

**“EL DERECHO Y LA ACTIVIDAD ECONÓMICA:
MONEDA Y CONTRATOS”**

*Dr. Marcelo Urbano Salerno
Académico Titular*

SERIE CONTRIBUCIONES COMPILADAS N° 1



ANCBA 2020

Salerno, Marcelo Urbano

El derecho y la actividad económica : moneda y contratos / Marcelo Urbano Salerno ; compilado por Marcelo Urbano Salerno. - 1a ed compendiada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 2020.

Libro digital, PDF/A

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-537-159-0

1. Derechos Sociales y Económicos. I. Salerno, Marcelo Urbano, comp.

II. Título.

CDD 346.02

Fecha de catalogación: 2/2020

Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires

Av. Alvear 1711, 3º piso – 1014 Ciudad de Buenos Aires – Argentina

El presente trabajo se encuentra disponible sólo en versión electrónica

www.ciencias.org.ar

correo-e: info@ciencias.org.ar

La publicación de los trabajos de los Académicos y disertantes invitados se realiza bajo el principio de libertad académica y no implica ningún grado de adhesión por parte de otros miembros de la Academia, ni de ésta como entidad colectiva, a las ideas o puntos de vista de los autores.

ISBN 978-987-537-159-0

ÍNDICE

Prólogo	4
1º.- Actividad económica	5
- “Las valoraciones económicas en el ámbito del derecho privado”	6
- “Orden público en el sistema jurídico”	18
- “El derecho frente a la crisis actual”	24
- “La actividad económica ante el desafío del nuevo Código”	35
2º.- Moneda	44
- “Obligaciones dinerarias”	45
- “Carbonnier frente al derecho de la civilización monetaria”	49
- “Aspectos jurídicos de la moneda virtual”	54
3º.- Contratos	61
- “Perspectiva económica del contrato”	62
- “Efecto de los fenómenos económicos imprevisibles”	67
- “La contratación moderna en la economía de nuestra época”	77
- “Formulación innovadora del contrato en el derecho francés”	86
- Publicaciones del Dr. Marcelo Urbano Salerno como autor o coautor	97

PRÓLOGO

Una de las secciones de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires cumple la finalidad de estudiar a la ciencia jurídica en su dinámica evolución. Las investigaciones compiladas en este volumen son el testimonio de mi pertenencia a la Sección Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Por ese motivo, he reunido varias contribuciones donde puse énfasis en los factores económicos que inciden actualmente en el curso evolutivo del derecho. Es innegable la evidencia de ese creciente fenómeno, a punto tal que diversos temas patrimoniales han debido ser remozados. Quedan sin resolver las incógnitas de cómo continuará el desarrollo de los acontecimientos en los próximos años según el modelo que se aplique en la economía globalizada.

Considero oportuno en esta ocasión reflexionar sobre los fenómenos de nuestra época y su impacto en el orden jurídico. En algún momento germinarán los frutos de estas reflexiones que permitirán comprender mejor la realidad, que es el escenario donde operan las leyes, la jurisprudencia y la doctrina de los autores.

La ciencia, ajena a las fantasías y a las ilusiones, se distingue del conocimiento empírico. Elabora las nociones fundamentales, establece las causas primeras y los principios que regulan a variadas disciplinas. Formula proposiciones directrices a las que deberán subordinarse las búsquedas ulteriores. Tienen sustento en verdades demostrables mediante razonamientos y pruebas lógicas. Se eleva más allá de la subjetividad en su constante inquietud del saber.

No se debería subestimar a la teoría, ni a los teóricos, puesto que brindan los instrumentos que luego serán aplicados en la vida social y permitirán armonizar las relaciones humanas. Los estudios que se emprenderán seguirán pautas metódicas y tendrán respaldo científico para que puedan cumplir sus objetivos. En ese análisis son indispensables las disciplinas auxiliares a fin de describir el cuadro completo de las circunstancias históricas.

Empleo el método interdisciplinario –palabra ideada en el año 1920- por entender que es el más adecuado para exponer mis conclusiones sobre la actividad económica, la moneda y los contratos. Someto respetuosamente al juicio del lector evaluar el resultado del conjunto de estos trabajos.

Buenos Aires, noviembre de 2019
Marcelo Urbano Salerno
Académico Titular

CAPÍTULO PRIMERO

ACTIVIDAD ECONÓMICA

LAS VALORACIONES ECONÓMICAS
EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO¹

Discurso de Incorporación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos
Aires en la Sesión Pública del 7 de mayo de 2007

Señor Presidente de la Academia

Señores Académicos

Señores colegas, familiares y amigos

Señoras y Señores

Al recibir este diploma, confieso que vivo un momento de intensa emoción, pues ello colma una de mis mayores aspiraciones. Las palmas académicas discernidas a mi persona significan un gran honor que acepto conmovido. Ingresar a esta prestigiosa corporación importa asumir un serio compromiso ante la comunidad científica. Dedicaré toda mi energía intelectual a fin de contribuir al logro de los elevados objetivos de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

En su presentación, el señor académico Ray ha extremado los elogios hacia mi trayectoria, a no dudar movido por la amistad que nos une; guardaré en mi memoria esas palabras que van más allá de mis probables méritos.

Vaya mi gratitud hacia los miembros titulares de la Academia que admitieron ocupara un sitial entre ellos, y a quienes propusieron mi ingreso a esta casa de la cultura. Deseo que este agradecimiento llegue a todos aquellos que, de un modo u otro, alentaron mis trabajos e investigaciones, a las universidades del país y del exterior donde ejercí la docencia, en especial a la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Dejo para el final otra confesión íntima. Sin el estímulo de Amalia, y de nuestros hijos Valeria y Javier, hubiera sido imposible lograr mi realización personal, donde el alma se nutrió del amor de esos seres queridos.

Comenzaré esta exposición rindiendo culto a una costumbre seguida en los actos de incorporación para referirme al sitial que me fue asignado, cuyo

¹ Anales tomo XLII año 2007, págs 129/141.

patrono es Mariano Moreno, y al académico que ocupó antes de ahora dicho sitio: Roberto Martínez Ruiz.

- I -

En vísperas del Bicentenario de la Revolución de Mayo, es imperativo evocar a Mariano Moreno, Secretario de la Primera Junta de Gobierno patrio. Las ideas que animaron su genio político merecen ser recordadas: en gran medida contribuyeron a forjar el espíritu de una “nueva y gloriosa Nación”. Ideas que aún tienen vigencia en las instituciones de la República, desde el acto fundacional del 25 de Mayo de 1810.

Moreno nació poco después que fuera creado el Virreinato del Río de la Plata. Recibió enseñanza elemental en el colegio San Carlos de esta ciudad. En el año 1799 se trasladó al Alto Perú, donde estudió cánones y leyes en la Universidad de Chuquisaca, para regresar a Buenos Aires en 1805. Esa fue la formación humanista que le abrió el camino a nutrir su mente con la lectura de obras modernas, para elaborar un pensamiento adecuado a la época histórica que le tocó vivir.

Poseedor de una inteligencia privilegiada, de convicciones firmes, pasó a ser el fogoso protagonista de los sucesos que alumbraron los destinos de nuestro país. La imagen juvenil de sus retratos deja entrever al escritor y al periodista que con impecable estilo describió los días iniciales de la nacionalidad. Una intuición premonitoria le dio vuelo hacia el futuro para imaginar el destino que aguardaba a la Argentina, intuición plena de sano optimismo.

Abogado criollo durante el dominio hispánico, combatió el régimen monopólico impuesto a la economía basado en un agónico mercantilismo. Defendió entonces a los productores rurales de la tierra indómita que lindaba con el desierto estéril. Valga como testimonio el documento que redactó en breves días, conocido bajo el título de “Representación de los Hacendados”. Corría el año 1809 cuando elevó ese documento al Virrey para postular la libertad de comercio y bregar por la prosperidad de la agricultura, según la tesis de la escuela fisiocrática. De ese modo se anticipó al ulterior movimiento revolucionario que sobrevendría meses después.

No hay duda que es el fundador de nuestra incipiente democracia. Linares Quintana resumió elocuentemente su filosofía política a la que, con todo acierto, denominó “Doctrina Constitucional de Mayo”. He aquí el núcleo de su ideario:

- base contractual de la sociedad, inspirado en el pacto social del ginebrino Rousseau, cuyo libro tradujo suprimiendo el capítulo

dedicado a la religión, por ser incompatible con sus creencias cristianas;

- principio de la soberanía popular;
- doctrina de los derechos naturales del hombre;
- separación y control recíproco de los poderes como garantía de la libertad y la seguridad de los habitantes, siguiendo a Montesquieu, como lo hiciera antes George Washington en Norte América;
- prosperidad del país y avances de la ilustración, basado en Condorcet, autor del “Boceto de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano”, que Moreno tradujo del idioma francés.

Hay una frase de Mariano Moreno que conservo en un viejo cuaderno de apuntes donde resume su criterio sobre la administración de la “res pública”, frase que transcribo de seguido: “El pueblo –escribió el prócer– no debe contentarse con que sus gobernantes sean buenos, sino que debe arreglar su gobierno de modo que tengan que serlo forzosamente”.

La muerte lo sorprendió en alta mar, cuando apenas tenía 33 años de edad. Su fugaz paso por la vida dejó una estela imperecedera a través de las generaciones. Legó una línea de pensamiento que sirve de modelo, y de la cual no cabe retroceder. Fue un visionario que marcó el rumbo a seguir. En los próximos festejos del Bicentenario de la Nación Argentina el recuerdo del patricio no podrá estar ausente. Me place evocar lo como un hombre de derecho al servicio de su patria.

- II -

Los tiempos van cambiando, la sociedad se renueva, pero Martínez Ruiz supo discernir con claridad los valores permanentes que animan al derecho civil. Desde la cátedra explicó didácticamente las transformaciones habidas en el siglo XX, rescatando los méritos de la doctrina clásica. En esa prédica docente fue un sembrador de inquietudes ante los diversos fenómenos que surgieron en nuestro medio, profundizando el conocimiento a fin de revelar sus causas.

Hizo de la enseñanza un apostolado, dando todo de sí con una pródiga generosidad para testimoniar su temprana vocación en formar a la juventud ansiosa por aprender. Sus alumnos lo recordamos con cariño: el señorío de

su personalidad, el trato cordial, el juicio sereno, la inteligencia despierta, su sencillez clarificadora...

Perteneció a una escuela que, como decía su maestro Héctor Lafaille, buscaba la “armonía entre la enseñanza y la vida real”. Esa escuela surgida en la Universidad de Buenos Aires hacia 1910 cultivó un criterio científico, gradual y sistemático, aplicando un método racional. Había sido superada la exégesis de los textos y a fin de hallar pautas interpretativas acordes con la realidad, Martínez Ruiz se dedicó al tema de la interpretación de la ley, analizando autores modernos como Recaséns Siches, e incluso los del “common law”, más la jurisprudencia que iban creando los magistrados de la República, a punto tal que dedicó un libro para comentar los fallos de la Corte Suprema desde sus orígenes hasta el año 1946. Coronó su magisterio con la bien merecida designación de profesor Titular Consulto de la entonces Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la citada Universidad, de la que había egresado en 1937 con medalla de oro y el premio Tedín Uriburu.

En su época de estudiante universitario, cuando los claustros estaban en el gótico edificio de la Avenida Las Heras, recordó que “se percibía un respeto reverencial por el codificador” Vélez Sársfield. Sin embargo, a la hora de actualizar esa excelente creación legislativa que es el Código Civil, Martínez Ruiz no vaciló en participar en la Comisión Reformadora, presidida por Guillermo A. Borda, la cual en el emblemático año 1968 llevó a cabo algunas modificaciones sustanciales a la versión primigenia. Con el correr de los años, se pudo apreciar que esa reforma fue equilibrada y moderada, respetuosa de ese fondo perenne que está depositado en el Código, pues el legislador no consideró oportuno abrogarla. Mas allá de las críticas que se levantaron en su momento, poco a poco se fueron despejando los temores y aclarando las dudas, gracias a la divulgación que hicieron sus autores por distintos medios y la sabia aplicación de los Tribunales.

La cátedra y la experiencia profesional, le permitieron dejar una producción escrita donde abordó cuestiones diversas, tendientes a esclarecer problemas complejos. Luego de publicar en 1943 su tesis doctoral sobre “La colación en el derecho sucesorio”, escribió un notable artículo para divulgar la noción de la inoponibilidad de los actos jurídicos en el intrincado laberinto de las nulidades. Siguió otras colaboraciones suyas en “La Ley” sobre los bienes en la sociedad conyugal, las obligaciones de medio y de resultado, más varios comentarios a sentencias judiciales. Negó que los contratos celebrados por adhesión constituyan una categoría autónoma, en el libro de homenaje a Marco Aurelio Risolía, cuyo prólogo lleva su firma. Destaco también su crítica a la opinión de Orgaz en torno al “nasciturus” o persona por nacer, ya que fue terminante sobre la concepción del ser humano, su dignidad y el respeto por la vida.

Para terminar esta breve semblanza de Martínez Ruiz, quien alcanzó el máximo honor de presidir la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, he seleccionado tres frases de su pulcro estilo, definitorias sobre su manera de pensar. Consideró que el derecho es una disciplina “de experimentación referida a valores”, los cuales hacen a su naturaleza esencial. Atribuyó trascendencia a “los elementos de la realidad en la elaboración de las leyes y su interpretación judicial”. Y, por último, enseñó “la subordinación a un orden moral de la valoración de las conductas que deben juzgar los magistrados investidos del excelso honor de hacer justicia”. Sea éste, pues, mi sentido tributo a su inolvidable figura.

- III -

Hace ya un largo tiempo, al iniciar un curso de doctorado, Roberto Martínez Ruiz preguntaba a los alumnos ¿qué es el derecho civil? La respuesta parecía sencilla, pero a medida que el profesor exponía el tema, surgían diversos interrogantes que iría respondiendo de a poco. El vasto contenido de este tronco vertebral del sistema jurídico le insumió las clases del curso.

Según la creencia tradicional, sucede al “*ius commune*”, obra de sabios doctores que en la Baja Edad Media, descifraron los antiguos preceptos romanos mandados a compilar por el Emperador Justiniano. Una obra imperecedera que representó la máxima autoridad como fuente del saber, con vocación universal, trasplantada de Europa a América, desde la Universidad de Salamanca a la de Córdoba, donde estudió Vélez Sársfield. La codificación moderna no hizo más que sistematizar el rico material disperso en numerosas “*legis*”, citas de autores latinos y decisiones pretorianas; paciente tarea que permitió enunciar conceptos y principios, mediante breves adagios de impecable factura, de los cuales luego derivaron categorías y clasificaciones para orientar al intérprete.

El núcleo central que sirve de marco a las instituciones reguladas, se aplica a nivel teórico en cada figura diseñada para el ejercicio de algún derecho subjetivo. Tanto sirve de herramienta para la tarea interpretativa, como para la enseñanza jurídica. Constituye un método de trabajo a fin de orientar a la hermenéutica. En todo razonamiento hace las veces de premisa mayor, permitiendo armonizar las normas entre sí, dentro de un ponderado equilibrio.

Esa creación del espíritu analítico, trazada con un criterio geométrico, abre el camino para buscar la solución apropiada a un conflicto. De ese modo, la disciplina tiene un soporte lógico-deductivo y una formulación retórica expresada con una terminología específica. Fruto del intelecto, el

“*ius commune*” quedó cristalizado en el Código Civil para servir de base a las elaboraciones posteriores de la doctrina.

Durante el siglo XII, frente al “*ius commune*”, en forma paralela, surgió espontáneamente el derecho mercantil aplicado a la actividad profesional de los comerciantes. Esa actividad fue regulada por los usos y costumbres vigentes en las ferias y mercados urbanos, cuando la población rural se asentó en los burgos que devendrían futuras ciudades, donde luego operaron las plazas de intercambio. Ascarelli le dio categoría histórica al derecho comercial, dada la lenta gestación que le permitió dominar el campo de los negocios, a medida que las guerras cesaban y se consolidaba la paz en el Mediterráneo. Producto de los hechos económicos, antes que del intelecto, su expansión continental permitió unificar el mercadeo, expandiéndolo allende los mares a través de los puertos, tales como los de Génova y Venecia. El desarrollo alcanzado coincidió con la revolución comercial que se extendió hasta el siglo XIII, dando origen a dos nuevos estamentos sociales imbuidos de una mentalidad precapitalista: los mercaderes y los burgueses.

Bajo el impulso del comercio, ávido de lucro, nacieron nuevas reglas jurídicas y nuevas instituciones, que poco a poco fueron enunciadas hasta adquirir una significativa trascendencia. El contrato adoptó el perfil propio del tráfico mercantil, cumpliendo variadas funciones económicas. La creación de compañías permitió a los mercaderes asociarse en emprendimientos comunes, al par que implementaron la figura societaria de la comandita. En la práctica negocial se utilizó la letra de cambio y otros títulos de crédito como sucedáneo de la moneda, mientras los cambistas canjeaban las distintas especies dinerarias y comerciaban metales preciosos, para convertirse en precarios banqueros. La navegación marítima – a la que Ray dedicó tres volúmenes imprescindibles – integró también el complejo normativo, junto a la previsoramente cobertura de los riesgos mediante los seguros. Por último, la bancarrota fue la respuesta a la insolvencia, a fin de dar credibilidad a este régimen inorgánico destinado a la profesión de los comerciantes.

Subsistió el ordenamiento mercantil durante el Renacimiento, la Monarquía Absoluta y la Revolución Francesa, acaso protegido por Hermes, divinidad pagana de los romanos. Llegó renovado hasta nuestros días impulsado por la Organización Mundial del Comercio, que integran más de 140 Estados, evidenciando flexibilidad para adaptarse a los cambios y creatividad para el surgimiento de sofisticadas figuras. Queda claro que dicho régimen tiene autonomía, a tal punto que cuenta con una justicia específica, autonomía que permitió su moderna elaboración.

Hoy en día, pues, emerge una concepción más amplia que la del “*ius civile*”, cual es la noción de derecho privado, en cuyo seno se desarrollan las fases espiritual y material de la existencia humana. Comprende todos los

vínculos anudados entre particulares para satisfacer sus intereses personales, más el poder que tienen sobre los objetos exteriores. Lejos de ser restringido, el ámbito privado adquiere día a día mayor importancia, fenómeno que alcanza dimensión integral. Es un espacio donde la voluntad de las personas tiene primacía para dirigir sus acciones y satisfacer sus deseos. Abarca numerosas materias correspondientes a la actividad mercantil, industrial y agropecuaria realizada a través de empresas con variadas dimensiones, en la producción de bienes, prestación de servicios y distribución de mercaderías.

Allí encuentra también refugio la vida íntima de las personas, el matrimonio y la familia, donde el hogar conyugal es el centro de todos los afectos que iluminan el alma. Esos institutos son la base pétrea de la sociedad, sobre cuya estructura se levanta el edificio social y, por esa razón, se hallan impregnados de orden público.

El factor económico nunca estuvo ausente en las relaciones privadas, cubiertas bajo la denominación técnica de patrimoniales. Los derechos patrimoniales – escribía Henri Capitant hacia 1929 – son derechos pecuniarios que procuran a sus titulares ventajas apreciables en dinero. Si rastreamos en la historia encontraremos una idea similar en el pensamiento de Gayo, autor latino del siglo II de nuestra era. Todo el derecho privado patrimonial está impregnado de ese contenido, fenómeno que mereció ser calificado por Beltrán de Heredia como la economización del derecho. Es un substrato que hace de soporte a los actos jurídicos de naturaleza pecuniaria, condicionado por una serie de variables que fluctúan en los mercados.

Entre las dos guerras mundiales, la doctrina alemana tuvo la difícil tarea de encarar las soluciones a la galopante inflación, desarrollando la concepción de un derecho económico, tanto público como privado. Uno de los autores germanos que sobresalió fue el civilista Hedemann; postuló el buen funcionamiento del derecho de obligaciones orientado sobre la economía como un todo. Esa concepción privatista fue bien recibida en los medios intelectuales de la época, incluso en la Argentina y España.

Olivera, en su tesis universitaria publicada en el año 1954, volcó sus inquietudes sobre este tema mediante una concepción moderna del derecho, invadido entonces por criterios políticos, a los que vació de su tendencia ideológica. Diferenció la norma como estructura jurídica de la función económica que cumple, afirmando que la norma halla su origen en valoraciones “no siempre inferibles de su texto”. Al referirse al derecho privado, el actual Presidente de esta corporación interdisciplinaria, sostiene que existen disposiciones encaminadas a obtener cierto resultado patrimonial, adaptables a dicho resultado.

En un libro editado en el año 2004, Gérard Farjat – profesor emérito de la Universidad de Niza – volvió a ocuparse de este tema. Destaca que a partir

del año 1970 el sector privado aumentó su influencia en el ordenamiento legal. A raíz de dicha causa, sostiene que el régimen económico basado en la oferta y la demanda se juridizó cada vez más.

La actividad empresarial en los mercados está regulada por el legislador para darle transparencia y garantizar el ejercicio de la libertad de contratación. En ese sentido, son numerosos los preceptos que regulan cómo debe desarrollarse dicha actividad; tales las circulares expedidas a diario por el Banco Central. Sin embargo, son los Códigos Civil y Comercial, más sus leyes complementarias, reglamentarios de la Constitución Nacional, los cuerpos que dan coherencia al sistema, ubicados por encima de las normas coyunturales de breve vigencia y no siempre respetuosas de la Carta Política. Por esa razón hoy en día se mantiene el criterio clásico que distingue entre lo civil y lo comercial, sin perjuicio del rol que tiene toda la regulación concerniente a la empresa.

Como dije más arriba, el derecho tiene un dominio sobre múltiples campos de la acción humana y no solo del área económica. Hay un equilibrio en su interior que hace a la vida de las personas en todos los aspectos propios de los seres humanos relativos a la convivencia social.

- IV -

Analizar el derecho en su más elevada expresión significa, necesariamente, el estudio de los fines que persigue en la sociedad. Es una ciencia teleológica, que requiere para su análisis el auxilio de la filosofía, disciplina que está en sus entrañas, como escribió Cicerón. Mediante la filosofía llegamos al reino de los valores – denominada axiología, cultivada con fervor por Monseñor Octavio Derisi – reino que tiene estrecha vinculación con los fines. La norma jurídica presupone un valor que le da sentido y se orienta hacia una determinada finalidad.

En la escala valorativa del derecho se ubica en primer lugar la Justicia, el arte de lo bueno y equitativo, según el autor latino Celso; virtud suprema la calificó Santo Tomás de Aquino. Le siguen la solidaridad, la cooperación, el poder, la paz, la seguridad y el orden. Aplicando esa escala, se construyó el sistema normativo, el cual está asentado sobre sólidas bases éticas.

Ortega y Gasset, en un medular trabajo publicado en la Revista de Occidente en el año 1923, escribió: “La cuestión del valor es la cuestión de derecho por excelencia. Y nuestro derecho en sentido estricto representa sólo una clase específica de valor: el valor de justicia”. Además, destacó, que en las postrimerías del siglo XIX no existían otros estudios sobre el valor que los relativos al valor económico, atribuidos a las investigaciones de los pensadores ingleses – entre los que sobresalió David Ricardo –, seguidores

de David Hume quien, en el siglo XVIII, esbozó la teoría de los “antónimos equivalentes”. El escritor español incluyó en ese campo a los denominados valores útiles, fundamento de la economía.

Desde el punto de vista de la ciencia económica, se pueden descubrir los siguientes valores:

Libertad
Bienestar
Riqueza
Confianza
Utilidad
Eficiencia

Este enunciado permite apreciar la dimensión de los problemas que hoy inquietan a los agentes del mercado frente los desafíos de la globalización. No se corresponden dichos valores con los pertenecientes al mundo jurídico, pero tampoco se oponen entre sí, de modo que serían compatibles en gran medida, sin generar conflictos. Postulo coordinarlos, en razón de su nivel axiológico, articulándolos de manera tal que sean aplicados en forma adecuada, sin rupturas ni incoherencias, en miras a que cada valor pueda llegar a ser realizado satisfactoriamente.

Como el derecho se aplica a la conducta humana, también rige en las relaciones económicas, cuya regulación le incumbe en razón de los fines que persigue. Fines vinculados a la ética, cuestión trascendente que gira alrededor de las disciplinas sociales que me ocupan, de la cual no se puede prescindir como por error sostienen autores que, como Kelsen y Pareto, intentaron construir una ciencia pura. Las normas que tienen directa o indirectamente un contenido económico, suponen valoraciones previas del legislador, debiendo los jueces respetarlas conforme a la jerarquía estimativa.

¿Cuáles son los puntos neurálgicos donde se dan sita los valores de ambas disciplinas?

En virtud de su naturaleza, resulta prioritario abordar el tema de las obligaciones dinerarias y el objeto de pago que es la moneda.

- V -

Se impone una primera reflexión sobre las limitaciones que existen para acceder al conocimiento de la fenomenología monetaria, día a día más compleja. Savigny, cuya sabiduría nadie discute, cuando estudió el régimen jurídico de la moneda a mediados del siglo XIX, recurrió al asesoramiento de

Kandelhardt, un funcionario alemán a cargo del control público sobre el “geld”, pues con gran modestia reconoció que esa materia lo transportaba más allá del derecho. Vélez Sársfield siguió las enseñanzas de Savigny, quien las volcó en uno de sus últimos libros intitulado “El derecho de las obligaciones”, el cual es una de las fuentes doctrinarias del Código Civil argentino.

Vélez impuso el nominalismo, porque en su época no concibió que podría ser alterado el poder adquisitivo del dinero. Después de la Primera Guerra Mundial, el envilecimiento del papel moneda, junto al abandono posterior del patrón oro, puso en crisis la estabilidad económica, período que Jacques Rueff calificó como “la edad de la inflación”. La respuesta no tardó en llegar con dos paliativos: la idea de las deudas de valor – incorporada a nuestro Código por la reforma del año 1968 – y la indexación de los créditos. Hoy prosigue la turbulencia, sin haber menguado los problemas, como se advierte en nuestro país luego de la denominada “pesificación”; en los inicios del año 2002 el signo nacional fue devaluado, operándose una transferencia de bienes de los inversores, ahorristas y acreedores en general, a favor del sector público.

El derecho va a la zaga de los acontecimientos, no siempre llega en la oportunidad conveniente, para restablecer un orden que básicamente se asienta en la confianza, significado atribuido al billete fiduciario como, hace varias décadas, escribió García Belsunce.

Las crisis, que algunos resignados califican de cíclicas por considerarlas inevitables, conciernen también a la población en general. Paridad cambiaria, tasa de interés, flujo de circulante, monto de las tarifas, se enmarcan en políticas de Estado que tienen por destinatario al pueblo en última instancia. El efecto se hace sentir en la llamada canasta familiar, porque todos sufrimos las consecuencias de esas políticas.

Tema acuciante para el jurista cuando sobreviene el trastocamiento de la base de los contratos, incidiendo en los precios, los salarios, los depósitos bancarios, los seguros, las indemnizaciones por daños...

