LA EMPRESA
COMO LIBERTAD
DERECHO EMPRESARIAL
(Doctrina, normas y jurisprudencia)

Alex R. Zambrano Torres



AZ TODO DERECHO
Centro Jurídico promotor del Derecho, la Empresa y el Arte

Alex Ricardo Zambrano Torres

LA EMPRESA COMO LIBERTAD

DERECHO EMPRESARIAL

(Doctrina, normas y jurisprudencia)

Editorial:
AZ Todo Derecho

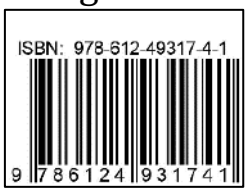
LA EMPRESA COMO LIBERTAD
Derecho Empresarial
(Doctrina, normas y jurisprudencia)

Autor: Alex Ricardo Zambrano Torres

Primera edición digital, julio 2024
Editado por: AZ Todo Derecho E.I.R.L.
Alfa Centauro 173, La Calera, Surquillo, Lima, Perú
RUC: 20602641091

Diseño y pintura de cubierta:
Alex Ricardo Z.T.
Libro electrónico disponible en:
https://librosaztd.webnode.es

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2024-05804
ISBN N° 978-612-49317-4-1
Código de barras:



© Derechos de Autor:
Queda autorizada la reproducción
total o parcial del siguiente libro
previa mención al autor

Este libro ha pasado por los controles de calidad y rigurosidad científica de revisión por pares externos.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 13

CAPÍTULO I: EL DERECHO 23

1.- GENERALIDADES 23

2.- DERECHO Y LIBERTAD.- 30

2.1.- LA LIBERTAD.- 30

3.- LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO Y LA LIBERTAD 32

CAPÍTULO II: DERECHO EMPRESARIAL 39

GENERALIDADES.- 39

1.- Priorización del Derecho Empresarial.- 42

2.- Priorización del derecho empresarial y libertad de empresa.- 43

3.- Discriminación del Derecho Empresarial por ramas prácticas del Derecho.- 44

4.- La función del Derecho Empresarial / una nueva teorización: la empresarialización del Derecho.- 46

5.- La dificultad en el desarrollo de la profesión empresarial.- 48

6.- La concepción del Derecho Empresarial.- 49

7.- EL DERECHO EMPRESARIAL. CONCEPTO.- 52

8.- DERECHO EMPRESARIAL Y LIBERTAD DE EMPRESA.- 54

CAPÍTULO III: RELACIÓN DEL DERECHO EMPRESARIAL CON LAS OTRAS RAMAS DEL DERECHO 57

1.- Relación del Derecho Empresarial con las otras ramas del Derecho.- 57

2.- Empresas de Jure y de Facto: 63

CAPÍTULO IV: EL DERECHO EMPRESARIAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL 65

1.- DERECHO CONSTITUCIONAL.- 66

2.- LA CONSTITUCIÓN 69
3.- LA EMPRESA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL 72
4.- ANALISIS DEL TITULO III: REGIMEN ECONOMICO DE LA CONSTITUCION.- 81
5.- LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL.- 92

CAPÍTULO V: EL DERECHO EMPRESARIAL Y EL DERECHO CIVIL 95
I.- EL CONTENIDO DEL DERECHO CIVIL.- 96
II.- LA PERSONA.-.....100
1.- CONCEPTO DE PERSONA.-..... 100
2. Persona y sujeto de derechos.- 102
3. Clasificación o etapas de la vida del ser humano.- 102
4.- TIPOS DE PERSONAS.-..... 104
5.- CAPACIDAD DE LA PERSONA: TIPOS DE CAPACIDAD DE LA PERSONA.-..... 105
6. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.- 108
III.- LA FAMILIA.-.....108
IV.- EL MATRIMONIO – REGIMEN PATRIMONIAL EN LAS EMPRESAS.- 109
V.- DERECHO DE SUCESIONES.-.....110
VI.- LA PROPIEDAD.- 112
VII.- CONTRATOS.-.....115
VIII.- OBLIGACIONES.-.....119
IX.- ACTO JURIDICO.- 119
X.- SOLUCIONES DEL DERECHO CIVIL.- 120
XI.- LA EMPRESA EN EL DERECHO CIVIL.-.....121
1.- LA EMPRESA EN EL DERECHO CIVIL.- 121
2.- EL DERECHO CIVIL Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.- 128

CAPÍTULO VI: EL DERECHO EMPRESARIAL Y EL DERECHO PENAL.....133
1.- EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL.- 134
2.- EL DELITO.-.....137
3.- LA EMPRESA EN EL DERECHO PENAL..-.....138
4.- EL DERECHO PENAL Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.-.....141

CAPÍTULO VII: DERECHO EMPRESARIAL Y DERECHO LABORAL 143

1.- DERECHO LABORAL.- 144
2.- EL CONCEPTO DE TRABAJO.-.....145
3.- DERECHO LABORAL Y LIBERTAD DE EMPRESA.-.....152

CAPÍTULO VIII: EL DERECHO EMPRESARIAL Y EL DERECHO TRIBUTARIO 155
XII.- LA EMPRESA EN EL DERECHO TRIBUTARIO.- 156

CAPÌTULO IX: LA EMPRESA EN EL DERECHO COMERCIAL.....161

CAPÌTULO X: LA EMPRESA EN EL DERECHO SOCIETARIO.....165

CAPÍTULO XI: LA EMPRESA 169

1.- EL ORIGEN DE LA EMPRESA EN LA INSTITUCION FAMILIA.- 169

2.- EVOLUCIÓN DE LA EMPRESA.-.....171
2.1.- PRIMERA ETAPA: CREACIÓN.- 172
2.2.- SEGUNDA ETAPA: DIFERENCIACIÓN.-.....175
2.3.-TERCERA ETAPA: UNIFICACIÓN.-.....177
2.4.- CUARTA ETAPA: CONGREGACION.- 179

3.- EL CONCEPTO DE EMPRESA.-.....181

4.- IMPORTANCIA DE LA EMPRESA.-.....184

CAPÍTULO XII: ORGANIZACIÓN JURÍDICA DE LAS EMPRESAS 187

CLASIFICACION DE LA EMPRESA.- 187
1.- CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DE LA EMPRESA.- 187
2.- ORGANIZACIÓN JURIDICA DE LAS EMPRESAS.- 188
3.- CLASIFICACION DE LAS EMPRESAS SEGÚN LOS SECTORES PRODUCTIVOS.-.....189
4.- CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS SEGÚN LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS.-.....189
5.- CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS SEGÚN LA NATURALEZA JURÍDICA.- 189
6 CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS SEGÚN CRITERIO CUANTITATIVO.-.....189
7.- EMPRESAS EN LA LEGISLACIÓN.-.....190
8.- CLASIFICACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN.- 190

9.- CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES POR LA RESPONSABILIDAD.- 191
10.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SOCIOS.- 192
11.- CLASIFICACIÓN POR EL ELEMENTO PREDOMINANTE DE LA SOCIEDAD.- 192
1.— Sociedades de Personas.- 193
2.— Sociedades de Capitales.- 194
12.- CLASES DE SOCIEDADES SEGÚN LA DOCTRINA.- 194
13.- SOCIEDADES COMERCIALES SUJETAS A LEGISLACIÓN ESPECIAL.- 196
CAPITULO XIII: ORGANOS DE LAS EMPRESAS 197
1.- ÓRGANOS SEGÚN EL DERECHO CIVIL.- 197
2.- ÓRGANOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN EL DERECHO SOCIETARIO.- 198
3.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.-....199
4.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.-....200
5.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN LOS ESTATUTOS.- 200
5.1.- SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN.... 200
5.2.- SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.-.... 202
CAPÍTULO XIV: SOCIEDAD ANÓNIMA....205
1.- SOCIEDAD ANONIMA.-....205
CAPITULO XV: SOCIEDAD COLECTIVA....233
CAPITULO XVI: SOCIEDAD COMERCIAL 237
CAPITULO XVII: SOCIEDADES EN COMANDITA 241
CAPITULO XVIII: SOCIEDAD CIVIL....247
CAPÍTULO XIX: LIBERTAD DE EMPRESA....263
GENERALIDADES.- 263
1.- LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL.-....269
2.- LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA NORMA CONSTITUCIONAL.- 275
3.- LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.- 280

4.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA LIBRE INICIATIVA PRIVADA.- 285
5.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO AL TRABAJO.- 292
6.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE PROPIEDAD.-..294
7.- LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN.- 297
8.- LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- 298
9.- EL ESTADO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA.- 300
10.- EL MERCADO Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.-.....305
11.- LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EMPRESA.- 310
12.- LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.- 313
13.- LA EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA.- 318
14.- PROTECCIÓN A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.-.....330

CAPÍTULO XX: ALGUNAS CONCLUSIONES.....335
Generalidades sobre las Conclusiones.- 335
1) Conclusiones según indicadores normativos.-.....335
2) Conclusiones según indicadores por encuestas.-.....336
3) Conclusiones según indicadores por jurisprudencia.- 336

CONCLUSIONES SEGÚN INDICADOR: "NORMAS LEGALES" 338

I.- CONCLUSIONES SEGÚN INDICADOR: "NORMAS LEGALES" PARA LA VARIABLE: "POLÍTICA FISCAL".- .338
1.- Conclusiones según indicador N° 1: "Número de normas tributarias (por tipos) respecto a las empresas".- 338
2.- Conclusiones según indicador 2: "Normas tributarias que afectan con tributos a las empresas".-.....341
3.- Conclusiones según indicador N°3: "Normas tributarias que exoneran de tributo a las empresas".-.....342

II.- CONCLUSIONES SEGÚN INDICADOR: "NORMAS LEGALES" PARA LA VARIABLE: "LIBERTAD DE EMPRESA".- 343
1.- Conclusiones según indicador: "Número de normas empresariales (por tipo)".- 344
2.- Conclusiones según indicador: "Normas legales que afectan tributariamente a las empresas".- 345
3.- Conclusiones según indicador: "Normas legales que exoneran tributariamente a las empresas".- 346

CONCLUSIONES SEGÚN INDICADOR: "JURISPRUDENCIA" 349

I.- CONCLUSIONES SEGÚN INDICADOR JURISPRUDENCIAL: LIBERTAD DE EMPRESA:.....350

II.- CONCLUSIONES SEGÚN NDICADOR JURISPRUDENCIAL: POLÍTICA FISCAL.- 352

CONCLUSIONES TOTALES DEL ANÁLISIS DE SENTENCIAS.....355

CONCLUSIONES ARGUMENTATIVAS 357

1.- Sobre la Libertad de Empresa, la Economía social de mercado y el costo del Estado.- 357

2.- Sobre la indeterminación de la Política Fiscal.- 360

3.- La Empresa, el Empresario y los mitos del pleno empleo.- ...362

4.- La Empresa y la nueva concepción de representación legislativa.-.....364

5.- Los costos de constitución como déficit en la empresa.- 368

6. La preexistencia del Estado como costo.- 370

7.- La competencia en capitalistas y trabajadores.-.....372

8.- La riqueza de las naciones.- 373

9.- El uso del mercado.- 374

10.- El nuevo concepto de empresa basado en la experiencia.- .375

11.- Los desbordes de la concepción de empresa.-.....376

12.- La empresa como capital humano.- 377

SECCIÓN: LA EMPRESA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES 379

1.- LA EMPRESA EN LA LGS.-.....379

2.- LA LEGISLACIÓN DE SOCIEDADES.-.....380

3.- LAS SOCIEDADES EMPRESARIALES.-.....382

4.- LIBRO PRIMERO: REGLAS APLICABLES A TODAS LAS SOCIEDADES.-.....385

5.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.-.....388

6.- EL CONCEPTO DE EMPRESA.-.....395

7.- MODALIDADES DE CONSTITUCION DE SOCIEDADES EMPRESARIALES.- 396

8.- LA PLURALIDAD DE SOCIOS.-.....400

9.- EL NÚMERO DE SOCIOS MÍNIMOS Y MÁXIMOS EN LAS SOCIEDADES EMPRESARIALES.-.....404

10.- LA SUCESIÓN INDIVISA NO DA LA CALIDAD DE SOCIO.-.....405

11.- LA EXCEPCIÓN A LA PLURALIDAD DE SOCIOS EN LAS SOCIEDADES EMPRESARIALES.- LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES.-.....406

12.- LA SOCIEDAD EMPRESARIAL UNIPERSONAL DE FACTO.-.....407

13.- LA PLURALIDAD DE SOCIOS EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.-.....408

14.- FORMALIDADES PARA LA CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES EMPRESARIALES.-.....409

15.- PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS EMPRESAS.- 410

16.- ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN COMO PERSONA JURÍDICA O SOCIEDAD EMPRESARIAL.-.....414

17.- EL CONTENIDO DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES 416

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y ANEXOS 433

INTRODUCCIÓN

"Una parte esencial de la libertad económica consiste en la facultad de escoger la manera en que vamos a utilizar nuestros ingresos: qué parte vamos a destinar para nuestros gastos y qué artículos vamos a comprar; qué cantidad vamos a ahorrar y en qué forma; qué monto vamos a regalar y a quien. En la actualidad, el gobierno, a nivel federal, estatal y local, utiliza en nuestro nombre más del 40 por ciento de nuestros ingresos. (...) Hoy día no somos libres para ofrecer nuestros servicios como abogados, médicos, dentistas, fontaneros, barberos, enterradores, o para empezar a trabajar en muchas otras ocupaciones, sin antes conseguir un permiso o una autorización de un funcionario gubernamental. No podemos trabajar horas extras en condiciones acordadas previamente con nuestro empresario a menos que éstas estén de acuerdo con las normas y las reglamentaciones establecidas por un funcionario gubernamental. / No somos libres de abrir un banco, entrar en la industria de taxi, o en la venta de electricidad o de servicio telefónico, o explotar una línea de ferrocarril,

> autobús o aérea, sin antes recibir una autorización de un funcionario gubernamental". (Friedman, 1983, p. 98).

1.- Generalidades:

Así que la vida de la empresa no se concibe, desde el punto de vista económico, sin capital, ni tampoco es factible sin trabajo. No obstante, es preciso reconocer que **la salud de la empresa** depende de normas jurídicas que le dan certidumbre y seguridad al enmarcar su funcionamiento según las normas y regulaciones que el Estado impone en la legislación positiva. (Sanromán Aranda & Cruz Gregg, 2008, pág. 3)

La Libertad de Empresa es un derecho y técnica de la libertad que contiene en su interior importantes y fundamentales factores (autonomía, autogestión, productividad, etc.) para el desarrollo de la personalidad del individuo y de la propia sociedad, de tal forma que su respeto, defensa, garantía y ejecución determinan el grado o nivel de desarrollo de una entidad social. Por ello es necesario medir siempre el grado de libertad de empresa existente, para lo cual se puede recurrir a variables que se utilizan en el proceso de legitimación de su constitución, actividad y permanencia, como por ejemplo el factor: “Política Fiscal”.

2.- El tema planteado: La Libertad de Empresa

El Derecho en la historia ha sido enfocado desde muchas teorías jurídicas símiles o contrapuestas que pretendían resolver cómo debe ser la organización social, las relaciones jurídicas entre los individuos, siendo que

existe también una que analiza el Derecho desde la "Economía", denominada: "Teoría Económica del Derecho", nacida de la inclinación por la evidente aspiración del ser humano de lograr mayor capacidad adquisitiva (capital) y riqueza a través de entrelazar la Economía y el Derecho. Entre estas dos disciplinas observamos una institución que, en ciertas dimensiones, completarían aquella relación: "La Empresa", pues ésta última no sólo se compone de métodos para generar riqueza o de administrar los recursos escasos, desde la economía, sino se constituye como un instrumento más integral, completo, de la vida del ser humano, puesto que desarrolla importantes potencialidades de la persona, como su capacidad productiva, creativa, organizativa, "auto regulativa", así como su "autonomía", "iniciativa privada", "libertad", entre otros núcleos de la personalidad, que son factores a tenerse como indispensables si queremos lograr el desarrollo de una nueva sociedad con mayores tendencias a lograr ser "auto sostenida", "autogestionaria", "auto regulativa", permanente y legítima dentro de las esferas del Derecho como entidad reguladora de aquellos factores. Asimismo es importante en este contexto identificar también cuáles son los factores que impiden se desarrolle la capacidad empresarial reseñada y qué elementos provocan indiscutiblemente el subdesarrollo o la violación a la libertad de empresa, que es el factor eje de nuestra investigación y planteamiento.

Afirmamos que uno de los ejes más importantes del desarrollo de nuestra sociedad está en la empresa, en ser empresario, no cómo una institución ficticia y

artificial que procura sólo capital, riqueza, «lucro» sino como un factor fundamental para interiorizar y formar al ser humano en destrezas más importantes como la capacidad de autogobernarse, auto sostenerse, de ser libre e independiente, autogestionario, autónomo; o en otras palabras, de aprender a sostenerse por propia cuenta y no por cuenta de otro (que en este último caso sería el Estado, es decir todos). Es necesario entender que toda "auto regulación" es siempre menos costosa para la propia sociedad y más efectiva; siendo la regulación jurídica el instrumento del derecho que permite dicho desarrollo de la personalidad; considerando también que es «la libertad de empresa» uno de los mejores factores del éxito del desarrollo de la personalidad autogestionaria y auto regulativa. El derecho existe cuando hay regulación intersubjetiva, reglamentación de las conductas entre dos o más personas; si aquella regulación necesita de un tercero (Estado) que la haga efectiva o que le provea los mecanismos de ejecución del derecho, el fenómeno se vuelve más complejo, largo y costoso; si en cambio son las propias partes en conflicto (en el caso civil y comercial) las que se ponen de acuerdo sin necesidad de un tercero, sin necesidad de intermediación, las partes se convierten en autogestionarias, en autosuficientes, y el efecto produce una sociedad que reduce su complejidad y es menos onerosa. Esto es posible sólo dentro de un marco social donde la «libertad de empresa» prevaleciera, es decir, donde la capacidad autogestionaria fuera el principio rector, y un deber individual trasladado a lo social.

Desde el ángulo conceptual hemos reconsiderado la idea que la empresa es aquella que genera lucro (ganancia que excede lo necesario), pues si bien la concepción de empresa la define como aquel «organismo que enlaza el capital con el trabajo y cuya finalidad es la obtención del lucro o beneficio», la realidad demuestra que el «lucro» considerado como "exceso, riqueza", «tener más de lo necesario», no es necesariamente lo obtenido o perseguido; pues la empresa (básicamente la microempresa) es marcadamente un «medio de subsistencia» para conseguir satisfacer las necesidades básicas y cuya finalidad -en este caso- no es el lucro, sino la consecución de dichos medios básicos de supervivencia. La finalidad «lucrativa de la empresa» como uno de los elementos esenciales de la misma no es excluyente de aquella finalidad de conseguir los medios básicos de subsistencia. El lucro, que es un exceso de riqueza, responde a un fenómeno posterior, el factor éxito, que luego puede producir el «exceso lucrativo», es decir, obtener un beneficio más allá de lo requerido para satisfacer las necesidades básicas. La definición de empresa no se restringe a aquella finalidad lucrativa, porque no nacen necesariamente de una sola finalidad: conseguir exceso de riqueza, sino también persigue otros fines: satisfacer las necesidades básicas, conseguir la supervivencia, etc. Definir a la empresa con «fin lucrativo» es en nuestro medio determinante como hipótesis de incidencia tributaria, pues aquello se considera como un factor o variable para el tratamiento tributario, para que la empresa tribute, a diferencia de las asociaciones educativas –por ejemplo-, que por no

tener «finalidad lucrativa» son exoneradas de determinados tributos.

Una empresa, en nuestra concepción, es aquella persona natural o jurídica que contiene y organiza capital y trabajo, y cuya finalidad es la obtención de cierta «rentabilidad». Esta definición integraría a aquellos que constituyen empresa no sólo como un medio para lucrar, sino para «subsistir». Ahora bien, hay que distinguir dos tipos de empresas, las legales y las de facto, porque si bien para la constitución de las empresas es necesario todo un procedimiento de subordinación y sujeción a normas tributarias, fiscales, económicas, etc., el hecho que una entidad no siga dichos procedimientos puede discriminarla como ilegítima, ilegal, informal, pero no puede dejarla como inexistente, porque siguen constituyendo empresas informales (de facto) en los hechos. La marginación de las empresas como «informales» genera un déficit en la gestión de los mecanismos para desarrollar la libertad de empresa.

Por otro ángulo, la libertad de empresa no puede existir si no se permiten o generan ciertos espacios para la creación, modificación, permanencia, extensión o extinción de la empresa, el tratamiento libre en todo su proceso constitutivo y funcional; por eso, nos hemos planteado previamente ciertas preguntas: 1) ¿Puede existir libertad de empresa si los costos para acceder a la constitución de la empresa son demasiado altos?; 2) ¿Cómo puede creerse en la libertad de empresa si los trámites para constituirse, permanecer y hasta liquidarse son demasiados, engorrosos, difíciles y

caros?; ¿puede el Estado intervenir para mejorar o viabilizar la efectiva libertad de empresa?; ¿si el Estado interviene, puede aquella acción ser contradictoria con la propia libertad de empresa?; ¿es la política fiscal una forma de intervenir o regular la economía, el mercado en favor o en contra de la empresa?; ¿puede la política fiscal promover o anular la libertad de empresa? La libertad de empresa no es un simple enunciado declarativo constitucionalmente, sino un «ejercicio», una praxis; y es ésta última la que define si existe o no «derecho».

El marco teórico.-

Para darnos una idea panorámica sobre el fenómeno investigado, hemos hecho un análisis referencial sobre todo el marco jurídico, que pretende, antes que demostrar una teoría, darnos el margen de lo que se entiende por el derecho en general, y luego dividirlo en las ramas del derecho. Tratamos desde la evolución del concepto de derecho, la teoría kelseniana y sus famosos principios de causalidad e imputación. Luego sobre el concepto de derecho dado por juristas y filósofos como Edgar Bodenheimer, asimismo diferentes especulaciones sobre el sentido del concepto derecho; la etimología del derecho; las corrientes doctrinales del derecho, como el iusnaturalismo, positivismo, etc. Tratamos además, sobre los tipos de derecho, el derecho objetivo, el derecho subjetivo, la clasificación del derecho, la aplicación del derecho, legitimidad y validez del derecho, derecho y libertad, derecho y codificación. Más adelante tratamos temas como la norma jurídica, su estructura, el hecho jurídico, la costumbre y el derecho, los fines del derecho, la

seguridad jurídica, las fuentes del derecho. También tratamos sobre el Estado, su concepto, el Estado en su contenido orgánico, la división clásica del Estado, los organismos constitucionales con funciones específicas, la administración pública. Luego pasamos una breve revisión a las ramas del derecho, desde el Derecho Constitucional, el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Tributario, que trabajamos con mayor énfasis por el problema que se enfoca; y terminamos con el Derecho Empresarial, en donde se destacan los tipos de empresa, su organización jurídica, su clasificación, los órganos de las empresas, etc.

Nuestra investigación circula el concepto de empresa y su contenido como factor o eje, instrumento para conseguir la libertad.

Alex R. Zambrano Torres (*)

(*) ALEX RICARDO ZAMBRANO TORRES: 1) Doctor en Derecho en la Universidad Privada de Tacna (UPT); 2) Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial (UPT); 3) Abogado titulado con felicitaciones públicas / honores (UPT); 4) Experiencia como Asesor Legal de Presidencia de las Cortes de Tacna, Huaura y Lima Sur; 5) Experiencia como Secretario Técnico de la Comisión de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal en la Corte Superior de Justicia de Huaura; 6) Experiencia como Secretario Técnico de la Comisión de Selección de Jueces Supernumerarios en las Cortes Superiores de Justicia de Tacna, Huaura y Lima Sur; 7) Experiencia como Asesor en el Congreso de la República;8) Docente de la AMAG (Academia de la Magistratura); 8) Docente universitario de Pregrado en los cursos de: a) Derecho Tributario I (Universidad Privada de Tacna- UPT);b) Derecho Tributario II: Impuesto a la Renta e IGV (UPT); c) Derecho de

Empresa (UPT); d) Derecho Civil V: Contratos (UPT); e) Derecho Internacional Público (UPT); f) Derechos Humanos (UPT); g) Derecho de Personas (Universidad Alas Peruanas - UAP); h) Derecho Judicial (Universidad Jorge Basadre Grohmann - UNJBG); i) Introducción a las Ciencias Jurídicas (UPT); j) Seminario de Tesis (Teoría de la Investigación) (UPT); k) Metodología del Trabajo Universitario (UPT); l) Ciencia Política (UPT); ll) Oratoria Forense (UPT); m) Filosofía del Derecho (UPT); n) Filosofía (UPT); 9) Docente de postgrado en los cursos de: a) Filosofía de las ciencias del Derecho Penal (Doctorado UNH); b) Derecho Penal y Nuevas formas de Criminalidad /Crimen Organizado (Maestría en la UNH); c) Teoría de los Derechos Fundamentales (Maestría UNH); d) Derecho Laboral Individual y Colectivo (Doctorado en la UNH); e) Teoría del Estado y Gobernabilidad (CAEN - Postgrado del Centro de Altos Estudios Nacionales); 10) Abogado finalista en concurso para magistrado del Tribunal Constitucional; 11) Autor de más de 150 LIBROS (20 libros publicados con ISBN y más de 130 libros escritos); 12) Autor y editor de más de 30 revistas jurídicas públicas y privadas publicadas; 13) Autor y editor de juegos para aprender Derecho (digitales y materiales); 14) CTI VITAE: Última actualización: 08-05-2024; 15) ORCID: 0000-0002-8252-9359; 16) CRI (Conducta Responsable en Investigación) Aprobada: 21-09-2021; 16); 17) Cel.: 931 8004 88; 18) E-mail: estudiolegalaz@gmail.com; 19) Web: http://estudiolegalaz.webnode.es; 20) https://librosaz.webnode.es/libros-alex-zambrano;21) https://juegosaz.webnode.pe.

CAPÍTULO I: EL DERECHO

---------- ---

> "El Derecho es un saber que modela la personalidad, le da sentido y estilo a los actos humanos y se perfecciona a través de la libertad". (*Hanks Bandini*)
>
> "El Derecho es un sistema normativo (un saber) que modela las conductas humanas, propone el logro del equilibrio social, y tiene como fin la paz social y la justicia; conteniendo como factores adheridos funciones formadoras, valorativas, pedagógicas, sociales, económicas, políticas, que se proyectan, perfilan, imputan y perfeccionan a través de la libertad."

1.- GENERALIDADES

El Derecho es un sistema normativo que tiene como objetivo facilitar las relaciones intersubjetivas, así como

todas aquellas conductas que se desprenden de ellas; dándoles confiabilidad, garantizando los acuerdos legales que se hayan pactado y las normas jurídicas en las que se halla inmerso el ser humano en relación. El Derecho cumple una función componedora, garantista, pero además puede cumplir una función dentro del marco conceptual relativo a la empresa; así el Derecho cumple también una función de «productividad» pues puede promover que el individuo o la sociedad dentro del marco jurídico puedan ser «productivos», que significa desarrollar la capacidad motora del ser humano para generar valor agregado o riqueza; así también el Derecho puede servir como un instrumento potente de "autosostenibilidad" o "autogestionaria", por la cual el Derecho no sólo se limita a regular las relaciones entre los sujetos de derecho, sino que promueve una capacidad locomotora de generación de los medios necesarios para la subsistencia e independencia económica. De esta manera el Derecho no sólo es un medio para garantizar la paz social, la estabilidad jurídica de la organización social, sino que permite desarrollar la capacidad productiva, autogestionaria y de autosostenibilidad del ser humano. Esta es la parte que queremos analizar del Derecho, no sólo como aquel sistema normativo que resuelve los conflictos de intereses, disuelve las incertidumbres jurídicas, sino que promueven o permiten la libertad, a través de desarrollar la capacidad productiva, autogestionaria, autosostenibilidad que se logra por medio de la libertad de empresa.

Daremos una revisión panorámica por la concepción del Derecho, a fin de construir los fundamentos que

aborden nuestra hipótesis, que tiene como objetivo final revelar al Derecho como un instrumento que posibilita, garantiza y promueve la libertad empresarial. Esto nos indica que estamos poniendo en primer plano la vida regulada por el Derecho a la libertad; aquella libertad que al ser matriz de la creatividad, iniciativa privada, autogestión, de autosostenibilidad, puede y se desarrolla por medio del Derecho, que genera un sistema normativo mucho más eficaz para lograr el desarrollo social (mediante la promoción y protección del derecho a la libertad de empresa) que el sistema asistencialista (remisión de la sostenibilidad individual y social al Estado), y porque a través del tratamiento del individuo en su aspecto empresarial (productividad, interés individual, etc.) tiende a ser el instrumento más real y rápido para resolver los conflictos de intereses que el Derecho como finalidad plantea solucionar.

El Derecho, en este sentido, es libertad puesta en ejercicio, *capacidad para elegir*; acción que siempre va a tender a la *autogestión*, porque en principio el hecho de *elegir* nos involucra directamente, pues *nadie puede decidir por nosotros*, porque aquello dejaría de ser libertad. La libertad nos obliga a hacernos responsables de nuestra vida, destino, a pensar en cuáles serán nuestras decisiones y a sostener las responsabilidades respecto de las mismas. De allí que la *libertad* y el *derecho* se hallan internamente relacionados, enlazados, no pudiendo existir una sin la otra, por eso el Estado tiene la obligación de garantizar la libertad en todas sus formas, porque con ello está defendiendo su propio fuero existencial.

El Derecho es entonces ejercicio de la libertad, o de las conductas que se hayan producido en libertad; de tal forma que si faltara este componente (la libertad) el Derecho automáticamente dejaría de existir pues se transformaría en otro concepto: *arbitrariedad*. Así, la libertad es el sustrato de la voluntad aquello que le da vida o corporeidad.

Es desde aquel contexto que tomamos el concepto del Derecho, que no se limite a identificarlo como un simple *sistema normativo* para solucionar los conflictos de intereses, y nos dé una noción amplia, sociológica, psicológica y acaso *jus empresarial*, que permita fomentar, garantizar y desarrollar el concepto de libertad como eje central de todo el sistema normativo y como factor para el propio desarrollo del individuo (autogestión, autosostenimiento, iniciativa privada, libertad de empresa). No obstante en la realidad existe una diversidad de discursos sobre la concepción del Derecho, sobre su necesidad y justificación. Todas ellas han querido explicar el *porqué* del Derecho y el deber de éste de *ser*; sin lograr una definición acabada y completa del Derecho. Aquello no significa un defecto intelectual, sino que el Derecho –como concepto y elemento multidimensional- es –y debe ser- por naturaleza *cambiante* (la conducta humana) como requiere la necesidad para ser eficaz y vigente; puesto que el objeto, o sujeto preferente de estudio es el *ser humano*, que es a su vez siempre cambiante. En ese entendido uno de los fundamentos de validez del Derecho es que no es definido absolutamente sino temporalmente, de acuerdo al espacio y tiempo. Lo que si queda definido es que se trata de un sistema normativo, al margen de si es

ciencia, arte, disciplina, técnica, etc. y que cumple ciertos efectos fuera de su propio objetivo inicial (justicia), como prevenir la delincuencia, formar el carácter personal o colectivo, generar una personalidad asistencialista o empresarial, etc.

Ensayando una primera noción del Derecho, nos encontraremos que es ante todo *regulación de las conductas humanas*. Fenómeno complejo porque en el proceso del mismo los elementos de esta regulación se topan con otros elementos sociales, como el poder, la política, la economía, la utilidad, la moral, la ética, etc.; fenómenos, que hacen al Derecho reacomodar su funcionamiento y operatividad constantemente. Por ello suele suceder una superposición de unos elementos sobre otros, alterando el orden y jerarquía jurídica de acuerdo con diversos motivos. Así, las finalidades que se busca resolver con el Derecho pueden trastornar la finalidad objetiva de la misma (hacer justicia) y buscar resolver las finalidades de las otras disciplinas. La Economía –por ejemplo- busca que el Derecho resuelva o ayude a resolver su propia finalidad de *administrar los bienes escasos*; la política busca que el Derecho resuelva sus finalidad de *obtención y control del poder*; la moral pretende llevar su finalidad regulada normativamente en el Derecho, a pesar que desde Kelsen la Moral y Derecho son dos disciplinas distintas. No obstante saber que el Derecho puede enfocarse y acaso correr el peligro de *distorsionarse* en su finalidad. Por eso el Derecho, que pretendemos graficar y utilizar para nuestro planteamiento, tiene que enfocar y organizar todos los fenómenos que inciden en el *proceso de regulación* y reconcentrarlos dentro del valor jurídico *libertad*.

Fundamentos por el que revisaremos brevemente algunos conceptos fundamentales que nos den un panorama general de lo que significa y pretende el Derecho; nos permita escrudiñar en aquellos conceptos y razonamientos que tengan en su contenido interno a la libertad como Derecho, o al Derecho como libertad para generar una voluntad autogestionaria, de autosostenibilidad del ser humano. Nuestra investigación tiene un propósito contenido en conceptos específicos como «libertad de empresa» y «política fiscal».

Por ello, requerimos un concepto de Derecho que desarrolle la libertad mental, desde lo jurídico; que liberará nuestras posibilidades de creación, autogestión y autogobierno. Esto en el entendido que el Derecho, antes que normatividad para lograr la paz social, es un *sistema de equilibrio* social, que parte del equilibrio individual a través de la voluntad. El Derecho lleva adherido innegablemente como condición de su existencia: influir, formar, promover, conducir o reconducir las conductas humanas. El Derecho antes que *sistema de composición* es formador de «*sistemas mentales»* normativas; su dimensión normativa no estaría ya sólo en la regulación de las conductas (apriori o aposteriori), sino en la «*formación*» de estas conductas a través de la voluntad, pues al hacerse operativo su ejercicio, deja en paralelo su condición normativa (que puede o no hacer un ser humano) para transformarse en un destino ineludible e impositivo en la mente del ser humano; el Derecho es, en esta concepción, una condición existencial del que se desprende la libertad como manifestación de la voluntad (requisito ineludible

de validez); o dicho en otros términos, Derecho es libertad puesta en acción; libertad que se genera primigeniamente en la mente (voluntad); así el Derecho es, en primera instancia, una configuración mental antes que experimental. Dicho de otra manera, el Derecho es lo que en nuestra mente se constituye como tal y luego se exterioriza, en el entendido que sólo las conductas exteriorizadas pueden regularse y ser objeto de Derecho. De esta forma el Derecho es un instrumento trascendental para «formar» al ser humano, puesto que la vida es en gran medida el reflejo de nuestra *mente normativa*, de la estructura y sistema normativo que tenemos en la mente. Esta es la concepción que utilizaremos: el Derecho como sistema mental normativo, como estructura mental, como reflejo de nuestra mente normativa, producto de nuestra libertad que radica en la voluntad y que se exterioriza a través de las conductas.

Desde aquella perspectiva el Derecho, además, nos puede revelar qué tan libre somos, o cuán restringida esta nuestra libertad. La libertad es puesta en medida por el Derecho. La libertad se mide por el grado de movilidad que nos dan las normas, por el grado de acción, creatividad y productividad que los seres humanos exponemos en el mundo. El Derecho no es solo *libertad*, sino que la libertad hace al Derecho y viceversa. Esta relación (Derecho-Libertad) genera evidentemente el carácter o personalidad de los seres humanos, de allí se explican las nociones asistencialistas o autogestionarias. El manejo de la libertad individual o colectiva es el factor fundamental para lograr el desarrollo individual o colectivo.

2.- DERECHO Y LIBERTAD.-

2.1.- LA LIBERTAD.-

Según escribe Arthur Shopenhauer, la libertad es "un concepto negativo", ¿por qué?, porque por el entendemos la "ausencia de todo obstáculo" (Schopenhauer, pág. 209). La libertad más bien es una fuerza que se representa, que se manifiesta, que se expresa, y como tal debe ser positiva. Sin embargo, Shopenhauer, partiendo de este concepto negativo distingue los tipos de libertad y los divide en: Libertad física, Libertad intelectual, y Libertad moral.

