

“Columna de Opinión” para LA LEY.

“Modernidad vs. Posmodernidad en los debates actuales del Derecho Comercial”.

Eduardo M. Favier Dubois¹

I.-MODERNIDAD Y POSMODERNIDAD.

La Antigüedad, la Modernidad y la Posmodernidad son las tres grandes culturas de Occidente que implican diferentes visiones sobre el mundo y que determinan diversos comportamientos sociales..

Las mismas se han ido desarrollando sucesivamente a lo largo de la historia y hoy persisten en muy diversas proporciones.

La Antigüedad es el mundo de las religiones, de los mitos, del valor del pasado, de lo oculto, de lo no racional, del conocimiento esotérico.

La sociedad gira en torno a la idea de la divinidad como principio y fin de todas las cosas, incluyendo a la sociedad humana y al Derecho, que sustenta el poder de los reyes.

La Modernidad es una visión del mundo y un comportamiento social que se inicia a partir del Renacimiento en Europa y que tiene su mayor vigencia en la sociedad industrializada de fines del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX.

El eje de la Modernidad es la Razón, la que permite alcanzar la Verdad y la Justicia. También permite organizar debidamente a la sociedad política, en base a un “contrato social” del que deriva su legitimidad y la fuente de la autoridad. Aparecen así los Estados Modernos como base de la sociedad y se establecen instituciones que protegen las libertades y derechos de los ciudadanos.

La Modernidad es la era de la ciencia, del futuro, del trabajo, de la uniformidad, del progreso permanente, de valores absolutos que se apoyan en un ideal de hombre que, emancipado de dios y de los mitos, se constituye a sí mismo como el principio y fin de todas las cosas.

Pero en la segunda mitad del siglo XX la Modernidad entra en crisis. Hay una gran desilusión nacida del desencanto de que la razón y la ciencia puedan llevar a la felicidad. Ello frente a las atrocidades que razón y ciencia provocaron -y de algún modo justificaron- como fueron las dos guerras mundiales, el genocidio, las bombas atómicas, etc.. También hay un desencanto de la idea del progreso y del mejoramiento social frente al agravamiento de las desigualdades que produjeron los sistemas económicos y sociales.

El fracaso de la promesa de felicidad colectiva de la Modernidad, dio lugar a una serie de prácticas y cambios sociales, luego trasladados al mundo del pensamiento, que se designan como “Posmodernidad”.

Dicha denominación fue acuñada en una aguda crítica a la Modernidad que publicó Lyotard en 1979².

¹¹ Doctor en Derecho (UBA). Ex juez Nacional en lo Comercial. Profesor Titular de Derecho Comercial en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la U.B.A. www.favierduboisspagnolo.com

En contraposición con la Modernidad, la Posmodernidad es la época del desencanto. Se renuncia a las utopías y a la idea de progreso de conjunto. Se apuesta solo a lo individual, a pasarla bien.

El pensamiento posmoderno es “pluralista” y “antidualista”, cuestiona a los textos por reflejar prejuicios, sostiene que el lenguaje moldea al pensamiento y crea la realidad, y que no hay verdades absolutas sino relativas ya que todo es cuestión de perspectiva o contexto.

La Posmodernidad es el mundo de las emociones, de vivir el presente desentendiéndose del pasado y temiendo al futuro, de la diversidad, de las subjetividades, de la celebración de las diferencias, de verdades y valores relativos, de una situación donde cada uno tiene derecho a vivir, pensar y actuar según su propia voluntad³.

La Posmodernidad no implica un movimiento heterogéneo, preciso y acabado, sino en todo caso un proceso de crítica de la Modernidad donde operan diversas tendencias en constante y diferenciada dirección⁴.

Si bien en el mundo occidental de hoy predomina la cultura Posmoderna, principalmente entre las generaciones jóvenes, ella coexiste con la Modernidad y, en pequeña escala, también con elementos de la Antigüedad.

II.-SISTEMAS ECONÓMICOS.

