

**“CAMBIOS EN LA TEORÍA DE LA EMPRESA”<sup>1</sup>****Ricardo LORENZETTI**

Abstract: Análisis de la teoría de la empresa y las modificaciones producidas en tres aspectos relevantes de la misma.

Palabras Claves: ACTIVIDAD COMERCIAL – EMPRESA – CONSUMIDORES – MEDIO AMBIENTE – CONTRATO – DERECHOS INDIVIDUALES – DERECHOS COLECTIVOS

### Cambios en la teoría de la empresa

Hace ya algunos años tuvimos oportunidad de referirnos a la teoría de la empresa, su evolución y los cambios que –acompañando a la realidad–, inexorablemente esta figura jurídica debería afrontar.

El aniversario del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que tengo el orgullo de integrar, es una buena oportunidad para mencionar tres de los puntos más importantes en relación con algunas de las modificaciones que se han producido: las fuentes de la regulación de la actividad empresaria, el derecho de los consumidores y la protección del ambiente.

### La regulación de la actividad comercial y su pluralidad de fuentes

La regulación de la actividad comercial es, metodológicamente considerada, una aplicación de las normas del derecho común a un supuesto particular. El estatuto del comerciante se construye en base a categorías conceptuales del ordenamiento civil mayor. Esta fue la concepción de los codificadores franceses, que en el derecho comercial se limitaron a proponer algunas reglas de excepción, remitiéndose para lo general al Código Civil<sup>2</sup>

Las cosas han cambiado en los tiempos que vivimos.

El derecho comercial se ha planteado como autónomo, y a su vez ha sufrido su propia descodificación a través de una multiplicidad de leyes especiales, y subespecialidades. Conviven hoy los dictados constitucionales que incluyen tratados internacionales, con leyes especiales que no son aplicaciones particularizadas de la norma general que se encuentra en el Código de Comercio, sino verdaderos estatutos especiales.

Debemos también tener en cuenta la especialización dentro de la materia y sus propias fuentes de creación normativa.<sup>3</sup>

Todos ellos con influencia directa en el nacimiento, accionar y crecimiento de una empresa como tal y en su relación con la sociedad en la que actúa.

La explosión de la sistemática basada en la codificación es harto evidente y es sustituida gradualmente por una insularización basada en problemas, alrededor de los cuales se convocan las

---

<sup>1</sup> 25° ANIVERSARIO DEL INSTITUTO DE LA EMPRESA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

<sup>2</sup> (conf. Le Pera, Sergio, "Cuestiones de Derecho Comercial Moderno", p. 29. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974. A esto se alude en realidad cuando se señala que el derecho comercial es un desprendimiento del derecho civil).

<sup>3</sup> Lorenzetti, Ricardo L., Las normas fundamentales de Derecho Privado, pág. 15, Editorial Rubinzal Culzoni.

ciencias.<sup>4</sup>

#### Principales problemas de la empresa actual

El mayor desafío que deben enfrentar las empresas en la actualidad, sin perjuicio de las cuestiones de regulación propia que acabamos de mencionar, radica en su relación con la sociedad.

Grupos empresarios y grupos sociales son protagonistas de los mismos conflictos y esto requiere de ambos actores un nuevo diálogo en búsqueda de soluciones.

El crecimiento del derecho del consumidor y los conflictos ambientales son puntos centrales de este diálogo que no en todos los casos encuentran a la empresa y a la sociedad como contrapartes.

#### El crecimiento del consumo y su regulación

La actividad empresaria se ha orientado al crecimiento y provisión de bienes y servicios. Cuando se la reguló, solo se pensó en la actividad de intermediación: el acto de venta y reventa.

Luego, se incorporaron los procesos productivos y de distribución, generando nuevas figuras.

A esto se le sumó la aparición de grupos empresarios, de redes contractuales y la oferta masiva de bienes y servicios.

El ciudadano vive contratando con comerciantes, puesto que la sociedad actual lo ha comercializado todo. La enfermedad se contrata con empresas de servicios médicos, la muerte con las de servicios fúnebres, la educación con los colegios privados, las vacaciones con las de turismo, la alimentación con supermercados, la vivienda con empresas de construcciones, todo es suministrado por empresas.

La actividad empresaria, al encarar la contratación masiva, provoca una de las bifurcaciones más ricas del derecho contemporáneo: los contratos de consumo y los contratos entre empresas.

En nuestro país la ley 24.240, modificada por la ley 26.361 establece deberes a cargo de los proveedores referidos a la oferta, publicidad, salud de los consumidores, garantías, información y responsabilidad que atienden a la debilidad del sujeto contratante.

