

Primeras reflexiones obre el tratamiento dado a algunos aspectos de la actividad económica en el anteproyecto de Código Civil 2012¹

Noemí Olivera*

Resumen: Los códigos vigentes necesitan ser reformados. Redactados para la Modernidad, esto es, la sociedad burguesa triunfante en la Revolución Francesa, con la estructura económica propia del capitalismo mercantil, nuestros códigos han soportado eficientemente las transformaciones derivadas de la revolución industrial y, con menos fortuna, las de la globalización. No se requiere mayor análisis para poder afirmar que la realidad actual es, en lo social, económico y tecnológico, radicalmente diferente. Se impone, entonces, una reforma estructural del sistema jurídico. Pues bien, en lo que hace a la actividad económica, el Anteproyecto recientemente presentado parece un colorido *patchwork* tejido con la convicción de haber creado un sofisticado encaje. En el trabajo se analizan algunas de las propuestas contenidas en él.

Abstract: The current codes need to be reformed. Written for Modernity, this is the bourgeois society that emerged triumphant from the French Revolution, with the economic structure suitable for the mercantilism, our codes have endured efficiently the social changes related to the industrial revolution and, with less fortune, those of globalization. There is no need of much analysis to state that present reality is, as regards as society, economy and technology, radically different. An structural reform is, therefore, required. Well, in what concerns to economic activity, the draft bill that has recently been submitted to the Executive seems to be a colorful patchwork knitted with the conviction of having created a sophisticated lace. The paper analyses some of its proposals.

¹ El presente trabajo fue realizado sobre el texto del Anteproyecto, los Fundamentos y la Ley de Derogaciones que el señor Director del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata nos remitió, el pasado 12 de marzo de 2012, a los docentes que enviamos contribuciones a la Comisión Redactora

* Docente-Investigadora. Directora del Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

Introducción

Desde la recuperación de la democracia, periódicamente se plantea la necesaria revisión del derecho privado vigente en nuestro país, así como que el mejor camino para adecuarlo a las nuevas realidades es la unificación de los Códigos. Esas nuevas realidades, con todo, han ido cambiando y el espíritu y la letra de cada uno de los proyectos dan cuenta de ello (Olivera, 2000).

Sin duda es necesaria una reforma de los códigos vigentes. Redactados para la Modernidad, esto es, la sociedad burguesa triunfante en la Revolución Francesa, con la estructura económica propia del capitalismo mercantil, nuestros códigos han soportado eficientemente las transformaciones derivadas de la revolución industrial y, con menos fortuna, las de la globalización. No se requiere mayor análisis para poder afirmar que la realidad actual es, en lo social, económico y tecnológico, radicalmente diferente. Ni siquiera es necesario entrar en la consideración de la ya tan meneada cuestión del cambio de paradigma para poder sostener que se requiere una reforma estructural del sistema jurídico. Por lo pronto, el camino se ha reiniciado con la creación de una “Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” designada por el Decreto 191 del 23 de febrero de 2011, cuyo "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" fue presentado el pasado 27 de marzo.

Recuerdo que en los '80, en el tiempo en el que se debatía el Proyecto del Diputado Camisar, uno de mis maestros comentó que un mercantilista español cuyo nombre se me escapa dijo, en referencia al Código Italiano de 1942 que se trataba de “una gran obra, de un encuadernador”. Pues bien, en lo que hace a la actividad económica, el Anteproyecto recientemente presentado parece un colorido patchwork tejido con la convicción de haber creado un sofisticado encaje. En los párrafos que siguen analizaré algunas de las propuestas contenidas en él.

La actividad comercial

En el tiempo de discusión del Proyecto de Unificación de 1985, el maestro Héctor Alegría dijo en nuestra Facultad que la autonomía del Derecho Comercial excede con mucho la legislativa; que es la materia misma la que hace autónomo al Derecho Comercial. Y de la materia se derivan las costumbres y los principios, piedras basales de la construcción del Derecho Comercial tal como lo conocemos. Ello, aunque haya

aparecido ante nuestros ojos de estudiantes con la forma de artículos de un código, que se quiso omnicomprendido y sistemático, pero al se le fueron agregando leyes y decretos direccionados a regular situaciones nuevas. Eso sí, siempre consideradas desde la perspectiva del ‘acto de comercio’, creación del codificador francés de 1807, que los primeros efectos de la Revolución Industrial impusieron reinterpretar y al que hoy nuestros codificadores abandonan, lo que no hace más que reconfirmar que el Derecho Comercial es una categoría histórica. Eso sí, el saludable abandono del criterio objetivo no es seguido por la adopción de otro.

