

Informe de Investigación

Título: Doctrina sobre el concepto de Empresa

Rama del Derecho: Derecho Comercial.	Descriptor: Sociedades Mercantiles.
Palabras clave: Empresa, empresa comercial, empresa moderna, elementos clases de empresa, profesionalidad, actividad económica.	
Fuentes: Doctrina.	Fecha de elaboración: 04 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a)Conceptos.....	2
Empresa comercial.....	2
Empresa familiar.....	2
Empresa multinacional.....	3
Empresario.....	3
Empresario comercial.....	4
Empresario industrial.....	4
b)Concepto jurídico de la Empresa.....	4
Empresa comercial moderna.....	4
Puede darse un concepto jurídico de la empresa.....	4
El concepto jurídico unitario.....	5
Presupuestos del concepto jurídico de empresa.....	8
Organización.....	8
Concepto de "lucro" en el C. Com. y concepto de "lucratividad" en la empresa.....	9
c)La Empresa en el Derecho Costarricense.....	11
1. LA EMPRESA.....	11
2 ¿QUE ES LA EMPRESA?.....	16
3. LA PROFESIONALIDAD.....	20
4. ASPECTOS DE LA EMPRESA REGULADOS POR EL DERECHO.....	23
5. EL LUCRO.....	26
6. LA ACTIVIDAD ECONOMICA.....	27
7. EMPRESAS Y PROFESIONES LIBERALES.....	28
8. EMPRESA (ACTIVIDADES LICITAS E ILICITAS).....	29
9. DIFERENCIACION ENTRE LA EMPRESA AGRICOLA Y LA EMPRESA COMERCIAL... ..	29



1 Resumen

En el presente informe se trata el tema de la empresa desde el punto de vista doctrinal. Contiene el concepto jurídico de empresa y otros temas como: empresa comercial, empresa familiar, empresa multinacional, empresario, empresario comercial, empresario industrial, la empresa comercial moderna, presupuestos del concepto jurídico de empresa, organización, concepto de "lucro" en el Código de Comercio y concepto de "lucratividad" en la empresa, la empresa en el Derecho costarricense, la profesionalidad, aspectos de la empresa regulados por el derecho, la actividad económica, empresas y profesiones liberales, actividades lícitas e ilícitas, y por último la diferenciación entre la empresa agrícola y la empresa comercial.

2 Doctrina

a) Conceptos

[Argeri]¹

Empresa comercial

Expresión última del derecho comercial cuya noción y contenido trasciende no sólo lo jurídico y económico, sino que se inserta en lo político y social. Es el eje sobre el cual gira y se asienta el derecho comercial moderno, basado en el maquinismo, el industrialismo, la masificación de las operaciones, la celebración de contratos tipo, y la concentración de actividades y funciones diferenciadas (Posada). Empresa es la actividad económica organizada a los fines de la producción o del cambio de bienes y de servicios (art. 2082, Cód. Civil italiano). De los elementos que pueden integrar la empresa (bienes; capital; trabajo; organización y dirección), pueden faltar el capital, los bienes y el trabajo, pero la subsistencia de los elementos fundamentales y característicos de la empresa que son "organización" y "dirección" deben necesariamente subsistir (Varangot). En doctrina, su naturaleza jurídica se la ha asimilado a la persona jurídica; al patrimonio de afectación; a tratarse de una universalidad; a concretar como una organización dirigida; a ser un *ius singulare* que hace clase a sí misma. La admisión de la empresa en el derecho comercial importa reconocer que en su evolución, cuyo origen fue profesional, subjetivo, y que con posterioridad con la redacción del Código francés de Napoleón pasó a tener naturaleza objetiva, con la empresa y el empresario como persona central al decir de Barrera Graff, su naturaleza tiene un sentido subjetivo (Garrigues), en tanto este derecho pasa a ser el conjunto de normas y actos realizados en masa entre empresarios y las empresas. Son precursores de su planteo: Pisko; Endemann y Wieland, quienes formaron escuela cuyos inmediatos seguidores fueron, entre otros: Mossa (Italia); Escarrá (Francia); Garrigues (España); Barrera Graff (México); Mezzera Álvarez (Uruguay); Varangot (Argentina).

Empresa familiar

Aquella constituida sobre lazos de parentesco familiar. En algunas legislaciones (v. gr., Italia, art. 230 bis, Cód. Civil de 1942) se regula el problema indicando que el familiar que presta su actividad de trabajo de modo continuo posee derecho a mantenimiento según la condición de su familia y es partícipe de las utilidades en proporción a la calidad y cantidad del trabajo prestado.

Empresa individual de responsabilidad limitada. Tendencia relativamente moderna cuyo propósito es limitar la responsabilidad que comporta la unidad y universalidad del patrimonio, prenda común de los acreedores, reconociéndose, como quiere Demogue, la existencia de dos patrimonios: el de lucha y el de reserva. En otros términos: el patrimonio se fragmenta y cada empresario posee derecho a que sólo un determinado o unos determinados bienes queden sujetos a la responsabilidad por su actividad empresarial.

La finalidad, que parte del reconocimiento de la función que cumple la empresa (v. Empresa comercial) en el terreno económico-social, es organizarla como objeto de la explotación y no como sujeto de ella (Stratta).

Empresa multinacional

Su noción no es coincidente entre los estudiosos, que la han calificado como fuerza invaluable para fomentar la distribución más amplia del capital, del tecnicismo y del empleo de los trabajadores, o la han repudiado por afectar el interés público y la política económico-social de un país por resultar incontrolable en su actuar. Para unos hay que valorar la forma en que desarrolla sus actividades; para otros debe considerarse la manera en que una empresa actúa en distintos países adoptando programaciones de enfoque global; algunos toman en cuenta el número de filiales que posee una empresa en distintos países; y no falta quienes señalan que debe prestarse atención a las distintas nacionalidades de sus directivos. Es más aceptada su noción cuando se trata de organizaciones empresarias de grandes dimensiones, que actúan en distintos países y cuyos recursos humanos y financieros integran una reserva común controlada y dirigida desde la casa matriz. Se ha dicho, en el foro internacional, que de las cien unidades económicas más grandes del mundo, cincuenta son Estados soberanos y cincuenta empresas multinacionales. Su nacimiento traduce un nuevo fenómeno de la economía capitalista que por su tremendo poderío enfrenta objetivos político-sociales-económicos influyendo el desarrollo y la estabilidad estatal, e incluso afectando las relaciones económico-políticas entre las naciones por la red de intereses y vínculos establecidos entre ellas. En el Acuerdo de Cartagena se la ha definido; restringiendo su noción a la región subandina, como aquella en que la mayoría de los aportes de capital pertenecen a inversores de dos o más países de la subregión andina, con control de éstos; objetivos de intereses de la subregión y sede social en un Estado miembro.

Empresario

Persona física que ejerce en nombre propio, por sí o por medio de representante, una actividad constitutiva de empresa. El Código Civil italiano de 1942 (art. 2082), con mayor precisión lo define diciendo que es quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o del cambio de bienes o de servicios (v. Empresa comercial; Empresa individual de responsabilidad limitada).



Empresario comercial

Su noción técnica se vincula con la actividad que realiza: intermediario en la circulación de los bienes; transporte; actividad bancaria o de seguros o toda otra actividad auxiliar a las precedentes (Messineo).

Empresario industrial

"Empresario" (v. vocabolo) que ejercita actividad dirigida a producir bienes o servicios.

b)Concepto jurídico de la Empresa

[Zavala]²

Empresa comercial moderna

Sin embargo, a pesar del laberinto de conceptos y nociones contradictorias, es preciso y se puede dar nociones exactas y claras.

Por lo pronto, debe señalarse que siempre hubo una empresa económica, que a pesar de la divergencia de conceptos, puede definirse en los términos que lo hace James: "es la simple agrupación de capital; mercaderías y trabajo para la producción de bienes o servicios".

Puede darse un concepto jurídico de la empresa

Se discute si puede darse un concepto jurídico de la empresa, distinto del concepto económico que yo he presentado a través de James.

Ripert afirma que la empresa se siente, pero que se está muy lejos de lograr un concepto jurídico de ella.

Para Gabrigues, "la empresa, que es un fenómeno económico de colaboración, no puede ser indiferente al derecho, aunque como tal la organización no trascienda al campo del derecho, porque es una categoría propia carente de individualidad jurídica que es objeto de negocios jurídicos".

Parecida opinión es la de Despax y la de Julliot de la Morandière, quien afirma que el concepto jurídico de empresa es una mistificación.

Sin embargo, Fernández Novoa, en un notable estudio, con razones muy claras, que comparto,



concluye que existe un concepto jurídico de la empresa.

En mi opinión, hay un concepto jurídico de la empresa, distinto del tradicional concepto económico.

Broseta Pont dice que no es así, porque cuando se quiere dar un concepto jurídico, se descubren distintos ámbitos, perfiles, parcelas, perspectivas y sujetos de la empresa.

Por ejemplo: la empresa agrícola, la empresa laboral, la empresa fiscal, etc.

Considero que pese a esos distintos perfiles —que no niego— es posible alcanzar una noción jurídica unitaria de la empresa, postulando un concepto que sea válido y aplicable para todas las disciplinas jurídicas referidas a la empresa.

"Si bien —dice Rubio— el derecho puede ofrecer distintos cauces normativos, según la finalidad en cada caso perseguida: a) actividad del empresario; b) personal de la empresa; c) conservación de la empresa (organización)", todas esas finalidades, que cabe contemplar aisladas teórica o prácticamente,; afectan en su conjunto con mayor o menor proximidad e identidad al entero fenómeno de la empresa, que puede, por tanto, ser considerado jurídicamente de modo unitario. Existe la posibilidad, en suma, de intentar la formulación de unos "principios de derecho" de la empresa, de los que quepa extraer su concepto jurídico.

El concepto jurídico unitario

No obstante esas aparentes separaciones, debe buscarse, entonces, la solución a través de una orientación unitaria de la empresa, sometiendo a tratamiento jurídico todos los aspectos y perfiles —de lo que se ha dado en llamar "distintas empresas"— para alcanzar un concepto jurídico unificador.

Ese concepto jurídico unificador podría lograrse considerando que, como dice el art. 2088, C. C. italiano, "la empresa está subordinada al interés superior del Estado".

Esa fórmula, no obstante, resulta, para espíritus libres, chocante, porque trae reminiscencias directas de la doctrina totalitaria.

La fórmula italiana: "interés superior del Estado", es semejante a la que establecía la ley alemana de 1937 al disponer que la dirección de las sociedades anónimas debía administrar el ente bajo su propia responsabilidad, "para bien de la empresa y su personal y en interés común del pueblo y el Estado".

La ley alemana del 6/9/65, frente a los sanos principios políticos que hoy tienen vigencia en ese país, tuvo, necesariamente, que suprimir tan desagradable pauta y buscó alcanzar los fines sociales o de "bien común" por otros medios.

El principal fue la introducción, en la ley societaria, de la institución del "abuso del derecho del voto".

El votante responde frente a la sociedad del perjuicio que le causa dolosamente por su voto.



El art. 197 de la ley declara anulable la resolución tomada con la intervención de un accionista que al votar persiguió, dolosamente, la obtención, para sí o para un tercero, de ventajas excesivas extrañas a la sociedad, en detrimento de ella o de sus accionistas, que no esté justificada por un interés digno de protección.

La aceptación de la función social de la empresa se ha ido perfeccionando en los distintos países, a través de otras normas, que con especial cautela tratan de no caer en la repugnante orientación nazi-fascista.

La reforma del Código suizo de 1936 establece que la empresa se integra con otros intereses, además del capital.

En Italia, dentro de las normas conocidas, no se discute que el derecho de voto es un poder concedido al socio en interés social.

En apoyo de esa orientación, Carneelutti sostuvo que el "derecho de voto" es una potestad concedida al accionista para la protección de un interés ajeno (el de la sociedad).

lío es un derecho subjetivo —añade— que vendría a significar un poder concedido al sujeto, como titular de un interés propio.

