

De los actos de comercio a la noción jurídica de empresa en la realidad peruana

Pedro A. Flores Polo

Gerente General de la Cámara de Comercio de Lima.

Uno de los temas más apasionantes que existen hoy en los campos del Derecho Económico, Derecho Empresarial y Derecho Comercial es el problema del concepto y definición de la "empresa", su naturaleza jurídica y los fundamentos jurídicos de la "empresa" como institución. Como acota el maestro venezolano Alfredo Morles Hernández, a nivel mundial ni siquiera existe uniformidad en la terminología que utilizan los autores al referirse a la "empresa". Hay —dice— notables excesos conceptuales donde los autores abusan de las concepciones abstractas, a tal extremo que algunos expertos, como el venezolano Mármol Marquis, citando a Asquini, concluye en que: "podiera suceder que el lector terminara por preguntarse si la empresa realmente existe". Agréguese a ello las corrientes de unificación del Derecho Mercantil al Derecho Civil, o a la inversa, que permiten tomar como eje conceptual al "acto de comercio".

En este artículo, partiendo del estudio de la realidad peruana, exponemos algunas reflexiones con la finalidad que sirvan como un punto de partida para intentar una solución a un problema que en nuestro país también es objeto de agudas divergencias, pero que en nuestra opinión se contrae a cuestiones de forma y no de fondo, porque para nosotros la empresa existe como realidad y como instituto jurídico desde muchos años atrás, a tal punto que la "comunidad laboral" que dejaron los militares en la última dictadura (1968-1980) es una de las expresiones más peruanas de la llamada "reforma de la empresa". Las bases jurídicas de la empresa en el Perú están perfectamente establecidas en la Constitución de 1979.

1. DE LOS "ACTOS DE COMERCIO" A LA NOCIÓN DE "EMPRESA"

La noción jurídica de "empresa" nació con los actos de comercio y circunscrita a la "empresa mercantil", o sea, la actividad económica jurídicamente organizada que tenía por objeto la circulación de la riqueza. Así la recibió nuestro Código de Comercio de 1902, copiándose los fundamentos del Código Español de 1885, considerando a la riqueza misma

como elemento necesario para la intensificación de la industria, de la producción y del consumo, según acota nuestro distinguido maestro, Andrés León Montalbán.

Si nos remitimos al Código de Comercio de 1902, en el artículo 1o., cuando se trata sobre quiénes son "comerciantes" y se habla de: "Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código"; y cuando en el artículo 2o., in fine, se dice: "Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y **cualesquiera otros de naturaleza análoga**", ahora, 85 años después, en 1987, podemos advertir cómo el legislador de aquel entonces intuía el formidable desarrollo que iba a adquirir el comercio como fenómeno económico cuyas proyecciones ya no se limitarían al simple intercambio de bienes y servicios con propósito de lucro, sino que ya en aquel entonces abarcaba a "las industrias", o sea, las empresas encargadas de la transformación de la riqueza, y a muchas otras formas de actividades productivas que tienen relación con los diversos procesos del fenómeno económico, de la producción, circulación, distribución y consumo de la riqueza.

La Exposición de Motivos del Código de Comercio, respecto del artículo 2o., sobre el problema de la determinación de cuáles son los actos de comercio y cuáles no, decía: "Verdad es que el concepto que ha formado del Derecho Mercantil el nuevo Código, exige para su completo desarrollo la determinación, por parte del legislador, de una regla o patrón que sirva de criterio a los particulares, y a los tribunales para decidir en cada caso concreto lo que debe entenderse por acto de comercio. Pero esta determinación constituye uno de los problemas más difíciles de la ciencia moderna. Así, la Comisión ha ensayado la redacción de varias fórmulas, fundadas unas en el sistema de una definición científica, y calcadas otras en la idea de una enumeración de todos los actos comerciales. Este último método, seguido por el Código Italiano, aun en el supuesto de que fuera completa la lista de las operaciones mercantiles, ofrecería siempre el inconveniente de cerrar la puerta a combinaciones hoy des-