Hemos dicho que el derecho de los consumidores fue una respuesta protectoria de los ausentes de la actividad económica.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial.”<sup>5</sup>

Aún más, reflejó con mucha claridad esta situación al afirmar que “la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para quienes los reciben. El funcionamiento regular, el respaldo de las marcas y del Estado es lo que genera una apariencia jurídica que simplifican y los hacen posible. Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad creada y representada por el derecho. El fortalecimiento de la apariencia jurídica y de la confianza son esenciales para estos sistemas, que no podrían subsistir tanto si se negara protección jurídica a las marcas, como si se exigiera que el consumidor se

---

<sup>4</sup> Hemos tenido oportunidad de referirnos a este fenómeno en el trabajo “Problemas actuales de la teoría de la empresa” (LL 1994-C, 731)

<sup>5</sup> “Ledesma” y “Uriarte Martínez”, cit. En el mismo sentido protectorio ver también 09/03/2010 (Fallos: 333:203).

comportara como un contratante experto que exigiera pruebas e información antes de usar el servicio.”<sup>6</sup>

El inconveniente es que entre el microsistema de la comercialidad y lo consumerista, no hay diálogo.

Hay, hasta hoy, principios jurídicos disímiles, leyes distintas, tribunales separados, doctrinarios y congresos, que constituyen finalmente microsistemas autónomos y que, deseablemente, deberían ser superados en pos de mejorar el diálogo entre comerciantes y consumidores.<sup>7</sup>

El ambiente como objeto de protección

Otra cuestión muy importante para mencionar es el impacto que tiene la actividad empresaria en el ambiente.

Así como es indiscutible que se derivan de la actividad lo que conocemos como externalidades positivas<sup>8</sup>, es innegable que toda actividad tiene un costo, en este caso para el ambiente.

Es cierto que aunque principalmente en últimos 40 años se ha reconocido la necesidad de protegerlo de las externalidades negativas derivadas de algunas actividades, aún hoy la preocupación por la producción suele ponderarse por sobre el cuidado del ambiente, constitucionalmente protegido y contemplado en tratados internacionales y estatutos especiales.

En materia ambiental se suscitan infinidad de situaciones que nos hacen ver que, por las características propias de los bienes en conflicto en estos casos, las respuestas deben ser urgentes y definitivas.

Por ejemplo, en materia de políticas de Estado vinculadas con el comercio y la producción, una posibilidad es que el Estado prohíba la instalación de empresas que dañen al ambiente; o exija a éstas que demuestren que no causen perjuicios, como requisito para su instalación; o deje que los detrimentos se produzcan y luego obligue a indemnizar; y en este último caso puede hacer que la empresa sea responsable o bien difundir el costo entre toda la comunidad.

También puede ocurrir que los productos elaborados por el empresario y los servicios que presta, causen perjuicios a terceros no vinculados con ellos. El legislador puede dejar actuar al mercado o bien limitar el poder de hecho empresario mediante leyes de protección al consumidor. En este último caso puede hacerlo con diversas intensidades, ya que algunas disposiciones son más restrictivas que otras respecto de la actividad empresaria.

En cualquiera de los casos, los perjuicios que se produzcan van a reflejarse en los bienes ambientales (esfera colectiva) y en la esfera individual, por rebote de la actividad que perjudica el macrobien.

Claro ejemplo de esta realidad es el problema de la contaminación del Riachuelo, un megaproceso que incluye a cinco millones de personas, cientos de empresas, varios municipios y estados.

En este caso, la Corte reafirmó que “el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y

---

<sup>6</sup> “Ledesma” y “Uriarte Martínez”, cit. En el mismo sentido, “Ferreyra”, 21/03/2006 (Fallos: 329:646) y “Mosca”, 06/03/2007 (Fallos: 330:563),

<sup>7</sup> Que en palabras de la Corte debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley.

<sup>8</sup> Para ampliar, ver nuestro trabajo “Problemas actuales de la teoría de la empresa”, cit.

deseables propósitos para las generaciones del porvenir”<sup>9</sup> sino una obligación de todos los actores del sistema.

En el marco del proceso, el Tribunal requirió a las empresas demandadas: información sobre los desechos y residuos de toda naturaleza que arrojan al río; sobre los sistemas de tratamiento de dichos residuos; y acerca de la existencia de seguros contratados en los términos del art. 22 de la ley 25.675.

En materia de control por parte del Estado, se solicitó la presentación de los estudios de impacto ambiental correspondientes a cada una de las actividades desplegadas.

Producto de los datos provistos por todas las partes de este proceso (en informes presentados y en sus manifestaciones en las sucesivas audiencias públicas que se llevaron a cabo en el marco de la causa), se ordenó la realización de inspecciones periódicas a todas las empresas de la Cuenca Matanza Riachuelo, la presentación de planes de saneamiento para todas aquellas empresas que hubieran sido consideradas como agentes contaminantes y el cese en el vertido, emisión y disposición de sustancias contaminantes que impacten de un modo negativo en la cuenca para las que no lo hubieran presentado o aprobado.

Finalmente, entre los puntos más importantes, también se ordenó la reconversión de la industria o su eventual relocalización.