Tema digno de estudio para economistas y sociólogos, quienes oscultan la realidad desde variadas ópticas. Por ello, surgió una nueva disciplina denominada “econometría” para investigar los medios de evaluación de la conducta de las personas, utilizando técnicas matemáticas y estadísticas, a fin de determinar su correlación y causalidad. Fue Irving Fisher quien sentó los fundamentos de dicha metodología científica y presidió la “Internacional Econometric Society”.

Los gobiernos tienen una tendencia a dirigir las actividades empresarias e intervenir en los mercados, adoptando según las circunstancias, medidas reguladoras de los precios. Puede haber escasez de algunos bienes y restricción en la oferta, entonces se implementan ciertos mecanismos para

domesticar a los operadores que no se ajustan a las directivas impartidas. A veces resulta necesario afrontar la “debacle” que sobreviene a raíz de una pluralidad de causas, recurriendo al orden público y a la emergencia económica.

Un antecedente remoto de estas técnicas manipuladoras, lo encontramos ya en el siglo IV de nuestra era, bajo el emperador romano Dioclesiano, quien fijó minuciosamente el precio oficial de mercancías y servicios, emitiendo el “Edictum de pretiis rerum venalium”, donde se ocupó de todo, hasta de la retribución de los abogados y de los médicos. Otro antecedente importante lo hallamos en el Reino leonés-castellano bajo Alfonso X El Sabio, quien hizo frente al incremento de las importaciones decretando una devaluación monetaria en dos tercios, además de sancionar una ley de precios y salarios, vedando el lujo en vestimenta y fiestas. Pero no consiguió frenar a la inflación que, sabemos por experiencia, es un potro duro de domar.

Risolia brindó en su tesis universitaria un minucioso detalle de los mecanismos arbitrados por el poder público en la Argentina hasta 1943 para afrontar las crisis recurrentes, entre las cuales se destaca el “combate” contra el agio y la especulación. Le siguieron otras medidas por el estilo, avivadas para remediar falencias puntuales que no consiguieron ir al fondo de los males. Ello explica el nacimiento de la economía subterránea a fin de eludir los excesos de la regulación, fenómeno ya denunciado por Juan Agustín García en “La ciudad indiana”. Francia, en el año 1986, logró emanciparse del régimen de control de precios aplicado infructuosamente durante cuatro décadas, clarificando las relaciones entre empresarios y consumidores, sin dejar a estos últimos exentos de alguna mínima protección; ello prueba que es posible administrar un país dentro de un marco de libre contratación.

- VI -

Nada es indiferente al ordenamiento legal, y hasta los fenómenos novedosos caen atrapados en sus redes. Para Stammler el derecho sería siempre forma de la materia económica, la cual no puede quedar librada a su propia suerte, sino que debe ser encauzada hacia el bien común; existe una regulación armónica entre el continente y el contenido. El derecho organiza las operaciones en el mercado y brinda legitimidad a los institutos

que se utilizan en la práctica. Más aun: posibilita la autorregulación de las conductas asumidas por los agentes económicos, otorgándole validez.

En nuestro tiempo, autores norteamericanos – como Coase, Posner y Calabresi – propician aplicar las teorías y métodos de la economía al derecho privado, en especial para resolver los casos vinculados a los accidentes de tránsito. Este enfoque es característico del “common law”, sistema que tiene diferencias estructurales con el área de la codificación, diferencias que también se manifiestan en el tráfico negocial. Ello explica que esa corriente no pueda adaptarse fácilmente a los principios fundamentales enunciados en nuestros Códigos.

El campo de la cultura, donde convergen las ciencias sociales, ofrece al investigador la posibilidad de acceder al conocimiento de las relaciones existentes entre disciplinas como el derecho, la economía, la política y la sociología. Las especialidades deben abrirse hacia el estudio de los problemas comunes, porque la labor interdisciplinaria enriquece el saber desde una perspectiva más amplia. Acaso hay que remontarse hasta las nociones superiores, luminarias que alumbran las cuestiones más intrincadas, en miras de llegar a los ideales verdaderos. De esa manera podremos descifrar numerosas incógnitas que comprometen hoy el destino de la humanidad.

EL ORDEN PÚBLICO EN EL SISTEMA JURÍDICO²

"El orden público para el legislador está contenido en los fines esenciales del orden jurídico para el juez en el espíritu de la legislación",

Enrique Martínez Paz (1882-1952)

Uno de los mejores trabajos sobre el tema se debe a la pluma de Enrique Martínez Paz, sobre la base de una conferencia pronunciada en este Colegio en el año 1942. La autorizada opinión de este calificado jurista cordobés, venía avalada por una notable trayectoria como profesor, filósofo y comparatista, alcanzó uno de los honores más significativos de su carrera cuando en el año 1948 ocupó una cátedra en la Universidad de París para enseñar legislación comparada, curso que luego fue llevado al libro².

Hoy el contexto histórico no es el mismo que en la década del 40. Desde entonces variaron las circunstancias socioeconómicas, sufriendo nuestro país una transformación profunda, incluso las costumbres. Parece propio volver sobre esta cuestión vital, pues el tema sigue manteniendo actualidad, porque existen ciertos valores fundamentales que requieren la tutela del estado.

La materia gira en torno a varios pivotes que hacen al derecho público, al derecho privado y a la filosofía jurídica. En suma, todo el sistema se halla comprometido por una figura que sirve de instrumento para el gobierno de la comunidad. Lejos de estar prevista para oprimir -como alguna vez de pretendió- se erige en la defensa del bien común a fin de hacer digna la vida del hombre.

Estamos en presencia de una idea fuerza de innegable trascendencia, cuya razón de ser siempre despertó el interés de la doctrina nacional. La teoría construida a su alrededor ilumina todo el ámbito del ordenamiento, permitiendo comprender el sentido de las instituciones. En particular, en punto a las relaciones contractuales y a las relaciones de familia, como se expondrá de seguido.

I.- Introducción

a) Definición de orden público.

² Artículo publicado en la Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Tomo 58 N° 1 págs 23-32.

Al tomar las dos palabras con que se enuncia esta figura jurídica, les descubrimos un significado especial por hallarse unidas entre sí. El vocablo orden se refiere al sistema jurídico que modela la organización social, o sea, al conjunto de normas que rigen en una comunidad política, sin distinguir las ramas que la integran; de lo contrario reinaría el caos que es su antónimo. La voz **pública** está utilizada para calificar dicho orden, cuando se halla comprometido el interés general y el bien común. Pero, como suele ocurrir, estas dos palabras unidas tienen un vigor expresivo superior a su individualidad, adquiriendo así una dimensión muy amplia.

En una primera aproximación al concepto, se advierte que el derecho privado está subordinado a las instituciones políticas mediante un lazo o cordón que los sujeta. Cualquier situación que se genere en el campo privado no puede comprometer o afectar a esas instituciones subordinantes, las que tienen preeminencia sobre los intereses particulares donde quedan comprometidos los derechos adquiridos (art. 21 Cód. Civ.). No es concebible que el ordenamiento tolere el germen de su propia destrucción.

Es el bien común que se halla en juego. Es la armonía, la paz interior, un sentido fraternal de la vida humana que así lo impone. Estos fundamentos, se hallan basados indudablemente en principios superiores del derecho natural.

En la Argentina, hemos seleccionado dos definiciones, a saber: i) para Risolía "es la disposición o acomodación de la realidad social conforme al plan establecido por un sistema de normas jurídicas, esencialmente aptas para lograr un estado objetivo de armonía, paz social y bien común"³; ii) según Llambías es "un conjunto de principios eminentes - religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida."⁴

Estas fórmulas destacan uno solo de los aspectos atinente al contenido, aunque sea el de mayor trascendencia, pero excluyen la función que cumple ante los casos concretos; en particular en materia de derecho internacional privado (art. 14 Cód. Civ. sobre aplicación de la ley extranjera). Cabe insistir, pues, en este último aspecto que permite apreciar cuando se lo aplica y el objeto o causa jurídica donde se lo aplica. Esto abre la posibilidad de elaborar una definición más amplia: es el conjunto de principios fundamentales que rigen la sociedad en cuanto son valores esenciales cuya protección incumbe al estado, sancionando los actos transgresores de nulidad absoluta.

b) El contenido.

Las dificultades indicadas para concretar una definición precisa, se pueden superar indagando acerca del contenido del orden público.

A esta altura, resulta oportuno detenerse en algunos sectores del derecho privado donde se advierte un mayor énfasis para preservar la vigencia de algunas instituciones y preceptos. Los derechos personalísimos se hallan impregnados de orden público, no sólo porque participan del género de los derechos humanos, sino porque suelen ser irrenunciables e imprescriptibles (el nombre, el estado civil, el sexo; en general el estatuto de la persona, en especial la capacidad). Del mismo modo lo concerniente al derecho de familia compromete al bien común, entrando en juego el interés general de la sociedad; esto explica también la naturaleza que tiene la legítima en el derecho sucesorio.

Si pasamos al ámbito de los derechos patrimoniales, veremos que también hay muchas situaciones alcanzadas por esta figura clave. Aquí la idea juega como limitativa a la libre disponibilidad de los particulares, actuando de valladar a la libertad de la acción humana. En general es un conjunto de preceptos prohibitivos; en ciertos casos se aparta de la igualdad consagrando preferencia de cobro a favor de los llamados acreedores privilegiados.

c) Los caracteres.

De lo expuesto se desprenden los caracteres principales del orden público: es subordinante, limita la libertad individual (art. 21 Cód. Civ.), es irrenunciable (arts. 19 y 872 Cód. Civ.), inconfirmable e imprescriptible, y produce la invalidez de todo acto que se le oponga por ser nulo de nulidad absoluta (arts. 1043 y 1047 Cód. Civ.). Su violación importa causa ilícita (arts. 502 y 794 Cód. Civ.).

Del mismo modo tiene una cualidad dinámica, pues no es una noción estática atrapada por los textos legales. En ese sentido, disfruta de un gran poder de adaptación a la realidad, conforme el pensamiento evolutivo del pueblo. Así se explica que los jueces lo apliquen de acuerdo a las circunstancias que se presenten dentro de una sociedad cambiante para afianzar los valores esenciales sobre los cuales se sustenta; el criterio suele ser errático en materia económica, porque la legislación respectiva depende de políticas variables.

El vigor extraordinario que tiene, consiste en impedir la posibilidad de su trasgresión mediante un obrar opuesto a sus dictados. Crea un rechazo del acto que lo viola, por serle incompatible. Está amurallado, como una fortaleza, porque es el instrumento del que se vale la defensa social.

II. El Orden Público Económico a) Consideraciones generales.

El orden público económico difiere del clásico principio del art. 21 Cód. Civ., porque todavía no se expresa como postulado fundamental. Por ahora, esta expresión se traduce en reglas particulares, en disposiciones concretas por sectores (v.g. quiebras, bancos, mercados de valores, etc.). De esa

manera no hay un orden público económico genérico, sino uno específico, al cual invoca el legislador para justificar una determinada medida que afecta a los derechos subjetivos de las personas. La interpretación de tales normas debe ser restrictiva, y no extensiva a situaciones de algún modo análogas, quedando reservado al juez el examen del caso particular, a fin de resolver si la regla de excepción va a privar sobre la regla común por razones de interés general. Es que dentro de todo, la ley guarda resistencia a esa intervención estatal, sólo la admite en situaciones de emergencia, y en calidad de excepción, aunque la excepción tienda a convertirse en regla.

Es así como el juez no va a invocar el art. 21 Cód. Civ., sino el texto legal aplicable al caso, ya que no se vulnera el orden público genérico, sino que se incurre en la situación prevista por el orden público económico expresada taxativamente. Esto constituye lo que se ha dado en llamar el orden público económico negativo, por medio del cual se prohíben determinadas cláusulas contractuales o se las modifica, o se las priva de ciertos efectos. Pero también existe un orden público económico expansivo.

La norma de orden público económico crea una contradicción con el principio básico de la irretroactividad de la ley, porque esta clase de disposiciones es fundamentalmente retroactiva, y por tanto, afecta los derechos adquiridos. Las normas de esta índole operan de pleno derecho desde el momento en que se sancionan, aún respecto de situaciones suscitadas con anterioridad a su vigencia. De esa manera se asegura su imperatividad y se consigue una eficacia total respecto de las relaciones jurídicas privadas que se quieren interferir. También se pone en cuestión la seguridad jurídica de las partes al afectarse derechos adquiridos válidamente, pero ello obedece a que el interés individual cede ante ese invocado interés general.

b) Las obligaciones: los derechos del acreedor

Los derechos del acreedor se encuentran limitados principalmente por razones de intervencionismo o dirigismo económico. Por ello ha surgido la teoría del límite de sacrificio, que reposa sobre la imposibilidad económica del deudor; con ella se trata de que el obligado cumpla con su obligación en la medida de no sobrepasar un límite en que ya sus esfuerzos se tornen excesivos, límite que si se sobrepasa se incurriría en imposibilidad de pago.

Con toda agudeza se ha señalado que en la época liberal el ordenamiento jurídico adoptó un derecho procesal y de ejecuciones forzosas severas que hicieran efectivo el principio "pacta sunt servanda". Y, asimismo, se observó que en los tiempos modernos se tiende a proteger al deudor contra la ejecución forzada, sancionándose leyes de protección para restringir el poder de agresión de sus acreedores.

La técnica intervencionista más apta para proteger al deudor y debilitar los derechos del acreedor consistió, en un primer momento, en la sanción de moratorias o prórrogas de las obligaciones contraídas. Es así como se prorrogaron en la Argentina las obligaciones garantizadas en hipotecas; en 1933 se sancionó la Ley N° 11.741, la cual prorrogó el término de vencimiento de las deudas hipotecarias por tres años, y luego las Leyes N° 12.310 y 12.544 de los años 1936 y 1939 dispusieron medidas complementarias. Asimismo, se recurrió a otro expediente, como el de establecer quitas en el precio de los arrendamientos urbanos, mediante el Decreto N° 1580 del año 1943, de discutible constitucionalidad, que redujo el monto de los alquileres. Así comenzó a regir una llamada "legislación de emergencia", sistema que con el correr del tiempo, en especial en materia de locaciones, se afianzó, consolidó y enquistó como un mal necesario.

Asimismo, esta figura se aplica en la actualidad por la jurisprudencia para limitar las tasas de interés que pueden ser usurarias, en casos de anatocismo, y respecto de cláusulas penales excesivas. Una referencia especial merece el régimen de los privilegios, cuya estructura impide crearlos mediante el libre acuerdo de voluntades, aunque está permitida su renuncia. Además, las deudas del estado anteriores al año 1991 se encuentran amparadas por la llamada consolidación (Ley N° 23.982) dictada por razones de emergencia económica.

c) Los contratos.

El legislador argentino se ocupó de los contratos celebrados en otro país para violar las normas de derecho interno ("*in fraudem legis*"), cuanto de los que se realizan en nuestro país para violar normas imperativas de otro país. En ambos casos, los declara sin ningún efecto (arts. 1207 y 1208 Cód. Civ.).

No existen muchas disposiciones sobre la materia, salvo supuesto de plazos máximos y mínimo de las locaciones de cosas (arts. 1505 y 1507 Cód. Civ.) y de locación de obra sobre responsabilidad por ruina del edificio.

Los actos jurídicos en general disponen de un precepto regulador para afinar su armonía en los casos concretos, a través del art. 953 Cód. Civ. Pero, además, los contratos han quedado sujetos al orden público por causas diversas, a fin de llevar a cabo determinadas políticas económicas restringiendo la autonomía de la voluntad. Aquí se ha producido en los últimos años una involución, pues se operó un cambio profundo de filosofía a través del criterio de la desregulación.

Un caso particular ofrece la ley de defensa del consumidor (N° 24.240) que tiene por no escritas (inválidas) cláusulas contractuales que limitan la responsabilidad por daños, la renuncia de derechos y la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 37).

De cualquier manera, son los jueces quienes ejercen la policía del contrato calificando en cada caso cuando se viola el orden público a criterio del magistrado interviniente⁵.

d) El régimen societario.

En razón de que las sociedades para funcionar son investidas de personalidad jurídica por el estado, es que su régimen es de orden público, ya que se halla comprometido el interés general, como así también la buena fe de sus miembros, cuanto la de los terceros.

Respecto de las sociedades comerciales, la ley respectiva establece tipos rígidos a los cuales hay que someter la actividad empresarial (art. 17 de la Ley N° 19.550), bajo pena de nulidad. Del mismo modo, el legislador priva de eficacia a las sociedades de objeto prohibido (art. 20 ley cit.), las de personas donde los cónyuges son socios simultáneamente (arts. 26 y 29 ley cit.) y las sociedades constituidas mediante participaciones recíprocas (art. 32 ley cit.).

En caso de transgresión, cualquiera de esta hipótesis acarrea la nulidad absoluta, pero con un efecto especial: las sociedades son declaradas inválidas hacia el futuro, no así con referencia a los actos cumplidos que se tienen por firmes, siempre que no medie mala fe.

Notas:

Artículo publicado en la Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Tomo 58, N° 1, págs.23-32.

1 "El concepto del orden público en el derecho privado positivo", en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Tomo XX, N° 4. págs. 663/679; la presentación del Orador estuvo a cargo de Alberto G. Padilla;

2 MARTINEZ PAZ Enrique, "Introducción al derecho civil comparado". Instituto de Derecho Comparado Asociación Argentina de Derecho Comparado", edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1960;

3 RISOLIA Marco Aurelio, "Orden público y derecho privado positivo", en Asociación Argentina de Derecho Comparado, "Libro homenaje a Enrique Martínez Paz", Buenos Aires, 1957;

4 LLAMBIAS Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Parte General.", edit. Abeledo Perrot, 14a.ed., Buenos Aires, 1991;

5 MARTINEZ RUIZ Roberto, "Sobre la facultad judicial de revisar la calificación de la ley hecha por el legislador", en La Ley 1985-E-764/771;

EL DERECHO FRENTE A LA CRISIS ACTUAL³

Comunicación leída en la sesión plenaria del 30 de marzo de 2009

- I -

Existen fenómenos en la sociedad que todavía carecen de una explicación racional, como si fuesen “paranormales”. Apoyándose en las ciencias, la mente humana tiene suficiente aptitud de comprensión para tornarlos inteligibles. La tarea consiste en seguir un método apropiado y descomponer cada uno de los elementos que integran el objeto bajo estudio. A fin de llegar al núcleo del problema habrá que remontarse a la filosofía, al plano más elevado del pensamiento. En el reino de las abstracciones se perciben mejor las cosas terrenales. Parece necesario, también, abrir un amplio debate a nivel científico para discutir la crisis que hoy nos convoca.

Sirva lo expuesto frente al derrumbe que ensombrece el horizonte, generando pánico en vastos sectores, debido al sorpresivo comportamiento de los indicadores cualitativos. En Norte América el disparador fue la quiebra de uno de los más grandes Bancos de inversión. Le siguieron la insolvencia de importantes empresas, algunas de las cuales debieron ser subvencionadas por el gobierno. Los adquirientes de inmuebles hipotecados dejaron de pagar los servicios del préstamo recibido, mientras la subasta de esos bienes no cubrió el monto de las acreencias. Se descubrieron cuantiosos fraudes a inversionistas codiciosos. Antes de resolver esos enigmas, deviene imprescindible hacer un diagnóstico válido sobre los hechos causantes del colapso financiero.

Con anterioridad, en los últimos veinticinco años hicieron explosión varias mini crisis locales, en países como México (1982 y 1994), Brasil (1989 y 1999), Argentina (1989 y 2001), y Rusia (1998); además, con mayor dimensión, la hubo en el sudeste asiático (1997).

Respecto de esta crisis se puede afirmar provisoriamente que:

- a) Falló el control gubernamental sobre las entidades financieras; mientras las auditorías no reflejaron la imagen fiel de las actividades empresarias;
- b) Los mercados fueron liberados en exceso y se permitió operar desde los llamados paraísos fiscales;

³ Anales XLIII (primera parte) año 2009, págs. 127/139.

- c) La regulación normativa fue insuficiente para prevenir irregularidades, o bien no hubo regulación alguna; y la autorregulación fracasó;
- d) Se dispensó el crédito a personas carentes de solvencia, sin poder recuperar el monto de los préstamos;
- e) Los activos tóxicos abultaron ficticiamente el capital de las sociedades;
- f) Fallaron los cálculos, sin ser calificados con exactitud los riesgos asumidos.

Por cierto, podría agregarse mucho más, sobre todo a medida que se obtengan los resultados de una exhaustiva investigación para detectar concretamente las causas de este colapso. Sucesos de tamaño magnitud obedecen a variados factores.

- II -

Crisis es una palabra griega, etimológicamente significa decisión. En nuestra época, el término adquirió un sentido de incertidumbre, cuando se alcanza una situación límite luego de un cambio importante en la vida. Los economistas lo emplean para los casos de graves trastornos en el crecimiento de la riqueza colectiva y la caída del producto bruto durante un período, pasado el cual entra en una nueva fase, porque se opera una transición entre dos tiempos históricos.

El orden imperante en las naciones fue conmovido en sus bases. Se quebró la armonía, según los griegos de la antigüedad una voz misteriosa surgida de la naturaleza (“phycis”). Para Anaximandro, la armonía es el principio del cosmos, dominado por una ley absoluta e inquebrantable. Ese pueblo mediterráneo –cuna de nuestra civilización– exaltó al poeta, al estadista y al sabio, por ser las figuras claves de su grandeza. La Hélade nos legó el cosmopolitismo o universalidad del hombre. En oposición a los bienes materiales, Sócrates ubicó los bienes del alma (“psyché”), a los que Aristóteles dedicó un célebre tratado. Hay que rescatar las creaciones del genio helénico en estas horas de zozobra.

Fue un pueblo que practicó el tráfico local en la plaza pública o Ágora, lugar donde también se impartía justicia y se reunían los ciudadanos en asambleas.

Los griegos conocieron el oro como objeto de cambio, uno de cuyos signos fue el talento, expandido por Asia Menor que, según el relato bíblico,

emplearon los hebreos. Fueron intrépidos navegantes que zarparon de los puertos del Mar Egeo para comerciar en lejanas comarcas, actividad que llamaron emporia.

- III -

No es ésta la primera crisis de la historia universal, aunque es inédita por sus características, que la diferencian de anteriores estallidos en los mercados. Los efectos hoy alcanzan a la humanidad entera, de un modo u otro. Se ha producido la ruptura del equilibrio mundial forjado tras los célebres acuerdos de Bretton Woods del año 1949. Es un momento crucial que encierra graves peligros hacia el futuro. Una incógnita se abre sobre sus consecuencias a lo largo del tiempo, las que son impredecibles.

La singularidad del fenómeno permite analizarlo prescindiendo de las teorías cíclicas, elaboradas al ocurrir desajustes que ponen en riesgo la estabilidad, y son susceptibles de reiterarse tanto en algún país, como en espacios más amplios.

Basta, a modo de ejemplo, la “Gran Depresión” ocurrida en Norte América el año 1929, cuando se desplomaron los Bancos y la Bolsa de Nueva York, la cual se prolongó durante diez años. El gobierno de esa Nación no permaneció ausente, en su carácter de árbitro del bien común, adoptando una serie de medidas –el famoso “New Deal”-para impedir la repetición de un crac similar.

La “Gran Depresión” ha sido atribuida a las siguientes causas; 1) pésima distribución de la renta; 2) deficiente estructura de las sociedades anónimas; 3) ineficacia del régimen bancario; 4) dudosa situación de la balanza de pagos; 5) “miseros conocimientos de economía de la época”, conforme sostuvo Galbraith.

Bajo la presidencia de Franklin D. Roosevelt se devaluó el dólar, sin que ocurriese un correlativo aumento de los precios internos. En 1933 el Congreso dictó la “Emergency Banking Relief Act”, y en 1934 aprobó la “Gold Reserve Act”, aboliendo el oro como instrumento de pago. Hubo moratorias para los deudores hipotecarios, beneficios para los agricultores y normas laborales para superar la desocupación.

Pareciera que esas medidas serían ahora insuficientes a fin de contener el desborde actual del sistema financiero. Fue una vivencia altamente negativa de la cual aprendieron las demás naciones para sanear su legislación. Agotadas otras instancias, corresponde ahora al Estado asumir un rol protagónico ante esta situación, dictando las normas técnicas apropiadas.

Como los conflictos se dirimen en el ámbito jurídico, la cuestión pasa a ese campo del saber. El derecho se emplaza en el centro de la vida, al decir de Hesíodo, conteniendo innegables valores éticos. Actúa independientemente de las contingencias históricas, mediante autonomía científica, sin estar subordinado a otras ciencias, aunque varias disciplinas le sirven de auxilio para solucionar los problemas de la conducta humana. Por ello brinda el marco legal a la actividad económica. En el fondo está comprometida la justicia, aspiración colectiva para hacer realidad el ideal de lo justo y equitativo.

Sobre la mesa de discusión se encuentra el rol del Estado en momentos de turbulencia, pues debe velar por el “bienestar general”, fórmula programática inserta en el preámbulo de nuestra Constitución. ¿Es necesaria la intervención estatal? ¿Volvemos al proteccionismo y al paternalismo? Las preguntas siguen y por ahora quedan sin respuesta, al menos a nivel teórico, porque en la práctica el poder público se dedica al salvataje de Bancos y Empresas en dificultades, debido a que resultaron ser ineficaces en alcanzar sus objetivos, cuanto a un mal gerenciamiento de su patrimonio. En esta etapa se prefiere obrar sobre los efectos y no sobre las causas, dejando esto último para una mejor oportunidad.

Desregular fue un eslogan utilizado en la década de los 80 para poner límites a la administración pública como autoridad de control de los mercados. Esa propuesta omitió considerar que los funcionarios y los magistrados tienen el deber de ejercer la policía de las operaciones económicas, a fin de que se cumplan las leyes en la materia. Sin algún tipo de regulaciones deviene imposible convivir en paz; las reglas de conducta son impuestas desde un estadio superior cuando trata de preservar los valores supremos.

Durante la década del 90 apareció un movimiento que puso en tela de juicio la obediencia de las leyes, en una suerte de anarquismo. Ese movimiento, basado en la teoría de los juegos, postuló la necesidad de un Estado mínimo, despojado de la “auctoritas”, la cual sería innecesaria pues esa tesis afirma que los habitantes no verían afectada su diaria subsistencia. Ello equivale a considerar las normas jurídicas como simples herramientas; lo cual “puede tener consecuencias catastróficas para la sociedad” según Paillusseau. Pasamos de página, cuando advertimos que el Estado no puede claudicar sus atributos, sin perjuicio de las fallas detectadas en la legislación.

Esta crisis pone a prueba a las instituciones vigentes, modeladas con mucho esfuerzo y sacrificio. Rawls tenía el convencimiento que la justicia es

la primera virtud de las instituciones, brindando legitimación racional a la Carta Política.

- V -

Luego de finalizar la Segunda Guerra Mundial, se perfeccionaron las reglas de convivencia entre los pueblos, a través de una compleja red de tratados internacionales, comenzando por la creación de las Naciones Unidas, entidad destinada a salvaguardar los derechos del hombre.