conocidas, pero que pueden fácilmente sugerir el interés individual y el progreso humano, según atestigua elocuentemente la historia de los últimos cincuenta años. Y en cuanto al primer método, sobre que ya es antiguo dogma jurídico, que toda definición en Derecho es peligrosísima, la discusión de cuantas fórmulas han sido presentadas, ha puesto en relieve que en sus términos generales se comprendían actos de la vida civil, que en manera alguna caben en la categoría de comerciales. La Comisión, en vista de tales dificultades, se decidió al fin por una fórmula práctica, exenta de toda pretensión científica; pero tan comprensiva, que en una sola frase enumera o resume todos los contratos y actos mercantiles conocidos hasta ahora, y tan flexible, que permite la aplicación del Código a las combinaciones del porvenir. Acontece a menudo que es muy difícil, por no decir imposible, abarcar en una definición o en una clasificación hecha a priori, un orden determinado de fenómenos o hechos jurídicos que, sin embargo, es cosa fácil clasificarlos a posteriori, y distinguir su verdadero carácter a medida que se van presentando. Ni los tribunales, ni los comerciantes han vacilado en calificar de actos de comercio las nuevas combinaciones y efectos mercantiles inventados en los últimos tiempos, cuando realmente han tenido ese carácter; y por esto la Comisión, fiando más que en la ciencia, en el buen sentido, ha declarado que son actos de comercio, todos aquellos que menciona el Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga; dejando la calificación de los hechos, según vayan apareciendo en la escena mercantil, al buen sentido de los comerciantes y a la experiencia y espíritu práctico de los jueces y magistrados".

La misma disyuntiva que se les planteó a los que elaboraron la Exposición de Motivos del Código de Comercio en 1902, se les presenta ahora a quienes buscan los fundamentos jurídicos de la "empresa" a nivel mundial, en 1987, con la diferencia sustancial de que hoy nadie discute en lo relativo a la realidad peruana que el marco de la empresa comercial le ha servido de referencia a la empresa en general para que construya su estructura y normativa y vaya elaborando su teoría general de relieve jurídico y con marcado corte económico.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha venido precisando desde 1902 qué negocios entran en el marco del artículo 1o. del Código de Comercio, y se ha ido pasando de una posición mercantilista y muy limitativa, donde una empresa agrícola o inmobiliaria, o ganadera, no podía calificarse como de naturaleza jurídico-mercantil, hasta la fecha, en que nadie se preocupa de estas disgresiones de tipo tradicionalista, y por tanto, superadas, porque la realidad es poderosa y supera a la ley, la misma que decae y muere, ante nuevos requerimientos de la dinámica socio-económica. En 1902 no se podía concebir que entre los actos de comercio se incluya el negocio de

una sociedad anónima con el objeto de prestar servicios profesionales de cirugía cardio-vascular o de neuro-oftalmología; o de comercialización mayorista de un grupo de fabricantes; o de una empresa dedicada a la recuperación de minerales; o de una sociedad anónima que explote el giro de bingos o juegos de azar o esté afecta al pago de licencias especiales de policía y que pague impuesto a la renta bajo cifras estimadas. **En forma inconsciente se ha venido consagrando la idea de que todo aquello con carácter mercantil tiene contenido empresarial cuando se practica de modo habitual, organizado, bajo una estructura legal determinada.**

La evolución del concepto de "acto de comercio" nos permite sostener que en nuestro país el Derecho Mercantil se ha venido enfocando desde el punto de vista de la empresa para desembocar en la actualidad ante una realidad típicamente empresarial que sigue dos grandes modalidades: 1) empresario individual; 2) empresario colectivo.

2. EL "FACTOR HUMANO", EL "FACTOR CAPITAL" Y EL "FACTOR POLITICO" EN EL CONCEPTO ACTUAL DE "EMPRESA"

La función económica del "empresario" —afirma el maestro mexicano Mario Bauche García Diego— es la de "organizar los elementos de la producción" (capital y trabajo). La importancia de esta función es tan grande que se ha llegado a afirmar que el "único factor de la producción es el empresario", mientras que el capital y el trabajo son simples medios de la producción¹. Compartimos la primera premisa; discrepamos absolutamente de la segunda; y queremos completar el esquema, a nuestro modo de ver, añadiendo el "factor político" como uno de los elementos que, en nuestra realidad, componen el proceso productivo mirado a la luz del concepto jurídico de empresa. Este aspecto "político" debe entenderse como el marco institucional donde actúa el empresario; donde se desarrolla la empresa. Economía social de mercado, según nuestra Constitución.