La lectura del Anteproyecto muestra que la actividad económica es desempeñada por ‘empresarios’ y en ‘empresas’, que todo el mundo debe saber quiénes y qué son, ya que el Anteproyecto, tan afecto a las definiciones, no caracteriza. Siendo que el concepto de empresa, en tanto fenómeno económico es esquivo al derecho, el ‘empresario’, en tanto sujeto de derecho, merece ser conceptualizado para evitar innecesarios esfuerzos doctrinarios y jurisdiccionales.

Ahora bien, cuando estas empresas “realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios” están ‘obligadas’ a llevar contabilidad. No se establece sanción para el incumplimiento de dicha obligación, como es lógico, porque no hay duda de que se trata de una carga. Así se viene explicando en la doctrina y la academia desde la sanción del Código de Comercio, cuyo Título II del Libro I se titula “De las obligaciones comunes a todos los que profesan el comercio”. Esta ‘obligación’ no alcanza, sin embargo, a quienes realizan ‘actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa’ (art.320). Por ellas, cabe consignar, se debe entender ‘agricultura familiar’², ya que en este tiempo es improbable que se realice otra actividad agropecuaria y, menos aún, conexas, sin que medie organización en forma de empresa (CCom CyA, T° I, pág.39; Pastorino, pág.641).

En caso de que se apruebe sin reformas el Anteproyecto difundido el pasado 27 de marzo o un proyecto que conserve la tendencia allí propuesta, la actividad económica sufrirá un significativo impacto, tanto en lo relativo a las personas que la realizan, como a los actos de esas personas. En principio, se puede afirmar que, en lo que concierne a la

² Entre las definiciones consideradas en Soverna et al., resulta adecuada a los fines de este trabajo la elaborada por el Foro de Organizaciones de la Agricultura Familiar, que la considera “... una forma de vida y una cuestión cultural, que tiene como principal objetivo la reproducción social de la familia en condiciones dignas, donde la gestión de la unidad productiva y las inversiones en ella realizadas es hecha por individuos que mantienen entre sí lazos de familia, la mayor parte del trabajo es aportada por los miembros de la familia, la propiedad de los medios de producción (aunque no siempre la tierra) pertenece a la familia, y es en su interior que se realiza la transmisión de valores, prácticas y experiencias” (FONAF, 2006:4).

actividad comercial, estamos ante un Código del Consumidor, el que es meticulosamente protegido en la normativa propuesta, como cabe esperar que lo sea un individuo común que se relaciona con un profesional. El ejercicio profesional de la actividad comercial, realizado por empresarios –individuales o colectivos- comerciales, industriales y de servicios y la actividad agropecuaria realizada en forma de empresa, así como la interacción entre ellos, no es objeto, en tanto, de consideración específica.

La decisión de la Comisión pone, entonces, a esos actores en un escenario regido por los principios, las costumbres y la buena fe. Una sana vuelta a la Lex Mercatoria (arg. de los arts. 9, 958 y 961 del Anteproyecto), si no fuera porque de este modo las grandes corporaciones harán sentir su fortaleza al tiempo de diseñar el estilo de su vínculo con empresas pequeñas y/o medianas. Y en su relacionamiento entre pares, las PyMEs que no tienen acceso a recursos técnicos y profesionales como las grandes empresas, ya no contarán con un anclaje normativo que, a falta de convención entre partes, sirva de marco a sus negocios (Olivera, 1996 b).

Bienes y cosas

En la Sociedad de la Información, la actividad económica recae, cada vez más, sobre objetos inmateriales. Llámense servicios, información, conocimiento o datos, lo cierto es que los intangibles explican no pocas de las transacciones realizadas en nuestros días. En este escenario crecientemente desmaterializado –ya no más meramente despapelizado-, el anteproyecto mantiene la distinción entre bienes y cosas, asignando a la energía el tratamiento que se da a las cosas (art.16), esto es, el estado alcanzado en 1968 con la sanción de la ley 17711.

Recordemos que en el Código Civil vigente los entes susceptibles de tener valor, que la generalidad de la doctrina entendió ‘económico’ (CC Exp, T° VI, p.169), se denominan cosas si tienen materialidad³ y bienes si no la tienen⁴ y que las cosas son el objeto exclusivo de los derechos reales (CC Exp, T° VI, p.166). Ciertamente es que en el Anteproyecto esta conceptualización se hace en el Título Preliminar, en el marco de una estructura que ciertamente mejora la que la ubicaba en el ámbito de los Derechos Reales. Pero, como se verá, separar la distinción de bienes y cosas de los derechos reales no basta para resolver la problemática de la apropiabilidad de cada vez más numerosos y disímiles bienes. Eminentemente intangibles, la información, el

³ Código Civil. Libro III. Art.2311

⁴ Código Civil. Libro III. Art.2312

conocimiento y los datos personales, por ejemplo, sin duda no constituyen derechos, y tampoco quedan comprendidos en el campo de la propiedad intelectual.