Obsérvese la trascendencia del distingo.

Primero se coloca el interés social, y cuando el voto de cualquier accionista se emite apartándose de aquel interés social, debe considerarse un acto ilícito. Ello es así porque la utilización indebida de un poder que no puede ser ejercido sino en interés del ente, lleva necesariamente al "exceso de poder" o a la "desviación de poder".

Es sabido que en Estados Unidos es corriente mirar y tratar al accionista, más como un prestamista que como un socio. Ello permite concluir que salvado un mínimo de rentabilidad a ese accionista, la empresa pueda lícitamente buscar otros fines.

Por ello la lucratividad, que es uno de los principales presupuestos de la empresa, no tiene —como lo destacaré luego— el significado del "lucro" antiguo, sino el alcance de "productividad adecuada o de beneficios en interés general".

"La fabulosa importancia económica de las grandes sociedades americanas —dice Pedrol— y su influencia en la vida del país, han llevado fácilmente a la conclusión de que tales centros de poder desbordan un tratamiento privatístico y deben ser sometidos al servicio del interés público".

Debo, como conclusión, expresar que debe alcanzarse un régimen jurídico unitario de la empresa que corresponda y pueda aplicarse a todas las disciplinas jurídicas enunciadas —de derecho privado o de derecho público—. La empresa se escinde en aspectos o regímenes parciales, pero no obstante ello se advierte fácilmente una orientación o relación de unidad, que presenta a este "mecanismo" económico y jurídico nacido de la tecnología, como un organismo con características nuevas, muy precisas e inconfundibles que permiten sin error concretar su ámbito legal.

Así puede lograrse el concepto jurídico de la empresa, aunque es muy difícil alcanzar una "definición".



Durastd, profesor de Nancy, dice: Cuando las ideas dominantes eran el individualismo, en el orden filosófico, y el capitalismo, en el orden económico, "las relaciones jurídicas no se formaban sino entre el jefe de la empresa y cada uno de los portadores de capitales o de servicios, considerados aisladamente. Esta concepción excluía la existencia de relaciones colectivas uniendo el conjunto de los asalariados y trasformando una suma de individuos (un obrero y otro obrero; un empleado y otro empleado) en un grupo organizado: el personal. Antes ningún lazo los unía. Hoy sí los vínculos jurídicos son patentes".

Han aparecido ahora las relaciones laborales, establecidas y desarrolladas a través de sindicatos, de los convenios colectivos de trabajo, etc.

El capitalismo, con prerrogativas ilimitadas que se apoyaban en una interpretación (demasiado extensa y liberal) del derecho de propiedad, con esa aparición de las relaciones colectivas, ha debido limitarse a un capitalismo con prerrogativas limitadas, por la orientación social a que luego me referiré.

Muchos autores niegan, no obstante, rotundamente, la posibilidad de dar un concepto jurídico de la empresa.

Wuerdinger, en Alemania, dice que no existe tal concepto jurídico, y que sólo puede hallarse lo que llama Tatbestand, es decir, un supuesto de hecho.

"No es aceptable esa concepción nihilista", dice Fernández Novoa.

"Una cosa es que el jurista —agrega— tenga que partir de la realidad económico-social de la empresa, y otra cosa muy distinta es que el jurista tenga que contentarse, resignadamente, con este concepto de la empresa".

La ciencia jurídica no puede utilizar directamente conceptos económicos. La misión del intérprete es traducir los términos económicos en términos jurídicos. La economía y el derecho son ciencias independientes, con propios métodos y finalidades propias. La economía es una ciencia descriptiva: examinar la realidad (el ser) y fórmulas empíricas. El derecho es una ciencia normativa. Su misión es establecer reglas que deben cumplirse con justicia.

El asalariado, que en la concepción de la empresa económica tradicional se hallaba fuera de la empresa, hoy está incorporado a la empresa industrial tecnológica y no puede ser despedido injustificadamente.

De allí que se advierte, con claridad, una noción jurídica de la empresa, diferente de la noción económica de la empresa.

"El derecho —se ha dicho— es el portador de una nueva economía que no tiene validez si no se traduce en normas jurídicas".

Presupuestos del concepto jurídico de empresa

La noción jurídica tiene estos presupuestos:

- A) organización;
- B) capacitación;
- C) orientación y función social, con que deben medirse :
 - a) la lucratividad: capital y relaciones entre los componentes socios o propietarios de la empresa;
 - b) las relaciones con los empleados;
 - c) los servicios y relaciones con la clientela;
 - d) las relaciones con el Estado y la comunidad.

Ese complejo de presupuestos y relaciones no es una simple agrupación de capital y de trabajo, rasgos de la tradicional definición de la empresa económica, sino algo mucho más complejo y al mismo tiempo más perfecto que una simple agrupación económica.

Organización

El presupuesto principal de la empresa es la "organización".

Insisto muy especialmente en esto.

No hay empresa sin "organización", y esa "organización" tiene que ser cada vez más perfecta. La "organización" de la empresa está por encima —poí inverosímil que parezca— del capital.

En el poder de la "organización", las facultades no se otorgan, como dice Galbraith, a los hombres aislados, sino a la asociación de hombres y de equipos, de capacidades técnicas variadas, que exige el moderno proceso de innovación tecnológica.

"El éxito de la empresa descansa en la eficacia de este nuevo tipo de organización, que debe cuidarse celosamente, porque si se desordena, es difícil reconstruirla.

El viejo empresario quedó sustituido —también lo dice Galbraith— por la gerencia; el "management". Es ésta una entidad colectiva, imperfectamente determinada; en la gran empresa, comprende: el presidente de la sociedad y el directorio, los vicepresidentes que responden de un equipo importante o de un departamento, y en ese orden, la escala bien ensamblada de toda la "organización". Drttcker, en su libro ha gerencia dé empresas, se ocupa de este fundamental aspecto de la empresa.

El "management", dice Schreiber. es en fin de cuentas la más creadora de todas las artes, pues es el arte de organizar el talento.

El "management", que hoy no sólo es patrimonio de la gran empresa sino de la mediana y pequeña empresa, enseña a estudiar y manejar los "costosLos productos deben presentar, con relación a otros, ventajas en los "costos", en la exportación, en la eficiencia de la gestión y control, su vinculación con la modernización técnica urgente de los equipos y con la utilización del crédito más conveniente, y para ello debe estudiarse las inversiones, beneficios, etc., en relación al capital invertido.

Dentro de esa "organización", vinculada desde luego al "management", juega el principio de la

delegación de facultades para descentralizar poderes, confiando en otros el estudio, la decisión y la responsabilidad consiguiente. Los ejecutivos principales aportan ayuda y consejo a los ejecutores, pero no los estorban y los dejan actuar.

Eso configura una organización ágil, indispensable a la empresa de hoy, que se ha llamado el "arte de la organización".

El progreso técnico y la posibilidad de triunfar en la competencia frente a otras empresas dependen menos —dice Galbraith— de sus usinas y de sus máquinas, que de los elementos inmateriales, especialmente de su organización comercial.

Una hermosa anécdota de Sarmiento, muestra el genio de nuestro compatriota, para captar la importancia que los norteamericanos dieron desde sus primeros pasos a la "organización".

"El argentino Domingo Faustino Sarmiento —dice Berle—, el más grande estadista y educador latinoamericano del siglo xix, apreció las reacciones y procesos norteamericanos mejor que ningún otro observador de su época. El 5 de mayo de 1858, al asistir a la inauguración de una capilla metodista argentina, dijo: «Oh, los yanquis. Si el mundo estuviera al borde del derrumbe, nombrarían un presidente, presentarían un proyecto de reconstrucción, votarían por aclamación un director y recaudarían los fondos necesarios a tiempo para evitar el desastre» (Edmundo Correas, Sarmiento and the United States, University of Florida Press, Latin American Monograph, 1962, p. 15).

"Profeta nada mediocre —concluye Bekle— si recordamos la «organización» del plan Marshall por Estados Unidos, el programa de ayuda al exterior y la Alianza para el Progreso".

Concepto de "lucro" en el C. Com. y concepto de "lucratividad" en la empresa

Según el art. 8 (incs. 1 y 2, C. Com.), la adquisición (o trasmisión) de las cosas busca "lucrar" con su enajenación, y ello significaba pugnar siempre por una ventaja en beneficio del negocio o del comerciante.

Dentro de ese estrecho concepto de lucro se consideran aceptables las miras más egoístas, y pudieron darse, en todos los países del mundo, épocas de crudo materialismo. Entre nosotros ese afán desmedido de ganar pudo producir el 90 y también otros muy parecidos momentos cruciales para la República, como los que estamos viviendo.

"Lo singular —dijo José Nicolás Matienzo, refiriéndose al 90— es que a la vez que la moralidad patética descendía, el gobierno fomentaba el progreso jurídico de la Nación, promulgaba la ley del matrimonio, el Código Penal, el de Comercio y el de Minería y el de Procedimientos en materia criminal, leyes que todavía rigen en su mayor parte y a las cuales nadie atribuyó propósitos contrarios al bien público. El derecho privado y aun el derecho penal son compatibles con el despotismo y con el gobierno personal, como lo demuestra el ejemplo de la legislación romana y napoleónica".

"No faltaban, pues, leyes para los casos ordinarios de la vida social. Lo que faltaba era la libertad política y dignidad cívica".

"Veo —dijo José Manuel Estrada en frases duras como las de Juvenal— un pueblo indolente y dormido, que abdica de sus derechos, olvida sus tradiciones, sus deberes y su porvenir, lo que debe a la honradez de sus progenitores, al bien de la posteridad, a su estirpe, a su familia, a sí mismo y a Dios y se atropella en las bolsas, pulula en los teatros, bulle en los paseos, en los regocijos y en las guerras, pero ha olvidado la senda del bien y va a todas partes, menos a donde van los pueblos animosos cuyas instituciones amenazan desmoronarse, carcomidos por la corrupción y los vicios. La concupiscencia arriba y la concupiscencia abajo. ¡Eso es la decadencia! ¡Eso es la muerte!".

Tal concepto de lucro ha variado en la empresa moderna.

"Mientras una economía comercial enfoca el pasado, una economía moderna enfoca el futuro. En la economía de empresa el problema no es la ganancia inmediata, sino ¿cuáles son los riesgos?, ¿cuán grandes son?".

Se persigue convertir una organización incipiente en empresa, fuente de trabajo y de riqueza general.

Dentro de esos principios, la ley alemana de sociedades anónimas de 1965, establece que "toda empresa en competencia con otras deberá necesariamente guardar una parte de sus ganancias, para asegurar su existencia y su posición en el mercado".

Eso, que no debe confundirse con las "reservas", digo yo, es lo que hoy se llama "lucratividad". Sólo el excedente del beneficio que queda después de realizado ese propósito, esencial a la conservación de la empresa, estará disponible, ya sea para la expansión de la empresa o para la reserva legal o para la distribución de beneficios entre los accionistas.

El beneficio no se espera ya de la especulación pura y simple proveniente del acto de compra para después revender, como lo admitía el régimen del Código de Comercio, sino de la eficacia y rentabilidad de una organización técnica que forma la empresa, verdaderamente "célula económica" (y yo agrego jurídica) en las sociedades modernas.

Es lo que se llama —por Drucker— "maduración del capitalismo".

El beneficio es la parte del ingreso que queda una vez pagadas las retribuciones normales de los factores de producción.

Durante un buen tiempo se creyó y dijo que pertenecía exclusivamente a los capitalistas por haber asumido la responsabilidad económica de la iniciativa em-presaria. Después, que pertenecía a los dirigentes de empresas, por su habilidad de la dirección, ejercicio y mantenimiento, en la marcha de aquéllas. Por último, se ha sostenido que pertenece a cuantos la integran, por no ser fruto de uno cualquiera de los sectores, sino de la empresa misma, que integran el capital, la dirección y el trabajo.

Aparece así el debate jurídico, que aún no ha encontrado definitivamente regulación normativa, pero que ha tenido, entre otras., las insignes manifestaciones de las encíclicas Mater et Magistra y Populorum Progressio.