Pasada la 2da. Guerra Mundial y sobre la base del extraordinario desarrollo de la sociedad anónima y de negocios que en torno a ella pueden explotarse, organizarse y desarrollarse, se advierte que el listado de comercio de bienes y servicios traspasa los límites de la circulación de la riqueza y entra a otros campos de la actividad económica, involucrando fenómenos de explotación de recursos naturales en la fuente de producción, como la actividad minera en sus múltiples formas hasta actividades de circulación que abarcan muchos países y continentes, dando forma a las "empresas multinacionales de transporte, financieras, servicios, tecnológicas, etc. Hemos pasado del acto de comercio (1902) a la "unidad de producción" (1987).

Pero la noción de empresa que estaba subyacente en el acto de comercio, con el transcurrir del tiempo,

1. Bauche García, Diego Mario: "La Empresa". Ed. Porrúa S.A., México 1977.

desde 1902 a la fecha, ha ido tomando otros elementos del proceso productivo que le han marcado profunda huella en su contenido conceptual, como son los elementos: 1) capital; 2) trabajo; 3) recursos naturales; 4) marco político e ideológico. Suficiente con revisar los subtítulos del Título III del Régimen Económico de nuestra Constitución Política, del artículo 110o. al artículo 163o. Se trata sobre los recursos naturales, la propiedad, la empresa, la hacienda pública, la moneda y la banca, el régimen agrario y las comunidades campesinas. Todos estos rubros están referidos, de un modo u otro, al contenido conceptual de la empresa.

Haciendo una revisión rapidísima del tratamiento del "factor trabajo" y del "factor capital" antes de la Constitución de 1979, apreciamos que en el Código de Comercio de 1902 se les considera a los trabajadores ya como comisionistas u otras formas del "mandato mercantil", bajo las denominaciones de "factores, dependientes y mancebos" (Arts. 275 y sgtes.). Estas normas eran aplicables no sólo a los negocios comerciales sino a los industriales, de servicios, agrícolas, bancarios, mineros; y así sucesivamente se fue extendiendo su campo de acción, porque estábamos ante los albores del concepto de "empresa" en nuestro país; y el Derecho regula y reposa en normativa sobre hechos que tienen trascendencia jurídica, y lo que estamos recordando son hechos con trascendencia jurídica en la vida empresarial peruana, marcadamente mercantil hasta la Constitución de 1979, con sus antecedentes desde 1968 a 1980 que fueron llamados por los militares como expresiones de la reforma de la empresa.

Estas normas del Código de Comercio de 1902 fueron superadas por la legislación laboral, cuyo espectro fue creciendo en la medida en que fue disminuyendo el carácter objetivo de la empresa mercantil para dirigirse más hacia el hombre, como agente y fin de la producción.

En 1959 se promulgó la Ley No. 13270, Ley de Promoción Industrial, a la que podemos calificar como la primera expresión tangible del Derecho Empresarial Peruano, porque define a la "empresa industrial" y regula el marco jurídico de su actuación, pero sin considerar, en lo absoluto, al factor trabajo. Por eso se le califica como una ley exclusivamente de corte capitalista; es decir, referida, orientada, guiada sólo en función del factor capital. Su artículo 3o. decía: "Se denomina 'empresa industrial' o simplemente 'empresa', a la persona natural o jurídica que ejerce una determinada actividad económica que, por su finalidad, está amparada por esta Ley de Promoción Industrial, con la amplitud o con las limitaciones que ella determina". Se identifica a la empresa con su titular, sea persona individual o jurídica, pero siempre que ejerza actividad económica preponderantemente industrial. No contiene esta ley ninguna norma referida a los trabajadores de la empresa industrial.

En 1966 se promulgó la Ley No. 16123, Ley de Sociedades Mercantiles, derogándose las normas per-

tinentes sobre contrato de sociedad mercantil que contenía el Código de Comercio de 1902 (Artículos 124o. a 181o., 211o. a 236o. y 958o. a 960o.); Ley también de corte exclusivamente capitalista, donde no se menciona en lo absoluto al trabajador, salvo la pálida referencia contenida en el artículo 119o. sobre "títulos de goce" o "participaciones acordadas a los trabajadores", pero sin reconocerles carácter de "acciones", es decir, sin permitirles injerencia alguna en el capital de la empresa o sociedad. La figura contractual más difundida por esta Ley No. 16123 es la sociedad anónima, forma societaria que no ha sido superada hasta hoy en el mundo occidental; mucho menos en nuestro país, pese a los intentos de la dictadura militar de 1968 a 1980, dentro del marco de la llamada "reforma de la empresa".