Entre los tratados, frutos de la paz, cabe recordar las convenciones relativas a algunos órganos específicos que tienen directa relación con los fenómenos mencionados, a saber: el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio. En su acción, esos órganos – en particular la OMC - desarrollaron progresivamente un mercado global, influyendo sobre el régimen monetario, el financiamiento de variadas operaciones de intercambio y la colocación de capitales. De esa manera, emergió un nuevo orden económico en la comunidad universal, el que recibió la adhesión de Rusia, cuando se desplomó el bloque soviético en el año 1989, y, a posteriori, de China en el año 2001.

La globalización surgió hace algunas décadas a fin de ampliar los mercados en forma progresiva para operar de modo uniforme. Recibió un gran impulso de la moderna tecnología electrónica que permitió accionar en el ciber espacio virtual. Uno de sus efectos fue debilitar el ordenamiento de los Estados locales. Esa debilidad les hizo perder el control sobre numerosos negocios en los mercados financieros que se habían interconectado.

Paralelamente, fue preciso dictar normas jurídicas, referidas al comercio entre las empresas de diversos países y de los países entre sí, naciendo nuevas especializaciones jurídicas, *verbis gratia*, el derecho del comercio internacional, el derecho de la integración y el derecho comunitario europeo.

Nadie duda que todavía resta mucho por hacer. Es un desafío a la inteligencia creadora de gobernantes, legisladores, jueces y juristas. La experiencia de las últimas décadas permitirá suplir las lagunas de la ley y adecuar el ordenamiento a las transformaciones habidas en la sociedad por obra de nuevos factores económicos.

Puede afirmarse sin vacilar que será necesaria una labor interdisciplinaria en las ciencias sociales, tarea en común de la economía, el derecho, la política y la sociología. A esa colaboración recíproca se refiere el académico Vanossi con la palabra *eutaxia*. No hay margen para improvisar soluciones sin respaldo científico, ni el pragmatismo es buen consejero para apartarse de los principios rectores.

Tengo para mi que la atención debe centrarse en el tema de la moneda. Decía Carbonnier: “en nuestra civilización jurídica, todo se expresa en moneda”. Y agregaba que el escepticismo causado por el deterioro de su valor es “una de las claves psicológicas de nuestro tiempo”. La sociología descubrió que el dinero es un símbolo ligado a representaciones místicas, a la noción de prestigio, de autoridad y también de mediación. Por ello, las antiguas piezas metálicas tenían acuñada la efigie del Emperador, resabio del cesarismo.

El dinero pudo haber servido de puente entre el derecho y la economía, pero el nexo se frustró al elaborar esta última disciplina la noción de poder de compra indiferenciado. La doctrina privatista dejó pasar esa ocasión volcándose solo hacia interrogantes concretos, como ser los efectos de la depreciación que obstan a su inmutabilidad y los alcances del nominalismo que acató el curso legal, forzoso y obligatorio. Más adelante, llegó a desaparecer el curso forzoso en algunos Estados por obra del legislador. La soberanía monetaria tendió a esfumarse, mientras el dólar terminó por imponerse en el tráfico internacional, y así fue como varias naciones cayeron bajo su área de influencia, donde los precios internos se fijan con relación a dicho signo.

Predominó el cálculo monetario para encarar cualquier iniciativa en los negocios. A través de las décadas hubo un proceso de monetización creciente y todo comenzó a medirse en dinero, especulando con beneficios extraordinarios mediante altas tasas de interés. El criterio común persiguió la ganancia mayor, cualquiera fuese el mecanismo empleado. Al acecho de una oportunidad, los pequeños ahorros se volcaron en papeles súper abstractos sin respaldo, y en vanas promesas. A fin de alentar el consumo, las personas cayeron en el endeudamiento y luego en el sobreendeudamiento. Está a la vista el resultado de lo que se dio en llamar el frenesí de un mercado enloquecido.

Las leyes económicas de la naturaleza se divorciaron de las normas jurídicas, al querer éstas encuadrar una fluida realidad que se les escapaba. Ello puso en evidencia el reiterado problema planteado entre el ser y el deber ser; son conductas transgresoras que violan los preceptos orientadores, hasta que todo vuelve a su cauce normal. Rueff – partidario del patrón oro – llamó a nuestra época, la era de la inflación debido a la práctica de emitir billetes sin respaldo. Los jueces corrieron detrás de las políticas monetarias para enmendar las desviaciones cometidas y los atropellos al derecho de la propiedad. La historia es larga y harta conocida.

Entraron en la escena nuevas figuras que fueron implementadas para dar mayor rentabilidad al capital y dispensar el crédito con holgura, todos productos financieros destinados a los consumidores. Las entidades crediticias lanzaron novedosos títulos (operatoria denominada titulización) para captar a los ahorristas, mientras los Bancos cedían entre sí los denominados activos tóxicos. Fueron días de euforia para las obligaciones negociables, los fondos de inversión, los “ hedge-funds “ o fondos protegidos, la securitización, los contratos a futuro, los bienes intangibles, etc. Pocos vieron los agujeros negros que se iban formando paulatinamente – ni leyeron los informes financieros elaborados por los Bancos Centrales-, síntoma de que algo no funcionaba como debía. Lamentablemente se derrumbaron las Bolsas, desmintiendo los pronósticos de riqueza, y quedando en evidencia la fragilidad de las inversiones.

Llevará años recomponer los mercados y corregir los errores incurridos. La idea fundamental es que este colapso no se puede volver a repetir. El derecho hará las veces de árbitro. A su turno, la justicia amparará a quienes se vean afectados por maniobras inescrupulosas, deslindando las responsabilidades de los agentes financieros y las cuantiosas defraudaciones cometidas.

Parece oportuno evocar una célebre frase de Lacordaire: “Entre el rico y el pobre, entre el débil y el fuerte, la libertad es la que oprime, la ley la que libera”. Dice un antiguo adagio: la ley auténtica es la recta razón. Corría entonces la segunda mitad del siglo XIX cuando empezaba a plantearse la cuestión social. Esa frase traduce el ánimo reinante en la época, que bien puede adaptarse a nuestro tiempo debido a un ejercicio irresponsable de la libertad financiera cuyo costo son miles de desocupados.

Subsistirá el “*ius commune*” como ordenador de las relaciones patrimoniales, apoyado en sólidos principios y reglas de vigencia universal. Es probable que se celebren nuevos tratados para apuntalar la globalización y dar mayor transparencia a los mercados. Lentamente se irá acomodando la legislación a las mutaciones que sobrevengan en adelante. Los Códigos perdurarán pues son el cauce por donde fluye la vida cotidiana del hombre común.

En lo inmediato, se postergarán las reformas profundas, dado que los sistemas jurídicos aun disponen de flexibilidad para adaptarse a las circunstancias. En su estructura anidan elementos sensibles e inmateriales –legados por la antigua Roma- como, la “*affectio*”, el “*animus*”, la “*bona fides*”, la “*fiduciae*”. A la hora de efectuar un balance se habla de que la crisis obedece a la pérdida de confianza. ¿No tiene la confianza mucho de empatía? Tal vez se interesen más por esta noción los psicólogos, ya que

significa creer en la lealtad de los demás, no inquietarse, gozar de seguridad. El derecho incorpora este sentimiento por que sirve de apoyo para emprender actividades creativas de riqueza genuina, donde el contrato cumple su función organizadora.

Los hechos sociales y económicos que sobrevengan encontrarán refugio en el imperio del derecho basado en un firme trípode: vivir honestamente, no dañar al prójimo, y dar a cada uno lo suyo.

APÉNDICE

De seguido transcribimos párrafos significativos del documento suscripto en Londres por veintidós países –entre ellos la “República Argentina”-, integrantes del grupo “G-20” el día 2 de abril de 2009:

“1. Nosotros, los líderes del G-20, nos hemos reunido en Londres el 2 de abril de 2009.

2. Nos enfrentamos al mayor reto para la economía mundial de la era contemporánea; una crisis que se ha agravado desde que nos reunimos la última vez, que afecta a la vida de las mujeres, hombres y niños de todos los países y todos los países deben aunar esfuerzos para resolverla. Una crisis global exige una solución global.

3. Partimos de la creencia de que la prosperidad es indivisible; de que el crecimiento, para que sea constante, tiene que ser compartido; y de nuestro plan global para la recuperación debe centrarse en las necesidades y los puestos de trabajo de las familias que trabajan con ahínco, no sólo en los países desarrollados, sino también en los mercados emergentes y en los países más pobres del mundo; y debe reflejar los intereses no sólo de la población actual, sino también de las generaciones futuras. El único cimiento sólido para una globalización sostenible y una prosperidad creciente es una economía basada en los principios de mercado, en una regulación eficaz y en instituciones globales fuertes.

4. Hoy nos hemos comprometido a hacer lo necesario para: restablecer la confianza, el crecimiento y el empleo; reparar el sistema financiero para restaurar el crédito; reforzar la regulación financiera para reconstruir la confianza; financiar y reformar nuestras instituciones financieras internacionales para superar esta crisis y evitar crisis futuras; fomentar el comercio y la inversión globales y rechazar el proteccionismo para apuntalar la prosperidad; y constituir una recuperación inclusiva, ecológica

y sostenible. Si actuamos conjuntamente para cumplir estas promesas, sacaremos a la economía mundial de la recesión y evitaremos que vuelva a producirse como ésta en el futuro.”

“12. Implementaremos nuestras políticas económicas de manera responsable en lo que respecta a su impacto para otros países. Nos abstendremos de una devaluación competitiva de nuestras monedas y fomentaremos un sistema monetario internacional estable y en buen funcionamiento. Apoyaremos, ahora y en el futuro, la supervisión sincera, equilibrada e independiente por parte del FMI de nuestras economías y nuestros sistemas financieros, de las repercusiones de nuestras políticas para los demás y de los riesgos a los que se enfrenta la economía global.

13. Las grandes fallas en el sector financiero y en la regulación y la supervisión financieras fueron causas fundamentales de las crisis. La confianza no se recuperará hasta que no reconstruyamos la confianza en nuestro sistema financiero. Tomaremos medidas para crear un marco supervisor y regulador más fuerte y globalmente más coherente para el futuro sector financiero.”

“20. Para que nuestras instituciones financieras contribuyan a paliar la crisis y a prevenir crisis futuras debemos fortalecer su trascendencia, su eficacia y su legitimidad a más largo plazo. Por ello, estamos decididos a reformar y modernizar las instituciones financieras internacionales. Modificaremos sus competencias, su alcance y su gestión para que reflejen los cambios en la economía mundial y los nuevos desafíos de la globalización, y para que las economías emergentes y en vías de desarrollo, incluso las más desfavorecidas, tengan más voz y representación. Esto debe ir acompañado de medidas para incrementar la credibilidad y la responsabilidad de las instituciones a través de una mejor supervisión estratégica y toma de decisiones”

“21. Acordamos la conveniencia de un nuevo consenso global sobre valores esenciales y principios que fomentarán una actividad económica sostenible. Apoyamos el debate sobre dicha carta para el desarrollo de una actividad económica sostenible”

BIBLIOGRAFIA

-ALEGRÍA Héctor, “Securitización”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n° 2005-3, págs. 293/333

-CARBONNIER Jean, “Droit civil. Les biens”, edit. PUF, París, 1997.

-CARREAU Dominique y JULLIARD Patrick, “Droit Internationale économique ”, edit.

Dalloz, París, 2007.

-FARJAT Gérard, “Pour un droit économique”, edit. PUF, París, 2004

-FRIEDMANN W., “El derecho en una sociedad en transformación”, edit. Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1966

-GALBRAITH John K., “El crac del 29”, edit. Ariel, Barcelona, 1985.

-LANUS Juan Archibaldo, “Un monde sans rivage. Etat, Nation, Globalisation”, edit. Económica, Paris, 2004.

-NIETO BLANC Ernesto, “La terminología monetaria a propósito de la Ley de Convertibilidad n° 23.928”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, “Estudios sobre las posibles implicancias de la Ley de Convertibilidad 23.928”, Buenos Aires, 2002, págs. 79/85.

-PAILLUSSEAU Jean conferencia pronunciada en la Corte de Casación de Francia el 4 de febrero de 2008; se publicó en la Revue de Jurisprudence Commerciale, mayo/junio 2008, n° 3, págs. 169/184.

-PIAGGI Ana “Técnicas y artilugios con repercusiones jurídicas en los estados contables”, en PIAGGI Ana (coordinadora) “Cuestiones complejas de derecho mercantil moderno”, edit. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, págs. 27/113.

-PIROVANO Antonie, “Introduction critique au droit comercial contemporari”, en Revue Trimestrelle de Droit Comercial et de Droit Économique, abril/junio 1985, n° 2, pág. 263.

-RAWLS John, “Teoría de la Justicia”, edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993.

-RIVERA Julio César, “Introducción histórico-comparativa al estudio de la crisis”, en “Estudios de Derecho Privado (1984-2005)”, edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, págs. 103/160.

-SADDI Jairo, “Notas sobre a crise financeira de 2008”, en *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* n° 42, octubre/diciembre 2008, págs. 33/47.

-SANDERS John T. y NARVERSON Jan (directores); “For and against the State. New Philosophical readings”, edit. Rowman y Littlefield, Londres, 1996. Reune trabajos de los directores y de otros autores como Ayn Rauss, Murray Rothbart, Leslie Green, John Simmons, David Friedman, entre otros.

-SCHOO Alberto D., “La cláusula oro”, edit. La Facultad, Buenos Aires, 1937.

-VANOSSI, Jorge Reinaldo, “La aplicación constitucional del análisis económico del derecho (AEO) ¿nada menos y nada más que un enfoque”, en Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Buenos Aires, 2008, págs. 5/127.

LA ACTIVIDAD ECONÓMICA ANTE EL DESAFÍO DEL NUEVO CÓDIGO⁴

Comunicación leída en la sesión plenaria del 27 de abril de 2016

1.- A manera de introducción

En breve término, regirá el Código Civil y Comercial Unificado que fue sancionado en el año 2014 (en lo sucesivo será citado con las siglas CCCU). Reemplazará a dos cuerpos legales que regularon las personas y los bienes durante más de un siglo, habiendo sido actualizados por diversas reformas, la más importante en el año 1882 (la ley 1196, llamada fe de erratas). Subsiste en la conciencia colectiva una tradición jurídica digna de respeto, que no podrá ser desplazada fácilmente; me refiero en particular a la doctrina y a la jurisprudencia elaboradas durante décadas.

Al inicio de la aplicación de las nuevas normas sancionadas, se irán planteando problemas sobre su interpretación armónica. Sin embargo, no es ahora el momento de hacerlo, anticipándose al curso de los acontecimientos y las decisiones de los tribunales. La cuestión es trascendente, pues supera las objeciones que pueda merecer la técnica legislativa utilizada. Parece más apropiado comenzar por trazar en grandes líneas los efectos que esas normas podrán tener en la microeconomía del país.

Urge describir el panorama que se abre hacia el futuro de la actividad económica, para saber hacia donde se orientarán los negocios a realizar. Acaso la población aun no está preparada para afrontar los cambios introducidos en materia patrimonial. Hay que despertar la atención sobre el significado que tiene sustituir el sistema construido pacientemente a lo largo de los años, para reemplazarlo por otro, y crear una discontinuidad en el ordenamiento que afecte los derechos adquiridos.

2.- Un poco de historia

La Organización Nacional del Estado Argentino es un período de la historia patria que se inició cuando fue adoptada la Constitución de 1853-1860, período en el cual se codificó el derecho privado, a saber: el Código Civil en 1869, y el Código de Comercio en 1889, ambos inspirados en el ideal de la libertad. La microeconomía del país experimentó grandes transformaciones desde entonces, habiendo adquirido una notable evolución a partir del siglo XX, que era inimaginable para el legislador de esa época.

⁴ Anales tomo XLIX, año 2015, págs 141/151.

Bajo la dominación española imperó el criterio de no fomentar el comercio, y de combatir la libre competencia; la Casa de Contratación de Sevilla estableció un régimen monopolístico causante del contrabando, el cual no solo fue respecto de mercancías extranjeras, sino también de libros prohibidos. La práctica mercantil en el pasado colonial era pequeña y estrecha, según explicó Juan Agustín García, en su libro “La ciudad indiana”. A comienzos del siglo XIX, la mentalidad de las autoridades españolas experimentó un giro, gracias a la influencia de Campomanes y Jovellanos. Ese giro político se aprecia en algunas medidas que dictaron los Virreyes inspiradas en las “Memorias” anuales del Consulado redactadas por Manuel Belgrano, e incluso en el informe que sobre “La representación de los hacendados” emitió Mariano Moreno

Acontecida la Revolución de Mayo, comenzó el interés por estudiar la ciencia económica. Los patriotas siguieron la prédica de Quesnay, fundador de la escuela fisiocrática. Belgrano sostuvo que “este país, sin comercio, será un país miserable y desgraciado”. Pronto surgió una inquietud favorable a legislar la rama mercantil a fin de suprimir las anacrónicas “Ordenanzas de Bilbao” vigentes. Recién en el año 1824 se dispuso redactar un Código de Comercio, el que nunca llegó a ser sancionado, hasta que en el año 1862 el Estado de Buenos Aires aprobó el proyecto del jurista uruguayo Eduardo Acevedo, quien contó con la colaboración de Dalmacio Vélez Sársfield, proyecto que años más tarde pasó a ser ley de toda la Nación, y sirvió de modelo a otras naciones latinoamericanas (v. gr. Chile). El texto original incorporó normas del “ius commune” en el título “De los contratos o de las obligaciones convencionales en general”, más tarde suprimido después de entrar en vigor el Código Civil.

Vélez Sársfield fue el redactor del Código Civil, obra que le insumió cinco años de exclusiva dedicación (1864-1869). Su autor, versado en las instituciones romanas que había estudiado en la Córdoba natal, era conocedor de la legislación comparada de su tiempo. Ha sido una de las personalidades descolantes de la historia patria. Fue profesor de economía política en la Universidad de Buenos Aires (1825-1829), en la cátedra creada por el gobierno de Rivadavia. Debido a sus conocimientos en esa ciencia, - así lo señaló el académico Horacio A. García Belsunce-, más sus aptitudes para la gestión pública, se desempeñó como Ministro de Hacienda en el gobierno de Mitre (1862-1863). Estos antecedentes del codificador demuestran su perfil para realizar el monumento jurídico de nuestro orden privado, en el cual dejó esculpido su criterio de abogado, prestigioso en el foro, de docente universitario expositor de una disciplina incipiente, y de hombre de estado.

Vélez elaboró el Código con un pensamiento propio, fundado en las ideas económicas en boga. El Código Francés del año 1804 le sirvió de fuente para

numerosos artículos, permitiendo seguir la corriente latina que habían adoptado España e Italia en su orden interno. El Código Napoleón se edificó sobre dos pilares: la libertad contractual y el derecho de propiedad privada. Ello explica que los inmigrantes de esas naciones llegados a nuestro suelo no encontraran obstáculos legales para su radicación, pues, en gran medida, se guiaban por principios y reglas análogas. Recuerdo que Vélez tampoco descuidó consultar precedentes latinoamericanos, tal el célebre “Esbozo” de Freitas, compilación del derecho brasileño, y el Código que Andrés Bello preparó para Chile, luego implantado en otros países de la región. El codificador se ciñó a un criterio científico, como lo testimonian sus notas eruditas.

Cambiaron las circunstancias desde esa etapa inicial, y en el siglo XXI deviene necesario remozar la estructura de nuestro sistema, a fin de actualizarla conforme las transformaciones habidas en el tráfico jurídico.

3.- Los derechos de contenido económico

El examen del nuevo Código supone verificar previamente, si se ajusta a la teoría general del derecho adoptada por la Constitución en las cláusulas programáticas que enuncia, más las declaraciones formuladas en los tratados internacionales que están en la cúspide del orden legal. (art. 1 CCCU). Traigo a colación el señero art. 14 Const. Nac. que garantiza los derechos de “trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar” según las leyes que reglamentan su ejercicio. Evidentemente, el novísimo “corpus” omitió reglamentar esos derechos fundamentales relacionados con la actividad económica practicada en esta era histórica; descodificó la ley de navegación marítima, mientras el Poder Legislativo tiene pendiente de aprobar el Código del Trabajo y de la Seguridad Social (art. 75, inc. 12 Const. Nac.). El texto constitucional también se refiere a las “empresas de utilidad nacional” (art. 4), expresión significativa para la microeconomía.

La concepción del texto proyectado innova en varios aspectos, si bien respeta el principio según el cual la normativa superior prevalece sobre la legislación del Congreso. A menos que una futura enmienda modifique la primera parte de la Carta Política, el legislador no podrá trastocar el espíritu que la anima, ni imponer una teoría general distinta. Si así lo hiciera, se produciría una desarticulación entre los principios en que se sustenta nuestra base jurídica y los cánones que se quieren incorporar. En el fondo de la cuestión emerge una filosofía y estilo de vida.

Lleva un título preliminar dedicado al derecho. Este título enuncia una triple clasificación, a saber: derechos individuales, vale decir, subjetivos; derechos individuales ejercidos mediante una acción colectiva; y derechos de

incidencia colectiva de uso común. Además, se mencionan las garantías constitucionales que los amparan. En cuanto a los derechos individuales se refiere, bajo dicha denominación está incluidos los patrimoniales dotados de valor monetario, aunque su ejercicio está limitado si fuera incompatible con los derechos de incidencia colectiva (art. 240 CCCU).

Existen supuestos concretos en nuestro medio sobre incumplimiento de las leyes, basados en hechos reales, como ser las operaciones en el mercado subterráneo, donde se violan normas administrativas, fiscales y penales. Ese fenómeno, llamado anomia por el célebre sociólogo Émile Durkheim, pertenece al ámbito de la desuetudo, o costumbre abrogatoria. No obstante que nadie puede ignorar esos hechos, el nuevo Código mantiene la tesis que la desuetudo no genera efectos jurídicos por ser contraria al derecho (art. 1º. CCCU). Es otra ficción legal, basada en un exceso de lógica, porque el incumplimiento de ciertas leyes es moneda corriente entre nosotros.

Un dato de la realidad, cada día más visible, es la magnitud adquirida por los factores económicos en el ámbito social. Durante las últimas décadas, se ha podido apreciar que las principales inquietudes científicas se centran en la forma de regular las actividades que participan en el desarrollo y crecimiento de la economía. Ese fenómeno está presente a nivel jurídico con cierta intensidad a fin de sistematizar la regulación de esos factores y el correspondiente accionar de los agentes del mercado. Por tanto, la labor legislativa, y en este caso codificadora, requiere coordinar dos ciencias sociales: el derecho y la economía. Rescato una frase del académico Julio H. G. Olivera quien expuso su teoría en los siguientes términos: “el derecho económico aparece como un nuevo espíritu, un estilo moderno de ser el derecho, una actitud diversa a las tradicionales”.

Santos Briz, jurista español que goza de una bien ganada reputación, se ocupó de este tema en su tesis universitaria hace más de cincuenta años, analizando el derecho de la economía organizada, el cual comprende el moderno sistema industrial. Esa disciplina tiene su raíz en la economía de mercado y en la libre competencia, cuya característica es su actualidad. Culmina su análisis con esta reflexión: “todos los contratos, no solo de Derecho privado, sino también de los surgidos en el campo de la economía” reconocen el mismo fundamento conceptual, que nutre el contenido de las leyes modernas.

4.- Desregulación del comercio

Este nuevo ordenamiento, que vendrá a suplantar dos Códigos centenarios, afrontará los requerimientos que plantea la hora actual. Desde esa perspectiva, será necesario hacer un estudio de la innovación proyectada, destinada a causar ciertos cambios en nuestra sociedad y, principalmente, en las relaciones patrimoniales. Habrá cambios que

operarán en el futuro, dirigidos a las generaciones venideras, pero es difícil pronosticar si podrán satisfacer los hechos económico-sociales a sobrevenir.

Pareciera que este tema solo atañe a jueces y abogados, para concentrarlos en la lectura de los novísimos textos a fin de desentrañar su significado. Así resulta de su primer artículo cuando expresa que será aplicado a los casos, sin reparar que la sociedad en su conjunto es la destinataria de las leyes, pues éstas no se limitan a resolver litigios. Claro está que el tema sobrepasa el círculo de los letrados, incluso de quienes hacen sus inicios en el campo del derecho. Esta cuestión excede la órbita puramente normativa, ya que va a repercutir en toda la comunidad, y cuyo conocimiento no se puede ignorar, conforme una conocida presunción legal (art. 8 CCCU).

De manera que corresponde divulgar este Código para que todos los habitantes tengan acceso a sus disposiciones, mediante una adecuada pedagogía que ilustre a las personas sobre sus derechos y obligaciones. El punto resulta arduo, como es fácil de entender. No se trata solo de la población en general, sino que específicamente afectará a quienes se consagran a una determinada actividad para conocer las responsabilidades que contraen al realizarla. Me refiero a las empresas y a los empresarios en general.

Sin ánimo de agotar este asunto, despierta curiosidad cómo se ha encuadrado la actividad económica, antes comprendida en la amplia concepción del comercio. Sabemos que el intercambio de bienes con finalidad lucrativa, no es la única, pues el sector productivo se amplió hacia la industria, la financiera, la explotación agrícola ganadera, entre otras. Hasta ahora el comercio ha sido el eje central por donde se regulaba toda la microeconomía, criterio que mereció variadas objeciones. Esos reparos carecen de realismo, como se puede apreciar al leer dos convenciones que imperan en nuestra República: el tratado suscripto por nuestra Nación para asociarse a la Organización Mundial del Comercio (OMC), marco de nuestra legislación mercantil, y el Tratado de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Sorprende que este Código, que en su título enuncia ser también de Comercio, eluda tratar concretamente esa materia, la cual no es superflua. No cumple con una expresa directiva constitucional que estableció la clásica dualidad del derecho civil, o “*ius commune*”, y el derecho comercial, de excepción para actos concretos dotados de particularismo (art. 75 inc. 12 Const. Nac.). Aniquila la identidad profesional del comerciante.

Denuncio que se incurre en una contradicción, cuando se advierte que la categoría comercial subsiste en una variedad de instituciones mencionadas en varias normas de este Código. Brindaré algunos ejemplos para demostrar lo expuesto, a saber:

- tráfico mercantil (arts. 1143, 1149 y 1156)
- contratos celebrados en mercados de comercio art. 1429)
- establecimientos de comercio (art. 1104))
- prácticas comerciales abusivas (art. 1096)
- bienes fuera del comercio (art. 234)
- cartera comercial de los bancos (art. 1379)
- mercaderías (art. 1828)

Valga señalar cómo la regulación de la compraventa, contrato indispensable para la movilidad de la riqueza, en este cuerpo legal carece del sello peculiar que le imprime el comercio. Para la actividad mercantil, cumple una función vital, ya sea cuando se realiza bajo el rubro mayorista o el minorista. Animada por obtener un beneficio, la compra se destina a la reventa de la mercadería, porque el comerciante no es un consumidor. Este es el nudo de la cuestión que quedó sin resolver, al haberse derogado los arts. 450 y 451 del Código de Comercio.

Suelen invocarse algunos antecedentes en el derecho comparado relativos a la unificación de los contratos civiles y comerciales. El primer país que dispuso esa unificación fue Suiza en 1883, mediante un esbozo preparado por el pandectista Muzinger. Esa República ejemplar, donde impera un régimen capitalista, con esa medida zanjó un problema constitucional, porque esa legislación fue sancionada para regir en todos los cantones, la cual posteriormente en el año 1911 se integró al Código Civil ¡Qué diferencia con Rusia, país que después de la revolución de 1917 eliminó los mercados, estableció la propiedad colectiva de los medios de producción, e impuso la dictadura del proletariado!

