

MERCANTILIDAD DE LOS CONTRATOS DE EDICIÓN Y DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

Arturo DÍAZ BRAVO *

El tema de esta charla ofrece la poco usual oportunidad de hacer referencia a la curiosa evolución legislativa de ciertos actos y contratos, por cuanto algunos de ellos, surgidos en la práctica mercantil, han sido adoptados por los usos *civiles* y viceversa. Pero ello, conviene recordarlo, en países de derecho privado bifronte, como el nuestro, ofrece algunos inconvenientes, de orden puramente procesal unos, y de naturaleza sustantiva otros, máxime si se toma en consideración que, también como consecuencia del doble aparato legislativo, muchos de esos actos y contratos devienen mixtos, lo que resulta por demás aberrante. Antes de entrar en la materia propia de estas notas, examinemos previamente algunos casos y sus absurdas consecuencias, que en ciertos supuestos configuran situaciones inextricables. Por seguir algún orden, trataré de ajustarme al cronológico.

Metafóricamente hablando, el seguro nació en el mar, como operación entre comerciantes, dotada de la más pura aleatoriedad, y tal vez inspirada en el contrato de préstamo a la gruesa, pero con un ánimo confesadamente especulativo por parte de los celebrantes, puesto que en esta primera etapa se otorgaba exclusivamente sobre bienes destinados al comercio por vías marítimas; naturalmente, pronto se extendió al comercio por vías terrestres.

Pero es el caso que, en el curso de los siglos, individuos no comerciantes encontraron que este contrato era susceptible de celebrarse para cubrir intereses no comerciales, y aun intereses totalmente alejados de cualquier consideración patrimonial, como en el caso del seguro sobre la vida, con ciertas excepciones que no viene al caso mencionar en este momento; y entonces fue necesario regular el contrato también como operación puramente civil, por lo que a nadie puede extrañar que apareciera previsto, así en las leyes mercantiles como en las civiles decimonónicas.

* Experto en contratos mercantiles.

Ahora bien, como sabemos, nuestro contrato cobró un gran auge no sólo a raíz de su proyección a otras áreas de la actividad económica, sino tal vez más aún como consecuencia del prodigioso desarrollo del industrialismo, lo que condujo a su *tecnificación*: la empírica apreciación del riesgo hubo de ser sustituida por un cuidadoso empleo de estadística y del cálculo de probabilidades, elementos todos ellos que decidieron su ubicación como contrato de *empresa*. En efecto, sólo una entidad económica de amplia solvencia patrimonial y de legalmente garantizada permanencia podía ofrecer las necesarias bases de confiabilidad ante el alto y aleatorio monto de sus responsabilidades contractuales.

Y de esta suerte, el nuevo panorama impuso la necesidad de erigir al asegurador como empresa obligadamente mercantil, y de sustraer a tal legislación civil, al parecer definitivamente, la regulación del contrato de seguro, para configurarlo como operación siempre mercantil.

Otra venerable institución surgida dentro de la vida comercial, los títulos de crédito, presenta en la actualidad perfiles por demás dignos de estudio, que a mi juicio claman por una reconsideración legislativa.

En este caso sin reparo alguno, los documentos de que se trata se han venido considerando mercantiles a todo trance, y en el curso de varios siglos han sido previstos y regulados por las leyes comerciales, sin consideración a la naturaleza del acto o contrato del que deriven, ni al carácter de los sujetos que en ellos intervengan; de ese modo, el pago o promesa de pago de una deuda puramente civil, entre personas no comerciantes, adopta naturaleza mercantil si se consigna en un documento de esta laya.

Pero ello, como antes apunté, en realidad configura un despropósito: no es lógico que una operación puramente civil adopte naturaleza comercial por el solo hecho de que se consigne en un documento considerado de esta última naturaleza por las leyes respectivas. Debo apresurarme a expresar que no olvido la circunstancia de que, al lado de la mercantilidad del documento, y por tanto de las acciones derivadas del mismo, subsiste la relación original, con su pristino carácter civil.

Indudablemente con el propósito de conjurar la situación así creada, el legislador civil mexicano decidió, al redactar el vigente estatuto civil del Distrito Federal (y el mismo camino siguieron varios legisladores de nuestras entidades federativas), adoptar ciertos atributos de tales títulos de crédito, y configuró los llamados títulos civiles a la orden o al portador, que por supuesto no son títulos de crédito, pues según expresión del propio legislador, de ello sólo "...se adoptan las formas comer-

ciales del endoso y la transmisión... a la orden y al portador". Y es por ello que no me resulta fácil compartir el criterio de algunos tratadistas mexicanos en el sentido de que estos documentos civiles son verdaderos títulos de crédito, y por lo mismo su regulación quedó derogada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Mal podía el legislador mercantil, y por tanto federal, derogar una ley civil, consecuentemente local, en una materia que además no plantea incongruencia ni contraposición alguna. Como antes indiqué, reputados autores militan en el campo *derogacionista*, entre ellos Borja Soriano, Barrera Graf y Gutiérrez y González; en cambio, sostenemos la validez de la regulación civil Rojina Villejas, Bejarano Sánchez y yo.