Parece que los legisladores y los empresarios en nuestro país se olvidaron de que somos parte integrante de la cultura occidental y que los tiempos iban cambiando. En la década del 60 se comienza a vivir la corriente de "socialización de la empresa" o socialización de los medios de producción. Inclusive, la Iglesia Católica formula expresiones tangibles de reforma en el tratamiento del capital y del trabajo, abogándose por la dignificación del trabajador y por una participación más justa en la distribución de la riqueza. Los modelos socialistas de economía centralmente planificada comienzan a infiltrarse profundamente en la estructura empresarial occidental y en nuestro país los militares resultan subyugados por el "modelo yugoeslavo", y nos encontramos con el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada que impone los modelos exóticos de la Comunidad Laboral y de la Empresa Autogestionaria, sin consultarle a los protagonistas del proceso empresarial, es decir, a los empresarios y a los trabajadores, y por ello su rotundo fracaso, con las consecuencias de atraso para el desarrollo socio-económico del país.

Las normas sobre Comunidad Industrial, Comunidad Minera, Comunidad Pesquera, Comunidad de Telecomunicaciones y sus correlativas Comunidades de Compensación, junto con las Empresas de Propiedad Social, constituyen los ejemplos más claros de la profunda intervención del Estado en la empresa peruana, a tal extremo que los militares le llaman a este proceso "reforma de la empresa"; y en la práctica ello se traduce en la admisión forzosa de la Comunidad Laboral como socio obligatorio en la empresa privada, a título de cogestión, o sea, participación en la propiedad, en la dirección o gestión empresarial, y en las utilidades de la empresa. Todo ello, en función del factor trabajo. Pero, a los trabajadores no se les hizo participar democráticamente en la elaboración de estas "reformas"; tampoco a los empresarios a quienes, por el contrario, se les satanizó y no supieron hacer frente común y solidario a través de sus instituciones representativas que fueron hostilizadas por la dictadura.

Esta es una realidad que los peruanos no podemos pasar por alto porque hemos vivido dentro de sus marcos desde octubre de 1968 hasta 1980, y son

más de diez años de vida jurídica, aunque sea bajo los dictados de un gobierno de facto, pero esa vida jurídica y esa reforma de la empresa hecha por los militares ha dejado una huella profunda en la historia jurídica, económica y política del Perú. Y estas expresiones las hemos dejado escritas en nuestra producción bibliográfica elaborada en plena época de la dictadura, porque siempre hemos sido amigos de llamar a las cosas por su nombre.

Como abogados hemos advertido, también, que el llamado "modelo económico pluralista" que fue la conclusión del proceso de reforma de la empresa ejecutado por la dictadura militar, ha quedado impreso en el artículo 112o. de la Constitución Política de 1979, y que se traduce en el principio que dice: "Art. 112o.— El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características". Los constituyentes de 1979 recogieron la mayor parte de los esquemas sobre reforma de la empresa que desarrollaron los militares desde 1968 hasta 1980.

Por su parte, el artículo 56o. de la Constitución resume la "conquista de los trabajadores" durante el período de "reforma de la empresa", y la dignificación del factor trabajo dentro del llamado "pluralismo económico". Su texto dice: "Art. 56o.— El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa, de acuerdo con la modalidad de ésta. La participación de los trabajadores se extiende a la propiedad en las empresas cuya naturaleza jurídica no lo impide".

Nadie puede negar que el concepto de "empresa" en el Perú ha tenido un largo recorrido de consolidación y de transformaciones radicales desde 1902 hasta la fecha (1987), constituyendo un capítulo aparte, desde 1968 hasta 1980; y de allí para adelante, el crecimiento formidable, desarticulado y polémico de la empresa estatal, todo ello marcado por la impronta mercantil que parte del acto de comercio y evoluciona hacia el concepto de "empresa".

