

El Derecho Privado hoy y la innovación jurídica

Por Héctor Alegria

Publicación: 06/06/2013

Disertación del Dr. Héctor Alegria al recibir su designación como Doctor Honoris Causa de la Universidad de la República, Montevideo, 16 de abril de 2013. En atención a su naturaleza, sólo contiene citas de referencia con relación a los autores mencionados en el texto.

Es de rigor, en estas ocasiones, realizar una breve exposición que conlleve una meditación del doctorando. Rigor que no es tal en el caso, sino que significa una satisfacción y una provocación al ejercicio intelectual, no ajeno, como ya dijimos, a la realidad en la que se enmarca y a la que sirve. Necesariamente, serán reflexiones seminales, como simple muestra de desarrollos y problemas forzosamente incompletos, pero que pretenden significar un estímulo para una profundización posterior del autor, de los oyentes y de los eventuales lectores.

1) Sobre el derecho de hoy, en general

El derecho actual adquiere, gradual pero intensamente, nuevos perfiles que parecen hacer inabarcables su contenido y, a veces, indefinible su derrotero. Hace algunos años utilizamos como capitel de una revista jurídica que dirigíamos, una frase que podría transcribirse como “El derecho progresa y se amplía vertiginosamente, no se sabe hacia dónde va, pero sí se sabe que va rápido”. Esta frase de un realismo casi cruel no debe producir, sin embargo, un efecto paralizante, sino una toma de conciencia y un incentivo para la elaboración de soluciones dentro del marco de un *sistema*. Sistema que puede ser el precedente o bien otro que se construya o modifique sobre la base de esa nueva realidad.

Se ha dicho por el ilustre Guido Alpa hace unos años, que “la dimensión planetaria de las relaciones económicas, la producción de bienes y servicios destinados a mercados multinacionales, la circulación de los capitales y la inversión sin fronteras y también la superación de los estados nacionales, la trasposición de la actividad económica de lo público a lo privado y otros fenómenos, llevan consigo la difusión de la biotecnología, una nueva relación entre producción agrícola y alimentación, implica nuevos modelos culturales y lingüísticos. Pero importa además un proceso que comienza desde la base: un conjunto de procesos políticos, culturales, tecnológicos, más allá que económicos, que también operan a favor de las comunidades locales, de los conjuntos infranacionales y del micromercado”. Agrega después que la llamada “new

economy” ha traído otro modo de producir, de consumir, de trabajar y de vivir, y que, se trata de poner en escena, frente a tal universo, los caracteres de la existencia humana cuando el panorama parece invadido por el consumo y por la utilidad. Concluye que, en cualquier caso, esa revolución preponderantemente digital, ofrece materia al jurista para i) reformular los sistemas tradicionales de derecho privado; ii) reorganizar su propia actividad y iii) promover los valores de la persona.

Desde ahora debemos aclarar que nuestros países —me refiero en especial a Latinoamérica— están inmersos en ese mundo pero no necesariamente atrapados por el universo de sus problemas, de sus culturas y, menos aún, sujetos a un trasplante acrítico de modelos legales que no se compadezcan con su grado de desarrollo, sus necesidades sociales y su propia institucionalidad. Volveremos sobre esto más adelante.

Retomando el hilo que dejamos pendiente, nuestro esfuerzo de investigación y metodológico

—tema este sobre el que es un maestro mundialmente reconocido nuestro doblemente colega Eugenio Bulygin— ha de significar una doble vía: la primera ampliar y actualizar nuestra realidad jurídica; la segunda, recomponer al mismo tiempo un sistema, tanto nacional como internacional, que rescate su coherencia interna dentro del fragor de su evolución permanente, que a veces podríamos interpretar erróneamente como tendiente a la anarquía. Ambas cosas significan el más importante desafío del jurista de nuestra era, que algunos llaman “postmoderna”.

2) El derecho privado y sus fuentes

Si bien muchos de los pensamientos que vamos a expresar pueden aplicarse al derecho en general, nos vamos a circunscribir a algunas reflexiones sobre el derecho privado.

La primera consiste en ubicarnos dentro del continente que abraza ese derecho. Si es cierto que el tema de las “ramas” del derecho está en permanente debate, más aún lo está la diferenciación entre el derecho civil y el comercial.

Este último aspecto, llamativamente, se hace más crítico en algunas legislaciones latinas que han unificado sus cuerpos de derecho privado en una sola codificación (como Italia, Paraguay, Perú y Brasil, por ejemplo), en los cuales se trata de rescatar cierta categorización distintiva del derecho comercial desde el punto de vista científico y didáctico. Respecto de éste, las teorías han ido sucediéndose una tras otra, más modernamente sobre la base de identificar como núcleo de esta disciplina (Libertini) lo que llamaríamos el *derecho de la empresa* (aunque éste puede exceder lo estrictamente atinente al derecho privado); alternativamente a un derecho dinámico

sobre la *actividad de la empresa en el mercado* en una realidad supraindividual, que lo diferenciaría del derecho civil, al que se estima asentado sobre el sujeto individual y la propiedad; o finalmente recalcando *la ampliación de sus límites y la profundización de sus contenidos* sobre la base de una revitalización del valor de la costumbre, reencarnada ahora en la nueva “lexmercatoria”.