No puede negarse que determinar a quién pertenecen las ganancias es indagación de carácter jurídico. En el fondo consiste en saber si se debe reconocer derecho a los tres sectores que han



contribuido a la creación de determinados valores y establecer las normas para el reparto equitativo de ellos.

Eso no deja de ser también importantísimo desde el punto de vista social y económico, pero es, típicamente, un punto de derecho, estamos en el campo jurídico.

Ese concepto modificado de la "lucratividad" —distinto del clásico lucro— ha provocado también la modificación del concepto clásico de lo que se entendía por "competencia".

Hasta hace poco —señala Colonia di Pagliano—, cuando se hablaba de competencia se entendía casi exclusivamente la competencia al nivel de los productos, en la que el elemento de discriminación lo constituía el precio.

Pero el precio no es más que uno de los aspectos de la confrontación económica, que ahora trasciende al ámbito jurídico.

La competencia al nivel de los factores de producción, la competencia mediante la innovación, la competencia que tiene por objeto no los productos, sino las propias empresas, sus relaciones jurídicas, son formas más importantes que la competencia tradicional.

Ser competitivo significa hablar en condiciones de oponer estrategias y organización valederas; a todos estos objetivos, las empresas europeas —lo mismo debemos decir de las argentinas— deben adquirir la dimensión de la superficie financiera, la capacidad de innovación, el dinamismo de gestión, que son indispensables para afrontar y practicar las estrategias de expansión al nivel mundial.

c) La Empresa en el Derecho Costarricense

[Mora]³

1. LA EMPRESA

Hoy día, negar la importancia del concepto de la empresa económica dentro del derecho comercial, es un absurdo.

Legislaciones como la italiana organizan todo un sistema jurídico, no sólo el mercantil, sobre el concepto de la empresa. Entonces, ésta se estudia en el derecho civil, en el derecho mercantil, y en el derecho público.

Holanda, Honduras, la legislación más moderna francesa, la legislación alemana de los últimos dos cuartos de siglo y la doctrina tratan de desarrollar y organizar el derecho comercial sobre la base de la teoría de la empresa.

Se presenta el mismo caso en México, Colombia, Argentina y Chile.



Los autores saben y reconocen que la empresa es la unidad básica de la economía y, que seguir hablando de actos objetivos de comercio o de actos subjetivos de comercio no tiene sentido, por cuanto lo que interesa al derecho comercial es regular el fenómeno económico, y éste tiene como célula básica la empresa y es ésta la que hay que regular.

Sin embargo, las legislaciones más avanzadas en Europa encuentran un serio problema para llevar el concepto de empresa a sus últimas consecuencias, lo que sería el otorgarle la personalidad jurídica, reconocer que toda unidad económica en la cual haya una empresa o se localice una empresa, es una persona jurídica con las consecuencias que esto conlleva. Los europeos, que desean intensamente lograr esto, chocan con un dogma típico del derecho continental europeo, el principio de la indivisibilidad del patrimonio. Es un fantasma jurídico del cual no han podido deshacerse.

El principio de la indivisibilidad del patrimonio llamado por la doctrina francesa principio de la unidad patrimonial es aquél que se enuncia normalmente con la expresión: "el patrimonio es prenda común de los acreedores"; de lo cual se extrae luego el principio de que el patrimonio es indivisible. Es una unidad inescindible. No vamos a estudiar aquí qué es el patrimonio, nos limitaremos a dar el concepto clásico que lo define como un conjunto de derechos y obligaciones inherentes a un sujeto jurídico determinado en un momento determinado, o conjunto de relaciones jurídicas en cabeza de un sujeto de derecho.

El concepto se expresa en otros autores como el conjunto de activos y pasivos de un sujeto jurídico en un momento determinado. Este concepto no se fundamenta en la tenencia real de las cosas.

No son las cosas, los bienes concretamente, los que forman el patrimonio, y por eso se ha dicho que el patrimonio es una "bolsa vacía".

Aún el que no tenga y no deba tiene un patrimonio, y en todo caso desde el punto de vista práctico sería quizá imposible encontrar un sujeto que no tenga algunos derechos de contenido patrimonial. El patrimonio está formado por derechos y obligaciones de contenido patrimonial.

Pues bien, este dogma de la unidad del patrimonio, de su indivisibilidad, ha frenado el desarrollo en la legislación europea del concepto de empresa, porque ésta, en definitiva, tiene una vocación hacia la personalidad jurídica. La tendencia lógica en cuanto uno reconoce que la unidad económica fundamental, la célula económica básica, es la empresa, es llevar cada vez más ese concepto a sus últimas consecuencias, lo que significa precisamente darle personalidad jurídica.

Lo anterior conduce a admitir que un sujeto puede separar parte del activo de su patrimonio y dedicarlo a la consecución de un fin determinado, en modo tal que ese patrimonio separado responda única y exclusivamente por las obligaciones nacidas de la operación de esos activos separados. Como consecuencia, los acreedores del patrimonio separado no podrían perseguir el resto del patrimonio del sujeto que hizo la separación, y los acreedores del sujeto no podrían ir contra el patrimonio separado. Hay evidentemente allí una división patrimonial.

A este punto las legislaciones y la doctrina europea -la legislación fundamentalmente- no han podido llegar, porque se sigue pensando que el patrimonio debe ser una unidad inescindible, indivisible, prenda común de los acreedores. Autores como Ripert claman porque se permita dividir el patrimonio, venciendo ese dogmatismo, pero no hay posibilidad, la doctrina en masa se opone.

Por el contrario, en el Derecho Continental Americano se ha abandonado el principio de la



indivisibilidad del patrimonio.

He tratado de investigar cuales fueron las causas históricas de este fenómeno que es muy particular, ya que nosotros tenemos un derecho inmensamente influido por los principios del derecho continental europeo. Es sumamente extraño que hallamos llegado en Latinoamérica a olvidar, a violar tranquilamente esto, que para los Europeos continúa siendo un dogma. Tengo la impresión de que el rompimiento se produce por allá del año 1917. Para esa época el Gobierno de los Estados Unidos envió a América Latina una comisión que se llamó Comisión Asesora Bancaria. A la cabeza de ella estaba el profesor Camerer.

A raíz de la visita de esa comisión, los países latinoamericanos reformaron su legislación bancaria, y dentro de estas reformas está la introducción de las llamadas comisiones de confianza. Repito, esto es un estudio que he tratado de realizar sobre el cual no tengo un ciento por ciento de certeza; he podido localizar esto que podría ser el germen del fenómeno. (Pero habría que estudiar un poco más el asunto). Lo cierto es que en la Ley de Bancos N° 16 de 25 de abril de 1900 no aparecían las "comisiones de confianza" que tampoco aparecieron en la Ley de Reformas a la anterior N° 27 de 19 de junio de 1903. Las "comisiones de confianza" salvo mejor información, aparecen por primera vez en la Ley General de Bancos N° 15 de 5 de noviembre de 1936, Art. 7.

Así, los países latinoamericanos introdujeron en su legislación bancaria un negocio que se llamó comisiones de confianza, que pretendían ser más o menos lo que el trust angloamericano. Cuando hablamos de trust no estamos hablando de los trust industriales, -de las grandes organizaciones industriales que a través del poder económico intentan maniobrar en muchos niveles-, sino que estamos hablando de un negocio típico, característico del derecho angloamericano, tan importante, que se considera en el derecho de Inglaterra o de Estados Unidos más importante que el derecho de los contratos. La vida de todo individuo en Inglaterra o Estados Unidos está manejada en todo sentido a través del trust; este le garantiza la clínica donde nace, su educación, su nivel de vida, su educación universitaria, la financiación de su negocio y hasta le garantiza su muerte. Es una creación de la equity law.

En el trust hay tres personas: a) Un sujeto que se llama cestui que trust, y éste es un nombre un tanto latinizado porque proviene de la época en que el derecho inglés estaba profundamente permeado de instituciones romanas. El cestui que trust es la persona que crea el trust, b) Luego está el *trustee* que es administrador del trust y c) por último está el *settlor* que es beneficiario del trust.

El trust consiste básicamente en tomar una cantidad de bienes y afectarlos a un fin determinado. El cestui que trust coge una parte de su activo patrimonial y se lo da en propiedad, de acuerdo con el equity law, al trustee. Pero de acuerdo con el common law él sigue siendo el propietario.

La propiedad la traspasa el cestui que trust, de acuerdo con el derecho de equidad, al trustee, para que éste la administre para determinado fin. Puede ser que con las rentas que produzcan los bienes administrados se cree una fundación para investigaciones sociológicas o se deba crear una fundación para financiar la Universidad de Costa Rica, o para que con las rentas se mantenga durante toda su vida al *settlor*.

Pues bien, las comisiones de confianza de que hablamos, introducidas en 1927 pretendieron iniciar algo así como el trust. Ya desde 1920 Ricardo Alfaro, un jurista panameño de gran renombre, había escrito varios libros sobre la posibilidad de adaptar el trust angloamericano a la legislación latinoamericana. Como consecuencia de esa obra de don Ricardo Alfaro, hoy en día, en



muchísimos países inclusive en Costa Rica, existe lo que se llama el fideicomiso mercantil, el cual es precisamente una adaptación del trust a las legislaciones nuestras. Pero, repito, las comisiones de confianza, en mi criterio parecen haber querido introducir, algo que se asemejara al trust. Naturalmente, como el trust es una separación patrimonial, introdujeron insensiblemente el principio que viola la indivisibilidad del patrimonio. No es que haya en las comisiones de confianza una separación patrimonial, pero evidentemente es el germen de ello y al ser aceptado se estaba, en la práctica, cambiando la mentalidad en cuanto al dogma de la unidad del patrimonio. De ahí en adelante, en las naciones latinoamericanas el dogma de la indivisibilidad del patrimonio ya no jugó un papel tan importante, y por eso con mucha facilidad se introdujo el fideicomiso que sí es una típica separación patrimonial. El fideicomiso es el trust y el Código nuestro lo tiene regulado.

En el fideicomiso, el fideicomitente que sería el cestui que trust separa ciertos bienes para dedicarlos a un fin predeterminado, se los da al fiduciario, es decir al trustee, para que los administre en beneficio del settlor, es decir del fideicomisario. Esto es ya una típica separación patrimonial. Nuestro Código expresamente dice que los activos del fideicomiso sólo pueden ser perseguidos por los acreedores que nazcan de la operación de ese patrimonio, y le da una especie de personalidad jurídica.

De todo esto resulta que el dogma de la indivisibilidad del patrimonio no es un problema para nuestros juristas, por lo que el concepto de la empresa tiene su entrada libre en las legislaciones latinoamericanas, y lo más interesante es que lo hace a través de la más moderna institución según la idealización que los europeos han hecho de la teoría de las empresas: a través de la empresa individual de responsabilidad limitada.

En realidad, no existe una separación patrimonial, con responsabilidad limitada más evidente que la empresa individual de responsabilidad limitada regulada por nuestro Código. Y no sólo esa separación patrimonial regula. El Código de 1964 introduce además en la venta de establecimientos mercantiles algo que yo he llamado una semi-separación patrimonial. Lo hace principalmente en el artículo 482 que establece: "Los créditos que provengan del tráfico mercantil del establecimiento enajenado, deben presentarse dentro del término indicado de quince días, con la comprobación de su existencia y de que provienen del giro del establecimiento en cuestión. No se tomarán en cuenta las obligaciones personales del vendedor, si no comprueba que fueron contraídas en beneficio del establecimiento y con motivo de su giro".

Es decir, cuando se vende un establecimiento mercantil, para que la venta tenga plena validez, para que perjudique a terceros, debe hacerse ante notario público, y deben publicarse edictos llamando a todos los interesados acreedores del establecimiento a comparecer ante la persona a quien se ha depositado el precio dentro de un plazo de quince días. Solamente pueden reclamar sobre ese precio los acreedores del establecimiento, no los acreedores personales del dueño del establecimiento, a pesar de que el establecimiento no tiene personalidad jurídica, sino que se confunde con la personalidad jurídica de su propietario. Hay allí otra separación patrimonial en nuestro Código.