Solo esta mera descripción de algunos de los hechos más importante en relación con la actividad empresaria en la causa “Mendoza”, muestran que el planteo de estas situaciones necesita la necesidad urgente de adecuación del sistema así como su insuficiencia para lidiar con estos conflictos. Es indispensable que la empresa comience a pensar en términos ambientales a la hora de desarrollar cualquier actividad.

#### El papel de la unificación civil y comercial

El anteproyecto de Reforma, Actualización y Armonización del Código Civil y Comercial establece previsiones que resultan de gran utilidad en la relación entre la empresa, los consumidores y la protección del ambiente.

#### *Fuentes*

Una de los puntos a considerar, que ya mencionamos, se relaciona con la pluralidad de fuentes que concurren en materia comercial y de regulación de la actividad empresaria y la necesidad de la unificación a este respecto.

Si bien es cierto que esta idea se ha cuestionado en la actualidad, puesto que la descodificación es un fenómeno incontrastable, también es cierto que es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores.

El anteproyecto prevé esta cuestión inspirado en la constitucionalización del derecho privado, el paradigma protectorio y no discriminatorio, así como también la especialidad de la materia, a efectos de proporcionar seguridad jurídica en las transacciones mercantiles.

En este ánimo, se han regulado los contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos, régimen contable de los comerciantes y muchos entre otros temas. También se ha regulado el valor de la costumbre contemplando los casos en que la ley se refiera a ella o en ausencia de regulación.

---

<sup>9</sup> “Mendoza”, 20/06/2006 (Fallos: 329:2316) y los numerosos pronunciamientos dictados en el marco de dicho proceso.

En materia de interpretación y a fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, se incorpora un artículo relacionado con reglas de interpretación, que comienza por las palabras de la ley.

Asimismo, se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación.

Se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales.

Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema.

También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico.

#### *Regulación de los derechos individuales y colectivos*

En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El proyecto da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales y su explotación.

En relación a los temas que venimos considerando, conviene examinar el distingo entre derechos individuales y colectivos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló, en el precedente “Halabi”<sup>10</sup>, que “la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular”. Es decir que la regla general son los derechos individuales protegidos por la Constitución y el Código Civil, lo que incluye el derecho de dominio, condominio, etcétera. En el mismo precedente “Halabi” se dijo: “los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (artículo 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos”.

Esta clasificación resulta de vital importancia a la hora de definir una política de acción empresaria en determinado lugar o la explotación de determinado bien, ya que la legislación contempla la protección del bien como categoría jurídica, por ende el grado de protección y la posibilidad de demandar el cumplimiento de esa protección resultan concretas y definitivas.

En materia de ambiente y consumo el reconocimiento de los intereses de incidencia colectiva viene a equilibrar la ecuación frente al proceder-eventualmente- reprochable de alguna empresa.

---

<sup>10</sup> “Halabi”, 24/02/2009 (Fallos: 332:111).

Asimismo, permite a la empresa contar con elementos certeros de evaluación de costos y políticas de incentivos para la producción limpia, por ejemplo.

#### *Consumidores*

En el ordenamiento jurídico argentino los derechos del consumidor tienen rango constitucional, también reconocido por la doctrina y la jurisprudencia.

Siguiendo estos lineamientos, el anteproyecto incorporó la regulación de los contratos de consumo.

La importancia de esta regulación para la actividad empresaria, radica en que la protección establecida para los consumidores impactará en las prácticas comerciales, en la prevención de daños y en la evaluación de costos, solo por mencionar algunos puntos importantes.

#### *La función social y ambiental del contrato*

Nos parece importante mencionar un punto más de las reformas incorporadas al Anteproyecto: la función social y ambiental del contrato.

Esto tiene su razón en que hemos mencionado la complejidad del vínculo entre la empresa y la sociedad como uno de los puntos a resolver.

La doctrina italiana ha desarrollado la idea que de el contrato debe satisfacer una finalidad económico social, la cual resulta de su utilidad o trascendencia social, y es determinada tomando en cuenta el interés público, una función socialmente digna, que debe responder a la protección de los contratantes, especialmente del más débil.

En el anteproyecto, la función social aplicada al contrato comprende a los de consumo, celebrados por adhesión y a los discrecionales, lo cual incluye en un mismo concepto a finalidades muy disímiles.

Asimismo, consideramos que la función no es solo social, ya que existe otro aspecto más nuevo que es la función "ambiental", que no responde a la división entre contratos de consumo y discrecionales, ni tiene relación alguna con el principio protectorio.

La función ambiental es transversal a todos los contratos: se aplica tanto a las empresas como a los consumidores.

Esta función permite al juez moderar la colisión entre el ejercicio de los derechos individuales y el de los colectivos, como el ambiente.

#### *Colofón*

En este breve desarrollo hemos querido mencionar algunos de los problemas más nuevos en materia de regulación de la actividad empresaria y presentamos las previsiones relativas a esta materia que realiza el anteproyecto de reforma del Código civil y comercial.

Esperamos que sean una invitación a reflexionar sobre las soluciones propuestas.