En este punto hemos de referir solamente que participamos de la idea de la unificación codicística legislativa de las materias civil y comercial, lo que no importa desconocer el mantenimiento de cierta particularidad didáctica y técnica del derecho tradicionalmente llamado comercial, vinculado a la empresa, su institucionalidad interna, sus bienes, su actividad y sus relaciones contractuales o no contractuales con terceros ajenos a ella.

2.1. Diálogo de las fuentes

El problema relativo a las fuentes del derecho descubre un punto álgido de la actualidad. El concepto mismo de *fuentes* es debatido, al punto que se habla de un “desbordamiento” de las fuentes del derecho, haciendo necesaria una nueva tipología de ellas y su clasificación dentro de un también nuevo marco teórico, después de haber sufrido un proceso de deconstrucción y otro de reconstrucción (Pérez Luño).

Lo que ocurre es que la visión tradicional de la fuente como una norma legal sancionada por un órgano (estatal) dotado de esta potestad, su adecuación a la pirámide jurídica y la existencia de una norma de sanción, nos ha llevado a concebir la ley sólo como un instrumento del Estado dotada de la característica de la coerción y sanción que eran clásicas en el pensamiento sobre la materia.

2.1.1. La codificación

En el derecho privado el papel central lo tuvieron tradicionalmente los “códigos”. Nacidos éstos en una etapa iluminista, consistieron básicamente en una consolidación y reunificación estadual de diferentes normas y costumbres en un cuerpo único, naturalmente con algunas aperturas innovativas.

En algún momento se llegó a creer en lo que llamaríamos “omnipotencia” de los códigos, es decir, su carácter exclusivo y, a veces, excluyente, que hizo decir a algunos “yo no conozco el derecho civil, sino el Código Napoleón” (Bonnecasse, y similarmente en el derecho inglés Bentham). En esta corriente llegó a creerse en una especie de “monoteísmo” de los códigos, un símbolo, mito y pilar de la modernidad y un monumento del derecho. A esa época le sucedió una eclosión de la complejidad social y un gran desafío tecnológico, profundizado después por la revolución informática y la consecuente globalización.

Esto hizo necesario promulgar reiteradamente nuevas normas, algunas con carácter de cuerpos sistemáticos que, vigentes contemporáneamente con los códigos (Civil y Comercial), llevaron a afirmar que llegamos a una “edad de la descodificación”, como una fuga del derecho civil (Irti).

Sin embargo, se ha repensado sobre la base de esta idea y se ha advertido claramente que los “*códigos de sector*” mantienen un diálogo fluido con los que podríamos llamar *códigos comunes* o de *derecho común*. Esto hizo que algunos hablaran de códigos de primera, segunda y aún de tercera generación. Advertimos así que el derecho privado tradicional contenido en códigos civiles y comerciales, *deja espacios para las nuevas regulaciones* aun cuando ellas tengan una característica de microsistema, considerando no ya al *ciudadano abstracto*, sino *en concreto a los sectores o grupos* con intereses específicamente tutelables. Por ello, como lo describe con su autoridad Caroni y lo recibe Oppetit, la “codificación no es sólo una reunión de leyes, ella tiene un espíritu de sistema y de totalidad, una intención de renovación política y, al mismo tiempo, un espíritu de determinar el curso de la historia”. De esta forma se permite superar la dimensión meramente insular del microsistema, restañándolo e insertándolo dentro de un *sistema*, ya sea nacional o internacional.

Algunos autores como Augusto Baldassari y Rita Rolli hablan ya de la “recodificación”, viendo en ese fenómeno una pluralidad articulada y un retorno al método de los códigos, no ya como universales, eternos o enciclopédicos, sino como una concentrada miríada de principios generales, de reglas abiertas, dialogantes con los preceptos propios de cada sector y leyes especiales, *permitiendo así fijar categorías que resuelvan sistemáticamente la pluralidad del lenguaje jurídico*. Un crítico de la posición de Irti llegó a decir que, después de la tesis de este autor, se han sancionado más de cuarenta códigos en el mundo, lo que prueba que la descodificación fue sólo una creación doctrinal sin apoyatura en la realidad posterior. Los códigos de fondo serían así puntos de partida, pero no necesariamente de arribo.

Esta convivencia de los códigos de fondo y los códigos de sector descubre nuevos horizontes para el desarrollo de la ciencia jurídica, pudiendo hacer emerger *nuevos principios*, en un sistema de derecho positivo *estructuralmente variable* y con *nuevos valores culturales* unificantes.

2.1.2. Las nuevas fuentes y la soberanía estadual

Galgano opinó que las crisis de los Estados, en su concepción decimonónica, afectó lo que podríamos llamar su “soberanía legiferante y jurisdiccional”. En realidad, aun fuera del contenido material de nuestra disciplina, es claro que el concepto de soberanía se ha modificado con el tiempo, llevado por los vientos y a veces por las tormentas de las circunstancias históricas, la mundialización de la economía y, sobre todo, la revolución

informática. Aparecen, por tanto, nuevas fuentes del derecho que primero fueron supraestatales para después ser paraestatales o no estatales, erosionando así parcialmente el monopolio de la estadualidad y territorialidad.

El primer campo donde esto se muestra patentemente, sobre todo en el derecho mercantil, es con la llamada “*lexmercatoria*”. Nos hemos referido a ésta reiteradamente, recordando los debates a que ha dado lugar prácticamente en todos los ámbitos materiales y espaciales del derecho moderno.

