

UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE

CONGRESO INTERNACIONAL

“LOS DESAFÍOS DEL DERECHO FRENTE AL SIGLO XXI”

Santiago de Chile, 26/30 de agosto de 2002

GLOBALIZACION ECONOMICA Y LEX MERCATORIA¹

Efraín Hugo Richard²

En este ensayo se intenta referir la interacción de la globalización económica y la lex mercatoria, y lo que es dable esperar de ella para paliar los efectos devastadores de ciertos aspectos de aquella (los financieros), y otras técnicas del derecho para afrontar un cambio en paz.

- INDICE:

1. GLOBALIZACION. 1.1. SOCIEDAD, ESTADO Y GLOBALIZACION. 1.2. CULTURA, ETICIDAD Y GLOBALIZACION. - 2. LA CRISIS ECONÓMICA: ¿EL DERECHO? - 3. LA LEX MERCATORIA ó IUS MERCATORUM. 3.5. JUSTICIA EFICIENTE. 3.6. La coercibilidad de los “usos y costumbres” de los comerciantes.- 4. LOS CONTRATOS. LAS REGLAS DE CONTRATACION. 5. Derecho y Economía: El desafío del Siglo XXI!. 6. La globalización financiera. 7. Límites de la lex mercatoria.- 8. FASES EN LA CONSTRUCCION DEL DERECHO DE LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN. 8.1 CENTROS IMPUTATIVOS. 8.2 PERSONIFICACION. 8.3 PATRIMONIALIZACION.- 9. LA EMPRESA. 10. EL CAMINO A RECORRER. 11. COMO CONCLUSION: UNA ASPIRACIÓN.

*** 1. GLOBALIZACION**

La comunicación propuesta excede nuestras capacidades y sólo podremos ensayar algunas precarias consideraciones en torno a la globalización, algunas de sus manifestaicones como la económica y financiera, y el rol del derecho en ese medio planetizado, pero con la convivencia de soberanías estatales.

Una inicial excusa, entonces, debe darse sobre la superficialidad con la que se afrontaran muchas de las cuestiones, presentando a veces un panorama de limitada coherencia dentro del esquema global que deseamos referir. Algunas notas sólo las formalizamos a modo de cuestión para un análisis futuro.

¹ Sugerimos consultar otros trabajos de doctrina en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar en cuyo seno dirigimos su Instituto de la Empresa.

² Agradeceremos comentarios y sugerencias a richardjuris@arnet.com.ar

Que es la globalización? En general una suerte de planetización o universalización de conocimientos, de conductas, de comportamientos, de técnicas, con facetas particulares en cuanto a que se especifique a que campo se refiere la globalización.

Ello ha dado ha desarrollar diversas teorías, como las del imperialismo, de la dependencia o del imperialismo del sistema mundial (economicista), particularmente en este aspecto a lo que ha dado en llamarse el modelo o pensamiento único....

De ello derivan duros enfrentamientos entre los que adhieren al mismo y los que lo fustigan basados en los efectos que genera en poblaciones excluidas de los beneficios, aparentemente en número geoméricamente creciente en los últimos tiempos.

Creemos que inicialmente no podemos en convertirnos en detractores totales de la globalización.

Debemos aprovechar un punto de partida inicialmente positivo cual es el del acceso al conocimiento disponible. Ello permite el acceso a información, muchas veces distorsionada, pero que el espíritu cultivado permitirá discernir. El acceso a las técnicas jurídicas, a la jurisprudencia, a la doctrina, al derecho comparado, a los efectos que ciertas normas generaron o generan en la comunidad, son aspectos positivos.

No hay duda que, en la misma faceta de la difusión, es un elemento negativo la publicidad de conductas que se presentan como necesarias, indispensables para el goce de la vida, como meras técnicas de marketing que soslayan el bienestar general induciendo un pensamiento epicureista, cortoplacista y egoísta. Esa MEJORA DE LA COMUNICACIÓN E INFORMACION, pero manipulada, permite advertir que:

1°. Tiene origen en países hegemónicos que se definen como UNIVERSALES

2°. Esos países instalan sus temas, sus lógicas y sus conceptos.

3°. Ante ello: ¿es posible una visión latinoamericana y decisiones de ese origen ?

4°. Ello impone detectar asimetrías y desigualdades

Quizá muy vinculado a este aspecto los aparentemente efectos negativos de la globalización económica, que tienden a borrar las soberanías, los sistemas jurídicos, sin perjuicio de advertirse que ello es relativo pues algunos países llamados del primer mundo mantienen conductas absolutamente soberanas y egoístas, mientras pretenden que el resto de los países abdique de gran parte de su poder y abra sus fronteras, o sea amplíe sus mercados en beneficio de los más fuertes.

Ocurre en el campo internacional lo mismo que en el campo contractual entre dos personas, una con más poder y la otra que esta –o cree estar- constreñida a contratar.

Así aparecen nuevamente planteadas las disyuntivas de sojuzgamiento o nacionalismo

Sin duda estamos en un proceso o etapa de la historia, y hasta algunos piensan que se trata del fin de la historia... Pero no compartimos esa visión apocalíptica, aunque sí que grandes pesares deberemos soportar en el futuro si no se adopta una conducta más solidaria, desde la conducta ciudadana a la global.

Desde un polo totalmente distinto al economicismo imperante, globalización existió cuando el Manifiesto Comunista reclamada un proletariado unido, y mucho antes en la lex mercatoria.

Por esa pérdida de soberanía que parece exigir la etapa o el proceso, los rasgos de la globalización no pueden estudiarse desde el Estado sino de un proceso global.

Es una etapa donde impera la economía y la técnica por encima de lo social y de los valores. El hombre parece el gran olvidado...

El concepto de GLOBALIZACION es una cosa, y otra su concepción como proceso de GLOBALIZACION, como conjunto de fenómenos.

El desarrollo actual de las fuerzas y las relaciones de producción es uno de los factores que más influyen para promover la globalización y se produce un proceso de marginalidad de quienes no participan en el sistema capitalista. Claro esta que lo de “sistema capitalista” impone una aclaración. Las ciencias económicas son las que estudian los fenómenos de producción y distribución de la riqueza. Visto desde este punto de vista los productores son los que crean la riqueza, los empresarios industriales o técnicos, y los comerciantes son los que distribuyen esos productos. En la antigüedad se produjo una simbiosis de ambos roles³. La actividad económico-productiva (industrial y comercial) es la que genera riqueza, siendo la actividad financiera una actividad accesorio, importante, pero que en ese rol sólo puede tomar una parte de la ganancia de la actividad económica. Los grandes males del momento es el crecimiento desmesurado de la actividad financiera, afrontada como principal, que con visión cortoplacista ahoga a la economía, previéndose que puede generar su propio caos.

*** 1.1. SOCIEDAD, ESTADO Y GLOBALIZACION.**

Esas modalidades permiten el análisis de GLOBALIZACION Y REGIONALISMO, permitiendo advertir que no es una extensión de la sociedad local sino una realidad nueva.....

Ese proceso de globalización implica un desafío a las Ciencias Jurídicas:

³ GALBANO, Francesco *Historia del Derecho Comercial*, traducción española de Joaquín Biscal, a pág. 57 “permitió a la clase mercantil beneficiarse de la transformación, obtenida con la forma social del capital aportado por el socio comanditario. Las relaciones de los comerciantes con las demás clases detentadoras de la riqueza no era siempre conflictiva, a menudo eran de cooperación, basadas en necesidades mutuas, como sucedía cuando la clase mercantil hallaba, ante su deseo de obtener el necesario capital para el tráfico, la pretensión de los rentistas de invertir de modo lucroso, sus rentas.

Desterritorialización, SOBERANÍA. ROL Y PODERES DEL ESTADO. La soberanía: Pluralidad de las fuentes del poder. REAL Y FORMAL.

De sujetos soberanos a actores estratégicos.

Las redes de esos poderes: CAPITAL

MEDIOS DE COMUNICACIÓN

GRUPOS

CONVIVENCIA CON EL ESTADO Y CON

LOS GRUPOS DE PODER. Donde está el poder o los poderes?

Tomemos conciencia que la mentada globalización de los mercados y el mercado como dictador de reglas económicas y jurídicas es una realidad, pero los grandes grupos económicos escapan a los riesgos de ese mercado ⁽⁴⁾. Es advertible en la política mundial de privatizaciones, preconizada por esos grupos, donde se intenta captar mercados de usuarios cautivos ⁽⁵⁾. Además, con las técnicas de comercialización en red, por contratos conexos, es el franquiciado, el distribuidor, el agente, el licenciatario el que corre los riesgos del mercado, mientras el franquiciante, el concedente, el grupo económico queda fuera de los mismos.

Los grandes grupos económicos abandonan el mercado por lo que deben estimularse los grupos internos al Mercosur que no giren utilidades al exterior. No se trata de desestimular a los extranjeros, sino de privilegiar la reinversión dentro de la zona Mercosur, de no se generará un paulatino empobrecimiento pues el mercado de consumo del Mercosur dará utilidades a otras zonas económicas no empobrecidas ⁽⁶⁾.

La asunción del riesgo y el mantenimiento de los capitales en la "zona" o "nación" parece indispensable para asegurar la subsistencia de cada "empresa nación" y mediante esa subsistencia asegurar la subsistencia o estabilidad de las "zonas" o "nación" privilegiadas.

La ruptura de esos equilibrios, pauperizando aún más ciertos grupos dentro de cada "zona" o "nación", o a "zonas" o "naciones" dentro del mundo, llevará a una inseguridad no sólo jurídica sino física, pues la "subsistencia" pasará a ser el valor ético, a nivel individual o grupal, reemplazando al respeto de las personas en convivencia universal. La Iglesia Católica viene advirtiendo esta situación social y éticamente injusta.

⁴⁾ Desde las estructuras del poder económico (nacional o internacional) se diseña el modelo y se lo impone. Cfme. Foxley, Alejandro Experimentos neoliberales en América Latina, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1988.

⁵⁾ Se hace desaparecer al Estado de los servicios, no sólo de la prestación sino del control, en beneficio de grupos económicos monopólicos. Cfr. Angel Yaguez, Ricardo La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia, Ed. Civitas, Madrid 1991.

⁶⁾ La limitada publicización del derecho se corresponde hoy a una actuación de los mismos empresarios que requieren que el Estado garantice, y potencie, la libertad económica de los particulares... y que les entregue bienes de producción rentables y, al mismo tiempo, les garantice el éxito de su gestión, o sea que la libertad económica de los particulares intenta ser una pretensión que les permita hacer buenos negocios y, al mismo tiempo, se acoten riesgos (Cfr. Raymond Aaron, citado por Anthony Lanyi, Jefe de la División de estudios sobre Países en desarrollo del F.M.I., en conferencia dictada en Bs. As., Octubre de 1986; en referencia a los países endeudados y sus problemas sociales, al afirmar: "Son países donde el Estado construye a la Nación y no la Nación al Estado").- Se trata de un primado de la economía sobre la política e incluso sobre el derecho, intentando así la privatización del poder económico público.

Por eso hay que hacer atractiva la legislación para los inversores, sin afectar la solidaridad social.

Desde comienzos de la década del 70, se ha advertido en el contexto de la economía internacional cierta desaceleración en los niveles de crecimiento económico.

Este fenómeno sumado a otros factores, llevó a los países en desarrollo, y especialmente a los latinoamericanos, a recurrir al empréstito internacional, para mantener o elevar sus niveles de crecimiento.

Al propio tiempo el ineficaz manejo de esos fondos hizo que el endeudamiento externo comenzara a crecer con más rapidez que el PBI, lo que los condujo a experimentar problemas de solvencia e incapacidad para hacer frente a las obligaciones del servicio de la deuda contraída, agudizando aún más el mismo problema de crecimiento que intentaban salvar.

Así el mundo se enfrenta a dos crisis, la crisis de la deuda y la crisis de crecimiento. Estas situaciones obligan tanto a los países industrializados como a los países en desarrollo a elaborar políticas tendientes a fomentar el desarrollo.

Esa necesidad de redefinir las estrategias de desarrollo, de la economía internacional a significado un desafío para el ámbito del derecho en el intento de adaptarse a las coyunturas de cambio.

Esa asunción de riesgos se patentiza particularmente en las modernas soluciones concursales, donde queda en claro que el derecho protege -frente a la crisis económica del deudor- la posibilidad de continuación de la empresa o del giro económico del empresario afectando sus relaciones sinalagmáticas, bajo el principio de la "par conditio creditorum" que -lentamente- también va sufriendo alteraciones a través de las "clases" de acreedores (7).

Se trata a la postre que los acreedores -de cualquier prestación de contenido patrimonial- queden sometidos al riesgo del giro económico del deudor, y que ese riesgo sea mayor según la clase de acreedor que sea, profesional, ocasional, financiero.

Aparece, aunque poco advertible, un *método de empresa* en la reestructuración de las relaciones jurídico-económicas (8). Los acreedores asumen el riesgo de la empresa, aunque conforme sus contratos los haya asumido el titular de esa empresa (9).

7) E.H.Richard "El Bien Jurídico Tutelado por el Derecho Concursal" en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba Años 79/80 p.261 y ss.; "Cuestiones a resolver por la reforma al régimen de concursos" en Doctrina Societaria, Ed. Errepar, Buenos Aires marzo 1995, n° 88, tomo VI pág. 851 y ss..

8) E.H.Richard "Fragmentación de la responsabilidad a través de los contratos de colaboración" en 4° IV Congreso Internacional de Daños, Buenos Aires 1995, relato en prensa.

9) Las sobretasas por riesgo cumplen la función de proveer a los acreedores un ingreso adicional para cubrir los costos implícitos ante eventuales dificultades de los deudores para cumplir con sus obligaciones. Pero en este caso puntual de la Deuda Externa, si el hecho eventual ya ha ocurrido, las sobretasas solo dificultarán más aún sus problemas, siendo contraproducentes. Esto está contemplado explícitamente en la legislación sobre quiebras, donde el objetivo es recuperar los montos invertidos con una tasa de interés baja sin sobretasas por riesgo.-

La mundialización financiera ha generado sus propias reglas, que se imponen incluso a través de organismos internacionales –sin ley escrita- que implica (consenso de Washington) en la inconvertibilidad de las deudas externas, libre circulación de los capitales, no imposición a los capitales y respeto total de la deuda externa (soberana).

Diacronia: estados de desarrollo no diferente. SINERGIA?

POLITICOS proclives a aceptar los mandatos de la comunidad globalizada, o mejor aún de los centros del poder real (**CORRUPCION**), sin advertir que están sembrando las simientes de su propia injustificación en su desempeño en el Estado, por la pérdida de decisión o de soberanía que aceptan.

*** 1.2. CULTURA, ETICIDAD Y GLOBALIZACION.**

Mapa de significados único?

Las estructuras jurídicas: common law y derecho continental.

El desafío a las ciencias jurídicas

Ciencias jurídicas y epistemología contemporánea. Aisladas. Procesalizada. Multidimensional.

Los grandes temas en las Ciencias Jurídicas positivas, obstáculo del enfoque multidimensional.

Legitimación de las normas: CONJUNTO DE VALORES QUE OPERAN COMO CRITERIOS O PRINCIPIOS DE JUSTIFICACION.

La pérdida de valores. El miedo y el individualismo.

Las reacciones sociales.....