2.1.1.- Libertad física.-

Para Shopenhauer no es más que la ausencia de cualquier tipo de obstáculo material, "designa la ausencia de condiciones vejatorias" (Schopenhauer, pág. 209); "rasgo característico consiste en que sus movimientos proceden de su voluntad, son voluntarios y como tales son llamados libres cuando ningún obstáculo los imposibilita." (Schopenhauer, pág. 209). Pero el eje del asunto, la clave, es que "los obstáculos pueden ser de muy diversos tipos, lo obstaculizado es siempre la voluntad" (Schopenhauer, pág. 209); "ningún obstáculo físico, material, impiden su obrar, sino que éste procede de acuerdo con su voluntad" (Schopenhauer, pág. 209); "bajo este significado el concepto de la libertad no está expuesto a ninguna duda o controversia, pues siempre puede darse testimonio de su realidad a través de la experiencia." (Schopenhauer, pág. 210); "El concepto de libertad, en este su significado original inmediato y popular, se refiere sólo

al poder (poder obrar), es decir, a la ausencia de obstáculos en sus acciones." (Schopenhauer, pág. 209).

2.1.2.- Libertad intelectual.-

El intelecto es la facultad del conocimiento, a través del intelecto. "El hombre intelectualmente libre, es aquel que cuando la voluntad puede decidirse de acuerdo con la naturaleza del hombre, o sea de acuerdo con el carácter individual del hombre, y manifestarse sin trabas según su propia esencia" (Schopenhauer, pág. 209). Un hombre es intelectualmente libre cuando "sus acciones son sólo el resultado de la reacción de su voluntad ante los motivos que se le presentan en el mundo externo de la misma manera que a todos los demás. Es entonces cuando se le atribuyen sus acciones moral y jurídicamente." (Schopenhauer, pág. 209)

El Intelecto es el medio de los motivos: "el medium del motivo es el conocimiento" (Shopenhauer, p. 54); "si falta el conocimiento, falta también necesariamente el movimiento por motivos" (Shopenhauer, p. 54). El intelecto: el conjunto o sistema de conocimientos, intelecto es conocimiento. Shopenhauer le atribuye a este conocer la característica central de todos los animales: "la verdadera característica del animal sea el conocer, el representar. El animal, con tal, se mueve siempre hacia un fin, con un propósito, el cual debe ser conocido por él, esto es, debe representársele como algo diferente de él mismo y tener conciencia de este algo. Por consiguiente, hay que definir al animal diciendo que es 'lo que conoce'" (Shopenhauer, p. 54). "La motivación es la causalidad vista por dentro" (Shopenhauer, p. 100). "Esta libertad intelectual queda suprimida, o bien

cuando el medio de los motivos, la facultad del conocimiento, está trastornado temporal o definitivamente, o cuando las circunstancias exteriores en determinados casos adulteran la aprehensión de los motivos. El primer caso es el de la locura, el del paroxismo y el delirio de la borrachera; el segundo el de un error del cual no somos culpables, como, por ejemplo, cuando alguien sirve veneno en lugar de medicina o dispara contra el criado que ha entrado por la noche tomándolo por un ladrón. En ambos casos los motivos están adulterados y, por lo tanto, la voluntad no puede decidirse como lo haría bajo las mismas circunstancias si el intelecto se los suministrase correctamente." (Shopenhauer, p. 210).

2.1.3.- La libertad moral.-

"Un motivo no tiene fuerza irresistible, porque puede ser vencida por otro motivo más fuerte. No es lo mismo que un obstáculo material." (Shopenhauer).

3.- LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO Y LA LIBERTAD

La concepción del Derecho se forma por diversos factores que se interrelacionan gracias a que existe la libertad necesaria para la construcción del mismo; por eso hemos visto líneas anteriores como el Derecho ha ido evolucionando en libertad; así por ejemplo, con las teorías kelsenianas de la causalidad y la imputación, podemos observar el inicio de la regulación jurídica; esclareciendo que el ser humano se desenvuelve dentro de las normas naturales y las normas jurídicas; dentro de las primeras están por ejemplo la necesidad de alimentos, por la cual el ser humano adopta conductas para procurarse de los mismos; debiendo regularse

jurídicamente estas conductas a fin de prevenir que no interfiera con la libertad de los otros seres humanos que también intentan procurarse de alimentos. Como se ve coexisten las normas naturales, alimentarse, con las normas jurídicas, imputación; pero esto sólo puede suceder si existe la necesaria libertad para realizarlo.

La libertad para desarrollarse debe tener conocimiento de estos dos principios que describen el movimiento, pues afectan en el devenir de la conducta humana, y por ende en su libertad.

Cabe aclarar sin embargo que cuando el hombre está sometido a las leyes de la naturaleza (alimentarse, por ejemplo) no es libre de elegir si siente hambre o no, pero si es libre para elegir que hace o no hace a fin de satisfacer su necesidad física de alimentarse. Sin embargo, el Derecho no puede regular las normas naturales, sino los efectos, traducidos en conductas de los seres humanos, de estas leyes.

Por otro lado, cuando hacemos referencia a las nociones generales sobre la concepción del Derecho, estamos intentando describir, descifrar, y delimitar los elementos fundamentales que conforman las instituciones jurídicas; así decimos que el Derecho puede ser entendido como el camino más corto y seguro para solucionar los conflictos de intereses, y que éstos existen como resultado del uso de la libertad o capacidad de elección de todos los seres humanos. Estamos entonces ante el reconocimiento tácito y expreso de la libertad, puesto que lo contrario no podría haber conflicto de intereses, sino adhesión, y por lo

tanto no podría haber "composición" de las relaciones sociales, sino sometimiento, subordinación, a conceptos e instituciones no legítimas, es decir, no sometidas a un proceso de garantía como la fundamentación, argumentación y exposición de motivos de las instituciones acatadas.

Por otro lado, Bodenheimer explicaba que el Derecho es aquel punto intermedio entre la anarquía y el despotismo. Esto significaba que regular las relaciones humanas jurídicamente consiste en evitar los excesos a la libertad del ser humano, como la anarquía en un extremo, y el despotismo en el otro extremo; factores que pueden provenir del exceso de libertad de los seres humanos, es decir de una libertad mal comprendida, asumida sólo como una proposición negativa, como la negación irreflexiva de cualquier obstáculo. El concepto de libertad en este caso no es completo porque olvida un elemento fundamental: la responsabilidad por nuestras elecciones y respectivas conductas. Así la libertad es el factor que el Derecho debe tomar como referente para evitar los excesos, y lograr componer cualquier distorsión a la libertad, es decir al libre actuar de los seres humanos.

Así también, se ha descrito al Derecho más que como un conjunto de normas, como un sistema normativo que regulan las conductas humanas, y la interrelación entre ellas. Esta afirmación es para evitar confusiones sobre el Derecho como conjunto de normas, que derivaba el asunto central a la norma, y no el ser humano en libertad. Al ser un sistema normativo el Derecho se pretende como la integración de todos los seres

humanos a través de la norma. Luís Diez Picazo explica, frente a una concepción normativista, que el Derecho no son sólo conjunto de normas, por el contrario son "experiencias existenciales de decisiones sobre concretos conflictos de intereses". Como se ve el Derecho vuelve a ser descrito desde la facultad de decidir, que es esencialmente un elemento de la libertad.

Este concepto del Derecho lo expone como conjunto de decisiones sobre determinados conflictos de intereses, remarcando que las decisiones son sólo producto de la libertad. Es decir que los conflictos de intereses se resolverán determinando el grado de validez del uso de la libertad, asumida a través de las decisiones y legitimada por la autoridad.

Más allá tenemos también la concepción del Derecho como relación de dominio o de poder, que sustenta la existencia del Derecho sólo si concurre una relación de dominación, es decir, de subordinación de parte de nuestra libertad a la autoridad.

Ahora bien, para encontrar la naturaleza que hace legítima la existencia del Derecho, se ha intentado integrarla dentro de ciertas instituciones; así se ha dicho que el Derecho es ciencia, disciplina, arte, etc., para revestirla de legitimidad y poder aplicarla conforme a la naturaleza y función de la institución con la que se la reviste (ciencia, arte, etc.).

Por otro lado, con Kelsen y posteriores positivistas se pretendió podar el Derecho de los elementos o ramas

que no le correspondía. Así se diferencian la moral, la religión, la tradición, etc., del derecho; surge un fuerte movimiento positivista que engloba al derecho dentro de la norma, confundiéndolo con el sujeto de derecho, y no como objeto de derecho.

Otro aspecto relevante del concepto de derecho es aquel que lo define desde una institución determinada, la igualdad. Es decir aquella teoría que se preocupa por desentrañar porque se da "la desigualdad en el reparto de la riqueza en el poder". En esta concepción, que viene del marxismo, el derecho intenta establecer que no existan desigualdades por efectos de la división de clases, e imputa este fenómeno a la propiedad de los medios de producción. No obstante esta teoría, en la época actual puede describirse el fenómeno planteado desde la libertad; es decir, es a través de la libertad que se adquieren riquezas, así como se produce la diferencia por el buen uso y manejo de esta libertad, que en términos específicos de nuestra investigación sería el uso de la libertad de empresa.

Si insistimos en profundizar es relevante analizar el Derecho desde su etimología, que permitirá conocer el origen lingüístico de éste; el cual nos lleva a recordar que el término Derecho deriva del latín directus, que significa, lo conveniente, lo justo, lo equitativo. Términos que son también producto del uso de la facultad de decidir sobre lo justo o injusto. Esta determinación etimológica de la concepción del Derecho puede servirnos para delimitar a la libertad, es decir, que si esta se aleja de lo justo, de lo equitativo, de lo correcto, dejaría de tener legitimidad.

Ahora bien, cabe precisar aquellos hechos o actos que pueden denominarse como jurídicas, pues los mismos entrarían en el margen del Derecho. Así sólo un acto hecho en libertad es legítimo y jurídico, es decir, cumple con el requisito de ser socialmente exigible, o en todo caso, de no quebrantar lo socialmente exigible.

Por último, tendremos que también tomar en cuenta para el uso del derecho de libertad la influencia que surten las diferentes corrientes o doctrinas jus filosóficas como el positivismo y el jusnaturalismo, que tendrán y tienen en la actualidad un papel importante en la aplicación del Derecho, y en consecuencia, del uso de la libertad. Por ejemplo, si queremos usar el derecho a la libertad de empresa en un medio donde domina el positivismo jurídico tendremos que fundamentar nuestro derecho en una norma positiva, en una norma puesta, escrita y publicada por el Estado. Lo que nos dará un margen de cómo afrontar el fenómeno de la libertad de empresa. Por otro lado, en un medio donde predomina la corriente jusnaturalista, el mecanismo para justificar y legitimar el uso de la libertad sería las normas naturales, en este caso, las leyes del mercado. Sea cual sea la concepción del Derecho que requiramos debe ser aquella que permita desarrollar la libertad.

CAPÍTULO II: DERECHO EMPRESARIAL

GENERALIDADES.-

Hemos enfocado el presente trabajo, sobre el derecho a la libertad de empresa, dentro del Derecho Empresarial, por abordar en forma más específica el tema. No sin olvidar que el origen de todo discurso normativo está en la Constitución del Estado. Por ello, para saber qué se entiende por libertad de empresa, y cuáles son sus elementos, además de los efectos que se revelan ante él, haremos una descripción sintética del fenómeno empresarial, es decir, del Derecho Empresarial, con el objeto de poder plantear si existe o no existe una restricción o violación a la libertad de empresa, puesto que ésta debe ser garantizada por el Estado, esto de acuerdo a mandato constitucional.

El nacimiento, funcionamiento y, en su caso, extinción de la empresa debe ser descrita para poder entender en qué momento, en qué etapa se puede producir la restricción a la libertad de empresa. La empresa se constituirá por eso en nuestro eje de estudio, alrededor

del cual tejeremos un grupo sistémico de conceptos que la expliquen y la justifiquen.

Veremos la empresa, pues, como un fenómeno singular, no sólo como aquella unidad de producción, ni aquella relación entre capital y trabajo con un fin lucrativo, sino como aquel medio o instrumento, o institución jurídica económica que cumpliendo sus fines de lucro, promueve automáticamente la libertad, y por ende la libertad de empresa, que, valga la redundancia, promueve también automáticamente el desarrollo, la autogestión, el autogobierno, la iniciativa privada, el beneficio individual que propende el beneficio colectivo, etc.

También exploraremos, a fin de investigar si nuestra hipótesis se cumple, las instituciones y elementos que revisten a la empresa, y si estas al constituirse, formarse, existir, perpetuarse, o extinguirse, tienen impedimentos provenientes del Estado, y de su sistema normativo, como su política tributaria. Esto en el entendido que es de conocimiento público que nuestra sociedad no es necesariamente capitalista, o eminentemente empresarial, y que todo el sistema nacional no está direccionado a formar empresarios, sino trabajadores, es decir, el sistema organizativo del Estado no prioriza generar entes de productividad, sino sólo «trabajadores», o en otros términos, «consumidores».

La empresa actualmente, ha sufrido enormes cambios, porque no se trata ya sólo de un instrumento para producir riqueza, sino que forma el carácter humano;

por eso, las limitaciones a la libertad de empresa, a desarrollar la empresa, la capacidad empresarial, es un atentado contra el propio individuo, contra la natural condición del ser humano de ente creativo y proyectivo, contra su naturaleza de libre. El atentado no es contra un objeto de derecho, sino contra el mismo sujeto de derecho, que es la persona.

La impronta conciencia de la afluencia de la actividad comercial como una importante forma de generación de auto sostenimiento ha generado la necesidad de regular este fenómeno desde la óptica empresarial, reformulando las concepciones tradicionales de acto de comercio, actividad comercial, actividad transaccional, comerciante, etc., por un sistema más completo y total: el Derecho Empresarial. Sistema normativo que regula al ser humano que se ha involucrado en la actividad productiva e independiente, convirtiéndose en el centro de un sinnúmero de relaciones jurídicas producto de la actividad emprendida: la actividad empresarial. El nuevo ser humano en ebullición es «el empresario», aquel que asume riesgos, y se hace autosuficiente para generar riqueza.

Por ello es necesario, en principio, determinar el objeto de estudio de este ebulliciente derecho empresarial, que a nuestro parecer es "la empresa"; mientras que el sujeto seria «el empresario». Este fenómeno se podría exponer de la siguiente manera: El *objeto* de estudio del derecho empresarial: La empresa, y; el *sujeto* de estudio del derecho empresarial: el empresario. Alrededor del objeto y del sujeto de estudio del derecho empresarial se tienen que hacer una variedad de análisis que nos

permitirán definir los factores más importantes que deben ser investigados, y que nos lleven a tener una referencia panorámica del fenómeno empresarial.

1.- Priorización del Derecho Empresarial.-

El fenómeno empresarial en nuestra sociedad no ha sido desarrollado con la importancia y extensión debida; sino, a nuestro entender, relegado y discriminada por áreas del Derecho, paradójicamente más "comerciales' e inmediatas como el Derecho Civil, Penal, Constitucional, Laboral, etc. No obstante, desarrollar el Derecho Empresarial con mayor prioridad y detalle pudiera provocar el despertar de un nuevo sistema de conducirse en la vida, un eje para tratar los temas que desarrollarían la capacidad autogestionaria del ser humano. El Derecho Empresarial debe ser por ello prioritario, hegemónico, al menos en un país sub desarrollado o en vías de desarrollo, porque esta última condición, suponemos, parece provenir específicamente de la falta de capacidad empresarial, de la incapacidad para autogenerarse una vida propia, productiva, libre, y al margen de la peligrosa subvención del Estado.

Por ello, desarrollar el tema del Derecho Empresarial tiene un significado que trasciende la simple investigación; pues se trata más bien de lograr una visión panorámica y teleológica, a través del Derecho; para desarrollar y fomentar cierta capacidad empresarial; puesto que, según nuestra hipótesis, el desarrollo se deviene precisamente de la activación de dicha capacidad, como, por ejemplo, la creación de empleo, la adquisición de capital, de patrimonio, de un

estado civil equilibrado. El Derecho Empresarial (la regulación de las conductas que se devienen del mercado) tal vez pueda plantearse como una 'nueva mano invisible", cuyo mecanismo funciona insuflando o interiorizando la aptitud y capacidad empresarial en la persona, para que luego se devenga automáticamente el desarrollo social. Podríamos ensayar el siguiente cuadro: Activación, fomento y priorización del Derecho Empresarial = Desarrollo jurídico, cultural, económico y social.

La falta de actividad y capacidad empresarial de un gran sector de la sociedad puede contrastarse de diversas formas, por ejemplo, a través de una encuesta a los estudiantes de derecho respecto a su actividad profesional y a la dirección de la misma; así también del análisis de la demanda de profesiones relacionadas con la empresa; o de un análisis de la tendencia profesional que predomina, entre otros factores que analizaremos más adelante.

2.- Priorización del derecho empresarial y libertad de empresa.-

La libertad empresa, dentro del derecho empresarial, cumple su rol fundamental en exponer la vida y las relaciones nacidas de ella en un eje distinto al de las demás ramas, cual es, desarrollar la capacidad autogestionaria del ser humano a fin que él mismo pueda solucionar por cuenta propia sus necesidades de supervivencia. Por eso nuestros planteamientos de priorizar el estudio y análisis de la libertad de empresa consiste en que desarrollando la misma podemos lograr minimizar los costos para organizar civilizadamente la

sociedad, volver a ésta productiva, generando a la vez un mecanismo de progreso automático; diferente a cualquier otro aspecto u elemento, porque a nuestro parecer, la productividad y evolución sólo se puede lograr maximizando los márgenes que permitan la creatividad, la libertad, y ésta es la capacidad para ser el origen y motivación de nuestro destino.

3.- Discriminación del Derecho Empresarial por ramas prácticas del Derecho.-

Otra de las jurídicas formulaciones hipotéticas que revisaremos es el hecho que el Derecho no ha desarrollado demasiado el tema de la empresa (ni como objeto de estudio, ni como objeto de progreso), porque al parecer la mayor incidencia, al menos en nuestra sociedad, ha sido respecto al área constitucional, penal, civil, laboral, etc., que son disciplinas muy importantes del fenómeno jurídico social, pero que no tienen la influencia directa en la capacidad empresarial. Puede concluirse, incluso, que respecto al tema de la empresa hubo siempre muy poco o vago interés; fenómeno que se produce, tal vez, por su complejidad o por la opaca percepción del rol fundamental que desempeña en el desarrollo de la sociedad. No obstante nos atrevemos a afirmar que esta parte del fenómeno social debe ser estudiada y trabajada con el mayor de los énfasis, porque, a nuestro parecer, es el eje central de toda la vida humana; puesto que es desde allí de donde se puede concebir una sociedad moderna y desarrollada; el resto, lo demás, puede sumarse como una parte complementaria. Esto es así porque la empresa es aquella que desarrolla la capacidad del ser humano para vivir autónoma y autogestionariamente de la mejor

manera en sociedad. La Empresa es un factor determinante del desarrollo social, porque permite un tipo de organización productiva y promueve la autonomía del individuo y la sociedad. Por eso una sociedad con concepción empresarial, como capacidad de producir bienes y servicios, y de redistribuirlos eficazmente para la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, es esencial para lograr la autonomía y la libertad necesaria para el progreso individual y social.

Desarrollar el Derecho Empresarial nos previene de no confundir la concepción del Derecho como simple estudio y regulación normativa de los seres humanos en relación que sería una definición restringida, adquirida en la modernidad gracias a la concepción "utilitaria" de las disciplinas humanas (como el derecho, la economía, etc.), y la racionalización o cientificismo con las cuales fueron revestidos los conocimientos. No fue así, en el principio del desarrollo del Derecho, pues, data de la historia que en la primera universidad occidental, Bolonia, se enseñaba Derecho como una "disciplina para formar hombres cultos", "hombres virtuosos". Eso indica que no se trataba de simple regulación de las relaciones entre sujetos, sino de un fenómeno teleológico, finalista. Al haber perdido el Derecho este sentido, se ha convertido en simple sistema normativo, olvidando que su finalidad no es regular intersubjetividades, (este es sólo el medio) sino posibilitar una vida mejor y productiva a través del orden y la potencialización de la capacidad del ser humano para autocrear su vida, es decir, de su libertad.

El Derecho Empresarial ha sido olvidado o discriminado tal vez inconscientemente pero con resultados reales. Este olvido o discriminación pasa por aquella concepción inmediatista, mediante la cual se afianza en el Derecho el estudio y ejercicio de las ramas aparentemente más útiles como son el Derecho Penal, Civil, Laboral, etc., concepción y realidad que deberían cambiar.

4.- La función del Derecho Empresarial / una nueva teorización: la empresarialización del Derecho.-

En este orden de ideas cabe hacer mención a una nueva teorización e inclinación del Derecho, que se centra en nuevos enfoques, nacidos de las circunstancias, de las necesidades advertidas y de las funciones que se piensa o racionaliza debe cumplir. Así, se han construido diversas teorías del camino del derecho, del mejor rumbo o ruta que debe seguir para lograr sus fines últimos. Muchas perspectivas se han ensayado, como por ejemplo, la del Análisis Económico del Derecho, o la de la humanización del derecho, entre otras. Sin embargo, aunque no se descarta las citadas teorías, tenemos una predilección por otra orientación teórica, la de la empresa. Y es que estamos convencidos que sólo interiorizando una aptitud empresarial en el ser humano puede lograrse algún avance o desarrollo individual y social. Por eso en el presente trabajo desarrollamos el enfoque empresarial desde el ángulo del Derecho, no cómo un conjunto y análisis de las normas jurídicas, sino como aquellas relaciones jurídicas que dan nacimiento, modifican, o extinguen la aptitud y actividad empresarial: aquella que nos conmina a inventamos nuestra libertad, nuestro

destino, aquella que hace al ser humano ir en busca no de subvenciones sino de autosostenimiento.

Para introducimos en esta investigación (la aptitud creativa, empresarial), podríamos tomar como referencias a Karl Popper, Rudolf Von Ihering, Friedrich Hayek, Michel Foucault, Peter F. Drucker, entre otros personajes, que logran transformar todos los temas en reflexivos y/o filosóficos epicentros existenciales que permiten entender el mundo en giro. No obstante ser todos ellos geniales escritores y filósofos, en el presente queremos usarlos para formarnos una perspectiva empresarial. El más directo a esta concepción (la de la empresa) del mundo es Peter Drucker quien, editorialmente, aparece como el nuevo paradigma de la teoría empresarial, por su producción inteligente y audaz, como lo puede revelar, por ejemplo, su libro: "La empresa en la sociedad que viene" (Drucker, 2003); obra que no sólo representa un libro de moda, sino un libro de ideas empresariales y en la cual están introducidas algunas dudas respecto al funcionamiento y éxito de las empresas y su organización. Cabe aclarar que si bien Peter Drucker no habla exclusivamente de la parte jurídica de la empresa, si habla de las relaciones que se producen como consecuencia de la actividad empresarial; y son estas relaciones reguladas, o que faltan regular, las que nos interesan como composición del estudio del Derecho.

El Derecho empresarial así es un sistema normativo que regula las relaciones nacidas de la actividad productiva (actividad autogestionaria) y que tiene como función de esta regulación permitir el libre nacimiento,

movimiento o extinción de dichas relaciones con evidente carácter lucrativo. Las relaciones de carácter productivo sólo pueden desarrollarse dentro de un margen de la libertad de empresa.

5.- La dificultad en el desarrollo de la profesión empresarial.-

Es necesario tomar en cuenta el hecho que para un importante sector de los abogados prácticos, hablar de empresa, estudiar su funcionamiento, etc., no es un tema muy atractivo de estudio y menos de ejercicio, porque, paradójicamente, el mercado de los abogados prácticos, litigantes, es más bien dirigido hacia otras ramas más comunes (no simples, ni menos importantes), por lo cotidiano de ellas, como el derecho penal, civil, laboral, etc. Esto es porque hay la global concepción que el litigio es más afín con la carrera de derecho. Sin embargo, corriendo el riesgo, y contrariando la aversión a temas empresariales -a ese descuido imperdonable que nos cuesta nuestro retardo en el progreso social-, nosotros investigaremos el tema empresarial, tomando para ello obras como por ejemplo la de Peter F. Drucker, quien desde sus teorías se posiciona en la vanguardia, y trabaja con conceptos nuevos y fundamentales del orden empresarial, como epicentros desde los cuales podemos lograr el desarrollo de nuestra sociedad. Sociedad que requiere en forma urgente una perspectiva postmoderna del derecho empresarial. Y aunque sabemos que aún existe una minoritaria preocupación de los abogados por abordar el tema de la empresa y quedarse más bien en el litigio, nosotros trabajaremos en cómo se puede utilizar el Derecho para desarrollar la capacidad

empresarial, que es la mejor manera de hacernos libres, en el entendido que el Derecho es una técnica de la libertad.

6.- La concepción del Derecho Empresarial.-

Con el Derecho se han ido explorado diferentes dimensiones de la actividad humana, tanto que a veces parece haberse extraviado el mismo sentido de esta disciplina jurídica. No obstante esa gran búsqueda ha permitido se desarrolle aún más su contenido y elementos. Sin embargo, a pesar que las ramas del derecho, como el derecho constitucional, civil, penal, administrativo, laboral y hasta tributario, se han desarrollado enormemente, hay una parte que, siendo fundamental, no ha evolucionado en medida proporcional a las demás, es el Derecho Empresarial. Por lo tanto nuestra preocupación no es arbitraria, no se trata de un simple deseo por tal o cual tipo de rama del Derecho; no es un simple gusto por el Derecho Empresarial, sino la convicción que el problema mayor y fundamental de nuestro subdesarrollo se encuentra en este eje, en la poca capacidad empresarial que tiene el individuo. Puesto que, a nuestro parecer, ninguna rama como el Derecho Empresarial libera más la capacidad creativa del ser humano para inventarse un propio mundo, para organizar a la sociedad y hacerla productiva, eficaz y desarrollada, para hacer libres a los seres humanos. Para mostrar primariamente esta hipótesis pongamos como ejemplo a las otras ramas del derecho: el área penal sólo desarrolla la capacidad para imponer sanciones o eludirlas, asimismo impone al sistema juzgar y castigar al culpable; por su lado el derecho civil resuelve los intereses particulares de los

individuos en conflicto patrimonial, pero son sustancialmente actos comunes, mediante la cual no se genera gran expectativa de desarrollo social, porque no genera bloques de desarrollo, sino singulares soluciones para las partes; en el Derecho Laboral el problema del derecho está enfocado a resolver la desigualdad entre las partes relacionadas: empleador y trabajador, arguyendo que una de ellas (el trabajador) es la más débil y, por consiguiente, se le protege. En el Derecho Tributario se le encarga al Estado cobrar tributos por la propia existencia de las personas, naturales o jurídicas; el Derecho Administrativo tiene como función resolver los problemas de los administrados; el Derecho de Familia intenta resolver los problemas que surgen dentro de la familia; etc. Todas estas ramas del Derecho, Constitucional, Civil, Penal, Laboral, Tributario, Administrativo, etc., por su propia naturaleza, y por el tipo de relaciones que regulan y resuelven, olvidan un eje central: la capacidad productiva, empresarial de la persona, que puede ser perfectamente potenciada por el Derecho. El problema está en que el Derecho se ha visto como un simple método para resolver problemas particulares, con cierta relación con el interés social, colectivo. No se ha percibido suficientemente el importante rol que cumple en solucionar y hasta direccionar la actividad humana, el desarrollo social. El Derecho Empresarial puede perfectamente cumplir esta función trascendental, puesto que una sociedad sin capacidad empresarial, es decir, sin capacidad para crearse su propio destino (sus propias casas, hospitales, seguridad, etc.) es una sociedad que espera la subvención; y esto sólo genera una sociedad inactiva, pasiva, retroactiva y esperanzada

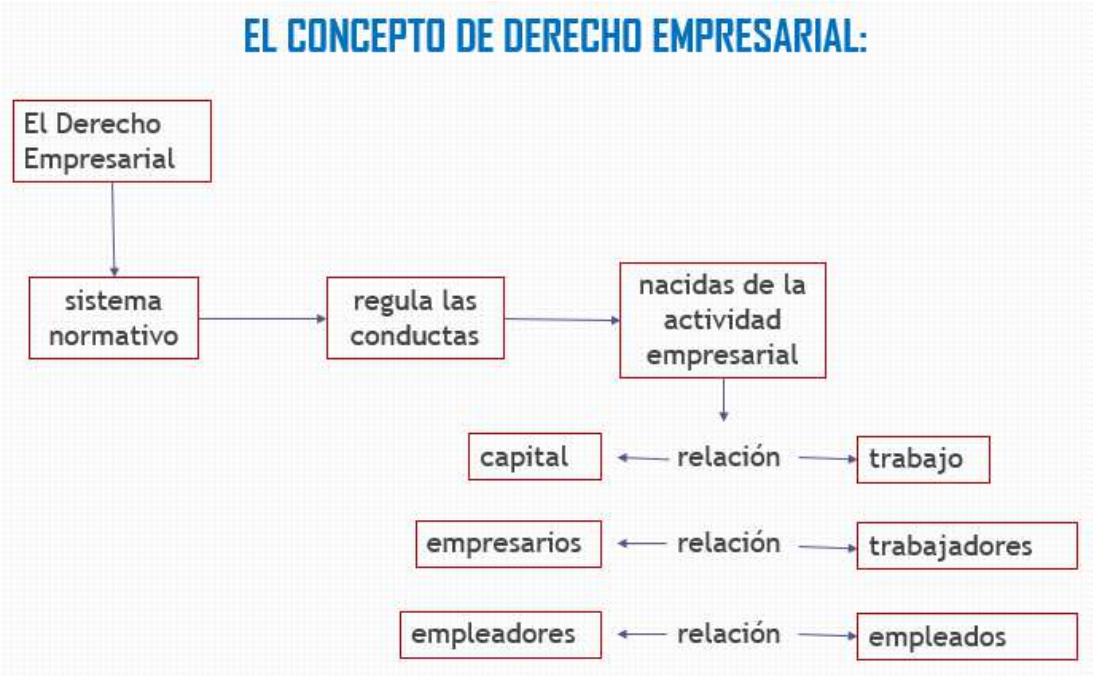
en que, el Estado le resuelva sus problemas, a las que llama servicios públicos; lo que conlleva a una dependencia permanente del Estado, es decir, este tipo de sociedad estaría condenada al sub desarrollo.

Por esto creemos que nuestro tema es realmente importante puesto que el fenómeno (que la sociedad espere que el Estado le resuelva sus problemas) es altamente peligroso y autodestructivo. Bajo esta perspectiva pensamos que la base del desarrollo social, y por consiguiente de todas las áreas donde se desenvuelve el Derecho (constitucional, civil, penal, laboral, tributario, administrativo, etc.) está en el Derecho empresarial; porque por medio de este se desarrolla necesariamente la capacidad empresarial de la persona, que es el factor fundamental para el progreso y evolución social. Y es que el Derecho no es, ni puede ser, sólo regulación de normas, sino un intermediario entre dos o más personas (naturales o jurídicas) para darles la posibilidad de existencia, de convivencia y superación. El Derecho actualmente no son sólo normas, texto escrito llamado ley; puesto que en la norma, en la regulación normativa, están involucrados muchos otros fenómenos y factores como los intereses, bienes jurídicos y hasta los valores morales. El Derecho no es unidimensional, sino multidimensional, no es sólo un método, sino *posibilidad* para una mejor existencia. Diríamos que darle capacidad empresarial a la persona, regular normativamente lo necesario para crear y fomentar esa capacidad empresarial, es un acto urgente y necesario para el desarrollo y progreso de una sociedad, que sólo se puede lograr a través de la libertad.

Por otro lado, todas las ramas del Derecho al ser estudiadas han sido algo así como exegéticas, o glosadoras; el mismo sistema ha permitido que se olviden de los otros aspectos de la vida humana y, por ejemplo, se encasillan todas las relaciones humanas dentro de un tipo normativo, dejando de lado factores que a pesar de influir en la vida no se encuentran normadas. El sistema nos ha vuelto de bruces contra la realidad, o nos ha desviado del aspecto fundamental: el ser humano. Es necesario una nueva óptica que para nosotros es el Derecho Empresarial.

7.- EL DERECHO EMPRESARIAL. CONCEPTO.-

El Derecho Empresarial es aquel sistema normativo que regula las conductas nacidas de la actividad empresarial, es decir de la relación entre capital y trabajo, o entre empresarios (empleador) y empleados (trabajadores). El concepto de derecho empresarial en esquema sería el siguiente:



Por otra parte, el Derecho Empresarial es la potestad que ejerce el Estado para controlar el poder del empresario /empleador en su actividad productiva, empresarial, a fin de garantizar que las partes intervinientes no sean afectadas en sus derechos.

Ricardo Beaumont Callirgos escribe:

> "El concepto de Derecho de la Empresa alude al conjunto de principios, instituciones y normas que pretenden regular coherentemente y sistemáticamente el fenómeno empresarial, dentro de los lineamientos del Régimen Económico Constitucional / Esto significa que su contenido versa sobre el concepto jurídico-económico de Empresa, su naturaleza jurídica, el tráfico jurídico de la Empresa, la regulación de los grupos de interés que influyen en ella (capital, trabajo, consumidores, acreedores, Estado, etc.), el titular de la Empresa, los signos distintivos, el mercado, etc." (Beaumont Callirgos, 1994, pág. 39).

El concepto de derecho de empresa gráficamente sería:



El Derecho Empresarial es un sistema de principios (libertad de empresa, iniciativa privada, etc.), instituciones (persona jurídica, sociedades comerciales, etc.) y normas (Constitución, Ley General de Sociedades, etc.) que entrelazados organizan y determinan el fluir del fenómeno empresarial. Asimismo, es aquella que regula la relación entre persona, capital y trabajo, que tienen un objeto en común: la economía. El Derecho Empresarial estudia y regula las conductas surgidas como efectos de la relación entre las fuerzas económicas, capital, trabajo, fin económico. Garrigues explica "Desde el punto de vista económico, empresa es 'aportación de fuerzas económicas -capital trabajo- para la obtención de una ganancia ilimitada."

Nociones previas sobre la Empresa..-

- La empresa, en un sentido económico, es aquella relación existente entre capital y trabajo, con un fin lucrativo.
- En un sentido jurídico, la empresa es la regulación de las personas que se relacionan en aquella actividad producida por la empresa, relación entre empleadores y trabajadores.

8.- DERECHO EMPRESARIAL Y LIBERTAD DE EMPRESA.-

El Derecho Empresarial necesita de un factor trascendental para poder desarrollarse: la libertad, que dentro de este contexto se ampliaría a la libertad de empresa, instrumento con el cual el ser humano puede generar su autosostenimiento, realizando actividades productivas, dentro de un marco de relaciones jurídicas que permitan concebir a un verdadero ser empresarial.

No puede hablarse de Derecho Empresarial sin referirse al sujeto eje de este Derecho, que viene a ser el empresario, es decir, un sujeto libre, o con la libertad suficiente para generar relaciones de productividad.

De esta manera, sólo puede asumir riesgos aquel empresario que tiene capacidad y o libertad para ello. Por eso, derecho empresarial y libertad empresa se hallan eminentemente entrelazados porque no se puede desarrollar el primero sin la existencia del segundo. La libertad es pues consustancial al Derecho.

La libertad de empresa es un fenómeno que busca ser protegido, preservado y garantizado por el Derecho; este último como disciplina normativa intentará regular las conductas que en libertad realicen los empresarios. En una sociedad moderna -donde prima la *razón,* la *argumentación*, los *fundamentos*- no tiene que justificarse la libertad de empresa, pero sí su garantía, ejecución, límites, o cualquier acto, hecho, relación, que pudiera surgir como consecuencia del ejercicio de la libertad empresa. No puede haber entonces libertad de empresa amparado por el Derecho empresarial si en la realidad aparecen obstáculos, ya sean razonados o no, sino existe la capacidad de elegir entre varias alternativas. Esto debería suponer que son las iniciativas privadas y no necesariamente el Estado quien asigna los recursos para una determinada actividad.