Es cierto que esta “ley” no es tal en el sentido formal de norma estadual obligatoria y también lo es que no existe un cuerpo escrito de referencia para ella, a pesar de las numerosas aproximaciones en distintas clases de textos, sobre todo relativos a los contratos y a los llamados “códigos de conducta”, a los que nos referiremos posteriormente.

En definitiva puede considerársela fuente no sólo por el uso, sino por la “*opinionecessitatis*”, lo que la ha llevado a ser admitida como tal no sólo ante tribunales arbitrales internacionales, sino ante tribunales estaduales (casos Norsolor, Primary Coal Inc, entre otros). Se supera, con ello, la llamada *discontinuidad* del derecho de los Estados. Un crítico autor también ha expresado que la *lexmercatoria* protegió más tempranamente al débil, en figuras como el *hardship* o la *grossdisparity* (Teubner), hoy adoptadas en el derecho corriente de muchos estados.

Tampoco se trata de un *desconocimiento* de la soberanía del Estado, sino de una apertura a la elección de la ley aplicable convencionalmente por la esencia del negocio, sin desmedro de los principios de orden *público nacional e internacional* que estén en la base de estos últimos ordenamientos.

2.1.3. El *softlaw*

Un debate profundo, al que también nos hemos referido en otra oportunidad, es el mantenido sobre lo que se ha dado en llamar, en su vocablo inglés, *softlaw* (derecho amplio, flexible, no necesariamente vinculante). Este se contrapondría con *hardlaw*, el que es concebido como una ley promulgada por autoridad competente con efecto vinculante y sanción adecuada.

Habiendo comenzado a estudiarse este concepto sobre todo en materia de derecho público internacional, permeó enseguida hacia el derecho privado, y advertimos hoy un importante caudal de reglas de conducta observadas como referencia o aceptadas específicamente por los sujetos interesados, de modo de cambiar nuestro pensamiento sobre ellas. Pasamos entonces de preguntarnos por los *caracteres del*

derecho formal, a interrogarnos sobre sus *funciones* (Paclot). En tal punto puede recordarse, una vez más, la ya antigua afirmación de Carbonnier, cuando dijo: “el derecho es más pequeño que el conjunto de las relaciones entre los hombres, pero más grande que las fuentes formales del derecho”, mientras que Oppetit afirmó: “La juridicidad no puede estar subordinada a la existencia de una sanción coercitiva bajo pena de confundir el derecho con la fuerza: hay reglas no sancionatorias o ‘inefectivas’, en derecho internacional, en derecho constitucional y en derecho privado que, sin embargo, siguen siendo normas de derecho”.

Sería largo enumerar aquí de nuevo los múltiples ejemplos que se dan a este respecto, desde los principios de *Unidroit*, en materia de contratos en general y las reglas sobre ciertos contratos en particular, como las referidas *afactoring*, *franchising*, *leasing* y la de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y otros organismos de carácter privados o mixtos. Seguramente muchos de los oyentes o lectores han tenido oportunidad de ver contratos, por ejemplo, bancarios, que se remiten a estos cuerpos de normas, las que tienen una aceptación, acatamiento y reconocimiento total por los tribunales estatales y arbitrales.

Un problema particular se presenta con lo debatido sobre la *falta de legitimación democrática* con relación a la creación de estas reglas. Se afirma que ellas son emitidas por organismos supraestadales, multiestadales o privados, cuyos integrantes no son elegidos por la generalidad de la población, sino mediante formas de acceso desvinculadas de aquella legitimación.

La reflexión no deja de ser cierta, pero también lo es que los representantes de los Estados son, en la generalidad de los casos, a su vez elegidos democráticamente o por quienes revisten tal investidura para representar tanto al Estado como a su pueblo.

En lo particular, en el caso de los cuerpos de origen privado, se refieren en general a la materia contractual y, por lo tanto disponible para quienes la eligen. Finalmente no puede ocultarse, por otra parte, que muchas de estas reglas originadas en la práctica y en la costumbre pasan después a formar parte de algunos derechos estatales en concreto.

2.1.4. La constitucionalización del derecho privado

En el derecho moderno muchas constituciones políticas de los Estados han incorporado a su cuerpo normativo principios a instituciones típicas del derecho privado. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho del consumo y el del medio ambiente, como ha ocurrido en diversos países de América Latina.

Esto no debe verse como una tendencia contraria a lo que hemos dicho, sino complementaria con ella, pues las normas constitucionales marcan un *piso de legalidad más elevado* que el anterior y, dado su carácter inderogable, se imponen a los ciudadanos de los Estados y a las relaciones jurídicas sometidas a tales reglas.

En particular, este perfil publicístico se acentúa con la incorporación constitucional de tratados internacionales, sobre todo los vinculados a los derechos humanos, o bien cuando se otorga jerarquía a ciertos tratados por sobre las leyes ordinarias. Esto último ha creado un debate sobre si el derecho de los tratados importa adoptar, además, el caudal de reglas interpretativas propias de las fuentes internacionales, tema que es motivo de un actual y rico debate.

2.1.5. La jurisprudencia

Debo referirme a la vieja polémica sobre la jurisprudencia como fuente del derecho, cuyo desarrollo, lógicamente, no podemos afrontar aquí. Sin perjuicio de su planteamiento teórico, quiero señalar en particular la incorporación, en el Proyecto del Código Civil y Comercial que se está debatiendo en la Argentina, de un artículo 1 rotulado “fuentes y aplicación”, y dentro de él, la frase “*se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso*”. Esto genera un nuevo debate sobre si se ha incorporado a la jurisprudencia como fuente del derecho y la extensión con la que se la recibe en tal carácter.