Italia también unificó ambas especies de contratos, al sancionar el Código Civil de 1942 durante la Segunda Guerra Mundial. Ese cuerpo incluyó disposiciones sobre diferentes actividades económicas de carácter profesional en el Libro V y definió la empresa con términos precisos (art. 2082). Según el comparatista Michel Fromont, el efecto de esa unificación consistió en comercializar al derecho civil, una verdadera paradoja.

Por último, cabe citar el nuevo Código Civil del Paraguay, aprobado por el gobierno de Alfredo Stroessner en 1987, el que abrogó el entonces vigente inspirado en el modelo de Vélez Sarsfield. Este antecedente no contribuye a una legislación homogénea en los países del Mercosur.

5.- La empresa es una moderna categoría jurídica

Hubiera sido razonable otorgar categoría jurídica a la empresa, omisión que no se justifica después de haber eliminado la histórica categoría del comerciante y abrogar el acto de comercio. Ningún artículo contempla esa idea fuerza, no obstante que la actividad empresarial se relaciona con el

intercambio de bienes, la industria, la banca, las operaciones financieras, el agro, y los servicios profesionales, entre otras. El académico Jorge Reinaldo Vanossi aprecia la potencialidad de las empresas pues en su opinión permiten “aquilatar y comparar con ecuanimidad y realismo sus diferencias o equivalencias en bondades y en eficiencia con relación a otros entes”. Este nuevo Código genera un vacío que desorganiza todo el sistema, y desperdicia la oportunidad de modernizarlo a la altura de los países que han codificado sus leyes en nuestra época, como ocurrió en Brasil en el año 2000 cuando consagró el “Direito de Empresa”.

Algunos comentaristas sostienen que la empresa es una noción exclusiva de la ciencia económica y por ese motivo sería ajena al derecho. Lo mismo podría decirse del dinero y de los precios, lo cual es absurdo, porque no son extraños para la ciencia jurídica. Nada es indiferente para el derecho y hasta lo fenómenos más novedosos caen atrapados en sus redes. Según Rudolf Stammler esta disciplina siempre será forma de la materia económica, la cual no puede quedar librada a su propia suerte, sino que debe ser encauzada hacia el bien común. Posibilita la autorregulación de las conductas asumidas por los agentes del mercado, otorgándoles legitimidad.

Es verdad que sería necesario hacer una abstracción que permita abarcar en esa compleja figura todas las escalas, fuesen pequeñas empresas, medianas o de gran volumen operativo. Vale la pena hacerlo si se sigue un método adecuado, como el realizado en Francia por la llamada Escuela de Rennes que afianzó la idea del “droit des affaires”, entre nosotros el derecho empresario, sucedáneo del derecho comercial; dicha Escuela fue dirigida por los profesores Claude Champaud y Jean Pailluseau.

Citaré dos ejemplos tomados de este novísimo Código: los contratos de agencia y los de concesión. Ambos contratos se refieren a institutos que tratan sobre organizaciones empresariales impulsoras del desarrollo microeconómico. Son ejemplos que prueban la creciente necesidad de cooperar con el sector industrial, productor de bienes útiles, para relacionarlos con su distribución y comercialización, en sintonía y armonización con el régimen de defensa del consumidor.

Incorporar la categoría de la empresa a nuestro ordenamiento no es difícil, porque ya está aceptada en la legislación laboral y la tributaria, de modo que institucionalizarla en todo el derecho privado sería una importante contribución a su eficacia. Así lo exige el mundo de los negocios, posibilitando ulteriores elaboraciones con una visión promisorio del futuro. Esta es la mejor oportunidad para poner al día la estructura institucional de la República, colmando el vacío dejado en la materia mercantil, y brindando mayor seguridad a las operaciones de mercado en la Argentina.

Si seguimos ese razonamiento, llegamos a un tema que guarda una relación directa con la empresa unipersonal, a saber: la sociedad de un solo

socio. La ley 26.994, cuando aprobó el Anexo II del nuevo Código, modificó la ley 19.550 de sociedades, a fin de incorporar este tipo societario disponiendo que “solo se podrá constituir como sociedad anónima” (art. 1º ley cit). La innovación es trascendente porque significa incluir en el ordenamiento la “empresa unipersonal de responsabilidad limitada”, aunque sujeta al régimen de las sociedades anónimas, sin la regulación específica que le imprima una tipología peculiar y la haga accesible a la generalidad de la población activa.

No hay duda que es un avance pues admite la existencia de un fenómeno de nuestra realidad, cual es acotar el riesgo empresario a los activos administrados. Pero el legislador no se animó a consagrar a la empresa como categoría autónoma, pese a que se ocupó de los contratos empresariales, los cuales no son encuadrados en el marco de las convenciones tradicionales, como ser la compraventa y el mandato

6.- Inclusión de los contratos empresariales

La ley es la que contribuye a emprender actividades económicas, fijando las reglas y márgenes de acción. Los mercados deben someterse a ciertas normas para su funcionamiento regular, porque el contrato deviene insuficiente como medio de autorregulación.

Enunciaré un listado de contratos típicos de la actividad empresarial que son regulados en este cuerpo legal, a saber: a) contratos asociativos, englobados con la siguiente denominación: en participación, en colaboración, de unión transitoria, y consorcios de cooperación; b) agencia, c) concesión; d) franquicia.

Dicho enunciado merece algunas observaciones, sin perjuicio de señalar que los contratos bancarios podrían también ser añadidos a esa nómina porque tienen una regulación específica. No figura en ese listado el contrato de distribución, aunque recibe una mención incidental (art. 1511 inc. 2 CCCU), contrato genérico del cual dependen la agencia, la concesión y la franquicia. Vaga señalar que los primeros contratos se rigen por las mismas normas en materia de preaviso y resolución, tal es la afinidad que tienen entre sí.

En la cadena comercial, el distribuidor es quien opera en el mercado sea éste mayorista o minorista, a fin de colocar los frutos y productos de una empresa que no tiene una relación directa con los interesados en adquirirlos. Esa función es esencial para aumentar el volumen de la producción destinada al público y permitir que llegue a las bocas de expendio con agilidad y eficacia. Requiere una organización adecuada, ya que establece relaciones contractuales verticales, como sostiene el reciente premio Nobel Jean Tirole, autor de una teoría sobre la organización industrial y su regulación desde la perspectiva económica

Al regular esos contratos, los autores del nuevo Código eluden en lo posible utilizar los términos empresa o empresario, y aplican la misma técnica con la voz intermediario. A veces deslizan expresiones como “organización empresarial” (art. 1502 y 1505 CCCU), “gestión empresarial” (art. 1010 CCCU), y “contratar con varios empresarios” (art.1481 CCCU). Ejemplo de esa falla es el caso de la contabilidad, ya que los obligados a llevar libros son “todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial” (art. 320 CCCU). Ello prueba que esas expresiones son de uso indispensable, pues describen negocios de gran importancia, pese a que los redactores han suprimido la terminología incorporada por la ley 22.903 al estatuto que rige las sociedades, ley reguladora de los “contratos de colaboración empresarial”, entre los que figuraban las “uniones transitorias de empresas”

Asimismo, la definición del contrato de consumo es equívoca, cuando dice que el consumidor final, celebra dicho contrato con una “empresa productora de bienes” (art. 3093 CCCU). Todas las contradicciones apuntadas ponen de manifiesto las dudas habidas entre los mentores del Código, porque no pudieron impedir emplear vocablos corrientes, familiares a la población para representar en su mente ideas arraigadas. En la creencia colectiva, la empresa es un sujeto de derecho, una actividad revestida de forma jurídica. Negar esa evidencia es incurrir en un desliz que es necesario enmendar.

Evidentemente, resulta indispensable perfeccionar las instituciones económicas a fin de ayudar y facilitar la circulación de la riqueza en los diferentes mercados, rumbo que no sigue este “corpus”.

7.- A modo de conclusión

Después de hacer este rápido recorrido por la normativa incluida en el nuevo Código, queda al descubierto que la actividad económica del país carecerá de una regulación apropiada. Faltó reconocer los beneficios de la iniciativa privada, la variedad de operaciones que se realizan en los mercados y la función que cumplen los agentes comerciales. Omitió restringir el intervencionismo estatal, ideado en los gabinetes públicos mediante simples resoluciones administrativas, restricción necesaria ante los abusos del poder incurridos en diversas épocas. Plantea un gran desafío a toda la población, merecedora de confianza y seguridad, para esclarecer el impacto que este Código causará en el crecimiento y desarrollo de la Argentina. En mi opinión, suscitará una generalizada incertidumbre cuando comience a ser aplicado que puede llegar a desestabilizar las instituciones rectoras del derecho privado. En síntesis, ha prescindido de

medir empíricamente las consecuencias positivas o negativas que puede causar al tráfico de las empresas.

CAPÍTULO SEGUNDO

MONEDA

OBLIGACIONES DINERARIAS: NOTAS CRÍTICAS AL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO⁵

- I -

INTRODUCCIÓN

Una reforma trascendente a los Códigos Civil y Comercial, elaborada tras varios intentos fallidos, despierta curiosidad e inquietud. Obedece a una decisión política que nos concierne analizar como ciudadanos y abogados. Los textos vigentes durante largas décadas serán sustituidos por otros, despojados de notas al pie a fin de orientar al intérprete. Pacientemente habrá que examinar cada propuesta innovativa del orden vigente y brindar algunas conclusiones liminares.

Solo dos artículos de ese “Proyecto”, relativos a las obligaciones dinerarias, merecen ser comentados (arts. 765 y 766). Luego de haber sido ofrecido el “Anteproyecto” que redactó una Comisión “ad hoc”, esas disposiciones variaron, con una versión diferente a la inicial. Los autores de la iniciativa preliminar habían aclarado que ésta regiría siempre que existiese un “proceso de estabilización de la economía”. En poco tiempo mudó el criterio sobre esta importante categoría, sin brindar al lector una explicación satisfactoria al respecto.

Los temas a considerar, tomando como punto de referencia al “Proyecto” que recientemente tuvo entrada en el Congreso, se basan en el régimen de la moneda extranjera, y al tipo de cambio a aplicar, más las deudas de valor (art. 772 Pr.) .

- II -

LA OBLIGACIÓN DINERARIA

El dinero, como instrumento de pago o para atesorar, no reconoce fronteras en nuestro tiempo, cualquiera sea el Estado emisor del numerario. Circula por todos los mercados del mundo para satisfacer el cumplimiento de las prestaciones que le sirven de objeto. Los fondos se transfieren con fluidez de un país a otro sin mayores dificultades superando las barreras aduaneras, de acuerdo a las exigencias de la comunidad internacional. Es un fenómeno propio de la época a causa de ir declinando la idea de soberanía política, obra de la globalización.

⁵ Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, “Análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial 2012” El Derecho, Buenos Aires, 2012, págs.. 357/359.

Monedas de diversa especie coexisten en un mismo territorio para efectuar variadas operaciones. Nadie puede sustraerse a esta realidad impuesta en los hechos por las prácticas negociales. Uno de los factores que provocó esas prácticas es la inflación, a fin de preservar los términos del intercambio y la equivalencia de las prestaciones al tiempo de contratar. Así como alguna vez se negoció con el peso fuerte –el cual tenía respaldo en oro–, después que perdió ese respaldo y sufrió devaluaciones, los capitales se refugiaron en las divisas.

La República Argentina vivió esta experiencia que impactó sobre el Código Civil de 1869. La moneda extranjera estaba encuadrada en la categoría de “obligaciones de dar cantidades de cosas” (art. 617), diferenciando las monedas según tuviesen o no curso legal en el país. Sin embargo, esta discriminación con el correr de los años se fue atenuando y hasta fue eliminada del Código en 1991 por la ley 23.928. El “Proyecto” vuelve al régimen anterior, y retorna a la fórmula de equiparar las divisas a las “cantidades de cosas” (art. 765 Pr.), incluyéndolas en las “obligaciones de género”. No compartió el dictamen de la Comisión redactora que decía: “si... se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

Esto lleva a discurrir sobre el tema del numerario de “curso legal” y de “curso forzoso”. Highton de Nolasco –integrante de la Comisión designada para reformar los Códigos– sentó jurisprudencia en la materia en un célebre voto que dictó como Ministro de la Corte Suprema (CS, octubre 26-2004, “Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional s/ amparo”, Fallos 327:4495). Sostuvo entonces: “la moneda de curso legal es aquella cuyo pago es irrecusable por el acreedor y dicho atributo solo es conferido por ley”, dando como ejemplo el “austral convertible”, en la actualidad el peso. Y agregó: “a diferencia del curso legal, el curso forzoso no significa la obligatoriedad de recibir o irrecusabilidad de la moneda, sino esta calidad de curso legal aplicada al papel moneda inconvertible. Mediante el curso forzoso, el instituto de emisión queda dispensado de reembolsar los billetes a la vista”. Evidentemente, el “Proyecto” se apartó de este criterio moderno para rescatar una norma abrogada, tras extensos debates y polémicas, fuente de conflictos, objeto de vacilación para el intérprete. Resulta censurable que esta enmienda haya llevado a especular sobre una posible “pesificación” de la economía, fantasma que se agita para asustar a los inversores y ahorristas.

De todos modos, el Estado de Derecho no puede ocultar la realidad negocial, pretendiendo eliminar dinero que circula, aun cuando no tenga curso legal, mediante una sutil modificación al régimen monetario. En el caso que esa fuese la intención se verían afectados derechos adquiridos por

los justiciables. Parece oportuno dejar todo como está y no innovar en este tema puntual.

- III -

EL TIPO DE CAMBIO

Lo expuesto en el acápite anterior tiene derivaciones insospechadas si se adopta una tesis estricta. Después de ser sancionada la ley 23.928, las obligaciones dinerarias pudieron ser pactadas en pesos o en dólares y, en el momento del pago, debían ser satisfechas en la moneda de origen. Ello a causa de la reforma introducida en 1991 al art. 619 Cód. Civ., disposición que había adherido al principio nominalista. En virtud de esa reforma, fue posible efectuar depósitos bancarios en cajas de ahorro o en certificados a plazo fijo en moneda dólar estadounidense, como así también celebrar contratos de mutuo con garantía hipotecaria en dicho signo.

La innovación del “Proyecto” en la materia abre interrogantes sobre el tema, pues permitiría afirmar que da un giro en sentido opuesto. Falta claridad, su ambigüedad hace posible seguir corrientes diversas, y crea confusión al análisis parlamentario. En otras palabras, carece de la certeza necesaria para aplicarla como solución general a cualquier conflicto. Omite tratar la operación de cambio monetario propiamente dicha, habitualmente a cargo de Agencias autorizadas, donde se adquiere o se vende moneda sin curso legal. Vale decir, olvida las llamadas deudas pecuniarias con la cláusula en “efectivo”, pagaderas en billetes de la divisa acordada pues son inconvertibles, ya que es la causa determinante de dicha cláusula.

El art. 765 (Pr.) al regular esta cuestión dice: “el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”. Establece una opción: contratar en dinero extranjero y pagar con esa divisa, o pagar la prestación en pesos ¿Será lícito renunciar al ejercicio de dicha opción? ¿Acaso no es una mera facultad? ¿Será válido ejercer la opción para perjudicar al acreedor? Cabe plantear otros interrogantes más; tal vez convenga rescatar el enunciado del art. 962 (Pr.) según el cual “las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes”.

Otro problema reside en fijar el tipo de cambio del dinero extranjero aplicable para determinar su equivalente en pesos. Recordemos que corresponde al Congreso “hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras” (art. 75 inc. 11 Const. Nac.), atribución que fue delegada al Banco Central. Por tanto, debe aplicarse, el llamado “tipo oficial” aunque no corresponda a su cotización en el mercado libre. Un antecedente de interés lo proporciona la ley 23.928 al fijar la paridad del dólar y del peso en 1 a 1.

Sin embargo, el “tipo oficial”, lejos de ser inmutable, puede variar con el tiempo. Esa variación se presenta habitualmente día a día, según el parecer de las autoridades del Banco Central. Cuando se desata una escalada inflacionaria el monto de la paridad va aumentando en forma paulatina. Vale decir: no será el mismo a la fecha de celebrar el contrato que al día del cumplimiento de la prestación pecuniaria. Sirva esta aclaración porque el “Proyecto” postula que el tipo de cambio oficial se tome al día de la “constitución de la obligación”, significando que el acreedor recibirá menos pesos que si se lo toma al día del “vencimiento” del plazo para el pago, como lo dice ahora el art. 619 Cód. Civ.

- IV -

LAS DEUDAS DE VALOR

El “Proyecto” (art. 772 Pr.) incorpora las llamadas “deudas de valor”, admitidas para determinados casos por la ley 17.711. El monto cuantificado debe representar el valor real de la prestación (v.gr. el pleno resarcimiento de los perjuicios inferidos en los bienes o en la persona del damnificado, art. 1736 Pr.).

Esta solución fue inducida por la doctrina italiana a mediados del siglo XX a fin de resguardar la obligación de las contingencias económicas posteriores a su nacimiento. Respondió a las críticas de aplicar el principio nominalista, cuyo rigor afectaba a la equidad en los contratos, sin distinguir la prestación según ésta sea monetaria en origen o no lo fuese, porque se relaciona con el avalúo de bienes y servicios.

De manera que el “Proyecto” distingue entre las obligaciones dinerarias y las prestaciones cuyo contenido encierra un valor económico a cuantificar oportunamente. En razón de que subsiste la prohibición de indexar, establecida por la ley 25.561 en el texto del art. 10 de la ley 23.928, cabe pensar que las deudas en pesos serán pagaderas según la suma fijada en el título de la obligación. Evidentemente, ello obedece a un pensamiento basado en la “estabilidad económica”, pero no es compatible con la situación de “emergencia económica” que vive el país desde hace una década. Cuando se incrementan los salarios, las tarifas y los precios de artículos de primera necesidad, surge patente que ese aumento en realidad se trata de un reajuste monetario.

En definitiva, los conflictos que suscita el poder adquisitivo del dinero van a ser resueltos en la Justicia mediante una hermenéutica de las normas aplicables. Este “Proyecto” poco aporta para solucionar los problemas actuales, siembra dudas, y no satisface los requerimientos de la época. Deja flotando en el aire una sensación de incertidumbre.

CARBONNIER FRENTE AL DERECHO DE LA CIVILIZACION MONETARIA

1.- Semblanza de Carbonnier

En Francia, la ciencia jurídica llora la desaparición de Jean Carbonnier (1908-2003), cuya lúcida inteligencia se apagó meses atrás. Sirvan estas líneas de sentido homenaje a su memoria.

Más allá del derecho, Carbonnier fue un pensador humanista que indagó sobre la esencia de la vida social. Ubicado en la atalaya del saber, supo contemplar el “modus vivendi” de los seres humanos en el siglo XX. Su versación jurídica es indiscutible, la que enriqueció con firmes creencias éticas y filosóficas, sumadas a sólidos conocimientos en materia de antropología y sociología. Allí reside la impronta de su genio.

Volcó la cultura atesorada a lo largo de muchos años en libros (1), artículos (2), notas, crónicas y prólogos (3), donde dejó un valioso testimonio sobre la vigencia de las instituciones civiles, al cual será necesario recurrir para comprender mejor a nuestra época. Detrás de la apariencia sencilla en la expresión escrita, sus palabras revelan el análisis profundo de los temas más complejos y delicados. Tuvo una mente abierta para brindar soluciones, siempre orientado hacia la dirección correcta, cuando el problema parecía insoluble y muchos ya habían extraviado el rumbo.

Fiel representante del mundo académico, ejerció la cátedra por vocación y temperamento, primero en Poitiers (1937-1955) Universidad de la que fue Decano, y luego en París (1955-1976). Durante su larga trayectoria docente se ganó el aprecio intelectual de sus pares y de sus alumnos, sobresaliendo por su talento reflexivo. Bien se ha dicho que sus enseñanzas fueron un “tesoro de sutilezas, de erudición y de verbo” (4).

Ahora nos queda la obra impresa, lo cual no es poco, ya que son numerosas las páginas a leer y las ideas para meditar. Recordemos su actividad legiferante entre los años 1964 y 1975; por encargo del gobierno proyectó importantes innovaciones al régimen de la familia, muchas de las cuales tuvieron oportuna sanción. Demostró entonces poseer un espíritu constructivo, dejando de lado las críticas –no exentas de ironía– que utilizó para combatir ciertos mitos, como el de creer que lo esencial puede obtenerse mediante el dinero.

Buscó la razón dentro de la ley para desvirtuar la ficción creada por Rousseau en torno a la voluntad general, denunciando las arbitrariedades cometidas en su nombre, en especial cuando la norma jurídica no ampara adecuadamente a las personas. De ahí su teoría del “non droit”, vital a su criterio, regulación superior a los preceptos escritos, porque se nutre de las fuentes más nobles: la costumbre, la jurisprudencia y la equidad. Las

inquietudes para abordar los grandes fenómenos sociales de su tiempo, lo llevaron a formular propuestas aparentemente audaces, sirviendo de sustento a diagnósticos válidos sobre una variedad de cuestiones que acucian a la humanidad.

2.- Código Civil y Derecho Civil

Durante el coloquio celebrado en el anfiteatro de la Sorbona para conmemorar el Bicentenario del Código Civil Francés, Carbonnier fue uno de los autores más citados por los diversos expositores –entre ellos el Presidente Chirac– y se lo llegó a comparar con Portalis. El libro dedicado a esa celebración trae a manera de prólogo un artículo suyo publicado en 1986, trabajo que resume su pensamiento sobre aquella creación legislativa (5). Despiertan gran interés sus reflexiones dirigidas a exaltar la pasión legiferante post revolucionaria y el espíritu que la animaba, al influjo de Montesquieu.

Luego de recordar que a nivel político institucional, Francia se rigió durante doscientos años por más de diez Constituciones, sostiene que su verdadera Constitución es el Código Civil, el cual desde su nacimiento tuvo un significado histórico. Sirvió para unificar el país, cuando calmados los ánimos y superada la euforia posterior a la caída del antiguo régimen, resultó necesario elaborar un nuevo sistema jurídico basado en la libertad y la igualdad. A partir de entonces, el derecho penetró en la cultura, imbuido de un humanismo iusnaturalista, cuyo hilo conductor fue dicho Código.

Ese ordenamiento careció de una concepción autoritaria, aun cuando se pueda pensar lo opuesto, dada la participación de Bonaparte para convertirlo en ley, sin que nadie pueda cuestionar su legitimidad democrática; como que su vigencia continuó luego de la caída del Imperio hasta nuestros días. De modo que representó una suerte de transacción entre intereses variados, una norma de compromiso según la sociología jurídica, al igual que otros casos habidos en la historia, ya que se trató de conciliar el derecho “coutumier” (6) con el derecho romano vigente en el “Midi”, es decir el sudeste del territorio que bordea el mediterráneo. Pothier escribió sobre ambos derechos, aunque ganó mayor fama como romanista. (7)

Una vez dismantelada la estructura basamento del feudalismo, surgió una burguesía poderosa enriquecida por las nuevas condiciones económicas, la cual precisaba asegurarse la propiedad inmobiliaria. Como el Código garantizó el ejercicio del dominio –en la misma línea que la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano– y el libre acuerdo de voluntades para contratar, fue tachado de burgués e individualista. Pero esa crítica, en opinión de Carbonnier, recae sobre algunos casos concretos que no

desvirtúan sus lineamientos generales, mientras que no reparan en la partición de las fortunas por efecto de las sucesiones donde los hijos tienen iguales derechos convirtiéndose en pequeños propietarios.

Emergió así como medio para equiparar a distintos grupos sociales, aun a los de menores recursos.

El Código es un libro símbolo y un libro de símbolos, dotado de unidad intelectual, para devenir el “ius commune” de la sociedad moderna. De ahí su permanencia en el tiempo, a través de distintas etapas históricas, mereciendo el culto de los juristas iniciado por la escuela de la exégesis. Hoy sigue cumpliendo su misión organizadora de las relaciones humanas, adaptándose a los cambios y situaciones que se operan en la vida social, para modelar un estilo en la convivencia según pautas de razonabilidad.

He aquí el pensamiento de Carbonnier.

3.- Rol de la moneda

La ocasión es propicia para evocar el aporte brindado por Carbonnier sobre la fenomenología monetaria, a partir de su célebre frase: “en nuestra civilización jurídica, todo se expresa en moneda” y agregó: “todo vale salvo lo esencial”. (8)

En pocas páginas entró de lleno en el tema para desmenuzarlo a través de varias perspectivas: histórica, filosófica, económica, política y teórica del derecho. Nada escapó a su meduloso examen, aunque la síntesis bien lograda pareciera haber sido solo en la superficie, pues refleja claridad en las ideas y gran dominio del tema.

La sociología puso en evidencia que la moneda no es tan solo una mercancía, sino un símbolo, ligado a representaciones místicas, a la noción de prestigio, de poder y también de mediación. Ello explica que las antiguas piezas metálicas tuvieran acuñada la efigie del monarca reinante, como también la especie en oro por valor de veinte francos lleve la imagen de Napoleón. En nuestros días, ese fenómeno pierde ese carácter cuando se emplea la moneda electrónica, que es un signo escritural.

El dinero pudo haber servido de puente entre el derecho y la economía, al elaborar esta última disciplina la noción de poder de compra indiferenciado, pero la doctrina civilista francesa se volcó hacia los interrogantes concretos sin mayores aspiraciones especulativas, como ser los efectos de la inflación que obstan a su inmutabilidad y los alcances del curso legal, concepto relativo a un instrumento de pago obligatorio según el valor asignado por la ley. Carbonnier, quien dió al patrimonio una expresión pecuniaria, entendió que la política de devaluar contraría el principio de igualdad y significa un impuesto empírico sobre ciertas facetas del capital. Recordó, entre otros casos, el de la Argentina, durante la década del 80, al operarse una brusca

caída del peso que causó una descontrolada hiperinflación, mientras las divisas extranjeras aumentaban su costo.

De ese modo, las leyes económicas de la naturaleza se divorcian de las normas jurídicas, al querer éstas encuadrar una realidad que se les escapa. Ello evidencia el recurrente problema planteado entre el ser y el deber ser, donde se bifurcan las conductas de los preceptos orientadores, hasta que todo vuelve a su curso normal. Valga, pues, el enfoque sociológico de Carbonnier para comprender los grandes enigmas del escepticismo monetario, “una de las claves psicológicas de nuestro tiempo” (9).

NOTAS:

(1) Comenzaré por citar a su obra “Droit Civil”, editada por Presses Universitaires de France, que comprende los siguientes volúmenes: “Introduction”, “Des Personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales”, “La Famille”, “Les Biens”, “Les obligations”; cada tomo ha sido reeditado varias veces. Además: “Sociologie juridique”, edit. Presses Universitaires de France, 1978. “Essais sur les lois”, 2ª ed., edit. Repertoire du Notariat Defrénois, París, 1995; “Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur”, 7ª ed., edit. L.G.D.J., París 1992 “Droit et passion du droit sous la Ve. République”, edit. Flammarion, 1996.