Parece primordial EL VALOR UTILIDAD, generando así una fuerte tensión axiológica entre los valores utilidad, justicia y humanidad, puede decirse entre Derecho, Economía y Cultura (por eso he hablado de Derecho y Economía como el gran desafío del siglo¹⁰)

*** 2. LA CRISIS ECONÓMICA: ¿EL DERECHO?**

En este país soportamos hoy una profunda crisis llamada emergencia económica, o crisis financiera, frente a la cual parece difícil formalizar un juicio de predictibilidad. Particularmente por cuanto no manejamos variables de acuerdos políticos o económicos, lobbies, imposiciones desde las más altas esferas

¹⁰ Cfme. los trabajos de CIURO CALDANI, Miguel Angel y nosotros en el Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Córdoba 1999, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

extranjeras –políticas o financieras-, cuando no la propia incapacidad de nuestros líderes institucionales o no.

Los grupos económicos y las grandes corporaciones han ocupado el lugar que otrora tuvo una clase política ilustrada, con una visión del Estado, de la sociedad y de las instituciones, de la que sus sucesores carecieron. La ausencia de esa clase dirigente y de objetivos claros, del orden social pretendido puede frustrar varias generaciones y ahondar la sectorización económica de la población con todos los efectos nocivos, estructurales y coyunturales, que ello producen.

Se trata de mirar la realidad y el sistema jurídico, para determinar su congruencia y aplicabilidad.

Ese estado de la evolución de las normas del derecho privado patrimonial negocial, que acercan en nuestro país a una unificación de la legislación en el seno del Código Civil, derogando el Código de Comercio y dando nacimiento a un nuevo derecho mercantil¹¹ imponen un nuevo problema: la realización del derecho.

Volver a lo que nosotros llamamos el “viejo corazón del derecho comercial”, siempre renovado, en un doble esfuerzo: un derecho substancial más simple, configurando lo que llamamos la “economía del Derecho”, con menos normas pero más efectivas, librando las conductas a la autonomía de la voluntad en cuanto no infrinja el orden social pretendido, y cuando se adviertan desvíos o la necesidad de regulación disponer de técnicas normativas pluscuamperfectas.

La estabilidad no se logrará a través de las leyes del “mercado”, entretenido en meras especulaciones financieras, cortoplacistas, no solidarias, que intentan socavar a la Nación. La misma sólo podrá lograrse a través de la aplicación del sistema jurídico como orden del orden social pretendido. Y si intentamos recuperar el prestigio y la confiabilidad tanto de los ahorristas internos como de inversores internacionales es necesario dar seguridad jurídica a través de la estabilidad de las leyes y de la rápida solución de los conflictos. Es casi como un rezo de un viejo comercialista el volver al viejo corazón del derecho mercantil, de aquél que le dio impulso en la antigüedad: volver a los usos y costumbres como ética de los negocios, y a la justicia inmediata.

* 3. LA LEX MERCATORIA ó IUS MERCATORUM

Debe devolverse la eticidad del sistema y el equilibrio entre derecho y economía¹².

¹¹ Cfme. libro colectivo “Unificación civil y comercial: lo posible y lo conveniente”, Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1996, con nto. trabajo *Posibilidad y conveniencia de la reforma del derecho privado. Aspectos metodológicos*, pág. 61 y ss..

¹² Cfme. nto. *Derecho y Economía, el desafío del siglo XXI* en *El Derecho*, diario del 26 de febrero de 2002 y en Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, Córdoba 1999, nto. *El derecho en el Siglo XXI (visión de un comercialista)* pág. 779 y ss..

Si aparece como de usos y costumbres, como ética de los negocios, la obligación de negociar, incorporada a las Condiciones Generales de Contratación de la Unión Europea y de la UNCITRAL.

3.1. La *lex mercatoria* ha sido el concepto dogmático utilizado de los comercialistas para justificar el modelo único económico.

Frente a la revolución industrial y la posición marxista, se planteó hegemonícamente el modelo norteamericano –haz lo que yo digo más no lo que yo hago- de la *freedom of commerce clause*, cuya esencia fue la creación de un mercado internacional, prácticamente sin fronteras, denominado “economía global”, la privatización de todas las estructuras de producción que se encuentren en poder del estado, la desregulación total de la economía, asegurando la libre competencia.

El objetivo se logró rápidamente en la globalización financiera, con inconvertibilidad de la moneda de deuda, libre circulación de los capitales y mínima imposición de los mismos, inclusive a partir de la doctrina del “análisis económico del derecho”, desde donde se sostiene que todo recargo impositivo al capital o a la producción es trasladado a los precios y por tanto soportado por el consumidor.

Siguiendo este enfoque desde el punto de vista del análisis económico del derecho y como comercialista recalcar en la empresa, con la ideología de ese análisis que, a mi entender no una representa un escuela sino un mero método. Ello implicaría mostrar que desde esa ideología o metodología se sostiene que no debe imponerse ningún tributo a la empresa porque esta lo traslada inmediatamente a los consumidores. Me permitiría decir que si pueden hacerlo cuando no existe un mercado real de consumidores o cuando éstos están cautivos. Pues Uds. saben muy bien que cuando hay recesión empieza a alterarse profundamente esa posibilidad aún cuando exista un imposible mercado perfecto. También saben que cuando se altera profundamente la ecuación económica la empresa si no logra los resultados esperados, particularmente la extranjera abandona el país cumpliendo con todos sus contratos, pero también abandona la posibilidad de crear empleo que es uno de los elementos fundamentales de un país o plan sustentable económicamente. La otra visión de un comercialista es advertir que las empresas que se quedan en el país suelen trasladar los problemas a sus acreedores, generando concursos o quiebras. Desde el punto de vista del análisis económico del derecho como método podríamos señalar la ineficiencia del sistema concursal, que no sirve para solucionar el estado en cesación de pago, y suele agravarlo en la comunidad al interrumpirse la cadena de pagos.

No vamos a ahondar sobre el punto, tan paradójico y contradictorio, pero es evidente que se intenta trasladar la ineficiencia de la empresa a sus acreedores y la verdad que muchas veces quienes estaban en cesación de pago pasa a estar *in bonis* y los acreedores que patrimonialmente estaban muy bien pasan a quebrar porque no previeron la insolvencia y mientras tanto una doctrina ambigua trata de desencriminar a los administradores societarios que intentan trasladar esta insolvencia a sus acreedores.

Una doctrina ambigua que trata de extender la idea del riesgo empresario a la ineficiencia de los administradores. Y este problema lentamente, entronizado en la empresa privada pasa a trasladarse a la empresa pública o sea los administradores públicos pasan también a entender que la administración de los bienes públicos no le genera ninguna obligación de rendición de cuentas en una supuesta impunidad. Hay que recordar los escritos de Pedro J. Frías en los que se refería al dirigente público, también cuando recalca en los administradores de las empresas señalando sus deberes éticos. Aquella visión del análisis económico de derecho sobre la empresa frente a la globalización pasa también a generar una visión preocupante donde se advierte una suerte de endiosamiento de la acumulación financiera, y esto genera una análisis exclusivamente economista.

3.2. Dentro de este enfoque, que formalizamos en esta comunicación, corresponde referirse a la *lex mercatoria* dentro del proceso de globalización, para luego determinar a través del OBJETIVO DE LAS NORMAS el rol que puede cumplir para la civilización.

La globalización del Siglo XV se formaliza a través de las Ciudades Estado y el comercio transmurallas, particularmente el marítimo.

Volvamos ahora la vista al viejo corazón del Derecho Comercial, a su origen como categoría histórica, al separarse 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 que las corporaciones, con un marcado sesgo subjetivista, creen en su propio seno jurisdicciones mercantiles, desarrolladas por jueces comerciantes.

Nace así el *ius mercatorum* como un derecho impuesto en nombre de una clase, y no en nombre de la comunidad en su conjunto¹³. Jueces que a su vez aplicarán los usos y costumbres de los comerciantes como *lex mercatoria* entre comerciantes, y la resolución inmediata de los conflictos por tribunales de pares de las respectivas corporaciones.

Desde la Revolución Francesa, y con el dictado del Código de Napoleón, 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 sólo reconocidos cuando la ley lo acepta, y no han justicia diferenciada, y menos aún rápida.

La codificación también generó nuevas corrientes doctrinarias, abandonándose el *jusnaturalismo* e inclinándose por el positivismo, enamorados por la nueva legislación.

Ello impulsó los logros técnicos del Derecho Comercial, delineando su nuevo contenido.

¹³ Cfme. GALGANO, Francesco *Historia del Derecho Mercantil*, Editorial Laia, versión española de Joaquín Bisbal, pág. 45.

La Globalización económica tuvo su arma pacífica de invasión en la Organización Mundial del Comercio. Pero su existencia no exitó trabas a la importación del petróleo, subsidios agrícolas por parte de USA, y demandas boricratizadas en el marco del convenio de libre comercio.

La inversión de roles en la economía: los grupos financieros alteran el carácter accesorio de lo financiero ante lo económico. **Ante la globalización financiera, no se ha producido una globalización de la lex mercatoria, pese a que así nació, y no se pone coto a la especulación financiera. Es un problema de la educación, particularmente en las Ciencias Jurídicas y Sociales para acotar planteos economicistas, no de las ciencias económicas.**

3.3. Se trata de su internacionalización, auspiciada por al discutida OMC (Organización Mundial del Comercio), generando lo que ha dado en llamarse una nueva lex mercatoria, por dos vías. Una institucional por normas uniformes (actuación del UNIDROIT, UNCITRAL y otros organismos), en torno al crédito documentado, compraventa internacional de mercaderías, leasing, títulos valores, garantías abstractas ... 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 se determinan 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 lugar o institución determinados para ciertas contiendas; donde la parte dominante en estos contratos prevé el incumplimiento de la otra imponiéndole que otorgue garantías a primera demanda¹⁴. Esa tendencia a la internacionalización, donde el Estado pierde soberanía, perfila su unificación internacional, generando una lex mercatoria similar a los usos y costumbres de los comerciantes¹⁵.

3.4. El dominio del ius mercatorum se extiende, esencialmente, sobre los contratos y sobre las obligaciones derivadas de ellos, ámbito preferido de la actividad comercial¹⁶.

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, por considerarse normas inderogables o que componen el orden público interno de un país.

La estabilidad de las relaciones jurídicas, que caracterizan el sistema del derecho romano, es transformada –y aún se mantiene y se renueva particularmente por la influencia anglosajona- por la lex mercatoria bajo el principio de la absoluta libertad de formas en la conclusión de los contratos, en la

¹⁴ 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.

¹⁵ Un amplio desarrollo puede verse en ANAYA, Jaime Luis “La unificación del derecho privado. Un replanteo necesario”, pág. 50 y ss. Anticipo de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXV, segunda época número 28 (separata).

¹⁶ Cfme. GALGANO, ob. cit. pág. 50.

atipicidad legal de los mismos, llegando a configurar una nueva tipicidad: la que le otorgan los usos y costumbres (tipicidad social).

Y justamente, en sus orígenes, la financiación se efectuaba generalmente de manera societaria, bajo la figura de la *accomandita*¹⁷, que quizá es a lo que deberíamos retornar para evitar los excesos que ha generado la “mundialización financiera”¹⁸, devolviendo el financiamiento directo a la producción y el comercio, alejando las formas intermediadoras que no respondan a la estructura tradicional bancaria, para evitar la usura organizada a que están sometidos los países en desarrollo.

Como consecuencia de las exigencias tanto en disminuir los riesgos de la inversión como los riesgos de la producción se han generado nuevas técnicas de imputación de derechos, para las primeras con la creación de fondos fiduciarios, fondos comunes o fideicomisos, y para dividir riesgos de empresa usando técnicas de personificación, patrimonialización o de privilegios para multiplicar o alterar aquellos centros de imputación, advirtiéndose dos tipos de sistemas de normas (entre otros) respecto a:

- a. relaciones de cambio, que son dejadas de lado por el contratante dominante a través del contrato autónomo.
- b. relaciones de organización, con importantes logros en la legislación moderna, pero donde no aparece una sistemática clara en torno a esas relaciones, personificadas o no.

La enseñanza del derecho mercantil es frustrante, particularmente en las materias introductorias a la disciplina, ignorándose la realidad, tanto por su contenido como por la modalidad con que se imparte en la mayoría de los casos.

* 3.5. JUSTICIA EFICIENTE.

El problema es la crisis del descreimiento en el Derecho y la Justicia.

La justicia lenta, tanto en ejecuciones individuales como en concursos y quiebras, frustran la seguridad jurídica y las inversiones que pretendemos, y los contratos autónomos amparan a los contratantes con posición dominante y asfixian a la pequeña y mediana empresa. El proceso es demasiado rígido, lento y burocrático –se genera la montada de papeles y los costos improductivos tanto para el Estado como para los particulares-, por lo cual se produce una separación y ruptura entre lo que sucede en la vida práctica y real y lo que ofrece el orden jurídico, con el resultado contradictorio de que la aplicación del Derecho en la esfera mercantil se abandona, en buena parte, a la buena voluntad y a la honradez de los sujetos, porque el comerciante prefiere, en general, anular un negocio antes que iniciar un proceso¹⁹. Dejadados de lado los usos y costumbres de los comerciantes y la justicia inmediata, han desaparecido las razones socio-históricas de la separación del derecho comercial del *jus commune*. Por otra parte las normas del

¹⁷ GALGANO, ob. cit. pág. 57.

¹⁸ Pueden verse nuestros trabajos en la página electrónica de la Academia y en Diario Jurídico EL DERECHO del 6 de marzo de 2002 *La crisis argentina y la mundialización financiera* y en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires 2002, n° 198 en Estudios y Comentarios p. 351 *La mundialización financiera*.

¹⁹ ANAYA, ob. cit. textual pág. 54/5..

derecho comercial codificado se han introducido en el Código Civil, comercializando el *jus commune*.

El Derecho comercial, la *lex mercatoria* nació desde el subjetivismo: reglas y jueces propios. Para encarnar la ética y la justicia rápida para incorporar bienes a la economía (liquidación rápida ley 24522, siguiendo las reglas de la INSOL y del F.M.I., la prevención extrajudicial preconcertada con los grandes acreedores, que estimula el sistema norteamericano).

Ole Lando, después de poner de relieve la cantidad de países que han adoptado leyes de arbitraje sobre la base de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985 -cuyo artículo 28.1 abre la aplicabilidad de las reglas de la *lex mercatoria* escogidas por las partes-, invoca sucintamente las normas de los Códigos de Procedimiento Civil de Francia (art. 1496), Holanda (art. 1054) e Italia (art. 834) y de la Ley inglesa de arbitraje de 1996 (art. 46.1.b), así como decisiones de los Tribunales Supremos de Austria y Noruega, para mostrar la expansión de la tendencia a permitir a los árbitros la aplicación de la *lex mercatoria* aunque las partes no la hayan elegido.

En la Italia medioeval se plantea la *lex mercatoria* como un problema jurisdiccional, cuyos efectos aún subsisten en Francia, donde las Cámaras tienen comerciantes. Sólo se separó al empresario de los riesgos.....

Correlativamente con ello, es necesaria –absolutamente indispensable- una justicia inmediata, o por lo menos más eficiente, punto en que se encuentran concentrados esfuerzos de UNCITRAL, conforme informe que recibimos el 5 del corriente mes de julio del 2002 en la Universidad Nacional de Córdoba de la Profesora Aída Kammelmajer de Carlucci, quién participa de la Comisión respectiva.

Hoy el derecho es un “desconocido”, y la justicia no es eficiente –por lenta-, con un hipergarantismo generador de montañas de papeles que no honra las reglas del debido proceso.

En ese marco aparece la vocación de hacer primar el derecho por sobre especulaciones políticas o prácticas economicistas, como resulta de la Declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ante la actual crisis²⁰. Continúan las normas surgiendo vertiginosamente de varias fuentes haciendo imposible la presunción legal sobre el conocimiento del derecho, mientras con similar vertiginosidad se producen pronunciamientos judiciales con medidas cautelares autosatisfactivas o declaraciones de inconstitucionalidad, pero sin poder aún ejercer un juicio de predictibilidad sobre el resultado final de los pleitos suscitados, o por lo menos sobre la real ejecutabilidad de las medidas que se dicten. La predictibilidad permite suponer que aún continuarán las medidas cautelares judiciales autosatisfactivas, como señalan hoy las noticias: “Se complica el goteo al freno del corralito”²¹.