Como puede apreciarse, nuestra realidad empresarial ofrece un universo de hechos jurídicos y económicos concretos, bien definidos, porque las empresas están allí, vivas, y siguen desarrollándose, al amparo de la Constitución y bajo formas societarias que presta el Derecho Comercial. El problema doctrinario es importante; pero aparente, a nuestro modo de ver. Sólo falta en el Perú una Ley de Bases de la Empresa, donde se precisen y desarrollen los lineamientos básicos que contienen la Constitución y las leyes vigentes.

La doctrina y legislación comparadas, así como la realidad de las empresas en otros países, desarrollados y subdesarrollados, nos puede servir como referencia, pero nunca para copiarnos el esquema de fondo, porque de ser así (como estamos acostumbrados, la ley iría contra la realidad; a espaldas de la realidad. Joaquín Garrigues² afirma que los investigadores buscan en vano un concepto jurídico de la empresa que refleje su unidad económica como organismo vivo, y para obtenerlo pretenden reconducir a unidad jurídica los distintos elementos de la empresa. Como dice Montoya Manfredi, la empresa es un "conjunto organizado de elementos heterogéneos", unidos por el vínculo de la "identidad de destino económico", agrega. Mas, nosotros consideramos que los doctrinarios deben solucionar su problema partiendo de su propia realidad, y bajo dos conclusiones generales en las que podemos coincidir, y que precisa el maestro español Garrigues: 1) La imposibilidad de encajar actualmente a la empresa en los cuadros y nomenclaturas tradicionales del Derecho; 2) La plena coincidencia del Derecho y la Economía en la definición de empresa como organización de elementos heterogéneos movidos por la idea rectora del empresario y por la actividad de éste y la de sus colaboradores.

3. LA CONSTITUCION DE 1979 Y SU DEFINICION JURIDICA DE LA "EMPRESA"

En nuestra opinión, e independientemente de las inquietudes y dudas doctrinarias, remitiéndonos a nuestra realidad económica y empresarial, que es lo que trasciende al mundo jurídico, consideramos que para definir jurídicamente a la "empresa" debemos partir de la Constitución Política de 1979 en cuyo artículo 130 se le define jurídicamente, aunque muchos sostienen que esta definición es "económica" antes que jurídica, pero que nosotros sepamos, la Constitución es la máxima expresión jurídica de un país y a ella nos atenemos.

Muy distinto es que para el analista, la definición constitucional no satisfaga sus exigencias jurídicas, o que no reúna los elementos que tradicionalmente recoge una definición jurídica; eso es otra cosa, pero, a la fecha, para avanzar la construcción del Derecho Empresarial Peruano tenemos que partir, indefectiblemente, de la definición del artículo 130.

El numeral ya mencionado dice: "Artículo 130o. Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley".

En la bibliografía nacional, escasa todavía en lo que respecta a nuestra Constitución encontramos el comentario de Chirinos Soto, quien dice: "La definición constitucional de empresa con la que aquí trope-

2. Garrigues, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil", Ed. Porrúa S.A., México 1977.

zamos es probablemente anticientífica. En todo caso, me parece innecesaria".³

Miguel Mena, coincide con nosotros y concluye en que la afirmación de Chirinos Soto carece de sustento legal. "Podríamos aceptar que la redacción del Artículo 130o. no es perfecta; pero, discrepamos en cuanto se sostiene que es una definición anti-técnica o innecesaria. Si por anti-técnica se ha querido decir que no es propio de la técnica constitucional la inclusión de definiciones; de acuerdo, pero aún así, el asunto es que, en realidad, el artículo 130 de la nueva Carta no define a la empresa como instituto jurídico; simplemente se limita a una característica económica de la empresa (cualquiera sea su modalidad): "medio de producción", y dos finalidades que deben cumplir todas las empresas, de ahora en adelante; a) eficiencia; y, b) contribución al bien común. Establece deberes jurídicos que, si no se cumplen hacen pasibles de sanción a sus infractores".

En concordancia con este precepto 130o. debemos remitirnos al artículo 112o. que dice: "Artículo 112o.— El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo a sus características".

Nada más claro para concluir, en principio, que para nosotros, los peruanos, la empresa está jurídicamente definida, "cualquiera sea su modalidad", como "unidades de producción" que tienen que cumplir tres requisitos fundamentales: 1) ser eficientes; 2) contribuir al bien común; 3) someterse a la ley. Este marco general concuerda con la orientación humanista de la Carta, donde "la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía", como reza el Preámbulo.