Modernidad y Posmodernidad son fenómeno “culturales”, que no deben identificarse con sistemas “económicos”. Sin embargo, ambos se interrelacionan, se influyen entre sí y se moldean recíprocamente.

Históricamente, la Modernidad, en su mayor expansión, se corresponde con el auge del capitalismo industrial: grandes fábricas, tecnología analógica, obras de infraestructura y producción en masa que abarata los costos.

Es el momento de la vigencia del “Estado de Bienestar”, un sistema económico y social que, originado en la Alemania de Bismark, se expandió luego de la depresión mundial de 1930 y especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial por el pensamiento de Keynes, y se mantuvo en Occidente hasta el final de la guerra fría.

En dicho modelo el Estado interviene en la economía proveyendo servicios generales en materia de salud, educación, pensiones, protección del empleo y de los sindicatos y demás asistencias social, como así emprendiendo por sí obras públicas y tomando medidas para bajar las tasas de interés e inyectar fondos al bolsillo de los consumidores de modo de crear una demanda sostenida de bienes y servicios que active la inversión.

² “La condición postmoderna. Informe sobre el saber”, Jean-François Lyotard, Ed. Cátedra, Teorema, Sexta edición, Madrid, 1998. Pueden destacarse entre los críticos de la Modernidad y mentores de la posmodernidad a Jean Baudrillard, Gianni Vattimo, Jacques Derrida, Michael Foucault y Gilles Lipovestky.

³ Ballesteros, Jesus “Postmodernidad: decadencia o resistencia”, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

⁴ Ver “La Posmodernidad”, obra colectiva de J.Habermas, J. Baudrillard, E. Said, F. Jameson y otros, editada por Hal Foster, Ed. Kairos, Sexta Edición, Barcelona 2006.

Por su lado, la Posmodernidad, se corresponde por el desmantelamiento de ese Estado de Bienestar, sobre todo a partir del fin de la guerra fría, cuando el capitalismo industrial es reemplazado por el capitalismo financiero y por el denominado “neoliberalismo”.

En dicho sistema es el Mercado quien reemplaza al Estado en el rol de procurar el crecimiento económico. Las decisiones ya no se basan en consideraciones políticas, vinculadas al bien común, sino que se fundan en el criterio de “procurar ganancias a los inversores” como base para el crecimiento y para el desarrollo.

Dicho proceso también se corresponde con el de la Globalización económica por la cual se configura un Mercado Mundial que actúa sin considerar las fronteras políticas y donde las empresas multinacionales y el capital financiero internacional son los grandes actores y beneficiarios, en detrimento del poder de los Estados Nacionales y de la situación de los trabajadores⁵

III.-EL DERECHO.

En la Modernidad, tal como afirma Max Weber, el Derecho fue asumiendo cinco características esenciales: 1.-Reglas generales y uniformes; 2.-Aplicadas mediante procedimientos lógicos jurídicos; 3.-No aceptación de ningún tipo de lagunas; 4.-Irrelevancia de todo lo irracional, y 5.-Necesidad de que toda acción social esté avalada por el derecho.

Frente a ello, aparece la Posmodernidad como la búsqueda de un orden social no lineal, dinámico, que legisla para la diversidad, que respeta lo complejo con toda su variedad, y que trata de incorporar dentro de ese orden abierto las posibilidades del azar, de la libertad y de la complejidad⁶.

Es por ello que la nueva legislación posmoderna se está desarrollando en un terreno disperso y reglamentario, teniendo como base la técnica, antes que el método jurídico.

Pueden, así, señalarse algunas características del derecho en la Posmodernidad:

1.-Tiende al reemplazo de las funciones del Estado por las del Mercado, reduciendo la violencia y el disciplinamiento estatal (privatizaciones, desregulaciones, flexibilización laboral, reducción de impuestos, cambios de penas)

2.-Da prioridad a la voluntad, al individualismo y a lo contractual, a los acuerdos privados y a las soluciones consensuadas por sobre las impuestas en forma general y universal (voluntad procreacional, negociación, mediación, arbitraje, “compliance”, códigos de gobierno corporativo).