²⁰ Sobre el punto puede verse la declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ante la crisis, en su página electrónica <http://comunidad.vlex.com/acader>

²¹ La Voz del Interior 11 de julio de 2002 pág. 5ª, vinculándolo al juicio político a la Corte.

La inseguridad. La garantía a primera demanda: extrajudicial generadas por los trabajos de UNIDROIT implican ni soportar siquiera el arbitraje²². Ni los seguros son confiables.... Es que el hipergarantismo que se exagera en lo interno no es tolerable en el comercio internacional, ni para estimular las inversiones locales y menos las extranjeras.

Recién se insinúa una implantación de las “class actions”, eventualmente a través de la protección a los consumidores o la actuación de “defensores del pueblo”, pero no se ha generalizado en las relaciones mercantiles o financieras.

La adecuación del contrato como base de la regla internacional, frente a su onerosidad sobreviniente y además adelante del juez, o de un órgano jurisdiccional parece ser la tendencia.

Unidroit asume la disparidad de tratativas de negociación inmediatas en el conflicto generado en un contrato de duración, a través de sus PRINCIPIOS GENERALES DE CONTRATACION, incorporados como referencia o materialmente con ajustes, o las de Principios Europeos de los Contratos 6.111, o 6.2.1. del primero.

Existe un deber de renegociar el contrato, contratos de cooperación, deber de evitar la frustración²³, afectio contractual como afectio societatis, deber de cooperación, legítima expectativa a la readecuación. De no cooperar, ante ello exceptio non adimpleti contractus.

El contrato internacional esta por delante de cualquier legislación, imponiendo el arbitraje, o renegociar; pero si ello se hace abusivamente, impone resarcir el interés positivo. Las Reglas de Contratación de la Unidroit, se conforman a lo dispuesto por el art. 36 de ley de consumidor argentina. No se anula se mitiga.

Quizás debamos volver a los postulados comercialistas, al viejo corazón del derecho mercantil.... En primer lugar justicia rápida, no la justicia del poder ejecutivo señalada en el arbitraje de fin de semana en el caso Aerolíneas Argentinas, ni la de los arreglos ocultos en las renegociaciones, no al sistema judicial que no se corresponde en sus tiempos a la rápida respuesta que requiere el agraviado pese a que los jueces sean muy capaces ...; necesitamos una justicia que devuelva la confiabilidad y el respeto a los marginados, sean a los que se están excluidos del sistema o los que se autoexcluyen para trabar a la justicia; porque hay marginados por su situación económica y hay quienes se marginan por su situación de poder; se trata de asegurar una justicia rápida –y obviamente justa– como la que dio nacimiento al derecho mercantil: volver a los usos y costumbres

²² Cfme. Libro colectivo “Derecho Mercantil Contemporáneo. Comercio Electrónico. Arbitraje Comercial Internacional. Garantías independientes. Concurrency: la hora del Banlance” Editorial La Ley bajo la dirección de Ana Isabel Piaggi y Luis Alejandro Estoup, Buenos Aires 2001, y en particular nuestra posición a p’g. 283 y ss *La garantía a primera demanda y el crédito stand by*.

²³ CNCom. Sala C En el caso de contratos de adhesión, existe el deber de no abusar de su deber contractual, de evitar lo que afecte las bases del contrato. Se trata hoy de incentivar cláusulas que disparen la obligación de la negociación de las partes para evitar el conflicto. La ley de emergencia n° 25561 así lo introdujo normativamente.

con la concepción ética ..., la ética como actuación de lo que es costumbre hacer para hacer el bien. Ahora por la coyuntura se sostiene que tiene que haber déficit cero, pero lo que es indispensable, particularmente si queremos afrontar la estructura lo que tiene que haber es corrupción cero. No admito la posición de un comunicador social -que a veces manipula la opinión pública- que ha sostenido que si bien rechaza la corrupción un, puede ser aceptable si hay crecimiento económico. Y me permito afirmar, señores, que no hay crecimiento económico si hay corrupción: las compañías fuertes no vienen porque entienden que si hay pagos espúreos se elimina la competencia, se afecta la competitividad de nuestras empresas porque quien paga para obtener un beneficio esclaviza a los consumidores con el apoyo del Gobierno, aumentando el costo, y ahora tenemos, señores, costo argentino se servicios públicos..., que sin duda supera los porcentajes internacionales, y que es parte del costo argentino, por supuesto no declarado ni reconocido por la mayoría de los comunicadores sociales ni los economicistas, pues los pocos economistas libres si lo denuncian...

3.6. La coercibilidad de los “usos y costumbres” de los comerciantes.

Se abre así una luz: la imposición contractual de negociar el conflicto. Señalábamos más arriba que es un punto fundamental buscar la legitimación de las propuestas.

Ello lo hacemos después de distinguir algunos aspectos de la evolución actual de la ley mercatoria, que se funda en su transnacionalidad, como una suerte de derecho común del comercio, que deje de lado las respuestas nacionales, facilitando el desenvolvimiento de la globalización económica.

La CIDIP (Convención Internacional de Derecho Internacional Privado) estaría profundizando la brecha abierta por la Convención de contratos de la Comunidad Europea de 1994, en el sentido de dotar de "legitimidad" al "derecho" transnacional, en particular a la *lex mercatoria*.

Eso requiere disquisiciones sobre los fundamentos, la legitimidad y la aplicación de la *lex mercatoria*, la discusión es abstracta cuando las reglas que se identifican como pertenecientes a la *lex mercatoria* son "introducidas" en los textos convencionales o cuando éstos reconocen la eficacia de aquéllas, *per se* o a través de la voluntad de las partes.

Lo que caracteriza al "derecho" transnacional no es su origen en cuanto a quién lo elabora, la llamada "comunidad de comerciantes", sino en cuanto a su carencia de coercibilidad al no existir sanción por un poder público con potestad legiferante (de allí lo de derecho entre comillas), el objetivo mediato²⁴ de normas como la de los arts. 9.2 y 10 de la Convención interamericana sobre contratos de 1994 o algunas de las que presumiblemente adoptará la CIDIP VI sería, ni más ni menos, otorgar dicho carácter coercitivo a reglas que se han perfeñado en ámbitos "no oficiales" y que sólo son familiares para los “grandes” operadores del comercio.

²⁴"Mediato", porque todavía falta la ratificación o adhesión de los Estados para que tal carácter se concrete.

Es decir, que cuando un Estado o una organización internacional oficial procede a codificar normas provenientes del "derecho" transnacional lo que está haciendo, gráficamente, es quitarle las comillas a ese término, convirtiéndolo en auténtico derecho. La *lex mercatoria*, que no son más que los usos y costumbres, pasa a ser así derecho coercible²⁵.

La ley mercatoria, usos y costumbres y justicia corporativa, no ha generado una aplicación internacional como la que resulta de las tesis económicas globalistas, particularmente en la que ha dominado que es la globalización o mundialización financiera.

Ello ha generado un retraimiento de la aplicación de la ley mercatoria, que se aplica a través del contrato.

Hemos desbrozado que dentro del proceso de globalización la *lex mercatoria* se va incorporando lentamente al derecho positivo, coercible, a través de su recepción en el derecho interno, inclusive al permitir que la autonomía contractual deje de lado el derecho interno, o a través de convenciones internacionales a la que los Estados adhieren. No se aleja de ese proceso la incorporación de todos los Tratados Internacionales aprobados por la República Argentina a su Constitución Nacional.

* 4. LOS CONTRATOS. LAS REGLAS DE CONTRATACION.

“El contrato es un acto de fe” Jean Charbonier (Francia)

La globalización económica sustenta la autonomía de la voluntad, la posibilidad de inmunización de los contratos legislativa y procesalmente.

Como afrontar los cambios?

En el marco específico de los contratos, hay una suerte de retorno a la *lex mercatoria* —o sea a los usos y costumbres comerciales— con inmunización substancial y procesal en contratos predispuestos o por adhesión a normas de UNIDROIT u OMC u OMPI incorporadas a Tratados, inclusive eliminando las cláusulas de remisión de Derecho Internacional Privado que puedan existir en el derecho substancial elegido, y en lo procesal eliminando incluso los procesos arbitrales a través de “garantías a primera demanda”.

No nos hemos de referir a las particularidades que tiendan a asegurar cierta uniformidad en las prácticas lesivas, cláusulas abusivas, etc., generando una extensión o uniformidad de los respectivos ordenes públicos internos para dar seguridad y transparencia a la circulación económica o a los contratos transnacionales.

Fernández Arroyo señaló los efectos de la globalización y enmarcó un desafío, indirectamente a los juristas, por el rol del derecho para atenuar los efectos nocivos, y enrolándonos en igual sentido sostenemos que el derecho local debería brindar el mejor derecho elegible, y particularmente la zona Mercosur,

²⁵ La expresión corresponde a Diego Fernández Arroyo, en comunicación inédita.

para enfrentar legislaciones como la de Islas Caimán o de Mann, p.ej.. Se trata de escapar de las falacias de la “ley de mercado”, mercado en el que no actúan los grandes grupos económicos, que lo hace através de terceros que se arriesgan en el mismo (franquiciados, concesionarios, agentes, etc. o a través de monopolios de hecho concedidos por los países del segundo o tercer mundo).

Hoy aparecen standarizadas muchas relaciones contractuales o negociales:
Contrato de compraventa internacional
Leasing
Crédito documentario
Garantía a primera demanda (ver otras en libro)

No son identificables los Principios Generales de Contratación con la *lex mercatoria*, aunque puede haber muchas semejanzas.

La identificación de los Principios Generales de Contratación con la *lex mercatoria*, a pesar de colocar la cuestión en un punto para nada cerrado, particularmente en la doctrina europea²⁶, puede que facilite su puesta en práctica.

La toma en consideración de la *lex mercatoria* por parte de los *aplicadores*, importan que los Principios Generales de Contratación sean utilizados en la solución de las controversias contractuales suscitadas en ámbitos internacionales.

Los escollos más concretos para confiar en esa suerte de “Derecho” –que no constituye norma positiva- para la práctica del comercio internacional, es la clara determinación de cuáles son las reglas que lo componen y la legitimidad de las fuentes de las que emana.

Por ello, los Principios Generales de Contratación europeos, como los de UNIDROIT, al declararse como parte de ese “sistema” y hacerse parte visible del mismo ayudan a su conocimiento y adopción, aunque sea por vía contractual.

Su posibilidad también resulta, por ejemplo, del art. 23 del Reglamento (CE) 44/2001²⁷, que permite la elección del juez competente “en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”.

En sede judicial la *lex mercatoria* sigue sin gozar de la acogida que se le va dando en el arbitraje. Incluso en éste ámbito lo que no plantea ya grandes discusiones es su aplicabilidad cuando las partes voluntariamente la introducen en

²⁶ Hemos tenido acceso a un interesante trabajo inédito del Catedrático de la Complutense de Madrid Diego Fernández Arroyo que rescata la visión del problema desde el Derecho Internacional Privado.

²⁷74) (y antes en su precedente, art. 17 del Convenio de Bruselas). La decisión TJCE 16-3-1999 C-159/97 (Transporti Castelletti c/ Hugo Trumpy) sirve para mostrar el alcance de la disposición. En ella el Tribunal declaró válida la cláusula de sometimiento a un tribunal de Londres incluida en inglés y en letra pequeña (aunque legible) en el reverso de varios conocimientos de embarque, en un litigio entre dos empresas italianas que no presentaba ninguna vinculación con el Reino Unido, considerando que se trataba de una forma de sumisión expresa “conforme a los usos”. Ver también TJCE 10-2-1997 C-106/95 (MSG c/ Les Gravières Rhénanes).

sus contratos, mientras que la aplicación “espontánea” de la *lex mercatoria* por parte del árbitro –no mediando la voluntad de las partes- parece tener mejor acogida en un sector de la doctrina que en leyes y jurisprudencias estatales²⁸.

En el ámbito institucional, público –el de las jurisdicciones estatales y las normas positivas-, ni siquiera el libre acuerdo de las partes contratantes acerca de la aplicación de la *lex mercatoria* resulta eficaz en la generalidad de los casos. Puede gustar o no, pero es difícil discutir que el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales sólo admite la elección de una ley estatal, y que, aún cuando se permita el recurso a la *lex mercatoria* por la vía de la autonomía material o incorporación, su aplicabilidad estaría supeditada a la no contradicción con las normas materiales imperativas de la *lex fori* y de terceros Estados, en su caso.

Las propuestas sobre la adición al art. 3.1º del Convenio de Roma de un párrafo autorizando expresamente a las partes a elegir los Principios de UNIDROIT o los Principios europeos reconoce la existencia de aquella limitación.

Lo que aparece como claro es que allí donde las leyes o la jurisprudencia admitan la aplicación de la *lex mercatoria* por árbitros o jueces, los Principios (tanto los europeos como los de UNIDROIT) gozarán de observancia privilegiada; y donde exista mayor resistencia o indiferencia a las reglas transnacionales, las que tendrán más posibilidades de ser aplicadas son las contenidas en los Principios.

En esta coexistencia entre Principios Generales de Contratación y *lex mercatoria*, serán los primeros los que podrán introducirse en el contrato por vía de derivación, en cambio los segundos deberán ser incorporados, en cuanto no existe unidad normativa que asegure su existencia.

Es lo que se llama la esclerotización del derecho, cuando las prácticas comerciales intentan ser recogidas en cuerpos normativos, mediante procedimientos rígidos, que fatalmente conducen a que soluciones de buena calidad se pierdan en el camino de las lógicas transacciones y el no tan lógico pero comprensible apego a las soluciones propias que presiden dichos procedimientos.

Los Principios Generales de Contratación europeos coexisten tanto con sus parientes de UNIDROIT como con las normas materiales de origen convencional contenidas en el Convenio de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías. En cuanto a la relación con los Principios UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales²⁹, lo primero que puede observarse es que desde el título mismo éstos parecen señalar un ámbito material más restringido que el de la obra europea, cuyas reglas resultan aplicables “como reglas generales de Derecho contractual en la CE”³⁰.

²⁸(76) Sin embargo, Lando, *The Principles* (Liber Amicorum Siehr) cit., 402 s.

²⁹23) Casi desde el momento mismo de la publicación de la obra de UNIDROIT y de la Primera Parte de la europea comenzaron a publicarse trabajos comparativos. Así, A.S. Hartkamp, *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*, ERPL, 1994, 341 s.; R. Zimmermann, *Konturen eines Europäischen Vertragsrechts*, JZ, 1995, 477 s.

³⁰24) Art. 1.101.1º. Ver Castronovo, *Il diritto europeo* cit., 1021. Para Bonell, *The UNIDROIT Principles* (Essays Goode) cit., 96, se trata de la divergencia más significativa, que encabeza su lista de “divergencias de política legislativa” (lógicas, dado las diferencias de fondo entre un espacio regional de

Sin embargo, la definición amplia de los “contratos comerciales” que se hace en el comentario núm. 2 a continuación del Preámbulo de la obra de UNIDROIT, mitiga en parte ese distinto alcance material³¹. En particular, dado que los supuestos de aplicación previstos para sendos cuerpos han sido fijados en unos términos bastante similares, dejando un amplio margen de apreciación al juez o árbitro sobre la cuestión, no es descartable la producción de situaciones en las cuales la determinación del régimen legal aplicable al contrato concreto aparezca como especialmente confusa o problemática, lo cual podría causar resultados indeseables (por lo imprevisibles) cuando las soluciones consagradas en ambos no sean coincidentes³².