En lo jurídico, estas "unidades de producción" que define el artículo 130 de la Carta Fundamental, deben actuar y realizarse dentro del marco que delimita el artículo 112o., es decir, dentro de un marco de "pluralismo económico", que no admite paternalismos ni preferencias, como sucede en la realidad que vivimos, en que ciertas empresas, como las estatales y las cooperativas (las de producción agraria azucarera), reciben un trato especial y privilegiado frente a las empresas privadas. Por ejemplo, a partir de agosto de 1985, implementado el control de precios como forma de luchar contra la inflación, y bajo el nombre peyorativo de "congelación de precios", las empresas privadas sufren una serie de dificultades para producir, comprar y vender, y para "coexistir" democráticamente con las empresas estatales, que gozan del proteccionismo oficial, pese a que son las

responsables, en parte importante, del grave déficit que viene arrastrando nuestro Presupuesto General de la República.

A las empresas públicas o estatales no se les aplica en forma rígida el mecanismo burocrático del control y congelación de precios; ellas suben sus precios cuando quieren y como quieren, y como gozan en algunas áreas de producción de cierta especie de monopolio, no le queda al empresario privado otra cosa que someterse a sus exigencias y pagar sobreprecio, para subsistir; al final, quien paga es el consumidor y esto acelera la inflación y el país sale perdiendo.

El mismo artículo 112o. de la Constitución dice que la economía nacional se sustenta "en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa". Y enumera, a continuación, las diversas formas de propiedad y empresa, a través de realidades que conocemos perfectamente, como son: 1) empresa estatal, que puede ser propiedad total o parcial del Estado; 2) empresa privada, que es propiedad de particulares; 3) empresa cooperativa, que es propiedad de las cooperativas y de sus socios, idealmente; 4) empresa autogestionaria, o empresa de "propiedad social", creadas en la proyección idealista de la dictadura militar de 1968-1980, y cuya concepción fracasó por resultar extraña a nuestra idiosincracia; 5) empresa comunal, que se aproxima a las Comunidades Campesinas o Nativas, para impulsar su proyección agropecuaria; 6) empresa de "cualquier otra modalidad". En este último rubro anotamos a la "empresa informal", que según algunos tiene el 60 o/o de la producción empresarial total del país.

Todas estas formas de propiedad y de proyección empresarial que define el artículo 112o. de la Constitución Política del Perú "actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características"; ello significa, en nuestro modo de ver, el reconocimiento formal de la personalidad jurídica de la empresa, a nivel constitucional, con independencia de las personas naturales que la integran y de la forma societaria o modalidad grupal que adopte.

Nos ha animado a profundizar nuestra reflexión en este punto la lectura analítica de las reflexiones de nuestro apreciado amigo y colega, Fernando Vidal Ramírez quien dice: "Conferirle personalidad jurídica a la empresa supone aceptar su autonomía y existencia propias, dándole cabida en la gama de personas jurídicas, no requiriendo de un titular pues ella misma se constituiría en sujeto de derecho. No es ésta la posición del Derecho Positivo, lo que no obsta para que la doctrina formule diversos planteamientos teóricos con la finalidad de encontrar una explicación satisfactoria y sustentable por quienes quieren encontrar subjetividad en la empresa e incorporarla a la

3. Chirinos Soto, Enrique: "La Nueva Constitución al alcance de todos". Editorial Andina S.C.R.L., Lima 1979, p. 136.

4. Mena, Miguel: "La Empresa en el Perú". Cultural Cuzco S.A., Lima 1986.

gama de entes dotados de personalidad jurídica. Sin embargo, y como excepción, se da el caso de la empresa individual de responsabilidad limitada, a la que Lucrecia Maish —a quien rindo emocionado recuerdo ante su trágica desaparición física en el movimiento sísmico que asoló a la ciudad de México— dedicó envidioso estudio que la convirtió en precursora en el Perú”.

“En la empresa individual de responsabilidad limitada, la empresa está dotada de personalidad jurídica distinta a la de la persona natural que la funda y, como señala Montoya Manfredi, se deja a salvo la responsabilidad patrimonial unitaria del titular de la empresa. Torres y Torres-Lara, quien se ha constituido en el Perú en uno de los más caracterizados impulsores de la subjetividad autónoma de la empresa, encuentra en esta forma de organización empresarial el inicio del reconocimiento a la empresa de una personalidad propia y diferente de la de su titular”.