El Anteproyecto mantiene la conceptualización clásica de la compraventa en la definición dada en su artículo 1123⁵. Luego (art. 1124), en lo que parece una apertura a reconocer como compraventa la transmisión de bienes, en realidad la acota a la transmisión de derechos reales y títulos de crédito. Recuérdese que el art.451 del Código de Comercio que se deroga contenía, para el último caso, previsión equivalente.

Para las transacciones sobre otros intangibles no hay más previsión específica, lo que remite al régimen de la cesión. Afirman Fernández y Gómez Leo que “la transmisión de bienes que no son cosas, en rigor, no constituye jurídicamente una compraventa sino una cesión; pero los preceptos y principios que rigen son los de aquella, como que en realidad se trata de una compraventa, y excepción hecha de la naturaleza inmaterial o material de los bienes, ambos contratos presentan los mismos elementos y la situación de las partes es análoga en uno y otro, así como que en los códigos modernos se advierte la tendencia a considerar compraventa a la enajenación onerosa de cualquier cosa o derecho susceptible de apreciación pecuniaria” (Fernández, Gómez Leo, T° III A, 1986, 340). En los códigos posmodernos, al menos en el Anteproyecto, parece que no.

Ya en 1945, Garo (178) planteó que el concepto de ‘cosa mueble’ en el Código de Comercio se identifica con el significado que el art.2312 del Código Civil da a ‘bienes’. La derogación del Código de Comercio que conlleva el Anteproyecto y la previsión específica de su art.1124 en relación a bienes determinados taxativamente, retrotraen la cuestión al marco teórico que da sustento a las tradicionales interpretaciones sobre el régimen vigente en lo que hace al concepto de bienes y cosas y el alcance que cabe dar a tales normas (CC Exp, T°VI, 2011, 165 y sig.).

En la Sociedad de la Información, Sociedad del Conocimiento o Sociedad de la Información y el Conocimiento, según sea la perspectiva teórica desde la que se califique la realidad en que vivimos (Olivera, 2008), las transacciones sobre ‘información’, ‘conocimiento’ o ‘datos’ son cada vez más frecuentes. ¿Cómo se transfiere la propiedad de la información? (art.1123) ¿Son derechos, a los que se transfiere por cesión? (art.1614) ¿Quién será ‘el cedido’ a notificar? (art.1620). ¿Será necesario que una ley taxativamente señale que les cabe el tratamiento de las cosas?

⁵ Antep. Art.1123. Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero.

(art.1883). En tal caso, ¿cuánto tiempo durará el dominio sobre la información? ¿y sobre los datos? (art. 1884).

Propiedad intelectual

En el marco propuesto, que en lo sustancial mantiene el vigente, el dominio es un derecho real -sobre las cosas-, que siendo perfecto es exclusivo (art. 1943) y perpetuo (art. 1942)⁶, en tanto que la propiedad intelectual –sobre bienes consistentes en creaciones del intelecto-, siendo exclusiva, es temporal (CN, art.17)⁷. Es probable que al aceptar que el objeto del dominio pueda “consistir en un bien taxativamente señalado por la ley” (art. 1883) así como que la duración de este derecho –el dominio sobre bienes- deberá ser establecida por la ley en cada caso (art. 1884), los redactores del Anteproyecto de Código hayan tenido en vista, entre otros, los bienes comprendidos en las dos ramas en que se divide la propiedad intelectual –derechos de autor y propiedad industrial-. Ello no resulta, sin embargo, del cuerpo normativo ni de sus Fundamentos.

En este último documento, en tanto, se hace expresa alusión a la existencia de bienes sin valor económico, como partes del cuerpo, órganos y los ¡genes! ¿Son los genes parte del cuerpo de un humano en particular? ¿Pueden quienes los portan disponer de ellos, aún cuando fuera para fines científicos? (art.17). No pueden ignorar los redactores la gravedad de esta afirmación ni sus posibles consecuencias. No es negando que los genes tengan valor económico como se frenará la tendencia a patentarlos (Talavera Fernández, 2004), como tampoco pasará en el caso de la biodiversidad (Prodiversitas, 2005).