En síntesis, en América Latina, y particularmente en nuestro derecho, el principio de la indivisibilidad del patrimonio ha sido totalmente quebrado, no tiene ninguna importancia y ejemplos fundamentales de ellos son: la empresa individual de responsabilidad limitada y la venta de establecimientos mercantiles.

Las legislaciones que han superado el dogma de la indivisibilidad del patrimonio, han introducido medidas de publicidad muy amplias para que los terceros que podrían ser perjudicados con las



separaciones patrimoniales, tengan posibilidad de conocer esas separaciones oportunamente y saber así a qué atenerse. Para que no se crea que los bienes que en apariencia están en cabeza de un sujeto jurídico son todos prenda común de sus acreedores, basta ir a un registro a informarse. Existen además otros medios de publicidad, como la necesidad de ejercer ciertos comercios con razón social o con denominación social que le indican al tercero que no todo el patrimonio que en la realidad está manejando un sujeto, responde a sus obligaciones, sino que hay solamente una parte de esos activos, de ese patrimonio, que respondería por las obligaciones que ese sujeto está contrayendo. Entonces, es obligación del tercero indagar en los registros, e indagar con el sujeto jurídico, cuál es la parte que responde a tales otras operaciones.

La empresa es un concepto básicamente económico. Es una unidad económica que puede funcionar a través de una o de varias unidades jurídicas. Una parte del fenómeno ha sido, -una vez localizada la unidad económica-, tratar de darle personalidad jurídica, la otra parte de ese fenómeno ha sido que cada vez que encontramos varios sujetos jurídicos que pertenecen a una sola unidad económica, trataremos de reunir toda la responsabilidad de esos sujetos jurídicos en una sola unidad económica, como está sucediendo en la realidad. Como se ve, en el fondo la contradicción es aparente porque a lo que se tiende en ambos casos, es prácticamente a darle carácter de sujeto jurídico a una sola unidad económica que es el producto de la reunión de varias otras unidades jurídicas. Por una parte, la teoría de la empresa diría: Cada vez que nosotros encontremos una unidad económica separada de toda otra actividad, una unidad en sí misma, lo ideal sería darle personalidad jurídica. (En el fondo nuestra legislación lo ha permitido al introducir la empresa individual de responsabilidad limitada porque eso significa que cualquier unidad económica aunque no esté en manos de una colectividad, como sucede con las sociedades, aunque esté en manos de un solo individuo, puede tener personería jurídica, a través del esquema de la empresa individual de responsabilidad limitada). Digamos: El criterio A diría que toda unidad económica debe tener una personalidad jurídica. El criterio B dice que cuando hay varias personas jurídicas, la persona jurídica X, la persona jurídica Y, y la persona jurídica Z, pero pertenecientes todas a una sola unidad económica, la responsabilidad es conjunta, como en el caso de algunas sentencias que se han dado en derecho laboral, o como se hace en materia tributaria. En el fondo el derecho está tendiendo a darle a esta unidad económica una significación también de unidad jurídica. En ambos casos se trata de localizar la empresa y darle unidad jurídica.

Aparentemente existe una contradicción. En un caso se tiende a darle a esta unidad económica personería jurídica; en otro caso se tiende a darle a esta unidad económica, revestida con el manto de varios sujetos jurídicos, personería jurídica. Tanto es así, que se dice: su responsabilidad es única, aunque sean varios esquemas jurídicos distintos.

En un caso tiende a darle personería única a un sujeto económico, en otro caso tiende a darle personería jurídica única a otro sujeto económico, aunque esté funcionando a través de varios esquemas jurídicos distintos.

Se tiene que pensar en el fenómeno real, el cual nos indica que la unidad económica del primer caso es suficiente por sí misma y de ahí que tendamos a darle personería jurídica, a convertir en un sujeto de derecho lo que ya es sujeto económico. La realidad nos dice por otra parte que varios esquemas jurídicos, en el segundo caso, en el fondo son una sola unidad económica, entonces, tendemos a darle al conjunto de estos sujetos jurídicos distintos, una sola personería jurídica para ciertos efectos: la responsabilizamos como si fuera un solo sujeto. En el fondo es lo mismo: a la unidad económica le estamos dando personería jurídica única.

Esta es la base de las disposiciones tributarias en materia de impuesto de ventas, de impuesto



sobre la renta, o de impuesto de consumo, (y la hay casi en todos los ámbitos tributarios) donde se dice que cuando una persona física o jurídica sea la titular de más del 51 % de las acciones o de las cuotas, en sociedades que tengan un objeto similar o complementario deberá consolidar sus declaraciones de la renta o se tendrá el ingreso como un ingreso único. La medida todavía es una medida bastante tímida porque se refiere únicamente a aquellas sociedades que tengan un objeto igual. Estoy seguro que en menos de cinco años vamos a reformar esas disposiciones y vamos a decir que el sujeto que sea el propietario de más del 51% de acciones en sociedades coordinadas, es decir, que sean partes distintas de una sola unidad económica deberá consolidar sus declaraciones de la renta. Es decir, si yo tengo una sociedad anónima que fábrica playwood y una sociedad anónima que compra materia prima y una sociedad de responsabilidad limitada que gestiona varios negocios en los cuales yo vendo directamente el playwood lo que tengo es una sola empresa bajo diversos esquemas jurídicos.

Si aplicamos el criterio tradicional de que la personalidad jurídica crea una insensibilidad patrimonial como se dice en doctrina, una vez que usted tiene una persona jurídica, física o moral, una persona colectiva o una persona individual, se crea con esto una insensibilidad patrimonial; esta unidad económica funciona por sí misma, responde con sus activos solamente a los pasivos que nazcan de la operación de estos activos. Pero lo cierto es que la teoría de la empresa es una teoría realista, trata de superar ese esquema. Advertimos que no es ninguna novedad, en realidad los juristas continentales de los sistemas romanistas, los juristas alemanes y los italianos que son los que más han desarrollado esta teoría, simplemente se fundamentaron en viejas teorías del Com-mon Law en donde la superación de la personalidad jurídica de los entes jurídicos es una cosa vieja. Hay una institución conocida en los Estados Unidos y en Inglaterra, en los sistemas del Common Law, que se llama "lifting the corporate veil", "levantar el velo de la corporación", levantar el biombo, para ver qué es lo que hay detrás. Se lo aplican a las sociedad desde hace bastante tiempo. Cada vez que hay posibilidad de que un esquema jurídico como la sociedad esté prestándose para la violación de otros aspectos del sistema jurídico se levanta el velo de la corporación para ver qué es en realidad lo que hay debajo. De modo que la tesis no es ninguna cosa novedosa.

2 ¿QUE ES LA EMPRESA?

Como ya lo dijimos, en primer término la empresa es un concepto económico, y a pesar de que los economistas trabajan con él desde hace muchas décadas, los juristas no descubrieron la empresa sino hasta hace relativamente pocos años.

Hará unos cuarenta años Wieland, jurista suizo, y Mossa, italiano, iniciaron el impulso de la teoría de la empresa del Derecho Comercial como el Derecho de la empresa.

Como hemos visto, no existe posibilidad en mía comunidad medianamente desarrollada de que haya un fenómeno económico más o menos importante detrás de una transacción directa, ni mucho menos un fenómeno importante de economía consuntiva, es decir, el proceso económico en que el individuo produce todo lo que consume y consume solamente lo que produce. En una Economía medianamente desarrollada, todo individuo está inserto dentro del proceso económico de producción y cambio con el elementó consumo introducido allí.

Por otra parte, el fenómeno económico de hoy en día, dirán Wieland y Mossa es la herencia del

industrialismo y el maquinismo. El proceso económico moderno es un proceso industrializado, de producción y de cambio en masa, y su característica fundamental es precisamente el hecho de que se realiza en forma masiva. Las transacciones aisladas, lo que la teoría objetiva llamaría actos de comercio aislados tienen una importancia mínima.

Otra característica fundamental dentro de este proceso económico en el cual los actos aislados tienen ya muy poca importancia, dentro de esa actividad que se realiza fundamentalmente en masa, es que la actividad misma se realiza a través de una unidad económica que se llama empresa.

La empresa, dice la economía, es la célula básica de la ciencia económica. Diciéndolo en otros términos, el concepto fundamental de la economía es el concepto de empresa; de donde salen todas las ramificaciones de la ciencia económica es del análisis de la empresa, básicamente.

La empresa económica es, entonces, la organización de los factores de la producción tendiente a la producción de bienes o de servicios o tendiente al cambio mismo de bienes y servicios. Con lo primero queda comprendida toda actividad industrial, con lo segundo queda comprendida toda actividad comercial en sentido económico, en sentido estricto.

Vamos a analizar ese concepto de empresa, lo vamos a desmenuzar, para entenderlo mejor y saber así exactamente qué cosa es la empresa económica, pero vamos a hacerlo entendiendo el concepto de empresa comercial, en sentido amplio y no el de empresa en general. Por ello hablamos siempre de un aspecto final de la actividad: el mercado.

En primer término, no basta para que nazca la empresa (según la tendencia más generalizada, que tiene sus críticas), la sola existencia de la auto-organización del trabajo.

Los factores de la producción constituyen un concepto terriblemente prostituido, ha recibido un manipuleo tan grande, que en la actualidad es muy difícil que se llegue a un acuerdo entre los economistas, sobre qué cosas son los factores de la producción. Originalmente eran la tierra, el capital y el trabajo pero después se introdujo el concepto de empresario y de empresa, el concepto de Estado y de sistema económico y se han seguido introduciendo otros. No podemos ponernos aquí a discutir o a reproducir un problema sobre el cual todavía no se han definido los especialistas en la materia.

Para nosotros esencialmente los factores de la producción son el capital y el trabajo, según una tendencia bastante generalizada que considera que ellos dos subsumen todos los demás.

La empresa entonces es la organización de esos factores de la producción, fundamentalmente del capital y del trabajo. Repito, en primer término se considera que la sola organización del propio trabajo de quien podría ser el empresario no basta, se necesita (repito esta es una posición, la más generalizada, podrían encontrarse con posiciones que no concuerdan con la que aquí estamos exponiendo) un mínimo de hetero-organización de trabajo, para que exista la empresa; debe haber un mínimo de trabajo ajeno organizado. Por otra parte se afirma que la empresa no es la organización del capital con el trabajo sin la organización del capital o del trabajo o la organización de uno con el otro. La organización de los factores de la producción no significa que para que exista la empresa debe haber necesariamente una organización combinada del trabajo con el capital, hay una empresa cuando simplemente se organiza el trabajo aunque no se organice capital, y hay una empresa cuando solamente se organiza capital aunque no se organice trabajo.

Por ejemplo, el cuidador de carros podríamos concebirlo en esta forma: un individuo que a través de medios más o menos ilícitos se apodera del cuidado de los carros en el Parque Central o en la zona del Correo y que contrata los servicios de dos o tres personas para que le ayuden con el cuidado de esos vehículos. Esto es una empresa económica.

Debemos observar que el cuidador de carros no tiene ningún capital, lo único que organiza es trabajo; trabajo de otros, hay un mínimo de hetero-organización laboral: allí hay una empresa.

Por otra parte, debemos entender capital en el sentido económico, no capital, en el sentido de dinero. Capital en el sentido de bienes (ver Garver y Hansen, Principios de Economía, Aguilar, Madrid, 1953).

Una empresa, entonces, puede ser una simple organización del trabajo, ya sabemos que tiene que ser hetero-trabajo, hetero-organización, es decir, no basta la organización del propio trabajo del empresario.

Pero también, una empresa puede ser una mera organización de capital sin hetero-organización laboral. Es típico el caso del joyero, que puede manejar grandes volúmenes de capital y sin embargo, no tener organización o trabajo ajeno, sólo él trabaja allí, lo único que organiza es el capital.