“Con la salvedad, pues, de la empresa individual de responsabilidad limitada y con precisión en cuanto a que sólo en ella la empresa ha adquirido una personalidad jurídica propia, consideramos que, por lo menos en el Perú, en el estado actual del Derecho Positivo, se mantiene la distinción entre el sujeto titular de la empresa y aquello que constituye la empresa, la que sigue siendo, para el ordenamiento jurídico, en expresión de Montoya Manfredi, un conjunto heterogéneo de diversos elementos”.⁵

Discrepamos fraternalmente con Fernando Vidal y acompañamos en sus conclusiones a Carlos Torres y Torres-Lara, quien sostiene, al igual que nosotros, desde muchos años atrás, que la empresa en el Perú tiene personalidad propia y diferente a la de su titular, tal como sucede con la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL) normada por el Decreto Ley No. 21621 del 14 de setiembre de 1976, y concebida como una figura jurídica nueva en el Perú, establecida en atención a la realidad social, política, económica y empresarial que siempre ha buscado —en nuestro medio— una solución al problema de la responsabilidad en el manejo de los negocios, para diferenciar el patrimonio del titular de la empresa, del patrimonio empresarial afectado a la empresa misma. Además, todas las empresas legalmente establecidas en el Perú y que actúan bajo alguna forma de sociedad comercial o civil tienen personería jurídica distinta de la de sus socios o accionistas.

Remitiéndonos siempre a nuestra realidad que es lo primero que debemos analizar y examinar con profundidad, en todo problema jurídico, queremos precisar que la Constitución deja abierta la personería jurídica de la empresa a la “que la ley señala de acuerdo con sus características”, y esto significa —a nuestro modo de ver— que la Constitución se remite a cualquiera de las formas societarias que la ley mercantil establece y que desde la promulgación del Código de

Comercio de 1902, le presta a las empresas para que adquieran personería jurídica y forma legal; además, se incluye a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, normada por el Decreto Ley No. 21621; al modelo “reformado” de la sociedad anónima que recibe al socio obligatorio que es la Comunidad Laboral; a las transnacionales, que tienen como marco de acción las relaciones empresariales internacionales; y, en general, a cualquier otra forma societaria o de agrupación empresarial normada por la ley, inclusive las sociedades civiles tan mal reguladas por la Ley General de Sociedades (Decreto Legislativo No. 311) porque se les reconoce su fin preponderantemente económico siempre “que no constituya especulación mercantil”, o mejor dicho, que no persigan fines empresariales, lo que en esta época resulta contradictorio y absurdo.

4. CONCLUSIONES

En conclusión, por ahora, podemos afirmar —con Rodrigo Uría— que la empresa, partiendo de nuestra Constitución de 1979 es un modo de actividad económica o “unidad de producción”; “actividad organizada”, como sostiene el colombiano Gabino Pinzón; plasmado todo ello en una realidad socio-jurídica compleja y en constante cambio y perfeccionamiento; bajo la forma jurídica o no del negocio individual o de las sociedades comerciales, ya sea que la empresa sea legítimamente organizada o que esté actuando en la “informalidad” como decimos en el país para no decir “al margen de la legalidad” porque ni paga impuestos ni cumple obligaciones sociales, pero tiene trascendencia a nivel de las cuentas nacionales y del Producto Bruto Interno, ya que moviliza mucho dinero.

Sostenemos que el concepto y definición jurídica de “empresa” como problema insoluble hoy muy discutido por los tratadistas, no es sino un espejismo, ya que todas las empresas legalmente establecidas en el Perú y las que actúan informalmente tienen sus orígenes —directa o indirectamente— en el “acto de comercio”, que define el artículo 1o. del Código de Comercio y han adoptado el ropaje jurídico o la estructura del negocio individual o de las sociedades mercantiles o civiles. **Las bases económicas, jurídicas y sociales de la “empresa” en el Perú de hoy (1987) están en el negocio o empresa comercial.**