Debido a las características del desarrollo tecnológico, en tanto, la propiedad intelectual está en expansión geométrica. Sin embargo, no tiene cabida expresa en el Anteproyecto, lo que debilita la protección de creaciones no comprendidas en las normas especiales que regulan cada uno de los títulos que la componen. Hoy son las ‘bases de datos no originales’ (Directiva 95/46/CE) y las ‘expresiones de la cultura tradicional’ (UNCTAD, 2010), pero la situación, previsiblemente, se extenderá a otros casos en el futuro.

La cuestión de los ‘comunes’

Siguiendo con los Fundamentos, reconocen allí los redactores que “la relación exclusiva entre los bienes y la persona [también] ha mudado y aparecen las

⁶ Código Civil. Libro III. TITULO V. Del dominio de las cosas y de los modos de adquirirlo.

⁷ Constitución Nacional. Art. 17. ... Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. ...

comunidades”. Alentando una evocación de las ‘tierras comunales’, en España e Inglaterra anteriores al cercamiento o las de los pueblos americanos antes de la conquista, esta afirmación resulta esperanzadora de cara a las tendencias al funcionamiento en red y la construcción colaborativa del conocimiento que se advierten en la Sociedad de la Información. Estas tendencias se contraponen con la visión individualista y patrimonialista de los Códigos vigentes, que los propios redactores destacan que está agotada⁸. Es más, expresan que han incluido en el Anteproyecto “nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos”⁹. Pero, al considerar la cuestión en concreto, esto es en el plano normativo, el título III trata “[D]e los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva”. Ya no más bienes colectivos.

Podría argumentarse que el artículo 238¹⁰ no excluye el reconocimiento de bienes que sean propiedad común de una dada comunidad entre los bienes de los particulares. Pero las únicas comunidades a las que se les reconocen expresamente algunos derechos son las indígenas (art.18), con el agravante de que sólo se reconoce a las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida¹¹, y sólo a ellas, el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras y a participar en la gestión de sus recursos naturales. Entre éstos, se cuenta la biodiversidad, ¿alcanzará ‘el derecho a participar en su gestión’ para oponerse al patentamiento de una especie pretendido por su ‘descubridor’?

El Anteproyecto no considera otros derechos económicos que sería útil que les fueran reconocidos a estas comunidades y a otras que, siendo tradicionales, no son ‘indígenas’, como es el caso de las expresiones de la cultura tradicional, cuyo carácter común no está en duda. Y si por ‘expresiones de la cultura tradicional’ puede fácilmente entenderse la guarda de un poncho, un modo de hacer cacharros o el chamamé, el concepto también comprende, entre otros no menos significativos, los conocimientos vinculados a la medicina tradicional. En el marco de la tendencia al patentamiento de conocimientos sobre usos y aplicaciones de plantas medicinales (Ruiz, 2006), advertimos que ante una presentación vinculada a algún conocimiento detectado en

⁸ Fundamentos: 7. De los derechos y los bienes, 7. 1. El problema legal, pág. 23; 7. 6. El cuerpo humano, pág. 30; TITULO III. DE LOS BIENES. Capítulo 1. De los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, pág. 45.

⁹ Fundamentos. III. TITULO PRELIMINAR, 1. Razones de la existencia de un título preliminar, pág.12

¹⁰ ARTÍCULO 238.- Bienes de los particulares. Los bienes que no son del Estado nacional, provincial o municipal, son bienes de los particulares sin distinción de las personas que tengan derecho sobre ellos.

¹¹ Véanse los arts. 2, 3 y 4 de la ley 23.302 -Ley Sobre Política Indígena y Apoyo a Las Comunidades Aborígenes-.

nuestro país, la patente será fácilmente obtenida por la industria farmacéutica, sin que ‘comunidad’ alguna pueda formular oposición por falta de legitimación.

La sociedad unipersonal

Y de los bienes comunes, pasemos a la Sociedad Unipersonal, presentada como heroica recepción de una necesidad de los tiempos, cuando no es más que modesta asunción de un fenómeno de la realidad social. Eso sí, sin implementar las medidas necesarias para proteger a los acreedores débiles, ya que los fuertes habrán exigido al único socio la constitución de garantías personales proporcionales a sus créditos (Olivera, 1996 b). Bastaba con exigir reservas especiales o capitalización suficiente, al estilo de la exigida en la ley alemana (Manóvil, 1998, 438, 553 y 673).

Conclusiones provisionarias

Al anunciar la iniciativa reformadora/unificadora del Derecho Privado, la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner enfatizó el hecho de que los Códigos vigentes, que siguen el modelo del Código Napoleón, fueron eficientes por doscientos años, pero que ya no lo son en razón del cambio del contexto sobre el que están llamados a regir, por lo que cabe generar un marco normativo acorde a la realidad actual. Se puede afirmar que, en un plano discursivo, los redactores asumieron el desafío. En la propuesta presentada, en tanto, parecen haber sido víctimas del dogmatismo que impera desde antaño entre los estudiosos del Derecho Civil.