El joyero puede no tener ningún empleado pero maneja grandes volúmenes de capital en joyas. El, entonces, está organizando el capital, está organizando sus instrumentos de trabajo, la materia prima sobre la cual trabaja, el local en el cual trabaja.

Las empresas pueden no ser ninguna cosa grandiosa, cualquier pulpería es una empresa. Hay empresas pequeñas, medianas, y grandes, partamos de la base de que hay una pequeñísima empresa económica en el cuidador de carros que contrata los servicios de otro que le ayude.

Hay una serie de casos límite que se van haciendo cada vez más complicados. Por ejemplo, nuestros mal llamados comisionistas (en realidad son corredores) que pueden estar sentados en un parque y lo único que emplean es una libreta. Sobre este caso del corredor jurado la doctrina ha discutido muchísimo, si el tener una libreta de apuntes con direcciones y datos para su trabajo implica una organización de capital. Se ha llevado el asunto al extremo y se ha planteado el caso del corredor que no tiene ni libreta, ese que tiene una gran memoria. Y hay quienes dicen que tiene un capital y llegan al extremo de decir que tienen su almacén, su archivo de ideas en su mente. Por el contrario hay también quienes dicen que no está organizado ningún elemento externo a él, y por lo tanto no es una empresa. Pero son ya casos límite en los cuales siempre se crea una discusión y respecto a los que surgen siempre varias tesis.

Un tercer elemento sería el elemento final, el elemento ideológico. La empresa tiene como finalidad la producción de bienes o servicios para el cambio, esta es la típica actividad empresarial, o tiene como fin el cambio mismo de los bienes o servicios, es decir, toda la actividad de intermediación y del cambio, el comercio en sentido económico, en sentido estricto.

No basta con que exista una organización de los factores económicos para la producción simplemente, sino que esta producción debe ser una producción para un mercado. Yo puedo montar una organización de capital y trabajo ¡jara mi consumo, no para un mercado y en ese caso no hay empresa. Es un elemento fundamental, que se esté produciendo para un mercado, no para el propio consumo.



Una actividad económica que no sería una empresa de ese tipo, aunque sería un tanto extraña, podría ser la siguiente: Una finca dentro de la cual vive una gran familia, el abuelo y el bisabuelo y los hijos y los tíos, 150 personas en conjunto, entonces la finca misma establece una especie de comisariato pero para el consumo interno, para organizar la distribución interna de los bienes, nada más para que allí estén los artículos y no haya que ir al pueblo.

Se ha discutido bastante, si en realidad la actividad de la empresa al ser considerada por el derecho debe ser una actividad dirigida hacia un mercado de la demanda. Podríamos decir que la mayor parte de las posiciones con respecto a este problema terminan por admitir que la actividad de la empresa debe dirigirse hacia un mercado; se debe producir bienes o servicios para un mercado. En consecuencia, esto dejaría fuera de nuestras consideraciones sobre la empresa, toda la actividad económica organizativa de los factores de la producción que se realice simplemente para el propio consumo. Repito, ésta sería la tesis más aceptada, el punto de vista más generalizado entre la doctrina.

Son los autores alemanes los que últimamente han empezado a dudar del valor de esa tesis con respecto a este problema.

Los alemanes regulan un fenómeno que se llama Betrieb. Es una regulación de la actividad económica pero vista desde el punto de vista interno de la empresa económica. Es la regulación de las relaciones internas de la empresa independientemente de sus relaciones externas. No es propiamente derecho de trabajo, tampoco es propiamente la organización. Es algo bastante difícil de explicar. Constituye el Betrieb unos de esos términos que da un concepto difícil de traducir en el sistema propio. Es la regulación de las relaciones internas dentro de la empresa, que implica relaciones de trabajadores con patronos, que implica organización de la empresa internamente. Los alemanes que tienen este concepto, todavía no muy extendido en otras legislaciones, (ni siquiera en las legislaciones europeas) han empezado a ver las cosas desde otro ángulo porque ellos encuentran un Betrieb no solamente en una empresa para el mercado, es decir en una actividad económica organizada para un mercado, sino que lo encuentran dentro de una actividad económica organizada aunque esté organizada para el consumo propio, porque allí también se dan todas las relaciones internas de trabajo y organización. Han puesto en crisis este concepto que dice que para que el derecho le interese la actividad empresarial debe ser una actividad empresarial dirigida a un mercado.

También los alemanes han encontrado otra razón de crítica al punto de vista de que la empresa que interesa al derecho es aquella realizada con vistas a un mercado. La competencia desleal, consideran los alemanes, no solamente se da entre las empresas que están organizadas para el mercado, sino que se puede dar perfectamente entre las empresas no organizadas para el mercado y las que sí lo están.

En este punto la cuestión es todavía más sutil, muchísimo más sutil que en el caso anterior. Ellos encuentran, por ejemplo, que una empresa no organizada para un mercado puede realizar perfectamente actos de competencia desleal frente a las empresas organizadas para un mercado, y entonces en su última regulación sobre la competencia desleal vienen considerados algunos casos en los cuales la empresa consuntiva cae dentro de esas regulaciones.

Hay un hecho que resulta más interesante, esto que no interesa al derecho por ser un fenómeno meramente económico dentro de un sistema capitalista, sí interesa al derecho de un sistema socialista, porque el Estado está interesado en regular ya no solamente ciertos aspectos de la



actividad económica sino todos los aspectos de la misma. El Estado Socialista penetra, por ejemplo, en los elementos de organización dentro de los cuales no suele penetrar el Estado capitalista.

Sintetizando, el punto es que el derecho alemán sostiene que se pueden producir actos de competencia desleal entre empresas consuntivas y empresas para el mercado y por lo tanto siempre estará interesado el derecho en considerar a la empresa consuntiva dentro de su propia regulación. Pero en términos generales la tesis tradicional y la que más se adapta a la realidad económica nuestra será esta: Interesa al derecho la empresa que está organizada para el mercado, es decir, para producir para el mercado, no la empresa consuntiva.

La mera organización del trabajo de una hacienda agrícola que cultiva el fundo nada más para el consumo, es una empresa típicamente consuntiva; también lo es, la actividad que se puede realizar dentro e un grupo familiar para producir su propio vestido.

Pero es evidente que el fenómeno es cada vez más extraño y tiende cada vez más a desaparecer. Cada día es más difícil encontrar un ejemplo de actividad económica propiamente consuntiva, porque como hemos visto, la actividad mercantil, cada día penetra más las capas sociales. Cada vez es más corriente que se adquieran todos los artículos, de primera, de segunda y de tercera necesidad en el establecimiento mercantil. Se extiende el trabajo asalariado y se tiende menos, por ejemplo, a cultivar el propio fundo para obtener de él los artículos de consumo de primera necesidad.

Otro elemento definitorio del concepto de empresa es la profesionalidad. Nos interesa mucho porque está directamente reflejado en el Código de Comercio en la definición de comerciante que da el artículo 5.

3. LA PROFESIONALIDAD

Puede decirse que es un fenómeno que se acentúa, como tantos otros, con el industrialismo, el cual conduce, insensiblemente a la actividad productiva a una profunda división y especialización del trabajo que van luego a implicar la producción en masa. El concepto masivo tomémoslo con cierta flexibilidad porque, como ya dijimos, la actividad masiva de la empresa costarricense podría ser deleznable en relación con la de un país mucho más desarrollado.

Pues bien, esta producción masiva origina por definición una repetición constante y habitual de ciertos actos, y esto es lo que significa profesionalmente. La empresa es entonces, una entidad profesional, ya que en ella se da una repetición masiva y habitual de determinados actos.

El Código de Comercio francés, y la mayor parte de los códigos que todavía no han entrado de lleno en la teoría de la empresa -el Código de Comercio español por ejemplo- hablan de profesionalidad. Esta profesionalidad nada tiene que ver evidentemente con las llamadas profesiones liberales, sino que es un término técnico que tiene como sentido propio esa realización de actos en forma masiva y de modo habitual.

Nuestro Código nos dice en su artículo 5 que es comerciante la persona con capacidad jurídica, que realice a nombre propio actos de comercio, haciendo de ellos su ocupación habitual, lo que es

lo mismo que decir que es comerciante la persona con capacidad jurídica que realice actos de comercio "haciendo de ello su profesión habitual", como dice el Código francés de 1807 ("Sont commercants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle").

Por eso es que la economía misma considera la empresa ocasional como un fenómeno marginal, no interesándose en los casos en que ocasionalmente se organizan los factores de la producción para producir algo, sino en la organización de los factores de la producción que tiene una producción masiva, durable en el tiempo y con habitualidad.

Este es un punto que no ha sido todavía resuelto por ninguna legislación. En los sistemas que más o menos aceptan ya la teoría de la empresa, en el fondo hay una empresa sin empresario, lo que se trasmite son ciertos elementos de la empresa, porque se considera que el empresario no se puede transmitir. Pero estamos de nuevo aquí en el campo de las discusiones actuales, es decir, en los puntos en los cuales no hay todavía acuerdo.

El punto es que la mayoría de los autores prefieren insistir en que la profesionalidad debe ser la empresa, porque es la única manera de eliminar la llamada empresa ocasional que no le interesa a la economía, pues no es sino un fenómeno marginal. Es decir, la organización de los factores de la producción llevada a cabo en forma ocasional no interesa ni a la economía, como fenómeno marginal, ni al derecho. Y si nosotros decimos que la profesionalidad es la profesionalidad del empresario nos vamos a encontrar entonces con que las empresas ocasionales habría que introducirlas dentro de la regulación del Código.

Pero aquí lo único que ha habido es un criterio de oportunidad, nada más. No hay un criterio de fondo para insistir en que la profesionalidad es la profesionalidad de la empresa, es nada más la necesidad de eliminar por esa vía la llamada empresa ocasional. Para nosotros la idea va a quedar en estos términos: La profesionalidad es un elemento que corresponde a la empresa y no al empresario.

Este es el concepto de empresa económica que ha penetrado en ciertas legislaciones, por ejemplo, es el concepto de empresa que encontramos en el Derecho Comercial hondureño o el que encontramos en ciertos aspectos del Derecho Comercial en Holanda, y evidentemente en el Derecho Comercial italiano.

La empresa entendida como organización de los factores de la producción tendiente a la producción de bienes o servicios para el mercado o para el cambio, es el concepto económico que está traducido en legislaciones como la francesa y la italiana y últimamente en las legislaciones (a partir de los códigos de comercio de 1970) de Guatemala y de El Salvador; esa es la noción de empresa que con más o menos modificaciones aparece y si no aparece claramente reflejada en el código, es por lo menos la noción de empresa que estos códigos han admitido como válida para organizar su derecho comercial (limitando su ámbito lógicamente, a la empresa comercial, según veremos en su oportunidad).

Veamos ahora brevemente la noción de empresa en el Código de Napoleón. Como ya vimos, en el artículo 632 del Code de Commerce de 1807 se regula que es la materia que pueden conocer los tribunales de comercio francés. En la enumeración -que originalmente era taxativa- de los actos de comercio se habla entre otras cosas de empresas: empresas de manufactura, de transporte, de comisión, de suministros, de agencia, de oficinas, de negocios, etc. ¿Cuál era este concepto de empresa que el legislador estaba allí introduciendo? En primer término, hay que distinguirlo de un concepto de empresa que aparece, a veces, repetido en los cursos de derecho civil. En estos



cursos, los profesores, algunas veces, siguiendo la tradición francesa de los legisladores del Código de Napoleón, explican la empresa como el contrato de obra, es decir, la contratación de una cierta actividad para la realización de una determinada obra, cuando se cobra por la obra realizada y no por tiempo. Por ejemplo se llama contrato de empresa, la construcción de un edificio a precio alzado, es decir, a precio por obra y no por tiempo (Planiol, Traité Elementaire de Droit Civil, Libraire Génera-le, París, 905,27,627 y 85).