La libertad empresarial, dentro de derecho empresarial, juega un papel determinante, porque de su mayor o menor salvaguarda, garantía, dependerá desarrollar

uno de los más grandes motores de la evolución humana: el autosostenimiento. Esto significa que dejaríamos en un margen menor al Estado que subvenciona, para pasar a un Estado que sólo se encarga de garantizar el ejercicio de la libertad dentro de los márgenes de lo legal, legítimo, lícito y del interés general, dentro del ordenamiento jurídico nacional.

CAPÍTULO III: RELACIÓN DEL DERECHO EMPRESARIAL CON LAS OTRAS RAMAS DEL DERECHO

1.- Relación del Derecho Empresarial con las otras ramas del Derecho.-

En principio cabría traer a colación lo que escribe Francisco Gómez Valdez, quien expresa: *"(…) la empresa nace de una decisión personalísima de sus miembros de hacer una organización con fines lucrativos. Podría, por tanto, considerarse a la empresa como una unidad básica de producción"* (Gómez Valdez, 2004). Esta unidad básica de producción se encuentra regulada dentro del Derecho en diversas normas que reunidas se utilizan por las empresas, los empresarios y los trabajadores; agentes productivos que tienen que ver con la regulación jurídica desde el ángulo en el cual se ubiquen en la empresa, como capitalistas, empresarios, trabajadores, proveedores o consumidores. No existe, por tanto una sola y única norma a manera de un código para regular las conductas nacidas de las relaciones producto de la actividad empresarial. Esto revela la

importancia y necesidad de la relación del Derecho Empresarial con las otras ramas del Derecho.

El Derecho Empresarial como disciplina específica del derecho en general, se relaciona con las otras ramas del Derecho, como la constitucional, civil, penal, laboral, etc., porque todo el derecho no es más que un sistema normativo integral y entrelazante de unas actividades humanas con otras; actividades o conductas reguladas legítimamente por una autoridad llamada Estado; por tanto el Derecho Empresarial no puede explicarse por sí misma, es más no se sustenta en sí misma, sino en todas las otras ramas del Derecho, empezando por el Derecho Constitucional. Mostrar pues la relación existente entre el Derecho Empresarial y las otras ramas del Derecho cumple una función pedagógica, técnica, perspectivística, a manera de lente que ve el fenómeno social dentro de una perspectiva jurídica integral, sistémica y entrelazante. Para ello podemos observar la relación del Derecho Empresarial con las otras ramas del Derecho desde dos ángulos, el teórico y el normativo.

Desde al ángulo normativo tenemos las siguientes normas:

1. Constitución;
2. Código Civil;
3. Ley General de Sociedades;
4. Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (Decreto Ley 21621)
5. SACs Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada (Decreto Legislativo N° 1409)

6. Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa - Ley Nº 28015
7. Código de Comercio;
8. Ley de Banca y Seguro N° 26702 de 09/12/1996;
9. Ley de Títulos Valores N° 16587 (hoy L. No 27287 de 19/06/2000), vigente a partir del 17/10/2000);
10. Ley de derechos de Autor, D. Leg. No 822 de 23/04/1996;
11. Ley de propiedad industrial que es donde se encuentran los derechos de marca y patentes, D. Leg. No 823 de 23/04/1966;
12. Ley concursal No 27809 de 05/08/2002;
13. Ley del Impuesto a la Renta (D.L. No 774 de 31/12/1993 y TUO—LIR (D.S. No. 054—99—EF publicado el 14/04/1999);
14. Ley General de Arbitraje No. 26572 de 05/01/1996);
15. Cooperativas (D. Leg. No. 085);
16. Las comunidades campesinas y nativas (Arts. 134 y ss. Del C.C.);
17. TUO—LP—CL—728 que previó a las empresas de servicios especiales, dentro de ellas las de servicios temporales (Arts. 97 y ss.), las complementarias (Arts. 104 y ss.) y las cooperativas (Art. 46 y ss. Del D.S. 002—97—TR de 21/03/1997), hallándose también contemplado en esta última disposición el autoempleo (Arts. 46 y ss.), disposiciones, las primeras, que han sido modificadas por la L. No. 27626, rotuladas

bajo el nombre de Empresas Intermediadoras de la Mano de Obra";

18. Ley de Registros Públicos (Registro de personas jurídicas: Art. 2040, 9 del C.C.).

* * *

El Derecho Empresarial se origina normativamente en el Derecho Constitucional que norma, dentro de sus diversos artículos, la libertad de empresa, que proviene necesariamente del derecho a la libertad que tiene el ser humano.

Según Francisco Gómez Valdez, en su libro "La Empresa y el Empleador", se utilizan diferentes normas para regular la empresa: así encontramos al Derecho Civil, llamado a erigir las asociaciones (Arts. 80 y ss); el Derecho Comercial que se encarga de regular los actos de los comerciantes así como del comercio en general y la Ley General de Sociedades No. 26887 versará sobre los contratos de sociedad con los cuales se hallan regidos las empresas más importantes y estables que se conocen (Sociedad Anónima Cerrada: Arts. 234 y ss., Sociedad Anónima Abierta: Arts. 249 y ss., Sociedad Colectiva: Arts. 265 y ss., Sociedad en Comandita: Arts. 278 y ss., Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada: Arts. 283 y ss.. Sociedades Civiles: Arts. 295 y ss.) y que han contribuido hasta ahora a fortalecer el sistema capitalista,…". (Gómez Valdez, 2004, pág. 174)

También tenemos al Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho de Sociedades, que regulan las conductas que pueden constituirse como actividades empresariales, normándolos desde diversas instituciones jurídicas,

como la persona, el acto comercial, las sociedades, etc. Esta variedad de normas jurídicas que regulan diversas áreas de la actividad empresarial, demuestran la interconexión e interrelación que siempre existirá entre las normas jurídicas y la conducta humana, mostrando la real dimensión de la regulación jurídica, es decir su carácter entrelazante y sistémico; fenómeno que se extravía y no se puede advertir, por ejemplo, en las otras ramas del Derecho, como la Penal, Civil, Laboral, etc., porque sus normas (Código Penal, Civil, etc.) dan una idea distinta de totalidad, basadas en los conceptos de 'especialidad', que sugieren equívocamente la integración de todas las normas en un cuerpo normativo, ya sea Código, Texto Único Ordenado, etc.

Sin embargo, la regulación de la actividad empresarial está normada también por otras normas específicas, como describe Francisco Gómez Valdez: "De otro lado, contribuyen a la reglamentación de las empresas disposiciones puntuales como la de la Banca y Seguro No 26702 de 09/12/1996, la Ley de Titulo-Valores No. 16587 (hoy L. No 27287 de 19/06/2000), vigente a partir del 17/10/2000), la Ley de Autor, D. Leg. No 822 de 23/04/1996, la de Propiedad Industrial que es donde se encuentran los derechos de Marca y Patentes, D. Leg. No 823 de 23/04/1966, la Ley Concursal No 27809 de 05/08/2002, la del Impuesto a la Renta (D.L. No 774 de 31/12/1993 y TUO—LIR (D.S. No. 054—99—EF publicado el 14/04/1999), la Ley General de Arbitraje No. 26572 de 05/01/1996), etc. Así pues, la actividad jurídica de la empresa se halla adecuadamente garantizada por una enorme cantidad de disposiciones legales, cada cual perteneciente a una rama específica

del Derecho que, en parte, obedece al acentuado intervencionismo estatal y el deseo racional de que estas instituciones por su importancia no sean gobernadas por el libre albedrío de sus miembros o de parte de ellos" (Gómez Valdez, 2004, pág. 175). Un sinnúmero de normas jurídicas que intentan controlar la actividad empresarial, como factores de rentabilidad, que sometidos a las estadísticas puedan generar una visión global de la capacidad y flujo económico, así como proteger la productividad privada, para generar también la cuantificación de las rentas; en palabras de Francisco Gómez Valdez, en este tipo de normas se muestra el intervencionismo del Estado.

Este cúmulo de normas no agotan la regulación de las actividades empresariales o surgidas de estas actividades, así se tiene otro grupo importante de normas especiales, que son: "(…) las que rigen a organizaciones tan especiales como las cooperativas (D. Leg. No. 085), las Comunidades Campesinas y Nativas (Arts. 134 y ss. Del C.C.) (Gómez Valdez, 2004, pág. 175). Normatividad que tienen un tipo de regulación diferente, por su también diferente naturaleza o constitución, como el tipo y nivel de cultura, que al ser diferentes del orden social general, deben regularse especialmente. Desde otro ángulo más específico, como el Derecho Laboral, las empresas, o la actividad empresarial está también regulada, descrita por Francisco Gómez Valdez, quien diría: "Dentro del ámbito estrictamente laboral ha sido el TUO—LP—CL—728 que previó a las empresas de servicios especiales, dentro de ellas las de servicios temporales (Arts. 97 y ss.), las complementarias (Arts. 104 y ss) y

las cooperativas (Art. 46 y ss. Del D.S. 002—97—TR de 21/03/1997), hallándose también contemplado en esta última disposición el autoempleo (Arts. 46 y ss), disposiciones, las primeras, que han sido modificadas por la L. No. 27626, rotuladas bajo el nombre de Empresas Intermediadoras de la Mano de Obra" (Gómez Valdez, 2004, pág. 174). Cabe agregar que el Derecho Laboral regula la relación o conducta nacida de la actividad empresarial desde la perspectiva de la desigualdad entre las partes de una empresa, empleadores vs. empleados.

2.- Empresas de Jure y de Facto:

Al margen de las normas anteriormente reseñadas existen normas que integran a aquellas empresas de Facto, es decir aquellas que no necesariamente está constituidas formalmente, sino que existen como una actividad de hecho más que de jure. Esto queda también explicado por Francisco Gómez Valdez, quien escribe: "Lo anterior corresponde a las empresas legalmente constituidas, pertenecientes al sector privado, siempre que ostenten una personería jurídica que se gana por estar inscrita en los registros públicos (Registro de personas jurídicas: Art. 2040, 9 del C.C.), que exista un sentimiento de grupo, en fin de un interés distinto del de las personas que le dan nacimiento (1). Sin embargo, no solamente las empresas de jure son las llamadas a tener connotación jurídica dentro de las relaciones jurídicas, sino que también están comprendidas las empresas de Facto, vale decir, que pese a no exhibir la prerrogativa de tener personería jurídica, están, igualmente, consagradas para tener, a pesar de todo, la consideración de ser tratadas también como empresa

para los asuntos legales en general y laborales en particular." (Gómez Valdez, 2004, pág. 176)

Así también, "... las empresas nativas hasta bastante avanzada la República se han regido por los Códigos de Comercio españoles de 1827 y 1885 (Código de Comercio de 1853 y 1902 respectivamente), pese a las diferencias ideológicas y legales habidas con la metrópoli" (Gómez Valdez, 2004, pág. 176) .

Por otro lado, desde el Derecho Tributario, que significa el sistema de recaudación que organiza y efectiviza el Estado para conservar y mantener su poder y monopolio político, explica Francisco Gómez Valdez; "A nivel Tributario el Estado se ha esforzado por ampliar las fronteras tributarias y se ha encontrado con la informalidad y exoneraciones y demás beneficios tributarios otorgados a determinadas empresas que, curiosamente, son las que más deberían tributar, fenómeno que, por igual afecta al Derecho Previsional y Laboral." (Gómez Valdez, 2004, pág. 176).

Todas las normas anteriormente reseñadas, nos dan una idea general y panorámica del multiuniverso del Derecho Empresarial, como regulación de las conductas nacidas de la actividad empresarial, que deben ser tomadas en consideración para estructurar un eficiente sistema empresarial.

CAPÍTULO IV: EL DERECHO EMPRESARIAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

---------- ---

> Mirkine-Guetzevich definió el Derecho Constitucional como "**una técnica de la libertad**".

Para concebir en su contexto global el fenómeno investigado, si la libertad de empresa se ve afectada o anulada por una inadecuada política fiscal, es necesario dar una revisión panorámica a los conceptos generales de la Constitución, pues todo parte de ella, como fundamentos esenciales del Estado y de la sociedad. A continuación definiremos la Constitución y sus elementos más importantes.

No puede haber libertad de empresa si esta no se halla reconocida como tal en la Constitución, y tampoco puede existir Política Fiscal del Estado si este no tiene su sustento en la Carta Magna. Siendo además que todo derecho parte en principio de una norma constitucional,

y que no puede eludirse este requisito de existencia, validez y legitimidad.

1.- DERECHO CONSTITUCIONAL.-

En el corazón de todo el Derecho está el Derecho Constitucional, y -como el corazón- es aquella que posibilita la vida del ser humano en sociedad. El Derecho Constitucional es pues el corazón de la sociedad organizada jurídicamente.

La característica fundamental del Derecho Constitucional es la supremacía de la misma. Se trata de la propia regulación general de toda la sociedad. Allí se encuentran los métodos de regulación superior y jerárquica. Se trata de la regulación de la sociedad, desde un referente racional, desde un grado o el grado jerárquico denominado Constitución.

Humberto Henríquez Franco escribe: "Marcel Prélot, (...), a partir de su finalidad define al Derecho constitucional como la 'ciencia de las reglas jurídicas según las cuales se establece, se ejerce y transmite el poder político'. (Mirkine-Guetzévich, (…) lo define como 'una técnica de la libertad'." (Henriquez Franco, pág. 13). Dichas definiciones inciden en el factor político. Trátase de la regulación de los fenómenos políticos; y un fenómeno es político cuando se trata de poder. Lo que se regula es pues el poder, la concentración de este poder. El *poder* está dentro de una categoría social. ¿Cuál es este centro, esta categoría del poder, que se pretende regular? Pues, en un Estado moderno, en una sociedad moderna se trata del poder político concentrado en un instrumento racional: la Constitución, que se forja como el verdadero eje del

poder. Y ¿por qué la Constitución? Porque este constituye un eje racional de concentración del poder.
Partiendo del concepto que postula que la *Constitución* es *"la suma de los factores reales de poder"*, ¿quiénes constituirían esos factores reales de poder? Ferdinand Lasalle responde: «todos, todos aquellos que intervienen activamente en la organización social»; los mismos constituyen un pequeño fragmento de la Constitución. ¿Aún no queda claro lo de quiénes? Pues bien, diremos que los factores reales de poder son: los trabajadores, profesores, profesionales, militares, deportistas, banqueros, empresarios, instituciones formales e informales etc. Todos y cada uno que interviene de alguna forma en la sociedad. Por eso, cuando se atenta contra la Constitución no se está atentando contra un individuo cualquiera, sino contra la "persona" como representación de toda la sociedad. La figura jurídica –persona- representa a cada uno de nosotros. El atentado es, entonces, contra todos y no contra uno. Atentado contra las reglas de juego que hemos aceptado, voluntariamente o involuntariamente, todos. Un rompimiento del contrato social, seguridad jurídica, jerarquía o niveles de pensamiento, razonamiento jurídico; rompimiento del orden jurídico constitucional.

La Constitución, en aquél entendido, no implica sólo normas, sino *voluntad*, reunión de voluntades; siendo que nuestra sociedad se rige por este concierto de voluntades. La Constitución no sólo es una simple Carta Magna, sino el *fundamento* de nuestra sociedad, de cómo se organiza una sociedad. Constituye los ejes o principios básicos que integran la organización social,

son las condiciones metodológicas de esa organización social.
Kelsen al dar un concepto de Constitución propio de su pretensión, propone el orden y categorización del Derecho. No pretende encuadrarlo o cerrarlo en ese concepto, sino darle un nivel de comprensión. Por eso escribe según reseña -Luis Diez Picazo- que la Constitución es la "norma superior que determina el procedimiento de creación de las demás normas." Dicho concepto no tiene mayores pretensiones que establecer una relación de superioridad, de jerarquía, de orden. Se trata de la Constitución como ente superior, como base o principio último, rector y hacedor de las condiciones posteriores de la normatividad. Una Constitución así entendida es la generalidad de las generalidades, la generalidad que intenta crear otras generalidades más pequeñas llamadas normas jurídicas. Kelsen no pudo haber deseado restringir el concepto de la Constitución a sólo una categoría, a solo un conocimiento categorizable.

A pesar de lo restrictivo del concepto kelseniano de Constitución, tenemos ya un patrón entendido: la Constitución es un ente superior a las demás normas jurídicas y, por lo tanto, este ente superior rige, manda y crea las otras normas; es entonces, anterior, predecesora, y generadora de las demás normas. Y es que Kelsen no habla de la Constitución como organización del Estado, de sus límites y facultades, tampoco como la "suma de los factores reales de poder" (Lassalle), etc. Simplemente ha ubicado un punto y sobre él se ha desplayado. Sólo ha querido, conscientemente, llenar un solo vacío, el vacío de la

jerarquía, porque en un mundo jurídico moderno, el principio de jerarquía ha de imponerse; esto es porque los rezagos de la edad media, por ejemplo, el Derecho se construía aun en forma difusa, paralela, medieval, feudal, municipal, y el derecho no tiene un carácter autónomo, independiente homogéneo y hegemónico. Las Colonias españolas, como América, por ejemplo, demuestran ese rezago medieval, feudal, puesto que allí las normas no estaban categorizadas; eso significaba que se usaban indistintamente el derecho consuetudinario, el derecho emanado de la metrópoli, el derecho creado por los propios colonizadores, etc. (Trazegnies Granda F. , Ciriaco de Urtecho, litigante por amor, 1981).

Luis Diez Picazo da otro concepto más completo y describe a la Constitución como "sinónimo del conjunto de normas atinentes a la organización del Estado y de normas que recogen los principios inspiradores de la política de éste (…) (Diez Picazo, 1975, pág. 185). "La Constitución es la base de la organización del Estado. Y este es la sociedad organizada, o un "ordenamiento jurídico". Pero eso no llena el contenido de la legitimidad de una Constitución, porque esta puede ser impuesta autoritariamente o porque puede ser heredada -dice Diez Picazo.

2.- LA CONSTITUCIÓN

La Constitución del Estado es la *norma fundamental* y primera de nuestra sociedad, norma positiva dentro de nuestro sistema legislativo. Existen tres sentidos explica Marcial Rubio Correa. "La importancia de ser una norma fundamental, o el cuerpo que contiene las normas

fundamentales es porque de ella se deriva el grado de obligatoriedad. No existe norma que pueda abrogarlas. [Así existirían:] - Norma de mayor jerarquía que cualquier norma; - Norma que no pueden ser abrogadas por otras normas de rango inferior; - Norma de obligatoriedad general, deben ser obedecidas por la sociedad, pero también por quienes ejercen el poder dentro del Estado" (Rubio Correa, El sistema jurídico. Introducción al Derecho, 1988, pág. 36).

La Constitución contiene normas que no pueden ser "contradichas o desnaturalizadas" por ninguna otra norma. El hecho de que no puedan ser "contradichas", responde a una idea, la de la seguridad jurídica, la de organización estable. Una Constitución, para ser tal tiene que tener estabilidad. Es una categoría que se halla encima de toda la estructura normativa, por lo tanto debe responderse ante él como la máxima autoridad. Sus normas son fundamentales —fuerzas irresistibles y últimas—, como la libertad, por ejemplo.

Marcial Rubio Correa refiere también que la Carta Magna contiene principios como el "principio de Constitucionalidad", por el que se entiende que 'las normas constitucionales tienen primacía por sobre cualquier otra norma del sistema y que, en caso de que cualquiera otra norma se oponga de alguna manera a la norma constitucional, se aplicará la norma constitucional sobre ella" (Rubio Correa, El sistema jurídico. Introducción al Derecho, 1988, pág. 137).

Rubio también reseña las formas principales del Principio de Constitucionalidad: "*a) La de no aplicación;*

b) La de declaración de invalidez de la norma inconstitucional; c) La de no aplicación: Por la cual, como una fórmula: "en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y otra norma legislativa, se preferirá la primera sin declarar inválida (o nula) a la segunda" (Rubio Correa, 1988, pág. 137).

La incompatibilidad deviene cuando una norma no puede ser aplicada a un mismo hecho, porque sus formulaciones y efectos son diferentes. Hay incompatibilidad porque las normas pueden existir pero no pueden aplicarse al mismo caso, no pueden concurrir o acudir al mismo caso. Una norma incompatible con otra no es necesariamente una norma que niegue a la otra norma. Se trata aquí más bien de jerarquías, de niveles y categorías de normas. La norma constitucional, como se sabe es siempre superior. ¿Por qué? Las razones parecen estar en que la Constitución contiene normas fundamentales, por tal «irrebatibles».

b) La de declaración de invalidez de la norma inconstitucional.-

Rubio escribe: "*La norma legislativa que resulte con vicio de inconstitucionalidad, podrá ser declarada inválida (normalmente por el Poder Judicial o por una Corte Constitucional)*." (Rubio Correa, 1988, pág. 138). Que exista un vicio de inconstitucionalidad significa que existe en la norma "un defecto" que anula o invalida a la misma norma, defecto en relación con la Constitución. Los ejemplos se pueden encontrar cuando se utiliza la "Acción Popular".

3.- LA EMPRESA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

La empresa como una unidad de producción e institución que entrelaza capital y trabajo ha sido reconocido exclusivamente en el Derecho Constitucional, como un factor de la modernidad, del pensamiento liberal, es decir, de la libertad como eje central del ser humano, en donde se reconocen la libertad como expresión fundamental del ser humano para construir centros o ejes de producción, así como el deber del Estado de garantizar la libertad de empresa.

Así tenemos que la Empresa tiene su enunciación en principio en el Derecho Constitucional, en el Derecho a la libertad del individuo, del ser humano de conducirse según su libre albedrío para reunir capital y trabajo en aras de un fin lucrativo. Y luego tenemos la obligación del Estado de fomentar la creación de la riqueza y garantizar la libertad de empresa, como un rol económico del Estado. Eso significa que la empresa existe reconocida en la propia Constitución desde diversas instituciones; la primera, el reconocimiento de la libertad de la persona para crear, modificar o extinguir personas jurídicas, empresas, asociaciones, o como se puedan denominar dichas instituciones; la segunda institución es la libertad de empresa, que el Estado tiene constitucionalmente el deber de garantizar. Instituciones que tratan de la empresa desde la singularidad (la libertad de la persona) y la pluralidad (el Estado como el sistema de relaciones intersubjetivas reguladas y organizadas política y jurídicamente).

Normativamente fue recién en 1979 cuando se inserta y reconoce a la empresa dentro del texto constitucional,

es decir, dentro de los lineamientos normativos jerárquicamente superiores en un Estado. Hecho que debería haber nacido con la primera Constitución, por ser la empresa uno de los principales elementos, factores, ejes del desarrollo de la libertad (valor jurídico político fundamental desde la Revolución Francesa), pero que paradójicamente sólo se desarrolló en nuestra sociedad con la Constitución de 1979. No obstante este olvido, descuido o extravío normativo, no impidió que la empresa se fuera desarrollando desde diversas normas que no eran necesariamente exclusivas de un derecho o código empresarial; sin embargo el reconocimiento de la empresa en la Constitución afianzaba a esta institución dentro de un esquema normativo diferente, y garantizado desde la carta fundamental, como sujeto y objeto preferente de la organización política jurídica de nuestra sociedad.

En nuestra literatura jurídica, tenemos como referencia a Torres y Torres Lara, quién explicaba que fue recién a partir de la Constitución de 1979 que nuestra *carta fundamental* acoge a la empresa institucionalmente en su contexto, elevándolo con ello al más alto nivel: "la empresa dejó de ser una actividad para convertirse en un sujeto" (Gómez Valdez, 2004, pág. 177).

Sin embargo cabe la pregunta: ¿por qué recién en 1979 se reconoció constitucionalmente a la empresa como institución y no antes, si toda la tradición liberal estaba inserta en el medio? El Perú provenía de las políticas de la Libertad, como producto de la Independencia. Al respecto Francisco Gómez Valdez ensaya una respuesta y dice que el tema de la empresa en el Perú no podía ser

abordado por que nuestra sociedad era "manejado por caudillos", pero que esta situación sólo pudo cambiar en 1979 por la vigencia de un derecho social mundial, por lo que la Constitución de 1979, producto de una concertación entre los partidos políticos de la fecha, que no sólo cobijó un derecho social de avanzada a nivel mundial sino que, para hacerlo viable, por vez primera trata a la empresa, tardíamente por cierto, pero con firme determinación, pues los legisladores de entonces no podían dotar de derechos fundamentales de relevante valía como la estabilidad laboral (Art. 48) para beneficiar a los trabajadores sin que exista el soporte de las empresas adecuadamente constituidas y con derechos claros para posibilitar tal propósito de innegable contenido social."; no obstante si bien no se puede negar la evidente implicancia de un derecho social, la empresa no responde como fin a satisfacer las necesidades de los trabajadores, sino a fortalecer la capacidad y actividad empresarial, que no podría desarrollarse sólo por los trabajadores. La empresa no pudo haberse formalizado constitucionalmente para favorecer a los trabajadores, sino a los empresarios. La diferencia entre empresarios y trabajadores en esa época estaban terriblemente marcadas por las condiciones culturales y sociales que predominaban: un país republicano proveniente de las ideas de la modernidad, con valores como la libertad, igualdad y solidaridad, y en donde estos mismos valores eran tomados como hegemónicos, céntricos, no necesariamente en la misma proporción, sino variablemente inclinados hacia uno de ellos; lo que permitió el desarrollo de la libertad, desde un extremo, en determinada situación y circunstancia temporal, que

fue aprovechado por los empresarios; así mismo se desarrolló la igualdad y solidaridad, que fueron factores utilizados por las concepciones de los Estados sociales, es decir, con inclinación superior hacia la defensa de los derechos de los trabajadores, como una contraposición de los factores capitalistas, o empresariales, confundiendo peligrosamente las concepciones con las cuales había nacido la modernidad y enfrentando unos valores con otros, cuando la realidad social imponía una combinación equilibrada de los valores modernos mencionados (libertad, igualdad, solidaridad). Independientemente de todo esto, lo cierto es que la empresa se instituyó constitucionalmente, hecho que superaría cualquier origen adverso, puesto que la partida fundamental de reconocimiento de la misma como sujeto de derecho provocaría una nueva performance en la actividad empresarial.

La introducción de la Empresa como institución supuso también el reconocimiento del mismo por el Estado, generando su protección y garantizando la exigibilidad del Estado para promoverlo y garantizarlo, por eso escribe Francisco Gómez Valdez que: "Al disciplinarse la empresa como una unidad de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles al Estado...' (Art. 130), se da un vuelco cualitativa a la inercia que por siempre había tenido la juridicidad constitucional sobre la concepción de empresa entre nosotros, para dotarle de la fisonomía moderna que en la actualidad muestra, puesto que el enunciado nos lleva a establecer que estamos ante dos componentes que inspira una 'comunidad humana': el capital y el trabajo; pero al mismo tiempo, deja de lado la idea de concebir

al comerciante en tanto persona que realiza una actividad con la cual suele ser identificado, para trasvasar el dominio de la actividad y elevarlo al sitial de mancomunidad que abarca a trabajadores y empleadores dentro de la orientación moderna de crear bienes y servicios. De esta manera, la idea de empresa se copulaba con la de industria a raíz de la dación de los Ds. Ls. Nos. 18350 de 27/07/1970 y 18384 de 01/09/1970 y 23407 de 29/05/1982 y su Regl. El D.S. No. 046—82—ITND de 01/10/1982 sobre la ley de industrias y de comunidad industrial de la década militar pasada; en fin, para acopiar el ahorro interno a través del Derecho previsional (DL. No. 19990 y L. No. 26790 de 15/05/1997: hoy también al Sistema Privado de Pensiones, D.L. No. 25897 de 06/12/1992. V., L. No. 27617 de 01/01/2002 que modifica algunas disposiciones del SNP y del SPP." (Gómez Valdez, 2004, pág. 177) .

Considerar a la empresa en la dimensión de "unidad de producción" significa ya un gran avance, porque de la concepción de los mayorazgos, haciendas, etc., o los talleres considerados anteriormente como los centros de producción se está ante una nueva dimensión social, jurídica y económica de la producción: la empresa, que significa una nueva distribución de la producción de bienes y servicios, con objeto lucrativo determinado. Antes la producción había llegado a su máxima especialización en la industria, a tal grado que incluso Alvin Toffler determinaba una etapa en la evolución de la industrialización; conceptos que han sido trastocados por esta nueva forma de producción de bienes y servicios: *las empresas*, que son una forma global,

general, de las instituciones productivas, generadoras de riqueza, consideradas 'unidades de producción', que al constitucionalizarse han priorizado su eficiencia y contribución al bien común, el bien de la sociedad como deberes exigibles al Estado. Esta exigencia al Estado ha provocado que toda la política social se dirija hacia la protección de la empresa como un sistema de producción necesario ineludiblemente para el desarrollo de la sociedad. Este primer reconocimiento de la empresa por el Estado en la Constitución convierte ésta última en un eje diferente del contenido socialista anterior, es decir, que aunque la política socialista prevalecía en la Constitución de 1979, la empresa, que es una institución liberal por naturaleza, porque se origina y perpetua por iniciativa de los particulares, le dio a la Constitución de 1979 el matiz liberal que la sociedad necesitaba para lograr su permanencia y la libertad necesaria. Esto último no se ha entendido muy bien, puesto que incluso Francisco Gómez Valdez pensaría que la empresa fue introducida como un factor necesario para el reconocimiento de los derechos laborales, porque sin empresa no podría haber derechos laborales que reconocer. Sin embargo, usando esta concepción, se podría inquirir que la preexistencia de la empresa para reconocer derechos laborales era previamente necesaria, pero antes que un trabajador es preciso una empresa.

La empresa se juridizó, se hizo jurídicamente constitucional, marcando un poco tímidamente, en el texto, lo que en la realidad, y fuera de las concepciones socialistas, se venía produciendo, lo que actualmente va siendo reconocido: la empresa como el primer motor de

la productividad de bienes y servicios, puesto que exigirle al Estado reconocer la importancia de la Empresa y garantizar su desarrollo, implica contradecir la política socialista, ya que este último ubica su organización completa en el Estado, monopolizando las formas de producción y de distribución de la riqueza.

Lo que se intenta explicar es que la concepción liberal (aquella que propugna los sistemas autogestionarios, la independencia, la libertad, como ejes fundamentales para vivir) estaba siendo introducida constitucionalmente en 1979, contradiciendo toda la concepción socialista de ese tiempo, porque se imponían incluso sobre el Estado por estar éste último sujeto a la exigencia social de proteger a la empresa como una unidad de producción necesaria para el bien común.

La actividad comercial y la asignación de la concepción del comerciante como simple actor de una actividad comercial, independiente de vínculos con la actividad, sus causas y efectos, es sobrepasada, y se concibe dos componentes singulares: el capital y el trabajo; así como la clara diferencia que existe entre los mismos; a la misma vez se considera una nueva categoría de la actividad humana: *la actividad empresarial* que contiene ya no sólo a los comerciantes, sino también a los trabajadores y a los empleados, orientados a "producir" bienes o servicios". Esta definición sacada de la realidad de los hechos, extraía una nueva visión de los fenómenos de la actividad humana, concibiendo a la empresa como el producto real de esa nueva visión, como conjunción de muchos elementos, que identifican

"La inclusión de la empresa en la Constitución al mismo que reconoce la libertad, como una de las formas más productivas de ser desarrolladas y generadas por el ser humano", también permite la teorización de lo que Popper denominaría: "la sociedad abierta y sus enemigos", o dicho en otros términos, "la sociedad liberal".

El Estado, dentro de esta concepción, tiene el deber de procurar que las empresas sean eficaces, para que sean productivas; por eso *"... La exigida eficacia de las empresas parte de la idea de que sean más productivas*" (Gómez Valdez, 2004, pág. 177), y el Estado tiene desde la Constitución de 1979 la necesidad de procurar tal efecto; y es que "*...esa eficiencia requerida a partir del dictado de la Constitución anterior era un asunto que concernía al Estado y no tanto a los particulares como por siempre había ocurrido. No en vano el Art. 110 de la misma Constitución, versó sobre el incremento de la producción y productividad.*" (Gómez Valdez, 2004, pág. 177)

Así también, "La Constitución de 1979, permitió la clasificación de las empresas en sectores, como el privado, el público, propiedad social, cooperativo, autogestionaria, comunales, y otras formas o modalidades que tuvieran personería jurídica." (Gómez Valdez, 2004, pág. 177), lo que significó un gran avance para el nuevo marco empresarial.

Más tarde ya con la Constitución de 1993, la empresa como institución con nombre y capítulo propio no fue tratada, sin embargo si fue incluida dentro del Rol

económico del Estado, es decir, dentro de aquella exigencia al Estado de garantizar su desarrollo, proveniente, como mencionamos, de la Constitución de 1979; el Estado queda comprometido con la nueva entidad: *la empresa*, esto prescrito en el artículo 59º de la Constitución de 1993.

El desarrollo de la empresa forja todo un sistema de control, como por ejemplo, es el caso que la Superintendencia de Banca y Seguros que ejerce control sobre las empresas bancarias y seguros, y de aquellas instituciones que reciben depósitos del público. Además, como método de seguridad, siendo un evidente sistema de control del Estado sobre la actividad del congresista, y sobre el posible mal uso de su poder, en el artículo 92° de la Constitución se establece evidentemente unas restricciones a la libertad de empresa, aunque se hallan sustancialmente justificadas por la realidad; no obstante esto no niega el recorte de la libertad de empresa que tiene el congresista cuando expresa que "La función de congresista es, asimismo, incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos. La función de congresista es incompatible con cargos similares en empresas que, durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros". El texto está justificado, pero la clara restricción de la libertad de

empresa también se pone de manifiesto, como un indicativo de la incompatibilidad de lo público con lo privado.

A su vez, en el Artículo 126º de la Constitución se observa otra limitación a la libertad de empresa, esta vez a los ministros, cuando expresa: "Los ministros no pueden ser gestores de intereses propios o de terceros ni ejercer actividad lucrativa, ni intervenir en la dirección o gestión de empresas ni asociaciones privadas."; limitación justificada en el mal uso del poder político.

Propuesta suelta.-

De acuerdo con el Artículo 155º de la Constitución los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura pueden ser ampliados e integrados con dos miembros representantes por instituciones del sector laboral y del empresarial, mediante votación secreta del Consejo. Por lo que proponemos que esto se haga efectivo, puesto que dentro del nombramiento de magistrados se encuentra olvidado una parte importante para el desarrollo del país, no existe un evaluador que pueda avizorar los efectos específicamente laborales y empresariales de la calidad de magistrados existentes. Se propone que se elija a un representante de los empresarios, y otro de trabajadores.

4.- ANALISIS DEL TITULO III: REGIMEN ECONOMICO DE LA CONSTITUCION.-

La Constitución Política del Estado Peruano establece en su Título III: El Régimen Económico de la Constitución, que a la letra dice:

"TITULO III: REGIMEN ECONOMICO, DE LA CONSTITUCION

Artículo 58º.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 59.- Rol Económico del Estado

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Artículo 60.- Pluralismo Económico

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país

o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Artículo 64.- Tenencia y disposición de moneda extranjera

El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

Artículo 65.- Protección al consumidor

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población."

ANALISIS DEL TEXTO NORMATIVO:

Según escribe Humberto Enríquez Franco parafraseando a Marcel Prelot, definió el Derecho Constitucional como la "ciencia de las reglas jurídicas según las cuales establece, se ejerce y transmite el poder político". Enríquez agrega el concepto de Mirkine-Guetzevich, quien definió el Derecho Constitucional como " **una técnica de la libertad** ", concepto que es propicio en nuestro trabajo. Desde estas perspectivas tomaremos al Derecho Constitucional como una *técnica de la libertad*; agregando que esta libertad tiene que ser organizada dentro del concepto de sociedad y de Estado. Además, con Sagues, citado por Enríquez, el Derecho Constitucional es "el sector del mundo jurídico que se ocupa de la organización fundamental del Estado"; esto significa que aquella entidad llamada Estado tiene el monopolio de la organización política jurídica y por lo tanto constituye el fundamento último de todo el Derecho como lo planteará Kelsen.

Enríquez añade, refiriéndose a *democracia,* un concepto de Derecho Constitucional que utilizaremos: el Derecho constitucional **tiene como finalidad garantizar la libertad** y los derechos humanos en justicia; en otros términos, el Derecho Constitucional, en un Estado moderno, sólo puede existir si uno de sus principales fundamentos es la libertad; libertad individual, libertad empresarial, etc. El Derecho Constitucional establece, ejerce y transmite el poder político; es una técnica de la libertad, organiza al Estado que tiene el monopolio de la organización política-jurídica.