No puede negarse que la inserción en tal elevado rango dentro de un nuevo Código Civil y Comercial tiene una notable repercusión en su valor como fuente de derecho.

Este valor se aumenta si tenemos en cuenta que se confiere a los jueces, por virtud de *leyes abiertas y flexibles* y la adopción de *estándares jurídicos*, una amplitud interpretativa que pone en consonancia esas reglas y estándares con la equidad y con el sentir de la comunidad en un momento dado. Así puede afirmarse con relación a la recepción legal del principio de la buena fe, de la corrección, de la razonabilidad, al concepto de buen hombre de negocios y a la prudente administración, entre muchos otros. Con respecto a ellos, el juez habrá de hacerse cargo de las mutaciones de la realidad, debiendo expresar, en definitiva, una opinión valorativa para cada caso. Quizás ahora podamos entender aquella frase que identifica a la jurisprudencia como “política del derecho”, claro está que más allá de la política partidaria.

3) Casos puntuales de una agenda

Pasamos ahora a referirnos a casos puntuales de una agenda muy amplia de temas que muestran una diversidad muy grande de institutos, contratos, sistemas particulares y elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales, nacidas o profundizadas desde el segundo tercio del siglo pasado en adelante. Naturalmente, el elenco que

abordaremos es ejemplificativo y constituye una mera enunciación, sin un desarrollo siquiera indiciario. También seleccionaremos con cierto grado de arbitrio los campos que pretenderemos poner a consideración, sin ninguna pretensión de exhaustividad.

3.1. El derecho de los contratos

Un gran campo en el que las mutaciones han hecho sentir su presencia, es en el llamado “*derecho de los contratos*”.

No sólo ha habido una proliferación de nuevos tipos contractuales, ya sean de mera tipología social o con tipología normativa, sino que las pautas generales a los que somete cualquier contrato, se han modificado profundamente.

3.1.1. La formación del contrato

Desde las mismas reglas de la formación de los contratos se nota una tendencia a una apertura a distintas alternativas en la etapa formativa, y también a la consideración de esa etapa formativa del contrato como un período durante el que pueden originarse derechos y deberes de las partes y aún de terceros.

Sin duda que cobra gran sentido la irrupción de la informática, mediante la cual la contratación puede hacerse automáticamente con solo apretar una tecla del ordenador, en lo que se ha dado en llamar un *consentimiento virtual*. Naturalmente, este impacto genera la advertencia de la doctrina y aun la actividad legislativa, en gran parte dirigida a la tutela del consumidor (a la que nos referiremos más adelante) pero no circunscribiéndose a éste como el único destinatario de la oferta telemática.

Un permanente diálogo se entabla entre los principios de la autonomía de la voluntad, la igualdad de las partes en los contratos, las condiciones generales, las cláusulas vejatorias y la distinción entre contratos paritarios y no paritarios.

Dos palabras sobre cada uno de estos temas:

a) Hemos tenido oportunidad de referirnos al rol actual de la *autonomía de la voluntad*, no como dogma o mito sino como respeto a las potencialidades de la persona y a su voluntad, encuadrada, como es lógico, en los límites de respeto al otro y de reglas legales inderogables; se reconocen así las fronteras de la autonomía de la voluntad pero no se causa su desaparición.

b) En cuanto a la *igualdad* de las partes existe una tendencia legal, doctrinaria y jurisprudencial a la tutela de la *parte débil*, mediante instrumentos que le permitan colocarla en condiciones de equilibrio frente a la otra parte (tema en el cual debe

incorporarse el llamado *abuso de dependencia económica*), destacándose el rol de *lainformación* (no circunscripto únicamente a los contratos de consumo).

c) La práctica constante indica que en ciertos *tipos contractuales* aparecen los contratos *por adhesión* o sujetos a *condiciones generales*, sobre los cuales tanto la legislación comunitaria de la UE, como varios códigos modernos incorporan un tratamiento de gran relevancia. Aun sin esa apoyatura legal en muchos países la interpretación contra el proponente y otras consecuencias de estas modalidades contractuales son recogidas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

d) Un particular desarrollo ajeno al contrato decimonónico clásico es el llamado *cláusulas vejatorias*, es decir, que exorbitan del contenido económico y el fin tutelado legalmente para el contrato y colocan una parte en una desventaja inarmónica con el equilibrio contractual. Esas cláusulas vejatorias han sido contempladas por la legislación común en muchos países y, naturalmente, también lo han sido en el derecho del consumo. La fuerza del principio de la buena fe y la equidad ínsitas en los sistemas jurídicos han hecho que se extraiga de ellos también la condena de situaciones semejantes, aun cuando no exista un elenco legal.

e) Como conclusión de lo que llevamos dicho —y aun de otros presupuestos no indicados expresamente— se llega a advertir cierta dicotomía: los *contratos paritarios* serían aquellos que se celebran entre personas que al negociarlos tienen una similar capacidad de decidir y formalizan el vínculo con libertad y discriminación suficiente sobre el contenido de las cláusulas comprendidas en la instrumentación del contrato. Serían *no paritarios* aquéllos donde existe desigualdad y, por lo tanto, agudizan la necesidad de la información, la buena fe y la nivelación de las facultades negociales para lograr convencionalmente el mutuo equilibrio y el ejercicio pleno de la libertad de ambas partes.