El Código de Comercio francés de 1807 no se refiere a este concepto de empresa, entendido como contrato de obra. Está hablando precisamente de aquella actividad organizada, de una organización de los factores de la producción según el concepto económico, pero, y aquí es donde está la diferencia, no está interesado en el aspecto de la actividad propiamente: el legislador francés no está viendo, cuando habla de empresa, la actividad, es decir, esa serie ininterrumpida y coordinada de actos realizados en forma masiva, habitual o profesional. Está viendo la empresa como un acto objetivo de comercio.

Por eso es que los primeros tratadistas del derecho comercial posterior al Código de 1807, los primeros comentaristas del Código de Napoleón, insisten en ver en el artículo 632 una demostración de que el Código de Comercio francés de 1807, es un código de los actos objetivos de comercio. Sin embargo, la doctrina posterior va analizando cada vez con más detenimiento estos conceptos y llega finalmente, (todo lo que va durante los últimos treinta o cuarenta años) a descubrir que el concepto de empresa que hay en el artículo 632 del Código de Comercio de 1807 no es el concepto de acto objetivo de comercio.

La doctrina posterior cae en la cuenta que el legislador francés sabía que estaba introduciendo el concepto económico de empresa, y así lo reconoce, pero no sólo eso sino que descubre también que el elemento fundamental en ese concepto es la profesionalidad, descubre que esa actividad de empresa que se realiza. Así, el código de comercio, según la doctrina posterior a éste, pretendía ser un código de los actos objetivos de comercio, pero por último se convierte en un código de los actos subjetivos de comercio, porque si se analiza el concepto de empresa desde el punto de vista profesional se está hablando de un sujeto y no de un objeto. ¿Cuál es la relación que hay entre la noción económica y la noción jurídica de empresa?

En primer término, tenemos que señalar que al derecho no le interesa toda la noción económica de la empresa, es más, al derecho capitalista, no sólo no le interesa todo el concepto económico de la empresa, sino que lo que sucede en realidad es que en un sistema capitalista no se puede penetrar, ni regular todo el fenómeno económico. Hay un gran sector, de planteamiento, de organización, de oportunidad, de financiamiento, de refinanciamiento, dentro del cual el derecho de un sistema capitalista no penetra, no puede penetrar por definición, y esto lo vemos inmediatamente cuando enfrentamos la empresa económica de los países socialistas, en donde, por el contrario, el derecho sí abarca todos estos factores. Dentro de una sistema socialista el derecho regula (más o menos con pésimos resultados, hasta hace algunos años) toda la empresa prácticamente, no solamente el elemento objetivo, subjetivo, funcional, y corporativo, sino que regula además el elemento organizativo, económico, de financiación, y de planeamiento.

El derecho de un sistema capitalista regula solamente ciertos perfiles o aspectos del concepto económico de empresa: el objetivo, el subjetivo, el funcional, y el corporativo.



4. ASPECTOS DE LA EMPRESA REGULADOS POR EL DERECHO

a) Aspecto subjetivo

El elemento subjetivo de la empresa que regula el derecho es el sujeto de la empresa, la actividad del empresario. Así nos encontramos que el empresario tiene la obligación de inscribirse en un registro, de llevar libros de contabilidad, de trabajar bajo una determinada denominación, ya sea un empresario individual o un empresario social.

Esto que en el derecho nuestro se llama normalmente comerciante, es el elemento subjetivo, es el perfil subjetivo de la empresa. Cuando el derecho regula la actividad del empresario, y la actividad del comerciante, está regulando el perfil subjetivo de la empresa, está regulando la empresa en sentido subjetivo.

b) Aspecto objetivo

El otro perfil de la empresa que regula el derecho es el perfil objetivo, la manifestación objetiva de la empresa, que al igual que el aspecto subjetivo, que nosotros llamamos empresario, tiene un nombre: hacienda. La hacienda es entonces la manifestación objetiva de la empresa, que hace referencia no a sujetos sino a objetos. Todo el conjunto de bienes organizados por el empresario para la realización de los objetivos de la empresa constituyen la hacienda.

c) Aspecto funcional

La empresa puede ser vista también desde un perfil funcional. En ese sentido se define como un conjunto de actos organizados funcionalmente, realizados en forma coordinada y organizada. Se incluye dentro del aspecto funcional todo lo relacionado con actos de organización o de ejercicio de la empresa. La compra del establecimiento, del mueble, la compra de materia prima, el mantenimiento de los inventarios, la contratación del servicio de auxiliares de comercio de diferentes tipos; todos estos actos que son realizados en forma organizada y coordinada por el empresario para la realización de la actividad empresarial constituyen para el derecho el aspecto funcional de la empresa.

El aspecto funcional implica no solamente la administración de los bienes, sino incluso la realización de ciertos actos anteriores a la administración misma de los bienes, por ejemplo: la simple compra de materia prima en principio, la compra de muebles, o los actos organizados todos hacia la consecución de las finalidades de la empresa.

d) Aspecto corporativo

Es uno de los más importantes. No está considerado todavía por nuestro derecho; en nuestro sistema escapa un poco del derecho comercial y se va hacia el derecho laboral. El aspecto corporativo ve a la empresa como una institución y se refiere a la coordinación de los elementos humanos dentro de ella. Es la coordinación entre el representante del capital y el trabajo, entre la actividad de los administradores y la actividad de los trabajadores, entre la actividad de los tecnócratas en la empresa y los demás elementos, los capitalistas, los trabajadores, los administradores.



Corporativo viene de corporación, que es un término que tiene su origen histórico más inmediato en la Edad Media, aunque proviene del sistema romano. Era un conjunto de individuos en que unos dirigían y otros obedecían con la finalidad de llevar a cabo una labor coordinadora que los beneficiara a todos. Sobre esa base se asienta el aspecto corporativo de la empresa, el aspecto institucional, entendido como el conjunto de relaciones que se producen entre administradores y trabajadores, entre tecnócratas y dueños del capital, sujetos todos, que se supone deben realizar una actividad coordinada dentro de la empresa, tendiente a la obtención o a la consecución de los fines de la empresa misma. Esto no está claramente regulado en nuestro sistema jurídico, pero sí lo está en el Derecho Francés, español, o italiano. De este concepto provienen las formas de la gestión alemana o española, por ejemplo.

Existen en la constitución de estos países, inclusive manifestaciones que establecen que las empresas deben ser administradas no solamente (no lo dice en estos términos, pero esa es la idea) en beneficio de los propietarios, sino de todos los integrantes de ella. (Art. 46 de la Constitución Italiana).

Debemos manifestar con respecto al corporativismo, que el concepto en sí no es fascista, pero históricamente está muy relacionado con el desarrollo del fascismo; es por eso que se encontraba en la ley fundamental española, en la constitución italiana, y en el derecho constitucional alemán. Pero este concepto de corporativismo como muchos otros que vamos a encontrar en nuestro derecho comercial, son conceptos que nacen históricamente relacionados con el desarrollo del nacional socialismo y del fascismo pero que no pertenecen históricamente a esa etapa de conceptos, sus raíces vienen de atrás. Diríamos que el conceptualismo del corporativismo cuyas raíces sociales, políticas y económicas son anteriores al fascismo, encuentran terreno apto para fructificar, en el fascismo, como lo encuentra en el socialismo o en una posición demócrata cristiana, etc.

El corporativismo fue introducido en el derecho francés a través del concepto de empresa, y si se quiere los mayores defensores hoy en día del derecho de la empresa, son los franceses, a quienes no se les puede acusar de fascistas.

En Alemania los conceptos corporativistas fueron muy propicios para la ideología nacional socialista; así como fueron propicios para el régimen autárquico del General Franco. Pero no nacen con el General Franco, son anteriores a él; son aprovechados por Benito Mussolini, pero no nacen con el régimen fascista.

Esta misma situación la encontraremos en muchos otros casos del derecho comercial, por ejemplo, es típico el equilibrio moderno que se establece entre los diversos órganos de la sociedad anónima. Es un concepto clásico tradicional de ésta, en la cual la asamblea tiene los máximos poderes, pero dentro de un sistema más moderno es el consejo de administración quien los tiene. Esto se ha querido relacionar con el principio del Führer (Führerprinzip), y se ha dicho que es un elemento del nacional socialismo. Evidentemente esto no es así, se demuestra históricamente que el principio de Führer dentro de las sociedades anónimas es simplemente un principio que ya existía y que fue aprovechado por la ideología nacional socialista. (Führer significa jefe).

El aspecto corporativo en el derecho costarricense más bien ha sido absorbido por el derecho del trabajo y por el derecho social. Es más, en Costa Rica, no hay todavía conceptos claros, estamos apenas empezando a divulgar entre otros: el aspecto corporativo de la empresa, el concepto de empresa élite, el concepto de interés social, etc. Todos son aspectos que no pertenecen ni a la ideología socialista ni a la de extrema derecha, simplemente son conceptos que a través del tiempo

se han ido desarrollando, y que llamaríamos de justicia social, y, la justicia social la persigue igualmente el nacional socialismo o el régimen de Mussolini o el régimen de los países socialistas o el régimen desteñido de Costa Rica.

Como ya dijimos, el derecho no regula todo ese fenómeno, regula una parte nada más, hay todo un aspecto organizativo interno, que en un sistema capitalista no está regulado por el derecho. Es distinta la situación de los países socialistas, donde el Estado dice, qué se produce, cuánto se produce, cómo se produce, con qué medios económicos se produce, con qué organización se produce. Es más, esto era un fenómeno de los países socialistas hasta hace cinco o diez años, pero ahora éstos sufren un proceso de regresión hacia un sistema de decisión interna de la empresa, típico del sistema capitalista, porque se han dado cuenta de que no es posible hacer producir a una empresa si se regulan todos los aspectos internos y se elimina toda posibilidad de decisión, dentro de los grupos dirigentes.

Los países capitalistas sufren el proceso inverso, es un hecho que la libertad de contratación inclusive con respecto a las empresas se restringe constantemente. En cuanto una empresa pretende, por ejemplo, hacer uso del Convenio de Incentivos Fiscales, automáticamente está permitiendo que el Estado intervenga en aspectos que antes no tocaban al Estado dentro de un sistema capitalista: que le pida planificación, que le pida planes económicos, que le diga cómo va a distribuir su dinero, cómo va a organizar sus actividades. Ambos bloques van el uno hacia el otro. Pero el punto es éste: de ese fenómeno económico, el sistema jurídico regula solamente ciertos aspectos, estos cuatro que hemos visto fundamentalmente, que en nuestro derecho los encontramos salvo el aspecto corporativo, que repetimos, es el que tiende a irse hacia el derecho laboral, y a escapar de las regulaciones de derecho mercantil.

En todo caso, nosotros encontramos el perfil subjetivo de la empresa: el sujeto de la empresa, el empresario comercial, regulado en el Código, con sus obligaciones, con su definición, con sus deberes.

El aspecto objetivo: la hacienda, lo encontramos regulado en el Código, hay todo un título dedicado a la venta de establecimientos mercantiles que son hacienda.

El Código regula por ejemplo, cuáles son los elementos naturales de la hacienda. Ese articulado nos dice cómo es que se trasmite la hacienda en bloque, cuáles son los elementos que constituyen el bloque de la hacienda, etc.

El perfil funcional, que es la manifestación funcional de la empresa, entendido como conjunto de actos que se realizan dentro de la empresa para obtener y alcanzar sus fines y que son de diversos tipos: compra de maquinaria, compra de materia prima, organización de inventarios dentro de la empresa; actos tan simples, como el acomodamiento dentro de las bodegas de la empresa, todo el aspecto organizativo que debe darse para que la empresa funcione, toda la contratación de los auxiliares de comercio, todos estos aspectos en buena parte son también regulados por el Código.

5. EL LUCRO

Analizaremos, ahora un famoso elemento del que hemos estado hablando desde que empezamos a tratar la teoría de la empresa en derecho comercial: el lucro.



Con respecto a este punto hay dos posiciones desde que surgió el desarrollo de la teoría de la empresa: la de Wieland y la de Mossa, que son los iniciadores y promotores de la teoría de la empresa dentro del derecho comercial. El profesor Wieland seguido muy de cerca por el profesor español Joaquín Garrigues, consideran que es un elemento esencial de la actividad empresarial la persecución de un lucro ilimitado. Toda organización de los factores de la producción que no tienda a la obtención de un lucro ilimitado no es, en criterio de Wieland, una empresa.