La afirmación anterior en el sentido de que buscar otras explicaciones jurídicas a la realidad llamada “empresa” es un simple espejismo se comprueba analizando hipotéticamente la evolución de una empresa nacional que comenzó en 1920, por ejemplo, como simple negocio individual (amparado por el Código de Comercio de 1902); en 1940 se transformó en sociedad colectiva; en 1960 se transformó en sociedad anónima, siempre al amparo de la ley comercial, pero trahajando en el negocio agropecuario (para hacer la

5. Vidal Ramírez, Fernando: “La Concentración de las Sociedades Transnacionales y la Legislación Limitativa de su accionar en el Perú”, Separata de la Rev. Jurídica de Buenos Aires, 1986—II—III, Abeledo—Perrot.

ejemplificación más ilustrativa) y se acogió en 1962 a la Ley No. 13270 (Ley de Promoción Industrial), porque incursiona a esa fecha en la actividad de transformación de productos agropecuarios de uso industrial; en 1972 se ve obligada a ingresar al ciclo de "empresa privada reformada" que introdujo la Revolución de Velasco, y tiene que cumplir con la legislación sobre comunidades laborales para admitir al socio obligatorio: "la comunidad industrial"; pero siguen los mismos socios de 1940 y ya no existe su socio fundador, el comerciante individual de 1920; con el agregado de que ahora a todo este esfuerzo productivo bien organizado, bajo la ley comercial, se le reconoce su carácter de "empresa" y se le impone reformas. En 1975 esta misma "empresa reformada" debió desprenderse de algunas secciones subsidiarias y acogerse, usando fórmulas tomadas de la Ley de Sociedades Mercantiles No. 16123, sometiéndolas a la legislación sobre Pequeña Empresa, porque a la empresa privada reformada grande o mediana le resultó muy difícil subsistir en este período revolucionario caracterizado por modelos exóticos ajenos a nuestro tradicional esquema empresarial y democrático. Esta misma empresa originada al amparo de la ley comercial en 1920, sigue avanzando en su proyección histórico social, porque la empresa es como todo ser viviente, un ente destinado a hacer y crecer, y expandirse, para en algún momento decaer y morir (disolverse y liquidarse) o desdoblarse, para defenderse de la ley que pretende reformarla, limitándola, no dejándola desarrollarse a su amplitud. Esta misma empresa en 1980 acoge algunas subsidiarias al nuevo régimen de la Pequeña y Mediana Empresa (establecido por el Decreto Ley No. 23189 para intentar salvar el ensayo de la legislación sobre pequeña empresa que en nuestro país nació esterilizado por la limitación mental en su concepción) y las deja como "medianas empresas" para que conti-

núen usando la forma de sociedad anónima. Paralelamente, en 1982, la principal se acoge a la nueva Ley General de Industrias No. 23407 y adecúa su sección de exportación no tradicional a las diversas leyes sobre esta materia, formando otra subsidiaria, bajo la figura de sociedad anónima. Y así sucesivamente esta empresa hipotética que hemos tomado como ejemplo, debe seguir cumpliendo las diversas leyes sobre cuestiones empresariales que se vienen dictando hasta la fecha. Y lo que queríamos demostrar es que la misma empresa o negocio individual que nació en 1920, bajo la inspiración de la ley comercial, continúa viviendo en 1987, o sea, al cabo de 57 años, con las mismas personas que la fundaron más otros empresarios que se han ido incorporando como socios o simples inversionistas, y sigue siendo ahora una unidad de producción con forma de sociedad mercantil. Y es empresa, mejor dicho, es la proyección de un negocio individual comercial, amparada por la Constitución de 1979 donde se le define y se le pone requisitos para su actuación en el marco económico del país.

Rechazando el espejismo teórico que hasta la fecha causa dolores de cabeza a los tratadistas, retomamos el asunto partiendo de la realidad de la empresa en el Perú y sus bases constitucionales (que son clarísimas) y consideramos que ya es tiempo de consolidar nuestro Derecho Empresarial y a eso deberían dedicarse, entre otros menesteres, nuestros legisladores.

No creemos haber descubierto la pólvora con estas reflexiones; simplemente queremos ponerlas como uno de los tantos puntos de partida que deben analizar los estudiosos cuando indagan por el concepto y definición jurídica de la "empresa" en el Perú; es una invitación a partir de nuestra realidad empresarial para estudiar las proyecciones jurídicas de la empresa.