3.1.2. Mecanismos de corrección ante las vicisitudes del contrato

Durante la vida del contrato pueden existir circunstancias que lo afecten, especialmente en el sinalagma y consecuente equilibrio de las obligaciones de las partes. Han surgido así, ya sea por su inclusión en normas legales, ya por interpretación de principios generales, ciertas reglas para afrontar tales circunstancias. Sólo las mencionamos. Se trata de las figuras de la *excesiva onerosidad sobreviniente*, de la *frustración de la finalidad del contrato* y la genérica del *abuso del derecho*, ya comunes en la doctrina moderna.

Se suele hablar con mucha autoridad de la llamada “justicia contractual”, tema sobre el que existen posiciones total o parcialmente diferentes. El nudo de la cuestión es si, con prescindencia de normas generales revestidas de orden público (como serían las

referidas al orden público económico, como las cambiarias o aduaneras, por ejemplo), el juez puede restituir el equilibrio contractual ante las nuevas circunstancias. Naturalmente que ante la conformidad de las partes para tales ajustes, parece claro que el juez pueda, en esos casos excepcionales, determinar el contenido futuro de las prestaciones, fundado en parámetros ciertos que surjan de los procesos pertinentes. Sin embargo, a pesar de ciertos precedentes en sentido diverso, entendemos que ante la voluntad *unilateral* de una parte de modificar las prestaciones del contrato, aun en condiciones de excepción, la decisión de un juez que constate tales desequilibrios no podría imponer una modificación contractual contra el interés de la otra parte si ésta no lo ha consentido, debiéndosele conferir la opción de rescisión si se comprueba el desequilibrio y no admite la nueva formulación judicial.

En general, podemos decir que no compartimos la tesis que alarga la extensión del carácter de *interés general o social* que se otorga el contrato, una vez concluido, a extremos que lo desprendan como autónomo de su imbricación en la realidad patrimonial de los sujetos.

3.1.3. La tipología contractual

Los desarrollos económicos y sociales han hecho emerger un gran número de nuevos tipos contractuales, cuya dispersión en el mundo se ha visto acelerada por la revolución de la información, el desarrollo y la consecuente mayor relación entre los países. Sería demasiado extenso enumerar ahora la importante cantidad de estas relaciones, algunas de las cuales han entrado en la legislación por vía de reforma de los códigos o por leyes especiales, aun cuando la mayoría han quedado fuera de normas expresas y confinadas a una tipicidad meramente social. En la actualidad se debate si el ingreso de estas nuevas figuras como tipos legales expuestos es conveniente o no para el desarrollo económico de la comunidad. Parece que respecto de algunos tipos que han dado lugar a soluciones diferentes de la doctrina y de la jurisprudencia y a una utilización muy vasta, el legislador no puede permanecer ajeno (por ejemplo contratos de distribución, agencia, concesión, *franchising*, *factoring*, *leasing*, fideicomiso) sin perjuicio de otros que, además de la voluntad de los contrayentes, se reglan por sistemas de contralor específicos (contratos bancarios, de bolsa, seguros, *securitización*, etcétera).

Dentro de este acápite recordamos al pasar que ciertas modalidades contractuales han motivado reiterados desarrollos y requieren la atención de los juristas, como los contratos preliminares, preparatorios, mixtos, conexos, coligados, complejos, de prelación, de opción, de formación sucesiva y la invitación a ofertar, entre otros. Podemos hacer una simple mención a la amplitud actual del *derecho de las garantías*, no sólo de las clásicas sino de nuevas, como las cartas de patrocinio, a

primera demanda, autoliquidables y el uso de ciertas figuras con fines de garantía (el fideicomiso o la misma propiedad, por ejemplo).

3.2. El derecho de la protección del consumidor o del consumo

Mucho se ha escrito ya de estos temas en nuestros países, incluso se han sancionado “códigos del consumidor”. Hemos tenido oportunidad de señalar cómo este derecho se articula con el derecho civil y el derecho comercial, pues de alguna manera se asienta sobre sus instituciones.

Es imposible una enumeración de todos los temas de este atrayente espacio, pero destacamos a modo de ejemplo los siguientes:

a) La “*multitutela*” de los derechos del consumidor. No sólo se amplían las facultades y los presupuestos de las vinculaciones del consumidor con el proveedor, sino que los derechos de aquél se consagran a través de distintos medios: el amplio derecho de información; el derecho de receso (es decir, el arrepentimiento, la rescisión del contrato); las particulares nulidades ínsitas en la noción de orden público; las acciones más breves y efectivas por la vía administrativa o judicial; las sanciones pecuniarias y penales y la participación de las asociaciones de consumidores en ese mundo complejo y variable.

b) Una particular concepción sobre la *conexidad contractual* en el derecho al consumo, en especial con relación al crédito o consumo, comprendiendo el estudio de la concesión abusiva del crédito al consumidor y la invalidez de la prórroga de jurisdicción.

c) El empleo de la noción de consumidor para una fórmula especial de solución de los problemas *desobreendeudamiento* de tales personas, con facilidades para la recuperación, tutela de los bienes esenciales para su vida personal y familiar, y recuperación de la aptitud negocial del sujeto.