Véase, pues, cómo una figura impregnada de mercantilidad ha tomado un lugar en la legislación civil, si bien desprovista de algunas de sus mejores galas, y tal vez por ello, pero creo que más bien por desconocimiento, hasta ahora ha sido escasamente empleada en la vida de los negocios civiles.

Casos hay, por supuesto, que han seguido un camino contrario, esto es, que surgidos en el medio civil, han irrumpido en la vida comercial con un atuendo apropiado, que sin embargo no oculta su origen, del que por lo demás no tienen por qué avergonzarse: me referiré, en estas notas, al arrendamiento, la fianza y la hipoteca.

El arrendamiento encontró, hace pocos años, una muy interesante y hoy día profusamente concertada manifestación mercantil, que es el arrendamiento financiero, el cual jurídicamente sólo difiere del arrendamiento común en la adopción de la cláusula de promesa de venta por parte del arrendador; hay que admitir que, en razón de ello, y de sus peculiares características económicas, esta nueva operación arrendaticia consigna otras estipulaciones, desconocidas e impropias en el arrendamiento común, lo que ha suscitado serias discusiones en torno a su naturaleza jurídica, que no es el momento de reproducir. Este arrendamiento financiero, además, ha seguido un curioso proceso que yo podría calificar de involutivo, pues todavía encima de su indumentaria mercantil, algún legislador estatal de nuestro país le ha colocado un ropaje civil y lo ha incluido entre los contratos civiles, lo que me permite afirmar que en este caso el derecho civil se ha cobrado la deuda contraída por el derecho mercantil.

En cuanto a la fianza, su operación profesional, reiterada y lucrativa ha impuesto también la necesidad de dotarla de ciertos atributos para ajustarla al más dilatado campo del derecho mercantil: ante todo, fue preciso, como en el seguro, asignar carácter de fiador a la empresa, y, por lo que se refiere a su estructura formal, exigir su consignación

en una póliza; también hubo de suprimirse su calidad de obligación subsidiaria y erigirla con carácter solidario. En estas condiciones, se ha presentado como fianza mercantil, mal llamada fianza de empresa.

Por lo que hace a la hipoteca, tal vez la más acusada de sus proyecciones mercantiles es la llamada hipoteca sobre la unidad industrial de una empresa, que presenta como rasgos diferenciadores de la hipoteca tradicional los siguientes:

a) Como lo indica el nombre con el que se le conoce, sólo puede constituirse sobre el conjunto de bienes y derechos, tanto muebles como inmuebles, de una negociación industrial o comercial;

b) Sólo puede otorgarse para garantizar el pago de un préstamo o crédito de naturaleza bancaria;

c) La institución bancaria acreedora puede oponerse a la venta de algunos bienes afectos a la garantía, así como, en su caso, a la fusión de la sociedad deudora, cuando con ello peligre la seguridad del crédito respectivo.

Después del anterior proemio, que a pesar de su extensión no me ha parecido ocioso, pues los examinados procesos de trasiego legislativo son botones de muestra de la necesidad de adaptar las leyes a las cambiantes necesidades de la vida económica, paso a analizar las figuras que constituyen el tema de esta charla, que también configuran actos o contratos que, por una u otra causa, han visto modificada su ubicación legislativa.

Todavía muestra el Código civil para el Distrito Federal el hueco dejado por el legislador federal cuando en 1956 sustrajo la regulación de los llamados derechos de autor a la competencia del legislador común.

En lo personal, siempre me ha parecido confusa esta *federalización* de los derechos autorales. En primer lugar, encuentro que entre las facultades del Congreso de la Unión (artículo 73 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos) no aparece la de legislar en materia autoral; el punto con el que guarda una mayor semejanza el tema que me ocupa es el consignado en la fracción XXIX, inciso F), del indicado precepto: "Para expedir leyes tendientes a . . . la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional".

Cierto es que ya en su versión original, el artículo 28 del mismo cuerpo legal reconoció y sigue reconociendo, como privilegio temporal, el de los autores para la reproducción de sus obras, así como el de los inventores para el uso exclusivo de sus inventos, pero ello en modo alguno significa que corresponda al legislador federal la facultad de

regular el reconocimiento de tales privilegios, mientras no se le atribuya expresamente en el propio estatuto constitucional, y buena prueba de tal aserto es que el mismo legislador facultó al Poder Ejecutivo para expedir, en 1928, la regulación de tales derechos precisamente en el Código civil para el Distrito Federal, y el mismo estado de cosas prevaleció hasta el año de 1956. Por supuesto, los legisladores de las entidades federativas siguieron la misma línea de conducta, e igualmente regularon, en sus respectivos códigos civiles, el reconocimiento de los derechos autorales.