1.- Por su parte, la Constitución de 1993 contiene a la institución de la empresa dentro de Titulo III, Del Régimen económico. Esta condición peculiar ha restringido, o de alguna forma vulnerado y limitado a dicha institución porque viene dentro de un título mayor, y además, se propone dentro de también una institución mayor; lo que a nuestro parecer es un olvido y extravío del gran significado y revolución que significa la institución de la empresa, como condición extremadamente importante, por lo efectos que desarrolla: la iniciativa privada, la autogestión, la auto sostenibilidad, la generación primaria de riqueza, etc.

2.- En su artículo 58 la Constitución rubrica a la Economía Social de Mercado. Empieza este articulo enunciando la libertad de la iniciativa privada, que supondría la iniciativa privada; esto indicaría que no se tiene que pedir permiso al Estado para tener y ejercitar la iniciativa privada. Aquello parece bastante claro, pero no es así; sin embargo es una salvaguarda contra la tiranía o la dictadura, que es un fenómeno que siempre puede suceder, por la propia naturaleza de los seres humanos, por lo que el control es sobre el fenómeno de control de la arbitrariedad.

Ahora bien, cabe anotar, dentro de nuestra investigación, que no puede haber iniciativa privada si estos se ven atribuidos y aconglomerados por una inadecuada política fiscal, como por ejemplo la imposición de tributos, o el pago de algunos derechos. No puede haber consiguientemente libertad de iniciativa privada si existen restricciones a la libertad de

empresa, a través de la política fiscal, es decir, a través de la imposición de tributos a la actividad empresarial.

3.- El Artículo 58º de la Constitución establece que la economía social de mercado es el régimen mediante el cual el Estado orienta el desarrollo del país, actuando en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Como se observa el artículo referido olvida lo principal: la empresa, pues los servicios prestados son sólo de carácter público, pero no hace referencia expresa a la promoción de la empresa, sino a la del empleo, lo que sugiere que se trata del empleo dado por el Estado.

4.- Respecto del título III de la Constitución, que se ocupa del régimen económico, Enrique Bernales explica que la Constitución de 1993 "opta resueltamente por disposiciones en las que el perfil ideológico del neoliberalismo resulta visible" (Bernales, 1999), ingresando en connotaciones ideológicas, lo que resultaría una actitud limitativa del pluralismo económico.

Enrique Bernales, agrega que en la historia existen dos sistemas de tratamiento este tema. El primero desarrollado por el capitalismo, con la revolución liberal burguesa de los siglos XVIII y XIX, en Europa y en Estados Unidos: "En tales épocas no hubo regulación de precios, salarios, ni de condiciones de trabajo; la oferta y demanda regularon los mercados" (Bernales, 1999). Sin embargo la necesidad, según este autor, hizo que se establecieran límites a la libre iniciativa, así tenemos la regulación de los precios, los bloqueos contra las

potencias, la aparición del derecho de trabajo regulando la jornada laboral, la regulación para garantizar la competencia, la regulación en materia de la moral y la salud, la regulación para proteger el medio ambiente, la nacionalización de actividades estratégicas, entre otras, reseña el autor. Mientras que el otro sistema es el de la *economía dirigida*, vigente en los gobiernos socialistas, donde no existía la iniciativa privada.

Propuesta suelta.-

La libertad de empresa se ve también limitada por la inejecución de la propia normatividad laboral, por ejemplo, cuando el trabajador público excede su jornada laboral de más de ocho horas, y se queda trabajando sin que se reconozca su labor deja de utilizar su capacidad productiva, limitando sus posibilidades de hacer empresa.

5.- En el Artículo 59 de la Constitución se enuncia que el Estado estimula la creación de la riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. Asimismo se añade que el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, promueve las pequeñas empresa en todas sus modalidades.

Los conceptos que en la presente investigación nos interesan es el de la "estimulación de creación de la riqueza". ¿Cómo hace esto el Estado? Este artículo debe desarrollarse en el Presupuesto nacional, verificándose si existe o no una partida especial para estimular la

creación de la riqueza, además del porcentaje en relación al resto de actividades y servicios del Estado. Debe establecerse, también, cómo el Estado garantiza específicamente la libertad de empresa. Sólo el desarrollo de estas normas en normas específicas o reglamentarias nos dirán si se cumple efectivamente lo enunciado en la Constitución, o si, por el contrario, sólo es declarativa, retórica, o derecho en espera de ser puesto en ejercicio. Además, cabe las preguntas, ¿qué instituciones públicas predominan para activar el mecanismo estatal de garantía y defensa de la libertad de empresa? Aludir que se tiene al Indecopi, Conasev, Consucode –por nombrar algunos- no demuestra que el Estado garantiza la creación de la riqueza, ni tampoco que se garantiza la libertad de empresa, porque estas instituciones no funcionan como entes necesariamente generadores de libertad de empresa, sino de control de la libertad empresarial. Por ejemplo el Consucode, a través del Sistema del SNIP, Sistema Nacional de Inversión Pública, no posibilitaban la libertad de empresa, sino serán sistemas de seguridad, que suponen utilización de recursos humanos, materiales, económicos, de trámite, etc., de las empresas que pretenden ingresar a prestar servicios al Estado. Estas instituciones no promueven que existan más empresas, o que se invierta más en constituir empresas, sino más bien que las empresas asuman la carga de su existencia, a través de los controles estatales.

El artículo en comentario expresa además que el Estado brindará oportunidad de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, esto se refiere exclusivamente a las pequeñas empresas, anotando de

ellas en cualquiera de sus modalidades, olvidándose de la mediana empresa y micro empresa, que no es una modalidad de la pequeña empresa. Además debería ser igual para los otros tipos de empresas, sean pequeñas, medianas o microempresas. Lo que supone evidentemente una discriminación; porque si se prefiere a la una sobre la otra, por su condición o tamaño, esto afecta a las otras. La libertad de empresa consiste en que no exista este tipo de discriminación, que el éxito dependa de su capacidad productiva y no de las subvenciones o privilegios que otorga el Estado. En una sociedad moderna, con libertad de empresa, no deben existir los privilegios, porque esto supone discriminación y alteración del mercado y la competitividad.

Respecto a la obligación de garantizar la libertad empresa, Bernales dice que consiste en la libertad de crear personas jurídicas dedicadas a actividad lucrativa. La legislación referida "excluye las normas y procedimientos que interfieran con el libre establecimiento y desarrollo de las empresas". Bernales expone cierta contradicción pues esas libertades no son garantizadas en forma absoluta, porque el artículo 59º de la Constitución impone limitaciones, como que esas libertades no sean lesivas a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. Puede entenderse las limitaciones a la salud y a la seguridad pública, pero no a la moral, que no es un concepto necesariamente jurídico, y además sujeto a una diversa, compleja y complicada interpretación. Existe pues una limitación del Estado de la libertad empresarial cuando nos pone como límite a la moral.

6.- En el artículo 60º de la Constitución Política se enuncia el reconocimiento del pluralismo económico, es decir, de diversidad de formas de propiedad y de empresa. Esto supone que en territorio nacional se pueden constituir y pervivir empresas con denominaciones de sociedades, como las sociedades anónimas, la sociedad de responsabilidad limitada, las sociedades comerciales, las sociedades en comandita, sociedades civiles, así como las empresas individuales de responsabilidad limitada, entre otras. Esto, por supuesto, no se expresa y tampoco se enuncia en las clasificaciones de las empresas, menos se aclara si, por ejemplo, las asociaciones, fundaciones o comités pueden ser considerados dentro de este pluralismo económico, y por lo tanto reconocidas como empresas. Sin embargo el texto alude a la coexistencia de diversidad de empresas, que es un argumento y fundamento de derecho importante. En este caso, son las personas, o el mercado, quien decidiría que tipo de empresas coexisten. El Estado tendría en mérito a este artículo, el deber de garantizar que exista diversidad de empresas, pues son "el sustento de la economía nacional". ¿Cómo hace esto? Lo importante es que este "reconocimiento del pluralismo económico", de la diversidad de empresas significa también el deber del Estado de protección de las mismas, de garantía de su existencia y operación.

El Estado a su vez puede realizar actividad empresarial, subsidiariamente, pero sólo por interés público o de manifiesta conveniencia nacional, y sólo autorizado por ley expresa, sin que esto signifique privilegio alguno.

Bernales escribe que fue en la década del 70, en el gobierno militar del general Velasco cuando el pluralismo económico cobró fuerza, asimismo fue recogido en la Constitución de 1979 en el artículo 112º, donde se expresaba que "la economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa".

7.- Respecto al Artículo 61º de la Constitución, donde se enuncia la Libre competencia, Enrique Bernales escribe: "*La libre competencia es la concurrencia de oferta y demanda en el mercado con la menor interferencia de situaciones extrañas a ellas, a fin de que los valores de mercado reflejen el punto de equilibrio entre una y otra, y sean entonces estas condiciones las que rijan las relaciones económicas.*" (Bernales, 1999, pág. 359)

Bernales explica que uno de los efectos de la libre competencia es que los precios sean determinados por los agentes económicos. Pero en nuestra realidad estos precios son inducidos por los tributos impuestos, puesto que se tienen que agregar a los precios de venta. No existe total libertad de competencia si el Estado impone aranceles que hagan que el precio sea determinado por esta condición. (Caso de vehículos usados).

5.- LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL.-

La libertad de empresa se origina jurídicamente en la Constitución Política del Estado, en la cual se enuncia el Derecho a la Libertad, como un derecho fundamental de la persona. Esto le da jerarquía constitucional, es decir,

supremacía frente a las otras normas de menor rango normativo. Luego vemos a la Libertad de Empresa dentro del Título: El Régimen Económico, en su artículos 59º y siguientes, en las cuales la libertad de empresa se halla expreso como un deber del Estado de garantizarlo. Siendo además la Constitución aquella norma superior que se encarga de la creación de otras normas, según la concepción Kelseniana; así las normas insertas en ella, como la libertad, y la libertad de empresa, permiten que estas se desarrollen en otras normas de rango inferior y nivel jerárquico, como Leyes, Decretos, Reglamentos, etc., lo que significa que después de ellas se puede ampliar estas normas, desarrollarlas para que se puedan ejecutar y proyectar, de acuerdo con las necesidades específicas y determinadas circunstancias y necesidades temporales, espaciales e históricas. Así, la libertad de empresa, concebida en la norma constitucional, queda legitimada, y con ello se da cabida al desarrollo de sus otros componentes, también legitimados, como la iniciativa privada, la libre competencia, la asociación para hacer empresa, la libertad de contratar, etc., factores que podrán, sólo por estar contenidas dentro de texto constitucional, desarrollarse al máximo nivel jerárquico normativo.

La Libertad de empresa no podría desarrollarse, pues, si no estuviera contemplada dentro del Derecho Constitucional. Sin embargo, esta permisibilidad no es total, absoluta, porque la misma norma constitucional ha impuesto algunas limitaciones que la contradicen, como por ejemplo, el hecho de limitar la libertad de empresa en asuntos de índole moral, salud, seguridad nacional, que si bien son otros factores y valores

nacionales que deben preservarse, no pueden alterar o limitar la libertad de empresa sin destruirla por completo. Sin embargo, las razones constitucionales parecen sustentar esta regulación normativa; no es muy claro respecto a la limitación moral, porque, contrariando a Kelsen, ya no estaríamos ante el Derecho, sino ante un asunto social, moral. La moral no puede ser un impedimento absoluto para ejercer la libertad de empresa, porque este tiene una interpretación abierta, es decir, demasiado compleja, que requiere todo un sistema interpretativo, que anula, o vulnera de alguna forma la rapidez y facilidad de ejercicio de la libertad de empresa. Es necesario recordar que cuando una norma es constitucional no puede haber refutaciones a ella, sino dentro de las normas también constitucionales, y que la Constitución representa, sino un dogma, un instrumento de certeza que pretende asegurar que el Derecho se cumpla en un tiempo real, no sujeto a procesos que implican gasto en recursos de tiempo, materiales, humanos, etc.

La libertad de empresa se ve restringida constitucionalmente, como se expresa en la misma Constitución, y según los razonamientos arriba expuestos.

CAPÍTULO V: EL DERECHO EMPRESARIAL Y EL DERECHO CIVIL

Para analizar nuestro problema (que el Estado bloquea, o viola el deber de garantizar la libertad de empresa) debemos utilizar al Derecho Empresarial, para, desde el contenido interno de la empresa, verificar si existe o no limitación a la libertad de empresa, por eso es necesario explorar la relación entre el Derecho Empresarial y el Derecho Civil, entendiendo que el Derecho Empresarial es el tratamiento jurídico de la empresa y, por ende, de su libertad. El Derecho Civil es aquel sistema normativo que desarrolla y norma la vida del ser humano desde el momento de su nacimiento hasta su muerte; y que dentro de esta regulación se encuentra la libertad del ser humano, como persona natural, o como persona jurídica, así como el desarrollo de actividades o conductas como las de contratar, tener propiedad, tener herencia, sucesiones, tener obligaciones, etc., que tienen que ver necesariamente con el uso de la libertad. Siendo el Derecho un sistema, el Derecho a la libertad de empresa no se puede dar si previamente no existen estos derechos contemplados y reconocidos también en

el Derecho Civil. Por lo antes referido haremos un bosquejo panorámico de todas las instituciones civiles en forma independiente, pero que, por las razones expuestas, tienen que ver con el desarrollo de la libertad de empresa.

I.- EL CONTENIDO DEL DERECHO CIVIL.-

1.- EL CONTENIDO DEL DERECHO CIVIL.-

La mayor parte de nuestra vida está tejida de actos jurídicos, esencialmente civiles; así realizamos contratos (Acto Jurídico, Contratos), compramos un bien mueble o inmueble (Derechos Reales, Propiedad, etc.), nos casamos (matrimonio), tenemos hijos (patria potestad, etc.) y morimos (sucesiones), etc. En todos estos actos, como vemos, está el Derecho Civil. La institución encargada de regular estas áreas de la vida es esencialmente el Derecho Civil. Por eso es importante tener una idea clara y general del Derecho Civil que nos regula, que nos ayuda a organizar nuestros actos diarios de vida (comprar, casarnos y morirnos), porque, querámoslo o no, este Derecho Civil estará hasta el día de nuestra muerte, e incluso más allá de ella (sucesiones).

2.- NOCIONES DEL DERECHO CIVIL.-

En principio el Derecho Civil es un sistema normativo que regula y se define por el tipo de relaciones jurídicas que constituye y regula; así es un sistema normativo que, categorizado por su área de aplicación, se define como sector o parte del sistema jurídico general, como parte del ordenamiento jurídico. No cubre con su regulación todas las áreas de la actividad humana, sino

sólo algunas determinadas: las del área civil, la conducta del ser humano desde su nacimiento hasta su muerte. En resumen, trata de la regulación de las conductas del ser humano cuando efectúa operaciones patrimoniales.

El Derecho Civil, según Luis Diez Picazo y Antonio Gullón, es la "parte o sector del ordenamiento jurídico que, conteniendo los principios cardinales de la organización jurídica de la comunidad, tienen como objeto preferente la protección y defensa de la persona y de la realización de sus fines, la ordenación de la familia y la disciplina del patrimonio y del tráfico de los bienes" (Diez Picazo & Gullón, 1980, pág. 55). Organiza las relaciones personales cuando entran en relación con el patrimonio. Establece los criterios de organización de estas relaciones intersubjetivas, entre personas, en base y fundamento en la protección y defensa de la persona.

El Derecho Civil establece y regula un determinado tipo de relación jurídica; las nacidas de las relaciones jurídicas patrimoniales comunes. Por lo pronto se diferencian de las relaciones patrimoniales comerciales, de las relaciones jurídicas nacidas de los delitos, porque, cuando se comete un delito existe también una relación jurídica, un derecho—deber entre sujetos. Así la diferenciación del resto de ramas del Derecho es para aislar esta parte de la vida humana que necesita un tratamiento determinado. El proceso de aislamiento ha sido condicionado por la historia y ha formulado "criterios o pautas" de solución de cierto tipo de relación jurídica. Por eso se dice que el Derecho Civil "(…) no es otra cosa que una manera o una forma, históricamente condicionada, de estudiar una parte o un sector del

ordenamiento jurídico, de tal manera que tanto el criterio lógico para aislar dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico esta parte o este sector y llamarlo Derecho civil, como el criterio o los criterios para analizarlo y exponerlo se encuentran en función de la línea de la evolución histórica del pensamiento jurídico de nuestra civilización". (Diez Picazo & Gullón, 1980, pág. 46)

Esta concepción del Derecho Civil lo propone como una forma de estudio de cierta parte, aislada lógicamente, del Derecho. Pero el Derecho Civil no es una forma de estudiar un sector del Derecho, es si un sector del Derecho, pero no sólo un estudio. Es más, se define por ser un sistema de regulación de cierto tipo de las conductas intersubjetivas, determinadas por la espera de finalidad, objeto de estas relaciones jurídicas reguladas.

En una primera instancia se puede decir que el Derecho Civil era el ordenamiento general y común, adoptado por los romanos, y que utilizaban para regir su vida política y económica. Así "el Derecho civil en su sentido propio y originario seria el ordenamiento tradicional que habían adoptado los grupos primitivos romanos reunidos en comunidad política y estaría constituido por una serie de principios fundamentales enunciados y establecidos por la jurisprudencia, religiosa primero y laica después, de los prudentes" (Diez Picazo & Gullón, 1980). Por lo pronto se puede decir que su origen histórico se fundamenta en el pueblo romano y en su sistema de organización, que se basaba en ciertos

principios, en lineamientos generales de organización social.

3.- Derecho Civil Patrimonialista.-

La protección y defensa de la persona también están como objeto preferente de la Constitución y del Derecho Penal. ¿Cuál es, entonces, la diferencia en el Derecho Civil? Se dice que es "el patrimonio". De ser así en el Derecho Civil se trataría del ser humano en relación con su patrimonio. El eje parece ser el patrimonio, pero –aclarando- no cualquier patrimonio, sino este patrimonio que afecta a la salud física y mental del individuo. Relación del hombre con el patrimonio sería la primera premisa. La persona está aquí en referencia exclusiva al patrimonio. Hombre y patrimonio suponen una unidad; del defecto del patrimonio hay consecuencias a la salud y derecho de la persona. Ocurre sin embargo que esta preponderancia o matriz patrimonial ha producido "la conversión de la persona en homo economicus" (Diez Picazo & Gullón, 1980, pág. 55). Los criterios de valoración son, lo económico, lo patrimonial. Este sería el eje del cual nace todo conflicto; pero este eje patrimonial es sólo importante, trascendental, legítimo, si afecta la salud del individuo, o persona. Esa puede ser la condición indispensable de este tipo de patrimonialismo: su derivación y subordinación a la salud física y mental del individuo, y no excluyentemente sólo al patrimonio.

4.- Derecho Civil extrapatrimonialista.-

El deslinde con la designación patrimonialista del Derecho civil está en el hecho de que lo verdaderamente importante no es el patrimonio (que es sólo un objeto,

cosa, o bien) sino la persona en relación con otra persona. Fernández Sessarego aclara el asunto al escribir que "en el derecho de propiedad, un sujeto es propietario de la cosa y los demás sujetos, con el directa o indirectamente relacionados, son los obligados a respetar dicho derecho en todo lo que él significa" (Fernández Sessarego, 1998, pág. 36). Debe recordarse que se usa el concepto de persona por ser esta una generalización del individuo como ser único, singular, diferente e irrepetible, pero a la vez personifica a cada uno de los miembros de la sociedad. La persona puede estar definida en singular, pero esta definición es sólo un "elemento de razonamiento", y este razonamiento es una representación de lo general, de lo social.

II.- LA PERSONA.-

1.- CONCEPTO DE PERSONA.-

Persona es un concepto que identifica al ser humano con una calidad, su calidad jurídica, la atribución del ser humano de ser un ente jurídico, un ente con derechos y deberes. La persona es aquel eje de imputación de deberes y derechos.

La persona ha sido definido desde una óptica jurídica, social, temporal por Marcial Rubio, quien escribe que "La persona es el ser humano entre su nacimiento y su muerte, con personalidad jurídica, es decir, con capacidad de tener deberes y derechos" (Rubio Correa, El ser humano como persona natural, pág. 22). Pero veamos porqué esta persona es sujeto de derecho. Notemos que se está hablando de la persona natural como ser humano, y se olvida que la persona define

también a ciertas instituciones. Ahora bien, la persona es sujeto de derechos. La persona como sujeto es siempre un eje variable. Este sujeto que es diferente del objeto; sujeto "que no es macizo, compacto, sino lábil y proyectivo, historializado" (Fernández Sessarego, 1998, pág. 28). Sujeto al que el Derecho vuelve su angustiosa mirada, constituido como problema, colocado como centro y eje del Derecho. Sujeto que es el ser que conoce y que siente, que constituye un ser de conocimiento y un ser conocedor. Este sujeto es susceptible de derechos y deberes. De allí su condición de sujeto de derecho. No olvidemos que la constitución de un sujeto de derecho revela, además, el grado de cultura jurídica, y que ésta se constituye como una síntesis de los problemas y soluciones sociales que revelan el nivel jurídico de una sociedad (Fernández Sessarego, 1998, pág. 28). El sujeto de derecho, por ser tal, tiene necesidad de hallarse en permanente estado de solución. En nuestra investigación se observa cómo este sujeto no haya una solución uniforme, universal.

Recapitulando, la persona es una 'entidad jurídica capaz de ser sujeto de derechos y deberes", un "eje de imputación jurídica de deberes y derechos". En suma y síntesis, "El sujeto de derechos es aquel ser humano o institución susceptibles de derechos y deberes". Así, "hoy definimos a la persona como entidad jurídica capaz de ser sujeto de deberes y derechos. Es decir, es un eje de imputación jurídica de deberes y derechos." (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 25).

2. Persona y sujeto de derechos.-

La trayectoria de vida del ser humano podemos clasificarla en dos etapas; la primera es aquella donde éste ha sido concebido pero aún no ha nacido, está en el vientre de la madre, o en probeta (de ser el caso), pero tiene vida. Las concepciones en que se reputa un ser humano con vida, en estos tiempos, están siempre dispuestas como tema de debate, porque, según avanza la ciencia, las variables sobre esto también han variado. Así, los márgenes del problema van hasta determinar el momento de la fecundación y diferenciarla incluso de la concepción. Alternativamente los avances científicos han logrado aislar el proceso de reproducción humana, y dan criterios también un poco confusos aún. Por estos avances científicos se dice que no toda unión de gametos, (esperma más óvulo) produce fecundación. Que esta fecundación no es simplemente unión de los gametos, sino es necesario que la unión produzca vida humana. Que dos gametos se junten no significa necesariamente la existencia de vida humana, puede haber vida independiente de gametos, pero estos aún no constituyen o conforman al ser humano.

3. Clasificación o etapas de la vida del ser humano.-

La clasificación clásica del ser humano es como sujeto de derecho (no nacido, pero fecundado) y como persona natural (nacido).

3.1.— El ser humano concebido, aún no nacido.-

Este ser que ha sido concebido y fecundado, pero aún no ha nacido (está en el vientre de la madre o en la probeta) se le considera como que tiene derechos pero no tiene aún deberes. Este ser humano es sujeto de derechos, sin

embargo aún no es persona. Es lógico que, estando aún en el vientre de la madre, o en la probeta, este ser no pueda cumplir con deberes. Concepción que contrapone la idea de la existencia del Derecho sólo si es que contiene o es una relación jurídica, es decir, la existencia de derechos y deberes. Así, existe derecho si existe relación jurídica, pero en el no nacido, ¿puede haber relación jurídica?, existencia de derechos y deberes frente a otro. El no nacido tiene derechos, que se le proteja, que se garantice los medios para su nacimiento, etc., pero a cambio de esto no tiene que aportar nada, ¿cómo puede tener derechos si no tiene deberes?, ¿qué criterios se usa para otorgarle derechos, si no puede tener deberes? Si alguien no quiere tener al concebido, fecundado, pero aún no nacido, ¿por qué puede no tenerlo, o porqué tiene que tenerlo —según sea la sociedad donde se encuentre? Existirían dos teorías contrarias, las que niegan la existencia de derechos del no nacido pero concebido y fecundado, y las que le reconocen derechos.

3.2.— El ser humano nacido.-

Es el ser humano que tiene derechos y también deberes, porque puede ejercerlos.

3.2.1.- Etapas del ser humano como sujeto de derecho.-

a) Concebido pero aún no nacido: Tiene derecho pero no deberes;
b) Nacido: En el que ya es Persona. Tiene derechos y deberes.

4.- TIPOS DE PERSONAS.-

El término persona es un término jurídico, que, según datos históricos, proviene de ciertos hechos sociales, específicamente de ciertas representaciones teatrales. De ser un término social pasó a constituir un término jurídico, porque se constituyó como representación de derechos y deberes. De esta forma sólo puede ser persona quien tiene personalidad jurídica, quien tiene derechos y deberes.

4.1.— Persona Natural.-

Es aquella con la cual se significa al ser humano. Todo ser humano es persona.

4.2.— Persona Jurídica.-

Son aquellas "Instituciones, conformadas por personas (naturales o jurídicas), instituciones conformadas por otras personas (bien naturales, bien jurídicas) y que adquieren existencia legal propia por su inscripción en un registro público (...) o porque se les da una ley especial de creación (casos de las empresas públicas o de las universidades, entre otros)." (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 27).

También "Se llama persona jurídica a la institución que se inscribe en el registro público que le corresponde, inscripción a partir de la cual se la considera existente para el Derecho. (Ciertas personas jurídicas pueden ser creadas por ley). (…) Esta persona jurídica puede recibir por extensión, los derechos de los seres humanos que le fueren aplicables." (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 29).

5.- CAPACIDAD DE LA PERSONA: TIPOS DE CAPACIDAD DE LA PERSONA.-

Esta persona como eje de imputación jurídica de derechos y deberes no tiene estos en forma discriminada y absoluta, desde su nacimiento; sino que le son imputados de acuerdo a ciertas condiciones físicas y mentales. Estas condiciones han sido llamadas capacidades y se han subdividido en dos: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

5.1.- CAPACIDAD DE GOCE.-

Por la cual se entiende que "es la atribución que tiene toda persona de poder beneficiarse de sus derechos, lo haga directamente o lo debe hacer a través de un representante" (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 29). Por la Capacidad de goce el individuo, la persona, es "el titular de derechos jurídicamente establecidos", y ejercitados por el mismo individuo o por otro.

5.2.- CAPACIDAD DE EJERCICIO.-

Mientras que la Capacidad de ejercicio es la "atribución de la persona de ejercitar por si misma sus derechos", no necesita recurrir a otra persona. En este tipo de capacidad se necesita la plenitud de la capacidad de ejercicio.

En términos legales, podemos partir del hecho de la ubicación positivizada de la capacidad de ejercicio, que se encuentra prescrita en el Art. 42º del Código Civil. Entre sus condiciones y caracteres se establece que la capacidad de ejercicio es la "*atribución de ejercer mis derechos por mí mismo*" (Rubio Correa, El ser humano como persona natural, pág. 153), a diferencia de la

ciudadanía que no es más que "una condición de pertenencia a la comunidad política de la que formo parte y en la cual tengo derecho y deberes (votar, ser elegido, etc.)" (Rubio Correa, El ser humano como persona natural, pág. 153).

La persona, por esta capacidad de ejercicio, ha delimitado su campo privado, ha cercado o establecido este aspecto privado, que le corresponde como derecho; así se puede discernir que "La capacidad de ejercicio tiene que ver con las dimensiones privadas de la persona humana."; ¿cuáles son estas dimensiones privadas? Las dimensiones no son más que un nivel operativo, en el cual y dentro del cual se encuentra un determinado fenómeno. Lo privado no es más que una señalización del contorno íntimo, personal, excluyente del individuo. Por privado entendemos aquello que no es público; es una oposición a lo público; lo privado es algo que pertenece sólo a la esfera singular, personal, íntima, exclusiva y excluyente del individuo o persona. A diferencia de la condición de ciudadano, que es nada más que "participación en la vida pública".

Para tener capacidad de ejercicio hay otro requisito, indispensable, el discernimiento, que es esa facultad que permite ser selectivo y ecléctico, tener libre arbitrio: "*El discernimiento parece ser la capacidad humana de distinguir el bien del mal y, al mismo tiempo, de desarrollar el pensamiento abstracto. Es el momento en el que el ser humano deja su ego y su mundo propio y concreto para proyectarse más allá, a un mundo complejo, de muchas y variadas interrelaciones, que no sólo tiene presente sino también sentido de previsión y de*

futuro" (Rubio Correa, El ser humano como persona natural, pág. 156). Discernimiento que le da a la persona la posibilidad de ser sujeto de derecho, centro de imputación jurídica de deberes y derechos. No obstante este discernimiento tiene una categorización biológica, temporal, por la cual se estima que aparece más o menos a los diez años. Eso significa que hay en el individuo ya una formación conceptual suficiente y necesaria que le permite lograr diferenciar, seleccionar y decidir, prever el futuro, etc. Así se puede considerar que confluyen la psicología moderna y las normas legislativas en considerar que el discernimiento puede aparecer aproximadamente a los diez años, y que ya estaría en pleno proceso de formación y consolidación hacia los catorce años en la que cada ser humano alcanza el discernimiento en distinto momento de su desarrollo (Rubio Correa, El ser humano como persona natural, pág. 159). Sin embargo la categorización biológica es sólo referencial y general, porque formarse un intelecto, un conjunto de conocimientos con los cuales conocemos y a través del cual procesamos datos, información y por último, valoramos-, no es tan simple como parece, y no todos logran hacerlo en el mismo periodo. El discernimiento es un fenómeno cultural, una aprensión de los saberes dominantes; por eso incluso "el cociente intelectual; es no sólo una estipulación biológica, sino una ficción jurídica, científica que determina la autocomposición de o la correspondencia del hombre con su entorno, medir en qué grado el hombre se corresponde con la sociedad que la está evaluando, por eso la 'mención del cociente intelectual está condicionada culturalmente" (Rubio Correa, El ser humano como persona natural, pág. 163). Sólo así se

puede comprender el proceso de sociabilización del hombre, el carácter relacionante del hombre con la sociedad. La cultura y lo jurídico van, luego, entrelazados y determinados por las mismas condiciones intelectuales.

6. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.-

Usando otra vez a Rubio Correa podemos decir que los derechos de la personalidad (Rubio Correa, El ser humano como persona natural, pág. 41) pueden ser clasificados en dos grupos: 1.- Los del sector físico de la personalidad: a) Derecho a la vida; b) Derecho a la integridad física; c) Derecho a la disposición del cuerpo y al cadáver. 2.- Los del sector incorporal de la personalidad: a) Derecho a la propia individualidad, b) Imagen, c) Intimidad, d) Honor, e) Nombre propios.

III.- LA FAMILIA.-

1.- LA FAMILIA COMO SOCIEDAD NATURAL Y COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA.-

"La Constitución Política, en su artículo 5, señala que la familia es una sociedad natural y una institución fundamental de la Nación. La familia es el ambiente humano en el que, normalmente, debe desarrollarse la vida de la persona. La familia es sociedad natural, porque se desarrolla dentro de los márgenes de la naturaleza, es decir, dentro de la vida natural, como es la procreación, y la socialización; medio de supervivencia porque permite la permanencia y supervivencia de la especie, y además medio de transmisión cultural de la especie humana" (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 31).

Primer factor: Sociedad Natural: Reproducción: El punto es que una sociedad no es natural porque la sociedad no es por naturaleza, los genes no hacen que la gente se junte, sino la necesidad, y la necesidad racionalizada. Sin embargo, los animales también se asocian, porque les impulsa el instinto. Segundo punto: Supervivencia. Tercer punto: Transmisión cultural.

CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA.-
La familia la constituye el padre la madre, los hijos, los tíos, etc. Todos los que de alguna forma tienen una relación sanguínea o colateral.

ORIGEN DE LA FAMILIA.-
Fuentes de creación de la familia: La familia puede crearse por: 1.— Matrimonio: Civil y Religioso; 2.— Familia de hecho, o hogar de hecho.

IV.- EL MATRIMONIO – REGIMEN PATRIMONIAL EN LAS EMPRESAS.-

1. EL MATRIMONIO.-
Por la cual dos personas, de diferente sexo, se unen para formar una comunidad moral, jurídica, social, y de la cual surten efectos también morales, jurídicos y sociales.

2. RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.-
En nuestro ordenamiento jurídico existe los siguientes regímenes: 1.— Separación de patrimonio (bienes propios). 2.— Sociedad de Gananciales (bienes propios, bienes comunes).

2.1.- SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS.-

Por la que "...según la cual cada bien que tengan los cónyuges pertenece a uno solo de estos, según las reglas que ellos mismos acuerden" (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 35).

2.2.- SOCEDAD DE GANANCIALES.-

Por la que "...según el cual hay bienes de cada uno de los cónyuges y bienes comunes" (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 36).

EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LOS CONYUGES EN LAS EMPRESAS.-

Según sea el régimen que adopten los cónyuges se adaptarán a los bienes que puedan tener dentro de una empresa; por ejemplo si una persona casada, compra acciones, estas responden al régimen patrimonial que hayan adoptado los cónyuges. Lo mismo sucede si uno de los cónyuges es dueño de una empresa.

V.- DERECHO DE SUCESIONES.-

1.- DERECHO DE SUCESIONES. CONCEPTO.-

"El Derecho de Sucesiones se ocupa del destino de los bienes de quien fallece", escribe Marcial Rubio Correa. A partir de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones, que constituyen la herencia, se transmiten a sus sucesores.

A la muerte de quien va a ser heredado (y al que se denomina causante), sus bienes se trasmitieron a sus sucesores. Todo acto posterior a esa muerte (sea una división de los bienes entre los herederos, sea un juicio),

no buscan sino traducir lo más fielmente posible lo que era la situación de distribución a la muerte del causante." (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 37).

2. MODALIDADES DE LA SUCESIÓN.-

Las modalidades de sucesión son las siguientes:

2.1.- Sucesión testamentaria (con testamento);

2.2.- Sucesión intestada (con declaratoria de herederos).

2.1.- Sucesión testamentaria.-

Cuando el causante ha dejado testamento escrito. Hay voluntad expresa en los testamentos. "Los testamentos son no solamente documentos donde se distribuyen bienes a personas, sino también verdaderos conjuntos de normas que regulan la sucesión." (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 38).

La legítima: "...es una cierta parte de la herencia, de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos."

2.2.- Sucesión intestada.-

Es cuando no existe testamento

3.- CONSTITUCIÓN DE LA HERENCIA.-

1.— Activos

2.— Pasivos

La Herencia está constituida por Activos y Pasivos. "La herencia está constituida por activos y pasivos, es decir, por lo que el causante tenía a favor y en contra en sus cuentas personales. Por consiguiente, de la masa

hereditaria debe pagarse las deudas del causante." (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 40).

Los Herederos forzosos.-

Tienen derecho a la legítima en la sucesión testamentaria -dice Marcial Rubio.

Herederos Legales.-

Heredan en la sucesión intestada.

4.- SUCESIÓN DE EMPRESAS.-

La sucesión de empresas se da también de acuerdo al régimen patrimonial de los cónyuges.

VI.- LA PROPIEDAD.-

1.- LA PROPIEDAD COMO DERECHO REAL.-

La propiedad "Es el derecho real por excelencia del que se desprenden todos los demás derechos reales y sobre el que ha girado todo el desarrollo del derecho sobre las cosas". De esta forma "El propietario ejerce un derecho subjetivo que le permite imponer a todos el respeto de la cosa que le pertenece. Como cualquier otro titular de derecho subjetivo en su ámbito, tiene el propietario un monopolio de la explotación de la cosa y obtiene de ella una ventaja cierta. (Esto permite a la literatura política fácil oponer a los poseedores y propietarios contra los no poseedores y proletarios). Como se ha visto en los capítulos anteriores de la propiedad, ésta tiene una función social y tiende a hacer extensiva la propiedad a todos: habitaciones baratas, patrimonio de familia, propiedad agrícola y ganadera, reservas hereditarias o legitimas para la protección de los hijos. Con razón decía

Chesterton que su oposición a las teorías liberales no era porque hubiera propietarios sino porque hubiera tan pocos." (Arce y Cervantes, 1994, pág. 45).