(2) A modo de ejemplo, citaré “La religion fondement du droit”, en Archives de Philosophie du Droit, tomo 38 “Droit et Religión”, edit. Sirey, 1993 págs, 17/21. Carbonnier allí escribe esta sentida frase: “El derecho profético, no la justicia absoluta, que es inaccesible, pero la denuncia de la injusticia absoluta que subleva el corazón”.

(3) Entre otros el de dos excelentes tesis: GUYENOT Jean, “La responsabilité des personnes morales publiques et privées”, edit. L.G.D.J., París, 1959 y CATALA Nicole, “La nature juridique du payement”, edit. L.G.D.J., París, 1961.

(4) CORNU Gérard, “JEAN CARBONNIER (1908-2003)”, Revue Trimestrelle de Droit Civil, edit. Dalloz, París, octubre/diciembre 2003 N°4, s/pág., le atribuye un ascendiente en Erasmo.

(5) “Le Code Civil”, en “Le Code Civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire”, edit. Dalloz y Lexis Nexis Litec, París, 2004, págs. 17/37.

(6) SALERNO Marcelo Urbano, “La influencia del droit coutumier”; ALTERINI Jorge H. y otros en “La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón”, edit.

Educa, Buenos Aires, 2003, Tomo I págs. 147 y ss.

(7) CARBONNIER Jean, “Pothier du droit romain au Xe siècle”, en “Robert-Joseph Pothier, d’hier á aujourd’hui. Etudes Jurídiques”, sous la direction de Joel Monéger, edit. Economica, París, 2001, págs. 31/33.

(8) CARBONNIER Jean, “Les biens”, op. cit., 17^a ed., 1997, N°9, pág. 27.

(9) CARBONNIER Jean, “Flexible droit. Pour une sociologie en droit sans rigueur”, edit. Cit., pág. 319. WALD Arnaldo “Jean Carbonnier e o direito monetario”, en Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, sostiene que Carbonnier afirmaba la necesidad de defender la soberanía monetaria y los derechos de los tenedores de moneda.

ASPECTOS JURIDICOS DE LA MONEDA VIRTUAL⁶

Nos hemos reunido para conmemorar un acontecimiento: el centenario de la creación de la Academia Nacional de Ciencias Económicas. Se adhiere a esta celebración, y le rinde homenaje, la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires entidad interdisciplinaria dedicada al estudio de los hechos sociales desde la perspectiva del derecho y de la economía. Agradezco a la señora Presidente doctora Luisa Montuschi la invitación a participar en este acto, agradecimiento que hago en nombre de la corporación que represento y en el mío propio. Estoy muy honrado por disertar en esta tribuna, emplazada en un ámbito donde sus miembros analizan y debaten cuestiones trascendentes con un enfoque teórico de excelencia, de modo que cumplen una misión destacada en nuestro país.

Después de concluida la Gran Guerra, cuyo inicio ocurrió hace un siglo, se desató en Europa una crisis de grandes proporciones causando la depreciación del marco alemán hasta el año 1923. Acaso el crac de Wall Street del año 1929 concitó mayor atención entre los estudiosos, salvo Arthur Nussbaum quien prefirió recopilar los antecedentes del síndrome inflacionario que asoló a su país de origen y causó consecuencias funestas a la humanidad. Por ello, la consulta de la obra de este jurista, traducida al castellano por el académico Alberto D. Schoo con notas eruditas, es indispensable en nuestros días, ya que allí se encuentran muchas de las respuestas a los interrogantes que nos hacemos hoy día.⁷ En palabras de Nussbaum la inflación es la “abundancia general de dinero en circulación que tiene como efecto un continuo y gran aumento de precios”.⁸

Mantener estable el valor de la moneda a fin de que no se deprecie su poder adquisitivo, he aquí el problema de nuestro tiempo. La persistente inflación ha sido y es un flagelo que exige ser acotado en aras del “bienestar general”, como reza el Preámbulo de la Constitución, frase seguida por otra muy significativa: “asegurar los beneficios de la libertad”. Un antiguo código español, sancionado por el Rey Alfonso El Sabio, definía la libertad como el “poderío” que tiene todo ser humano. Bienestar y libertad se entrelazan, unidas y hermanadas, porque son inseparables para fortalecer el imperio de la ley natural. Son ideales superiores que jerarquizan la calidad institucional de la República.

⁶ Conferencia leída en el acto de homenaje al Centenario de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, el 10 de setiembre de 2014, en la sede de la Academia Nacional e Ciencias Económicas.

⁷ ARTHUR NUSSBAUM, “Derecho monetario nacional e internacional”, traducción y notas de Alberto D. Schoo, edit. Arayú, Buenos Aires 1954.

⁸ ARTHUR NUSSBAUM, op. cit., pág. 272.

El Preámbulo contiene una sinopsis de los derechos y garantías que amparan a todos los habitantes del país, enunciados en la primera parte de la Constitución, vértice del sistema monetario argentino. Ese sistema gobierna todas las relaciones patrimoniales, regidos por normas del “ius commune” enunciadas en el Código Civil (v.gr. los contratos).

Basta con invocar las palabras de ese prólogo, redactadas con maestría, a fin de introducirnos en el tema jurídico que convoca al auditorio.

Valioso caballero es el dinero, parafraseando a un célebre escritor hispano del siglo XVIII, sea un peso o una libra. Cumple entre otras funciones, la de justipreciar los activos. Representa la unidad de cuenta, indispensable para determinar el quantum de los bienes que componen el patrimonio de una persona, el cual se integra con sus derechos subjetivos apreciados pecuniariamente.⁹ La crisis del nominalismo en nuestra época es el resultado del divorcio entre el valor extrínseco del billete y el valor intrínseco del signo monetario. Consiguientemente, esa ruptura lesiona los derechos patrimoniales. De ese modo, la inflación disminuye no solo el poder adquisitivo del dinero, sino que corroe el capital ahorrado, provocando en definitiva un menoscabo a la riqueza colectiva. Por tanto, corresponde al legislador crear los instrumentos necesarios para proteger a las personas de ese flagelo con un medio eficaz inspirado en el ideal de justicia.

¿Qué módulo puede ser implementado para impedir el deterioro del valor de la moneda? Numerosas experiencias legislativas no dieron resultados satisfactorios (v. gr. la indexación). Recientemente se ofrece una variante, aplicada en Chile, que merece su análisis del punto de vista de su legitimidad. Esa variante es la llamada moneda virtual para ajustar su valor según las fluctuaciones del mercado.

Antes de abordar el tema en detalle, es necesario considerar que la macroeconomía de un país posee una compleja dinámica de difícil regulación. Tiene picos de euforia y fuertes depresiones; pocas veces permanece equilibrada. Dentro de ese cuadro circula el dinero adaptándose a las circunstancias de la economía imperante. Mutante y errático, llega a perder la confianza de sus tenedores, quienes salen a buscar un refugio seguro.

El Estado emisor de los billetes suele ir a su rescate, mientras aumenta el circulante con disposiciones coyunturales, transitorias, de emergencia. Cuando se presentan casos críticos, obra de diversos factores, los gobiernos dejan de sostenerlos rebasados por el flujo inflacionario. Entonces, el peso débil, postrado y enfermo, compite con las divisas, éstas más atractivas pues se emplean en las operaciones de cambio, permiten comprar mercaderías importadas, y guardar previsoras reservas para cualquier contingencia.

⁹ MARCELO URBANO SALERNO Y JAVIER JOSE SALERNO, “El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor” edit. Astrea, Buenos Aires, 2012, págs. 39 y 55.

Nadie puede sustraerse a este fenómeno, ni es posible detenerlo poniéndole límites arbitrarios a la actividad negocial. La plaza se inunda de dólares que van desplazando a los billetes nacionales, hecho agudizado por la globalización, lo cual plantea fijar un adecuado tipo de cambio. Ningún dique es capaz de contener ese flujo incesante, pues sigue vigente la norma que permite usar como instrumento de pago la moneda extranjera (ley 23.928 que reformó el art. 617 del Cód. Civil). Llegada la crisis, se modifica la paridad cambiaria y se procede a devaluar la moneda nacional respecto de la divisa más fuerte, como ha ocurrido en varias situaciones coyunturales de las finanzas argentinas. Según el académico Schoo el peso no es otra cosa que una unidad indefinida, como indefinida es la efectividad de su conversión.¹⁰

Carbonnier, referente obligado de este tema, entendió que la devaluación es un mecanismo contrario al principio de igualdad, pues representa un impuesto empírico sobre ciertas facetas del capital. En un libro que sirve de texto universitario, recordó como un experimento negativo el caso de la Argentina durante la década del 80, al operarse en nuestro país una brusca caída del peso que provocó hiperinflación, mientras las divisas aumentaban su costo, hecho que se repitió con la pesificación dispuesta en el año 2002 por la ley 25.561.¹¹ La opinión de este catedrático merece ser ponderada por su autoridad académica. Contribuyó a esclarecer el enigma del pesimismo sobre la eficacia del dinero, una de las claves psicológicas del siglo XX.

Ortega y Gasset en su obra cumbre, “La rebelión de las masas”, describió en el año 1937 esa contingencia con las siguientes palabras: “La moneda falsa circula sostenida por la moneda sana. A la postre –agregó– el engaño resulta ser un humilde parásito de la ingenuidad”.¹² El pensador español tradujo con esos términos a nuestro idioma una ley descubierta en Inglaterra en el siglo XVI. Ortega incluyó en sus escritos el concepto de “valor útil”, concepto fundamental de la economía.¹³

Ese diagnóstico certero refleja una realidad imposible de ocultar, la cual tiene entre nosotros antecedentes históricos, como los evocó Juan Agustín García en su libro “La ciudad indiana” editado en el año 1900. Transcribo uno de los párrafos escritos por el ilustre sociólogo para rescatar el pasado colonial: “¡Es curioso y significativo cómo la vieja historia se repite en diversas épocas! Con otros nombres, la cuestión monetaria del siglo XVIII presenta analogías sorprendentes con la actualidad económica. La moneda de vellón (aleación de plata y cobre) es nuestra moneda fiduciaria, que antes

¹⁰ ALBERTO D. SCHOO, sus notas en Alberto Nussbaum op. cit, pag 111.

¹¹ JEAN CARBONNIER, “Droit Civil. Les biens”, edit. Puf. París, 17º, Edit. 1997, Pág.42.

¹² JOSE ORTEGA y GASSET, “La rebelión de las masas”, edit. Revista de Occidente, 30ª. Ed., Madrid, 1956, pág. 4.

¹³ JOSÉ ORTEGA y GASSET, “Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?”, en “Obras Completas”, Madrid, 1947, 1º ed., tomo VI, pág. 335.

como ahora, perturba los precios, mantiene una inestabilidad molesta, se presta a especulaciones ruinosas para el público”.¹⁴

Mal endémico, la inflación a veces es el resultado de una decisión política, en la creencia que favorecerá el desarrollo y el crecimiento, aunque se corra el riesgo de perder su control. Si esa política colapsa, se vulnera la letra y el espíritu de la Constitución, en particular respecto de las atribuciones del Congreso al que le corresponde “hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras” (art. 76 inc. 11). Hace veinte años la reforma de 1994 incorporó la atribución de... “proveer lo conducente... a la defensa del valor de la moneda” (art. 76 inc. 19). Sin embargo, esa facultad ha sido delegada al Banco Central, ente que la ejerce mediante circulares administrativas. Según el parecer del académico Julio H. G. Olivera “el delegatorio no puede delegar en otro órgano la facultad que le ha sido confiada”, observación atinada que exige cautela en la materia.¹⁵

Además, la reforma de 1994 abrogó el inc. 5° del antiguo art. 67, relativo a la creación de un Banco Nacional “con facultad de emitir billetes”, y lo reemplazó por otro texto que instruyó al Congreso “establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir”. En cuanto a las provincias, éstas no pueden acuñar moneda “ni establecer bancos con facultad de emitir billetes sin autorización del Congreso Federal” (art. 126).

Resumiendo: el Poder Legislativo recibió el mandato constitucional de fijar el régimen monetario del país, mandato que dispuso crear una moneda. Hubo que esperar hasta el año 1881 (ley 1130) para dar curso legal, forzoso y obligatorio al signo nacional. Asimismo, el Congreso posee autoridad para instaurar mecanismos de reajuste a ese signo a fin de que su poder adquisitivo no se deteriore a mediano y largo plazo. Ello aunque no sea una atribución conferida expresamente, ya que se halla implícita en la “defensa del valor” del peso.

No dejaron de inquietar en nuestro foro los síntomas de una tendencia a depreciar la moneda. Había ya transcurrido la discusión sobre el cierre de la Caja de Conversión y la validez de la cláusula oro.

Esa inquietud se evidenció en la Conferencia Nacional de Abogados celebrada en el año 1959 en la ciudad de La Plata, conferencia que aprobó una moción del académico Marco Aurelio Risolía en el sentido que el Estado debe “asegurar moneda sana, manteniendo la debida relación con los bienes y servicios con los medios de pago”, al mismo tiempo que postuló la validez de las cláusulas contractuales de garantía, fuesen económicas o simplemente monetarias.¹⁶

¹⁴ JUAN AGUSTIN GARCIA, “La ciudad indiana” edit. Emecé, Buenos Aires, 1954 pág. 120.

¹⁵ JULIO H. G. OLIVERA, “Derecho Económico”, edit. Arayú, Buenos Aires, 1954, pág. 65.

¹⁶ MARCO AURELIO RISOLIA, “La depreciación monetaria y el régimen de las obligaciones contractuales”, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1950, pág. 85.

Mucha agua corrió bajo el puente desde entonces y todavía la legislación argentina adolece de un mecanismo corrector de la inflación crónica que socava los pilares de nuestra economía. Las soluciones aplicadas en las últimas décadas obedecieron a medidas pragmáticas que solo dieron algún respiro, pero carecieron de eficacia. Rescato como un paso auspicioso la reforma del Código Civil del año 1968 que adoptó la categoría “deudas de valor”, que son obligaciones a ser determinadas en dinero al momento del pago, un novedoso aporte inspirado en la doctrina italiana de posguerra.¹⁷ Valga esta aclaración para ubicar la norma que prohíbe indexar, como una regla que no impide de manera absoluta repotenciar ciertos créditos, cuando así lo exige el ideal de lo justo y equitativo. Por ello, es razonable la propuesta de Guillermo Laura de seguir el crédito, cuando así lo exige ejemplo chileno a fin de implantar la Unidad de Fomento o Unidad Económica de Referencia.¹⁸

Ninguna especie de dinero, emitido por particulares (v. gr. el “bitcoin”), es asimilable a nuestra unidad de pago, ni tiene fuerza legal y curso forzoso, como tampoco ingresa al circuito bancario. Incluso si se quisiera dar una pieza de oro, el acreedor puede rehusar su entrega y si la aceptase sería un caso de “datio in solutum”. A raíz de la fiebre aurea en California, se pretendió hacer circular piezas de ese metal precioso en forma privada, pero los Estados Unidos de Norte América sancionaron una ley en el año 1864 prohibiendo la acuñación que no fuese oficial.

Cuentan los cronistas de Indias que al asentar la Corona Española sus reales en México, los aborígenes utilizaban como monedas en los mercados unos granos semejantes a almendras que llamaban cacau.¹⁹ Esta comprobación histórica permite afirmar que el dinero puede estar representado por cosas de escasez relativa, empleadas para el intercambio de bienes sin necesidad de una norma escrita que les de legitimidad, bastando que inspire confianza y sean reguladas por la costumbre. Hecho que se explica mediante la aceptación voluntaria de las personas que efectúan el mercadeo. Ello no significa incurrir en un anacronismo, desde que en nuestros días han surgido las criptomonedas gracias al giro hacia la contractualización.

Los medios digitales de pago –obra de la electrónica– surgen a partir del año 2009 para neutralizar los efectos inflacionarios y eludir el control de los

¹⁷ El Proyecto P.E. de Código Civil y Comercial Unificado, que cuenta con media sanción de la H. Cámara de Senadores, dice en su art. 772: “**Cuantificación de un valor.** Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección”.

¹⁸ GUILLERMO LAURA y ERGASTO RIVA, “La moneda virtual. Unidad de Cuenta Ontológicamente Estable”, edit. Pluma Digital, Buenos Aires, 2012.

¹⁹ FERNANDO ALEJANDRO VAZQUEZ PANDO, “De la moneda precortesiana”, Memorias de la Academia Mexicana de Estudios Numismáticos, tomo IV, marzo 1986, n° 10, págs 11/15.

gobiernos, puesto que son sucedáneos del dinero emitido por los estados. Existe una variedad con diversas denominaciones: bitcoin, litecoin, namecoin, peercoin, freicoín. Al menos en la Argentina no están prohibidos, ni sus operadores son pasibles de una sanción penal, ya que solo se incurre en el delito contra la fe pública cuando se falsifica o se altera moneda de curso legal. Dichos medios carecen de entidad física y, por ende, de territorialidad; se desplazan en el espacio cibernético merced a un sistema de computadoras conectadas a través de una red. Regulados por algoritmos matemáticos, se hallan sujetos a reglas criptográficas que impiden detectar la procedencia y el destino de ese numerario virtual.

Guillermo Laura ha expuesto con claridad meridiana acerca de otra especie de moneda virtual, que ya adoptaron dos naciones hermanas, Chile y Uruguay. Esa especie tiene por objeto actualizar el valor del signo monetario aplicando índices representativos de su poder adquisitivo el cual queda incolumne. Sirvan los párrafos anteriores de introducción al encuadre jurídico de ese dinero reajutable, y téngase en cuenta que ningún obstáculo de orden constitucional impide que ese régimen sea implementado en la Argentina.

Sin embargo, la prohibición de indexar fue establecida en nuestro país en el año 1991 por el art. 7º de la Ley 23.928 que dice: “En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa”. Esta norma que fue ratificada por la ley 25.561, reaccionó contra la inorgánica y desordenada implementación de índices destinados a potenciar las prestaciones dinerarias, y partió del presupuesto que un peso equivalía a un dólar estadounidense.²⁰ Hoy la relación se desequilibró: un dólar equivale a ocho pesos. A iniciativa del diputado Rafael Martínez Raymonda, el Congreso sancionó en el año 1993 la Ley 24.283 a fin de impedir que las deudas pecuniarias anteriores a 1991 fuesen liquidadas en un monto superior al valor de la prestación monetaria del pago. Cuando se profundiza el análisis, se advierte que la ley 24.283 enunció un módulo de reajuste acorde con la jurisprudencia.

De cualquier modo, falló el presupuesto de prohibir indexar; esa suposición ha desaparecido, quedó sin ningún sentido, desde que el Estado en las dos últimas décadas devaluó el peso en varias coyunturas históricas. Si no se sostiene el poder adquisitivo del signo nacional la norma citada deviene letra muerta.

²⁰ MANUEL ARAÚZ CASTEX, MARIO CADENAS MARADIAGA, ALEJANDRO ARAÚZ CASTEX, “La indexación acotada”, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, en la pág. 103 escriben que “los economistas Roberto Alemann y Juan Carlos De Pablo...coincidieron en que la indexación por los índices de precios llevaba a situaciones injustas que debían resolverse en beneficio del plan de estabilidad”.

Será cuestión de adoptar un patrón tabular confiable que mida las oscilaciones de los precios del mercado para corregir el divorcio entre la expresión nominal del billete y su aptitud como instrumento de pago. Como lo ha escrito el académico Olivera, el billete representa el dinero real, y el numerario el dinero ideal²¹; entre ambos hay que tender puentes para no caer en el abismo. Es necesario hacer un cálculo de la depreciación a fin de restaurar el equilibrio monetario, y ese cálculo se debe basar en datos serios, fácilmente comprobables. El secreto consiste en utilizar coeficientes que sean fiel reflejo de la realidad.

Moneda sana, país rico. Desde la perspectiva de los contratos, que son en el mercado operaciones económicas, nada más saludable que la equivalencia de las prestaciones entre las partes, cuando éstas se han de ejecutar a mediano y largo plazo, ya sea en forma continua o en forma diferida. Contratar es prever, según un adagio impuesto por la experiencia; y la previsión exige seguridad, la certeza de que no se alterará la base de los negocios jurídicos y se afianzará su intangibilidad. Abandonemos la improvisación, y dejemos de encandilarnos con la magia de los ilusionistas. El desafío es muy grande pero vale la pena intentar una solución razonable. Está en juego una garantía fundamental: el derecho de propiedad.

²¹ JULIO H.G. OLIVERA, “Las categorías monetarias”, en Revista de la Universidad de Buenos Aires, Homenaje al Profesor Dr. Rafael Bielsa, Buenos Aires, 1980, volumen VIII, págs. 209/224.

CAPÍTULO TERCERO

CONTRATOS

PERSPECTIVA ECONÓMICA DEL CONTRATO

Publicado en El Dial Express, Simplemente de Economía del 13 de agosto de 2019

I. Consideraciones previas

Cuando se aborda el estudio de los contratos, desde una perspectiva económica, se puede apreciar la función que cumplen en los mercados, según las diversas clases de operaciones a realizar. Este enfoque permite hacer un análisis que va más allá de aquello que es propio de la técnica jurídica, fruto de una elaboración intelectual originada en el siglo XIX por el movimiento codificador de las leyes. A lo largo de las últimas décadas una serie de fenómenos se registraron en los diferentes mercados, los que exigieron normas adecuadas para su correcto desempeño; fueron cambios profundos. La intensa actividad económica, sea comercial, extractiva, o industrial, determinó su propia regulación, donde la ley fue una lógica consecuencia de lo acordado.

De esa manera se justifica que las “normas legales” sean supletorias de las cláusulas contractuales y que los “usos y prácticas” se apliquen en la “integración” de los contratos. Mientras las cláusulas tienden a ser cada vez más específicas y detalladas, las disposiciones del legislador se elevan a la máxima abstracción de manera de poder abarcar toda la casuística posible. Solo la existencia de instrumentos adecuados a los fines del intercambio de bienes y servicios, hace posible emprender numerosos negocios en crecimiento constante, brindando seguridades para que alcancen un eficaz resultado. Ello significa adaptar la redacción de los textos a las circunstancias de la época, a fin de que sean lo más inteligibles posibles, según la jurisprudencia en vigor.

En síntesis, todo se gobierna por la autocomposición de los intereses de las partes contratantes, vale decir, es obra de la regulación establecida por las mismas partes mediante previsiones particulares, conforme el principio de la autonomía de la voluntad, el cual también se predica en los contratos internacionales, en los cuales se puede elegir la ley aplicable.

Ha sido Marco Aurelio Risolía quien en nuestro país se ocupó de investigar dicho principio, al que le dedicó su tesis universitaria presentada en el año 1943.²² Esa investigación reunió un valioso material sobre los antecedentes filosóficos de ese enunciado, que se remontan a Inmanuel Kant, los que fueron receptados por los Códigos con amplitud de criterio

²² RISOLÍA Marco Aurelio, “Soberanía y crisis del contrato”, 2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958, pág. 110.

sobre el ejercicio de la libertad civil. Años más tarde, en 1988, Risolía observó que en su curso evolutivo, el contrato moderno sufre la presión de los hechos económicos, a expensas “de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria del vínculo”, debido a la política de los gobiernos destinada a intervenir los mercados.²³

Esta comprobación lleva a considerar necesario analizar el cumplimiento de esos acuerdos patrimoniales en la actualidad.

Resulta oportuno entonces, puntualizar algunos preceptos del novísimo Código Civil y Comercial Unificado vigente, incorporados a nuestro ordenamiento en el año 2015. Las siguientes disposiciones brindan respuesta a las inquietudes que se plantean:

“Artículo 958.- Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres

“Artículo 962.- Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes...”

“Artículo 965.- Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante.”

“Artículo 1099.- Libertad de contratar. Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor...”

Esto es más o menos lo que ya decía nuestro antiguo Código Civil derogado. Hasta el momento, las disposiciones que acabo de transcribir no recibieron ninguna crítica tendiente a reformarlos o sustituirlos por otros. Vale decir, no estamos asistiendo a polémicas sobre esos enunciados; debates que acaso se podrían haber suscitado en la discusión parlamentaria, pero tampoco los hubo. Pese a ello, y no obstante que la ley de fondo, como es el Código, predica la libertad contractual, bien sabemos que está limitada por el orden público a causa de alguna emergencia, como la “pesificación”, que impide ejercerla con la generosidad que la dispensa nuestra Constitución Nacional.

²³ RISOLÍA Marco Aurelio, “Derecho, legalidad, justicia, poder”, en Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, año 1988, págs. 65/83.

Donde se advirtieron con mayor intensidad las transformaciones habidas en el ámbito contractual, fue en los países capitalistas en la segunda mitad del siglo XX, sobre todo en las relaciones de consumo. Las innovaciones se sintieron en la estructura de los negocios con el surgimiento de los grupos de contratos y la subcontratación. La ingeniería jurídica formuló estrategias de avanzada para conquistar a los mercados, mediante la celebración de múltiples contratos especiales a fin de realizar una compleja operación enlazada por una misma causa. Fueron las empresas las que se adaptaron a esas modalidades para crear lazos asociativos y ofrecer prestaciones novedosas. El escenario se amplió con variadas actividades comerciales e industriales, dando nacimiento a una realidad heterogénea impulsada por la iniciativa privada.

Para poder apreciar uno de los fenómenos reveladores de ese cambio, es suficiente con visitar una “galería comercial”, ir de “shopping”, como se dice. Ello permite tener un contacto directo con dicha realidad. Ese espacio es el centro donde se agrupan una serie de vínculos jurídicos celebrados para aplicarlos a la venta de mercaderías y prestar servicios especiales. Las empresas que allí se instalan operan mediante una diversa clase de contratos (compraventa, consignación, locación de obra y de servicios, franquicia, leasing, etc.). Es el ámbito apropiado para realizar negocios a escala que permiten llegar al gran público consumidor.

II. Enfoque multidisciplinario: Derecho y Economía

Existe una recíproca relación entre el derecho y la economía, ambas ciencias sociales, como bien lo destacó luego de la posguerra el autor italiano Francesco Messineo.²⁴ Nadie puede negar que entre ambas disciplinas existen puntos de contacto, cada vez más visibles. El enfoque multidisciplinario permite comprender mejor las operaciones en el mercado y detectar las mutaciones en el sistema a medida que surgen nuevos problemas en el intercambio de bienes y servicios.

Desde el punto de vista jurídico, la anticuada escuela de la exégesis, con el apego dogmático a la expresión literal de las leyes, impedía evaluar los factores extra normativos objeto de otras disciplinas científicas. El pensamiento de los juristas fue advirtiendo al pasar el tiempo que las reglas de derecho son algo más que una pura realidad formal. Entre esos pensadores se destacó Rudolf Stammler, filósofo neokantiano, quien a comienzos del siglo XX meditó sobre el contenido de esas reglas, en especial su naturaleza económica, y criticó al materialismo histórico.²⁵

²⁴ MESSINEO Francesco, “Manual de derecho civil y comercial”, Buenos Aires, Ejea, 1971, tomo I págs. 35/36.

²⁵ STAMMLER Rudolf, “Modernas teorías del derecho y del estado”, Mexico D.F., Botas, 1955, pág. 111.