Más aún, en la actualidad existen códigos civiles de algunas de dichas entidades que consignan disposiciones sobre los derechos de autor.

Cabría preguntarse, por tanto, qué ocurrió en 1956 que haya servido como génesis de la federalización que se examina; pues absolutamente nada, fuera de la inopinada expedición de la ley autoral: el artículo 28 constitucional conservaba su texto original.

Lo propio puede predicarse de los llamados derechos de propiedad industrial, que igualmente reconocidos en la Constitución política, desde hace muchos años encontraron acomodo en la legislación federal.

Me parece oportuno puntualizar aquí que el reconocimiento constitucional de un derecho o institución no supone necesariamente su federalización, salvo que la propia Carta Magna así lo determine, lo que no ocurre con los derechos de autor y los de propiedad industrial. Así, el artículo 27 configura el derecho de propiedad inmueble, pero su regulación corresponde al derecho común; los artículos 14, 16, 17 y otros prevén la existencia de tribunales judiciales, pero la normación de los comunes no es facultad del legislador federal; lo propio puede afirmarse del Ministerio Público, de la enseñanza superior y de otras instituciones y derechos.

En cambio, y volviendo al tema de estas notas, sin el menor reparo admito la facultad del legislador federal en materia de comercialización del derecho de propiedad, así como de los derechos de autor y de propiedad industrial, pues los respectivos preceptos constitucionales se la atribuyen para dictar leyes en materia de comercio y de transferencia de tecnología.

Mas como esta última postura personal plantearía, por sí sola, una afirmación dogmática, que enfáticamente rechazo, y que además es incompatible con la necesidad de fundar legalmente una conclusión jurídica, dedicaré el resto de este discurso a armar el mecanismo que permite proclamar la mercantilidad de los contratos respectivos.

Todavía estamos lejos de configurar un consenso en cuanto a la naturaleza jurídica de los llamados derechos de la personalidad, intelec-

tuales, extrapatrimoniales, de propiedad intelectual, sobre bienes jurídicos inmateriales, etcétera, que con estos y otros nombres se les menciona en el derecho comparado; incluso su elenco y clasificación son objeto de opiniones divergentes y aun encontradas; se predica el carácter económico o patrimonial de algunos, como los que hoy ocupan nuestra atención, y el extrapatrimonial de otros, sin que el ámbito de aquéllos y de éstos se encuentre perfectamente delimitado; entre los extrapatrimoniales se mencionan el derecho a la intimidad, a la imagen, al incógnito, a la reputación moral, al respecto a las convicciones o creencias morales y religiosas, etcétera. Como ahora no puedo extenderme sobre este punto, me limitaré a recordar que las teorías en cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos de autor y sobre la propiedad industrial presentan los más variados matices, pero todo parece indicar que las dos más importantes son: la que le atribuye el carácter de propiedad, sustentada en nuestro medio por Ortega Serralde, Alberto Vásquez del Mercado y Jorge Barrera Graf, y la que los ubica en una nueva categoría, al margen de las tres tradicionales. Me parece justo mencionar que el autor de esta segunda corriente es Edmond Picard, quien a fines del siglo XIX planteó las dificultades para ubicar estos derechos en cualquiera de los que constituyen la tradicional trilogía, y sobre tal dificultad elaboró la teoría de los *derechos intelectuales*, que en otro lugar he calificado de audaz por novedosa y seductora por su hábil construcción.

El propio Picard y sus secuaces han expuesto las razones por las que estos derechos no son colocables en categoría alguna de las clásicas:

- a) No son susceptibles de un inmediato disfrute económico;
- b) Porque su representación material es, en principio, ilimitadamente repetible;
- c) Por cuanto su naturaleza les permite ser objeto de posesión simultánea, lo que no es posible en los derechos materiales.

Por mi parte, resignadamente me alinee en la corriente del tratadista belga, pero creo que la misma no aclara en su totalidad la situación jurídica del autor y del inventor, a quienes, como todos sabemos, las leyes reconocen derechos *morales* y derechos pecuniarios; creo que la postura picardiana atañe sólo a los derechos morales, pero deja sin precisar la naturaleza de los derechos pecuniarios, máxime si se toma en consideración que son temporales.