3.-Legitima al consumo y protege especialmente a los derechos del consumidor a los que, en algún modo, da más relevancia que a los del ciudadano (defensa del consumidor, identidad digital, derechos a la conectividad, datos personales).

⁵ Beck, Ulrich “¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización”, Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.

⁶ Ver Trazenies Granda, Fernando De, “Postmodernidad y Derecho”, Monografías Jurídicas Nro. 86, Ed.Temis, Bogotá 1993; Faria, Jose Eduardo “El derecho en la economía globalizada”, Ed.Trotta, Madrid 2001; Ortiz, Tulio E. y Pardo, María Laura (coordinadores) “Estado posmoderno y globalización”, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2006.

4.-Abandona las soluciones universales y uniformes para admitir soluciones particulares atendiendo a la existencia de diversos intereses individuales o grupales a tutelar dentro de una misma sociedad reivindicando y articulando las diferencias (conforme edad, localización, etnia, salud, discapacidad, religión, costumbres, origen, etc.).

5.-Abandona un modelo único de persona humana para admitir diversas formas legítimas de ser y de comportarse, respetando la autonomía de la voluntad de las partes mientras se encuentren en igualdad de poder (matrimonio igualitario, LGTB, etc.).

6.-Tiende a resolver las cuestiones particulares conforme reglas y principios generales o superiores que resulten justos para el caso, por encima de una aplicación mecánica y lógica de la ley (aplicación directa de principios jurídicos y/o de normas constitucionales y convencionales).

7.-Reconoce nuevos sujetos/objetos jurídicos a partir de la valoración de los sentimientos (animales como “personas no humanas” y también como resultado de los avances tecnológicos (“cyborgs”, inteligencia artificial, “transhumanos”, etc.)⁷.

IV.-EL CODIGO CIVIL ARGENTINO.

El principio de igualdad de los individuos resultante de la Revolución Francesa, y consagrado por el Código de Napoleón, derivó en la construcción de un arquetipo de ciudadano abstracto y privado de todas sus particularidades y connotaciones.

Es así que el Código Civil argentino del Siglo XIX fue un claro exponente de la Modernidad: el modelo que tuvo en cuenta Vélez Sarsfield era el del hombre adulto, sano, educado y de clase media alta.

Por su parte, la sanción del Código Civil y Comercial en el año 2015 marcó un cambio de paradigma hacia la Posmodernidad al modificar esa igualdad abstracta, basada en la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado, para convertirla en una igualdad concreta y real.

El Código establece un sistema de Derecho basado en principios y reglas y se “constitucionaliza” al Derecho privado lo que permite aplicar directamente normas superiores, constitucionales o convencionales.

De esos principios y valores surgen los “conceptos jurídicos indeterminados” que no solo tienen carácter supletorio sino que son normas de integración y de control axiológico y que otorgan mayor porcentaje de independencia a quien debe aplicar una disposición jurídica en la búsqueda de una solución justa.

Ejemplos de tales conceptos jurídicos indeterminados son: orden público, justicia social, interés social, urgencia, oportunidad, conveniencia, utilidad pública, interés general, gravedad, impacto ambiental, etc.

También los principios de buena fe, abuso de derecho y otros se conectan con la justicia e injusticia de las soluciones.⁸

⁷ Ver los distintos casos que plantea Andrés Gil Dominguez en “Inteligencia artificial y derecho”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2019.

⁸ Highton, Elena I. “Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del Derecho Argentino”, en “Claves del Código Civil y Comercial”, número extraordinario de la “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As. 2015, pag. 18 y stes.

Al mismo tiempo se legisla atendiendo al multiculturalismo.

Por ejemplo, el sistema de familia es lo suficientemente neutro para acoger a los opuestos modelos familiares que conviven en la sociedad del Siglo XXI, como son la familia nuclear, la familia mono parental, la familia ensamblada o recompuesta, la familia homosexual, la familia matrimonial y la familia extramatrimonial⁹.