2.- DEFINICIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL.-

"Artículo 923.— La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercitarse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley." La propiedad, según nuestro ordenamiento jurídico es "el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley." (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 45).

3.- ATRIBUTOS DE LA PROPIEDAD.-

Significan según Rubio:

1. Usar equivale a servirse del bien materia de la propiedad.
2. Disfrutar equivale a percibir sus frutos y productos
3. Disponer equivale a dar al bien el destino que se quiera: regalarlo, venderlo, etc.
4. Reivindicar el bien equivale al derecho de recuperar el bien de quien lo tiene sin derecho.

3.- LOS POSTULADO DE LA PROPIEDAD.-

Son los siguientes:

1.- El Postulado de la Propiedad.-

Por el cual el poder seria la "propiedad de una clase que lo habría conquistado. El problema de la desigualdad partía de este supuesto: la propiedad era la que daba el

poder y creaba la desigualdad. Era necesario acceder a la propiedad para progresar. "En el siglo XIX, Marx pensaba que quien poseyera las herramientas y la tecnología —los "medios de producción" — controlaría la sociedad" (Toffler, 1981, pág. 74).

Toffler refiere que Marx se equivocó. No era la propiedad lo que daría el poder sino el control. Eran los integradores los que tenían el poder. Las empresas eran tan grandes y complejas que no se podía comprender todo su funcionamiento. Fueron, por tanto, los integradores los que moldeando las decisiones del propietario controlaban el poder. Lo que importaba ya no era la propiedad, sino el control. La idea que la propiedad era la fuente del poder puede provenir de aquellas nociones anteriores a la modernidad, la época del imperio de los reyes, monarcas.

Volviendo a la concepción sobre que el poder era una propiedad, "Foucault muestra que el poder no procede de ese modo, ni de ahí: no es tanto una propiedad como una estrategia, y sus efectos no son atribuibles a una apropiación, "sino a disposiciones, maniobras, tácticas, técnicas, funcionamientos"; "se ejerce mas que se posee, no es el privilegio adquirido o conservado de la clase dominante, sino el efecto de conjunto de sus posiciones estratégicas" (Deleuze, 1987, pág. 51).

4.- LA EMPRESA Y LA PROPIEDAD.-

La empresa responde también a los postulados de la propiedad, es decir, que sus bienes responden a los conceptos de la propiedad, y de los de la personalidad jurídica.

VII.- CONTRATOS.-

1.- CONCEPTO DE CONTRATO.-

Nuestro ordenamiento jurídico dice "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial" (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 48). "Lo que define al contrato, por consiguiente, son dos cosas: a) El ser un acuerdo entre dos o más partes y, b) El referirse a obligaciones dentro de una relación jurídica patrimonial, creándolas, regulándolas, modificándolas o extinguiéndolas" (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 49.

De esta forma "Para ser válidos y exigibles, los contratos tienen que estar perfeccionados, es decir, totalmente concluidos y con sus formalidades debidamente llenadas. Dos normas son importantes al respecto:

- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria (..).

- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad. (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 49).

Asimismo pueden existir ciertos impedimentos para la contratación; como 1.— Impedimentos convencionales, 2.— Impedimentos legales.

2.- CONTRATOS EMPRESARIALES.-

Los contratos empresariales se trata de aquellos que se realizan con las empresas, como cuando se contrata un "transporte, o un seguro o un servicio de medicina, etc." Son contratos que tienen naturaleza de adhesión, pues "las personas que contratan con ellas solo pueden adherir a esos términos, no tienen la oportunidad de discutir la modificación de las cláusulas. En estos contratos de adhesión, la voluntad de una de las partes solo consiste en la aceptación de las cláusulas.".

Tenemos, según internet, los siguientes tipos de contratos reseñados en Internet:

***Contrato de tiempo compartido:**

"En este contrato las personas adquieren el derecho de usar un departamento o una casa, generalmente ubicada en complejos turísticos, por un periodo determinado, y pagan un precio en dinero a la administración del complejo. Este es semejante al contrato de locación y es habitual para el tiempo de vacaciones."

"Este surge debido a que las personas no quieren gastar tanto dinero yendo al mismo lugar de veraneo. Anteriormente había que alquilar o comprar una casa o un departamento, y mantenerlo todo el año; pero el tiempo real de uso eran unas pocas semanas al año, por lo tanto, ese capital invertido no daba ninguna ganancia. Es así como surge el *tiempo compartido."*

***Contrato de garage:**

"Este contrato el propietario de un automóvil o, simplemente, quien lo usa, contrata con un empresario el derecho de estacionarlo o guardarlo en un lugar que es propiedad de este último, y paga un precio en dinero por ese servicio. El contrato de *garage* implica la custodia del vehículo y la restitución del mismo a su dueño en el momento en que ese lo requiera. Este contrato es relativamente moderno y sin regulación expresa de la ley."

Contratos Bancarios:

"Entre los contratos que las personas físicas celebran con las empresas pueden diferenciarse los bancarios, en los que la empresa que contrata un banco. El banco es una empresa económica dedicada a la actividad de intermediación en el crédito, en forma profesional y permanente. Esto es, intermedia en la transferencia de recursos de una parte de la comunidad, que dispone de ellos y deposita los fondos en el banco, a otra parte que los recibe a través de créditos."

***El deposito en cuenta corriente bancaria:**

"Mediante este contrato al banco se le entrega (deposita) sumas de dinero, y este se obliga a conservarlas y a devolverlas en el momento en que el cliente lo solicite. En general, estos depósitos tienen un alto grado de movilidad de los fondos ya que, por ejemplo, el dueño de un negocio deposita su recaudación todos los días en su cuenta corriente bancaria. Y también utiliza sus cheques para pagar a sus acreedores. Esto implica un

movimiento continuo y constante de su cuenta corriente."

"La obligación de los clientes es depositar dinero en sus cuentas para que el banco pague los cheques que ellos libran. Sin embargo en muchas ocasiones el banco paga los cheques aunque no haya fondos depositados en las cuentas. Esto sucede en los casos en que el banco autoriza la exigencia de un saldo deudor en las cuentas corrientes. Este saldo queda registrado en las cuentas como deuda, hasta que el cliente deposite el monto que corresponde; el cliente queda obligado a depositar luego las sumas ya pagadas por el banco."

***El contrato de tarjeta de crédito:**

"Las tarjetas de crédito pueden usarse para abonar el gasto en restaurantes, hoteles, compra de ropas electrodomésticos, alquiler de autos, etcétera. Es decir, permiten abonar el precio tanto en productos como en servicios.

El contrato de *tarjeta de crédito* es aquel por el cual una empresa, emisora de la tarjeta, le otorga bienes y servicios, aunque no se disponga del dinero en el momento de la compra. La tarjeta es entonces un instrumento de crédito: el cliente consume, pero el pago de ese consumo se posterga hasta la fecha de vencimiento del pago de los gastos realizados con tarjeta."

Así también podemos integrar dentro de los contratos empresariales, aquellos contratos internacionales

como son: El Factoring, Factura conformada, Lissing, Joint venture, Contrato de distribución, contrato de transferencia de tecnología, Know How, entre otros

VIII.- OBLIGACIONES.-

1.- CONCEPTO DE OBLIGACIONES.-

Se entiende que "*La obligación es una relación de dos o más personas dentro de la cual una (el deudor) debe algo a otra (un acreedor). En toda relación obligacional el deudor tiene una deuda y el acreedor un crédito. Lo que se debe, es decir, el objeto de la obligación, se denomina prestación.*" (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 53).

2. NACIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.-

2.1.- EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD.-

Como los contratos que las partes realizan entre sí, o las promesas unilaterales –expresa Marcial Rubio.

2.2.- POR MANDATO DE LA LEY.-

Como la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la responsabilidad extracontractual por daños, señala Marcial Rubio.

IX.- ACTO JURIDICO.-

1. CONCEPTO DE ACTO JURÍDICO.-

Manifestación de la voluntad de la persona. Es a los efectos o las conductas exteriorizadas y conectadas con la sociedad. "los asuntos que deba el ser humano en su mente sólo se vuelven jurídicos cuando son socializados frente a los demás a través de una expresión de

voluntad" (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 56). A los actos jurídicos se les ha conocido como declaraciones de voluntad. El Acto jurídico sale de los testamentos y contratos.

2. EL FRAUDE EN EL ACTO JURÍDICO.-

"El fraude consiste en uno o más actos del deudor, mediante los cuales dispone de sus bienes de tal manera que quede en imposibilidad de pagarle a un acreedor a quien le debe. Para que el fraude ocurra, es preciso que el o los actos de disposición del patrimonio estén orientados a quedar en la imposibilidad de pagar al acreedor" (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 60).

X.- SOLUCIONES DEL DERECHO CIVIL.-

A través de la Transacción y a través del ejercicio de una acción en los juzgados.

Hay dos formas generales de resolver los problemas privados: uno en forma directa, personal, sin intervención de tercero, y sometido sólo a la voluntad de las partes; y el otro mediante el sistema de justicia del Estado, es decir, mediante los juzgados. Pueden llevarse a cabo a través de: a) La Transacción; b) El ejercicio de una acción en los juzgados.

1.- TRANSACCIÓN.-

Esta es una vía directa y personal. La transacción tiene valor de cosa juzgada. Y puede darse concesiones recíprocas, evitando el pleito o finalizando uno iniciado.

A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN, EN LOS JUZGADOS.-

Así, "*La acción es el derecho que tiene toda persona de recurrir a los tribunales para que le resuelvan un problema jurídico y, en los asuntos civiles, se viabiliza como regla general a través de la presentación de una demanda"* (Rubio Correa, El Derecho Civil, pág. 74).

XI.- LA EMPRESA EN EL DERECHO CIVIL.-

1.- LA EMPRESA EN EL DERECHO CIVIL.-

El Derecho Civil es el sistema normativo que regula la actividad privada y general del ser humano en su vida cotidiana, particular. Regula la actividad humana producto de una interrelación patrimonial. Es decir, de una relación nacida de un interés patrimonial. Por lo tanto no es específica del Derecho Empresarial, sin embargo, dentro de la actividad, o conducta intersubjetiva, entre sujetos, se producen diversas formas que entran en la actividad empresarial, como por ejemplo, la constitución de personas jurídicas, los contratos, etc. Por lo que el Derecho Civil regula también necesariamente las conductas nacidas de la actividad empresarial.

Para Francisco Gómez Valdez el fenómeno, entrar dentro de la regulación de las actividades empresariales, pasa ya por la civilización del Derecho comercial, por eso escribe que "el Código Civil, en esta tendencia, ha, incluso, unificado los contratos civiles con los comerciales, entre otros razonamientos de la siguiente manera: "...con la nueva normativa el Código Civil vigente se ha unificado los contratos comerciales

con los civiles, dotando de un instrumento unificador del Derecho de las obligaciones y de la empresa y, apartándose del Derecho de Comercio en el que sólo se le consideraba por la actividad realizada como comerciante. Merced a esta unificación se convierte en sujeto de deberes, objeto de derechos y responsabilidades y, desde luego, con la actividad intrínseca de la labor comercial se había ingresado a la civilización' del Derecho Comercial (Art, 2112); seguidamente, el Art. 1333 introduce la mora automática; el Art. 1069 la ejecución de prenda; el 1542 sobre el establecimiento en la compraventa y su protección como tal; el Art. 1663 regula el mutuo con sobrecargo de interés; los Arts. 1604, 1713 y 1677 los contratos de suministro (hospedaje, LEASING); el Art, 1103 la hipoteca de la empresa; el Art. 1440 y ss. La excesiva onerosidad de la prestación; el art. 1447 la lesión; el Art. 1398 sobre la contratación en masa."(Gómez, p. 179).

Conceptos que se habían diseñado para la vida cotidiana, civil, se necesitaron y utilizaron para la actividad empresarial, formando nuevas relaciones jurídicas, que si bien eran de dominio del derecho civil, tenían una finalidad u objeto en la actividad empresarial. El Derecho Civil, sirvió para desarrollar el derecho de empresa, al prestar instituciones como la Compraventa, la Mora, la Prenda, el Mutuo, el Hospedaje, la Hipoteca, la onerosidad en la prestación económica, la Lesión, la Contratación en masa, y otras instituciones más que por partir de la actividad privada que podía surgir en la necesidad de los particulares, de su vida civil, al organizarse y realizarse en proporciones

continuas, permanentes, y como actividad repetitiva fueron tomando otro matiz, ya no el de una simple operación civil, con miras de satisfacer una necesidad inmediata, sino como una parte intermedia, como una actividad no terminal, es decir, que no terminaba en el consumidor final, sino que era producto de una intermediación entre dos sujetos distintos, haciendo, según este gráfico, un sinnúmero de interrelaciones, tantas como se pudieran realizar, y con la intensión de obtener un lucro, no necesariamente la satisfacción de una necesidad inmediata. Este Derecho Civil fue, pues, el primer instrumento utilizado para las actividades que luego pasaron a ser conductas o actos comerciales, y luego actividades empresariales.

Francisco Gómez Valdez escribiría, por otro lado, que también el Derecho Empresarial usará las instituciones del Derecho de la Persona, Personas Jurídicas, Acto Jurídico, Derechos Reales, Garantías de los Derechos Reales, Derecho de Propiedad, Obligaciones, Fuentes de las Obligaciones, Normas sobre Registros Públicos, y Derecho internacional privado. En forma más específica lo expresa Francisco Gómez Valdez: Dentro de otra perspectiva, el C.C. vigente aborda a la empresa, por anexión, en los artículos del Título Preliminar y salvo por la naturaleza de las cosas, los Arts. Relacionados con el Derecho de la persona' (3,12, del 15 al 19; del 26 al 29; del 31 al 35; del 38, in fine, al 41. Los Arts. 76 y ss. Relativos a las Personas Jurídicas le son aplicables.(…) Asimismo, los Arts. 140 y ss. Relacionados con el Acto Jurídico. Los Derechos Reales contemplados en los Arts. 881 y ss. son de vital importancia para el ejercicio regular de las actividades empresariales incluyendo los

que tienen que ver con la garantía de dichos derechos (Arts. 1055 y ss), al igual que los Arts. 923 y ss. que disciplinan acerca del derecho de propiedad. Acaso, los Libros VI y VII, intitulados de Las Obligaciones y de las Fuentes de éstas, contenidos en los Arts. 1132 y ss. sean los de mayor utilidad para las empresas, debido a su actividad patrimonial y concentrada y dirigida a lucrar permanentemente si desean mantenerse en el mercado; en fin, la parte del Código relacionada con los Registros Públicos juega una actividad importante para las empresas, ya que la razón de ser de éstas se halla ubicado precisamente en la inscripción de su acto constitutivo así como de las modificaciones que sufra en el camino. Es allí donde encontramos los Arts. Del 2008, Incs. 1, 3, 3, y 7 al 2029; del 2036 al 2038 y del 2043 al 2045. Finalmente, según sea el caso, las normas contempladas en el Libro X, sobre el Derecho Internacional Privado (Arts. 2046 y ss.) también pueden ser de aplicación a las empresas." (Gómez Valdez, p. 179).

Haciendo un breve análisis de lo anterior, podríamos ensayar algunas conceptualizaciones y preguntas respecto al uso de las normas civiles en la actividad empresarial. Por ejemplo la primera institución civil utilizada es el de la persona, tanto natural como jurídica. La Empresa, como se sabe, está conformada por personas naturales, las mismas que dentro del Derecho Civil están reguladas en su existencia, capacidad, deberes y derechos. Es decir, una empresa para ser constituida debe estar conformada por personas que tengan capacidad de ejercicio, este deber está regulado en el Derecho Civil. Por lo tanto una persona sin

capacidad de goce o de ejercicio no puede constituir o integrar una empresa. Sin embargo no todo es tan limitativo, porque la capacidad de ejercicio es aquella que manifiesta la conciencia y voluntad libre del individuo para actuar o conducirse de tal o cual forma. Una persona sin capacidad de ejercicio, puede sin embargo ser dueño de algunas acciones de la empresa, por razones de herencia, donación, etc. Por lo que siendo la persona una figura jurídica regulada en el Derecho Civil, por ser de carácter general, es extraída para la utilización en las normas de carácter empresarial.

El Derecho Civil al "regular las relaciones más directas de los hombres la familia, el régimen de apropiación privada de los bienes, las promesas de un hombre a otro hombre..." según refería Fernando de Trazegnies; esto supone que el Derecho Civil antecede al Derecho comercial, y al Derecho empresarial, porque el Derecho civil está presente antes incluso que se produzcan los hechos comerciales, o los hechos empresariales, puesto que regula la vida humana desde su nacimiento hasta después de su muerte. Esto al menos normativamente, no necesariamente empíricamente, puesto que el nacimiento de actividades comerciales y empresariales va evolucionando con la tecnología y la ciencia. Ninguna actividad comercial puede desconocer primero la anterior regulación de la persona en su vida cotidiana y hasta comercial. El Derecho Civil sería inherente a la persona, es decir, esta con la persona desde su nacimiento, entonces el ser humano, con capacidad de goce, ejercicio o no, está regulado en el Derecho Civil,

como un registro en los archivos del Estado, y como factor de organización social.

El Derecho Civil ha servido como un instrumento para ingresar nuevos conceptos de organización social, reemplazando el pensamiento dogmático por el pensamiento racional; Trazegnies escribiría al respecto que "el Derecho Civil tuvo un importantísimo efecto modernizador en el comienzo de la Baja Edad Media por el hecho de reintroducir el análisis racional dentro de un mundo donde primaba el pensamiento dogmático…" (Trazegnies Granda F. , 1993, pág. 22) Esto significa que el Derecho Civil, debidamente codificado, hace una nueva organización basada en el uso del racionalismo.

El impulso que el Derecho Civil habría dado también al Derecho Empresarial es el espíritu moderno que lo imbuía, es decir la nueva organización económica de la vida, del trabajo, de los sistemas de producción y de proyección; dicho en los términos de Trazegnies: "Económicamente hablando, la modernidad se caracteriza por un cambio en la organización del trabajo y en el espíritu de la producción; uso de máquinas, incremento de la productividad, deseo de dominar la naturaleza, organización racional y previsión del futuro" (Trazegnies Granda F. , 1993, pág. 23).

El Derecho Civil es, ha concepción de Trazegnies, uno de los elementos modernizantes que mayor aporte han hecho a nuestras sociedad, puesto que "proporciona predictividad de los actos", y por lo tanto da posibilidad de acción y reacción, capacidad de oferta, predisposición de la oferta, y visualización de la

demanda; así mismo, esta predictividad de los actos es "posibilidad de expansión de la libertad individual a través de un cálculo inteligente". El Derecho Civil puede desarrollar la autonomía de la voluntad contractual, factor determinante para poder operar empresarialmente, y sin el cual incluso no podría existir el Derecho empresarial, considerado como sistema normativo de regulación de la actividad empresarial. El Derecho Civil está orientada a "garantizar esferas de la acción a la subjetividad" (Trazegnies Granda F. , 1993, pág. 29). Y es que es la subjetividad, como interés primario del individuo, lo que se desarrolla en la actividad empresarial. El Derecho Civil puede ser una especie de estadística, un "Análisis matemático aplicado a estructuras sociales". La relación con el Derecho Civil, como se ve, es primigenia y anterior a las actividades comerciales, como los derechos de la persona, etc.

Por otro lado, Eugenia Ariano Deho, en el libro compilado por ella, denominado Batallas por la Justicia Civil — Ensayos, escritos por Franco Cipriani, inserta también un interesante análisis respecto de la función de control judicial. Dicho ensayo escrito, como dijimos, por Franco Cipriani, lleva justamente el título 'El control judicial de los actos societarios", y explica que en su país el tipo de control judicial referido fue introducido por el código de comercio de 1882, que era un control de fondo y no de forma, e imponía más bien un aspecto sugerente para nuestro análisis, puesto que "El control gubernamental, sin embargo, en la medida en que implicaba la subordinación de las grandes empresas al poder político, podía complacer a los políticos, pero, obviamente, no también a los empresarios, de tal forma

que se desencadenó una 'famosa lucha entre la autorización gubernamental y la libertad económica'. / Es inútil decir que ganaron los grandes empresarios, pero el poder político encontró la forma para salvar las apariencias" (Cipriani, pág. 309).

Esta lucha, entre la autorización del Estado y la libertad económica, solo responde respecto de las empresas constituidas formalmente. Sin embargo, vemos en la cita anterior que el Estado no puede vencer a la economía, al interés particular, por el que se pone en movimiento todas las empresas. No puede haber en una sociedad de derecho, contradicción entre las libres fluctuaciones de la economía necesarias para el funcionamiento de la actividad empresarial, y el Estado, porque de ser así la empresa —al menos la formal— colapsaría, y provocaría un redireccionamiento hacia las empresas informales, pues estas responden mejor al mercado o a la economía de mercado, que es el manejo de los factores reales como son la demanda y la oferta.

La autorización del Estado de la constitución de las empresas trasgrediría el derecho natural, puesto que "el derecho de asociarse (es) una libertad natural del hombre, independiente del beneplácito del Estado" (Cipriani, pág. 309).

2.- EL DERECHO CIVIL Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.-

Una vez revisado panorámicamente el contenido del Derecho Civil, estamos ya en la posición de establecer qué derechos civiles le corresponden al ser humano, y cuales son producto directo de su libertad; asimismo cuáles puede aplicar a su libertad empresarial. Por ello,

haciendo un repaso, encontraremos que cuando una persona, concebida con el Derecho Civil, en persona natural (con el registro de su nacimiento a través de registro municipal y respectiva partida de nacimiento), o persona jurídica (a través del registro en los Registros Públicos como tal, y el cumplimiento de las formalidades de ley, o a través de autorización, reconocimiento o creación mediante Ley de autoridad respectiva, y dación de resolución administrativa pertinente), tiene y ejerce, o puede ejercer, su libertad de empresa. Sin embargo, cabe advertir que la condición del ser humano es el tiempo de vida que tiene. Es decir, que tiene un tiempo de vida, por lo cual todos los actos para registrar su vida, como las de su nacimiento, ejercicio de vida, con contratos, etc., son también uso de vida; por lo que cuando un ser humano, constituido como persona natural o jurídica, intenta crear, abrir una empresa se encuentra con una serie de requisitos que si bien no impiden su libertad de empresa, si limitan la posibilidad de ejercer esta libertad de empresa, por los diversos trámites que limitan, dificultan, demoran, el acceso a esta libertad de empresa, como la presentación de documentos diversos, como fotocopias del D.N.I, (actualmente anulados) necesidad de requerir de licencia de funcionamiento del establecimiento, que demoran más de un mes, lo que supone también costos por encima de la remuneración mínima vital.

Otro de los impedimentos es el requerir tener capacidad de goce y de ejercicio. La primera es comprensible, pero la segunda no, pues la capacidad de ejercicio consiste en tener mayoría de edad, lo que representa una garantía en la formación del individuo, que aunque es persona,

no puede usar de todos sus derechos, no puede tener libertad de empresa, más que a través de ciertas condiciones, como la representatividad de sus padres, entre otros requisitos legales. Esto a nuestro parecer también representa una limitación a la libertad de empresa; no nos estamos refiriendo al derecho de los menores de edad a trabajar, sino a hacer empresa, que es un concepto diferente, y que ni siquiera se ha perfilado en su debida dimensión, porque aún sufrimos las consecuencias del subdesarrollo asistencialista del Estado, producto de nuestra historia y de las decisiones políticas previas a la actualidad.

Otro aspecto relevante a tener en cuenta es el concebido sentido de la familia, como una unidad básica de la sociedad, como razón y definición de esta; siendo que se le habría quitado, al decir de Torres y Torres Lara, su función productiva primigenia; pues la libertad de empresa si no se ve limitada, al menos si descartada, o relegada por la nueva función de la familia, de ser sólo una unidad básica de la sociedad, y no de ser una unidad de producción; así se podría decir que, a riesgo de considerar esta presunción como exagerada, que el Derecho, el Estado que la sustenta ha olvidado que es su función proteger a la familia, ha olvidado y limitado la libertad de empresa concebida, e interiorizado en un concepto de familia donde se le consideraba como unidad de productividad. Relegada esta la libertad de empresa al definirla sólo como unidad básica de la sociedad.

Por otro lado, tenemos a la institución del matrimonio, que si bien el Estado protege, en el momento de

constituir ciertas empresas restringe el primer derecho, que es el derecho de individuo libre. Ponemos por ejemplo el hecho de que una persona se vea en posesión de sus bienes, y de su empresa, y tenga que registrarse en el matrimonio con el régimen de separación de bienes para poder proteger sus bienes y rentas obtenidas desde el matrimonio, cuando la cláusula debería ser precisamente que se proteja al individuo y sus rentas, como producto de su trabajo, y no como producto de su vinculación o nueva relación denominada matrimonio, que si bien es una forma de unión de dos seres humanos, no representa que los dos trabajaran y producirán en partes iguales. Así que esta igualdad en las rentas y beneficios no es justa, lo que atentaría también contra la libertad empresarial.

Cosas similares pasan respecto a la paternidad, a la sucesión, al parentesco, a la propiedad, a los contratos, o las obligaciones, entre otros.

CAPÍTULO VI: EL DERECHO EMPRESARIAL Y EL DERECHO PENAL

Nociones generales.-

Cuando se ejercita la libertad de empresa puede caerse, por desconocimiento, o por no ejercer bien este derecho, en responsabilidades penales, al hacer uso excesivo, desmedido o se violenta la ley. El Derecho penal entra pues a regular aquellas conductas que pueden desviarse del uso del derecho a la libertad de empresa. Pero también puede regular y sancionar normas que están evidentemente en el buen uso de la libertad de empresa, por lo que es conveniente, en este capítulo, tocar referencialmente el contenido interno del Derecho Penal y su relación con la libertad de empresa, desde el marco del Derecho Empresarial.

Cabe agregar que actualmente la importancia del derecho penal dentro del derecho empresarial está tomando matices muy grandes, puesto que si analizamos bien, un gran porcentaje, sino el mayor

porcentaje, de delitos se cometen por el ejercicio de la libertad de empresa. Es más, los delitos se comenten como si fueran provenientes de agrupaciones delincuenciales que toman esta actividad, su actividad delictiva, como una empresa como una actividad que les genera lucro, a partir de un acto ilícito.

Actualmente las personas jurídicas están en el debate de si son sujetos o no de actos delictivos, y por lo tanto de ser sujetos de sanciones penales. Esto debe ser analizado, por supuesto, también dentro del ejercicio de la libertad de empresa y de los efectos que puede provocar en la sociedad esta libertad. Si la persona jurídica tiene ejercicio de esta libertad de empresa, o son sólo las personas naturales las que pueden tener el derecho de libertad de empresa.

Tocaremos el Derecho Penal desde esta óptica para darnos una idea general del problema investigado, si es que existe o no limitación a la libertad de empresa, y si, en este caso, el Derecho Penal confirma la limitación a la libertad de empresa.

Regular las relaciones humanas es la función esencial del Derecho; pero esta regulación tiene que responder a una exigencia social de solución, es decir algo que no puede dejar de regularse.

1.- EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL.-

El Derecho Penal es concebido como un "medio de control social" que se diferencia de los otros tipos de control social (religión, economía, etc.) por sus efectos (la pena, la cárcel, etc.). "Se entiende por control social

las formas organizadas en que la sociedad responde a los comportamientos de las personas en sus procesos de relación social. La complejidad de los medios de interactuación del sujeto con otro sujeto, o del sujeto con la sociedad o del sujeto con las instituciones definirán el perfil a considerar dentro del control social" (Balotario, 2001, pág. 811). El Derecho penal tiene como función: 1.— Protección de los bienes jurídicos ("condiciones fundamentales de la convivencia humana" — García Pablos de Molina).

El Derecho penal se ha formulado como control social, como aquellas formas organizadas por medio de las cuales la sociedad responde a los comportamientos en sus procesos de relación social. Por lo tanto, ésta es una disciplina normativa, última o final, frente a un problema social que ya no tiene remedio, por lo que sólo queda la represión, el castigo, la pena. Por eso el Derecho Penal está constituido de normas que no intentan necesariamente resolver ningún asunto, sino sancionar, castigar al agresor de la ley y el orden, como última ratio. Identificado, dentro de las categorías jurídicas, como parte del Derecho Público, por pertenecer al estrato de las potestades del Estado, como un monopolio jurídico; el Derecho Penal trata de la actividad normativa que establece los delitos, las penas y las medidas de seguridad aplicables a los titulares de un hecho delictivo; titulares que tienen que tener culpabilidad, es decir, comprensión del fenómeno delictivo y responsabilidad penal (voluntad jurídica).

La finalidad del Derecho penal, en la actualidad, ha trascendido a prevenir y reprimir los actos lesivos de la

ley, pero como dijimos, no es su esencia, porque si quisiéramos prevenir el delito, disuadir de su comisión, no necesitaríamos de las cárceles sino de clínicas, escuelas especiales, políticas educativas respectivas, hospitales psiquiátricos, etc. Y es que si bien el índice al cual apunta el Derecho Penal es en la actualidad el de prevención, su existencia responde más bien a un hecho fundamental: la sanción, o en otros términos, la demostración de la capacidad punitiva del Estado frente a actos delictivos.

El Derecho Penal tiene su ubicación dentro del Derecho Público porque su actuación es precisamente en beneficio y salvaguarda de la sociedad (del público). Cabanellas escribe que el Derecho Penal es aquella potestad de penar, de castigar el crimen, como "infracción o conducta punible". Ahora bien, si sabemos que el Derecho proviene del latín directus, directo, y de dirigiere, enderezar o alinear; el derecho sería más bien "proceder con orden y detalle", según cierto orden y detalle. Este orden lo impone el Estado, en base a todo un mecanismo de control y organización social legitimado, por la propia voluntad de los miembros de esa sociedad, o por su simple inobservancia o indiferencia de las disposiciones del Estado. Sin embargo podemos anotar otra definición más, para aclararnos el fenómeno penal, así, se dice que el Derecho penal no es más que "un medio de control social", un instrumento, un mecanismo de control social. "Se entiende por control social las formas organizadas en que la sociedad responde a los comportamientos de las personas en sus procesos de relación social, en palabras de Hurtado: El derecho penal es un medio de

control social, y este último puede ser comprendido como un conjunto de modelos culturales y símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados (Balotario, 2001, pág. 811).

Desde otro ángulo, si nos referimos al Derecho Penal desde cierta jerarquía doctrinaria, social, podemos ubicarla dentro del Derecho Público, como fenómeno que responde y se subordina a una finalidad pública, social, y estas provienen o son determinadas por el Estado, puesto que éste último funciona en representación de la sociedad. Lo que terminaría explicando por qué el Estado es quien decide qué es delito o no es delito.

Por otro lado, el asunto se puede revisar desde la óptica del Derecho, que trabaja sobre el crimen y su punición. El Derecho no se preocupa de determinar qué es el crimen, sino de penarlo. El Derecho Penal es justamente aquel que pena, que impone una pena, por orden del Estado, que se supone actúa por orden de la voluntad de la sociedad. Luego el Derecho Penal se propone como un medio de control social.

Para nuestra investigación nos bastará saber que el Derecho Penal trabaja con el concepto de delito, que lo define y determina; que el delito se comete en el ejercicio de la libertad.

2.- EL DELITO.-

El Delito es "la acción u omisión humana típica antijurídica y culpable". Los elementos que forman y

constituyen el delito son: a) La acción u omisión humana, b) La tipicidad, c) La antijuridicidad, d) La culpabilidad.

Por la acción u omisión humana para que un hecho sea delito debe configurarse como "acto humano". Por la Tipicidad se eleva a primer plano el principio "nullum crimen sine lege"; eso significa que la ley determina el delito, lo crea, o en todo caso, lo describe; citando: "La tipicidad expresa, por consiguiente, la idea que el campo de aplicación del derecho penal no es indefinido ni continuo, sino que está formado por pequeña zonas circunscritas e independientes entre sí, constituidas únicamente, por los tipos creados expresa y precisamente por el legislador" —escribe parafraseando a Eduardo Novoa Monrea, Raúl Peña Cabrera—, quien a su vez describe a la "tipicidad como adecuación de una conducta a una figura legal". El contenido de la tipicidad es claramente entendido, más por la postura positivista del ser humano de derecho de hoy.

El Derecho Penal, específicamente, el delito considerado como una adecuación de un hecho a un tipo, no es suficiente para determinar el delito. Es necesario la antijuridicidad, esto implica entender la misma esencia del Derecho, su razón de ser, porque se ha venido confundiendo la tipicidad con la antijuridicidad.

3.- LA EMPRESA EN EL DERECHO PENAL..-

El Derecho Penal no interviene directamente con las empresas, aunque actualmente está en discusión las teorías de la punibilidad de las personas jurídicas,

donde estarían contenidas las empresas, surgiendo la disyuntiva sobre si existe o no responsabilidad penal de la persona jurídica, y si es posible aplicarle alguna sanción penal. La doctrina tropieza con varios inconvenientes para ello, primero porque se afirma que sólo las personas naturales son pasibles de cometer infracción penal, acto o conducta dolosa; la persona natural tiene voluntad, no así la persona jurídica pues su voluntad es en un supuesto: la conjunción de un conjunto de voluntades concertadas de los seres humanos, es decir, aunque la persona jurídica sea una creación jurídica y hasta diferente de los miembros que la componen, no puede actuar por sí misma como una persona natural. Así se concibe al Derecho Penal como exclusivo para ejercer y aplicar sanciones penales sólo a las personas naturales, puesto que son las únicas a quienes se puede aplicar este tipo de sanciones, como la *pena privativa de la libertad*, etc. Una persona jurídica no podría entrar en la cárcel. No obstante la teorización sobre la posibilidad de imputación, capacidad punitiva, responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue en debate. El hecho que no se haya definido la imputabilidad de la persona jurídica no significa, contrario sensu, que los agentes que intervienen en las empresas u organizaciones económicas jurídicas, como instituciones, no tengan responsabilidad, así han surgido los Delitos Económicos: "En cuanto a las responsabilidades de los gerentes y los directores de las empresas se presentan como la gran disyuntiva de la autoridad vs. libertad (...) Por eso que han surgido los delitos económicos (D. Leg. No 123 de 12/07/1981, Ley Sobre Delitos Económicos') con la finalidad de reprimir penalmente a quienes atentan dolosamente contra las

colectividades, tal las empresas" (Gómez Valdez, 2004, pág. 181).

La actividad empresarial genera una serie de fenómenos jurídicos; dentro de estos escenarios se pueden producir ilícitos penales: "Ha sido el C.P, de 1991, alineándose a los últimos años, que en los últimos tiempos ha tratado de regular la tipicidad de una serie de delitos penales contra el ordenamiento empresarial, recayendo las penas sobre las personas naturales que tienen que ver con la dirección del colectivo. Así tenemos el Art. 232 sobre el abuso del poder económico; el 238 sobre publicidad engañosa; el 239 sobre fraude en la venta de bienes y prestaciones de servicios ofertados; el 240 sobre el aprovechamiento indebido y daño en la representación comercial; el 242 sobre la omisión de información o suministro de información falsa; el 247 sobre obtención indebida de crédito; el 249 sobre la omisión de información o suministro de información falsa; el 247 sobre obtención indebida de crédito; el 249 sobre el pánico financiero; el 251 relativo al desvío fraudulento de créditos promocionales, entre otros. Pero también encontramos los Arts. 499, 348, 350 y 357 sobre delito de quiebra, delitos contra la libertad del trabajo en todas sus variables, maquinaciones para alterar el precio de las cosas" (Gómez Valdez, 2004, pág. 181). Lo que revela una evidente gama de delitos nacidos como producto de la constitución, funcionamiento y operatividad de las empresas. Actos que generan un desorden social exigible al Estado de solucionarlo, por medio de sanciones penales.