Pero, junto a esto, la habitual confrontación entre el carácter *soft* de los Principios y la rigidez del texto vienés³³ debe matizarse a la luz del carácter facultativo consagrado en el art. 6 del último, que no sólo permite a las partes dejarlo totalmente de lado, sino también “establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”³⁴.

* 5. DERECHO.Y ECONOMIA: El desafío del Siglo XXI!

Afrontamos en esta parte del ensayo la postulación de la convocatoria de este Congreso Internacional en Santiago de Chile.

El neoliberalismo, por lo menos en nuestro país, pretende hacernos creer que es necesario primero consolidar un modelo económico donde la desregulación y la no injerencia del Estado van a optimizar la redistribución por el mercado y sostener que llegará a todos los rincones de la tierra con sus beneficios, sin embargo realiza esta transformación con la postergación del derecho de los marginados, quiebras y desempleo y se coloca a la economía al servicio de la economía misma como algo centrípeto. El punto me sigue preocupando porque se lleva a un endiosamiento del capital y hasta se llega a sostener que hoy existe un modelo único que inclusive se intitula como capitalista. Y como intelectuales revuelve nuestro interior esa palabra, porque el capital -al que mucho respetamos-

integración y uno que se pretende universal), por oposición a las “de naturaleza técnica”.

³¹25) Kessedjian, *Un exercise* cit., p. 667. Pero de cualquier modo, los contratantes aludidos en los Principios UNIDROIT son los “profesionales” y no, por ejemplo, los consumidores. Ver Bonell, *The UNIDROIT Principles* (Essays Goode) cit., 96 y 98-99.

³²26) Kessedjian, *Un exercise* cit., 668 s., se refiere a la “pesadilla de hipótesis” en la cual las partes eligen los Principios UNIDROIT sin excluir expresamente los Principios europeos, a la vez que se refieren a la *lex mercatoria* o a “otra expresión similar”; en esos casos, supone la autora, “un juez o un árbitro podría eventualmente decidir que los Principios europeos son más adaptados a la operación en litigio y que él prefiere aplicar antes éstos que los Principios Unidroit”. El ejemplo de solución divergente al que se refiere es el de *hardship* o cambio de circunstancias. No obstante, la falta de coincidencia total entre ambos textos es perfectamente explicable por el diferente ámbito espacial y material de aplicación y por la diferente política legislativa que informa a cada uno de ellos. Así y todo, debe aclararse que de los 119 reglas contenidas en los Principios UNIDROIT, alrededor de 70 tienen una correspondencia con reglas de los Principios europeos. Ver M.J. Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, Unif. L. Rev., 1996, 235 s.; Id., *The UNIDROIT Principles* (Essays Goode) cit., 90.

³³27) Bonell, *Verso un codice* cit., 180 s.

³⁴28) Con la salvedad de la exigencia de forma escrita prevista en la legislación del Estado donde se encuentre el establecimiento de una de las partes, pero únicamente para los Estados que hagan la declaración prevista en el art. 96.

no es sino una parte del proceso económico. Hablar solo de capitalismo es desconocer la capacidad de los administradores de empresa, de los asesores, de los intelectuales y de la fuerza material del trabajo. Por eso cuando se habla del costo argentino a veces solo se mira el costo salarial y no se mira el costo del capital por ese endiosamiento que estoy subrayando. El capital debe participar del reparto económico, pero de ninguna forma ser la fuerza centrípeta de ese reparto.

Obsérvese que en la organización económica hoy juega un importantísimo rol un nuevo contrato el de subprovisión, y en Europa se ha limitado el financiamiento que los subproveedores dan a la gran empresa proveedora poniendo un tope de 60 días; en la Argentina solo se intentó titularizar la deuda respetando integralmente los plazos que la autonomía de la voluntad o la posición dominante impusiera, pero las fuerzas económicas dominantes se opusieron a esa titularización de la deuda. Recuerden sino el sistema de factura de crédito.

También se endiosa el capital cuando se aceptan para la Argentina un sistema que su legislación prohíbe el “leveragge by out”, el apalancamiento de los socios de una sociedad con el patrimonio de la empresa de la cual son propietarios de una parte. , y tenemos un caso paradigmático que es el de Aerolíneas Argentinas que por un “arbitraje de fin de semana”, absolutamente ilegítimo, se dejó en quiebra desde el año 1992 a esa Aerolínea debiendo soportar nuestro Estado y los trabajadores esa práctica ilegal.

Es constatable también el alto costo del capital en la Argentina, que aleja la actividad productiva, alto costo que elimina toda posibilidad de competitividad de la empresa que no acceda a crédito internacional. Cuando en ocasión de regularse la tarjeta de crédito me pidieron una opinión sobre las posiciones entre los bancos, los titulares de tarjeta de crédito y las organizaciones de consumidores, dije miren es banal el problema lo que tienen que fijar es un delito de usura objetivo, que tasa de interés constituye usura en Argentina? Y sigo preguntándome que es usuro en la Argentina, cual es el límite? El que fija la justicia en algunos casos que puede llegar hasta el 30 % en algunos fallos que hemos podido revisar o el que se fija contractualmente que en algunos casos alcanza el 72 %, la empresa argentina está fuera de competitividad. Claro hay una predilección por lo financiero y no se advierte que lo financiero necesita una economía fuerte para poder participar.

Lo financiero es absolutamente accesorio de lo económico, ayuda a la economía pero si no hay crecimiento económico no puede haber de ninguna manera posibilidades para el sector financiero, el sector financiero inclusive será arrastrado a la quiebra. Hay que fijarse en la política monetaria de Estados Unidos que recauda fondos de todo el mundo a través de los bonos del tesoro, cuando hay recesión en su país baja la tasa para tratar de dirigir las inversiones a las inversiones productivas y no meramente a las financieras y este año ya bajó varias veces las tasas para dirigir la economía no creyendo en las reglas del mercado, y teniendo bien en claro que cuando las tasas de interés son superiores al PBI (“producto bruto interno”) la economía es liquidada y cunde la pobreza y el desempleo.

En el año 87 las Academias Nacionales de Derecho realizaron un Encuentro sobre este tema de Economía y Derecho. En ese momento en el mundo ya

empezaba a introducirse, quizás no todo lo legítimamente que correspondería, sino solapadamente la idea de las privatizaciones de los servicios públicos y de los servicios que no tenían competencia, o sea que tenían mercado cautivo. Empezó con la Bell Telefonica en la década del 80 en Gran Bretaña y recuerdo que estábamos conquistados por la idea de las privatizaciones.

La visión que tenemos ahora no es precisamente la misma, es posiblemente una visión catastrófica la que nos inunda en este momento, desde la coyuntura –o falta de estructura- que vive nuestro país.

Para afrontar la crisis Argentina en los últimos meses no hubiera hecho falta los 2500 gendarmes y más de 10.000 policías movilizados para encauzar el movimiento piquetero, sino 200 gendarmes para allanar las 200 cuevas de banca off shore ilegítima, que practican el “doing business indirecto”, que existen en nuestro país y que quizás el Presidente no las conozca, pero que sin duda cualquiera de los sucesivos Ministros de Economía y hasta el más novel de los ordenanzas de ese Ministerio conocen su ubicación exacta en el resto del país y la actividad ilegal.

Claro es que esto está vinculado a ese descreimiento del derecho, a no cumplir las normas, a un criterio ambiguo del rol del derecho y de nuestra propia Corte Suprema de Justicia en su mayoría automática. La posmodernidad utilizó como método la lógica de la abstracción, como proceso y resultado investigativo, como ya se había hecho a principios de la modernidad como señala Albert Subouc en “La Francia de Napoleón”, presentando al derecho desde ese discurso, el derecho aparece como una cuestión de fin en sí mismo, como ahora la economía y sirviéndole el derecho. La exaltación de la individualidad aparece en reemplazo de la socialización de los derechos, se evita la reflexión epistemológica, de esparcir conceptos separados o discontinuos aislados del contexto de su incidencia en lo social.

El derecho no se puede construir en la dogmática de la abstracción, de espaldas al hombre, como erudita ilustración, como critica Reinhart Koselleck en “Historia Magistra Vitae” sino dentro y no fuera del fenómeno social, como orden del orden social pretendido, y el jurista no puede ser neutral en torno a ello.

Lo que necesitamos es un derecho confiable, una economía del derecho: menos normas pero más efectivas. Hernando de Soto en su famoso libro “El otro sendero” describe las inseguridades jurídicas en una impenetrable jungla normativa de decretos provenientes de diversas fuentes que conducen a la ineficacia de la administración y la carencia de ethos burocráticos generan la imposibilidad de asegurar la vida económica y llevan a los poderes empresariales a sumergirse en la oscuridad de una economía sombría cuando no de una economía corrupta porque necesitan comprar los favores de la burocracia para romper con las barreras burocráticas del derecho. Montesquieu en el “Espíritu de las leyes” afirmaba la libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene de su seguridad y para que tenga esta libertad es necesario un gobierno tal que un ciudadano no pueda temer a otro ciudadano, pero ahora la ciudadanía le teme al Estado.

Por eso creo que hay que tener muy en claro el doble rol del derecho. Su rol en el ámbito de la autonomía de la voluntad que regula el campo de lo contractual, el campo accesible, el campo fácil, donde la libertad gesta la norma y la propia aplicación del derecho. Y el otro rol, en las normas de derecho de la economía que tratan que el Estado con una mínima intervención asegure los objetivos del orden social que pretenda, gestando el orden público. El resultado actual es, como lo describió el filósofo argentino Carlos Nino, un país al margen de la ley y esto a mí me preocupa muy particularmente. Decía también que había un descreimiento en la justicia, agregado al descreimiento en el derecho. Y aparentemente la ineficiencia de la justicia es advertida por el poder ejecutivo en actos concretos. En primer lugar en las últimas leyes impide al poder judicial que intervenga. Aparentemente entiende que el poder judicial solo entorpecería el orden social que pretende el poder ejecutivo, en segundo lugar en vez de recurrir a la justicia usa sistemas de mediación y arbitraje como el que usó en el caso de Aerolíneas Argentinas en un fin de semana para aceptar la administración ilegal, a lo que me referí hace unos minutos. Y ahora como lo hace continuamente con la eufemística llamada renegociación de los contratos de privatización o de concesión. He tenido la posibilidad de acceder en estos días al dictamen de un jurista argentino muy importante, advertirán que estoy omitiendo expresamente nombres porque creo que lo que hay que describir son los hechos jurídicos y no los personalismos o inclusive para señalar a los que el público ya señala, pero este importante jurista argentino académico de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba ha marcado como representante del gobierno en la Comisión de Renegociación del contrato de Aeropuertos Argentinos la ilegitimidad de todo acuerdo posterior de un contrato de derecho administrativo por su propia naturaleza. En cuanto miremos para atrás y advirtamos el costo argentino que resulta de la renegociación continuada de los contratos privatizados, apreciaremos la problemática.

La economía es la ciencia de la producción, generación y distribución de la riqueza, vaya.... , esto es importante porque si hablamos de economía este es el punto central y el derecho no es el orden social como bien dice Frias sino el orden del orden social y lo que necesitaríamos es administradores estratégicos, si es que los políticos no se animan a serlo para que nos indiquen que orden social pretenden instaurar en nuestro país. El contrato político o de administración de políticos debería indicar a la ciudadanía que orden social van a tratar de imponer y al mismo tiempo mostrarles las dificultades del camino, cuando los políticos marquen el orden social las ciencias económicas y las ciencias jurídicas los tienen que ayudar a cumplir ese orden social, pero no puede actuar la economía, perdón ... parte de la economía: lo financiero como eje centrípeto del problema argentino.

¿ Qué orden social pretendemos? ¿Qué orden social pretender generar nuestros gobernantes? No lo sé; yo lo tengo bien en claro..., pero les juro que estoy inmerso en una situación que no sé que orden social pretende nuestra comunidad. Los ejércitos, la penetración a través de las Compañías de Indias han sido reemplazados por la organización mundial del comercio (OMC), la organización mundial de la propiedad industrial (OMPI) que sin duda muy bien inspirados en ideas jurídicas generales, están previstas para mercados perfectos, para que actúen dentro de la intervención de supuestas leyes de mercado que, conforme señalan ciertos ideólogos, dejándolas actuar solucionarían todos los problemas..., pero esto

significa libre competencia, igualdad de situaciones... ; y no existe tal igualdad ni entre los países ni entre las empresas, ni entre los ciudadanos... . Y allí, en paliar esa falta de igualdad, se encuentra el rol de un Estado postprivatizador pequeño pero eficiente, evitar las diferencias, compensar las dominaciones....

Nuestro deber como juristas es, como señalaba Joaquín Garriguez, mirar la realidad, quizá no formalicemos ofertas de soluciones, pero evitaremos la profundización de la crisis que la globalización financiera impone en el mundo. Crisis económicas hubo ya en el año 1873, y antes... Avellaneda ya decía que había que cumplir la deuda pública externa aún sobre la sangre de los argentinos ..., contestándole Vicente Fidel López pintando como el librecambismo del año 1810 había destruido las economías provinciales ..., no les quiero abrumar con la transcripción de sus palabras.

Desde la latinoamericanidad que está centrada en los Andes quisiera lanzar un planteo para las Universidades, un planteo para devolver la confianza en el sistema jurídico y en el sistema judicial, y hacerlo desde las universidades no solo del derecho, pues el rol de las ciencias económicas es el de generar, producir y distribuir la riqueza; no sectorizar la riqueza porque sino no hay mercado. Podría hablarles mucho del mercado ... está escrito en estos libros que dejo. El mercado no existe como nos lo presentan; justamente los grandes grupos económicos que hablan de las leyes de mercado son los que huyen de esas supuestas leyes a través de los contratos de franquicia, de concesión, de agencia. Son las pequeñas empresas las que afrontan el mercado. Los grandes grupos económicos inclusive lo afrontan a través del mercado cautivo de los servicios públicos privatizados del mundo.

Que rol pretendemos agregar a los propios de las universidades? En primer lugar terminar con el mito que no hay otras soluciones, que hay un único camino económico a seguir, las universidades tienen la posibilidad de mostrar que hay varios caminos, olvidémonos de la críticas, construyamos juntos el país en el consenso, como sostiene vos Pedro (Frías), ese es un rol de la *universitas*. Otro rol es principalmente jurídico, pero también otorga participación a los ingenieros, economistas, sanitaristas: auditar las empresas privatizadas y concesionadas; no para reever políticamente los contratos. Demostremos la capacidad de Argentina de dar seguridad jurídica en la continuidad de los contratos, pero aseguremos integralmente que se cumplan, que las concesionarias cumplan sus prestaciones respecto al correo, aerolíneas, aeropuertos, telefónicas, que se declare la ilegalidad de algunas negociaciones contrarias a los contratos. Y tercero devolvamos la confianza de los marginados, que no encuentran justicia, mejor dicho que no creen en la justicia, convirtiéndonos en un receptáculo de las denuncias de corrupción.... Corrupción cero.... Las universidades deben recibir las denuncias de corrupción o de ilegalidad, pero no para sustituir a la justicia sino para ayudarla, para analizarlas rápidamente, eficientemente y presentarlas como una requisitoria al fiscal o al juez que corresponda.

* 6. LA GLOBALIZACION FINANCIERA.

**“Un mercado de dinero organizado tiene muchas ventajas, pero no es una escuela de ética social ni de responsabilidad política”
R.T. Tawney, pág. 47. RIESGO CALCULADO por Katherine Neville 9ª. Edición, España 2000**

Contemplamos desde Latinoamérica una zona de desastre. El pensamiento único ha impuesto un modelo económico cuyos efectos se alejan de los prometidos.