3.3. El derecho de las sociedades, las asociaciones y los conjuntos empresariales

En este campo, el derecho moderno registra tanto textos legislativos como posiciones doctrinarias y jurisprudenciales de gran valor. A modo de ejemplo señalamos algunas:

>a) La modulación del *principio de mayoría*, clásico en esta rama, pasando por las etapas de considerar el *abuso de la mayoría*, a la *tutela diferenciada de la minoría* y, finalmente, el *abuso de la minoría*. Como se ve subyace el interés social por encima de los intereses individuales.

b) La mayor *diversificación de las figuras societarias*. En este punto podemos destacar que algunas de las todavía existentes en nuestra legislación tradicional ya carecen de aplicación práctica, por distintas razones (por ejemplo las sociedades de capital e industria). Frente a ello se han aligerado los requisitos de constitución de las sociedades y otros conjuntos económicos mediante procedimientos abreviados y sistema de gestión ampliamente simplificados y mínima exigencia de capitales. También podemos mencionar aquí una ya consistente tendencia no sólo a admitir a las *sociedades de profesionales* sino la limitación de la responsabilidad dentro de esas sociedades, ampliándose los tipos a los que pueden adoptar los constituyentes que tengan esa calidad, incluso hasta la sociedad anónima.

c) La admisión de la legalidad de los *pactos parasociales*, sean de voto o de bloqueo, y la contemplación de sus efectos, incluso frente a la sociedad o aún frente a terceros.

d) El fortalecimiento de la *conservación de la empresa*, no sólo ante situaciones de crisis patrimoniales, sino también ante avatares propios de la vida de los socios, en especial en las *sociedades de familia* comprendiéndose el llamado “protocolo familiar”, facilitando su continuación con un solo socio, la transformación (incluso la llamada “*transformación regresiva*”, es decir, de sociedades de tipo complejo en sociedades más simples, por ejemplo, una sociedad anónima en una sociedad colectiva) y la llamada “*fusión heterogénea*” (por ejemplo, entre una asociación civil y una sociedad).

e) Una mayor flexibilidad en el *manejo del patrimonio social* —siempre respetando el interés de la sociedad— por ejemplo admitiendo la creación de fondos separados para un negocio específico o para un financiamiento particular (ley italiana, modificada en 2003).

f) La tendencia a regular de un modo expreso y más flexible el *derecho de los grupos*, cuidando en todos los casos el interés de los terceros acreedores, el de los socios minoritarios y el orden público.

g) El desarrollo de las reglas del llamado “*gobierno corporativo*” (*corporate governance*). Éstas son apropiadas para las sociedades de capital abierto, pero la extensión de sus disposiciones a otras sociedades, en nuestros países, debe hacerse con mucha prudencia pues puedan afectarse la economicidad y simpleza de sus negocios.

h) La *simplificación de la complejidad orgánica* de las sociedades según su dimensión, el replanteo de los alcances de la responsabilidad de los administradores y socios y la eventual *atenuación* de las sanciones penales y civiles.

i) La necesidad de considerar la situación de los patrimonios empresariales en los casos de sociedades y particulares desahuciados por su vinculación al lavado de dinero u operaciones mafiosas o narcotráfico, tratando de mantener en lo posible viva a las empresas no contaminadas en su objeto y protegidos a los terceros ajenos al ilícito.

3.4. Misceláneas

Inútil es pretender abarcar a todo el mundo vinculado a las actividades que tienen algún reflejo en la vida económica de la comunidad o en la patrimonial de los individuos.

Sólo dejaremos marcados temas o parcelas que sin duda inciden sobre esa realidad: así el derecho de la competencia; el derecho ambiental; el de la biotecnología; el llamado derecho industrial (patentes, marcas, modelos industriales, de *knowhow*); los derechos intelectuales; el derecho informático; el arbitraje y los procesos judiciales, entre muchos otros.

Tampoco hemos considerado, a pesar de su incidencia directa en la materia, la regulación de la insolvencia patrimonial o crisis empresariales o personales; los llamados instrumentos financieros o productos financieros, como los títulos valores y los servicios vinculados; el derecho a los seguros; el de las entidades financieras y el de los mercados de capitales.

Como gran fondo de la cuestión permanece el debate del análisis económico del derecho (*law and economics*) y el ahora incipiente relativo a la utilización estratégica del derecho (*law and management*) como factor de competencia y desarrollo empresarial.

4) Los desafíos de la innovación jurídica

Hasta aquí hemos desarrollado ciertos puntos que invitan a la reflexión de los juristas de nuestra región y, en caso de no haber sido incorporados a la legislación, también le proponen analizar si ameritan una modificación de los textos. Ciertamente es que toda modificación legal debe ser tratada con la seriedad y profundidad que tiene cualquier proyecto en la comunidad, más aún el que se dirige a un plexo social heterogéneo. En muchos países existen comisiones permanentes de legislación o codificación, que preparan los materiales para las decisiones políticas pertinentes, lo que posibilita un clima de investigación “en sosiego” y un debate plural para llegar a textos consensuados en lo óptimo posible.

Para referirnos especialmente a la temática de la *innovación* debemos recordar que, en una estratificación demasiado ideal, se ha dicho que las fuentes de los códigos o

las leyes de fondo provienen de la *imitación*, de la *consolidación* o de la *innovación* (Caroni). Por supuesto que estos tres factores siempre aparecen conjugados en mayor o menor medida, según el caso.