En forma específica respecto a la empresa, según nos explica Francisco Gómez Valdez: "Sobre la empresa, persona jurídica, sólo tenemos el Art, 105 del C.P. que posibilita la suspensión de las actividades, el cierre temporal y hasta definitivo del negocio por hallarse involucrado en asuntos que tienen que ver con el resquebrajamiento del ordenamiento penal, punición que debemos entenderla no tanto como una pena en sí, sino más bien como una actividad preventiva para que cese el acto que da motivos a adoptar la determinación y como escarmiento para que actos similares no se produzcan" (Gómez Valdez, 2004, pág. 181).

4.- EL DERECHO PENAL Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.-

En el contenido del Derecho Penal podremos observar si existe o no posibilidad o limitación a la libertad de empresa. Así tenemos que podemos encontrarlos en los Delitos contra la libertad, específicamente en la violación de la libertad personal, violación de la libertad de reunión, violación de la libertad de trabajo; así como en los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas, o en los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios, como los atentados contra el sistema crediticio, la usura, el libramiento indebido, los delitos contra los derechos intelectuales, delitos contra la propiedad industrial. También en los delitos contra el orden económico, como el abuso del poder económico, el acaparamiento, la especulación, la adulteración, la venta ilícita de mercaderías, el ejercicio ilegal de actividades de los agentes de intermediación. Además, en los delitos contra el orden financiero y monetario como los delitos financieros, los delitos monetarios. Por último, en los delitos tributarios, como el contrabando,

la defraudación fiscal, la defraudación de rentas de aduanas, la defraudación tributaria, la elaboración de comercio clandestino de productos.

CAPÍTULO VII: DERECHO EMPRESARIAL Y DERECHO LABORAL

Nociones generales.-

La libertad de empresa requiere para que sea efectiva que el empresario pueda tener relaciones jurídicas con los trabajadores acorde a ley, esto es, que no vulneren otros derechos constitucionales, pero que a la vez tampoco vulnere los derechos de los empresarios, o su posibilidad de ejercitar el derecho a la libertad de empresa.

Es dominio teórico que el Derecho Laboral es eminentemente proteccionista del trabajador y que la regla común es que al trabajador se le debe proteger del poder del empresario; pero es también necesario entender que el Estado no puede sólo proteger a una de las partes, porque si le impone deberes al empleador, sin tomarlo en cuenta, sin tomar en consideración sus derechos y prioridades, también estaría creando una

desigualdad, y por lo tanto contraviniendo el principio constitucional que establece que las personas son iguales ante la ley. Cabe por ello hacer una revisión breve del contenido interno del Derecho laboral, y establecer, luego de ello, si existe la debida garantía al derecho a la libertad de empresa, o por si el contrario, el Derecho Laboral atenta contra esta libertad de empresa, o en todo caso, la limita.

1.- DERECHO LABORAL.-

Nuestra vida, su perpetuidad, siempre ha requerido de los medios que satisfagan nuestras necesidades primarias de existencia, como la alimentación, salud, vestido, etc. Y estos medios no pueden ser obtenidos con la simple existencia, sino a través de cierta actividad productiva. A esta actividad productiva se le ha denominado trabajo. Así, —en términos religiosos— tenemos que ganarnos el pan con el sudor de nuestra frente. Nuestros alimentos, salud, vestido, etc., no nos llegan ya de actos de recolección y caza —como en las épocas antiguas—, sino de una actividad productiva. A esta actividad productividad se le ha llamado trabajo —como dijimos—, pero el trabajo no puede ser definido simplemente como actividad productiva, porque, por ejemplo en aquella concepción podría erróneamente considerarse trabajo pintar un cuadro, lavar ropa, hacer gimnasia, etc.; pero estas actividades no son necesariamente actividad productiva, sí la aplicación de la energía para la consecución de un fin (un cuadro de pintura, ropa limpia o un cuerpo atlético). En el Derecho Laboral nos estamos refiriendo a cierto tipo de actividad productiva, caracterizado por contener ciertos

elementos básicos y fundamentales que le dan carácter laboral, es decir susceptibles de derechos y deberes.

2.- EL CONCEPTO DE TRABAJO.-

"(…) el trabajo significa un gasto de energía, y, por así decirlo, no es otra cosa que energía en acción. Una forma de definir el trabajo es decir que implica el vencimiento de una resistencia a cierta distancia en particular. Se vence la resistencia ejerciendo una fuerza." (Asimov, 1986, pág. 15).

El trabajo es una actividad económica, es decir de producción de riqueza. Riqueza que permita la subsistencia. Una actividad existencial. Con Herbert Marcuse podemos entender por «trabajo» solamente la actividad económica, la praxis en las dimensiones económicas (Marcuse, 1970, pág. 9). El trabajo es una actividad económica, es decir de producción de riqueza. Riqueza que permita la subsistencia; por lo tanto es una actividad existencial. Si es una actividad económica se trata de una actividad que se funda sobre la base de la administración, gestión y primeramente consecución o búsqueda de recursos o bienes necesarios para la satisfacción de nuestras necesidades particulares. Es una actividad o práctica de las dimensiones económicas de nuestra existencia. Al referirnos a la economía –con Carnelutti- estamos diciendo que es la búsqueda de la satisfacción de nuestras necesidades. El concepto de trabajo como "actividad económica", sin embargo, no hace la diferencia "entre trabajo directivo y trabajo dirigido; o entre libre y esclavo, o la clase de trabajo en las diversas ramas de producción (Marcuse, 1970, pág. 9).

Citando a Nowack, Marcuse parafrasea: "En tres grandes grupos de problemas interviene el concepto de trabajo en la economía nacional: la doctrina del valor y del precio, la doctrina de los factores de producción y la doctrina de los costes" (Marcuse, 1970, pág. 10); así, "...se considera trabajo en sentido primario y original solamente a la actividad económica, mientras, por ejemplo, el hacer político, o artístico, científico, sacerdotal, solamente en sentido figurado y con una cierta inseguridad son considerados como trabajo; en todo caso, ha situado a estas actividades en un plano fundamentalmente opuesto a la actividad económica" (Marcuse, 1970, pág. 10). El concepto de trabajo como actividad económica, "Podría ser que este limitarse, por parte de la teoría económica, al trabajo económico, ya este presuponiendo un concepto de trabajo muy determinado; que con ello se esté ya definiendo una determinada manera de hacer economía (Marcuse, 1970, p. 11). Por lo tanto es "...el nexo que hay entre Filosofía y Economía nacional" (Marcuse, 1970, p. 12).

Asimismo, "La moderna 'ciencia laboral intenta valorar el problema del trabajo en toda su extensión. Pero lo intenta (en todas las ocasiones en las cuales avanza más allá de las dimensiones económico—técnicas), sobre bases biológico—naturales; el problema del trabajo, más allá de las dimensiones económico—técnicas, sería esencialmente psicológico. Pero la psicología (y especialmente si está fundada en las ciencias biológico—naturales) no puede dar razón de este problema del trabajo, porque (como intentarán aclarar los razonamientos que siguen) el trabajo es un concepto

ontológico, es decir, un concepto que aprehende el ser de la realidad humana misma" (Marcuse, 1970, p. 12).

EL DERECHO LABORAL.-

"El gran mérito de Bucher es haber señalado con todo rigor que el trabajo no procede en modo alguno exclusivamente, ni siquiera primariamente, de motivos "económicos ", que no se sitúa originariamente en el área de la Economía". (Marcuse, 1970, p. 20).

El Derecho Laboral cumple una función trascendental en el funcionamiento de una sociedad civilizada y desarrollada, porque, al parecer es aquella que intenta darle un tono de sensibilidad, a las acciones laborales, a la relación fría entre el empleador y el trabajador. El Derecho laboral extrapola y parece contrapuesto a un Derecho empresarial, en donde las partes de la relación: trabajador y empleador parecen distanciados, opuestos y hasta enfrentados en la relación laboral. Sin embargo, ambos se necesitan, necesitan de esta relación para lograr sus propios fines. El trabajo existe sólo como un mecanismo de auto sostenimiento. El fin de la actividad laboral, por lo tanto, no es económico, sino existencial. No se trabaja para adquirir riqueza (la riqueza es sólo un medio), sino para poder subsistir, para cubrir las necesidades de auto sostenimiento. Por eso cuando Marcuse, citando a Bucher, explica que su gran mérito es haber establecido que "el trabajo no procede en modo alguno exclusivamente, ni siquiera primariamente, de motivos económicos", y que el fundamento del trabajo no se encuentra en la economía, descubre y releva un fenómeno trascendental, que dirige el sentido y

significado del trabajo en otra esfera de especulación: el fin último del trabajo. ¿Cuál es este fin último?: la vida.

Marcuse escribe que el hacer laborante se caracteriza por tres momentos esenciales: "por su duración, por su constancia y por su carácter de carga" (Marcuse, 1970, p. 20). El primero, la duración, significa un estar siempre en un constante trabajar, estar en el trabajo, como una actividad permanente. Por la constancia o permanencia en el trabajo, se entiende que debe "resultar algo" del trabajo, que perdure más allá del proceso de trabajo singular. Por lo que aquello que es el resultado del trabajo entra a pertenecer al mundo del que trabaja. Y por el carácter de carga, se entiende que no son las condiciones en la ejecución del trabajo, o sobre su condicionamiento técnico—social, o sobre la resistencia del material, etc. (Marcuse, 1970, p. 19). Lo que significa "el carácter de carga del trabajo" es que este trabajo siempre es para algo que está fuera del propio trabajador, es para otros, o que esta fuera del propio ser (Marcuse, 1970, p. 23).

Por otro lado, "El trabajo, en el sentido de la ciencia económica, esta 'caracterizado por su finalidad..., procurar medios para la satisfacción de necesidades" (Marcuse, 1970, p. 23). Sin embargo hay que aclarar, por ejemplo, que "Ya al comienzo de su libro Arbeit und Rhythmus, K. Bucher denuncia el hecho de que, hasta ahora, nunca se ha considerado el trabajo mas que como "categoría económica absoluta", mientras todas aquellas actividades que llevan en sí mismas su propio fin, se estima que no han de considerarse trabajo (Marcuse, 1970, p. 27).

El trabajo así es una actividad económica, es decir de producción de riqueza. Riqueza que permita la subsistencia. Por lo tanto es una actividad existencial.

Asimismo se puede citar a Neves Mujica: "El Derecho de Trabajo no regula toda forma de prestación de servicios, sino una manera muy particular de brindarla. El tipo de trabajo al cual el Derecho Laboral le otorga su protección, es aquél desempeñado por el ser humano con una finalidad productiva, por cuenta ajena, libre y subordinado." (Neves Mujica, Introducción al Derecho del Trabajo)

El concepto de Derecho Laboral, según Javier Neves Mujica: "El derecho del trabajo constituye el conjunto de normas jurídicas, dirigidas a regular las relaciones del trabajo entre el empleador y el trabajador. En sí el derecho de trabajo regula la relación jurídica entre empresarios y trabajadores y otros con el Estado en lo referente al trabajo subordinado." (Neves Mujica, Introducción al Derecho del Trabajo)

En principio el Derecho del Trabajo, según la doctrina aparece como un desprendimiento del Derecho Civil, enmarcándose dentro de las formas de organización de la producción y del trabajo. El Derecho laboral se ha constituido sobre la existencia de un tipo de relación intersubjetiva (entre personas) específica, y en la cual ha surgido el concepto de autonomía privada de la libertad, por la cual el Derecho crea una ficción jurídica que impone a las personas como iguales y libres ante el Derecho, y limitadas sólo por sus intereses cuando

concurren al mercado. A esta libertad se le denomina autonomía privada individual; y por constitución de la misma se le atribuye al Estado el deber de garantizar que en base a la autonomía privada de la libertad los sujetos puedan celebrar contratos, y deban cumplirlos. Escribe Neves Mujica: "Todas las personas son iguales y libres ante el derecho y, por tanto, pueden concurrir al mercado y acordar sin restricciones lo que convenga a sus intereses, en virtud de la autonomía privada individual. El Estado debe garantizar que los sujetos puedan celebrar contrato y luego lo cumplan según lo pactado, pero se debe intervenir en la determinación de los derechos y obligaciones establecidos en aquel. Si hubiera alguna ley que señalara el contenido de las relaciones jurídicas, esta tendría carácter dispositivo, por lo que cualquier regulación diferente del contrato prevaleciera sobre aquella. (Neves Mujica, Introducción al Derecho de Trabajo, pág. 13).

En una relación laboral, concertada a través de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes existen elementos esenciales de los mismos. Por ejemplo, el trabajador ofrece al empleador, a través del contrato, su fuerza de trabajo, su energía, en contraprestación, o a cambio de una remuneración.

El problema surge, sin embargo, por la diferencia de posiciones entre trabajador y empleador, puesto que el número de buscadores de trabajo es mucho mayor que el número de empleadores, siendo esta una diferencia sustancial a la hora de equilibrar las condiciones del contrato de trabajo, resultando, en la realidad, un desequilibrio en las fuerzas que, por la autonomía de la

voluntad, entran en relación jurídica. Ante esta diferencia de fuerzas es generalmente el empleador quien plantea y define las condiciones en las cuales se celebra el contrato, por lo que tiene que intervenir en pos de lograr un equilibrio entre el empleador y el trabajador, frente a la evidente desigualdad. Neves Mujica escribe: "El trabajador solo dispone de su energía, que debe ofrecer a quien la emplee, que será un empresario, a cambio de una retribución; pero como la necesidad de obtener un puesto es mucho mayor que las probabilidades de encontrarlo, la voluntad única del empleador establece los derechos y obligaciones entre las partes" (Neves Mujica, Introducción al Derecho de Trabajo, pág. 5).

Por otro lado, gracias a la independencia el mercado regula las relaciones laborales. "Se proclama que todas las personas son iguales y libres ante el derecho y, por tanto, pueden concurrir al mercado y acordar sin restricciones lo que convenga a sus intereses, en virtud de la autonomía privada individual. El Estado debe garantizar que los sujetos puedan celebrar el contrato y luego lo cumplan según lo pactado, pero no debe intervenir en la determinación de los derechos y obligaciones establecidos en aquél. (Neves Mujica, Introducción al Derecho de Trabajo, pág. 13).

"La aplicación de este esquema en el campo de las relaciones laborales, más aún con la rigidez propia del liberalismo entonces en auge, mostró que los valores consagrados por el Derecho Civil no se verificaban en la realidad: el trabajador sólo dispone de su energía, que debe ofrecer a quien la emplee, que será un empresario,

a cambio de una retribución; pero como la necesidad de obtener un puesto es mucho mayor que las probabilidades de encontrarlo, la voluntad única del empleador establece los derechos y obligaciones entre las partes. Esto condujo a un régimen de sobre—explotación de la mano de obra…" (Neves Mujica, Introducción al Derecho de Trabajo, pág. 14). El Estado cambia sus funciones y atribuciones cuando cambia su contenido y conformación. No el soberano es el fin último del Estado, sino la sociedad, y por eso este nuevo Estado moderno interviene a favor de la sociedad mayoritaria (los trabajadores).

3.- DERECHO LABORAL Y LIBERTAD DE EMPRESA.-

Cabe preguntarse cómo se puede ejercer la libertad de empresa cuando el empresario se ve sujeto a tantas normas que lo obligan a cargarse de responsabilidades, para con el trabajador, o para con el Estado. Con el trabajador el hecho de pagarle su vacaciones, o cuando fenece el contrato, su compensación por tiempo de servicios (CTS), su seguro, etc., que suponen una suma en los costos del empresario.

El Derecho laboral regula las relaciones producidas entre el empresario y trabajador, y en el que interviene el Estado para garantizar cualquier desequilibrio o desigualdad en esta relación. Pero esta regulación debe hacerse respetando la libertad, y en su nuestro caso, respetando la libertad empresarial. Nos interesa apuntalar en aquellas instituciones del Derecho Laboral que tienen que ver directamente con el ejercicio de libertad empresa, para verificar si el Derecho laboral la limita o la propende.

Así cuando decidimos el contrato de trabajo como el acuerdo voluntario entre trabajador y el empleador, estamos definiendo que el elemento, factor, decisión jurídica, que conecta esta relación es la libertad de ambas partes; pero no cualquier libertad sino aquella que tiene que ver con la libertad de empresa, es decir con la libertad para unirse a un sistema productivo, a fin de lograr un lucro.

Definido en nuestro concepto de contrato de trabajo podríamos decir si este en la normatividad vigente, o en la realidad provocan en alguna forma o circunstancia, una limitación a la libertad de empresa, y de ser así, ¿en qué casos? Podríamos concebir que el hecho de registrar el contrato de trabajo en el Ministerio de Trabajo restringe de alguna forma la libertad empresarial. Podríamos decir que estaríamos exagerando, sin embargo debemos tener en cuenta que este registro no abona nada en favor del empresario, pero si como una medida de protección del trabajador. Ahora bien, este registro genera costos para el empresario, le genera gastos en tiempo, en recursos humanos, en recursos materiales; dicho en otros términos, el registro supone usar un tiempo en ello; usar personas para que realicen esto; usar material en ello. De ser así, si bien no es un atentado directo contra la libertad de empresa, si es un fenómeno que recorta los recursos del empresario y, por consecuencia, su libertad de empresa.

Otro inconveniente, o un fenómeno de especial complejidad es el referido a los que promueven la estabilidad laboral de los trabajadores. Si bien es cierto

las empresas sujetan su existencia a su productividad, de diversos factores que no son necesariamente previsibles; no se puede asegurar en un 100% que serán empresas permanentes o estables. Por tanto ¿cómo puede propenderse a la seguridad o estabilidad laboral de los trabajadores (que es un concepto de permanencia) si la empresa no tiene por su propia naturaleza carácter de permanente? Además el Estado sanciona administrativamente, es decir económicamente a la empresa y al empresario por incumplimiento de ciertas condiciones laborales, como por ejemplo, el contrato de trabajo con período de prueba, que otra vez recarga de actividades y responsabilidades de cumplir por el empresario.

De otro lado, los derechos laborales, pueden ser utilizados por el trabajador, para ser resueltos en vía judicial, lo que también acarrearía una carga para el empresario y para el uso de su libertad empresarial.

No se está tratando de negar los sistemas de protección del trabajador en los que interviene el Estado, sino se está poniendo en relieve que estos sistemas de protección pueden provocar lesión, obstáculos, restricción, o limitaciones a la libertad de empresa. Hechos que no se ha tomado en cuenta.

CAPÍTULO VIII: EL DERECHO EMPRESARIAL Y EL DERECHO TRIBUTARIO

GENERALIDADES.-

Siendo el Derecho Tributario aquel sistema normativo que regula las conductas jurídicas nacidas de la relación existente entre el Estado y el contribuyente, y en el entendido que nuestro problema tiene como hipótesis la inadecuada política fiscal que violenta la libertad de empresa, es necesario pues describir brevemente el contenido interno del Derecho Tributario, a fin que podamos darnos una idea de cómo el Estado interviene en la vida empresarial a través de su sistema tributario y, por lo tanto, en la libertad de empresa.

Cabe también resaltar que con el sistema de recaudación fiscal impuesta por el Estado se interviene en cierta medida en la parte más susceptible de toda entidad empresarial: su riqueza, rentas, ganancias, lucro. Por eso el Derecho tributario intenta establecer un equilibrio entre el sistema de recaudación Estatal y los contribuyentes. Nos preguntamos entonces si este

sistema de recaudación tributaria atenta contra la libertad empresa, si por otro lado promueve la creación de empresas, o si se convierte en el mayor obstáculo para que el empresario ejercite su libertad empresarial. Desarrollamos más ampliamente el tema en el capítulo referido a la política fiscal.

XII.- LA EMPRESA EN EL DERECHO TRIBUTARIO.-

La Empresa como generador de riqueza, de rentas, es también sujeto de imposición tributaria. La referencia a porqué es así, en nuestro entender, está aún muy confusa, pero igual existen, pues dentro de la concepción del Derecho Tributario se regulan las actividades de las personas, naturales o jurídicas que realizan una actividad susceptible, por ley, de imposición tributaria. Es así que tenemos al Código Tributario, que integra las normas impositivas, y que deja entrever la alta incidencia de la mano no invisible del Estado para fiscalizar la actividad productiva en nuestra sociedad, como un mecanismo que genera los recursos (a través de la recaudación) necesarios para definir el poderío del Estado y su capacidad monopólica. Así escribe Francisco Gómez Valdez, en su libro "La Empresa y el Empleador": "Entre nosotros existe un Código Tributario (C.T.), aprobado por D. Leg. No. 816 y refundido en el TUO—DEL C.T., aprobado por el D.S. No 135—99 EF, llamados a normar para los fines tributarios, el quehacer comercial, el de la sociedad en todas sus variables y el de las empresas en tanto titulares de obligaciones tributarias a favor del Estado (deudor tributario)" (Gómez Valdez, 2004, pág. 181).

Está también dentro de la regulación tributaria, una más específica que es la SUNAT, institución encargada de recaudar los tributos, y también resolver los contenciosos. Con esto se ha monopolizado la función recaudadora del Estado, en el nivel central y jerárquico, puesto que nuestro Estado depende mayoritariamente, y hasta se podría suponer su totalidad, de la actividad recaudadora de tributos, puesto que la capacidad Empresarial del Estado es decir, de generar productividad en bienes y servicios, ha sido realmente ineficaz, por la imposibilidad de generar un sistema productivo en el cual las personas, empleados del Estado, generen rentas de forma autosostenible derivándose más bien todo el sistema estatal a la función recaudadora que resultando ser la más eficiente, genera una dependencia social, y hasta una incapacidad de generación de riqueza preocupante. Al respecto Francisco Gómez Valdez, a quien hemos tomado como referencia, para el presente análisis, escribe:

"Adicionalmente, existe la SUNAT (D.Leg. No. 673 de 23.09.1991), órgano rector encargado de la administración tributaria (función recaudadora de tributos y de resolver los contenciosos presentados en su instancia); pero también se le ha dotado de atribuciones para normar, reglamentariamente, los asuntos tributarios de manera tal que pueda adecuarlos a un radio de acción concreto a través de directivas y memorándums que son publicadas en el D.O. 'El Peruano'. Por L. No 27056 de 30/01/ 1999 (PRIMERA DRyD) se han agregado a sus funciones las cobranzas, incluyendo las coactivas, del área previsional, y

recientemente, por el D.Leg. No. 951 del 03/02/2004 se ha anexado a sus amplias fronteras, las funciones de ADUANAS. De esta manera, se ha centralizado dentro de este organismo público todo cuanto concierne a la tributación de las personas naturales y jurídicas. En fin, existe un Tribunal Fiscal y de Aduanas (Arts. 53,1 y 98 y ss. del C.T. V., D. de U. No. 034—95 de 31/05/1995) llamado a versar sobre los asuntos tributarios que en las instancias inferiores hubieren merecido cuestionamiento de parte de los deudores tributarios." (Gómez Valdez, 2004, pág. 182).

Continúa diciendo "Las leyes tributarias se dirigen a que la base imponible del impuesto a la renta de los contribuyentes sea escrupulosamente pagada, y se ha dotado a la SUNAT de los mecanismos coercitivos para el logro de este propósito, siendo frecuente los creces de información, las acotaciones, multas, medidas cautelares prevista o definitivas (Art. 56 y ss. del C.T.), cierres de establecimientos, etc., para hacer sentir su infinita presencia, siendo tres las responsabilidades que tienen los agentes tributarios para con el Fisco:

- La administración tributaria se encarga del acopio directo de recursos fiscales, que tienen para el efecto normas propias creadas para ese fin y en la que las empresas juegan un rol protagónico por el caudal impositivo existente en sus predios. Es el caso del pago del impuesto al patrimonio empresarial, a la renta, el impuesto general a las ventas o el selectivo al consumo, el del valor del patrimonio predial: Ds. Legs. Nos. 771, 774, 775 y 776 del 31/12/1993.

• La administración tributaria también ha dispuesto que determinadas personas naturales o jurídicas actúen como agentes de retención tributaria debido a su posición dominante dentro de las relaciones que éstas advierten en lo cotidiano, convirtiéndose por este hecho en agente responsable de la retención tributaria encomendada (Arts. 9 y 10 del C.T.). Es el caso específico de las empresas con trabajadores dependientes a su cargo, para quienes se les ha dotado de facultades coercitivas para la retención de la renta de quinta categoría de su personal: D.Leg. No. 774, de la retención de las cargas sociales y previsionales: D.L. No. 22482 de 27/03/1979, retención que por su naturaleza deberá ser entregada a la SUNAT dentro de los 12 primeros días hábiles del mes siguiente (Arts. 29,b del C.T.) en que se produjo la retención.

• Desde luego que el agente determinado a pagar tributos de parte de la empresa si no lo hace del modo correcto o es omiso a su obligación, muchas serán las responsabilidades a que tendrá que responder, dependiendo si ha actuado dolosamente (lleva doble contabilidad o tiene la condición de no habido o culposa o negligentemente, si ha habido abuso de facultades en su actuar; en fin, si ha existido de por medio abuso. Más preocupante aún, para los asuntos fiscales es frecuente hallar la solidaridad del pago de la obligación tributaria entre los representantes o colegiados de la empresa y ésta, puesto que entre

ambos existen relaciones intrínsecas mucho más amplias que las que pudieran existir aun dentro de un contrato: se habla de una relación orgánica entre la sociedad y sus representantes. Esta responsabilidad solidaria la tienen los directores y/o representantes legales de las empresas concernidas ante la sociedad, los accionistas y terceros cuando hacen daño con su actuar, y el límite de ésta no serán los aportes de capital que ellos pudieran tener en aquella, sino que va mucho más allá, puesto que se dirige a satisfacer el fraude tributario con el patrimonio personal — incluso familiar— del faltoso, en forma ilimitada (Art. 177 de la LGS), a menos que demuestren que han salvado con su voto la situación fraudulenta creada. De esta manera, la tesis del límite del aporte hecho por el accionista dentro de la empresa queda superada por el criterio de que se puede deber a cualquiera; menos al Estado, sobre todo, si se trata de adeudos surgidos obrando el deudor tributario con ventaja o por negligencia inexcusable no pudiendo tener en este último caso ninguna indulgencia a su favor, puesto que estas denominaciones recaen siempre en personas harto diligentes, tal los gerentes o administradores de las empresas (Art. 171 de la LGS). En cierta forma se trata de sancionar a los delincuentes de cuello blanco" (Gómez Valdez, 2004, pág. 181).

CAPÌTULO IX: LA EMPRESA EN EL DERECHO COMERCIAL

---------- ---------- ----------

El Derecho Comercial, sistema normativo que regula un área de la vida humana, de la actividad o conducta del ser humano, tiene como objeto de conocimiento el acto comercial, aquel acto o conducta, que siendo también civil, se convierte luego en comercial. El Derecho Comercial regula pues este tipo de relaciones intersubjetivas, aquellas que tienen un matiz comercial, por la finalidad de la conducta, actividad comercial. Esta actividad comercial se engrana dentro de lo que denominamos: *Derecho Empresarial*, puesto que según nuestra hipótesis, el Derecho Empresarial sería el género y el acto de comercio seria la especie. Por la sencilla razón que el Derecho Empresarial engloba toda la actividad productiva, generadora de bienes y servicios; y la actividad comercial está subsumida dentro de estas categorías jurídicas.

Nada está por encima de una relación interpersonal, entre personas. El mundo no se mueve por ansias de poder, sino por necesidad de comunicación con las otras personas. Lo único que llena el vacío existencial es la relación interpersonal con aquella persona que uno desea comunicarse. Por eso la Empresa puede responder a un fenómeno o finalidad lucrativa, pero lo realmente resaltante, es sólo la necesidad de interrelacionarse con los demás; por la naturaleza socializante del ser humano.

Según parece enunciar Francisco Gómez Valdez, la empresa no estuvo en los Códigos de Comercio de 1853 y de 1902, no al menos a la empresa como una organización jurídica. Lo que si existía, dice el referido autor, es que se "limitaron a el diseño de una estructura jurídica que albergara a los comerciantes, como personas naturales, puesto que las existentes dos normatividades comerciales conceptualizaban a la empresa en tanto 'actividad del empresario' o del comerciante'" (Gómez Valdez, 2004, pág. 180). Siendo la empresa mucho más que ello, porque significa la conjunción de todos los elementos necesarios en el sistema de producción como el empresario, el trabajador, que aportan capital y fuerza laboral, los mismos sirven para producir bienes o servicios. Por lo que la empresa no sólo puede contener normatividad que rija la actividad del empresario y del comerciante. El Código de Comercio no regula la actividad empresarial, sino la del comerciante, porque su eje central no es la producción de bienes y servicios, sino la actividad de comercio, los actos comerciales realizados por los comerciantes; por eso Francisco Gómez Valdez

escribiría, explicando este fenómeno, que en el Código Comercial anterior lo importante es la "acción o actividad empresarial", y no evidentemente la "compleja organización empresarial", que en la actualidad ha sufrido una fuerte acentuación, por el fenómeno de "acumulación de capitales y la globalización de la economía" (Gómez Valdez, 2004, pág. 180).

Por otro lado, el Código de Comercio concibió también diversos contratos comerciales, que evidentemente pudieron ser utilizados por las empresas. Contratos comerciales que fueron, en un gran porcentaje absorbidos por el Articulo 212 del Código Civil (Gómez Valdez, 2004, pág. 180).

Curiosamente el Código de Comercio que debiera contener a la empresa, dentro de sus instituciones y conceptos jurídicos, es muy poco, o casi nulo el tratamiento de la empresa, según explicaba Francisco Gómez Valdez, cuando escribe: "A pesar de la evolución de la concepción jurídica tenida de la empresa en otras disciplinas jurídicas, incluyendo a la constitucional, la comercial ha mantenido su porfiada lenidad, tanto así que es poco o nulo el aporte directo que la normativa en cuestión presenta para las empresas de hoy, por eso, el empresario contemporáneo busca leyes alternativas para regir sus actividades comerciales." (Gómez Valdez, 2004, pág. 180) .

CAPÌTULO X: LA EMPRESA EN EL DERECHO SOCIETARIO

La regulación de la Empresa está mejor definida en la Ley General de Sociedades, que es la norma donde se encuentran regulados la mayor parte de las empresas existentes, salvo aquellas que al no ser formales, o no tener un carácter lucrativo, se encuentran fuera. Sin embargo la legislación peruana ha querido armonizar y encajonar las empresas dentro de esta Ley General Sociedades, insertando allí a los tipos sociales, como las sociedades anónimas, abiertas o cerradas, así como también las sociedades comerciales, las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, las sociedades colectivas, las sociedades en comandita, las sociedades irregulares. Todas estas conforman en cúmulo de lo que legislativamente son en esencia las empresas. Lo anecdótico es que no se llaman empresas, sino Sociedades, tal vez por su constitución social, o por la forma en que se desarrollan asociativamente. Sin embargo, no puede escapar como interrogante que esta Ley es insuficiente por no englobar todo el sistema

empresarial existente, y olvidar que la empresa debe conciliar específicamente con la realidad, más incluso que con el intento teórico de regulación positivista.

No obstante lo anteriormente dicho, la Ley General de Sociedades aborda a la empresa, aunque denominada sociedad, desde su constitución hasta su culminación, pasando por la estructura de su composición orgánica, funcionamiento, conformación de sus órganos, etc. La Ley General de Sociedades trata de la Empresa desde el Derecho Privado, así, "La LGS No. 26887 (vigente a partir del 01/01/1998), responde a una codificación de los estatutos en los que deberán discurrir las empresas; esto es, una nueva dinámica de entender el Derecho Privado de carácter colectivo. De esta manera se regula a través de él los contratos que los socios de la sociedad tendrán entre manos para regular la iniciación, conclusión y perfeccionamiento del contrato, su mejoramiento, sus intereses, el objeto, el gobierno de la sociedad, el resultado y reparto de pérdidas y ganancias y, desde luego, la extinción de la sociedad ya formada y constituida" (Gómez Valdez, 2004, pág. 180).

Cabe aclarar que existe cierta diferenciación entre la sociedad y la empresa, por eso Francisco Gómez Valdez explica que: "Por cierto que una cosa es la sociedad representada por el contrato suscrito por sus mentores que una vez inscrito en los registros públicos gozará de su correspondiente personería jurídica, y otra muy distinta es la empresa" (Gómez Valdez, 2004, pág. 180). La distinción está en que las sociedades constituidas son en esencia la "forma", no necesariamente el fondo, constituido por la empresa, por lo que éste último

representa más que la sociedad, la constitución formal de una organización económica.

Siendo más específicos, la Ley General de Sociedades, establece que "... los artículos del Derecho de Sociedades que entran dentro del área de la empresa son el: 71º referido a los fundadores de la sociedad cuyo affectio societatis hace posible la existencia material de la sociedad; el 171º y ss. sobre los directores de la sociedad llamados a elaborar sus líneas directrices dentro del espíritu del contrato social (y lo dispuesto por la normatividad existente, incluyéndose las responsabilidades del gerente; el 221 y ss. sobre la memoria de la sociedad y su aprobación, al término del ejercicio anual así como el de sus estados financieros; el 346 y ss. sobre la fusión de sociedades." (Gómez Valdez, 2004, pág. 180).

CAPÍTULO XI: LA EMPRESA

Nociones Generales.-

Siendo la libertad de empresa el eje de nuestro problema es de obligatorio cumplimiento revisar el contenido interno de la empresa, su concepción, sus tipos, sus efectos, etc., por lo que haremos una revisión sobre el mismo.

1.- EL ORIGEN DE LA EMPRESA EN LA INSTITUCION FAMILIA.-

Desde este ángulo, lo que ha sucedido es un fenómeno de traslación de uno de los fines de la familia a la empresa. Explicando lo anterior, citaremos a Echaiz Moreno, quien refiriéndose a la empresa escribe: "el entendimiento de los orígenes resulta imprescindible para la construcción jurídica", porque, al parecer, sin ello, sin determinar el origen de algo, se pierden los ejes centrales del funcionamiento de la empresa, puesto que se olvidan cómo y en qué consiste en sí mismo la empresa. Puesto que los orígenes nos remontan siempre a la médula del fenómeno.

Según Torres y Torres Lara, citado por Daniel Echaiz Moreno, "La Familia pierde progresivamente desde los siglos XV y XVI su función de centro de producción"; pérdida evidentemente fundamental dentro de la concepción y aptitud empresarial, porque limita a aquella "unidad básica" de la sociedad a un carácter excluyente del desarrollo social, y por ende intrínsecamente particular, restando el motor que permitía darle a la familia su razón de ser originaria. No obstante la "función productiva" olvidada por la familia, según Torres y Torres Lara, ésta se traslada a la empresa. Creemos sin embargo que esta traslación al limitarse a los grupos empresariales, ha reducido la capacidad y cultura empresarial, tan importantes para el desarrollo social, y por lo tanto es necesario propugnar que la familia recupere su función productiva primigenia. Esto demuestra el porqué es importante rebuscar en los orígenes de toda institución, porque allí podemos encontrar, tal vez, el origen que le dio vida, razón de ser; puesto que mantener extraviado en el tiempo este conocimiento (el origen) pervierte el propio existir y finalidad de cualquier institución.

Necesitamos, por lo dicho, devolverle a la familia su primigenio carácter empresarial, como "unidad básica de la sociedad", para desde allí revestirlo de un marco general productivo, devolviéndole así uno de sus elementos originales, el ser un factor empresarial, es decir convertirlo en un "eje productivo", puesto que al ser la familia una "unidad básica de la sociedad", no es sólo un dato de medida estadístico, sino un eje de producción. Por eso, pensamos que darle a la familia, a la escuela, y a todo ente o institución un tono

empresarial promoverá automáticamente el desarrollo social. Desde esta perspectiva se puede y debe construir una base jurídica, que entienda el espíritu empresarial como fundamento de nuestro desarrollo.

2.- EVOLUCIÓN DE LA EMPRESA.-

La Empresa, originalmente surge en el tráfico económico como un mecanismo para el desarrollo organizativo y estructural de las actividades comerciales, siendo luego aprehendida por los juristas para darle un tratamiento legal. Con el paso del tiempo la empresa se torna más compleja, a tal punto que sustituye al comerciante y se erige en el nuevo centro del enfoque jurídico patrimonial, surgiendo así el denominado Derecho Empresarial o Derecho de la Empresa, distinto a toda otra disciplina que pudiera parecérsele y de naturaleza multiperspectivica por su amplio contenido temático." (Echaiz Moreno, pág. 43). La Empresa (comunidad de personas) sustituye al comerciante, nace así el Derecho Empresarial.