En el “common law” surgió la corriente empírica del análisis económico del derecho para solucionar cuestiones de índole crematística, según el pensamiento de Ronald H. Coase, Premio Nobel de Economía en el año 1991. Esta corriente se inició en los 70 liderada por Richard Posner a partir de la publicación de un libro donde expuso una teoría sobre el costo de las indemnizaciones en los accidentes de tránsito.

En el campo doctrinario ya se venía elaborando una concepción destinada a correlacionar ambas disciplinas, a fin de postular la existencia del derecho económico integrado por las rama civil y comercial. Era un salto cualitativo para superar las explicaciones corrientes en los manuales universitarios. Pasó a manifestar la importancia de examinar la ecuación de las prestaciones en la búsqueda de un sano equilibrio.

III. La renovación de la doctrina francesa

El economista francés *Jean Tirole*, merecedor del *premio Nobel* de Economía en 2014, sostiene que *la regulación jurídica del contrato debe hacerse desde la perspectiva económica, y sienta conclusiones de sumo valor práctico, aplicando la teoría de los juegos y del diseño mecánico. Articuló una teoría completa sobre los mercados imperfectos, la competencia imperfecta y la contratación realizada bajo información asimétrica, después de comprobar la interconexión entre diversos contratos. Propició optimizar la regulación de las empresas y la organización industrial. Analizó las relaciones contractuales verticales. Hizo el intento de explicar cómo funciona el contrato en los distintos mercados, según la concepción clásica a la que se debe mantener, pero imprimiéndole un enfoque económico.*²⁶

Oliver Hart y *Bengt Holmström* también fueron premiados con el Nobel en el año 2016, en reconocimiento a sus estudios sobre la teoría de los contratos. Evidentemente, los mercados experimentan, en la actualidad, una institucionalización progresiva y la técnica contractual es el soporte de los negocios a todo nivel, cuyo incremento y volumen son notables.

En Francia las investigaciones sobre la materia habían sido realizadas anteriormente en la Universidad de Rennes bajo la dirección de Jean Paillusseau, un agudo observador de las transformaciones habidas en los mercados. Corría el fin del siglo XX y entonces surgían hechos reveladores de la necesidad de introducir nuevas ideas para dar lógica y coherencia íntima al sistema que todavía no había asimilado esos cambios. Este sistema tenía que organizar la actividad económica, anticipando las propuestas de Tirole, la cual se implementaría utilizando a la ingeniería jurídica. Afirmaba que el contrato es el elemento regulador de la estructura empresarial, de sus canales de distribución, de las relaciones con los inversores, los clientes y los

²⁶ THE ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCES, “JEAN Tirole: market power and regulation”. Estocolomo, 2014.

proveedores y demás agentes, así se presenta como el medio para realizar los fines de la empresa. Agregó que el derecho de la competencia es una simbiosis entre Derecho y Economía. La tesis de Paillusseau fue premonitoria y continúa teniendo vigencia.²⁷

Creo indispensable, pues, aplicar el Código Civil y Comercial unificado que nos rige, mediante el enfoque económico del contrato, tal como lo postulan Paillusseau y Tirole. De ese modo se tendrá un amplio horizonte sobre las operaciones del mercado que se basan en la autonomía de la voluntad para regular las cláusulas que las regulan. Así se hallará el método que permita conocer los valores pecuniarios tenidos en cuenta al contratar y la formación de los precios respecto de bienes y servicios; en cierta medida implica evaluar los efectos de la política monetaria sobre las convenciones.

²⁷ SALERNO Marcelo Urbano, “El derecho de la empresa en el siglo XXI: obligaciones y contratos”. Buenos Aires, La Ley.

LOS ACONTECIMIENTOS ECONÓMICOS IMPREVISIBLES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

MARCELO URBANO SALERNO

VALERIA PASQUALINI-SALERNO, co-autora

Doctora en Derecho de la Universidad Paris-Dauphine

RESUMEN: Argentina sancionó un nuevo Código Civil y Comercial unificado. Entre otras reformas, modificó el régimen sobre la teoría de la imprevisión para los contratos onerosos de ejecución diferida o continuada. Como el país padece procesos inflacionarios recurrentes y fuertes devaluaciones de su moneda, las partes contratantes suelen estipular cláusulas para garantizar la equivalencia de las prestaciones y la reciprocidad de los cambios. Además, pactan la posibilidad de renegociar los términos contractuales.

SUMARIO: 1.- Reforma de la teoría de la imprevisión. 2.- La experiencia alemana. 3.- La organización jurídica de la economía. 4.- Definición propuesta por el profesor Farjat. 5.- La experiencia francesa. 6.- El Código Civil del Brasil del año 2002. 7.- EL Proyecto argentino de 1998. 8.- La norma en vigor. 9.- Recapitulación.

1.- Reforma de la teoría sobre la imprevisión.

El 1º de agosto de 2015 entró en vigor el nuevo Código Civil y Comercial argentino.²⁸ Su elaboración fue confiada a tres calificados juristas, los doctores Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton y Aída Kemelmajer de Carlucci.²⁹ Cuando esa obra fue dada a publicidad, Lorenzetti ofreció una guía para la lectura de los textos del punto de vista técnico. Los nuevos artículos carecen al pie de notas explicativas sobre las fuentes consultadas, y la concordancia con otras disposiciones. Sin embargo, es innegable que este «*corpus*» receptó muchas normas de un proyecto anterior del año 1998, del que se hará mención más adelante.³⁰

La unificación de los ordenamientos Civil y Comercial en un solo Código, así como las numerosas reformas realizadas, transformaron la estructura jurídica de la República Argentina. Este nuevo Código modificó el texto relativo a la teoría de la imprevisión para solucionar los conflictos entre

²⁸ Aprobado por la ley 26.994 del 1º de octubre de 2014.

²⁹ Esta comisión fue creada por el decreto 191/2011 del 28 de febrero de 2011.

³⁰ La Comisión, creada en el año 1995, se integró con los juristas Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge H. Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio Cesar Rivera y Horacio Roitman.

particulares causados por los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que tornasen excesivamente onerosa la prestación asumida por una de las partes en un contrato. De manera que se extendió la aplicación de esa teoría a las actividades comerciales, la cual no estaba consagrada en la antigua legislación mercantil. Se abrió así una medida que posibilita revisar ciertas operaciones realizadas en los mercados.

Primero es conveniente detenerse a examinar las distintas cuestiones abordadas con anterioridad por los autores nacionales, para volver sobre varios aspectos vinculados a la hermenéutica normativa que siguieron.³¹ En esa tarea tiene importancia apreciar la función económica que cumple un determinado contrato para poder aplicar la norma al caso «*sub examine*», y rever los antecedentes sobre la elaboración de la mencionada teoría de la imprevisión.

2.- La experiencia alemana

A comienzos del siglo XX, luego de concluida la Primera Guerra Mundial, surgió en Alemania una doctrina que intentó encontrar solución a las turbulencias en los mercados. El Código Civil Alemán (el célebre B.G.B.), promulgado en el año 1896, no tenía una respuesta concreta a la brusca alteración de la economía, puesto que presuponía una estabilidad ideal. Es una obra de gran rigor científico, en la cual participaron insignes juristas, apreciada como un modelo de perfección técnico-jurídica. Según sus autores, el amplio enunciado de la buena fe bastaba para resolver los problemas futuros susceptibles de presentarse. Por esa razón, emplearon una fórmula legal para evaluar las conductas e interpretar los hechos (artículos 157 y 242).

Nadie podía imaginar en Alemania que serían conmovidos los pilares de la microeconomía del país, como ocurrió dos décadas más tarde. Hacia fines del siglo XIX Europa vivía una edad de oro de la seguridad, como escribió Stefan Zweig en sus memorias. El valor de la moneda era constante, mientras la ciencia hacía prodigios que auguraban un venturoso porvenir, y reinaba un clima cultural que permitía el desarrollo de mentes ilustradas. Ello explica la influencia que ejerció esa época sobre el nuevo movimiento

³¹ La obra más destacada anterior a la ley 17.711 es la de REZZONICO Luis María, « La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión », edit. Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1954. Después de la reforma de 1968 entre otros libros: ALTERINI Atilio Aníbal, «Contratos. Civiles- Comerciales-Consumo», edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 447/456; BORDA Guillermo A., «La reforma de 1968 al Código Civil», edit. Perrot, Buenos Aires, 1971, págs. 249 y sgtes.; CENTANARO Esteban, «Contratos. Parte General», edit. Educa, Buenos Aires, 2008, págs. 412/414; FLAH Lily R. y SMAYEVSKY Miriam, «Teoría de la imprevisión», edit. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002; GREGORINI CLUSELLAS Eduardo, «Derecho de los Contratos», edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, tomo 2, págs. 1051 y sgtes.; SALERNO Marcelo Urbano, «Contratos Civiles y Comerciales», edit. Educa, 2ª ed., Buenos Aires, 2007, págs. 182/185.

codificador. Sin embargo, dentro de los países europeos se estaban gestando conflictos que culminarían sacrificando la paz de las naciones.

Al término de la Gran Guerra, el Estado alemán debió afrontar el pago de las reparaciones causadas por la contienda a favor de los países aliados que habían salido victoriosos, a fin de cumplir el Tratado de Versalles suscripto en 1919. Asumió una pesada carga para sus finanzas exhaustas, con motivo de la finalización del conflicto bélico. La magnitud del sacrificio significó un galopante deterioro del valor de su moneda –en 1923 debió cambiar su signo monetario– y padeció una severa crisis a comienzos del año 1932. Estos hechos, que ya son historia, se reflejaron en la legislación y la jurisprudencia de ese país, a fin de encuadrarlos jurídicamente para brindar una respuesta a la variedad de los acontecimientos que sucedían. Fue así cómo se elaboró la «teoría de la base económica de los negocios», más tarde esgrimida por los Jueces, dotados de cierto poder discrecional, para apuntalar la cláusula «*rebus sic stantibus*».³²

Solo el análisis histórico permite explicar la transformación operada en el derecho germánico «*a posteriori*» de esa guerra, análisis que sirve para indagar cómo respondieron las instituciones al desafío de reconstruir una economía devastada. Le correspondió a los juristas alemanes elaborar por primera vez una disciplina científica que permitiese comprender las medidas de urgencia y excepcionales que se dictaron para hacer frente a esa situación, respetando el espíritu de la Constitución Republicana de Weimar. Los libros de Justus W. Hedemann y de Arthur Nussbaum son, entre los de otros autores, un testimonio de esa innovadora corriente doctrinaria.

A medida que transcurrían los años, esa corriente se fue afianzando dado que el derecho mercantil resultaba insuficiente para regular las complejas operaciones que se practicaban generalmente para negociar y ejercer la actividad empresarial, sujetas a las variables de los mercados. La rama comercial se autolimitó a regular los actos de comercio y la profesión de comerciante, sin ahondar en las prácticas usuales de los negocios de esa época.

3.- La organización jurídica de la economía

Es imprescindible recordar el aporte de dos profesores, uno argentino, el otro francés, que centraron su foco atencional en el derecho económico, una disciplina que se hallaba en formación. Me refiero a Julio H. G. Olivera, quien fue Rector de la Universidad de Buenos Aires y Presidente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, y a Gérard Farjat, docente de la Universidad de Niza y ex Presidente de la «Association Internationale de Droit Économique».

³² DAVID René, JAUFRET-SPINOSSI Camille, GORÉ Marie, « Les grands systèmes de droit contemporain », 12 ed., edit. Dalloz, París 2016, págs. 109/110.

Olivera planteó una inquietud sobre la normativa que regula a la microeconomía, concibiendo el derecho como un estilo moderno para representar la realidad³³. Percibió que el orden jurídico sufrió la invasión de criterios morales y políticos sustentados por la ciencia económica. Sostenía que la teoría general del derecho enseñada a mediados del siglo XX adolecía de una explicación puntual sobre la conexión entre los hechos y las normas, falla que merecía ser subsanada. Explicó que la dinámica de los mercados tiene una agilidad que requiere cambios legislativos frecuentes para adaptar las leyes a esa dinámica, a la cual el derecho mercantil no le pudo dar respuestas oportunas y eficaces. Comprobó que las relaciones nacidas de los contratos establecen vínculos típicos de naturaleza económica y que hace a su esencia estudiar los hechos que las generan, tal como lo destacó Carrillo en un comentario bibliográfico sobre la necesidad de efectuar trabajos interdisciplinarios.³⁴

Los aportes que efectuó sobre la moneda y los problemas derivados de la fluctuación de su poder adquisitivo a causa de la inflación son fundamentales. Cuando profundizó su investigación advirtió que existen tres clases de inflación: de *demanda*, «causada por un exceso de la demanda total respecto de la oferta total de productos y servicios»; de *costos* «derivada del aumento de la tasa de salarios»; y *estructural*, «originada por el cambio de precios relativos en un contexto de inflexibilidad descendente de los precios monetarios». Llegó a la conclusión que la Argentina padece esas tres clases de inflación.

Según Olivera, el derecho económico «regula operaciones económicas, por tanto, mutaciones reales», a fin de custodiar el interés general, y establecer «la ordenación de las actividades económicas». Impone conductas en el mercado y establece requisitos de contralor por el poder público. Desde ese enfoque consideró razonable darle categoría de rama autónoma del derecho.

4.- Definición propuesta por el profesor Farjat

Farjat señaló tres caracteres que permiten definir al derecho Económico³⁵, a saber:

- a) Es una rama constituida por las estructuras y la normativa que responden al crecimiento de la economía en las sociedades contemporáneas.
- b) Es un subsistema del sistema jurídico concerniente a la organización de la economía.

³³ OLIVERA Julio H. G., « Derecho Económico. Conceptos y Problemas Fundamentales », con la colaboración de Eduardo Brieux, 2ª. ed., edit. Macchi, Buenos Aires, 1981. La primera edición fue publicada en el año 1954.

³⁴ CARRILLO Julio, nota en la « Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones », año 14, agosto 1981, n° 82, págs. 623/625.

³⁵ FARJAT Gérard, «Pour un droit économique», edit. P.U.F., París, 2004, págs. 39/40.

c) En razón de los métodos que aplica, sus órganos, sus estructuras, sus conceptos, surge como una nueva disciplina relativa al acoplamiento entre el derecho y la economía.³⁶

Ninguna duda cabe que los hechos de la realidad no permanecen ajenos al legislador, ni a los magistrados y a los autores. Así, cuando se habla de la onerosidad se quiere expresar el contenido económico de un vínculo contractual. Y, precisamente, esa relación está acordada sobre las circunstancias fácticas al momento de haberse establecido, y depende de la cláusula «*rebus sic stantibus*». Un avance para la ciencia jurídica significa que esos hechos sean estudiados por una nueva disciplina.

5.- La experiencia francesa

Francia incorporó hace más de doscientos años a su Código Civil el principio «*pacta sunt servanda*», declarando la intangibilidad de los contratos cualquiera fuesen los cambios de las circunstancias sobrevinientes luego del acuerdo de voluntades. Ese fue el criterio de la jurisprudencia del Tribunal de Casación desde fines del siglo XIX³⁷, quien mantuvo firmemente su jurisprudencia, a pesar de que algunos jueces y ciertas leyes admitieron excepciones para suavizar el rigor del principio establecido por la suprema jurisdicción francesa.³⁸

Los tratadistas galos enseñaron ese principio en sus libros y en las aulas, no obstante los progresos que la teoría de la imprevisión hiciera en la legislación comparada, como ocurrió finalmente en Alemania en el año 2002. El modelo francés circuló por el mundo e inspiró las codificaciones de

³⁶ FARJAT Gérard, op. cit. pág. 195, propuso que el estado de derecho tenga mayor influencia sobre el sistema económico.

³⁷ En el famoso fallo del Canal de Craponne, la Corte de Casación decidió con firmeza que los tribunales no deben en ningún caso, aunque su decisión parezca conforme a la equidad, considerar el tiempo y las circunstancias para modificar los convenios de las partes y remplazar las cláusulas que aceptaron libremente las partes del contrato por otras distintas; C. Casación, Cámara civil, 6 de marzo de 1876, Dalloz 1876 I.193, nota Giboulot.

³⁸ En efecto, el Consejo de Estado en el fallo «Compagnie Générale d'éclairage de Bordeaux» (Consejo de Estado, 30 de marzo de 1916, Sirey 16- 3, 17; CARBONNIER Jean, «Les biens, les obligations», edit. PUF, París, 2004, págs. 2172 y sgtes.) admitió la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos administrativos para impedir la interrupción del servicio público. En materia de derecho laboral, a partir del año 1992, la Cámara social de la Corte de Casación reconoció que «el empleador debe ejecutar el contrato de trabajo de buena fe y debe asegurarse que los empleados se adapten a la evolución de sus empleos» (C. Casación, cámara social, 25 de febrero de 1992, Dalloz 1992, pág. 390, nota de DÉFOSSEZ Michel; Revue de Droit Social 1992, pág. 573, nota de LYON-CAEN Antoine). La ley Faillot del 23 de enero de 1918 autorizó a los jueces a rescindir los contratos celebrados antes de 1914 y cuyo cumplimiento se había tornado excesivamente oneroso para el deudor. Posteriormente, hubo otras leyes en ese sentido, especialmente la ley del 25 de marzo de 1949 que permitió aumentar judicialmente el monto de la renta vitalicia, cuando se altere el equilibrio de las partes como consecuencia de nuevas circunstancias económicas.

diversos países, como la Argentina en 1869, Chile, y Uruguay³⁹; también ha sido respetado en esta materia por el régimen chino.⁴⁰

Sorpresivamente, en el año 2011 el Parlamento propuso considerar la creación de una figura específica para dar cabida a la renegociación de los contratos, en caso de que se produjese un cambio de circunstancias durante su cumplimiento. Recién en el 2016⁴¹ el Código Napoleón incorporó este instituto en su artículo 1195, noticia trascendente para quienes siguen de cerca las novedades legislativas en el mundo.

De seguido se transcribe el citado artículo 1195 del Código Civil francés: *«Si después de celebrado el contrato un cambio imprevisto de circunstancias torna su ejecución excesivamente onerosa para una parte que no había asumido ese riesgo, ésta puede pedir una renegociación del contrato a su contraparte, pero deberá proseguir ejecutando sus obligaciones durante la renegociación. En caso de negativa o de fracaso de la renegociación, las partes pueden decidir la resolución del contrato, a la fecha y bajo las condiciones que determinen o solicitar de común acuerdo al Juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo en un plazo razonable, el Juez puede, a pedido de una parte, revisar el contrato o darlo por extinguido, a la fecha y bajo las condiciones que fije»*.⁴²

La fórmula empleada por el legislador francés difiere de la figura que adoptó Alemania, nación que continúa apegada al fundamento de la voluntad contractual, según la idea de Bernhard Windscheid cuando desarrolló su teoría de la presuposición. Sin ánimo de comentar ese artículo 1195 del Código Civil francés, pareciera que éste ha receptado la cláusula *«hardship»* destinada a renegociar estipulaciones contractuales, como sostiene el profesor suizo Peter Jung.⁴³

6.- El Código Civil de Brasil del año 2002.

Interesa saber cómo Brasil legisló este instituto en su nuevo Código Civil del año 2002, desde que el anterior del año 1916 siguió el modelo del B.G.B. y no lo incluía. La afinidad del *«corpus»* que redactó Dalmacio Vélez

³⁹ PIZARRO WILSON Carlos (coordinador), «El derecho de los contratos en Latinoamérica», edit. Fundación Fernando Fueyo Lanari, Santiago de Chile, 2012.

⁴⁰ SHI Jiayou, «La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française», edit. L.G.D.J., París, 2006, págs. 351 y sgtes.

⁴¹ Ordenanza n° 2016-131 del 10 de febrero de 2016, artículo 2, que entró en vigor el 1° de octubre de 2016.

⁴² Traducción de los autores. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « La réforme du droit français des contrats dans le contexte de l'arbitrage commercial international », Revista de Arbitragem e Mediação, año 13. 50 julho-setembro, 2016, pág. 461.

⁴³ JUNG Peter, «Regard comparatiste sur la proposition de loi visant la renégociation d'un contrat en cas d'imprévision», en *«Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi»*, edit. Dalloz, París, 2013, pág. 695.

Sársfield para Argentina, con el «Esbozo» Augusto Teixeira de Freitas, que le sirvió de modelo, siempre se dio como ejemplo de la confraternidad entre ambos países. A lo cual se agrega pertenecer al Mercosur, cuyo tratado fundacional enuncia entre sus objetivos tornar uniforme la legislación interna de sus miembros.⁴⁴

El Código vigente en Brasil sienta los principios de probidad y buena fe en la celebración y ejecución del contrato (artículo 422). Aplica ambos enunciados en los contratos de ejecución continuada o diferida:

a) la excesiva onerosidad de la prestación para una de las partes y la extrema ventaja para la otra (artículo 478);

b) la forma de evitar la onerosidad excesiva (artículo 480).

En la primera hipótesis, el deudor puede pedir la resolución del negocio jurídico y el acreedor puede ofrecer modificar equitativamente las cláusulas contractuales (artículo 479).⁴⁵

Es evidente que los códigos brasileño y argentino redactaron sus respectivos textos en términos distintos, pero ambos cuerpos receptaron la cláusula «*rebus sic stantibus*», para defender el principio de equivalencia material de las prestaciones.

7.- El Proyecto argentino del año 1998

Dado que el Proyecto de reforma del Código Civil argentino de 1998 se fundó en el Código Civil holandés sancionado en 1992, merece ser destacado que esta obra prefirió utilizar en materia de obligaciones una directriz orientadora sobre la razón y la equidad. En cuanto a la teoría de la imprevisión dispuso: «*El Juez puede, a pedido de una de las partes, modificar los efectos del contrato o rescindirlo en forma total o parcial, a causa de circunstancias imprevistas de tal naturaleza que, de acuerdo con los criterios de la razón y de la equidad, la contraparte no puede esperar que subsista la integridad del contrato. La modificación puede ser otorgada con efecto retroactivo*».⁴⁶

Los antecedentes citados podrán servir en el futuro para redactar normas, o reformar las vigentes, pero es preciso recordar que el artículo 1467 del Código Civil Italiano de 1942 inspiró a los autores de la ley 17.711 sancionada en 1968.

⁴⁴ SALERNO PASQUALINI Valeria, « Essai sur un système juridique d'intégration des marchés américains », edit. Anrt, Villeneuve D'Ascq, 2011, nos. 261 y sgtes., págs. 173 y sgtes.

⁴⁵ FERREIRA Aparecido Hernani, « O Novo Código Civil discutido por juristas brasileiros », edit. Bookseller, Campinas, 2003, págs. 87/88; REALE Miguel, « Estudos preliminares do Código Civil », edit. Revista dos Tribunais, San Pablo, 2003, págs. 68/69. WALD Arnoldo, «Direito das obrigações», en colaboración con GLANZ Semy, 15 ed. edit. Malheiros, Sao Paulo, 2001, pág. 259, sobre deudas de valor.

⁴⁶ DANKERS HAGENAARS Diana, « Rapport Hollandais », en Travaux de l'Association Henri Capitant, « *La bonne foi* », to. XLIII, 1998, edit. Litec, París, 1984, págs. 316/317.

Queda de manifiesto que el derecho comparado es útil para el legislador, permitiéndole adaptar normas extrañas al ámbito nacional.⁴⁷

8.- La norma en vigor

La ley 17.711, que renovó parcialmente al Código Civil en vigor desde 1871, también fue abrogada luego de cumplir un ciclo de cuatro décadas⁴⁸. A partir de la restauración de la democracia en el año 1983, se dictaron variadas leyes en materia civil, a fin de cubrir numerosos vacíos y actualizar textos entonces en vigor⁴⁹. Ese período culminó con la sanción en el año 2014 de un nuevo régimen orgánico y sistemático, el Código Civil y Comercial unificado, conforme el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, el antiguo artículo 1198 del Código Civil, reformado por la ley 17.711 que reguló por primera vez la teoría de la imprevisión fue reemplazado por otro texto. A fin de evitar conflictos, la nueva redacción enuncia su ámbito de aplicación, los principales efectos que causa, y las acciones reconocidas a la parte perjudicada en los llamados «contratos de duración»; se debe agregar que contempla el caso de los terceros.⁵⁰

Si bien la fuente directa del Código Civil y Comercial vigente es el citado Proyecto de Código Civil de 1998, la Comisión autora de esta iniciativa fue explícita sobre los modelos que sirvieron de inspiración para redactar la fórmula esbozada en su artículo 1060, entre los cuales mencionó la norma del Código Civil holandés ya transcripta. Mas ese modelo careció de influencia en la actual redacción del precepto vigente, como se advierte con una simple lectura, máxime al suprimir la directiva «en razón y equidad». El aludido Proyecto reiteró con énfasis la máxima ética de la buena fe en su articulado a fin de caracterizar su finalismo (artículos 395 y 966).

Respecto del Código Civil portugués de 1967, afiliado al pensamiento del jurista alemán Paul Oertemann, sentó una regla que exige apreciar con equidad la alteración anormal de una prestación cuando afecte la buena fe, y no fue asumida como un riesgo propio de la relación.⁵¹

Antes que nada, es imprescindible valorar el principio de la buena fe que el novísimo Código enuncia en el artículo 9 cuando trata sobre el ejercicio de los derechos. Ese principio se reitera en el artículo 961 respecto de los contratos aplicándolo a un contratante cuidadoso y previsor. De modo que con otras palabras reprodujo el primer párrafo del antiguo artículo 1198

⁴⁷ ABERASTURY Pedro, « La necesidad de estudiar comparativamente el derecho », en « Estudios de Derecho Comparado », edit. Eudeba, Buenos Aires, 2016, págs. 1129.

⁴⁸ LORENZETTI Ricardo Luis, «Código Civil y Comercial de la Nación Comentado», edit. Rubinzal Culsoni, Santa Fe, 2015, tomo VI pág. 220.

⁴⁹ SALERNO Marcelo Urbano, « Breviario de la legislación civil », en « *Prudentia Iuris* », n° 80, dic. 2015, número 35 aniversario, págs. 31/38.

⁵⁰ LORENZETTI Ricardo Luis, *opus y loc. cit.*

⁵¹ MENEZES CORDEIRO Antonio, « Rapport portugais », « *La bonne foi* », *op. cit.* págs. 337 y sgtes.

Código Civil, lo cual es un acierto ya que la buena fe debe presidir la vigencia del contrato en todo su amplio dominio.⁵²

El efecto vinculante del contrato se encuentra mencionado en el artículo 959, mientras que el siguiente artículo 960 faculta a los jueces a modificar las cláusulas estipuladas en un contrato, a pedido de una parte legitimada en ese caso, o de oficio si advirtiese una manifiesta trasgresión al orden público.

