y también en el Uniform Commercial Code, en cuanto los usos sean razonables., e igualmente la Convención Interamericana de México de 1994 sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, aceptan la aplicación de los usos y costumbres con la finalidad de realizar las exigencias de la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

Esas prácticas internacionales han impuesto también la garantía a primer demanda, a través de la cual se intenta inmunizar los contratos tanto del derecho substancial y de la jurisdicción. Se advierten ya un rechazo jurisprudencial a ciertos abusos en la aplicación de esa garantía independiente. Ante ello, la combinación de: 1) una adecuada cláusula compromisoria que asegure que árbitros juzguen adecuadamente la situación, con las previsiones que hemos aconsejado en el texto de este trabajo, y 2) una garantía independiente (¹⁴) que garantice el efectivo cumplimiento del laudo arbitral o la justa compensación eliminando los riesgos de la insolvencia, constituirían el justo equilibrio

¹³ Cfme. FERRATER MORA, José “Diccionario de Filosofía”, tomo II p. 1057.

¹⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre “Garantías independientes y cartas de crédito stand by, con su texto corregido en la reunión de Viena de abril de 1997.y bibliografía de nota 6.

que la técnica jurídica puede proponer a los empresarios para el análisis y acotamiento del riesgo y de los costos operativos.

Aspiramos a que "El juez del porvenir volverá a parecerse al árbitro bajo la triple relación de economía, sencillez y confianza de los litigantes" ⁽¹⁵⁾. En lo inmediato, el Juez árbitro asegura el interés de los contratantes, que confían en la idoneidad de los elegidos por la Institución a la que derivan el arbitraje, sin perjuicio de la posibilidad de recusar.

Córdoba (R.A.), diciembre de 1999

¹⁵⁾ MANCINI, Pisanelli y Scialoja, Vol. II, p. 12, en cita CHIOVENDA José, Derecho Procesal Civil, T.I., Ed. Reus S.A., Madrid, trad. de 3ra. Italiana por José Casals y Satalo, 1932, p. 132.