La empresa ha nacido como un fenómeno económico, y luego se ha revestido de la formalidad jurídica, como un sistema de protección y control frente asimismo y a la sociedad. Su evolución teóricamente ha sido desarrollada por diversos autores como por ejemplo Morales Mancera, quien enuncia un grupo de cinco etapas en la historia de la evolución de la empresa. Así, en la primera etapa se consideraba a la empresa como fábrica, el Robot Man; en la segunda etapa aparece el hombre económico, balances, el economic man; en la tercera etapa, predomina el concepto del "factor humano"; en la cuarta etapa, se desarrolla el Costumer

man, el cliente, la mercadotecnia; en la quinta etapa, el Conceptual man.

Tomaremos la clasificación de la evolución de la empresa que hace Daniel Echaiz Moreno, sólo como un método a través del cual podemos interpretar el fenómeno empresarial. Así, en aquella clasificación del concepto de empresa estarían: a) la creación, b) la diferenciación, c) la unificación, d) la congregación.

2.1.- PRIMERA ETAPA: CREACIÓN.-

En la primera etapa, el de Creación del concepto de empresa, Echaiz Moreno escribe que se da cuando "una o varias personas emprenden (léase: inician) una actividad lucrativa", agregando más adelante que existen muestras de creación de la noción de empresa en las épocas ojival y feudal.

La creación como actividad productiva vs. actividad lucrativa.-

Nuestra definición del origen de la empresa, no sólo como concepto, sino como experiencia o práctica, es un poco más extensa, puesto que pensamos que en toda creación productiva, en todo acto creador ya se germinaba lo que hoy constituye una "empresa". No es exacta la afirmación de entender a la empresa como una "actividad lucrativa"; si lo es cuando se trata de "actividad productiva", porque el asunto no es necesariamente la producción y acumulación de dinero o capital. El dinero es sólo un instrumento; el capital puede ser representado hoy por dinero, por títulos valores, por acción por poder, por capacidad adquisitiva, por otros elementos diferentes al simple

dinero. El capital es sólo la representación del poder adquisitivo. La empresa sobrepasa esos niveles, puesto que tiene que ver con satisfacer nuestras necesidades económicas, productivas, etc. Desde esa perspectiva podría decirse que casi todo es empresa. Vivir es una empresa, pero *vivir* no siempre es productivo, no siempre es lucrativo, puede ser improductivo, en términos económicos. Si vivir no es necesariamente productivo, puede ser entonces todo lo contrario, no productivo, y al no generar beneficios genera inmediatamente costos mayores. Si vivir no es una actividad empresarial, es decir no es un fenómeno que reporte necesariamente ganancias, contrario sensu nos generaría costos; así vivir tiene sus costos. Este escenario puede llegar incluso al punto expuesto por Romain Rolland en la biografía que hace de Gandhi: advirtiendo que "Quien no trabaja roba"; y por consecuencia le cuesta a la sociedad.

Echaiz Moreno refiere que la empresa durante el feudalismo era la representación de lo que hoy conocemos como Estado. Este señor feudal era un incipiente empresario; y su actividad empresarial consistía en entregar al vasallo tierras para que las trabaje, recibiendo en contraprestación obligaciones como la de una retribución económica (esta era una actividad lucrativa). Sin embargo, si bien no discrepamos con esta idea, pensamos que la empresa no tiene su esencia en la actividad lucrativa, sino en la actividad productiva. La diferencia es de fin; una actividad lucrativa tiene el fin lucrativo, económico; mientras que una actividad productiva basa su esencia o fin en la producción, independientemente del efecto

lucrativo, que automáticamente produce, por su actividad empresarial.

La actividad empresarial ha sido caracterizado como "con fin lucrativo", porque se considera que una actividad de esta naturaleza, que no produzca, o genere lucro económico, no sería empresarial sino cualquier otro tipo de actividad. Por ello mismo se le ha dado a las otras instituciones, o asociaciones en las que existe la actividad productiva un fin también determinado. Sin embargo al dividir las funciones, y los fines de todas las entidades, instituciones, agrupaciones, etc., que realizan actividades productivas, por el fin que persiguen (lucrativo, como las sociedades comerciales, o altruistas como las asociaciones, fundaciones, comités), se ha olvidado aquello que las hace comunes, afines, y esto es los efectos que producen: actividad empresarial, en el sentido que crean, producen movimiento económico; y porque en la realidad, los fines de su constitución son en la mayoría de los casos 'económico'. Incluso el tipo de personas jurídicas que no tienen fin lucrativo se usan para conseguir lucro, porque resultan siendo más rentables y efectivas. Por eso, pensamos que hacer efectivo a toda agrupación que realice una actividad productiva esta ya dentro del marco empresarial, dentro de los fines empresariales. Darle el tono empresarial a todas las instituciones las hará más benéficas, más eficaces y productivas.

Empresarializacion.-
Sin embargo, nuestra legislación en materia de empresa conceptualiza a la misma dentro de la actividad lucrativa, no especifica si esta actividad lucrativa puede

estar inmersa dentro de lo complementario de la institución. No obstante esto, nos atrevemos a enunciar que toda actividad que genere o tenga una finalidad productiva, producir un bien o un servicio debe ser considerado ya como una actividad empresarial; y esto sólo con una finalidad exclusiva, la de hacer eficaz a todas las instituciones, o agrupaciones sociales. Creemos que ha llegado la hora de la empresarialización de la sociedad. Por eso la propuesta de darle incluso a la institución de la familia aquella virtud perdida, la de ser y tener una función de productividad y, dejar o variar su sentido simplemente asistencialista.

Debemos aclarar que nuestra propuesta de empresarializar a la sociedad toda, no quiere decir que se busque sólo un beneficio económico, lucrativo, sino más bien, se busca crear una aptitud y sentido productivo. Otra vez, no el lucro, ni la economía es lo que caracteriza a la empresa postmoderna, sino la capacidad de productividad en bienes y/o servicios; de volver al ser humano creativo y autogestionario.

Concluyendo, la primera etapa de la evolución de la empresa nos debería llevar a devolverle el sentido primigenio de toda unidad básica como centro de producción de bienes y/o servicios, como eje para generar creatividad, productividad y autogestión.

2.2.- SEGUNDA ETAPA: DIFERENCIACIÓN.-

Titularidad, patrimonio y medios de producción.-

La segunda etapa de la evolución de la empresa, según Echaiz Moreno, es “La Diferenciación”, en la cual se dan

aspectos sustanciales: la titularidad y el patrimonio. Esto consiste en "reunión de grandes capitales" y "adquisición de maquinaria" conformándose el "fondo de comercio". El fenómeno consiste en que existe un "conjunto de bienes puestos en movimiento por un grupo de personas: unos son propietarios y otros asalariados". Pudiéndose observar dos factores concluyentes; en la cual la perspectiva es considerar a la propiedad como el factor que determina un estatus social, económico y hasta empresarial; puesto que se entiende que quien posee la propiedad posee el poder. Sólo el que tenía la propiedad, la titularidad de los bienes podía ejercitar actividad empresarial. Los demás sólo podían tener su mano de obra, su fuerza productiva, pero ésta no estaba considerada como suficiente.

Las anteriores razones producen el gran debate, desde Marx, por la titularidad de la propiedad de los medios de producción. Sin embargo, actualmente se sabe que no es la propiedad de los medios de producción sino la capacidad para hacer circular el capital, la capacidad gerencial, administrativa, lo que representa el verdadero fenómeno del poder y estatus empresarial. Lo esencial de esta etapa es que se definen de forma clara los elementos que componen la empresa, a aquellos que cuentan con el capital, y a aquellos que cuentan con tan sólo su fuerza de trabajo, lo que produce la diferenciación.

Esta etapa puede hacernos observar otros elementos en el tipo de organización de una empresa, como el tipo de rol, función o actividad que le corresponde a cada área

diferenciada del fenómeno productivo, así, al capitalista le tocaría dirigir, invertir, gerenciar, administrar, y alrededor de todas estas categorías, se adjudicarían a ciertos derechos, como los de propietario, por ejemplo, o las de decidir la creación, su permanencia, destino, o final de la empresa; que son facultades o derechos definitorios, realmente trascendentales por los efectos que surgen de la voluntad del diferenciado empleador, capitalista, dueño; efectos que pueden alterar no sólo el orden interno de la empresa, sino el orden externo, es decir, a la propia sociedad.

Por otro lado, la diferenciación centrará en el "aporte" de la mano de obra, su fuerza laboral. La diferenciación nos enrostra otro aspecto, la empresa está conformada o diferenciada por el tipo de aporte que se hace; así, no la persona, su estatus social, sino el aporte: "económico", de "capital", o laboral como "fuerza de trabajo" o "mano de obra"; y por supuesto se comienza a generar también otro tipo de derechos respecto de este grupo, de "obreros", hoy denominados "empleados". Lo que va a permitir un mejor enfoque del fenómeno empresarial.

2.3.-TERCERA ETAPA: UNIFICACIÓN.-

En la tercera etapa, Daniel Echaiz Moreno propone a la Unificación; momento en que el patrimonio de la persona jurídica es planteado de otra manera, no en forma aislada, como, por ejemplo, máquinas, locales, dinero, materia prima, sino como un conjunto, en donde ingresaban también, por ejemplo, las marcas, acciones, patentes, derechos, tecnologías, canales de distribución, etc. Daniel Echaiz Moreno piensa que esta etapa es la

conciencia de todos estos elementos o patrimonio de la persona jurídica, asumidas como conjunto, y como el "resultado total"; a esta conjunción se le llama "empresa", conjunción de todos los elementos referidos con la actividad desarrollada.

Empieza un concepto más propio, que toma a "la empresa como el conjunto de elementos organizados", unificando todos sus elementos. Echaiz citando a María Isabel Tejada Álvarez cree que la empresa se pone en funcionamiento cuando el empresario reúne todos estos elementos ("Una vez que la persona ha logrado reunir y organizar todos los elementos necesarios para poder desarrollar la actividad que tiene en mente"). A nuestro parecer la actividad empresarial no empieza de esa manera. El empresario tiene en principio una primera idea, la del negocio a realizar, y luego embarcado en el proceso o actividad empresarial, ubica y consigue los elementos necesarios. Los Micro empresarios adoptan esa medida porque tener los recursos necesarios es siempre una gran ilusión, pero no una realidad, en un gran porcentaje. Sin embargo, Echaiz hace bien en concebir a la empresa como un conjunto de elementos organizados. A este conjunto, a este proceso, a este hecho o fenómeno le llama "unificación".

La empresa, más tarde podría definirse como la conjunción o unificación de diversos elementos productivos organizados.

La Unificación supuso que ninguna empresa podrá funcionar y/o incluso existir si los elementos que la

integraban (diferenciados o no) no se "unificaban", no actuaban como un "conjunto o sistema unitario". La Unificación implica que una empresa solo es tal si reúne a todos sus elementos. La empresa pues debe ser tomada como un todo, como un cuerpo orgánico, como una persona jurídica, con derechos y deberes distintos a las personas o miembros que la conforman; los miembros de la empresa que se unen, unifican en la empresa nuevos derechos, nuevos deberes, que sólo se producen por esta conjunción, por esta "unificación", como objeto o sujeto de derechos y deberes.

2.4.- CUARTA ETAPA: CONGREGACION.-

La cuarta etapa de La Congregación, "Las empresas de nuestros días clarifica perfectamente el asunto: estamos ante una comunidad de intereses, donde conviven inversionistas (mayoritarios y minoritarios), trabajadores, consumidores y usuarios, acreedores, tecnócratas y el Estado. La tarea que atañe al Derecho es hacer que la susodicha convivencia sea lo más armónica posible, en aras del adecuado crecimiento de la empresa" (Echaiz Moreno).

La etapa de la Congregación indica cuáles son los sujetos que intervienen en todo proceso empresarial a una comunidad de intereses. Los siguientes sujetos son los que conforman este proceso: 1) Inversionistas; 2) Trabajadores; 3) Consumidores y usuarios; 4) Acreedores; 5) Tecnócratas; 6) El Estado.

Todos estos interponen sus derechos en base a sus intereses. Todos se ubican de acuerdo a la actividad o función que realizan con respecto a la actividad

empresarial. Sujetos que necesitan ser regulados jurídicamente, para que ninguno de ellos abuse de su posición en el escenario de la actividad empresarial. Aquí el Derecho juega un papel muy importante, porque promueve el "equilibrio" necesario, y resuelve o define cualquier tipo de conflicto de interés surgido de estas interrelaciones. Si bien la actividad empresarial es antes un hecho económico que jurídico, ninguna actividad empresarial puede subsistir sin un cierto grupo de reglas al que se adecuen los sujetos (independientemente del porque lo hacen). La actividad empresarial se ve entonces conflictuada por esta diversidad de intereses determinados por el puesto de ubicación en el fenómeno empresarial (capitalistas, empleados, etc.), pero reunidos, integrados por un interés general, común, superior a su interés particular, que es la vida, eficiencia y éxito de la empresa. El punto de equilibrio esta en este interés común. Por eso cuando se atañe al interés de la institución, o de la empresa, no se está uno refiriendo a un sujeto o aporte, diferente, sino a nosotros mismos, al ser parte de la institución.

No obstante la referencia anterior, el éxito de una empresa no está necesariamente en ese equilibrio. En sociedades como la nuestra las empresas tienen éxito al reducir costos que resultan de esta interrelación de sujetos; por ejemplo, se reduce costos en el proceso productivo en cuanto al precio de la mano de obra, así mientras más barato sea, la empresa será más rentable. Asimismo se ahorra en el no pago de los tributos, derechos laborales, como compensación por tiempo de servicios (CTS), gratificaciones, vacaciones pagadas, escolaridad, asignación familiar, tributos de

importación, exportación, etc. Esto nos tendría que llevar a un análisis y cuadro de aquellos elementos que aumentan o generan costos. En esta etapa la empresa se acerca más hacia el capitalista; así el trabajador no es considerado empresario (aunque hoy existan los sistemas para integrar a los trabajadores dentro de las participaciones empresariales).

Como antelamos, hay una contradicción entre lo que el Derecho persigue (darle a cada cual lo suyo), y lo que la realidad económica impone (el interés es antes que el Derecho; el Derecho es más un freno al abuso del interés, al mal uso o perjudicial interés).

3.- EL CONCEPTO DE EMPRESA.-

En principio podemos citar el concepto clásico, que reza de la siguiente manera: "La empresa es la organización de capital y trabajo con finalidad económica".

El concepto anterior es económico, o social, pero no jurídico, porque lo que se define como empresa es la organización de unos objetos (capital) por un lado, con actividad (trabajo) por el otro lado. Siendo necesario precisar que el Derecho como disciplina social (disciplina que estudia y regula a la sociedad) trata de la regulación de las personas, de la organización de las personas, seres humanos, y no de los objetos. El Derecho no regula objetos sino seres humanos; por ello, podríamos redefinir a la empresa jurídicamente de la siguiente manera: "La empresa es aquella institución que regula las relaciones nacidas y vigentes, de la actividad producida por la conjunción, organización y administración del capital y trabajo (como factores

productivos). Dicha organización tiene como objetivo un fin lucrativo".

Las personas relacionadas en la empresa reúnen ciertas propiedades ((capital) o cualidades (trabajo) creando la empresa para hacer mayor capital. Una empresa es aquella organización de una persona o más personas que tienen como objetivo generar riqueza, lucro, economía. Empresa es una entidad, actividad, institución, persona jurídica, organización, etc. El Empresario es aquel individuo, sujeto, persona natural o ser humano.

El Derecho sólo considera los efectos de la empresa, es decir, aquellas actividades o conductas producto de la empresa. Por eso observar la empresa desde la perspectiva jurídica implica observar los efectos que se producen, las relaciones nacidas de ella, que tienen que regularse por que el Derecho monopoliza la validez de las normas,

La empresa, en una concepción general, es aquella "acción ardua y dificultosa que valerosamente se comienza"; esta acción organizada con la técnica se especializa; así la empresa deja de ser sólo una acción para ser "organización" (un conjunto de elementos sistematizados con un fin determinado), para tener una "finalidad lucrativa", elementos enlazados a los factores: capital y trabajo, formando como resultado una institución económica. La empresa es una institución económica y jurídica (porque produce y se atiene a normas) que en base a la conjunción de capital y trabajo,

se organiza para lograr ciertos fines económicos (riqueza, productividad, beneficios, etc.).

ELEMENTO HUMANO.-

Dentro de una empresa siempre hallaremos una pirámide estructural, categorías ocupaciones o profesionales donde se encuentran ubicadas las personas que intervienen en la actividad productiva. Así tenemos en primer lugar al empresario (dueño, propietario-accionista); y en otra esfera a los trabajadores o personal que trabaja por cuenta ajena.

Francisco Gómez Valdez ha creído conveniente identificar la estructura del sistema productivo, de los agentes que intervienen en el sistema productivo, y ha realizado el siguiente esquema, en base a la clasificación de los empleos y calificación de los empleados o trabajadores:

Categorías profesionales:

a) Obreros: Caracterizados por que su labor es de carácter manual. Uso de la fuerza laboral;

b) Empleados: Cuya singularidad está en la fuerza laboral utilizada que es la labor intelectual;

c) Los Técnicos: Aquellos que tienen un grado de especialización determinada;

d) Cuadros medios: Categoría determinada**;**

e) Cuadros superiores: Los profesionales acreditados por el Estado.

Cada una de estas categorías tienen sus características propias y distintas de las otras; tales como la actividad productiva que se realiza, o como el nivel de

adiestramiento o destreza del uso de la capacidad productiva; como la física, o la mental; y el grado de especialización que posee el agente productivo. Esta división consecuentemente se equipara con el tipo de costo o valor económico de cada uno. Es decir, mientras más alto es el nivel de preparación más es el valor del agente productivo.

4.- IMPORTANCIA DE LA EMPRESA.-

Resaltar la importancia de la Empresa parece fútil, porque es evidente que sin ella no podría haber sociedad libre. Sin embargo la teoría requiere de plantear la importancia de esta institución. A este nivel, el más acertado fundamento teórico jurídico es aquel que resalta la importancia de la empresa porque "enlaza al derecho con la economía", es decir, a las relaciones socialmente exigidas de regular, que nacen de la búsqueda y satisfacción de las necesidades.

Enlazar Economía y Derecho implica mantener, ubicar, organizar y ordenar las relaciones humanas nacidas de la economía, de la búsqueda de la satisfacción de las necesidades; por eso "...la empresa ha sido calificada por Dante Cracogna, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, como uno de los grandes temas del mundo actual' y como el tema (que) enlaza Economía y Derecho" (Echaiz Moreno, pág. 37). La Empresa se ha convertido en un ente, eje, núcleo de razonamiento jurídico, diferente a los concebidos (comerciante, etc.), que afectan directa o indirectamente las conductas sociales, por eso "...Torres y Torres Lara, ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, es rotundo

al decir que la empresa constituye un nuevo centro o núcleo (que) ha aparecido en el Derecho Mercantil..., ha tomado el lugar del comerciante (y) es el nuevo personaje de la actividad mercantil" (Echaiz Moreno, pág. 37). Y por tanto ha aperturado y puesto en escena nuevos conceptos y valores que reconducen las conductas sociales; así la empresa ha aperturado nuevos conceptos como "economía de libre mercado", "aldea global" "sociedad como mercado", "protección del consumidor" y "la vinculación económica". Conceptos que vienen revolucionando las formas de organización, actividad económica y jurídica.

La empresa se muestra actualmente como propulsor de la sociedad, de su actividad económica, jurídica, política, etc., con tal resonancia y fuerza como un nuevo descubrimiento a explotar; por eso, "...a mediados de 1998, Javier Arenas Bocanegra, en su calidad de Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales de España realizó el siguiente vaticinio: "El siglo XXI puede ser, y de hecho ya lo es en muchos sentidos, el siglo de la empresa, de la empresa sin desorientadoras resonancias ideológicas, en un marco global y con el mundo entero como mercado potencial (…)" (Echaiz Moreno, pág. 37) .

Las empresas van dejando de ser consideradas unos monstros capitalistas, y existe la tendencia de "(…) ya no presentar a las empresas como maquinarias ciegas de ambición y de lucro, insolidarias ante los problemas de la sociedad en su conjunto, sino (y por el contrario) como comunidades de intereses, donde éstos si bien son diferentes, convergen en un punto: la empresa." (Echaiz

Moreno, pág. 38). Volteando o contradiciendo esta versión nefasta por una positiva, pues incluso "Algunos sostienen que ella puede hacer más por la prosperidad y paz de los pueblos que las sesudas deliberaciones y teóricas divagaciones de políticos y diplomáticos expertos en diseñar y vivir en un mundo artificial" (Echaiz Moreno, pág. 38). Termina siendo como dijera Javier Arenas Bocanegra: "La empresa que surge de las demandas del nuevo siglo es... una empresa sin adjetivos. Libre ya de ser considerada como el centro medular de la lucha de clases y libre también de ser conceptuada como conjunto de riqueza antisocial... Es, pues, la empresa que crea riqueza y obtiene beneficios, pero que sabe que esa riqueza y esos beneficios sustentan una realidad social y política cohesionada que la trasciende" (Echaiz Moreno, pág. 39).

CAPÍTULO XII: ORGANIZACIÓN JURÍDICA DE LAS EMPRESAS

CLASIFICACION DE LA EMPRESA.-

En principio es necesario mostrar el gráfico, o clasificación de las empresas, que tratadistas y diversos autores han confeccionado de acuerdo a diferentes tipos o enfoques desde donde apreciar a la empresa:

1.- CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DE LA EMPRESA.-

1.1. EMPRESA PRIVADA.-

a) Empresa Individual: Persona Natural
b) Empresa Societaria: Persona Jurídica

Empresas sin fines de lucro.-

1.— Asociación
2.— Fundación
3.— Comité

Empresas con fines de lucro:

1.- Sociedad Anónima:
   a.- Sociedad Anónima Abierta
   b.- Sociedad Anónima Cerrada
2.- Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada
3.- Sociedad Colectiva:
   a.- Sociedad Colectiva Simple
   b.- Sociedad Colectiva por Acciones
4.- Sociedad en Comandita
5.- Sociedad Civil
6.- Sociedad Irregular
7.- Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

1.2.— EMPRESA PÚBLICA.-

2.- ORGANIZACIÓN JURIDICA DE LAS EMPRESAS.-

2.1 Derecho Civil:

No son "empresas", pero su actividad es económica:

- Asociaciones
- Fundaciones
- Comités

2.2 Ley General de Sociedades.- Cuyo **c**ontenido es:

- Sociedad Anónima
  - Sociedad Anónima Abierta
  - Sociedad Anónima Cerrada
- Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada
- Sociedad Civil
- Sociedad Colectiva
- Sociedad en Comandita

2.3 Leyes especiales:

Tenemos:

- Micro empresas
- Mediana Empresa
- Pequeña Empresa

3.- CLASIFICACION DE LAS EMPRESAS SEGÚN LOS SECTORES PRODUCTIVOS.-

Tenemos:

3.1.— Empresas del sector primario
3.2.— Empresas del sector secundario
3.3.— Empresas del sector terciario

4.- CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS SEGÚN LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS.-

Se consideran lo siguientes:

4.1. — Empresas de producción
4.2.— Empresas comerciales
4.3.— Empresas de servicios

5.- CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS SEGÚN LA NATURALEZA JURÍDICA.-

Se clasifican en:

5.1.— Personas Naturales
5.2.— Personas Jurídicas

6 CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS SEGÚN CRITERIO CUANTITATIVO.-

Tenemos la siguiente clasificación:

6.1.— Microempresa
6.2.— Pequeña Empresa
6.3.— Mediana Empresa
6.4.— Empresas multinacionales

7.- EMPRESAS EN LA LEGISLACIÓN.-

Consideraremos los siguientes:

7.1.- Derecho Civil:

No son consideradas empresas pero realizan actividad económica:

7.1.1.— Asociaciones
7.1.2.— Fundaciones
7.1.3.— Comités

7.2.—— Ley General de Sociedades

7.2.1.— Sociedad Anónima
a) Sociedad Anónima Abierta
b) Sociedad Anónima Cerrada
7.2.2.— Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada
7.2.3.— Sociedad Civil
7.2.4.— Sociedad Colectiva
7.2.5.— Sociedad en Comandita

8.- CLASIFICACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN.-

Nuestro Ordenamiento jurídico Ley General de Sociedades, (Ley 26887) y Decreto Ley (D.L. 21621) establece las siguientes sociedades:

1.— Las Sociedades Anónimas (Art. 50 y sgtes.)
2.— Las Sociedades Colectivas (Arts. 265 y sgtes.)
3.— Las Sociedades en Comandita (Arts. 278 y ss.)
4.— La Sociedad de Responsabilidad Limitada (-Arts. 283 y sgtes.)
5.— Las Sociedades Civiles (Arts. 295 y sgtes.)
6.— La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (D.L. N°. 21621)

Las Empresas de esta naturaleza (comerciales, con fines lucrativos) han sido tratados y enmarcados dentro de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, y el DL. N° 21621. Cada una responde a una estructura singular y permite, gracias a esta composición, desarrollarse y potenciarse desde sus medios o recursos.

No existe una Ley General de la Empresa, sino diversas normas que la regulan dándoles otros títulos, como el de Sociedades, Personas Jurídicas de Derecho privado.

9.- CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES POR LA RESPONSABILIDAD.-

1.— Sociedades de Responsabilidad Limitada
2.— Sociedades de Responsabilidad ilimitada

La responsabilidad a la que nos estamos refiriendo es la que corresponde a los socios, no a la sociedad:

"La referencia a la responsabilidad alude a la que corresponde a los socios, no a la sociedad. Esta responde con todos sus bienes por las resultas de su actividad. Pero en relación a los socios, se trata de sociedades de responsabilidad limitada, la responsabilidad se limita únicamente al monto de lo que aportaron o de lo que se comprometieron a aportar. En cambio, en las sociedades de responsabilidad ilimitada, la responsabilidad de los socios se extiende a todos los bienes del socio, aun a los no aportados. La responsabilidad ilimitada es, además, solidaria. El socio responde en forma solidaria con la sociedad por las deudas de ésta." (Montoya Manfredi, 1986, pág. 160).

"Hay responsabilidad mixta en las sociedades en las que unos socios son ilimitadamente responsables y otros lo son sólo limitadamente, como ocurre con las sociedades comanditarias. Los socios colectivos responden con todos sus bienes por las resultas de los negocios sociales, mientras que los comanditarios responden sólo hasta el monto de sus aportes." (Montoya Manfredi, 1986, pág. 160).

Sociedades de Responsabilidad Limitada:

— Sociedad Anónima
— Sociedad de Responsabilidad Limitada

Sociedades de Responsabilidad Ilimitada:

— Sociedad colectiva

10.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SOCIOS.-

Entre las que encontramos:

1.— Responsabilidad Limitada del Socio:

- Sociedad Anónima
- Sociedad de Responsabilidad Limitada

2.— Responsabilidad Ilimitada del Socio:

- Sociedad colectiva

11.- CLASIFICACIÓN POR EL ELEMENTO PREDOMINANTE DE LA SOCIEDAD.-

Según Ulises Montoya Manfredi, esta clasificación no es necesariamente exacta porque en las sociedades siempre se hallan dispuestas y coexistiendo el elemento personal con el elemento material o capital, sin embargo

la clasificación es sólo atendiendo al elemento predominante, a fin de organizar nuestro sistema de visión y estudio; así tenemos:

1.— Sociedades de Personas.-

En este tipo de organización de las sociedades, el factor utilizado es el elemento "persona", es decir, una sociedad comercial se diferencia de la otra por las personas que la conforman, y este es su mayor valor agregado, su mayor eje de referencia, el factor utilizado por las demás empresas o personas para invertir en una relación con ella. La calidad de las personas que integran la sociedad es pues su mayor referente, carta de garantía, su mayor control de calidad, sistema o estándar de calidad.

Al respecto, Ulises Montoya Manfredi nos explica que: "En las sociedades de personas predomina la consideración al elemento personal. No es indiferente que sea socio de una sociedad una persona u otra. Si se trata de persona de solvencia económica o moral, este hecho influye en la vida de la sociedad. Tal ocurre en las sociedades colectivas, en vista de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios por las deudas sociales. La persona de los socios es tomada en cuenta por los acreedores para el otorgamiento de los créditos, puesto que aquellos son responsables en caso de insolvencia de la sociedad" (Montoya Manfredi, 1986, pág. 161). Todo esto está en referencia a que los acreedores necesitan saber de la garantía económica de sus deudores, y de la responsabilidad solidaria de los mismos.

2.— Sociedades de Capitales.-

Desde este enfoque las sociedades son organizadas en vista a su capital, al patrimonio social; es decir, no interesa la calidad de las personas que lo conforman, porque en muchos casos ni siquiera se conoce quienes son los propietarios. En este caso el factor dominante es el capital de la empresa, lo que lo respalda y le da el estándar de garantía y calidad requerido por el mercado. La empresa se mide, pues, por los aportes dados por los socios. La empresa es un ente de capital. Por eso, Ulises Montoya Manfredi dice: "en las sociedades de capitales, la consideración a la persona de los socios no tiene esa importancia, pues la influencia del socio en la vida de la sociedad se mide por los aportes que hubiese efectuado. A los acreedores les resulta indiferente el patrimonio de los socios, las calidades personales de éstos, puesto que en último término lo que responderá por el importe de sus créditos es únicamente el patrimonio de la sociedad" (Montoya Manfredi, 1986, pág. 161) .

12.- CLASES DE SOCIEDADES SEGÚN LA DOCTRINA.-

En la doctrina peruana tenemos a Ulises Montoya Manfredi, quien habiendo tratado sobre las sociedades comerciales, hace una clasificación de las mismas, y expresa lo siguiente: "Las sociedades pueden estar organizadas, en función de ese criterio, o con una base personal o por interés (intuitu personae) o con una base capitalista (intuitu pecuniae). Dentro de las primeras, en esta Ley se regulan las sociedades colectivas (art. 265° y ss. LGS) y civiles (art. 295° y ss. LGS); dentro de las segundas, las sociedades anónimas (art. 500 y ss. LGS) y las de responsabilidad limitada (art. 283 y ss.

LGS). Ahora bien la clasificación puede ampliarse, en cuanto a matices: por ejemplo, la sociedad anónima cerrada (art. 234° y ss. LGS) y la sociedad de responsabilidad limitada (art. 283° y ss. LGS) son sociedades de capitales, pero híbridas; tienen componentes de sociedades de personas. E igual, las comanditarias por acciones (art. 282° y ss. LGS), son sociedades de personas pero impregnadas con ingredientes de sociedades de capitales." (Montoya Manfredi, 1986, pág. 161).
Así puede clasificarse a las sociedades:

12.1.- SOCIEDADES CON BASE PERSONAL O POR INTERÉS (INTUITU PERSONAE).-

Se consideran las siguientes:

— Sociedades Colectivas (art. 265° y ss. LGS)
— Sociedades Civiles: (art. 295° y ss. LGS);

12.2.- SOCIEDADES CON UNA BASE CAPITALISTA (INTUITU PECUNIAE)

Se consideran las siguientes:

— Sociedades Anónimas (art. 500 y ss. LGS)
— Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 283 y ss. LGS).

12.3.- SOCIEDADES HIBRIDAS:

Se consideran las siguientes:

- Sociedad Anónima Cerrada (art. 234° y ss. LGS)
- Sociedad de Responsabilidad Limitada (art. 283° y ss. LGS). Son sociedades de capitales, pero hibridas; tienen componentes de sociedades de personas.
- Sociedades Comanditarias por acciones (art. 282° y ss. LGS), son sociedades de personas pero

impregnadas con ingredientes de sociedades de capitales.

13.- SOCIEDADES COMERCIALES SUJETAS A LEGISLACIÓN ESPECIAL.-

Existen además otro tipo de sociedades comerciales sujetas a legislación especial. Así tenemos:

- Bancos y Compañías de Seguros, sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Banca y Seguros.

- Sociedades titulizadoras y sociedades agentes de bolsa, supervisadas por la CONASEV.

Se debe anotar también que las cooperativas y mutuales no son sociedades mercantiles en nuestra legislación.

CAPITULO XIII: ORGANOS DE LAS EMPRESAS

Las empresas son en esencia organización. Por un lado son organización de los factores de producción, capital y trabajo. Así mismo son organización externa, para con el mercado; y por otro lado son organización interna, para con la propia empresa y su funcionamiento. Por eso es necesario determinar cuál es la organización interna y externa que tienen. Organización establecida en nuestro ordenamiento jurídico. Así tenemos:

1.- ÓRGANOS SEGÚN EL DERECHO CIVIL.-

Las asociaciones, fundaciones y comités no son considerados empresas, pero para efectos didácticos enunciamos sus órganos:

1.— Órganos de la ASOCIACIÓN:

1) La Asamblea General
2) El Consejo Directivo:
    a) Presidente
    b) Secretario
    c) Tesorero
    d) Vocales
3) La Junta de Vigilancia

2.— Órganos de la FUNDACIÓN:

1.— Junta de la Administración
- a) Presidente
- b) Secretario
- c) Tesorero
- d) vocales

3.— Órganos del COMITÉ:

1) La Asamblea General
2) El Consejo Directivo
   - a) Presidente
   - b) Secretario
   - c) Tesorero
   - d) vocales

2.- ÓRGANOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN EL DERECHO SOCIETARIO.-

2.1.- Órganos de la SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN:

1) Junta General
2) El Directorio
3) La Gerencia

2.2.- Órganos de la SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:

1) La Junta General
2) La Gerencia

2.3.- Órganos de la SOCIEDAD CIVIL ORDINARIA:

1) La Junta de socios
2) La Administración

2.4.- Órganos de la SOCIEDAD CIVIL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:

1) La Junta de socios
2) La Administración

2.5.- Órganos de la SOCIEDAD COLECTIVA:

1.— Socio— Administrador

2.6.- Órganos de la SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE:

1.— Socios— Administradores

2.7.- Órganos de la SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES:

1.— Socios Colectivos—Administradores

2.8.- Órganos de la EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:

1) El Titular
2) El Gerente

3.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Los órganos de la sociedad anónima son:

1.— **La Junta General de Accionistas**: Máxima instancia. Conformada por todos los socios.

2.— **El Directorio**: El que se encarga de la gestión social". Conformado por lo menos tres miembros, que deberán ser personas naturales.

3.— **La Gerencia**: La que estará encargada de la *ejecución* y gestión.

4.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.-

Los órganos de la sociedad comercial de responsabilidad limitada son los siguientes:

1.— La Gerencia:
Encargada de la administración de la sociedad. La S.R.Ltda., puede tener uno o más gerentes quienes la representarán en todos los asuntos relativos a su objeto; sus obligaciones están señaladas en la ley, escribe Jesús Munive Taquia.

2.— La Junta General:
"Representa la voluntad de los socios", según refiere Jesús Munive Taquia).

5.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN LOS ESTATUTOS.-

Las empresas tienen en sus Estatutos la configuración, estructura y composición.

5.1.- SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN

Los elementos constitutivos en sus estatutos son:

1.— El Pacto Social: En la cual se inserta el acuerdo de constitución y el capital social.
2.— Denominación, Objeto, domicilio y duración
3.— Capital social y acciones:
   a) Capital social y acciones
   b) Certificados de acciones
   c) Derecho de adquisición preferente

4.— Órganos de la Sociedad:
   a) Junta General
      - Composición de la Junta General de Accionistas
      - Domicilio, convocatoria, quórum y votaciones de la Junta General
      - Mayorías Superiores
      - Celebración de la junta obligatoria anual
   b) El Directorio:
      - El Directorio
      - Elección del Directorio
      - Directores Suplentes
      - Quórum del Directorio
      - Atribuciones del Directorio
   c) La Gerencia:
      - El Gerente
      - Atribuciones del Gerente General

5.— Modificación del estatuto, aumento y reducción del capital:
   - Modificación del Estatuto
   - Aumento de Capital
   - Reducción del Capital

6.— Estados financieros y dividendos:
   - Presentación de los estados financieros
   - Reserva legal
   - Dividendos

7.— Disolución y Liquidación:

8.— Disposiciones Transitorias:
   - Designación del Gerente General
   - Constitución del Directorio

9.— Disposiciones Finales:
   - Aplicación de la Ley General de Sociedades
   - Resolución de conflictos

5.2.- SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.-

Los elementos constitutivos en sus estatutos son:

1.— Pacto Social:
   - Constitución de la Sociedad
   - Suscripción del capital
2.— Denominación, objeto, domicilio y duración.