En ese marco está encuadrada la imprevisión contractual de la que trata el artículo 1091 en los siguientes términos:

a) Rige para los contratos onerosos, conmutativos de ejecución diferida o permanente (continuada). Suprimió una extensa enumeración de tipos contractuales, excluyendo solo a los gratuitos, y aplicó el instituto a las obligaciones a plazo pendientes de ejecución.

b) La prestación de la parte obligada en forma súbita y sorpresiva se torna excesivamente onerosa. No es preciso que sea de imposible cumplimiento, como el caso fortuito, pero debe ser apreciada con criterio objetivo e igualitario

c) Acontezca una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de celebrar el contrato. El supuesto habitual se vincula a temas monetarios, ya sea hiperinflación, una abrupta devaluación, o alguna medida que afecte el tipo del cambio. Para Luis Moisset de Espanés necesita tener cierta entidad, que «no encuentra compensación en la prestación que le ha efectuado o prometido» el otro contratante.⁵³

d) Esa alteración debe sobrevenir por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por el sujeto obligado. El caso frecuente es el hecho del príncipe (v. gr. la devaluación del peso).

e) Una vez reunidos esos requisitos, la parte obligada puede pedir judicialmente la resolución total o parcial del contrato o su adecuación. En cuanto al contrato incumplido, éste se extingue para el futuro respecto de las prestaciones sucesivas pendientes de ejecución, no se retrotrae hacia el pasado, anulando las que se hubiesen cumplido. De ahí que sea objetable el término «resolución», aunque en castellano no exista un sinónimo para la palabra francesa «*résiliation*». Esta cuestión debió merecer una regla puntual, como trae el derecho brasileño.

Cuando las partes se conducen de buena fe y sobreviene un fenómeno económico imprevisible, corresponde renegociar la prestación trastocada por el hecho. Así lo aconseja la equidad para integrar el contenido de la relación

⁵² SALERNO Marcelo Urbano, « La buena fe contractual y los cambios imprevisibles », En CORDOBA Marcos M. (director), « Tratado de la buena fe en el derecho », edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, tomo I, págs. 371/387.

⁵³ MOISSET de ESPANÉS Luis, « Teoría de la Imprevisión », en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, « Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927,1937,1961,1969) », Córdoba, 2009, tomo II, págs. 1117/1133.

jurídica desequilibrada en función de la variable que acontece. Como afirma Franceso Gambino, la renegociación de una o más cláusulas contractuales es distinta a la imprevisión, porque evita extinguir el nexo y posibilita a las partes crear una nueva regla contractual.⁵⁴

9.- Recapitulación

Como reflexión final, diremos que compartimos el criterio de Daniel Alioto de que es posible armonizar los principios «*pacta sunt servanda*» y el de reciprocidad de los cambios, a fin de satisfacer el ideal de la Justicia conmutativa, conforme a la «igualación proporcionada de recursos económicos materialmente disímiles»⁵⁵. Por ello, la adecuación extrajudicial de la prestación devenida exorbitante permite rescatar operaciones que activan la economía sin recurrir a los tribunales.

Se impone una aclaración sobre la vigencia de este instituto en la actualidad. Las soluciones genéricas y abstractas que ofrece la legislación de fondo, como el novísimo Código argentino, no siempre pueden resolver todos los problemas que afectan el funcionamiento de los mercados. Además, conviene tener en cuenta que actualmente en la mayoría de los contratos, las partes prevén cláusulas para adaptar los convenios a los cambios imprevistos, razón por la cual esta teoría tiene escasa aplicación. De hecho, si acontece que la economía del país sufre una crisis, el Estado adoptará medidas transitorias de emergencia hasta que se superen las causas que la provocaron. Es probable que entonces la teoría de la imprevisión ya no sea tan eficaz, y que se mantenga en suspenso mientras dure esa crítica situación.

⁵⁴ GAMBINO Francesco, «Problemi del rinegoziare», edit. Giuffré, Milán, 2004.

⁵⁵ ALIOTO Daniel Guillermo, « La justicia en los contratos. Dialéctica y principios de los contratos privados », edit. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 2006, págs. 109/110.

LA CONTRATACIÓN MODERNA EN LA ECONOMÍA DE NUESTRA ÉPOCA

I.- Ensayo descriptivo

A partir del movimiento codificador iniciado a principios del siglo XIX, se plasmó la teoría general del contrato basada en la autonomía de la voluntad, subsistiendo hasta el día de hoy.

De allí en adelante dicha teoría mereció varios ajustes normativos según las circunstancias históricas; a raíz de las cláusulas abusivas, la inequivalencia de las prestaciones, la lesión sobreviviente, el consumo masivo de bienes, entre otras razones. Sin perjuicio de ello, fue acusada de padecer una crisis en su estructura la que nunca llegó a ser terminal. En las tres últimas décadas, al mismo tiempo que surgía una economía globalizada, fue advertido un renacimiento del contrato.

Forzosamente habré de referirme a esta última etapa, consciente que en el futuro pueden proponerse algunas reformas legislativas a causa de la situación financiera de los mercados internacionales, para dar paso a un nuevo período. En virtud de ello, procuraré ceñirme al momento actual, sin hacer ninguna prognosis. El panorama a describir servirá de sustento a ulteriores desarrollos, ceñido a la resultante de la experiencia de los últimos treinta años.

II.- La evolución del contrato

Ciertos autores destacaron los efectos de las transformaciones económico-sociales sobre el derecho y, en particular, sobre el régimen contractual. Entendieron que dicha disciplina sufría una evolución como la predicada por Darwin respecto a la biología, tal fue el caso de Ihering. Los adversarios de la codificación –según lo expuso Savigny–, creyeron que las esencias se encuentran dentro del cuerpo social, sin ser necesario dictar normas regulatorias, pues éstas son producto de las costumbres ancestrales que animan el espíritu del pueblo. En el fondo los juristas nombrados – a los que puede sumarse Ehrlich– eran escépticos sobre la fuerza coercitiva del Estado, obra de un racionalismo geométrico.

El progreso en la materia podría ser la resultante del pensamiento jurídico y la creación jurisprudencial, del punto de vista técnico, pero las revoluciones y los grandes cambios derivarían de la evolución experimentada por la sociedad política. La ley por sí misma no tiene suficiente peso para modificar las tendencias predominantes en la

población, y menos aún para domesticar la macroeconomía. Todo es una cuestión de autoridad a la que se obedece si existe la certeza sobre la justicia del precepto.

Los avances que se han logrado en el campo científico provienen del aporte interdisciplinario para perfeccionar la aplicación de figuras jurídicas nacidas de la práctica negocial. Resulta evidente que en gran medida todo depende de los ciclos históricos en que se desarrolla un instituto –para el caso el contrato– en épocas de bonanza o escasez, de grandeza o decadencia, de ascenso o de declinación. Todas las vicisitudes que experimente no alterarán su esencia, ni los principios que lo sustentan, sin que ello obste a perfeccionarlo para que cumpla regularmente la función que le corresponde.

La atención del investigador debe dirigirse hacia el substrato de las relaciones patrimoniales para desentrañar la naturaleza de cada contrato, tarea que le permitirá comprender la voluntad de las partes. El enfoque sociológico de los problemas ayudará a la comprensión a un nivel general, y el enfoque psicológico permitirá entender la causa del vínculo establecido en particular.

El análisis jurídico no debe limitarse al estudio de las leyes, pues se cae en una visión formalista de la vida, como si los seres humanos fuésemos estereotipos. ¿Qué sentido tiene ocuparse de un instituto caído en el olvido, que es letra muerta? Un fósil solo puede despertar curiosidad... El análisis económico del ordenamiento impide apreciar su construcción sistemática, relativizando su eficacia para sumergirse en un pragmatismo superficial.

Las conjeturas que carecen de apoyo en la realidad son desmentidas por los hechos. Precisamente, las objeciones mencionadas más arriba tuvieron por fundamento la intervención del Estado en la economía y el dirigismo contractual. Cuando los gobiernos dejaron de seguir políticas proteccionistas y se abrieron los mercados, el contrato volvió a ocupar el sitio previsto en los Códigos. Pero para que ello ocurriese, el mundo tuvo que alcanzar un lapso de paz estable que permitiera el auge del comercio internacional, una vez superados los conflictos bélicos que azotaron a la humanidad (incluida la denominada guerra fría). Así fue aplicada la noción de la economía concertada.

Desde otra perspectiva, la globalización obedeció a la agilidad del tráfico universal, preferentemente mercantil y empresario. El contrato quedó emplazado dentro de ese ámbito donde operó en forma regular, demostrando su poder de adaptación. Va de suyo que la Convención de las Naciones Unidas de Compraventa Internacional de Mercaderías, celebrada gracias a los trabajos de UNIDROIT, sirvió de vía para realizar esa clase de negocios, al mismo tiempo que la Organización Mundial del Comercio (OMC) –creada en 1995– facilitó el intercambio de bienes y servicios en todo el espacio bajo el marco de la libertad, estableciendo un conjunto de reglas mínimas.

Varias soluciones a los fenómenos generadores de graves conflictos, partieron del propio ordenamiento, cuya flexibilidad permitió acomodarse a los cambios habidos. Otras soluciones partieron del legislador a “posteriori” de un colapso. El tejido social se va regenerado a medida que cicatrizan las heridas infligidas.

III.- El ejemplo de China

Me parece de interés brindar un ejemplo concreto sobre el sistema vigente en la República Popular China, una de las regiones más extensa y poblada del mundo (allí viven cerca de 1.300.000.000 de personas).

China más que un país es una civilización. El derecho vigente en esa nación oriental recibió el influjo de occidente, como se aprecia en el Código Civil de 1929, inspirado en el célebre B.G.B., sancionado en Alemania a comienzos del siglo XX. Dicho Código rigió durante dos décadas, hasta ser abrogado en 1949 por razones políticas.

El dato es significativo por cuanto entonces se dio uno de los paradigmas de transculturación de un pueblo con tradiciones seculares, cuyo tráfico se rigió por la idea germánica del contrato de inspiración clásica, pero dotado de una mayor sofisticación técnica.

Luego de atravesar un largo período signado por la filosofía marxista-maoista, que aisló al país de los mercados externos, comenzó un movimiento legislativo para regular el ámbito contractual, período que dio como fruto en el año 1982 una ley sobre los contratos económicos celebrados entre las personas jurídicas, y tres años más tarde, en 1985, otra ley relativa a la contratación internacional. Un año después se dictaría una ley sobre los “Principios generales del derecho civil”.

Paulatinamente, el Estado se encuadró bajo el impero del derecho y adoptó una “economía de mercado socialista”. En 1988, ratificó la Convención de las Naciones Unidas de Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual consagra el principio de la autonomía de la voluntad. Simultáneamente en el año 2001, China se adhirió a la Organización Mundial del Comercio. Con anterioridad, la Asamblea Popular en el año 1999 había aprobado una ley de contratos incorporada al Código Civil, cuerpo que será sometido a una próxima reforma. Dicha ley tuvo como modelo a la codificación continental, en particular el Código alemán citado (es una vuelta a los orígenes de 1929). Asimismo, como prueba de ese espíritu universalista, en el año 2006 China sancionó una ley general en materia de arbitraje.

Algunas características del régimen contractual son significativas:

- fuerza obligatoria del contrato;

- principio del “pacta sunt servanda”, mientras la teoría de la imprevisión fue rechazada;
- buena fe en el goce y ejercicio de los derechos;
- equidad y justicia contractual, pudiendo ser modificados o anulados los pactos cuando media un error material;
- igualdad entre las partes contratantes.

Además, las costumbres no quedaron relegadas, pues la fuente consuetudinaria mantiene vigencia, sobre todo en el ámbito rural.

He traído este ejemplo a título informativo para destacar como se transformó todo un sistema, a impulsos de los cambios políticos y económicos de una Nación que busca integrarse dentro del mercado globalizado. El contrato fue el medio idóneo utilizado para realizar las operaciones de la macroeconomía, en mayor o menor escala. Tiene un significado emblemático, revelando la existencia de una concepción uniforme en todo el orbe en sus grandes líneas directrices.

IV.- Variaciones novedosas

Se repite hasta el cansancio que vivimos en una sociedad de consumo, afirmación corroborada por el crecimiento de la actividad empresaria en las últimas décadas, pese a que el mayor número de los consumidores se hallan sumidos en un alto nivel de pobreza. Esa creencia movió al legislador a proteger al consumidor, sometido en virtud de la posición dominante asumida por la empresa que le brinda el producto. Primero se perfiló la idea del contrato celebrado por adhesión y luego se impuso la figura del contrato de consumo. Son expresiones modernas, utilizadas en leyes, fallos judiciales, laudos arbitrales, y textos de doctrina. Pareciera haber llegado la hora de una nueva rama: el derecho del consumidor. Sin embargo, siempre subyace la teoría general del contrato, pieza clave para llegar a desentrañar la naturaleza de la nueva figura.

El legislador vacila entre descodificar ese novedoso instituto, como acontece en nuestro país, o integrarlo al Código del “ius commune”, como recientemente lo decidió el Parlamento Alemán. Estas son cuestiones de pura técnica legislativa, como lo es calificar con el nombre de “consumidor financiero” a quien realiza negocios bursátiles con títulos públicos o privados o en la plaza de divisas.

Desde que ningún fenómeno es sencillo de explicar, en este supuesto no se trata de un tema aislado, fuera del contexto general de la materia económica. Para abarcarlo integralmente es necesario vincularlo a la transparencia de los mercados y otra legislación específica dedicada al tema: la lealtad comercial y la defensa de la competencia. Vale decir, esta categoría de contrato se encuentra dentro de una órbita más amplia y, al

mismo tiempo, responde al derecho común que le da fundamento. No existe incoherencia alguna, pues no es una oposición en los términos: el consumidor y la empresa contratan entre sí, bajo ciertas condiciones impuestas por la ley.

La contratación es un dato insoslayable de la realidad, alimentada por mecanismos implementados a ese efecto que facilitan las operaciones dándoles mayor impulso. Las máquinas automáticas y los instrumentos electrónicos son medios usuales en el mercado globalizado. En el espacio cibernético circula la moneda digital pues allí el billete perdió su soporte papel.

No hay que dejarse impresionar por cuanto artefacto dotado de inteligencia artificial se implemente para satisfacer los requerimientos de los negocios. La computadora ha sido uno de los grandes hallazgos de nuestra época, posibilitando suplantar funciones humanas de información y decisión. Existe una similitud lógica entre el hombre y la máquina, que permite relacionar sus elementos con las neuronas del cerebro, pero está carece del poder de iniciativa y necesariamente debe ser accionada por el hombre.

Resulta prioritario ubicar dentro del ordenamiento a las nuevas modalidades que presenta la oferta masiva de productos y servicios en la “World Wide Web”, sin afectar el pensamiento, las instituciones, las figuras, los conceptos y los principios elaborados por la ciencia. El “marketing” precisa de una ágil adaptación de los instrumentos jurídicos para satisfacer las exigencias de las empresas, pues éstas son las que movilizan a la economía. Una cooperación eficaz para alcanzar sus objetivos proviene de fórmulas convencionales que representan el derecho vital, ante el pretendido inmovilismo del sistema. Así sucedió con la informática que en sus comienzos fue autorregulada por los usuarios de las redes de Internet para el intercambio. Su aumento cuantitativo instó a encuadrarla en un marco legal a fin de garantizar su transparencia. Los operadores de las computadoras entran en la categoría de ausentes, mientras que el consentimiento exige mayores previsiones para dotar de certeza al tráfico electrónico.

Entramos en la etapa de los “contratos bajo forma electrónica”, título que lleva una ley dictada en Francia en el año 2004, o del “comercio electrónico”, según lo denominó el legislador español en el año 2002. Pero el consentimiento sin vicios, como genuina expresión del acuerdo de las voluntades de los celebrantes, no ha desaparecido. Las ofertas por dichos medios deben ser aceptadas, y la aceptación para ser eficaz tiene que ser ratificada.

Cada vez más tienen importancia las gestiones preliminares que consisten en buscar los puntos de coincidencia en un negocio en vía de

proyecto. En los acuerdos paritarios, hay pasos previos antes de ser perfeccionados. La negociación en sí misma es un convenio a cumplir de buena fe, donde se pueden discutir los términos de cada cláusula del documento a suscribir. Es una etapa embrionaria, a la que le falta madurez suficiente para alcanzar la categoría de contrato, pero puede generar ciertas consecuencias patrimoniales. Ellos indica, además, el avance del consensualismo, según el cual la simple promesa obliga.

V.- Modalidades usuales

Diversos factores coinciden en adaptar el contrato moderno a las exigencias de la economía, pero sin duda el factor más importante reside en la seguridad jurídica. La idea predominante está dada por la cooperación recíproca de las partes a fin de lograr satisfacer sus respectivos intereses. De manera que se da un problema de factibilidad material para poder cumplir las obligaciones asumidas, y obtener la prestación prometida que hace al interés de cada contratante. El aforisma “contratar es prever” mantiene seductora vigencia.

La redacción de las cláusulas del documento a suscribir deberá prever las posibles contingencias. Resulta indispensable imaginar los mecanismos apropiados para lograr la ejecución del contrato, reforzados por una garantía suficiente. A modo de ejemplo, el obligado al pago podrá tomar a su cargo las consecuencias del caso fortuito, de una hipotética devaluación monetaria o de una desenfrenada inflación (recuérdense las denominadas cláusulas de reajuste y las “hardship”). Se trata de sortear dificultades y obstáculos causados por actos externos –v.gr. del poder público– aunque nunca se sabrá con certeza si dichos pactos serán validados por los Tribunales. En general, los interrogantes se presentan cuando se acuerdan plazos de ejecución diferida o continuada, dado que se torna difícil predecir que ocurrirá en el tiempo.

Según como sea el comportamiento de los mercados, y la hermenéutica de los indicadores económicos, las partes adoptarán las posiciones más convenientes para su interés, motivados para obtener un crédito, refinanciar una deuda o hacer una especulación.

Durante un ciclo relativamente estable los plazos suelen extenderse –a mediano o largo término–; se conocen casos de estas modalidades en los repertorios de jurisprudencia. Cuando hay signos de inestabilidad, los pactos se cierran de inmediato para atender las urgencias del momento, y si se fija plazo lo es a corto término. Entonces, la confianza va en baja, porque nadie quiere arriesgarse a caer en la insolvencia.

Los mercados a futuro son dignos de mención. Las operaciones financieras que allí se realizan –algunas impulsadas por una tecnología de avanzada– se encuadran en los llamados derivados, los que procuran

obtener la mayor rentabilidad con el menor riesgo. Aseguran precio y volumen de los productos negociados, sean financieros o “commodities”. Los plazos difieren de los usuales y encubren una especulación para maximizar el lucro. Puede tener por objeto cauciones, préstamos u opciones; estas últimas, otorgan un derecho a comprar un bien (“call”), o vender (“put”), abonando una pequeña prima. El interesado puede retirarse del negocio en cualquier momento. Una de las causas de la actual crisis proviene de las ficticias ganancias obtenidas en el pico de la euforia, las que en definitiva resultaron ser pura pérdida.

VI.- La actividad empresaria

Si tenemos que cuantificar el volumen de los contratos que se celebran en las bolsas y mercados, el movimiento de los negocios corresponde a la actividad empresaria. Los convenios que celebran las empresas entre sí, por definición, se hallan fuera de la órbita del consumidor. Son las grandes operaciones que se llevan a cabo en distintos sectores: agropecuario, comercial, financiero, industrial y servicios.

Desde esa perspectiva hay que enfocar la evolución contractual hasta nuestros días, porque en su origen la codificación solo iba dirigida a las personas físicas (el Código Napoleónico no reguló a las personas de existencia ideal), vale decir a los artesanos, los burgueses, los campesinos y los comerciantes. La revolución de la industria en gran escala no quedó plasmada en una profunda reforma legislativa y fue asimilada a la actividad mercantil. En cuanto al sector agropecuario, allí se multiplicaron los tipos contractuales, pues el legislador dejó abierto ese sector a la más amplia libertad, hasta abrogar en nuestro país las llamadas Juntas Regulatoras.

Nació así un derecho de la empresa (“droit des affaires”, según la terminología francesa) cuya finalidad consiste en fijar las reglas básicas de las relaciones de la empresa en su organización interna, en sus vínculos laborales, en el intercambio con proveedores y clientes, en la financiación de sus recursos, en la colaboración asociativa con otras entidades, etc. Por tanto, la actividad empresaria es pródiga para contratar, ya que es la forma de interactuar en el mercado. En ese dinamismo propio de la competencia para acceder a las plazas, también cae bajo las redes de la teoría general, fundada en la autonomía de la voluntad y en la libertad contractual. El poder de iniciativa empresaria hace necesario crear nuevas fórmulas y recrear antiguas figuras para operar con eficacia.

La economía en expansión hizo posible el auge de la contratación moderna, con un criterio abierto inspirado en la llamada “ingeniería jurídica”, la cual ponderó los hechos imponderables para bajar costos y obtener mayores ganancias, entre otros factores. No solo la producción de bienes mereció elaborar estrategias, sino también su distribución, surgiendo

novedosas figuras como la agencia y la franquicia, inspiradas en el sistema anglosajón a medida que las empresas iban participando en los mercados, fueron naciendo los institutos más idóneos para activar esa participación. Ejemplo de ello es el empleo de la tecnología mediante la obtención de licencia en explotación de patentes, y la utilización de marcas líderes.

Un conjunto de relaciones contractuales de las más variada especie es el núcleo de la función empresaria, cuyo éxito depende en cierta medida de los institutos a aplicar que le brindan legitimidad. Todo ello avalado por los usos y costumbres, la jurisprudencia y la doctrina, en un ámbito sumamente fluido sensible a las transformaciones habidas en la sociedad civil.

De ahí que los autores aborden esos temas bajo el rótulo de los “contratos de empresa”, fenómeno de nuestra época, aunque presuponen ser “actos de comercio”, a la antigua, pero perfeccionados técnicamente. Resulta significativa la existencia de obras jurídicas dedicadas a esa temática que han ido sustituyendo los viejos textos de derecho comercial (a la manera de Castillo y Malagarriga). El derecho privado es el ámbito donde anidan los nuevos contratos, los atípicos y los mixtos, imbuidos del “ius commune” y signos representativos de nuestra época, cuando se aproxima el Bicentenario de la Revolución de Mayo.

Bibliografía:

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, “La relativité du contrat. Journées nationales de Nantes-1999”, París, L.G.D.J., 2000.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, “Le contrat. Journées brésiliennes-2005”, París, S.L.G., 2008.

CADIET, Loïc (coordinador), “Le droit contemporain des contrats”, Paris, Economica, 1987, prefacio de CORNU Gérard.

ETCHEVERRY Raúl Aníbal, “Derecho comercial y económico. Obligaciones y contratos comerciales. Parte General”, Buenos Aires, Astrea, 1988.

FARINA, Juan M., “Contratos comerciales modernos”, Buenos Aires, Astrea, 1993. FRIEDMANN W., “El derecho en una sociedad en transformación”, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1966.

GASTALDI José María, “Contratos”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1944.

GREGORINI CLUCELLAS, Eduardo L., “Derecho de los contratos. Parte General”, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

LEVAGGI, Abelardo, “Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982.

LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los contratos. Parte General”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.

RISOLIA, Marco Aurelio, “Soberanía y crisis del contrato”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958. SALERNO, Marcelo Urbano, “Contratos Civiles y Comerciales”, Buenos Aires, EDUCA, 2007, prólogo de CASAS de CHAMORRO VANASCO María Luisa.

SALERNO, Marcelo Urbano, “El derecho de la empresa en el siglo XXI: obligaciones y contratos”, Buenos Aires, La ley, 2005.

SAVATIER, René, “Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui.

Panorama des Mutations”, París, Dalloz. 1964.

SHI, Jiayou, “La codification du droit civil chinois au regard de l’expérience française”, Paris, L.G.D.J., 2006, prefacio de DELMAS-MARTY Mireille.

SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, “Un nouveau regard sur le droit chinois. Colloque du 30 mai 2007. Journées juridique franco-chinoises 2007”, París, 2008. ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos J., “Derecho de la empresa”, Buenos Aires, Depalma.

FORMULACIÓN INNOVADORA DEL CONTRATO EN EL DERECHO FRANCÉS

Comunicación leída en la sesión plenaria del 18 de diciembre de 2017

I.- COMPRENDER LA REALIDAD CAMBIANTE

Esta comunicación no es meramente informativa: persigue indagar la razón de ser de la reforma del derecho contractual de Francia, país receptor y guardián de la doctrina clásica del contrato, doctrina señera que orientó a los intérpretes debido a sus valiosos aportes. Despierta interés este cambio innovador destinado a dotar al régimen de mayor eficacia para adecuarlo a la época actual. Suscita curiosidad intelectual conocer los términos de esa novedosa regulación, representativa de una labor académica destinada a modernizar las normas aplicables. Ante el cambio habido en la legislación francesa, es necesario comprender en qué consistió, si es una puesta al día, o si produjo una ruptura con el pasado.

Al cumplir el Código Civil francés el bicentenario de su sanción, la teoría contractual enunciada en el año 1804 aún estaba vigente, en virtud de ser uno de sus pilares fundamentales, junto a la propiedad, institución nacida al cesar el feudalismo. En esa oportunidad, fue destacado su carácter simbólico en la vida de esa Nación durante dos siglos.⁵⁶ Considerado el modelo por excelencia en la materia (“ratio scripta”), sirvió de inspiración a otros países europeos y latinoamericanos cuando codificaron sus leyes. Por tanto, tuvo amplia difusión en el mundo civilizado durante veinte décadas, formando el pensamiento jurídico de varias generaciones de profesores y de abogados.

Sus artículos, redactados con precisión y rigor científico, recibieron elogiosas palabras de Stendhal. Esos artículos fueron enriquecidos paulatinamente por la jurisprudencia y por los comentarios de la doctrina, a fin de interpretarlos a la luz de la realidad social y económica de cada época.

Sin embargo, en la ceremonia realizada en el anfiteatro de la Sorbona para conmemorar el bicentenario del “corpus civile”, el Presidente de la República Jacques Chirac anunció que debería ser modificado, a cuyo efecto había confiado la tarea a universitarios de gran prestigio, bajo la dirección del profesor Pierre Catala para reformular el derecho de las obligaciones. Las palabras de Chirac resonaron en el auditorio cuando elogió los valores que lograron equilibrar el derecho y la obligación en la sociedad francesa, los

⁵⁶ La Universidad Católica Argentina organizó tres Jornadas anuales sobre “La codificación: raíces y prospectiva”, las que fueron editadas en la colección “Prudentia Iuris”. Consta de tres volúmenes identificados por los siguientes subtítulos: I.-“El Código Napoleón” (2003), II.-“La codificación en América” (2004), y III “¿Qué derecho, qué código, qué enseñanza?” (2005), este último precedido por la conferencia inaugural del entonces Arzobispo de Buenos Aires y Gran Canciller, el cardenal Jorge Mario Bergoglio sobre “El ejercicio de la justicia hoy”.

cuales no se podían abdicar. Advirtió que nuestra época está plena de desafíos que exigen afianzar la seguridad jurídica.⁵⁷

La iniciativa pudo concretarse en el año 2016, cuando Francia modificó dicho régimen y lo sustituyó por uno nuevo de técnica depurada.⁵⁸

Esa reforma se basa en tres postulados: seguridad jurídica, eficiencia económica, y justicia contractual.