Esta tesis plantea un serio problema: hay una gran cantidad de empresas públicas y de organismos económicos que coordinan los factores de la producción, pero que pertenecen al derecho público, y entran muchas veces dentro del mercado que los economistas llaman un sistema económico de erogación; que es un sistema que pretende funcionar al costo, estableciendo siempre un balance económico del activo y pasivo.

Hay casos muchísimo más graves de empresas estructuradas según un esquema privado: por ejemplo, empresas bajo la forma de sociedades mercantiles que son controladas por el Estado. Si se sigue la tesis de Wieland de que el lucro ilimitado es un elemento fundamental de la organización económica denominada empresa, quedan entonces por fuera ciertos fenómenos organizativos, ciertos fenómenos empresariales, por ejemplo, entes públicos que funcionan según el sistema organizativo de las empresas, pero conforme a un sistema de erogación, tratando de equilibrar siempre sus activos y pasivos, tratando de funcionar simplemente si pérdidas. Por otra parte, quedarían por fuera todas las cooperativas cuyo fin es mutualístico.

Asimismo, las empresas o las actividades económicas organizadas deliberadamente para obtener pérdidas no entrarían bajo el concepto aceptable de empresa. Por eso Mossa ha insistido en que el lucro no es el elemento fundamental del concepto de empresa que interesa al derecho.

Se puede decir que el lucro es un elemento natural de la empresa, pero no esencial. Esto permite admitir las cooperativas, los entes públicos que funcionan bajo sistemas típicos de derecho privado, o las empresas que funcionan con pérdidas deliberadamente, dentro del marco del sistema de la empresa regulado por el Código. Esto nos permite, entonces, tener un concepto de empresa más amplio.

Tengamos muy presente, entonces, que la realidad es ésta: normalmente la actividad empresarial persigue un lucro ilimitado, pero, para que exista una empresa en el sentido que nos interesa, no es necesario que se persiga tal lucro ilimitado. En todo caso este criterio del lucro, es empleado, como ya vimos, como un indicador promedio del cual es posible ampliar la lista de los actos objetivos de comercio conforme a la interpretación analógica, pero para nosotros tampoco va a constituir un criterio esencial.

Esta realidad, vista por nosotros, de que al sistema jurídico le interesa sólo una parte del concepto económico de la empresa ha sido usado en contra del mismo sistema. El concepto jurídico de empresa, que es sólo una parte del concepto económico, está dividido a su vez en partes, hecho que ha servido alguna vez para criticar la teoría de la empresa como fundamento del derecho comercial, bajo el pretexto de que el derecho no ha logrado crear un concepto jurídico unitario que comprenda todo el fenómeno.

La crítica es débil, y no creemos que tenga mayor importancia. Encontramos por ejemplo, que todo el derecho de familia está basado en un concepto extra jurídico, porque la familia es un concepto sociológico. De modo que no tenemos por qué asustarnos si decimos que todo el derecho comercial está basado en un concepto económico del que la ciencia jurídica toma sólo un sector.

6. LA ACTIVIDAD ECONOMICA

Se trata del ejercicio profesional de una actividad, no de la realización de uno o varios actos aislados, no coordinados, sino de una actividad. Esto nos da la idea de una realización de actos debidamente organizados y coordinados entre sí para la realización de un fin determinado, por lo que debe haber una funcionalidad en los actos de la empresa, es decir, todos deben asumir una determinada función dentro de la organización de la empresa, tendiente a la obtención, a la consecución de determinados fines. Actividad económica entonces, es la realización de una serie coordinada y organizada de actos que en conjunto se refieren a un fenómeno económico, representado por la producción de bienes o servicios y, en consecuencia, estos bienes o servicios deben tener una significación económica. No se trata ya de la organización de los factores de la producción para la producción de cualquier bien o servicio, sino de bienes o servicios que tienen una significación económica. Por ejemplo, no es una empresa la fabricación de agua de mar a la orilla del mar, o el fabricar aire donde el aire sobra.

Ponemos estos ejemplos porque es absurdo que alguien compre en estas condiciones bienes o servicios que deben tener, pues, significación económica, esto es, posibilidad de entrar en un mercado de oferta y demanda.

Por otra parte, no nos interesa la actividad económica que se realiza para el propio consumo, como lo hemos visto ya, por lo que no vamos a insistir en ese aspecto.

Hablamos ya de la organización. Esa actividad económica debe ser organizada, debe ser una organización de los factores de la producción, del capital o del trabajo, o de ambos.

Hablamos de la profesionalidad como elemento fundamental. La tesis más generalizada es la de que esa habitualidad se debe referir a la empresa y no al empresario. Es la empresa la que debe realizar un ejercicio profesional, es decir, habitual, como conjunto de actos coordinados, repetidos en masa, para que exista la empresa misma.

Esta actividad profesional debe ser realizada con un mínimo de sistematicidad y de estabilidad. Sin embargo, esto no significa en primer lugar que la actividad de la empresa debe ser ininterrumpida, ni tampoco que deba ser única o exclusiva. En este sentido la actividad de la empresa puede ser periódica. Son típicas las empresas estacionales, esto es, las que dependen de las estaciones- Ej. los helados, en ciertos países. La persona que abre sólo en verano determinado tipo de negocio, pero que lo organiza siempre todos los años, y que tiene sus patentes adquiridas, desarrolla una actividad estacional periódica. En esa actividad se puede perfectamente localizar la sistematicidad y la permanencia de la organización a pesar de que se organiza en forma periódica.

La empresa tampoco debe ser exclusiva, se puede ser al mismo tiempo abogado y pulpero, o desarrollar una empresa de préstamo con altos intereses al mismo tiempo que ser médico.

En cuanto a las empresas que se ejercitan a través de una persona jurídica colectiva, se plantea un problema: ¿Basta con que la persona jurídica colectiva tenga un fin institucional u objeto social establecido por su propio estatuto, para que haya una empresa, o es necesario en la realidad, en la práctica, que esa sociedad realice la actividad? Debemos observar que las sociedades son creadas única y exclusivamente para la realización del objeto social o fin institucional en ellas establecido.

No sucede como con las personas físicas, cuya caracterización profesional depende de la realidad de los actos que estén llevando a cabo. Yo soy comerciante si realizo actos de comercio.

Ahora, la doctrina se pregunta: ¿es necesario la mínima actividad efectiva y real en la sociedad comercial? ¿Es acaso que la sociedad comercial puede ser algo distinto a un esquema organizativo de una empresa con X objeto, con X fin institucional?

El problema estriba en que la capacidad jurídica de un ente social, de una sociedad, está encuadrada, en un sistema como el nuestro, (no así en el sistema anglosajón) dentro del objeto social.

La sociedad válidamente no puede realizar una actividad distinta a la de su objeto social. Si la realiza se anulan los actos por falta de capacidad lo cual es un problema serio que plantean nuestras legislaciones.

Una posible solución sería interpretar que todos los actos previos, los que se realizan para la constitución de la sociedad, son ya actos de la empresa, y en consecuencia la sociedad no viene sino a establecer un marco jurídico de una organización que ya existe, y que fue necesaria para poder llegar a la consecución de la sociedad. Las conversaciones y las discusiones previas, el asistir ante el notario y firmar la escritura, la compra de bienes necesarios para iniciar la empresa, la contratación de determinados sujetos, todo esto implica ya la existencia de una organización, el ejercicio de una actividad económica organizada. Claro que la empresa no ha empezado todavía a realizar los actos finales para los cuales está organizándose económicamente, pero está realizando todos los llamados actos preparatorios.

Esta es una solución posible, pero en realidad, el problema no tiene una solución definitiva. Hay toda una tendencia que sostiene que en el caso de la sociedad basta el fin institucional. Otros sostienen la tesis, que parece ser la más aceptada, de que si no hay efectiva realización de una actividad económica en una sociedad, no hay empresa.

7. EMPRESAS Y PROFESIONES LIBERALES

No vamos a insistir mucho en este punto porque esto ya lo tratamos, a propósito de la diferencia entre el mercante medieval y el verdadero empresario.

La cuestión es que en la actividad profesional libre no hay empresa por que el elemento fundamental no es la realización de los factores de producción, sino el aspecto personal del profesional. Lo fundamental no es si yo tengo una o diez máquinas de escribir en mi oficina, o si tengo una habitación o tengo seis, si pago 200 o pago 2.000 de arrendamiento, si pago un empleado o pago 15. Lo importante en la organización de una profesión liberal es la persona del profesional. En consecuencia esa organización de los factores de la producción pierde importancia frente al aspecto personal y por ello no hay empresa.

Ahora bien, cuando se empieza a manifestar un desequilibrio entre ese factor personal y el factor organizativo, o cuando se empieza a encontrar una combinación de los servicios profesionales junto con otro tipo de servicio, empieza entonces a dibujarse la empresa, a hacerse importante la organización de los factores de la producción por encima del elemento personal. Ejemplo: una

clínica ya no solamente presta la consulta del médico, sino que a su vez da alimentación, presta servicio de alojamiento y otro tipo de servicios (lavandería, farmacia, etc.); ya la actividad profesional personal del médico queda un tanto relegada a segundo término frente a una organización de los factores de la producción que tiende a dar un servicio que va más allá del simple servicio profesional. Allí hay una empresa.

Si un abogado organiza su bufete de tal manera que hay una evidente división del trabajo y hay una delegación intensa de funciones en sus subalternos, en ese momento hay allí una empresa. Mientras él sea el centro del bufete, mientras atienda directamente a todos los clientes, o en definitiva, capte el ingreso de todos los clientes, y dirija en forma directa o indirecta todos los asuntos, sigue siendo la persona fundamental dentro del bufete y la organización está en un segundo plano.

8. EMPRESA (ACTIVIDADES LICITAS E ILICITAS)

¿Será esencial para la existencia de la empresa que sus actividades sean lícitas, o a pesar de que se realicen actividades deliberadamente ilícitas, bastará con que se realice actividad organizada para que haya empresa?

Debemos recordar que el concepto de empresa es un concepto económico, es una realidad económica. En consecuencia, basta que haya una organización de los factores de la producción tendiente a la producción para el cambio o al cambio de bienes o servicios para que haya empresa, independientemente de la licitud o ilicitud de la actividad.

¿Cuándo empieza y cuándo termina la empresa?, ya lo hemos visto. La empresa empieza cuando, en la realidad, se empieza a realizar la actividad (es difícil determinar este momento concreto), y termina cuando, en la realidad, se deja de desarrollar esa actividad, salvo el problema visto del fin institucional en la empresa colectiva organizada conforme al esquema de la sociedad.

9. DIFERENCIACION ENTRE LA EMPRESA AGRICOLA Y LA EMPRESA COMERCIAL

Vamos a entender empresa comercial en sentido amplio, como empresa mercantil si así se quiere. Nosotros hemos dicho que son empresas mercantiles las que se dedican:

- a) A la producción de bienes y servicios.
- b) A la interposición en el cambio, (empresas estrictamente comerciales).
- c) Al transporte acuático, terrestre o aéreo.
- d) A la actividad bancaria y de seguros.
- e) Toda aquella otra actividad auxiliar a las anteriores.

Esto, podríamos decir, es el producto de un análisis de la materia comercial y luego una síntesis porque en realidad nuestro Código no lo dice. El Código de Comercio guatemalteco de 1970 sí lo dice expresamente: "Son actividades comerciales la del transporte aéreo, acuático o terrestre, la producción, la intermediación en el cambio, la actividad bancaria y de seguros y las actividades auxiliares".