En otro lugar he expuesto mi postura sobre este punto de la siguiente manera: al prohibir los monopolios, con algunas salvedades, el artículo 28 constitucional proclama en cambio los privilegios *temporales* que, para la explotación respectiva, pueden concederse a los autores,

artistas e inventores; se trata, pues, de un *privilegio temporal*, pero ¿quién y con qué efectos concede tal privilegio?; el Estado, por supuesto, mas dado su carácter temporal, sólo concierne a los derechos pecuniarios, no así a los morales, que son perpetuos. De esta suerte, no puede por menos que admitirse que tales derechos pecuniarios, bien que reconocen como fuente original la creación de la obra o invento, sólo surgen a la vida jurídica y son exigibles a partir del momento en que el Estado concede el privilegio temporal para el uso exclusivo, por manera que, a mi juicio, tal es su carácter jurídico: el de un privilegio administrativo temporal.

Aquí podría argüirse que también el ejercicio de los derechos morales está condicionado, conforme a las leyes respectivas, a un acto de reconocimiento por parte del Estado, pero la respuesta a ello acude pronta: en este caso no es el Estado el que concede privilegio alguno, sino que es la ley la que otorga estos derechos, por el solo hecho de la creación de la obra o el invento y, exclusivamente para establecer la *presunción* de autoría y facilitar el ejercicio de los derechos, configura mecanismos administrativos de mero reconocimiento de su previa existencia.

No menores son las dificultades para enmarcar el carácter jurídico de los contratos relativos al aprovechamiento de estos derechos por terceros. Cuando de la transmisión plena se trata, *stricto sensu* podría hablarse de compraventa, puesto que el artículo 2248 del Código civil la define como el contrato por virtud del cual "... uno los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho..."; sabemos, empero, que en la práctica no se emplea el vocablo *compraventa*, sino el sustantivo *cesión*, tal vez como manifestación de una subconsciente resistencia a admitir que el enajenante tiene un derecho de propiedad; tampoco ignoramos que los derechos pecuniarios de autor no pueden cederse con carácter definitivo, y que tarde o temprano los debe readquirir durante su vida, o sus causahabientes durante los cincuenta años que sigan a su fallecimiento.

Por su parte, también las licencias de explotación de los derechos relativos a la propiedad industrial muestran perfiles que dificultan su encuadramiento en un carácter jurídico preciso, discusión que también debo pasar por alto pues, como en el caso anterior, no constituye el tema central de estas notas.

Cuando un autor pone su obra en manos del editor lo hace, por hipótesis, animado del deseo de que dicha obra se difunda por los medios de reproducción respectivos, que actualmente han alcanzado una incalculable diversidad de manifestaciones y, con ello, le reporte un beneficio

pecuniario; en otras palabras: si el autor entrega la obra al editor para que éste le configure el *corpus mechanicum* y la *comercialice*, no cabe dudar del propósito de especulación *comercial* que proclama el artículo 75, fracción I del Código de Comercio como condición de mercantilidad de la enajenación de un bien.

Contemplada la misma relación contractual por el lado del editor, la conclusión tiene que ser la misma, pues además así lo establece la fracción IX del referido precepto mercantil que, como está unánimemente admitido, con pésima expresión gramatical reputa actos de comercio las empresas, y por ello ahora nadie discute que en realidad se refiere a los actos de tales empresas, en este caso las editoriales y tipográficas.

El mismo razonamiento opera respecto de los contratos de transferencia de tecnología, en cualquiera de las manifestaciones de esta última, llámense conocimientos técnicos, inventos, mejoras, secretos de fabricación, patentes, marcas, avisos, nombres comerciales, etcétera, y en este caso tal vez con mayor claridad que en el de los derechos de autor, pues si en este último se dan supuestos de mera reproducción para obsequiar el *corpus mechanicum*, y entonces no podría predicarse el propósito lucrativo por parte del autor, resulta inconcebible una intención no lucrativa en un contrato de transferencia de tecnología.

Por supuesto, no ignoro que en la práctica se celebran convenciones de aparente gratuidad en la transmisión de conocimientos técnicos, pero tales pactos suelen formar parte de un *paquete* contractual en el que aparecen otras estipulaciones de claro contenido comercial, de ordinario indisolublemente ligadas a las supuestamente gratuitas: compra-venta o arrendamiento de equipos, maquila, prestación de servicios complementarios y otras.

Y de ese modo estamos, una vez más, de cara a una enajenación con propósito de especulación comercial.

De la misma opinión son, en nuestro medio, Oscar Vásquez del Mercado y Omar Olvera de Luna, quienes en sus respectivos tratados sobre contratos mercantiles, y sin considerar necesaria la invocación de fundamento legal alguno, examinan estos contratos.

Por lo demás, tampoco en este punto podemos abrigar la presunción de originalidad, pues ya desde hace varios años algunas leyes extranjeras proclaman la mercantilidad del contrato de edición y de los al mismo asimilados; así, los códigos de comercio de Colombia, Guatemala, El Salvador, Honduras y Panamá, todos ellos justamente calificables de recientes.