Desocupación, subocupación y miseria es el resultado. La seguridad se aleja, tanto la material como la jurídica.

El juego de bolsa, la especulación financiera se ha entronado, el 86% de las transacciones financieras no responden a financiamientos a la economía sino a meros movimientos financieros especulativos, compra de humo, que sin duda pueden volatilizarse³⁵.

Correlativamente un extraordinario desarrollo de los títulos valores, en su concepción dogmática como en la práctica, incluso de los “títulos derivados”, de la securitización a través de fideicomisos y títulos participativos, y de fondos comunes de inversión, incluso lanzados hacia la seguridad social con dudoso resultado en nuestro país.

Como devolver la confiabilidad? Existe alguna respuesta desde el derecho?.

Quizá volver acotar lo que se reconocía anteriormente como operaciones prohibidas de bolsa³⁶, y mirar las relaciones participativas o asociativas para canalizar las inversiones financieras.

Este es el punto: la transformación del financiamiento a través de negocios participativos, vinculando la clase rentística a la empresaria. Se trata también de mirar el viejo corazón del derecho comercial, la figura de la *accomandita* podrá ser recreada con las relaciones de cambio tradicionales: mutuo, licencia, locación, con participación sustitutiva de intereses fijos, o negocios asociativos, e incluso las múltiples formas societarias, o de acreedores societarios vinculados a la financiación directa: bonos, debentures y/o obligaciones, subordinados o no.

Claro que no puede hablarse de reglas o Principios Generales de Contratación referentes a entes personificados.

Pero sí es labor de los juristas construir sistemas más simples, más comprensivos, más seguros, más confiables.

Es hartó sabido, y la historia de estos últimos 60 años lo demuestra suficientemente que la política rígidamente monetarista puede sanear

³⁵ Pueden verse nuestros trabajos en la página electrónica de la Academia y en Diario Jurídico EL DERECHO del 6 de marzo de 2002 *La crisis argentina y la mundialización financiera* y en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires 2002, n° 198 en Estudios y Comentarios p. 351 *La mundialización financiera*.

³⁶ Para el análisis de las normas del Código de Comercio que quitaban efectos a las operaciones de juego de bolsas, que se mantuvo hasta que se dictó la ley 17.711 sobre oferta pública de títulos valores, puede verse RIVAROLA, Mario “Tratado de Derecho Comercial Argentino”, Buenos Aires 1938, pág. 265 y ss..

precariamente las cuentas públicas de un país, pero a la vuelta de los días termina por arrojarlo a una recesión de costo social incuestionablemente superior. Keynes sostenía que, en determinadas coyunturas, es aconsejable una política fiscal expansiva, aunque aumente transitoriamente el déficit. Estados Unidos es una prueba de ello. Sostiene Zamagni “La primer área de responsabilidades, es la obsesión argentina por los aspectos financieros de la economía... hay muchas personas preparadas para la ingeniería financiera, pero pocos expertos en economía real, para diseñar una política industrial, de competitividad o de innovación”.

La crisis es hoy de inseguridad jurídica. Una visión cortoplacista y economicista actúa en la coyuntura, mientras no se enfrenta la estructura del problema, delineando un orden social. Un exceso de normas atenta contra la Economía del Derecho y un sistema de justicia lento alienta un incumplimiento ya sociológico. Debe volverse al viejo corazón del derecho comercial: los usos y costumbres como ética de los negocios, y la justicia inmediata para devolver la riqueza al circuito económico.

La inseguridad jurídica desalienta la inversión y alienta la especulación financiera que es un flagelo mundial. Las inversiones son en gran parte humo que puede volatilizarse en cualquier momento. Después de escrita esta comunicación se ha iniciado el estallido que se pronostica y desde la Bolsa de Nueva York, a la crisis del Nasdaq se agrega hoy la de las grandes compañías Enron, Xerox, El Paso Corporation y World Com –entre otras- que dibujaban sus activos gracias a auditores complacientes.

El crecimiento vertiginoso de World Com, Enron, Vivendi, Tyco y tantos otros grandes nombres de Wall Street, que en su momento fueron el asombro y la admiración del mundo entero como líderes de la globalización, dejó paso a quiebras monumentales y a la caída de ejecutivos que percibían ingresos anuales por decenas y centenares de millones de dólares. Y por cierto, también se sospecha de renombradas auditoras, algunas de nombradía mundial, que acreditaban una transparencia y una confiabilidad aniquilada también por ejecutar manejos dolosos, como la destrucción de documentación comprometedora en un intento por salvar a clientes incurridos en maniobras delictivas, o de informar reticentemente a los organismos de control o a los accionistas minoritarios (externos). La aplicación del Dto. 677/01 de transparencia en las sociedades que hacen oferta pública de sus títulos valores no parece haber alterado el comportamiento de quienes integran grupos económicos y una red de sociedades.

Si los Estados Unidos, y por arrastre la Unión Europea, se han decidido finalmente a lanzar una campaña de limpieza de los establos de las gigantescas corporaciones comerciales y financieras, es de estricta justicia esperar que estas operaciones de saneamiento se extiendan también al esclarecimiento de las circunstancias y modalidades en que se crearon las deudas que hoy agobian a decenas de naciones, o por lo menos al crecimiento exponencial de esas deudas.

Se trata de una crisis del modelo global, concebido erróneamente sobre la especulación financiera, abandonando a los sectores productivos, más sólidos pero que no ofrecen espectaculares ganancias a corto plazo. Las altas tasas de interés o

rendimiento de los “productos” financieros impiden la formulación de proyectos productivos a largo plazo y destruyen los actuales.

En nuestro país la gravedad generada por una actividad bancaria ilegal (indirect doing business), no sólo destruye el sistema bancario legal, sino que ha destruido la actividad productiva, causando desempleo y quiebras.

Es paradójico que aunque se asegure el pago de la deuda externa, se castigue con altas tasas de interés –enmarcadas como tasa de riesgo país- que justamente impiden el leal cumplimiento de la deuda legítima.

La crisis argentina constituye un claro campo para recoger experiencias, por la eliminación progresiva de la actividad productiva, la cual genera desocupación y subempleo, como resultado de la globalización financiera. Esto, a su vez, es consecuencia del desincentivo que produce la inversión en “productos” financieros cuando estos rinden más que la actividad productiva en sí, lo que se potencia con la corrupción y actividades especulativas cortoplacistas. Sólo una reacción ética, de solidaridad social y asunción del rol de la dirigencia, que deberían impulsar los intelectuales, puede cambiar el rumbo.

*** 7. LIMITES DE LA LEX MERCATORIA.**

La circulación de personas contrasta con una naciente xenofobia, y es parte del problema el derecho de extranjeros de asociarse –y particularmente los “extranjeros” nacionales de la Zona Mercosur- y que esa sociedad no sea discriminada. No obstante, ello no ocurre en las relaciones de organización en la República Argentina, pues la influencia de la globalización financiera ha asumido que lejos de dar a las sociedades extranjeras –y a las relaciones de organización- un trato igualitario a las nacionales, se privilegia a aquellas y se carga de recaudos la constitución o funcionamiento de éstas.

Las relaciones de organización no son alcanzadas por la lex mercatoria, ni son totalmente disponibles a la autonomía de la voluntad, pues se corresponden a relaciones que generan centros de imputación, reservados a la normativa del derecho de cada país.

¿Que son las relaciones de organización? Genéricamente aquellas donde no se agota en forma inmediata las relaciones negociales. Con este amplio criterio se engloban una serie de relaciones.

El tema esta vinculado a la función de los contratos. Los más comunes son los contratos de cambio de titularidad, o de transferencia de uso, o de función de garantía o financiera, o de colaboración gestoria, o de prevención.

Al lado de ellos los que tienen una función de colaboración asociativa, o las redes contractuales que tienden a asegurar diversos negocios, en muchos casos de colaboración asociativa más compleja.

Para la organización de un negocio se usan multiplicidad de contratos.

El fenómeno de las redes contractuales para negocios complejos, de carácter asociativo, participativo y/o de colaboración.

Apuntamos específicamente a algunas de las relaciones de organización, normalmente llamadas asociativas donde las partes tienen todas similar posición (participes o socios), sin que de ello resulte que el negocio queda personificado.

Las relaciones de organización se vinculan a técnicas que generan centros de imputación (personificación, etc.) o de responsabilidad (sociedad de hecho, imputación aditiva, etc.).

Son las relaciones o contratos plurilaterales funcionales, o sea aquellos donde las vicisitudes de una relación no afectan al negocio en total.

Respecto a ellas no existe sistemática ni uniformidad en la propia legislación interna.

Las normas de las relaciones de organización son introducidas por el derecho a través de normas sobre sociedades, originariamente la anónima y luego acercadas desestructurada y aluvionalmente en el derecho general de las sociedades o tímidamente en algunos códigos.

El Código Civil se refiere a actos singulares no genéricos, a relaciones bilaterales aunque con partes plúrimas, y no a relaciones genéricas, funcionales, donde todas las relaciones tienen una causa única, generando un efecto grupal, con aspectos colectivos, trasindividuales que empiezan a ser afrontados dentro de aquellas con un método diverso de ordenamiento jurídico de organización o de empresa (37).

Se trata del Derecho Privado colectivo (38), que va reconociendo las relaciones de organización.

Los contratos de colaboración en red imponen una normativa de aplicación general, las relaciones de titulares dominiales con vínculos de conexidad contractual, se crea una situación derivada de esa conexidad. Dentro de ellos debe rescatarse la diferencia entre la relación de cambio que surge entre el consumidor y su prestador, del elemento grupal que asiste al prestador, que impone ver la relación como una "institución" (39). La noción de grupo surge cuando se da la noción de sistema, es decir, de un conjunto de partes interdependientes funcionalmente de modo tal que una no puede existir plenamente sin el concurso de las otras. se necesita entonces de una coordinación que genera un deber de cada una de las partes de contribuir al sostenimiento del todo.

Se advierte así la necesidad del dictado y reordenamiento de normas para relaciones de organización, imponiendo en la legislación mercantil el método de empresa o de organización, que trata de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad (40), según su funcionalidad. Se debe escapar en este sistema de las relaciones de cambio o de mercado, para atender no la relación jurídico sino el plexo de la actividad que se desarrolla organizadamente en el mercado para satisfacer al consumidor. Así se conmovió la limitación de legitimación a los partícipes en una relación, la distinción entre la responsabilidad contractual o extracontractual, la limitación de la responsabilidad al daño reclamado para incorporar la noción de daño punitivo, la actividad colegial en la organización empresaria o frente a la insolvencia de un deudor común.

No es posible sustraer la aplicación del derecho nacional sobre las relaciones de organización (empresa, establecimiento, sociedad). Ello se encuentra vinculado a un tema original de "orden público" cual era la "concesión de la personería jurídica a las sociedades.

Por ello el derecho de la organización debería armonizarse dentro del Mercosur para asegurar el establecimiento de actividades productivas y su movilidad dentro de la zona. Para ello es necesario tomar conciencia que el sistema

³⁷⁾ Ello no obsta a que se pueda distinguir, en esa causación, entre el interés social previo: que el patrimonio social sea utilizado para el ejercicio de la actividad económica que es el objeto de la sociedad, entre el interés intermedio que la actividad económica se dirija a la obtención de beneficios, y del interés social final que los beneficios sean divididos entre los socios. Cfme. GALGANO, ob. cit. pág. 213.

³⁸⁾ Cfme. LORENZETTI, Ricardo Las normas fundamentales del derecho privado, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1995 p. 147 y ss..

³⁹⁾ Cfme. Lorenzetti p. 154. El tema ya lo habíamos analizado en nro. Sociedad y contratos asociativos, cit..

⁴⁰⁾ Cfme. Lorenzetti ob. cit. pág. 153 y ss..

jurídico fue construido para las relaciones de cambio, dentro del que van irrumpiendo inorgánicamente normas de organización.

La UE, partiendo de ese mismo punto se ha limitado en sus Directivas a referirse a la seguridad en el reconocimiento de personalidad jurídica, la limitación de nulidades que afecten esa personalidad, y principios de exposición contable o de unidad económica para enfrentar fusiones o escisiones internacionales, y hoy se intentan atisbos desde Unidroit a regímenes de quiebra transnacional.

En el Mercosur deberíamos atender al libre comercio otorgando seguridades sobre las representaciones de personas jurídicas extranjeras con un sistema de conexión de bases de datos de Registros confiables sobre la existencia de la sociedad y de la validez de la representación, facilitando las fusiones o escisiones internacionales y su registro. Al mismo tiempo aconsejar a los países integrantes que modificaran sus normas internas para hacer en la Región el mejor derecho elegible sin afectar los derechos de terceros.

En el derecho argentino no se estimulan los joint venture contractuales por la amenaza de la aplicación del régimen de la sociedad de hecho o de sociedad atípica, apenas paliado en los proyectos de reformas que mantienen el riesgo que un joint venture contractual sea considerado sociedad residual, personificando el juzgador algo que las partes jamás pensaron en generar como un centro de imputación autónomo, al margen de los problemas de responsabilidad que en cada caso se pudieran generar. El reconocimiento de personalidad tiene un efecto genérico, que no puede otorgarse a través de un pleito en el que sólo debería dilucidarse problemas de responsabilidad, salvo que el pleito lo fuera entre todos los socios o partícipes para dilucidar la naturaleza del vínculo que los une.

Los jóvenes colegas y los alumnos avanzados pueden ver la referida asistematicidad en la inexistencia de una regulación general de los contratos plurilaterales contenida en el art. 16 LS, o de los actos colegiales colectivos (con referencias en diversas normas), la regulación de una “sociedad” que no es persona jurídica en el art. 361 LS contradiciendo los principios del art. 2 de la misma norma y generado en el art. 33 C.C., generando perniciosas restricciones a través de una aplicación extendida del art. 30 LS, y la incorporación en la ley de sociedades de contratos de colaboración empresaria que no son personas jurídicas pero que la práctica conlleva a generar en cuestionables relaciones.

*** 8. FASES EN LA CONSTRUCCION DEL DERECHO DE LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN.**

El derecho de organización, basado en el de las sociedades tuvo varias improntas: la construcción de la teoría del contrato plurilateral de organización, con poco desarrollo de la teoría del acto colegial colectivo; la teoría del órgano con desactivación –ahora en la contrareacción- de la responsabilidad de los administradores; y la estructuración grupal, muy vinculado a los desarrollos de la teoría de la empresa y del corporate government.

Tres objetivos: 1. Mostrar la falta de sistemática de las normas sobre relaciones de organización, 2. Avizorar ciertos efectos de las mismas sobre el desarrollo económico y 3. Sugerir la simplicidad en su reforma.

Por ello, parece importante distinguir e identificar normas de relaciones de organización de las normas de relaciones de cambio, y revisar la sistemática de las mismas. Ese interés se genera no sólo en las técnicas jurídicas de organización disponibles, sino en temas de imputación diferenciada y de responsabilidad, pues se encuentra ligado al tema del control por funcionalidad, y a la responsabilidad por el abuso de control aunque se haya recurrido a generar centros imputativos de derechos y obligaciones disponibles, como lo es la constitución de sociedades.

El tema puede ser ampliado desde distintos puntos de vista como puede serlo el de los contratos coaligados ⁽⁴¹⁾, por los especiales vínculos que se generan, haciendo aplicable las nociones de control (art. 33 LS) y de responsabilidad por imputación aditiva (art. 54 in fine LS ⁽⁴²⁾). Se trata de advertir los recursos técnicos de imputación de relaciones asumidos por la autonomía de la voluntad. El tema tiene particular importancia en la construcción de un Mercado Común como el Mercosur, para determinar el campo normativo de esa autonomía en las relaciones de empresa.