V.-EL DERECHO COMERCIAL.

El Derecho Comercial constituye el marco legal de la “microeconomía”, esto es, de esa parte de la economía que se ocupa del comportamiento de los agentes económicos, empresas, trabajadores y consumidores, en el mercado¹⁰.

Es por eso que durante la Modernidad, vigentes el capitalismo industrial y el Estado de Bienestar, el Derecho Comercial acompañó ese rol predominante y controlador del Estado con diversas normas regulatorias y con la creación de instituciones de policía que dieron lugar a un movimiento doctrinario denominado como “Escuela de Derecho Económico”¹¹.

Una de sus manifestaciones fue la “Ley de Sociedades Comerciales” de 1972, ley 19.550 en su redacción original, con su impronta publicista, amplia protección de terceros y de socios minoritarios, restricción de la libertad contractual, amplios poderes del Registro Público de Comercio y de la Autoridad de Contralor societario y graves sanciones a las violaciones de la tipicidad y de la regularidad.

Por su parte, la aparición del neoliberalismo primero, y de la globalización económica después, generó una corriente de pensamiento denominada como “Análisis Económico del Derecho” (AED), en cuyos términos, la función del Derecho no es otra que procurar el correcto funcionamiento del Mercado¹².

Por tal razón cada norma, y cada sentencia, deben ser juzgadas conforme con su “eficiencia” que consiste en reducir los costos de transacción, con prescindencia de consideraciones morales o políticas.

Asimismo, tuvieron lugar reformas legales, nuevas leyes y/o cambios de interpretaciones de normas preexistentes, favoreciendo la desregulación económica, las privatizaciones, reduciendo o suprimiendo el control estatal y confiriendo amplia libertad contractual a los particulares.

Un ejemplo de dicho proceso lo constituye la “Ley de Concursos y Quiebras” de 1995, ley 24.522 en su versión original, con su impronta de gran poder a los acreedores, en particular a los financieros, para decidir la suerte de la empresa, reducción de la intervención estatal (facultades del juez y síndicos) y reducción de los derechos de los trabajadores en los procesos concursales.

VI.-DEBATES ACTUALES: “VICENTIN”, SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS Y ACREEDORES “VULNERABLES”.

⁹ Medina, Graciela “Claves del Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial”, en “Claves del Código Civil y Comercial”, número extraordinario de la “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As. 2015, pag.331 y stes.

¹⁰ Ver del autor “Manual de Derecho Comercial”, Ed. La Ley, Bs.As., 2016, pag.4 y stes.

¹¹ Rojo, Angel “El derecho económico como categoría sistemática”, RDCO, 1982, pag. 197.

¹² Posner, Richard A. “El análisis económico del derecho”, Fondo de Cultura Económica, Mexico 1998, entre múltiples autores.

En plena pandemia, donde los foros académicos se incrementan ante el confinamiento, podemos señalar tres debates predominantes donde confrontan Modernidad y Posmodernidad.

El principal se refiere al caso de “Vicentin S.A.”, donde a partir del D.N.U. 522/2020 de intervención transitoria y ocupación temporánea anormal (con base en una proyectada expropiación), como así en base a diversas resoluciones judiciales y administrativas posteriores, han corrido y siguen corriendo ríos de tinta¹³.

La cuestión consiste en determinar si se configura la “utilidad pública” y si es posible una intervención gubernamental de sociedades y/o si procede la intervención a pedido de la Autoridad de Contralor Societario al juez concursal, como así respecto de los poderes de éste para declarar la inconstitucionalidad y para dictar medidas cautelares atípicas.

Un segundo debate se centra en la “Sociedad por Acciones Simplificada” (SAS), y se motiva en algunas resoluciones restrictivas de la Inspección General de Justicia y en la existencia de un proyecto legislativo, hoy con media sanción, que les impone un estatuto modelo, las sujeta a fiscalización inmobiliaria, las priva de su régimen especial, limita la condición de socio y las somete al régimen general y a los controles estatales de la ley 19.550¹⁴.