Creo conveniente desgranar pocas reflexiones sobre el punto:

a) Debería descartarse hasta el máximo posible la *consagración de normas por impromptu o capricho*. Generalmente son desarmónicas con el sistema jurídico en el que se insertan, no dimensionan sus efectos y los costos económicos o sociales y, en muchos casos, están condenadas al fracaso o a la desuetudo.

b) La *incorporación de normas de otros sistemas jurídicos* debe sopesarse con la cautela necesaria. Contemporáneamente se ha estudiado con profundidad el tema de lo que se ha llamado el *trasplante legal* (*legal transplantation*: Nathalie Martin, 2005; ChristoGrozev, 2013; Pierre Legrand, 1997; JoergFedtke, 2006; UgoMattei, 1994 y 2003; William Twining, 2005 y 2006; David Westbrook, 2006, entre otros), destacándose sus perjuicios cuando es meramente acrítico e importa una aculturación, una transculturación o un desconocimiento del sistema jurídico en su conjunto, que desde ya es constitucional pero también político, social, cultural y económico del país en el que la norma quiere insertarse.

Por supuesto el *derecho comparado* será de una gran ayuda para el redactor de normas y para su intérprete, pero sabiendo comprender el mundo real en el que se inserta en el país de origen y aquel respecto del cual estará destinada su incorporación.

El *mero trasplante por prestigio*, sin adecuarse a la cultura y necesidades de una nación, corre los riesgos que señalaba en la tercera década del siglo anterior Luigi Lordi, cuando se refería a las Convenciones de Ginebra sobre Letras de Cambio y Cheque, y decía que su introducción en los sistemas de los diversos países producían lo que él llamaba "*una leggediforme cambiaria*".

c) La innovación tampoco es una *adaptación a una moda o a una corriente pasajera*, pues corre los mismos peligros que señalamos antes. En un viejo trabajo caracterizado al jurista como un *ingeniero de la vida social*, quien de modo interdisciplinario selecciona y elabora materiales diversos obtenidos de su comunidad para lograr un resultado que la beneficie de modo más eficaz que las herramientas anteriores con la que cuenta.

Desbrozada la innovación de las deformaciones a la que hemos hecho referencia, sin duda que es un gran desafío para juristas latinoamericanos de hoy. Nuestro grado de

desarrollo exige un esfuerzo de imaginación para dotarlo de un instrumental jurídico propio para su despegue.

Nuestros países requieren de esa imaginación para mirar a su sociedad y a su economía y advertir sus necesidades. Sin que signifique ningún elenco, además de lo que ya hemos dicho, piénsese en particular en la necesidad de prever el crecimiento del Mercosur como ámbito no sólo de un mercado sino de fluidas relaciones humanas, económicas y sociales. Además debe contemplarse, **la realidad de las pequeñas y medianas empresas**, incluso agrarias, artesanales y cooperativas; el aliento a los **nuevos emprendimientos**, incluido su financiamiento; las soluciones concursales para **los pequeños concursos** y el **sobreendeudamiento de los consumidores**; la ampliación del elenco de medidas y métodos para la **recuperación empresarial temprana**, alejando el fantasma del estigma falencial; la regulación de los **grupos** dentro del país y en varios países; el realismo en la adopción de los distintos **tipos societarios**, asociativos y organizaciones no gubernamentales, incluido los emprendimientos conjuntos (*jointventures*) y la constitución acelerada o abreviada de sociedades; los atractivos aspectos de la **biotecnología** y de su patentamiento; el impacto de la **informática**, considerando la seguridad de las comunicaciones, la privacidad de los usuarios y la responsabilidad por su uso inadecuado y la localización territorial, temporal y legal del *e-commerce*; la posibilidad de adoptar las **acciones de clase** (*classactions*) en alguna de sus variables (*opt-in u opt-out*); el mejoramiento, la transparencia e interconexión de los Registros; **la libertad de establecimiento y la circulación de capitales y personas**; el acceso a la justicia, para agregar algunos temas a la ya larga lista.

El gran reto para juristas de hoy en nuestra región es incrementar sensiblemente su vinculación no sólo personal, sino la conexión de sus estudios y de la enseñanza del derecho comparado de los países de Latinoamérica, por el medio más adecuado y fluido. *Debemos conocernos más.*

Nuestra cultura jurídica no sólo puede estar encandilada por grandes luces sin poder ver su entorno. En definitiva, nos está encomendado aguzar el ingenio para, siguiendo un moderno debate, recibir y mejorar lo que se decante de precedentes computables, lo que Leibniz llamaba el *“arsinveniendi”*, pero también desarrollar el más difícil *“ars combinatoria”* que requiere de una inventiva propia, de una generación de nuevos recursos técnicos que sirvan para nuestras comunidades en el actual estado de su desarrollo.

La innovación, pues, no es obra de un hombre ni de la moda de una corriente de pensamiento o de la copia acrítica. La *nueva legislación* requiere de más elementos que formen su argamasa: *conocimiento profundo de la realidad* política, económica, social y de todos los otros órdenes pertinentes del país (eventualmente, de la región,

en los marcos integrados); abreviar en el *derecho comparado* la experiencia de otros pueblos, con mayor profundidad en los de la misma área geográfica y cultural; una *labor interdisciplinaria de evaluación* de los elementos utilizados y de las consecuencias esperadas y un *trabajo constante, esforzado, quizá silencioso*, de armonización de todos esos componentes en propuestas que se integren sin fisuras con el resto de la legislación nacional, después de una decantación razonable e imprescindible

Y, cuando sea del caso, con un *amplio margen de consulta* para que la comunidad haga suyo, en su caso, el proyecto y lo viva como un desafío común.