Las relaciones de cambio, en el comercio internacional, son normalmente inmunizadas del derecho y jurisdicción local. En el pasado, la naturaleza contractual del vínculo asociativo fue desconocida, el concepto de asociación aparecía lógicamente incompatible con el concepto de contrato ⁽⁴³⁾. Pero el tema ha sido superado en cuanto a la naturaleza del acto negocial que da nacimiento a una relación asociativa. El fenómeno asociativo es naturalmente negocial, no legal: la relación resulta de una declaración de voluntad.

Pero la cuestión se renueva en la funcionalidad de la relación organizativa. Ya no esta en discusión esa naturaleza negocial, sino los efectos que se generan pues, por imposición del legislador esas relaciones durables alteran los centros imputativos de derecho, no se agotan en relaciones de cambio (que eventualmente constituyen los aportes a la sociedad), sino que alteran las relaciones con y entre terceros, como lo es en la relación de acreedores de la sociedad o del socio, del fideicomiso o del titular del patrimonio en fideicomiso.

Las relaciones de organización se vinculan a técnicas que generan centros de imputación (personificación, etc.) o de responsabilidad (sociedad de hecho, imputación aditiva, etc.).

⁴¹⁾ Cfme. LORENZETTI, Ricardo Luis Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 17 Responsabilidad Contractual I, pág. 207 y ss., esp. 210, donde señala qu si una empresa vende a un distribuidor estamos ante una relación de cambio, pero si arma una red de distribuidores, todos deben actuar coordinadamente y si bien hay contratos autónomos, hay algo que los une, no hay contratos sucesivos sino coordinados.

⁴²⁾ Cfme. nto. trabajo en la publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: "La unificación del Derecho Privado: lo conveniente y lo posible".

⁴³⁾ GALGANO, Francesco El negocio jurídico, traducción española de Blasco Gascó y Prais Albetosa, Ed. Brant Lo Blanch , Valencia 1995, pág. 189 y ss..

- 8.1. **Centros imputativos.** Los sistemas jurídicos disponen de soluciones para sus cuerpos normativos a fin de reglar ciertas relaciones con y entre los terceros.

En ese sentido parece indispensable atender a las relaciones de organización⁴⁴.

En el plano ideal de las reglas organizadoras, "persona" o "patrimonio" son recursos técnicos para disciplinar unitariamente cierto grupo de relaciones jurídicas -esto es, en esencia, lo que Ihering llama "paréntesis" y "centro de imputación" Kelsen.

Las técnicas jurídicas de afectación patrimonial no son solamente la personificación, sino también la patrimonialización como lo es el patrimonio en mano común en el contrato de colaboración empresaria o el patrimonio de afectación en el fideicomiso, o la creación de centros de imputación especiales en la sociedad conyugal, el bien de familia (⁴⁵), los peculios, o el sistema de privilegios o derechos reales, incluso los que genera la actuación extraterritorial efectivizado en situaciones concursales. O, dentro de los concursos, las formas de liquidación que excluyen a los socios en beneficio de los terceros que asumen la conducción de la empresa. Los fondos de garantía -en orden a la actividad financiera, asegurativo en seguro de responsabilidad civil obligatorio, son otras técnicas de imputación.

Las técnicas imputativas no tienen sólo efectos patrimoniales sino que son también formas de ejercer o defenderse de pretensiones, como es una técnica el litis consorcio necesario, activo o pasivo.

8.2. **Personificación.** Guyenot en el año 1971 señalaba que el camino de un reconocimiento jurídico de la empresa era la noción de sociedad, en la cual normalmente se absorbía. Noción que ya se registraba en el conocido libro de Ascarelli "Iniciación al Derecho Mercantil", donde potencia la técnica de la libertad corporativa o sea constituir sociedades para generar centros imputativos diferenciados, es decir organizar la empresa como un centro imputativo diferenciado del patrimonio de sus titulares (⁴⁶).

En definitiva, el ente, como centro de imputación, es el intermediario en la actividad colectiva de los miembros con los terceros y en las relaciones entre sí. El

⁴⁴) Cfme. nta. ponencia a las 4as. JORNADAS DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL, CORRIENTES, 5/7 de septiembre de 1996, intitulada: "DERECHO DE LA ORGANIZACION Y ESTABLECIMIENTO EMPRESARIAL" (PROPUESTA PARA UN TRABAJO COLECTIVO).

⁴⁵) Patrimonio de defensa que importa una técnica de desimputación de parte del patrimonio.

⁴⁶) La personificación, en casos como el de la sociedad de hecho, permite -con discutible técnica jurídica- el uso de la representación y personalidad jurídica, para atribuir: a) responsabilidad ilimitada y no subsidiaria no sólo al que contrató sino a los demás socios, cuya conducta no genera ningún factor de atribución de responsabilidad subjetiva ni objetiva, contrariando el principio de derecho civil, y b) determinando preferencias sobre un centro imputativo generado sobre los bienes afectados a la actividad. La atribución de la existencia de una sociedad de hecho comercial para vincular a terceros que no participaron del negocio del que resulta la reclamación, resulta ser un recurso de "desestimación de la personalidad" del contratante para atribuirlo a otro ente, la sociedad de hecho, actitud de la que resulta de una "impostación de personalidad" a un supuesto en que no existe ningún elemento de publicidad formal (registro o escritura), alterando así la posición entre acreedores individuales y la de aquellos que se les califique de acreedores sociales.

fenómeno se complejifica en el asociacionismo de segundo grado: las sociedades constituídas exclusivamente por otras sociedades o personas jurídicas.

La constitución de la sociedad importa un instrumento otorgado a la autonomía de la voluntad para la multiplicación de centros de imputación,

La concebimos como un recurso técnico de la ciencia jurídica, que posibilita que una declaración negocial de una o de una pluralidad de personas, genere una estructura con fines instrumentales, para lograr una organización funcional que permita generar derechos y contraer obligaciones imputables a su fondo de afectación, para que esta forma alcance los fines sociales perseguidos por el ordenamiento jurídico, y a través de los mismos alcancen sus fines individuales los generadores del nuevo centro de imputación.

8.3. Patrimonialización. Otra técnica es generar un patrimonio separado, como en el fideicomiso, o en el contrato de agrupamiento de colaboración empresaria, o en los peculios.

* 9. LA EMPRESA.

Bajo esas consideraciones y en la idea el camino de afrontar una armonización a través de las incipientes normas sobre relaciones de organización, subrayamos que las normas de organización en el derecho patrimonial, son parte de la teoría de la organización humana. Si bien los Códigos se sistematizaron bajo la base del acto jurídico bilateral, del contrato y del negocio jurídico, esas normas de organización empiezan hoy a ocupar un lugar destacado.

La empresa es una realidad socio económico, a la que el derecho debe darle respuesta para su organización. La empresa es una unidad económica, social y técnica, a diferencia del establecimiento ⁽⁴⁷⁾, registrando tantas nociones como autores se ocupan del tema ⁽⁴⁸⁾. Nos inclinamos por una noción funcional y organizativa: la actividad ⁽⁴⁹⁾. La idea de intercambio -que calificaba la actividad de empresa- es hoy superada por la de planificación u organización. La empresa planifica o programa el mercado en su integridad, conformando metodologías de producción y comercialización ⁽⁵⁰⁾, y específicamente en torno a los riesgos a asumir. Una empresa que no esta planificada para obtener rentabilidad y no contaminar no es empresa, generando responsabilidad a sus administradores ⁽⁵¹⁾.

⁴⁷⁾ Ciuro Caldani "Aportes para la jusfilosofía de la empresa", en Derecho y Empresa tomos 1/2 Publicación del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral, Rosario 1994.

⁴⁸⁾ Jorge Mosset Iturraspe "Contratos de colaboración empresaria" en Revista de Derecho Privado y Comunitario" n° 3 Contratos modernos, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 7 y ss.,

⁴⁹⁾ nto. "La conservación de la empresa" al recibir el Premio Academia, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. El reconocimiento de la noción "actividad" en el derecho positivo puede verse al final de este relato.

⁵⁰⁾ Carlos A. Ghersi "Contratos civiles y comerciales" tomo 1 p. 17. Ed. Astrea, Bs. Aires 1994.

⁵¹⁾ Nto. "El plan de empresa. ética y responsabilidad del empresario" en Estudios en homenaje a Pedro Frías, Córdoba 1994, tomo II pág. 1189.

8.1. Atendiendo la actitud de los agentes económicos en el comercio internacional, imponiendo sus reglas ⁽⁵²⁾, debe ponerse en revisión la política legislativa y jurídica en cada país ⁽⁵³⁾.

Las reglas de contratación de esos agentes económicos, especialmente cuando actúa en grupos como práctica internacional, genera una perspectiva sociológica de obligatoriedad y legalidad que impide que un juez de provincia e incluso tribunales superiores se animen a cuestionarlos. Véase el fallo de nuestra Suprema Corte, en el caso Rodríguez contra Pepsi Cola, donde orbiter dictum se formula un mensaje a los inversores extranjeros sobre el uso de las modernas técnicas de comercialización sin asumir responsabilidad ⁽⁵⁴⁾.

Esa libertad económica impone pensar en la reconstrucción del sistema jurídico nacional con menos normas pero más efectivas, sustrayéndonos de la tendencia a legislar exageradamente en orden a una "economía del derecho" ⁽⁵⁵⁾. Limitémonos a legislar en relación a aquello que afecte el orden público interno, o a proteger a terceros en supuestos que no pueden ser afectadas por contratos autónomos.

8.2. Las relaciones de cambio, a través de los contratos, pueden ser inmunizadas de la aplicación del derecho local, determinando el derecho aplicable, incluso inmunizándola del reenvío de normas de derecho internacional privado, e inclusive inmunizadas de la jurisdicción local o de toda jurisdicción a través de garantías a primer demanda. Esto no es posible en orden a relaciones de organización, comúnmente sociedades, donde es aplicable el derecho del domicilio de la sede social o del establecimiento, impidiendo el reenvío a otros derechos.

Atendiendo a esta última situación, que genera que las partes no pueden intentar aplicar el derecho por ellas conocido, sino en el lugar de localización del negocio, parece conveniente generar un proceso de legislación armónica en ese derecho incipiente a través de principios generales, similares a los acordados por la Unión Europea a través de sus Directivas.

El sistema legal fue articulado sobre la relación jurídica de cambio, y para afrontar la realidad que señalamos debe primar otra actitud. La concepción contractualista (método de cambio) fue imponiendo normas en torno a las

⁵²⁾ La reciente negociación de radicación de grandes grupos de empresas automotrices.

⁵³⁾ Frente a ello podemos trabajar en cuatro líneas: a. Negociación internacional, facilitando normas para los agentes económicos de distintos países, particularmente de los vinculados por tratados de libre comercio, en el marco de solución de conflictos dentro del Derecho Internacional Privado, incluso de un D.I.P. comunitario. b. Imponiendo un sistema monista, buscando la armonización de las legislaciones de cada país, lo que implica un camino muy lento. c. Por la aceptación interna de un derecho "transnacional". d. O desde "lex mercatoria" que ocupa los intersticios del derecho nacional, que incorpora la llamada jurisprudencia cautelar: la generada por los asesores que hacen huir a sus clientes de las zonas de riesgo generadas por ciertas normas.

⁵⁴⁾ Cfme. nto. relato en IV Congreso Internacional de Daños, Buenos Aires 1995 "Fraccionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración".

⁵⁵⁾ Siguiendo a Santini en "Saggi di Commercio". El principio de la autonomía de la voluntad no es sólo amputado por situaciones sociológicas, sino también generado por una actitud de jueces y juristas pretendiendo una actuación sobreprotectora del Estado y de la legislación, desperdiciando la fuerza creadora del Derecho Mercantil en el Derecho Privado, particularmente en el examen de la actividad de los hombres de negocios, como fuente creadora del derecho, en estudios no de economía del derecho sino de la "economía del derecho".

relaciones de organización, no estructurales, que dificultan una visión global del problema.

El método de cambio distrae en la atención globalizadora del comportamiento humano con una "economía de mercado" mientras los "operadores" del mercado satisfacen sus proyecciones ocupando una franja superior, ordenadora y aseguradora de sus intereses, incluso fuera del mercado.

Por ello es importante un método distinto, que sin desconocer el mercado, analice la integridad de la situación de los componentes de una nación, de un estado, para resguardar intereses superiores, dentro de los cuales están los del mercado, pero no éstos por encima de los demás. La cuestión debe ser encarada con método diferente, de empresa o de organización.

8.3. El método de empresa implica vincular la multilateralidad de la relaciones⁵⁶, su proyección integral, con visión economicista pero al mismo tiempo solidaria. El Estado al abandonar la actividad de mercado, dejándola al sector privado, tiene la función esencial de asegurar la solidaridad en el mismo, que no debe ser sólo de vigilancia, sino específicamente normativa. Ejemplo de ello se advierte en las leyes de concursos y en la nueva ley general de cheques argentina⁵⁷. El "análisis económico del derecho" es un método de análisis que se enrola en el método normativo de las relaciones de organización.

Dentro de ese aspecto se ubica la relación de consumo⁵⁸ que se genera a través de una "unidad compleja de interés", donde se suman una serie de relaciones que no existen la una sin la otra⁵⁹.

8.4. En todo lo concerniente a los contratos de colaboración y sociedades se generan ciertas perplejidades a un método de trabajo fijado por las relaciones de cambio. Las instituciones del derecho privado se forjaron en orden a las relaciones bilaterales (aún cuando las partes fueran plúrimas). La asunción de la relación, la

⁵⁶) P.ej. en cierto contrato de colaboración: Quién formaliza un franquicia tiende a tener más beneficios por su mayor penetración en el mercado a través del franquiciado. El franquiciante tiene una clara visión de la relación de empresa y de la relación de consumo que proyecta.

⁵⁷) n° 24.452, anexo I, vigente desde el 2 de mayo de 1995, que incorpora un nuevo título valor: el cheque de pago diferido registrado, en cuya gestión asumimos responsabilidad contratados por el Presidente del Banco Central de la República Argentina.

⁵⁸)La cuestión metódica tiene fundamental importancia para asumir la disposición constitucional del art. 42 en torno a la "relación de consumo".- Pero, ¿son operativos o una mera declaración la enunciación de nuevos derechos, como los del consumidor ? Jorge Mosset Iturraspe ("Los nuevos derechos: ¿Meras declaraciones o derechos operativos ? La cuestión frente a la reforma constitucional. El rol de los jueces." en Revista de Derecho Privado y Comunitario "Derecho Privado en la reforma constitucional" n° 7 pág. 87se pronuncia a favor de la afirmativa con su vehemencia característica, reclamando la actividad de los jueces para esa aseguración.-

⁵⁹) Nicolo Lipari citado por Carlos A. Ghersi en "Contratos civiles y comerciales" tomo 2, Ed. Astrea, Bs.As. 1994, pág. 35. La relación de consumo implica imputar la misma a todos los partícipes frente al consumidor. Frente a ello deben aparecer soluciones que impongan soluciones sociales, como los fondos de reparo o seguros colectivos. O prevenir la actuación de una empresa a través de soluciones como el daño punitivo: se indemniza a pagar sumas bien superiores a las que corresponde al daño o al comportamiento reprochable en análisis particular, comportando para la víctima una ventaja financiera y no la reparación de sus perjuicios Sobre el "punitive damages" puede verse Perrine Marée "Nouveaux Developpements de la responsabilite du fait des produits en Droit Americain" Ed. Economica, París 1985, pág. 137), pero dentro de lo que llamamos un método o técnica de empresa y no de relaciones de cambio, de mercado, como venimos puntualizando en los párrafos anteriores.

imputabilidad real del acto, la asunción de responsabilidad, el afrontar las contrataciones en masa son diversas técnicas dentro de un método de cambio o de mercado. Pero cuando existe una sociedad, esa relación aparece dificultada por la interacción no sólo del nuevo sujeto, sino de los administradores, socios y terceros. La cuestión debe ser encarada con método diferente, de empresa o de organización⁶⁰. El tema está íntimamente ligado a como se organiza un sistema jurídico, sea bajo un sistema de mercado -relaciones de cambio-, o en un sistema de empresa o funcional, que halla su expresión en las diversas formas asociativas⁶¹. No se analiza un acto, sino la actividad en conjunto.