De aprobarse el Anteproyecto, entre ‘empresarios’ –ya no más comerciantes-, que se presumen iguales, regirá la Lex Mercatoria y en las relaciones de consumo –entre empresarios y consumidores-, el minucioso régimen establecido, ya no sólo en la Ley de Defensa del Consumidor –que mantiene su vigencia, salvo los arts.1, 40 bis y 52 bis que se proyecta derogar¹²-, sino en el propio texto del Código propuesto.

La derogación lisa y llana del Código de Comercio, en tanto, sin que se provea un régimen específico en su reemplazo, deja en un marco de incerteza no pocas de las previsiones que no sólo amparaban a los comerciantes.

¿Por qué aferrarse a la distinción entre bienes y cosas? España¹³ e Italia¹⁴ la abandonaron hace mucho, no sólo sin sufrir perjuicio alguno, sino que han podido

¹² Ley de Derogaciones, art.45

¹³ Código Civil español, **Art. 333**: Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles.

¹⁴ Codice Civile italiano, Artículo 810: Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti.

afrontar en mejores condiciones la aparición de objetos inmateriales valiosos y transables.

Por fin, en un tiempo en el que desde la sociedad misma, o al menos, desde algunos sectores de la intelectualidad, se pone en cuestión la propiedad individual tal como se la entendía en la Modernidad liberal, como en el caso de las licencias Creative Commons, ignorar la ‘propiedad común’ más allá de las tierras de los indígenas no parece adecuado.

Referencias

Código Civil Explicado (2011) Compagnucci de Caso R., Ferrer, Kemelmajer de Carlucci A., Kiper C., Lorenzetti R. L., Medina G., Méndez Costa M. J., Mosset Iturraspe J., Piedecasas M., Rivera J. C., Trigo Represas F. (Directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

Código de Comercio Comentado y Anotado (2005) Rouillon A. (Director). La empresa agraria. T° I, La Ley.

Fernández R., Gómez Leo O. (1986) *Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial*, T° III A, Depalma, Buenos Aires.

Garo F. (1945) *Tratado de las compra-ventas comerciales y marítimas*, Ediar, Buenos Aires.

Manóvil R. M. (1998) *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Olivera N. (1996 b) “¿Necesita el Mercosur la empresa individual de responsabilidad limitada?”, *ler. Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial*, Mar del Plata, mayo de 1996, Universidad Notarial Argentina, artículo completo (pág.139 a 157), Sociedades y concursos en el MERCOSUR, Ad-Hoc, Buenos Aires.

Olivera N. (1996 a) “Actuación mercantil de las PYMES en el MERCOSUR”. En: *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 29, N° 169 a 174, págs. 465-553, Depalma, Buenos Aires.

Olivera N. (2000) “La desprotección de la pequeña y mediana empresa en el proyecto de código civil 1998”. *Congreso Nacional de Sociología Jurídica*, La Plata, 2000, FCJyS, UNLP, Pág.57 a 66,

Olivera N. (2008) “Reflexiones en torno al sistema jurídico de la Sociedad de la Información”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, N° 38 (Nueva Serie) Editorial La Ley pp.597/609.

Pastorino L. (2009) “La Empresa Agraria”. En: Ana Isabel Piaggi (Directora) *Tratado de la empresa.*, T° I, Abeledo Perrot.

Prodiversitas (2005) *Proyecto GEF/PNUD/ RLA/92/G 32. Patentes, Propiedad Intelectual y Biodiversidad Amazonica. Tratado de Cooperación Amazónica.*

Disponible en: <http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota16.htm>

Ruiz M. (2006) *La Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina*, UICN, BMZ, SPDA, Lima - Perú.

Soverna S., Tsakoumagkos P., Paz R. (2008) *Revisando la definición de agricultura familiar* - Buenos Aires: Secretaría Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos. E-Book. (Serie Documentos de Capacitación; 7). Disponible en:

<http://www.proinder.gov.ar/Productos/Biblioteca/contenidos/doccap.07.%28ebook%29%20revisando%20la%20definici%C3%B3n%20de%20agricultura%20familiar.pdf>

Talavera Fernández P. (2004) “Patentes sobre genes humanos: entre el derecho, el mercado y la ética”, *Cuadernos de Bioética*, 2004 , p.213-255, Asociación Española de Bioética y ética médica. Disponible en:

<http://www.aebioetica.org/rtf/04BIOETICA54.pdf>