La cuestión se plantea porque la S.A.S., creada por la “ley de Emprendedores”, ley 27.349 del año 2017, representa la culminación de un proceso de flexibilización societaria y la máxima expresión del sistema contractualista, lo que se abandonaría volviéndose a un sistema más publicista.

Finalmente, viene de arrastre y se mantiene un debate sobre el cobro preferente de los acreedores “vulnerables” en caso de concurso o quiebra del deudor a pesar de no estar contemplado en el régimen legal de los privilegios concursales.

Se trata de un tema que ha tenido pronunciamientos en diverso sentido, incluso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde claramente se encuentran en pugna una norma concursal específica con reglas y principios supraconstitucionales¹⁵.

VII.-NUESTRA OPINIÓN.

¹³ A título de ejemplo pueden verse las resoluciones y variados trabajos de doctrina en Revista Jurídica Argentina La Ley, de fecha 18/7/2020, de Daniel Vitolo, y los números especiales de fechas 29/6/2020, 30/6/2020 y 7/7/2020 con numerosos y prestigiosos autores.

¹⁴ Son las Resoluciones Generales de la Inspección General de Justicia nros.3/2020, 9/2020, 17/2020, 20/2020, 22/2020, y 23/2020, y proyecto legislativo con media sanción en el Senado. Ver las opiniones contrapuestas en Revista Jurídica Argentina La Ley del 24/6/2020 (Duprat-Odriozola) y del 2/7/2020 (Burghini-Marano).

¹⁵ Los fallos son numerosos y se refieren tanto a casos de concurso preventivo como de quiebra. Entre otros señalamos: CORREO ARGENTINO SA s/Concurso Preventivo s/Incidente de Verificación Tardía y Pronto Pago (por SEGURA, Carlos Alfredo) (del Juzgado Comercial nro.9 CABA, entonces a cargo del suscripto, 6, 2003; ASOCIACION FRANCESA FILANTROPICA y de BENEFICENCIA s. Quiebra s.INCIDENTE de VERIFICACION de CREDITO por L.A.R. y otros (CSJN. 2018); e INSTITUTOS MÉDICOS ANTÁRTIDA s. Quiebra s. Inc. De verificación R.A.F. y L.R.H.de F. (CSJN 2019)

A nuestro juicio, si aplicamos el modelo de la Modernidad, donde se asigna preeminencia al Estado, rigen principios publicistas en materia de sociedades, y las soluciones deben ser universales y precisas, corresponderá reconocer las facultades gubernamentales para intervenir o al menos para pedir la intervención judicial de la administración de “Vicentín”, como así la configuración de la utilidad pública y las amplias facultades del juez concursal. Asimismo, será pertinente reducir el contractualismo de las SAS y no discriminar la situación concursal de los vulnerables ante la falta de expresa previsión en la ley.

En cambio, si aplicamos el modelo de la Posmodernidad, donde se asigna preeminencia al Mercado y donde deben ser atendidas las soluciones particulares aún cuando ello signifique no aplicar reglas específicas sino principios superiores, corresponderá rechazar la posibilidad de expropiación y cualquier interferencia estatal sobre la administración de “Vicentín”, limitar las facultades del juez concursal, mantener el régimen original y privatista de las SAS y dar prioridad al cobro de los acreedores vulnerables en los concursos.

Ahora bien, dado que tanto la Modernidad como la Posmodernidad coexisten en el mundo de hoy, y considerando que cada una contiene, en sí misma, valores y contravalores, se advierte que las respuestas a cada una de las cuestiones pueden reconocer puntos intermedios y/o no ser consistentes con un solo modelo. El propósito de esta colaboración es el de procurar que, en el momento de plantear argumentos y defender posiciones, tengamos presentes a los modelos culturales, los sistemas económicos y las visiones jurídicas, propias de la Modernidad y de la Posmodernidad, que están detrás de cada posición, como modo de profundizar los debates y lograr un mejor ejercicio dialéctico en la búsqueda de soluciones superadoras.