Esta es la razón de la evolución del sistema societario y de los contratos de participación en la última centuria, y la dificultad en la separación de normas de relaciones de cambio de las de organización. Los problemas terminológicos en cuanto al empleo de la palabra "sociedad" como equívoco sinónimo de "contrato constitutivo de sociedad", y peor aún de "contrato de sociedad", o el uso de la locución "sociedad" con sentido amplio o estricto, y la preeminencia de normas de control público en torno a las sociedades anónimas -conforme su origen histórico-, dificulta su visualización actual como organización privada (⁶²).

⁶⁰) Cfme. ponencia a las III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Buenos Aires, 30 de junio y 1º de julio de 1994, organizadas por la Universidad Notarial Argentina, en Comisión de Estudio N° 3: El Derecho del Consumidor, comunicación denominada "Las sociedades y la alteración en forma habitual de los derechos del consumidor".

⁶¹) "Las cuentas en participación" por María Asunción Gual Dalmau, Ed. Civitas, 1a. Ed. 1993.

⁶²) Aunque para entender este fenómeno se hable de un método o teoría de contrato para referirse a la S.A., o sea el de autonomía de la voluntad escapando al derecho público, como aplicación al caso de un método de mercado, y dentro de ellos el de empresa o de organización (Cfr. trabajo cit. en nota anterior y H. Butler "La teoría contractual de la S.A." en R.D.C.O. No. 151/3 junio 1993 pág.17 y ss..

La organización de la empresa se formaliza normalmente a través de la sociedad-sujeto de derecho como medio técnico de simplificación de las relaciones internas y externas. La sociedad-empresa, por otra parte se vale en la organización de la producción y comercialización de otras sociedades, ligadas por contratos de distintos tipos, entre los que se destacan los de colaboración o cooperación y los de cambio con cláusulas de resultado, contratos "con" participación o "de" participación ⁽⁶³⁾.

El Código Civil se refiere a actos singulares no genéricos, a relaciones bilaterales aunque con partes plúrimas, y no a relaciones genéricas, funcionales, donde todas las relaciones tienen una causa única, generando un efecto grupal, con aspectos colectivos, trasindividuales que empiezan a ser afrontados dentro de aquellas con un método diverso de ordenamiento jurídico de organización o de empresa ⁽⁶⁴⁾.

8.5. Se trata del Derecho Privado colectivo⁶⁵, que va reconociendo las relaciones de organización al que hemos referidos⁶⁶.

Los contratos de colaboración en red imponen una normativa de aplicación general, las relaciones de titulares dominiales con vínculos de conexidad contractual, se crea una situación derivada de esa conexidad. Dentro de ellos debe rescatarse la diferencia entre la relación de cambio que surge entre el consumidor y su prestador, del elemento grupal que asiste al prestador, que impone ver la relación como una "institución" ⁽⁶⁷⁾. La noción de grupo surge cuando se da la noción de sistema, es decir, de un conjunto de partes interdependientes funcionalmente de modo tal que una no puede existir plenamente sin el concurso de las otras. se necesita entonces de una coordinación que genera un deber de cada una de las partes de contribuir al sostenimiento del todo.

Se advierte así la necesidad del dictado y reordenamiento de normas para relaciones de organización, imponiendo en la legislación mercantil el método de empresa o de organización, que trata de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad ⁽⁶⁸⁾, según su funcionalidad. Se debe escapar en este sistema de las relaciones de cambio o de mercado, para atender no la relación jurídico sino el plexo de la actividad que se desarrolla organizadamente en el mercado para satisfacer al consumidor. Así se conmovió la limitación de legitimación a los partícipes en una relación, la distinción entre la responsabilidad contractual o extracontractual, la limitación de la responsabilidad al daño reclamado para incorporar la noción de daño punitivo, la actividad colegial en la organización empresaria o frente a la insolvencia de un deudor común.

⁶³⁾ Cfme. nto. "Organización Asociativa" Ed. Zavalía, Buenos Aires 1994.

⁶⁴⁾ Ello no obsta a que se pueda distinguir, en esa causación, entre el interés social previo: que el patrimonio social sea utilizado para el ejercicio de la actividad económica que es el objeto de la sociedad, entre el interés intermedio que la actividad económica se dirija a la obtención de beneficios, y del interés social final que los beneficios sean divididos entre los socios. Cfme. GALGANO, ob. cit. pág. 213.

⁶⁵⁾ Cfme. LORENZETTI, Ricardo Las normas fundamentales del derecho privado, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1995 p. 147 y ss..

⁶⁶⁾ Nto. *Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado*, 2ª edición, Córdoba 2002, Editorial Advocatus.

⁶⁷⁾ Cfme. Lorenzetti p. 154. El tema ya lo habíamos analizado en nto. Sociedad y contratos asociativos, cit..

⁶⁸⁾ Cfme. Lorenzetti ob. cit. pág. 153 y ss..

Esa normativa basada en un método de organización puede advertirse en intentos de justicia distributiva, la obligación de concurrencia, las regulaciones colegiales, el ejercicio de derechos estatutariamente, las acciones derivativas, la sustitución del deudor en el moderno derecho concursal, y sanciones tales como el abuso de control. Se empieza a aceptar que el grupo exista y que arribe a resultados superiores, distintos o inferiores a los que alcanzarían los individuos por sí solos estamos enfrentando la idea de "organización" (⁶⁹).

Los actos colectivos colegiales no tienen hoy una regulación sistemática. La base de los mismos se encuentra en las leyes de sociedades por acciones, pero irrumpen con inusitada fuerza en los contratos de colaboración y en la legislación concursal. En uno de los sistemas paradigmáticos de normas de organización, como lo es el derecho concursal que sistematiza relaciones procesales y substanciales en un proceso único, como lo es el sistema de verificación de créditos substitutivo de juicios de conocimiento y ejecutivos, no existen normas claras en cuanto al ejercicio de derecho de voto, interés contrario, impugnabilidad de los acuerdos, etc..

9. LA SISTEMÁTICA DE LA ORGANIZACIÓN ASOCIATIVA EN ARGENTINA⁷⁰.

Nuestro país necesita de un crecimiento sostenido, fundamentalmente de radicación de fábricas, sin perjuicio de las empresas de servicio o las inversiones financieras. No obstante el localismo desde donde afrontamos este comentario en un ámbito internacional, el fenómeno no es muy distinto en otros países.

No estimulan a ello una ley de sociedades rígida, o una peligrosa legislación en cuanto a joint venture contractual (⁷¹), con el riesgo de calificación como sociedades de hecho, o atípicas y normas que quitan valor al contrato, lo que limita estructurar contratos asociativos atípicos (⁷²).

La respuesta de la jurisprudencia cautelar es simple: el "joint venture contractual" o es organizado como sociedad típica, con un exceso en el medio, o se rotula un contrato atípico bajo el signo protector de los dos contratos típicos y se inscribe, entendiendo que la norma que regulariza a las sociedades (art. 7 LS) sería aplicable, lo que es opinable.

Atendiendo las reflexiones de la doctrina -que recoge las preocupaciones de los agentes económicos, las experiencias del derecho comparado y las deliberaciones en eventos académicos-, particularmente detectadas en el "I

⁶⁹) Cfme. Lorenzetti ob. cit. p. 133. Sobre el punto también puede verse nto. Organización asociativa, cit..

⁷⁰) Enfrentamos un campo sumamente vasto con conceptos sintéticos, por lo que para su mayor fundamentación remitimos a nto. "Organización asociativa" ob. cit.. Nos excusamos de alguna idea sumariamente desarrollada ante la limitación material de este trabajo.

⁷¹) Cuando dos o más empresas deciden mantener sus propios negocios pero quieren desarrollar un negocio en común, nuestra legislación sólo brinda el Agrupamiento de colaboración empresaria y la Unión Transitoria de Empresas, desbordadas en su uso por las limitaciones que imponen.

⁷²) La ley de hidrocarburos lo entendió así y declaró inaplicables ciertas disposiciones de la ley argentina de sociedades.

Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa"⁷³, formulamos algunas reflexiones en esta comunicación.

Cada vez más se desvincula la sociedad del acuerdo o contrato constitutivo⁷⁴, reconociendo los efectos especiales del nacimiento de un nuevo sujeto de derecho, a través de un patrimonio y no de una mera comunidad en mano común de los bienes, de una cierta impermeabilidad patrimonial de los intervinientes por las obligaciones asumidas por el patrimonio social, de la concepción de órganos de gobierno cuya actuación es imputable a la sociedad y del principio mayoritario para resoluciones colectivas colegiales.

La referencia a una formación aluvional no es sino una alabanza a quiénes gestaron la actual legislación en el año 72 y la adaptaron en el año 83, al reconocer que los grandes cambios en esta materia no fueron receptados en el Código Civil, sino a través de la ley de sociedades comerciales, por lo que esa ley resulta un correcto receptáculo de esos progresos. Pero al mismo tiempo hace falta reconocer⁷⁵), ante los nuevos intentos de formular un sistema unitario de derecho privado, esa situación para afrontarla metodológicamente:

a) La ley de sociedades n° 19550 creo una verdadera "parte general" en el tema de sociedades, que no posee el sistema civil, ya que Vélez Sarsfield trató a ésta como a un contrato más según las doctrinas prevalecientes en la época (⁷⁶), pues el derecho societario es algo más complejo que el contractual de cambio; hay en él un sistema coordinado y gradual de normas (⁷⁷). Pero al incorporar la ley n° 22903 los contratos de colaboración empresaria no se introdujo ninguna otra parte general, generándose dudas sobre las normas aplicables.

⁷³) realizado el año 1992 y del que se editaron 6 tomos, Córdoba 1992 a 1994, Ed. Advocatus.

⁷⁴) Sobre el punto puede verse un mayor desarrollo en ntos. trabajos citados en notas anteriores.

⁷⁵) Todos los proyectos de unificación lo reconocieron, al igual que el Anteproyecto de reformas a la Ley de Sociedades y Contratos de Colaboración Empresaria, como lo tenemos comentado en "Organización asociativa" citada.

⁷⁶) Raúl Aníbal Etcheverry "Derecho comercial y económico" Formas jurídicas de la organización de la empresa, pág. 17, Ed. Astrea.

⁷⁷) Cfr. A. Bertini "Contributo allo studio delle situazioni giurídica degli acionisti" núm. 10, Milán 1951.

b) El art. 16 LS introdujo la noción del contrato plurilateral. Siguió así al Código Civil Italiano, que en la teoría de los contratos plurilaterales de finalidad común fijó efectos especiales ante la nulidad vincular, el incumplimiento o la resolución parcial.

Nuestra Ley de Sociedades lo incorpora para las relaciones de más de dos socios, pero al mismo tiempo no afecta el vínculo devenido unipersonal, como atisbo de la institucionalización de la personificación jurídica (interacción entre los arts. 16, 93 y 94.8 LS), y recepción de un método o sistema de empresa.

c) El problema de la "nulidad de la sociedad" operan una vez que la misma esta inscrita ⁽⁷⁸⁾, por cuanto los problemas anteriores se refieren a nulidades del acto o contrato constitutivo de sociedad, no aclarándose el efecto y se pensó en uno diferencial que sería ex nunc. No se distinguió que es el mismo de la teoría general (ex tunc) sobre la relación contractual, pero sobre la persona jurídica -que no es contrato y constituye una institución jurídica-, sólo impone disolución, un efecto de futuro (ex nunc) ⁽⁷⁹⁾.

d) La llamada disolución ipso jure, de pleno derecho, u ope legis, son efectos pensados en relación a la invalidez absoluta, que no pueden ser trasladados directamente al campo societario, configurando simplemente causales de prueba que siempre deben ser invocados por parte interesada o legitimada para promover la disolución.

e) La teoría de la inoponibilidad de los actos jurídicos no puede derivar en la desestimación de la personalidad ni a la inoponibilidad de la personalidad. La desestimación, como la nulidad absoluta, impone la previa disolución de la sociedad para proteger los derechos de los terceros de buena fe. La inoponibilidad sólo implica efectos de desimputación o de imputación, o de responsabilidad, que tampoco pueden afectar los derechos de los terceros. La desestimación, como la nulidad absoluta, impone el procedimiento institucional previsto en la ley: la liquidación del centro imputativo y la anotación en el Registro de esa extinción (art. 112 LS). Es el supuesto por el que se hace responsable en el "grupo de hecho calificado" a la empresa dominante ante los acreedores de la dominada, quedando obligada a compensar las pérdidas de la última sociedad y en determinadas circunstancias a responder ante los acreedores de la misma por las deudas sociales ⁽⁸⁰⁾.

f) La original inclusión de la sociedad accidental dentro de la ley de sociedades reviste una falta de distinción entre las relaciones participativas personificadas y no personificadas, contractuales, sin distinguir entre sociedad en sentido estricto y sociedad en sentido amplio, no siempre personificada ⁽⁸¹⁾.

g) La aplicación del art. 30 LS fue interpretada en forma amplia a todas las figuras "societarias", sin distinguir las personificantes o contractuales. Ante la invocación de supuestas limitaciones en el derecho norteamericano, corresponde recordar que las corporations pueden ser socias de un "joint" y no de una

⁷⁸⁾ Cfme. José Luis Fernández Ruiz "La nulidad de la sociedad anónima en el derecho comunitario y en el derecho español" Ed. Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid 1991 p. 20.

⁷⁹⁾ El tema esta bien resuelto en la legislación uruguaya, ley 16060, arts. 26, 28 y 29.

⁸⁰⁾ Vide GABELEIN, W.: ¿Fin de la responsabilidad limitada en el grupo" Sentencia del TS alemán, en el caso Video, GmbH-R, 1992,5, páags. 273/5, donde el autor se enfrenta críticamente con la consecuencia de la eliminación del "límite" de responsabilidad característica del tipo, citada en Revista de Derecho de Sociedades, año 1, 1993 n° 1, Aranzadi Ed., Pamplona, pág.294.

⁸¹⁾ Sobre el punto ver nto. "Organización asociativa" cit..