A nivel de los principios, la reforma reiteró la libertad de contratar, el efecto vinculante de la obligación, como así también la buena fe para negociar, celebrar y cumplir convenios patrimoniales. Mediante la libertad de contratación, las partes pueden someterse a sus propias estipulaciones, – incluida la legislación extranjera–, siempre que no menoscaben reglas que interesen al orden público y las buenas costumbres. La autonomía de la voluntad de las personas, les permite auto regular su conducta mediante pactos vinculantes que operan con el mismo efecto que las leyes y cuyo cumplimiento es exigible. Enuncia una variedad de categorías y posibilita redactar un contrato a la medida de la operación a realizar en el mercado. ¿Acaso hubo un gran cambio?

II.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los juristas franceses del siglo XIX inicialmente se ocuparon de comentar los artículos de ese Código, a fin de desentrañar la intención del legislador, apoyándose en sus fuentes. En especial siguieron el método histórico, consultando los debates habidos en el seno de la Comisión redactora, impregnados del “iusnaturalismo” del siglo XVIII.

Esos autores primero hicieron una labor de exégesis y fijaron las pautas hermenéuticas, para luego desarrollar una crítica constructiva. Los aportes que efectuó la escuela exegética señalaron el camino a emprender por la jurisprudencia durante un prolongado período. Con el transcurso del tiempo, y al haber variado los presupuestos en que se basaron las normas de entonces, las decisiones judiciales procuraron estar a la altura de las circunstancias históricas. La Corte de Casación siempre cubrió las lagunas que se presentaban mediante una interpretación flexible de las reglas generales, a fin de actualizar sus fallos a los usos y costumbres, como fue el caso de los “pourparlers” o negociaciones preliminares. Esa corriente

⁵⁷ Gazette du Palais, 28 al 30 de marzo de 2004, nos. 88/90, pág. 27. “Le Code Civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire”, edit. Dalloz, Lexis Nexis Litec. París 2004, págs. 3/4. Dos contribuciones publicadas en ese libro merecen ser leídas: MESTRE

Jacques, “Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat”, págs. 231/243; y WITZ Claude “L’influence des codifications nouvelles sur le code civil de demain”, págs. 687/705. CABRILLAC Rémy, “Reforme du droit des contrats: révision-modification ou révision-compilation”, en Revue des Contrats, edit. L.G.D.J., 2006/1, págs. 25/30.

⁵⁸ El Parlamento dictó la ley 2015-177 a fin de autorizar al gobierno a modificar por medio de una ordenanza el Libro III del “Code Civil”, por lo cual fue dictada la Ordenanza 2016-131 del 10 de febrero de 2016, en un acto de gobierno reunido en plenario de los ministros, y luego ratificado.

exegética fue desplazada a comienzos del siglo XX al surgir la teoría de la libre interpretación científica, ideada por François Géný, quien rescató la costumbre como fuente del derecho.⁵⁹ Esa tesis permitió rejuvenecer los preceptos, conforme a las transformaciones habidas en la sociedad francesa, dando agilidad a los textos, incluso más allá de su significado literal.

En esa época, no parecía conveniente hacer un cambio estructural, ni siquiera después que Alemania pusiese en vigor el “Bürgerliches Gezezbuch” (B.G.B.) en el año 1900, obra de neto corte académico, creación científica de los más calificados catedráticos.

El legislador francés solo optó por introducir algunas reformas parciales en el ámbito patrimonial fundado en razones técnicas, respecto de cuestiones novedosas, como las relaciones de consumo (año 1993), y las relativas a la voluntad expresada por medios electrónicos (años 2002 y 2004). Asimismo, en el 2006 incorporó el Libro IV dedicado a las garantías personales y reales, junto a la regulación de los créditos privilegiados a fin de que los acreedores tengan suficiente seguridad en el cumplimiento de las prestaciones; simultáneamente, las liberalidades, –actos a título gratuito–, fueron agrupadas en el Libro III, Título II. Como el orden jurídico privado reconoce suma importancia al tráfico mercantil, en el año 2000 Francia sancionó un nuevo Código Comercial, a derecho constante, para poder actualizarlo permanentemente según la tendencia de los mercados.

Todos esos antecedentes permitían suponer que la concepción original del contrato restaría incólume, se mantendría soberana, impregnada del espíritu de la libertad y del individualismo que la caracterizó. Hasta hace una década era sumamente difícil poder pronosticar que el gobierno francés tomaría la decisión política de modificar esa concepción y reformular el contrato para adaptarlo con espíritu solidario al moderno intercambio de bienes. Lo cierto es que, en dicho período, diversos factores habían producido algunas transformaciones en este instituto, impulsor de la energía de los mercados. Un acto de esa naturaleza política, tiene un significado trascendente dirigido hacia el porvenir, a fin de dotar a las personas de instrumentos más eficientes, para realizar negocios en el futuro, según las circunstancias a sobrevenir.

III.- LOS FACTORES DETERMINANTES DEL CAMBIO

Varios factores determinaron el cambio de régimen, como se verá seguidamente: auge y crecimiento del comercio internacional; las críticas del Banco Mundial; el derecho comunitario europeo; y las iniciativas académicas de juristas franceses.

⁵⁹ SALERNO Marcelo Urbano, “La costumbre en el pensamiento de François Géný”, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Asociación Argentina de Derecho Comparado, n° 27, año 2007, págs. 69/92.

1.- “Lex mercatoria”

Durante la segunda mitad del siglo XX se evidenció el crecimiento del tráfico internacional a un ritmo acelerado, mientras los mercados se fueron globalizando. Esos fenómenos determinaron la mundialización del derecho, creando una situación dinámica sobre las reglas aplicables en el seno de diferentes estados y en los ordenamientos jurídicos nacionales. Hay que agregar la celebración de numerosos tratados multilaterales destinados a regular las relaciones establecidas entre empresas con sede en diversos países. Por tal motivo en el año 1995 se fundó la “Organización Mundial del Comercio” (OMC), a la que adhirió Francia “ab initio”.

No se puede olvidar que las Naciones Unidas tuvieron a su cargo auspiciar la “Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, propuesta en 1930 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho, la cual se frustró a causa de la Guerra Mundial. Esa “Convención”, que recién entró en vigor en el año 1988, fue ratificada por Francia. Si bien escapa al fondo del asunto en desarrollo, merece ser señalado que este tratado se apartó de varias normas del “Código Napoleón”, porque su redacción procuró armonizar el sistema continental europeo con el “common law”. Ambos sistemas reconocen fidelidad a los principios de autonomía de la voluntad, el perfeccionamiento del contrato por el mero consentimiento, y la buena fe. El texto de la “Convención” innovó en muchos aspectos que ahora Francia incorporó al orden interno, y su importancia está dada principalmente porque la compraventa se encuentra en la cúspide del régimen contractual y, en gran medida, sus reglas se aplican a los demás contratos onerosos.

2.- Críticas del Banco Mundial

Una de las funciones que cumple el Banco Mundial, creado para fomentar la economía de los países en desarrollo, consiste en analizar la situación de sus miembros respecto de las actividades reguladas por su legislación interna. Esa entidad verifica si los países cuentan con normas que favorecen el crecimiento y el progreso.

A partir del año 2002 el Banco prepara un informe anual, denominado “Doing Business”, tarea a cargo de investigadores especializados en distintas áreas, entre las cuales están las siguientes: cómo se cumplen los contratos en cada jurisdicción local, el funcionamiento de los Registros de Propiedad, los trámites que se exigen para la apertura de emprendimientos, y las posibilidades brindadas para exportar e importar bienes. Los indicadores son cuantitativos sobre las regulaciones normativas de las empresas, y la protección estatal de los derechos correspondientes a la

propiedad privada. Permiten medir el pulso de la microeconomía de cada estado.

A esta altura de la exposición es menester ponderar la bondad de los dos órdenes jurídicos que se disputan la primacía en el campo de los negocios. Evidentemente, los informes del Banco Mundial atribuyen mayor eficacia al “common law”, ya que algunos países encuadrados en ese marco encabezan el “ranking” de eficiencia, mientras que los estados pertenecientes al llamado derecho continental europeo o “civil law” califican con menor rango. Si se quieren comparar ambos sistemas, se advertirá que regulan al contrato sin mayores diferencias conceptuales, a tal punto que ambos reconocen que es “una oferta aceptada”. La idea predominante es que debe existir una relación de intercambio, un “quid pro quod”, para lo cual el “common law” reconoce la llamada “consideration”. Divergen en cuanto a los métodos que emplean y los razonamientos que formulan los intérpretes, vale decir, los magistrados judiciales. Pero “in rerum natura” se mantienen fieles a su función económica en los mercados, cualquiera sea la latitud del planeta, y ningún orden legal puede alterar su esencia.

Tres informes anuales que difundió el Banco Mundial tuvieron una gran repercusión, a saber: en el año 2004 el denominado “Entender las regulaciones”, en el 2005 “Remover los obstáculos del crecimiento”, y en el 2006 “Creación de empleos”.

Cada informe calificó la posición de los estados miembros en un “ranking” que va de mayor a menor eficiencia, figurando en la más alta posición los países de influencia anglosajona. En lo que respecta a Francia, recibió una baja calificación, al considerar que su legislación era un obstáculo para su desarrollo económico, careciendo de suficiente agilidad en las operaciones mercantiles. Las críticas del Banco Mundial fueron replicadas con fundamento por las corporaciones académicas⁶⁰. Esas críticas merecieron un cuidadoso análisis por el gobierno francés y persuadieron al Parlamento a introducir algunos cambios.

3.- Derecho comunitario europeo

En el seno de la Comunidad Económica Europea, cuando todavía convivían estados partidarios de la codificación de las leyes junto al Reino Unido regido por el “common law”, surgió la idea de adoptar una legislación uniforme en materia contractual para todos sus miembros. Si se llegaba a concretar esa idea, ello determinaría modificar el Código Civil francés. Así fue como se abrió un debate acerca de la regulación comunitaria del contrato

⁶⁰ TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, “Les droits de tradition civiliste en question”, edit. Société de Législation Comparée, dirigido por Michel Grimaldi. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte y PATRIS-GODECHOT Sara “Le Code Civil face à son destin”, edit. Ministère de la Justice, París, 2006.

en general, y se elaboraron varios proyectos por expertos de los países integrantes, antes de ocurrir la escisión del Reino Unido producida por el “Brexit”.

Valga señalar, entre esos proyectos, el que preparó la “Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía”, dirigido por el jurista italiano Giuseppe Gandolfi. Ese proyecto tuvo por objeto aprobar un “Código de Contratos”, redactado en idioma francés. Gandolfi reconoció no haber elaborado una “obra puramente académica separada de la realidad”.⁶¹ Esta iniciativa, destinada a solucionar cuestiones puntuales, solo enunció reglas, sin declarar los principios en que se sustentan. Buscó equilibrar el derecho alemán, francés e inglés, asumiendo una posición “mediatriz” entre cada uno de éstos.

Siguió un criterio similar a la citada “Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías”. Prescindió de tratar la figura del negocio jurídico y postuló incluir un título sobre la forma de los contratos. Asumió la función que cumple la causa final que permite verificar el contenido del nexo jurídico, y también adoptó la teoría germánica de la confianza recíproca. En cierta medida, sirvió de guía a la reforma realizada ahora en Francia.

Una obra comparatista, escrita por los profesores Antonio Gambaro, Rodolfo Sacco y Louis Vogel, publicada en el año 2011, advirtió que si Francia no modernizaba radicalmente su propio Código, el cual en esta época no puede más servir de modelo para legislar, el derecho común europeo estaría de nuevo sometido a la tradicional competencia entre los modelos alemán y francés. Debido a ello estos autores sugirieron reformar el “Code Civil”, pues así se podría llegar posteriormente a la uniformidad legislativa de todos los países miembros, poseedores de culturas, costumbres e idiomas disímiles que tornan problemático lograr esa unificación.⁶² Sería una etapa de transición hacia un régimen comunitario.

4.- Proyectos de juristas franceses

Se instaló en la mente de ciertos autores franceses la idea de reformar el “Código Napoleón”, ya que discrepaban con su filosofía y hasta llegaron a atribuirle servir a los intereses de la burguesía; fueron casos aislados, porque ese “corpus iuris” cumplía sus funciones satisfactoriamente en la práctica cotidiana. Recién después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, apareció un movimiento reformador que contó con el respaldo político del Presidente Charles de Gaulle, cuando en el año 1945 el gobierno decidió crear una comisión especial, presidida por León Julliot de la Morandière. Esa comisión no logró consensuar criterios respecto de las

⁶¹ GANDOLFI Giuseppe, “El Código europeo de contratos”, en op. cit. en nota (1), tomo III, págs. 203/210.

⁶² “Le Droit de l’occident et d’ailleurs”, edit. L.G.D.J., París, 2011, págs. 306/308.

obligaciones y los contratos, en particular sobre los límites de la libertad contractual, dado que entonces prevalecía el intervencionismo estatal en la economía. Algunos de sus integrantes tenían formada opinión que se debía elaborar un marco amplio destinado a la empresa y las operaciones que ésta realiza en el mercado.⁶³

Como dije antes, el Presidente Chirac designó al profesor Catala a fin de elaborar un Anteproyecto. Pierre Catala (1930-2012) fue convocado para revisar los artículos del “corpus” y proponer las reformas indispensables. Gozaba de una gran autoridad intelectual. Había estudiado en Montpellier, donde desarrolló parte de su carrera docente, la cual se extendió hacia otros centros de enseñanza, para culminar como profesor emérito de la Universidad París II (Panthéon Assas). Hombre de mundo, conocedor de la cultura árabe, visitó la Argentina por primera vez en el año 1971, a la que retornó en varias ocasiones. Ese año asistió a las Jornadas franco latinoamericanas de derecho comparado, por haber sido fundador del Instituto de Investigaciones para el “traitement de l’Information Juridique”. Ha sido un precursor en temas patrimoniales respecto de la moderna concepción de los bienes corporales e incorporales. Estimaba que las instituciones codificadas son el núcleo del derecho privado, pues prescriben como regular la actividad privada de los seres humanos.

Contó con la colaboración de treinta y cuatro personalidades, entre ellos magistrados y profesores universitarios, tal el caso de Philippe Malinvaud quien había sugerido innovar el “corpus”. El Anteproyecto, inspirado en el justo medio, contenía los comentarios que explican la razón de ser de sus textos. La mayoría de los artículos proyectados están incorporados al nuevo ordenamiento, a saber: los actos y hechos jurídicos, según Catala la “summa divisio”; los preceptos generales de carácter subsidiario; la clasificación de los contratos; la interpretación de los acuerdos; y las negociaciones precontractuales.⁶⁴

François Terré presidió una comisión reformadora en el año 2008, creada por la “Académie des Sciences Morales” a fin de elaborar un derecho accesible, claro y moderno. La “Académie” publicó un libro con reflexiones sobre los cambios a efectuar, cuyo título es “Pour une réforme du droit des contrats”. Propuso declarar los siguientes principios: libertad contractual; orden público y derechos fundamentales; buena fe en la negociación, formación, y ejecución del contrato; y coherencia del régimen contractual. Aconsejó incorporar la violencia económica como vicio del consentimiento, cuando una de las partes en estado de dependencia sufre un abuso

⁶³ JULLIOT DE LA MORANDIÈRE León, “La réforme du Code Civil”, trabajo del año 1948 publicado nuevamente en Recueil Dalloz, 2004, número especial dedicado al Bicentenario, págs. 14/19.

⁶⁴ CATALA Pierre, “Bref aperçu sur l’avant projet de réforme du droit des obligations”, en “Études offertes au professeur Philippe Malinvaud”, edit. Lexis Nexis Litec, París, 2007, págs. 145/146.

determinante, mientras la otra obtiene un beneficio excesivo.⁶⁵ De alguna manera, las sugerencias de esta Comisión fueron receptadas en la versión definitiva, como los mecanismos para celebrar un contrato, el deber de confidencialidad, y la supresión de la causa final subjetiva.

IV.- LAS INNOVACIONES

Respetar los monumentos legislativos de carácter histórico es un imperativo de toda nación. En este caso, se trata de un Código que contiene preceptos con arraigada tradición, sistematizados racionalmente con un criterio científico, el cual reviste el valor de un símbolo nacional. De ahí que el legislador francés lo mantiene, pese a efectuarle modificaciones, como se ha visto, disponiendo cambios en la numeración de los artículos (ahora van del 1101 al 1232-7 inclusive). El Libro III sobre las fuentes de las obligaciones, dedica al contrato el Subtítulo 1º, y consta de cuatro capítulos, a saber: I.- disposiciones preliminares; II formación del contrato; III.- interpretación; IV.- efectos.

Dado que esta reforma atribuye suma importancia a las nociones generales, se abordarán las de mayor relevancia, en cuanto suprimen o modifican artículos del “Code”. A continuación serán mencionadas brevemente algunas innovaciones.⁶⁶

Brinda otra definición del contrato, similar a la enunciada por el Código Civil italiano de 1942, obedeciendo a la locución latina “volenti non fit injuria” que resalta el poder “jurígeno” de la voluntad de las partes. El consentimiento debe ser manifestado mediante la firma del documento respectivo o por el medio digital que prevé la ley. Precisa que tiene por finalidad crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones, vale decir, no lo limita a ser una de las fuentes del contrato, ya que lo subsume en la noción del acto jurídico de mayor amplitud. Suprimió el artículo original inspirado en Pothier que lo definió como una convención, criterio seguido por la escuela de la exégesis y por varios códigos de otros países. Los tratadistas modernos entienden que carece de sentido distinguir entre convención y contrato, al ser este último una especie del anterior, como sostiene Ghestin.⁶⁷

⁶⁵ TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETT Yves, “Droit Civil. Les obligations”, 10ª ed., edit. Dalloz, París 2009, nº 46, pág. 54.

⁶⁶ BÉNABENT Alain y AYNÉS Laurent, “Reforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général”, en Recueil Dalloz, 25 de febrero 2016, nº8, págs. 434/437. MEKKI Mustapha, “Le volet droit des contrats: l’art de réfaire sans défaire”, en Recueil Dalloz, 3 de marzo 2016, nº 9, págs. 494/505. MAINGUY Daniel, “Pour l’entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats”, en Recueil Dalloz, 15 septiembre 2016 nº 30 págs. 1762/1770. Mi reconocimiento a Valeria Pasqualini Salerno por facilitarme estos trabajos.

⁶⁷ GHESTIN Jacques, “Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat”, edit. L.G.D.J., París 1980, nº 5, págs.

Ese nuevo enunciado se complementó con la idea expuesta anteriormente sobre la formación del vínculo mediante la aceptación definitiva de una oferta que reúna todos los elementos esenciales. El tema de la oferta y su aceptación mereció varios artículos, que antes no estaban previstos en el “Code”. Atribuyó a la promesa unilateral otorgar a quien la recibe el derecho de prestar su consentimiento, y si el beneficiario la acepta, esa promesa operará plenos efectos contractuales. De ahí que dedicó cuatro artículos a la etapa previa de negociación, que tampoco había sido regulada con anterioridad, etapa que no se da en los contratos celebrados por adhesión. La fórmula aplicable consiste en realizar una negociación preliminar, antes de formalizar el contrato, y luego, cuando está en curso de ejecución, al no ser de cumplimiento instantáneo, proseguir negociando para solucionar los conflictos que pudieran haber.

Así es concebida la teoría de la imprevisión, ya que la Corte de Casación no la admitía hasta entonces, apegada al principio “pacta sunt servanda”. Esa teoría responde a la posibilidad de que exista un cambio de las circunstancias, “rebus sic stantibus”. Se la incorporó para que, previo a la mediación judicial destinada a adaptar las prestaciones, se agoten las instancias conciliatorias (análoga a la cláusula británica “hardship”).⁶⁸ Es preciso hacer lo posible para que el contrato subsista y no se frustre.

Una innovación significativa es haber suprimido la causa final como un elemento del contrato. El legislador prescindió de ese elemento y lo reemplazó por la noción de contenido, el cual debe ser lícito y cierto. Estos dos requisitos permiten hacer una amplia exposición sobre el tema por el abanico de problemas que suscitan, motivo por el cual solo me referiré a una cuestión sensible, a saber: ¿puede el cuerpo humano ser el contenido de un contrato?. La respuesta es negativa, pues rige el postulado de la indisponibilidad del cuerpo humano por la persona, el cual no tiene ningún valor patrimonial (ley 94/653). Este principio se aplica al caso de los cadáveres y del “alquiler de vientres” o maternidad subrogada (la “mère porteuse”). Su aplicación jurisprudencial fue enriquecida con el auxilio de la deontología para respetar la dignidad de las personas en vida y después de su muerte, dado que los seres humanos están emplazados en el corazón del sistema, desde que en 1791 fue aprobada la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”.

De todos modos, la causa final objetiva subsiste, según la enseñó Domat en el siglo XVII. Un solo artículo la admite para el supuesto de los contratos

⁶⁸ SALERNO Marcelo Urbano y PAQUALINI-SALERNO Valeria, “L’effet des phénomènes économiques imprévisibles dans le nouveau Code Civil Argentin”, en *Revue Internationale de droit comparé*, n° 1-2018, págs. 1/9, en este trabajo se hace una comparación entre el régimen francés y el argentino.

onerosos, cuando una parte se obliga a hacer una prestación ilusoria o irrisoria.

Fue zanjada una antigua controversia en torno al objeto del contrato que solía confundirse con su causa final; a partir de ahora integra la obligación. De manera que el objeto pasó a ser un elemento de la obligación, consistente en la prestación asumida por el obligado a su cumplimiento, sea presente o futura, pero posible y determinada o determinable. La prestación puede ser deducida de las cláusulas contractuales, de las prácticas usuales o de las relaciones anteriores habidas entre las partes.

Especial consideración tienen las obligaciones dinerarias, que antiguamente no se hallaban sistematizadas en el ordenamiento. El legislador francés reincide en obedecer el principio nominalista, según el cual en un contrato oneroso el precio se debe abonar en el mismo numerario de la suma pactada. Ese principio admite dos importantes excepciones, a saber: a) si se ha establecido una cláusula contractual que permita someter la deuda monetaria a un reajuste conforme a la variación de ciertos índices hasta la fecha del pago; son obligaciones indexadas para garantizar el “quantum” del capital ante su posible deterioro por obra de la inflación; b) de acuerdo con la naturaleza de la obligación, como lo son las deudas de valor, una elaboración de la doctrina italiana de posguerra. Corresponde a este tema su relación con el modo de fijar el precio en los contratos marco y en la locación de ciertos servicios, ya que en ambos casos el importe en dinero a pagar puede ser fijado unilateralmente por una de las partes, siempre que no ejerza abusivamente de su derecho.

Otras novedades que deberían ser desarrolladas en profundidad son: la reformulación del efecto traslativo del contrato y la asunción de sus riesgos; los contratos reales que se perfeccionan con la entrega de una cosa (como el préstamo y el comodato); el pacto de preferencia y la estipulación a favor de terceros. En cuanto a los contratos electrónicos en el espacio virtual, se mantiene la legislación vigente mencionada, con algunos agregados.⁶⁹

V.- CONCLUSIONES

Al término de esta exposición descriptiva, cabe sentar algunas conclusiones provisorias, porque en la vida de los códigos nada es definitivo. Si el legislador francés asumió el compromiso de modernizar al “Código Napoleón”, ese compromiso lo cumplió acabadamente. El método adoptado es razonable y tiene coherencia; sienta las reglas generales de su futura aplicación, aunque la reforma dejó para más adelante regular los contratos especiales en particular. Empleó una técnica legislativa que acredita solvencia, mientras que las normas claras y precisas, se ajustan a estilo y

⁶⁹ SALERNO Marcelo Urbano, “Manifestación de la voluntad en los contratos electrónicos”, Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, año 2008, primera parte, págs. 3/15.

cuentan con sólida base teórica. Lo más importante de todo es haber revitalizado la institución contractual, fortaleciendo la soberanía del contrato en el derecho.⁷⁰

Las innovaciones legislativas reseñadas causarán efectos sobre el derecho francés; como la ley no es su única fuente habrá que aguardar la labor hermenéutica de los magistrados y la opinión de los autores. En lo inmediato, se leerán los novedosos artículos para analizarlos en profundidad, interpretándolos según sus propios términos, para luego establecer las concordancias entre sí y las analogías con las normas abrogadas. Mas esa paciente tarea sería imposible de hacer, si no se utilizase la riqueza de conocimientos proveniente de la antigua jurisprudencia y de la doctrina anterior.

Por último, evocaré las palabras que escribió Pierre Catala cuando elevó el Anteproyecto inspirado en su pensamiento: “la modernización del Código Civil –decía– lo mantendrá como eje del derecho privado, tronco robusto de donde proceden sus ramas y se ramifican sin desligarse de su cuna”. Culminó así una reforma sin afectar la estructura del Código bicentenario, cuyo seno guarda la teoría general del derecho privado, respetando la tradición jurídica de Francia.

⁷⁰ RISOLÍA Marco Aurelio, “Soberanía y crisis del contrato”, 2ª. ed., edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, pág. 110, donde el académico Risolía escribió que el mantenimiento de la noción clásica del contrato “es el mejor índice para establecer si subsiste o no la personalidad humana con la plenitud de su derecho a la libre actividad creadora”. JAUFRÉT-SPINOSI Camille, “Rapport de Synthèse”, en “TRAVAUX DE L’ASSOCIATION HENRI CAPITANT. JOURNÉES BRÉSILIENNES”, tomo LV/2005, edit. Societé de Législation Comparée, París, 2008, jurista que en la sesión de clausura de la Jornada llegó a la conclusión que se asiste al resurgimiento del contrato debido a la eficacia de la libertad contractual en todos los dominios (pág. 22).

Es autor o coautor de los siguientes libros:

- “EL TÉRMINO DE LA LOCACIÓN A PLAZO FIJO”, edit. Perrot, Buenos Aires, 1969,
- “NULIDAD ABSOLUTA Y PRESCRIPCIÓN”, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978;
- “CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. EDICIÓN CONCORDADA Y COMENTADA”, con Carlos A. R. Lagomarsino, 5ª. ed., edit. Heliasta, Buenos Aires, 2006;
- Codirector con Carlos A.R. Lagomarsino, de la “ENCICLOPEDIA DEL DERECHO DE FAMILIA” en tres volúmenes, edit. Universidad, Buenos Aires años 1991/1994.
- “OBLIGACIONES. RÉGIMEN JURÍDICO”, edit. Universidad, Buenos Aires, 1995.
- “DERECHO CIVIL PROFUNDIZADO”, edit. UMSA y Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- “PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA Y CADUCIDAD”, director y coautor, edit. La ley, Buenos Aires, 2002.
- “EL DERECHO DE LA EMPRESA EN EL SIGLO XXI”, edit. La Ley, Buenos Aires, 2005.
- “CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES”, edit. Educa, Buenos Aires, 2007.
- “NEGOCIOS INMOBILIARIOS”, 2ª. ed., edit. La Ley, Buenos Aires, 2011.
- “EL PATRIMONIO DEL DEUDOR Y LOS DERECHOS DEL ACREEDOR” en colaboración con Javier José Salerno, edit. Astrea, Buenos Aires, 2012.
- “SEMBLANZAS DE ACADÉMICOS”, Director, ANCBA, Buenos Aires, 2015.
- “GESTIÓN DIPLOMÁTICA DE MITRE PARA AFIANZAR LA PAZ, coordinador con Roberto Elissalde y coautor, ANCBA, Buenos Aires, 2019.

Marcelo Urbano Salerno