Ahora bien, ¿qué comprende en cambio la empresa agrícola? La materia agrícola se caracteriza en primer término por ser una actividad que se realiza directamente sobre el fundo, sobre la tierra. Hemos dicho que la empresa agrícola está fuera de las consideraciones del derecho comercial, porque no constituye una intermediación entre un mercado de la oferta y un mercado de la demanda. Esto porque se parte no de un mercado de la oferta sino del fundo. El producto de la actividad agrícola nace del trabajo sobre el fundo, sea directamente a través de la alimentación y crianza de los animales, por medio del producto del fundo o dentro del fundo agrícola. Finalmente la actividad agrícola está constituida por el cultivo del bosque, en el fundo también. Entonces la actividad agrícola es: cultivo del fundo; crianza de ganado o de otros animales en un fundo, es decir en el terreno; y cultivo del bosque en el fundo (selvicultura).

Estos tres elementos constituyen la actividad agrícola, además de toda otra actividad que nosotros podamos considerar conexas con las anteriores.

La crianza de caballos de raza, por ejemplo, o la crianza de animales para aprovechar su piel para fines comerciales, empiezan a ser actividades que se salen de la explotación normal del fundo, es más, son actividades en las cuales lo fundamental no es la actividad sobre el fundo sino la actividad de crianza de los animales en sí mismos. Ahora veremos algunos elementos diferenciadores.

Una actividad conexas, para quien cría ganado de leche, es la producción de quesos y su venta, para quien cultiva café, beneficiarlo directamente, molerlo y venderlo es una actividad conexas, o, para quien cultiva caña, molerla en el trapiche, convertirla en tamugas, y venderlas.

Insistimos en la idea de vender, porque en todos los casos se considera actividad conexas la que el agricultor o la empresa agrícola realizan con el fin de vender su producto. El hecho de vender no implica, de por sí, que haya comercialidad, es un elemento conexas de la actividad agrícola.

Estamos diciendo cuándo la transformación es una actividad conexas en la actividad agrícola.

Hay algunos criterios que vamos a ver, para tratar de crear un lindero más o menos claro entre la actividad agrícola, la actividad comercial y la actividad industrial, y por supuesto encontraremos casos límites en los cuales es muy difícil decir qué es lo que hay.

En la actividad agrícola, como ya dijimos, no hay mercado de oferta, son producto directamente del fundo. Tratemos de establecer la diferencia: Si yo tengo en mi finca una granja avícola que alimento con el producto de mis propias gallinas, o sea, crío pollitos de los huevos de mis propias gallinas, sigo trabajando directa o indirectamente sobre el fundo con el propio producto de la actividad agrícola. Si yo en cambio alquilo un terreno, monto unos galpones, compro huevos empollados y empiezo a criar pollitos, la cosa empieza a ser un poco menos agrícola, porque estoy realizando una interposición entre el mercado de oferta de los huevos empollados y el mercado de la demanda de los pollos o de las gallinas.

Creo que dentro de un futuro no muy lejano gran cantidad de actividades agrícolas serán absorbidas por el derecho comercial, y no tanto por el hecho de que funcionen o no sobre el fundo sino por el hecho de la organización misma. Si yo por ejemplo cultivo, no un pequeño fundo de café o un pequeño fundo de pastos con diez o quince vacas, sino que tengo toda una instalación de 500 hectáreas para la explotación racional por medio de aparatos y pastos especiales, y asistencia especial para el ganado, ya no estoy realizando una actividad agrícola sino una actividad industrial, no propiamente porque trabaje o no sobre el fundo, sino porque lo estoy haciendo a través de una

organización típica de la empresa, por lo menos de la mediana empresa. Pero estamos todavía en el punto en que la diferencia entre la actividad agrícola y actividad comercial debemos hacerla sobre la base del trabajo directo sobre el fundo.

La actividad agrícola, por razones históricas que cada vez se justifican menos, se ha mantenido siempre fuera de la regulación del derecho comercial. Entonces, al empresario agrícola no se le obliga a llevar libros de contabilidad, no se le puede sujetar a quiebra, etc. Hay una serie de razones históricas y de tipo práctico para no obligarlo a estas exigencias a que sí está compelido el empresario comercial.

El punto básico es éste: la actividad comercial es, como dijimos, transporte, actividad bancaria o asegurativa, actividad de transformación, actividad de intermediación y actividades auxiliares. La actividad agrícola es fundamentalmente: cultivo del fundo, crianza de animales, selvicultura y actividades conexas.

El problema estaría en determinar cuándo o bajo qué circunstancias las actividades son conexas, y sobre esto hay varios criterios: a) accesoriedad, b) prevalencia, c) necesidad, d) autonomía, e) normalidad.

Estos criterios giran más o menos alrededor del mismo punto. Cuando la actividad que se está analizando es una actividad accesoria a la actividad agrícola, es decir, que proviene o tiene relación con ésta, y adquiere vida a partir de otra actividad principal, se dice que la actividad agrícola es conexas. Este criterio es bastante válido. Efectivamente, la accesoriedad es un problema de grados. Hay actividades más o menos accesorias a otras principales y conforme va disminuyendo el grado de accesoriedad, se va entrando en el concepto de autonomía. Hay un cierto punto en que la accesoriedad es nula y la actividad es autónoma, es decir, una actividad que aunque se está realizando contemporáneamente y en relación con una actividad agrícola, es tan independiente de ella misma que debe considerarse autónoma, por lo que ya no sería accesoria, ni conexas.

Analicemos por ejemplo la actividad de la fábrica de productos "Del Campo". Supongamos que esta fábrica en un principio se inició con el propio cultivo de los productos que luego se enlataban. Es más, para ser más claro, primero existía el cultivo de los productos y posteriormente se decidió montar una fábrica enlatadora de lo que estaban produciendo y aumentar la producción. ¿Cuál sería la actividad principal?, ¿podría decirse que la actividad industrial que se está realizando es una actividad conexas a la actividad agrícola? Claro que sí. Hay una industrialización del producto del fundo agrícola, una industrialización mucho más desarrollada que la simple producción de quesos, pero al fin y al cabo, una industrialización para poder realizar un mercado del producto del fundo agrícola.

Hay, pues, una actividad conexas, agrícola por accesoriedad. Así también, si yo tuviera una gran producción de leche que se la estoy entregando a la Dos Pinos, y a un cierto punto decido comprar una pequeña maquinaria y establecer una actividad industrial, no le voy a entregar más a la Dos Pinos, sino que yo voy a producir mis propios quesos. Voy a exportar.

La actividad industrial en este caso es un elemento de conexas con mi actividad principal que es la agrícola, yo lo que tengo es crianza de ganado de leche y produzco leche, ahora ya no quiero simplemente venderla sino que quiero procesarla. Accesoriamente a mi actividad agrícola yo quiero producir mercado de mi producto una vez procesado, convertido en queso.

Ahora bien, si yo empiezo luego a comprar pequeñas cantidades de leche y ampliar mis



instalaciones para aumentar mi producción, hay un cierto punto en que evidentemente ya no puede considerarse mi actividad agrícola, sino que empieza a haber una preoalencia de la actividad industrial sobre la agrícola, y a un cierto punto mi actividad agrícola no es más que un fenómeno accesorio a mi actividad industrial, comercial en sentido amplio, e inclusive puede suceder que lleguemos al caso de la autonomía.

En cuanto al criterio de la prevalencia en algunos casos se ha querido establecer como criterio económico; cuando una actividad pericialmente valorada sea más valiosa que la otra, hay una prevalencia. El problema es que no siempre es así; puede ser que yo compre en un millón de colones unas instalaciones industriales para procesar una pequeña cantidad de tomates simplemente porque puede comprarlos, mi instalación industrial es mucho más valiosa que mi instalación agrícola, pero sin embargo mi actividad sigue siendo fundamentalmente agrícola, absorbiendo por ejemplo la mayor parte de mi tiempo. De modo que el criterio económico no funciona siempre.

¿Cómo haríamos nosotros para decidir en el caso de las plantas empacadoras que tienen su propia actividad productora de ganado para procesar?

El problema cada día cobra más actualidad en Costa Rica, y es desgraciadamente un problema sobre el cual no hay un criterio claro y definido en la doctrina comparada.

El criterio de la necesidad es similar al criterio de la accesoriedad; cuando el productor agrícola para poder deshacerse de su producto necesariamente tiene que procesarlo se considera que la actividad sigue siendo agrícola porque esa actividad es agrícola por conexidad.

Ultimamente se ha empleado el criterio de la normalidad, y la actividad es agrícola por conexidad, cuando es una actividad normal dentro del proceso agrícola mismo. Cuando se puede considerar normal que el producto o el subproducto de la actividad agrícola sea industrializado para poder venderlo, para exportarlo al máximo, ¿debemos decir que hay una actividad agrícola por conexidad? Creo que este criterio tampoco nos da una solución bien clara. No queda otra alternativa: Caso por caso, ver cuál de todos estos criterios se aplica.

El criterio de la necesidad es fundamental. Si el agricultor, para poder realizar el mercadeo de sus productos, necesariamente debe procesarlos, es evidente que no podemos considerarlo un empresario comercial, sigue siendo un empresario agrícola, puesto que está obligado a realizar esas actividades de procesamiento para poder llevar al mercado su producto.

Pero evidentemente, cuando esta actividad industrial sobrepasa en importancia a la actividad agrícola principal, cuando hay una prevalencia de la actividad industrial sobre la actividad agrícola, ya no podemos considerarlo empresario agrícola, máxime si se introduce un nuevo elemento, el de la compra de productos agrícolas para procesarlos junto con los propios productos.

A un cierto punto, entonces, podemos encontrar que parte de la actividad, que pudo haber nacido incluso como actividad agrícola, se ha convertido en una actividad industrial autónoma.

Con estos elementos que hemos analizado tenemos prácticamente todos los elementos que la doctrina y la jurisprudencia ofrecen para resolver el problema entre empresa agrícola y empresa comercial. No es posible plantear una solución más completa porque no la hay.

Claro es que, conforme se vaya ampliando el número de casos, los tribunales tendrán que ir

estableciendo algunos elementos más objetivos para que esto sea cada vez menos un juicio de valor. De momento, es siempre un problema de valoración. Creo que la mezcla de todos los elementos juntos elimina en alto grado la valoración, permite caso por caso, con cierta objetividad, decidir cuándo la empresa es agrícola y cuándo es comercial, cuándo hay conexidad y cuándo no la hay.

¿Debe ser la hacienda propiedad del empresario para que este sea tal?

La hacienda, como manifestación objetiva de la empresa, es el conjunto de activos que se organizan dentro de la estructura empresarial.

Para ser empresario mercantil no es necesario ser el propietario de la hacienda, ésta se puede también arrendar. Si por ejemplo, se arrienda una pulpería el empresario es el que realiza la actividad empresarial. En forma profesional, o sea el que la alquiló, y no el dueño de la pulpería.

El arrendatario es empresario porque su actividad es profesional, él es el que tiene y maneja la hacienda, el que sobre esa hacienda realiza en forma habitual, es decir, profesionalmente, actos de comercio a nombre propio, teniendo capacidad, como diría el artículo quinto, inciso a) de nuestro Código de Comercio. El está considerado como perfil subjetivo de la empresa, es el sujeto dentro de la empresa.

El dueño de la pulpería es el empresario hasta el momento en que arrienda, pero desde ese momento el empresario ya no es él sino el arrendatario. Digamos que ese fue su último acto de comercio con respecto a su empresa, pero por supuesto, este señor dueño de la pulpería no porque arrendó queda relevado como empresario mercantil, sino que queda atado a una cantidad de obligaciones nacidas de su anterior posición de empresario. Pero con respecto a las nuevas actividades de la pulpería él no es empresario.

Tengamos claro entonces, que se puede ser empresario sin ser dueño de la hacienda.



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Argeri, S. A. (1982). Diccionario de derecho comercial y de la empresa. Primera Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. Argentina. Pp. 196-198.
- 2 Zavala Rodríguez, C. J. (1971). Derecho de la Empresa. Primera Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina. Pp. 89-100.
- 3 Mora, F. (1991). Introducción al estudio del Derecho Comercial: teoría de la empresa en el Derecho Comercial. Segunda Edición. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. Capítulo IV. Pp. 125-161.