En suma, *nuestro derecho no puede proponerse como un mero sometimiento, sino como una expresión de libertad en la rebeldía ante la injusticia.*

Autores y trabajos mencionados en la Conferencia

ALPA, Guido, "Avvocati", en la revista "Contratto e Impresa", Cedam, Padua, 2000, pág. 1175.

BALDASARI, Augusto, "L'età dell'aricodificazione? (Codice civile e legispeciali nelle massime della giurisprudenza dal 1982 al 1990)", en la revista "Contratto e Impresa", Cedam, Padua, 1992, pág. 927.

BENTHAM, Jeremy, "Della formazione de' codici di Stefano Dumont. Estratto dalle opere di Geremia Bentham giureconsulto inglese". Versión con agregadas observaciones de Tommaso Zoffili-Forlì: tipografía Bordandini, 1830. Citado por ROLLI, Rita, "Il «codice» e i «codici» nella moderna esperienza giuridica: il modello del código del consumo", en la revista "Contratto e Impresa", Cedam, Padua, 2007-6, pág. 1503, nota 41.

BONNECASSE, Juliane, "Science du droit et Romantisme", Recueil Sirey, París, 1928, pág. 8.

BULYGIN, Eugenio - ALCHOURRÓN, Carlos E., "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", Astrea, Buenos Aires, 1987.

CARBONNIER, Jean, "Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur", Librairie Générale de Droit et Jurisprudence (LGDJ), París, 1992.

CARONI, Pío, "Escritos sobre la codificación", Dykinson, Madrid, 2012. Traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira.

FEDTKE, Joerg, "Legal transplants", in: Jan M. Smits (ed.), "ElgarEncyclopedia of ComparativeLaw", Cheltenham 2006.

GALGANO, Francesco, "La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria", en la revista "Contratto e Impresa", Cedam, Padua, 2012-1, pág. 78.

"Democrazia politica e legge della ragione", en la revista "Contratto e Impresa", Cedam, Padua, 2007-2, pág. 394.

"La globalización en el espejo del derecho", traducción de la edición italiana de Horacio Roitman y María De La Colina, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.

GROZEV, Christo, "Dynamics in (Auto) - acculturation of Legal Transplants", IMADEC University, December 2012. Puede verse también en <http://www.slideshare.net/cgrozev/autoacculturation-of-legal-transplants>.

IRTI, Natalino, "La edad de la decodificación", Trad. De Luis Rojo Ajuria, Barcelona, 1992, núm. 8.

LEGRAND, Pierre, "The Impossibility of «Legal Transplants»". 4 Maastricht Journal of European & Comparative Law 111, 1997.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, "Scritti di lógica", a cura di F. Barone. Traducción italiana, Bologna, 1968. Citado por GALGANO, Francesco, "La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria", en la revista "Contratto e Impresa", Cedam, Padua, 2012-1, pág. 84, nota 21. Este trabajo motivó una contestación de RUSSO, Ennio, "Ars inveniendi e ars combinatoria", en la revista "Contratto e Impresa", Cedam, Padua, 2012, N° 3, pág. 627.

LIBERTINI, Mario, "Dirittocivile e dirittocommerciale. Il método del dirittocommerciale in Italia", en "Rivista delle Società", Giuffrè, Milán, enero – febrero 2013, pág. 1.

MATTEI, Ugo. "A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance". 10 Ind. J. Global Legal Stud. 383, 2003.

MARTIN, Nathalie, "The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation", Boston College International and Comparative Law Review, 2005, Volumen 28, Issue 1, Article 2.

OPPETIT, Bruno, "Le droithors de la loi", Droits, 10, 1989, 47, citado por PACLOT, Jean, "La juridicité du code AFEP/MEDEP du gouvernement d'entreprise des sociétés cotées", en "Revue des sociétés", julio-agosto 2011, n° 7-8, Paris, Dalloz, p. 403, y su nota 64.

PACLOT, Jean, "La juridicité du code AFEP/MEDEP du gouvernement d'entreprise des sociétés cotées", en "Revue des sociétés", Dalloz, Paris, julio-agosto 2011, nº 7-8, pág. 395.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "El desbordamiento de las fuentes del derecho", La Ley, Madrid, junio de 2011.

ROLLI, Rita, "Il «codice» e i «codici» nella moderna esperienza giuridica: il modello del código del consumo", en Revista Contratto e Impresa, Cedam, Padua, 2007-6, pág. 1496.

TEUBNER, Gunther, "La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione", Armando Editore, Roma, 2005.

TWINING, William. "Diffusion of Law: A Global Perspective". Journal of Legal Pluralism 1–45, Vol. 49. <<http://www.ucl.ac.uk>>.

"Social Science and Diffusion of Law". 32 Journal of Law and Sociology, 203, 204, 2005.

WESTBROOK, David A. "Theorizing the Diffusion of Law: Conceptual Difficulties, Unstable Imaginations, and the Effort To Think Gracefully Nonetheless". 47 Harvard International Law Journal 2, 2006. <<http://www.harvardilj.org/attach.php?id=50>>