"partner" que puede ser declarada en quiebra, un "joint" no, y puede tener titularidad de inmuebles⁸².

h) Ante esa dificultad en determinar que es sociedad, muchas legislaciones optan por no definir y aceptan como personas jurídicas sólo a las sociedades típicas (incluso sólo a ciertas sociedades típicas), manteniendo nuestra legislación un sistema dual: art. 1º exige la tipicidad y una actividad que puede hacer suponer la necesidad de explotar una hacienda operativa, lo que se descarta en el art. 31 con la sociedad de mera administración, y con la aceptación de la personalidad de las sociedades irregulares y de hecho (arts. 21 y 26 LS), pese a que resta oponibilidad al contrato incluso entre las partes e imputa directamente a los socios sus obligaciones (art. 23).

i) No se recepta la unipersonalidad constitutiva -propia de un sistema de empresa-, pero se la acepta indirectamente en la escisión división creación, en la declaración testamentaria o voluntad de cónyuge supérstite para la empresa familiar, y en el acuerdo concursal, y también en el acto colegial colectivo de la constitución por suscripción pública. Todavía no parece receptada un proceso de institucionalización jurídica de la sociedad (⁸³).

j) La incorporación de los contratos de colaboración empresaria a la ley de sociedades significa un avance ante el inmovilismo del Cód. Civil, pero implica un método cuestionable que hace dubitar en que normas se aplican a cada uno de ellos, y si el mismo concepto de tipicidad rige para esos contratos en caso de falta de inscripción, o de atipicidad si rebalsa su objeto al previsto por la ley. Como justamente se trata de constituir estos contratos e inscribirlos para dar seguridad jurídica, aunque el objeto pretendido sea más extenso y atípico, las normas impositivas impusieron que -cuando exista el desborde- se las tratará como persona. No existe una personificación impositiva de esos contratos estrictamente cumplidos, sino una respuesta pragmática y económica a la atipicidad jurídica de la actividad a través de esos contratos.

k) En el año 2001 se introduce el Dto. Ley 677/01 sobre transparencia en la oferta pública de títulos, corporate governance y una serie de reglas que tratan de reconocer el gobierno corporativo, las conductas grupales y los accionistas externos, sin protegerlos sustancialmente y más bien atendiendo al supuesto fenómeno de la extorsión de la minoría más que al abuso de la mayoría, introduciendo como paliativo las acciones derivadas.

Estudios de derecho comparado en latinoamérica deberían estructurar sistemas compatibles para facilitar la constitución y negociación transfronteriza de las sociedades, sin afectar los derechos de los acreedores locales, normalmente afectados por el incumplimiento de una sociedad constituida en el extranjero.

10. EL CAMINO A RECORRER.

⁸²) Uniform partner ship act, Fabier Dubois, Eduardo, Errepar DSE TV p. 10. En caso de duda se debe considerar que es un joint y no una partner "Shell Oil Co. Vs. Prestidge".

⁸³) Cfme. ALONSO UREBA, Alberto La sociedad unipersonal en "Derecho de Sociedades Anónimas" estudios coordinados por Alonso Ureba - Duque Domínguez - Esteban Velasco - García Villaverde - Sanchez Calero, Madrid 1991 tomo I p. 457; y del mismo autor La 12ª Directiva Comunitaria en materia de Sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990 en "Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea - Estudios en homenaje a José Girón Tena" Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 63 y ss., especialmente 109.

Dichos estudios se enrolarían en la conveniencia de la reforma del sistema societario, como se traduce de todos los proyectos oficiales argentinos de unificación del derecho privado o de reforma a la ley de sociedades, pero se impone un examen sistemático sobre las relaciones de organización, que carecen hasta el momento de un ordenamiento específico -como el incorporado en la reforma que proyectada al Código Civil con derogación del Código de Comercio ya con media sanción de la Cámara de Diputados (Proyecto Federal)-.

El sistema de armonización debería ser engarzado -respetando sus particularidades- lo que implicaría la regulación sistemática:

- a. de las relaciones de organización,
- b. de la personificación, y
- c. la institución de sistemas de patrimonialización funcional.

Debería contener una simplificando de la regulación, con certeza en la personificación, aceptándose la autonomía de la voluntad para perfeccionar contratos de colaboración atípicos, sin personalidad, sin perjuicio de la responsabilidad que cupiera a los partícipes.

11. COMO CONCLUSION: UNA ASPIRACIÓN.

La *lex mercatoria*, con sus principios no obligatorios ni universalmente reconocidos, se va introduciendo a través de otros sistemas institucionalizados: Principios Generales de Contratación, autonomía de la voluntad, pero afronta ahora el mayor desafío: el de asegurar un rápido restablecimiento de las relaciones. La única regla introducida en los contratos o en los Principios es la obligación de negociar, y considerar la falta de colaboración en ese sentido como condición para introducir la *exceptio non adimpleti contractus*.

La globalización financiera, bajo la apariencia de la globalización económica, destruye la generación de riqueza, pauperiza enormes regiones, y con sus inversiones de humo permite anticipar lo que cantaba el coro griego. Para reaccionar debemos volver al viejo corazón del derecho mercantil: la ética de los negocios, la justicia rápida, la instauración de un financiamiento más directo a la producción, eliminando mundialmente los juegos, generando la tasa Tobin y facilitando los negocios participativos o asociativos.

Una nueva visión debe implicar la asunción de los riesgos de empresa por la totalidad de los interesados⁸⁴, basados en la buena fe y capacidad del administrador o titular de la empresa. Y más aun, cuando los acreedores son verdaderas empresas bancarias pertenecientes a centros financieros de los países desarrollados, que no sólo conocen o tienen la posibilidad cierta de conocer a los tomadores de liquidez, sino que también influyen directa o indirectamente en el giro empresarial del deudor a través de la implementación de políticas de comercialización, o la fijación de pautas para la reestructuración interna de sus

⁸⁴) Un ejemplo de ello puede verse en aquellos acuerdos de renegociación de la deuda en que se supedita la tasa de interés al giro económico del deudor como ocurriera en el caso de México a quienes los acreedores entre una de las opciones para la refinanciación de su deuda proponían bonos a treinta años con tasa fija del 6,25%, aumentando a partir de 1996 en razón del precio del petróleo [que constituye uno de los productos base de la economía Mexicana].

deudores a través de los Organismos Internacionales, como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional⁸⁵.

La asunción del riesgo y el mantenimiento de los capitales en la "zona" o "nación" en desarrollo parecen indispensables para asegurar su subsistencia y mediante ella la estabilidad de las "zonas" o "naciones" privilegiadas.

La ruptura de esos equilibrios, pauperizando aún más ciertos grupos dentro de cada "zona" o "nación", o a "zonas" o "naciones" dentro del mundo, llevará a una inseguridad no sólo jurídica sino física, pues la "subsistencia" pasará a ser el valor ético, a nivel individual o grupal, reemplazando al respeto de las personas en convivencia universal.

La agresión económica deberá ser considerada como una ruptura del pacto social, como una falta ética para recomponer un método de mercado por un método de empresa, donde todos los componentes son valorados y, en particular, el elemento personal, con el correlativo ético de actuar de buena fe en la administración de cada "empresa", privada, pública, grupal, nación⁸⁶.

Esta noción implicaría una recomposición de la posición jurídico del "prestamista" y de los "intereses" como "participación", que ya viene siendo afrontado por diversas entidades mundiales que avizoran el panorama y tratan de paliarlo. Pero sólo la universalización de estas consideraciones podrán generar un nuevo racionalismo que privilegiando al hombre encuentra un nuevo sinalagma funcional como estructuración de las relaciones de cambio. En esto quizá habrá que encontrar fondos de compensación⁸⁷.

La financiación es un medio y no un fin en sí mismo, pues en caso de no haber en que invertir lo financiero se desploma. Por ello la inversión, los

⁸⁵) A modo de ilustración sirve el fallo del ex presidente Taft en el caso Tinoco,...El árbitro Taft dijo:"El Banco sabía que ese dinero sería utilizado por el presidente saliente, Tinoco, para su mantenimiento personal una vez refugiado en un país extranjero. No podía por consiguiente, hacer responsable al Estado de Costa Rica por dinero entregado a Tinoco con esa finalidad. El dinero pagado al hermano, Secretario de Defensa y nombrado Embajador en Italia es el mismo caso; pagar salarios con cuatro años de adelanto es absurdo y extraordinario. Todas las circunstancias debían haber advertido al Banco que también esta orden era por razones personales y no para fines legítimos de carácter oficial". Por lo expuesto, el árbitro Taft rechazó la reclamación interpuesta, no admitiendo la responsabilidad del Estado. Y este fallo debiene en la jurisprudencia, un vivísimo detalle en punto a cuál haya de ser la juricidad imperante para determinar ciertas situaciones vinculados con legitimidad de la deuda externa (Ricardo Alagia y Camilo H. Rodríguez Berrutti, Revista GEOJUR, Montevideo, Uruguay, n° 34, año 1986), Cfme.Rodríguez Berrutti Camilo H., "La deuda externa: Nuevo enfoque ante los nuevos tiempos. Crisis a partir del caso México (La "doctrina Espeche")", LL 11-05-95.

⁸⁶) E.H.Richard "El "Buen Hombre de Negocios" y El "Plan de Empresa"" en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, tomo V p. 337.

⁸⁷) Pedro J. Frías "La vida pública se esta municipalizando", entrevista en "Entre Abogados" año II n° 4, noviembre 1994 pág. 50. Pregunta "¿ Como avisora el futuro de nuestro país en este fin de milenio, en relación a los procesos de integración continental ? Respuesta: Es indispensable que demos los pasos prudentes apropiados, porque nos podemos quedar más solos en un mundo más unido y todo proceso de integración supone un cambio de mentalidad. Supone también ganadores y perdedores. Es decir que tendríamos que pensar en un fondo de compensaciones, para, precisamente, los perdedores". El Maestro Frías subraya adecuadamente la culminación de un "método de cambio o de mercado", los perdedores, quizá sea menester anticipar la apocalipsis y, pensar que un fondo de compensación es un fondo de compartir riesgos para la universalización económica sin destruir al hombre, para que no haya perdedores, sino eventualmente menos beneficiados.

financiamientos, para justificarse en su rol macroeconómico deben ser de riesgo, separándose de las pequeñas inversiones de "ahorro", que podrán ser remuneradas en firme y asegurar su devolución.

Esta concepción se ajusta a un nuevo método que sustitutivo al de "cambio" o de "mercado" sobre el que se ha organizado la sistemática jurídica de las relaciones bilaterales, para incorporar una técnica de "empresa" o de "organización", donde se atienda a lo multifacético de las relaciones, su multilateralidad con efectos sobre partícipes y otros involucrados.

Claro que esta concepción de "empresa" y de "participación" no impone un cambio de conducta sólo al proveedor de capitales, sino también al receptor⁸⁸. Una estructura sobre estas bases impone que el "Estado" o un "deudor" no ingrese el préstamo a cuentas generales, sino que lo aplique a un destino, a un negocio, a un desarrollo⁸⁹. Implica así una responsabilidad para el administrador (del Estado o del deudor) de confeccionar un plan para proponer al partícipe-financiero y desarrollarlo adecuadamente, bajo la sanción de incurrir en responsabilidad personal (incluso penal). Impone una conducta ética que es propia de un "buen hombre de negocios" como administrador de cosa ajena, que puede importar, también, una nueva visión del gobernante, del administrador de la cosa pública⁹⁰.

La actual interdependencia en la economía mundial, demostrada a partir de la inestabilidad financiera o de los niveles de empleo en los países industriales, ante una imposibilidad de pago de la deuda o una disminución en las importaciones de los países en desarrollo, exige como principio de solución a los problemas de crecimiento económico y deuda externa, "emprendimientos comunes", apoyados por los organismos internacionales que permitan el rescate de los países en desarrollo y su reinserción en la economía internacional⁹¹.

⁸⁸) Nos referimos como formas participativas a los contratos de mutuo con cláusula de resultado o de participación y la posibilidad de girar utilidades al extranjero, lo que es aceptado en nto. país... por ahora... No se trata de un negocio en participación, sino negocio con participación: el préstamo se devuelve, pero los intereses son en función del resultado.... Esto obliga a referir que los contratos tradicionales de mutuo pueden ser vinculados a cláusulas de resultado (negocio "con" participación), o bien constituir directamente un negocio "en" participación.

⁸⁹) En este sentido afirmó Raúl Prebisch en sus declaraciones ante la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América, publicada en Revista de la CEPAL, 1985: "muchas ideas flotan en el aire, yo me inclino por la sugerencia de que los países deudores paguen el total de los intereses, pero transfieran sólo una parte de ese total y depositen el resto en un fondo que se emplearía para inversión en condiciones que acordarían ambas partes tomando en cuenta las limitaciones externas al desarrollo económico.

⁹⁰) E.H.Richard "El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario" en Libro de Homenaje a Pedro J. Frías, tomo II p. 1188 a 1211.

⁹¹) En este sentido, la Carta Enciclica CENTESIMUS ANNUS del Sumo Pontífice Juan Pablo II, n° 35, expresa:..."Hay que romper las barreras y los monopolios que dejan a tantos pueblos al margen del desarrollo, y asegurar a todos -individuos y Naciones- las condiciones básicas, que permitan participar en dicho desarrollo. Este objetivo exige esfuerzos programados y responsables por parte de toda la comunidad internacion. Es necesario que las Naciones más fuertes sepan ofrecer a las más débiles oportunidades de inserción en la vida internacional; que las más débiles sepan aceptar estas oportunidades, haciendo los esfuerzos y los sacrificios necesarios para ello, asegurando la estabilidad del marco político y económico, la certeza de perspectivas para el futuro, el desarrollo de las capacidades de los propios trabajadores, la formación de empresarios eficientes y conscientes de sus responsabilidades. Actualmente, sobre los esfuerzos positivos que se han llevado a cabo en este sentido grava el problema, todavía no resuelto en gran parte, de la deuda exterior de los países más pobres. Es ciertamente justo el principio de que las deudas deben ser pagadas. No es lícito, en cambio, exigir o pretender su pago, cuando

Estos "emprendimientos comunes" de acreedores y deudores exige la implementación de una política global de crecimiento concertada por ambas partes, donde los acreedores, junto con los organismos internacionales y los Bancos Regionales que actúan como nexo en las negociaciones (o renegociaciones) y supervisores de los planes financieros acordados en ellas, deben a través de los nuevos créditos que se confieran o tasas de interés que se pacten, participar en la reestructuración productiva de los países deudores, no solo acordándoles liquidez financiera, sino también información, asesoramiento, asistencia técnica y capacitación para que esos nuevos recursos sean eficientemente empleados en actividades productivas que permitan el incremento del nivel de ingreso de la comunidad y paralelamente un saldo del balance comercial que les permita el pago de sus compromisos externos y así lograr su reinserción, competitivamente, al comercio internacional⁹².

Los juristas sólo podemos esperar que la ciudadanía determine que "orden social" pretende, para colaborar en acercar las técnicas jurídicas para dar contenido al derecho como "orden del orden social". Una visión clara sobre los objetivos de la lex mercatoria, y al mismo tiempo sus limitaciones en torno a las relaciones de organización facilitará ese rol.

Córdoba (República Argentina), agosto de 2002.

este vendría a imponer de hecho opciones políticas tales que llevaran al hambre y a la desesperación a poblaciones enteras. No se puede pretender que las deudas contraídas sean pagadas con sacrificios insoportables. En estos casos es necesario -como, por lo demás, está ocurriendo en parte- encontrar modalidades de reducción, dilación o extinción de la deuda compatibles con el derecho fundamental de los pueblos a la subsistencia y al progreso".

⁹²) Un ejemplo de ello, es la labor desarrollada por el Banco Mundial de la Mujer, con sede en nuestra Ciudad de Córdoba, que a través de una Fundación, apoya el otorgamiento de créditos para microemprendimientos, además de brindar servicios de asesoramiento y cursos para empresarias. El fondo de préstamos proviene de lo producido en las otras actividades de la fundación, de los créditos de organismos internacionales y de la financiación del Banco Interamericano de Desarrollo. El servicio de créditos consiste en pequeños préstamos escalonados, renovables rápidamente, con tasas de interés por debajo de las pagadas por los créditos bancarios locales, acompañados necesariamente de asesoramiento y capacitación. En caso de mora en el pago de las cuotas acordadas para su devolución, la refinanciación se realiza siempre teniendo en cuenta la capacidad de devolución del deudor y priorizando la continuidad del emprendimiento. Es decir la Fundación comparte de alguna manera con el deudor los riesgos y dificultades propias de la actividad empresarial financiada.