La Sociedad Anónima tiene su fundamento esencial en que la participación de las personas que lo constituyen, que son titulares de este tipo de empresa, aportan "capital", exclusivamente. A esta reunión o suma de capitales aportado por todos los socios se le denomina "capital social", es decir, capital de la sociedad. Es en base a este aporte que la empresa puede funcionar, se organiza y administra. Esta capacidad de aportar capital a la empresa, permite y posibilita un sistema de intervención en el mercado sin necesidad de la presencia del socio. No importa tanto la presencia del socio, sino la presencia de su capital.

Sin embargo, por este aporte de capital, el socio adquiere derechos, frente a la misma empresa y no frente a los demás socios. El derecho de percibir los efectos del capital aportado. No existe, sin embargo, una relación entre la persona y la sociedad (la empresa), sino entre la persona y las otras personas que hacen efectivo el derecho.

Definir a la Sociedad Anónima como conformada por capitales significa simplemente que existe una discriminación a priori respecto de cualquier otro tipo

de aporte; así, no se admite el aporte de servicios, por eso la Sociedad Anónima es "Conocida también como sociedad por acciones, es una persona jurídica formada por un capital social. No se admite el aporte de servicios." (Calderon Sumarriva, pág. 115), porque su fuerza está en la capacidad adquisitiva que tiene, capacidad medida por el monto del capital acumulado.

La flexibilidad de este tipo de empresa consiste en que el capital está en constante dinamismo, puede ser trasferido a otro titular sin perjudicar o perturbar la actividad empresarial de la Sociedad Anónima; por ello el capital se encuentra representado en "títulos negociables" denominadas "acciones", que permiten separar la propiedad de la administración de la sociedad; así "La sociedad anónima es una sociedad de capitales, con responsabilidad limitada, en la que el capital social se encuentra representado por títulos negociables y que posee un mecanismo jurídico propio y dinámico, orientado a separar la propiedad de la administración de la sociedad." (Elías Laroza, pág. 112). Al ser constituida por patrimonios que pueden ser fácilmente identificados e insertos en las acciones, se provoca también la determinación de "responsabilidad limitada", es decir, que los socios no respondan con sus bienes de las deudas de la sociedad anónima. Lo que significa que sólo hasta el monto de las acciones (del capital suscrito) la sociedad anónima puede responder, liberando de esta manera cualquier peligro perturbatorio o intromisión en la propiedad privada de las personas que han adquirido las acciones.

Por lo tanto, toda Sociedad Anónima es simplemente aquella "clase de sociedad" que está compuesta en exclusividad por socios que se obligan sólo hasta por la concurrencia de su aporte. Por eso, las partes integrantes de la Sociedad son representadas por "acciones negociables", las mismas que son gestionadas o administradas como capital social, por mandatarios revocables, denominados "administradores", que "no responden por el pasivo social con el patrimonio personal", a excepción de aquellos casos en el que tenga "culpa que comprometa su responsabilidad" (Paul Pic).

CAPÍTULO XIV: SOCIEDAD ANÓNIMA

1.- SOCIEDAD ANONIMA.-

1.1.- ORIGEN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.-

No está muy claro el origen de este tipo de instituciones colectivas, pues aún hoy hay cierta discrepancia en la doctrina, pues se cree, por un lado, que proviene del Derecho Romano, con las denominadas "societas publicanorum". Otras posturas predican que fue más bien en la Edad Media el origen, con las "Comenda", "las Reedereri", que hacían alusión a las "empresas marítimas"; así mismo como las "Maone" en Venecia; los "Monti di Pietá" de las ciudades itálicas, o "las Compañías Holandesas de las Indias Orientales", en el siglo XVII.

1.2.- CARACTERES ESENCIALES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.- Son los siguientes:

1.— Sociedad de capitales
2.— División del capital en títulos negociables
3.— Responsabilidad limitada
4— Mecanismo jurídico particular

Según Enrique Elías Laroza los caracteres son (Elías Laroza, pág. 112):

1. Preponderancia del elemento capital sobre el elemento personal;
2. La división del capital en títulos negociables que representaban partes alícuotas del mismo;
3. Separación entre la propiedad de la empresa y su administración;
4. Surgimiento de rasgos que se traducirían más adelante en la responsabilidad limitada.

1.3.- ESTRUCTURAS COMUNES DE LAS SOCIEDADES.- Según se cita líneas abajo, este tipo de instituciones, sociedades, se estructuran en su funcionamiento —"con algunas variantes en las legislaciones de cada país"— de la siguiente manera:

a) La Administración.- La misma que está confiada a un Directorio;

b) La Asamblea General.- Es la reunión de los accionistas, que representan la voluntad de la sociedad, a través de los estatutos y la ley, y por medio de la mayoría.

c) El Sindicato.- Es la entidad encargada de "vigilar y controlar" el orden interno de la sociedad. Existen, además, en otras legislaciones, el control de orden administrativo.

La Sociedad Anónima, es: "Aquella sociedad que está regida por la legislación comercial, sea cual fuere su objeto, que actúa bajo un nombre especial tomado por lo general al menos en parte, de la explotación a que se dedica, tiene su capacidad representado por acciones y sólo socios accionistas de responsabilidad limitada los cuales la administran por medio de un director o un directorio la fiscalizan periódicamente en asambleas" (Elías Laroza).

1.4.- CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Se puede decir que "Una sociedad anónima, si se constituye cuando menos por dos socios en un solo acto por los socios fundadores o en forma sucesiva mediante ofertas a terceros, contenida en el programa de fundación otorgado por los fundadores." (Elías Laroza)

"La sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de éstos, se requiere la misma formalidad." (Bravo Melgar, pág. 318).

2.-. ÓRGANOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN EL DERECHO SOCIETARIO.-

Son los siguientes:

2.1.- Órganos de la SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN

1) Junta General
2) El Directorio
3) La Gerencia

2.2- SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN.-

Los estatutos contienen:

1— El Pacto Social: En la cual se inserta el acuerdo de constitución y el capital social.
2.— Denominación, objeto, domicilio y duración
3.— Capital social y acciones.—
a) Capital social y acciones
b) Certificados de acciones
c) Derecho de adquisición preferente
4.— Órganos de la Sociedad:
a) Junta General
— Composición de la Junta General de Accionistas
— Domicilio, convocatoria, quórum y votaciones de la Junta General
— Mayorías superiores
— Celebración de la junta obligatoria anual
b) El Directorio:
El Directorio
— Elección del Directorio
— Directores suplentes
— Quórum del Directorio
— Atribuciones del Directorio
c) La Gerencia:
— El Gerente
— Atribuciones del Gerente General
5.— Modificación del estatuto, aumento y reducción del capital:
— Modificación del Estatuto
— Aumento de Capital
— Reducción del Capital

6.— Estados financieros y dividendos:
— Presentación de los estados financieros
— Reserva Legal
— Dividendos
7.— Disolución y Liquidación
8.— Disposiciones Transitorias:
— Designación del Gerente General
— Constitución del Directorio
9.— Disposiciones Finales:
— Aplicación de la Ley General de Sociedades
— Resolución de conflictos

3.- DESARROLLO DE LOS ÓRGANOS DE LAS EMPRESAS SEGÚN EL DERECHO SOCIETARIO.-

Las empresas societarias están conformadas por sus órganos de gobierno y gestión, las cuales están conformadas de acuerdo con la naturaleza y tipo de empresa, así tenemos:

3.1.- Órganos de la SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN:

1 Junta General
2 El Directorio
3 La Gerencia

Capital = acciones nominativas = aportes de accionistas (no responden personalmente por deudas sociales).

La Sociedad Anónima común cuenta dentro de sus órganos con

1) La Junta General;
2) El Directorio;
3) La Gerencia.

3.1.1.- LA JUNTA GENERAL DE LA SOCIEDAD ANONIMA.-

La Junta General de Accionistas es el órgano supremo de la Sociedad Anónima, puesto que subordina la actividad de todos los demás niveles. Enrique Elías Laroza parafrasea: "...la Junta General de Accionistas como instrumento de formación y de manifestación de la voluntad colectiva." (Elías Laroza, Ley General de Sociedades comentada, pág. 236).

La Junta General de Accionistas aparece de tres etapas, hace referencia Enrique Elías Laroza, que es una evolución de la "participación de los socios" en la sociedad anónima. La primera etapa es cuando los administradores tienen el "poder casi omnímodo, intervención de los socios casi inexistente"; la segunda etapa con la creación de las asambleas de socios en las cuales éstos tenían el poder de 'nombramiento y fiscalización de la labor de los administradores´; y el tercero en la cual aparece la Junta General de Accionistas, desde las legislaciones del siglo X y durante el siglo XX.". Enrique Elías Laroza citando a Bruneti, explica "...La asamblea fue concebida por los legisladores del siglo XX como instrumento de formación y manifestación de la voluntad social y, por consiguiente, como máximo órgano de la actividad jurídica (…)" (Elías Laroza, Ley General de Sociedades comentada, pág. 236).

Sin embargo, la participación en la actividad económica habría estado aún en manos de los administradores.

El mismo autor citando a Georges Ripert escribe: "El derecho del accionista se reduce, pues, a un derecho de voto. (Elías Laroza, Ley General de Sociedades comentada, pág. 236).

NATURALEZA JURIDICA DE LA JUNTA GENERAL.-

Enrique Elías Laroza explica que al ser la Junta General de Accionistas el "Órgano Supremo de la sociedad" es ante todo "un órgano de formación de la voluntad social". Y parafraseando a Verón explica que la Junta General sería "… un órgano corporativo en el que la voluntad social se forma por las voluntades individuales de los accionistas sin que implique directamente relación contractual alguna entre éstos, sino entre la sociedad y sus accionistas" (Elías Laroza, pág. 239). Citando también a Jesús Rubio escribe: "La junta general es, según se ha repetido, un órgano de la sociedad. En el sentido de que las sociedades, personas jurídicas, no pueden elaborar y expresar su voluntad sino a través de un mecanismo legal, de una organización, que permite llamar órganos a las personas físicas o grupos de personas físicas que, bien individualmente, bien mayoritariamente, la formulan" (Elías Laroza, pág. 239). Concluye este autor, "... la junta general es el órgano de la sociedad donde se forma principalmente la voluntad social" (Elías Laroza, pág. 239).

NATURALEZA JURIDICA DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL.-

La naturaleza de las decisiones de la junta general según Enrique Elías Laroza, pueden ser:

a) Un negocio jurídico:

b) Un acto colectivo;
c) Un negocio unilateral;
d) Un acto unitario.

Según Enrique Elías Laroza, citando a Bruneti, "...el acuerdo de la asamblea es un acto colectivo que contiene la declaración unitaria y unilateral de los accionistas; unitaria, porque es la síntesis de la voluntad de todos, y unilateral, porque no representa la composición de intereses contrapuestos, como el contrato, sino la voluntad del ente expresada en el voto de unanimidad o de mayoría." (Elías Laroza, pág. 240).

LA JUNTA GENERAL COMO ÓRGANO SUPREMO.-
Según Enrique Elías Laroza, y aclarando que "Supremo significa 'que no tiene superior en línea', es necesario también advertir que la Junta General ejerce dentro de sus funciones dentro de su competencia que no tienen facultades de administración de la sociedad (dirección y gerencia), por ejemplo.

La Junta General de Accionistas de las Sociedades es el órgano supremo de la sociedad, en la que se decide la marcha y dirección de la empresa, es el órgano rector y directriz, pero no ejecutor, sino que dispone la ejecución. La administración y ejecución corresponde a otros órganos como el Directorio.

3.1.2.- EL DIRECTORIO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.-

La Sociedad Anónima está administrada por el Directorio que está definido: "El Directorio es un cuerpo colegiado en el que se advierte la desvinculación entre el capital y la gestión, siguiendo el principio de que no

se necesita ser socio para desempeñar la función de director, salvo que el estatuto lo exija. La constitución de un sociedad anónima sólo se inscribirá en el registro si en el pacto social están designados los miembros del directorio y el gerente general, salvo el caso de la sociedad anónima cerrada que se constituya sin Directorio" (Montoya Manfredi, 1986, pág. 235).

ATRIBUCIONES DEL DIRECTORIO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Según Ulises Montoya Manfredi (Montoya Manfredi, 1986, pág. 235), el Directorio de la Sociedad Anónima tiene las siguientes atribuciones:

- Cierta libertad de actuación
- Facultad para que nombre comisiones ejecutivas
- Facultad para delegar algunas de sus atribuciones
- Reelección en forma indefinida, de los miembros del Directorio.

Siendo sólo compensadas estas atribuciones con las responsabilidades a las que se le sujeta.

LAS FUNCIONES DEL DIRECTORIO.-

Se puede decir que "La función principal del Directorio es la gestión social con carácter permanente" (Montoya Manfredi, 1986, pág. 235).

COMPETENCIA DEL DIRECTORIO.-

De acuerdo con lo dicho por Ulises Montoya Manfredi, la competencia del Directorio puede ser de dos formas: externo e interno.

1.- COMPETENCIA EXTERNA DEL DIRECTORIO.-

Este tipo de Competencia externa del Directorio consiste en las "facultades de representación", asimismo, "La Ley hace referencia al directorio como cuerpo colegiado, por lo que debe entenderse que es el directorio como tal, y no los directores aisladamente, quien ostenta la representación de la sociedad. Se trata, en consecuencia, de una representación colectiva. (Montoya Manfredi, 1986, pág. 241).

2.- COMPETENCIA INTERNA DEL DIRECTORIO.-

Se refiere "...a los deberes de gestión dentro de las limitaciones legales, que resultan del objeto social, exceptuándose aquellos asuntos que la Ley o el estatuto atribuyen a la junta general". (Montoya Manfredi, 1986, pág. 241).

Puede delegarse a favor de algún Director la ejecución de los acuerdos adoptados.

4.- LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.-

EVOLUCIÓN HISTÓRICA.-

Según explica Enrique Elías Laroza la división entre propiedad y administración de esta propiedad es el origen histórico del tipo de administración de las sociedades anónimas. Esto se produjo cuando a través del capitalismo se produce un fenómeno singular: "La disociación entre la propiedad sobre los medios de producción y el ejercicio de la potestad de la propiedad. Parafraseando a Ángel Cristóbal Montes, describe que existe una diferencia entre propiedad y poder, que se

puede "tener el poder sin ser propietario", que "se puede ejercer el poder sin sometimiento al riesgo" (Elías Laroza, pág. 315). Esta fórmula como estrategia técnica económica permite la separación de los agentes que intervienen en el proceso empresarial. Por un lado el dueño del patrimonio, capital, y por otro lado los administradores. Y se pone en relieve el hecho que la propiedad no necesariamente genera riqueza en forma automática, pues no es necesariamente la propiedad, sino los efectos, o aquello que se puede hacer en base a la propiedad, lo que genera actividad empresarial, empresa, riqueza. Por un lado el dueño o propietario del capital o bienes, cede el uso de su propiedad, asume los riesgos del uso de su propiedad, todo con la finalidad que otros le den uso y produzcan rentas, ganancias, que hagan de su propiedad rentable. Por otro lado el administrador, el que hace uso de los efectos o potestades de la propiedad lo ejerce sin someterse al riesgo, pero bajo ciertas responsabilidades; por ello escribe Cristóbal Montes, parafraseado por Enrique Elías Laroza, que el administrador "tiene el poder sin ser propietario", "ejerce ese poder sin sometimiento al riesgo" (Elías Laroza, pág. 315).

PODER SOBRE LA PROPIEDAD AJENA.-

Se puede apreciar que "En la sociedad no encontramos un reflejo de las potestades jurídicas que cualquier propietario ejerce respecto de un patrimonio, pues la eficacia de la sociedad como instrumento económico y empresarial exige dispersión del capital y una concentración de mando, para permitir eficiencia y profesionalismo en la dirección e inversión de los recursos de la sociedad. Aparece así una forma de poder

que se ejerce sobre la propiedad ajena: la administración societaria" (Elías Laroza, pág. 315).

Administración societaria = Poder sobre la propiedad ajena.

Al margen de esto, se puede advertir que la división, disociación propietario y administración es evidentemente un acto que divide las capacidades de los agentes que intervienen en la empresa, y deja un margen que permite la conjunción de tipos diversos. Por ejemplo, el capitalista, el dueño del patrimonio no tiene que saber necesariamente gerenciar la empresa, es más sólo requiere tener la propiedad del capital, pero para que este capital pueda reproducirse, pueda activarse empresarialmente, hay necesidad que "profesionales" de la actividad empresarial manejen la propiedad.

Capacidad empresarial y condición de propietario son dos fenómenos que no se presentan, necesariamente, juntos, unidos. Así que lo que se hace es articular estos dos factores, elementos, para lograr un fin común: producción de riqueza, de utilidades, rentas.

Hay pues separación de cualidades (propietario, profesional), pero conjunción del fin perseguido (beneficios económicos).

ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA.-

Es ese poder ejercido sobre la propiedad ajena lo que constituye la administración societaria: "la administración societaria es el conjunto de actos y decisiones sobre el patrimonio de la sociedad que están

encaminados a conseguir la realización de las actividades empresariales y el objeto social de la compañía" (Elías Laroza, pág. 315).

LAS TEORÍAS DE LA ADMINISTRACIÓN.-

Se puede perfilar las siguientes teorías sobre la administración:

A) LA TEORÍA DEL MANDATO.-

Enrique Elías Laroza explica que en los inicios de las sociedades anónimas, era necesario revestir a los administradores de un estatus jurídico que representara garantía de su actuación frente a terceros, cuando actuaba en interés del patrimonio ajeno; esta investidura jurídica debía dar seguridad de las potestades para representar el interés ajeno, y a la vez, dar las seguridades para que los terceros quedaran vinculados con la sociedad. Para esto surgió la teoría del mandato o representación. Así, se puede observar que "En los inicios de la sociedad anónima, para los administradores resultaba necesario un ropaje jurídico que justificara su actuación frente a terceros en interés de un patrimonio ajeno, y que, al mismo tiempo, resultase garantía suficiente para tales terceros de que toda operación comercial concretada con el administrador vinculaba también a la sociedad que éste decía representar. Como respuesta a esta cuestión surgió la teoría del mandato o representación." (Elías Laroza, pág. 315).

E) LA TEORÍA DEL ÓRGANO

Esta teoría tiene su basamento en la organización interna de la sociedad. Así, "Conforme a la teoría del

órgano, la sociedad tiene una estructura interna compleja, en la que las funciones de representación, gestión y actuación empresarial deben ser reguladas por ley y atribuidas a distintos órganos, a través de los cuales la sociedad se expresa. En tal sentido, los administradores sociales, a diferencia de los representantes, no expresan su propia voluntad sino que son portadores de la voluntad de la persona jurídica, en opinión de Julio Otaegui." (Elías Laroza, pág. 316).

Por su parte "los administradores son órgano de representación y de gestión social y que ambas son en esencia, las funciones que deben realizar. / La gestión se manifiesta en las operaciones y actos que son decididos para desarrollar el objeto social y realizar la actividad empresarial. / La función de representación supone la adopción de actos de ejecución y de políticas y programas para desarrollar el objeto social." (Elías Laroza, pág. 316).

Expresa Enrique Elías Laroza que "la Nueva Ley General de Sociedades acoge la teoría del órgano; y puesto que la administración queda a cargo del directorio y de los gerentes. Con la excepción del directorio facultativo de las Sociedades Anónimas Cerradas, en la cual el gerente general tiene las funciones del directorio" (Elías Laroza, pág. 316).

EL DIRECTORIO.-

El Directorio es "el órgano colegiado elegido por la junta general".

NATURALEZA DEL DIRECTORIO.-

Elías Laroza refiere que la Nueva Ley General de Sociedades se adhiere a la Teoría del Órgano. Así el Directorio es "el órgano de gestión y representación de la Sociedad Anónima" (Elías Laroza, pág. 317).

Al ser el Directorio Colegiado se está condicionando a este a la conformación por una pluralidad de miembros, en número de tres o más. Esto supone también que las decisiones deben ser adoptadas por el Directorio como órgano colegiado, y no a título personal. Esto es un sistema de control y responsabilidad colectiva; debe anotarse también que la elección del Directorio cuando se trata de distintas clases de acciones, debe efectuarse por Juntas Especiales. Recordemos que el Directorio lo designa la Junta General. Y que cada clase elige al miembro del Directorio de su clase.

REMOCIÓN DE LOS DIRECTORES.-

Elías Laroza explica que mediante el "principio de la libre revocabilidad de los administradores", "la doctrina societaria reconoce la posibilidad de la junta general de disponer, en cualquier momento, el apartamiento del director. (Elías Laroza, pág. 318). Por eso, "(...) se trata de un caso de remoción ad nutum, que puede ser decidido sin expresión de causa por la junta general" (Elías Laroza, pág. 318). Así, "el ejercicio del Ad nutum ha planteado la pregunta de si el director removido tiene o no derecho a una indemnización. La doctrina se ha inclinado negativamente. Sin embargo, cabe anotar que puede surtir efectos cuando la remoción afecta otros derechos del director, como su dignidad,

reputación, imagen pública, etc.". En esta fase también se habla de "cláusulas de refuerzo".

Los Directores pueden ser también suplidos o alternados. Por eso se habla de la existencia de Directores Suplentes o Alternos.

CONSECUENCIAS DEL IMPEDIMENTO.-
Como consecuencia del impedimento se puede decir que: a) Responden por los daños y perjuicios que sufra la sociedad; b) Serán removidos de inmediato por la Junta General, a solicitud de cualquier director o accionista.

ASPECTOS FUNDAMENTALES RESPECTO AL DIRECTORIO.-
Dentro de los aspectos fundamentales que se trata respecto del Directorio, Enrique Elías Laroza describe lo siguiente: Duración, renovación, cooptación y reelección, continuación de funciones.

Luego tenemos lo referente a la elección por voto acumulativo; participación de las minorías en el directorio; el sistema del voto acumulativo, elección por clases distintas de acciones, forma de completar las vacancias, regulación de sistemas diferentes por el estatuto, elección por unanimidad.

Asimismo tenemos lo referente a la Presidencia del Directorio, convocatoria del directorio, retribución del directorio, participación en las utilidades, convocatoria del directorio, sesiones universales.

Más allá tenemos el Quórum de asistencia, Quórum legal, Quórum estatutario. Acuerdos, sesiones no presenciales: Acuerdos del Directorio, Mayoría, Voto dirimente, Sesiones no presenciales. Actas: Actas y sesiones no presenciales, validez de los actos, inexactitud de las actas y responsabilidades de los directores por su contenido.

Ejercicio del cargo y reserva: Desempeño diligente del cargo de director, Reserva sobre la información social; gestión y representación, información y funciones, delegación. Facultades del directorio, información y funciones del directorio, Delegación y los comités ejecutivos. Información fidedigna; información suficiente, fidedigna y oportuna.

Obligaciones por pérdidas: La relación legal entre las pérdidas y el capital de una sociedad anónima; Pérdida de más del 50% del capital; 3.— Pérdida de los dos tercios del capital; 4.— Pérdida del 100% o más del capital; 5.— Responsabilidad del directorio.

Responsabilidad del Directorio. Naturaleza jurídica de la responsabilidad, Caracteres de la responsabilidad, Responsabilidad por culpa, responsabilidad por daños y perjuicios, responsabilidad personal, solidaria e ilimitada, responsabilidad civil y penal, extensión y exención de la responsabilidad, las causales de responsabilidad de los directores. Acuerdos o actos contrarios a la ley o al estatuto, Dolo y abuso de facultades, Negligencia grave; Incumplimiento de acuerdos de la junta general; Responsabilidad de los resultados adversos del negocio.

Luego viene lo referido a los Contratos, créditos, préstamos o garantías, en la cual se desarrollan: Condiciones para la celebración de contratos, créditos; préstamos a garantías con directores de la sociedad; Extensión a empresas vinculadas y a los parientes; Responsabilidad de los directores ante estos actos.

Pretensión social de responsabilidad: Concepto de pretensión social de responsabilidad; Personas legitimadas para ejercer la pretensión social: La propia sociedad, los accionistas, bajo determinados requisitos, Caso excepcional de ejercicio por cualquier accionista. Los acreedores de la sociedad.

Pretensión individual de responsabilidad. El daño directo como objeto de la pretensión. Exclusión del daño inferido a la sociedad.

Responsabilidad Penal: La regulación de la responsabilidad penal. La caducidad de la responsabilidad civil.

3.1.3.- LA GERENCIA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Según Sidney Alex Bravo Melgar el Gerente proviene "del latín gerens, entis: 'el que dirige'. Persona a quien la ley, los estatutos societarios o la asamblea de socios según el tipo de empresa, le encomienda la administración de los negocios." (Bravo Melgar, pág. 206).

4.- SOCIEDAD ANÓNIMA COMÚN.-

En las Sociedades Anónimas comunes tenemos los siguientes elementos:

1.— El Pacto Social: En la cual se inserta el acuerdo de constitución y el
capital social.
2.— Denominación, objeto, domicilio y duración
3.— Capital social y acciones.—
a) Capital social y acciones
b) Certificados de acciones
c) Derecho de adquisición preferente
4.— Órganos de la Sociedad:
a) Junta General
— Composición de la Junta General de Accionistas
— Domicilio, convocatoria, quórum y votaciones de la Junta General
— Mayorías Superiores
— Celebración de la Junta Obligatoria Anual
b) El Directorio:
— El Directorio
— Elección del Directorio
— Directores Suplentes
— Quórum del Directorio
— Atribuciones del Directorio
c) La Gerencia:
— El Gerente
— Atribuciones del Gerente General
5.— Modificación del estatuto, aumento y reducción del capital:
— Modificación del Estatuto
— Aumento de Capital
— Reducción del Capital

6.— Estados financieros y dividendos:
— Presentación de los estados financieros
— Reserva Legal
— Dividendos
7.— Disolución y Liquidación:
8.— Disposiciones ‘transitorias:
— Designación del Gerente General
— Constitución del Directorio
9.— Disposiciones Finales:
— Aplicación de la Ley General de Sociedades
— Resolución de conflictos

5.- TIPOS DE SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Las Sociedades Anónima, vista su amplitud y la necesidad de adoptarse a los diferentes intereses de las personas participantes, se ha conformado en dos tipos:

- Sociedades Anónimas Abiertas; y
- Sociedades Anónimas Cerradas.

5.1.- SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA.-

La Sociedad Anónima Cerrada es aquella determinada por un número reducido de accionistas, y “no tiene acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores”, según se refiere en el Diccionario de Sydney Bravo Melgar.

Las Sociedades Anónimas Cerradas tienen ciertas características o peculiaridades, como son el número de accionistas, la inscripción en el Mercado de Valores. “La Sociedad Anónima es cerrada cuando tiene no más de veinte accionistas y no tiene acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. No se puede solicitar la inscripción en dicho registro de las acciones

de una sociedad anónima cerrada. La denominación debe incluir la indicación 'Sociedad Anónima Cerrada', o las siglas S.A.C." (Bravo Melgar, pág. 320). Para explicarnos más vamos a desglosar sus elementos, los que son:

EL NÚMERO DE ACCIONISTAS.-

Una Sociedad Anónima es cerrada, o se la considera de este tipo para efectos jurídicos y comerciales, cuando tiene un número reducido establecido de accionistas. Esta disposición, del número de accionistas, tiene su fundamento en la limitación de los posibles accionistas, y en pro de ampliar el beneficio, y también en poder gestionar o participar de forma más precisa y directa en el manejo de la sociedad.

EL REGISTRO PÚBLICO DEL MERCADO DE VALORES.-

A diferencia del otro tipo, la Sociedad Anónima Cerrada no necesita inscribirse en el Registro del Mercado de Valores.

5.2.- SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA.-

En el caso de las Sociedades Anónimas Abiertas, esta se diferencia de las Cerradas, porque el número de participantes, socios, es abierto, y no se excluye la posibilidad de ingreso, con ciertas condiciones, así "La sociedad anónima es abierta, cuando se ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones (...)" (Bravo Melgar, pág. 320).

FORMALIDADES.-

En principio la denominación debe incluir la indicación de "Sociedad Anónima Abierta" o las siglas S.A.A.

Lo fundamental de este tipo de Sociedades es el hecho que necesita para funcionar un gran capital. Motivo por el cual, siendo promovida por unos pocos, "necesita del capital de muchos", y es así que necesita "recurrir al ahorro público", al mercado de capitales. Para lograr obtener el ahorro público las acciones están difundidas entre miles de accionistas, y al entrar en el Mercado de Valores, la transmisión de estas acciones es fluida. Por ello, "En términos generales se puede afirmar que la sociedad anónima abierta se identifica con la gran sociedad anónima que es promovida por unos pocos pero que necesita del capital de muchos y, por tanto, recurre al ahorro público. Este tipo de sociedad ha de apelar, para su financiación, al mercado de capitales y busca inscribir sus acciones en el Registro Público de Valores a fin de cotizar en bolsa las acciones, o en su defeco mantener no inscribir sus acciones en bolsa, pero reguladas por su condición de tales por las normas que regulan el Mercado de Valores. Al querer concentrar un gran capital, encontramos que las acciones se encuentran difundidas entre miles de accionistas y que se trasmite frecuentemente. / La característica de este tipo de sociedad es la de heterogeneidad de la composición de su accionariado, que no puede dejar de influir en el funcionamiento de estas sociedades y que se deriva del hecho de recurrir a amplias masas de capital en manos de un gran público indefinido. Así encontramos un grupo o grupos de accionistas que controlan la sociedad frente a otro grupo que se

desentiende de la marcha de la misma, renunciando a ejercitar su derecho de voto. Cada grupo tiene intereses distintos." (Montoya Manfredi, 1986, pág. 296).

Participación de pocos, pero necesidad de grandes capitales, es lo que constituye a las Sociedades Anónimas Abiertas. Para esto último se requiere aperturar un mecanismo que permita la acumulación de estos grandes capitales, lo que se ha logrado, en este tipo de empresa, a través del mercado de capitales, en el cual las acciones pueden ser cotizadas y adquiridas, es decir, a través de la venta de acciones logra obtener el gran capital social que requiere para funcionar. Por lo tanto, las acciones pueden estar difundidas en propiedad de infinidad y variedad de personas, "de un gran público indefinido". ¿Significa que no se conoce necesariamente al agente portador de la acción?, ¿que no interesa si las personas titulares de las acciones reúnen o no condiciones morales, éticas, o jurídicas determinadas? ¿Puede por lo tanto un delincuente comprar una acción? ¿Eso es lo que significaría el "gran público indefinido? Para determinar esto se requiere conocer primero los requisitos para adquirir acciones.

Por otro lado, la posibilidad de activar los capitales de los demás, el "ahorro público", sin necesidad de contar con la participación directa de la persona, es un elemento o característica esencial de este tipo de empresas. Por la cual hay evidentemente una división de los accionistas en dos grupos: Unos que "controlan la sociedad", y otros que se desentienden de ello, y "renuncian a ejercitar su derecho al voto". Esto significa que no hay necesidad de todos para dirigir la empresa,

sino de sus capitales. No es la actividad productiva, sino la capacidad económica, es decir, el capital, lo que interesa de los accionistas. Los intereses de estos grupos son claramente diferentes en el tipo de participación, pero iguales en el interés de recoger beneficios, y aumentar su capital.

Además, para lograr el control de este tipo de sociedades, (Sociedad Anónima Abierta), se le somete al control de la CONASEV; existiendo, también, protección al accionista minoritario.

La participación en este tipo de sociedades, y la adquisición de las acciones se basa en un principio unitario del accionista, la mayor seguridad de profesionalismo y eficiencia de la empresa, es decir que la empresa aparezca como rentable por estos dos factores anteriormente mencionados. Los que administran las empresas no tienen que ser los mismos socios, porque estos bien no podrían ser profesionales en la materia; así, el capitalista, el socio, está interesado en que quienes dirijan la empresa sean profesionales, a diferencia de las pequeñas empresas, por ejemplo, donde quien detenta el capital dirige también la empresa. Lo importante en este tipo de sociedades es la rentabilidad de la inversión. Por eso mismo las acciones pueden negociarse en "mecanismos centralizados bursátiles". Así, "La sociedad anónima abierta al público, como institución con características definidas en el mundo societario, aparece cuando la acumulación del capital hizo necesaria la creación de nuevos mecanismos canalizadores de la inversión y el ahorro, a través de empresas organizadas en base al nuevo

interés del inversionista, el cual no podía ser satisfecho a través de las formas societarias clásicas, fieles al principio del affectio societatis en el que se fundaron. / La elección del inversionista se dirige a aquella forma societaria en que se organiza la empresa receptora de su ahorro o inversión. No le resulta interesante, ni necesario, expresar su voluntad en el seno de la empresa, sino que la misma sea conducida con profesionalismo y eficiencia. La disociación entre el control del capital y el manejo de la empresa se agudiza sobre la base de considerar que el profesionalismo de la administración es el único medio para asegurar la rentabilidad de la inversión. En ese momento surge la sociedad anónima abierta, como el mecanismo idóneo para centralizar, administrar y redituar la inversión en el capital. / Se ha sostenido que la sociedad anónima abierta se origina en la Corporate System del Common Law, algunas de cuyas características han sido trasladadas a los sistemas continentales y a nuestra propia tradición jurídica. Resulta interesante señalar que la esencia de estas corporaciones abiertas consiste en la movilidad de su capital, lo que ha llevado a la creencia que únicamente pueden ser sociedades anónimas abiertas aquéllas cuyas acciones se negocian en mecanismos centralizados bursátiles. Como veremos, ésta es una de las razones para dar vida a una sociedad anónima abierta, pero no es la única." (Elías Laroza, Ley General de Sociedades, pág. 508).

Asimismo, se puede decir que "La sociedad anónima abierta al público —que, como veremos, no es más que un mecanismo jurídico emisor de títulos negociables — es una institución jurídico—público, instituida por ley,

para recoger el ahorro, con vistas a la explotación de las empresas, y una forma social de la organización económica" (Elías Laroza, Ley General de Sociedades, pág. 509).

PROPUESTAS DE MEJORAMIENTO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DE ACUERDO A LA CONASEV.-

Según Ricardo Beaumont Gallirgos, la CONASEV propuso las siguientes modificaciones a la Ley, respecto a las Sociedades Anónimas:

1.— Derecho del Accionista: Certificado de suscripción preferente; 2.— Participación de la minoría; 3.— Remuneración del directorio y del consejo de vigilancia.

Propuestas de Ricardo Beaumont Gallirgos, respecto de las Sociedades Anónimas:

1.— Cambio de denominación,
2.— Sindicación de acciones
3.— Contratos de colaboración empresarial
4.— Escisión de sociedades
5.— Balance y distribución de utilidades: legislación tributaria y práctica contable
6.— Legislación complementaria y/o modificatoria.

MODIFICACIONES PUNTUALES.-

Sustento, según Ricardo Beaumont Gallirgos, respecto de las Sociedades Anónimas:

1.— ¿Acciones al portador?

2.— Capital social suscrito, pagado y autorizado: implicancias para el quórum y la adopción de acuerdos válidos.
3.— Sociedad Anónima abierta y Sociedad Anónima Cerrada
4.— Regulación ordenada de los papeles comerciales que emiten las
sociedades anónimas
5.— Detalles
6.— Utilización de porcentajes

CAPITULO XV: SOCIEDAD COLECTIVA

1.- SOCIEDAD COLECTIVA.-

Este tipo de sociedad, que también está contemplado en la Ley General de Sociedades, puede definirse como "Aquella en que los socios, actuando bajo una razón social, responden ante los terceros por las operaciones sociales en forma subsidiaria, personal y solidaria, aun cuando en las relaciones vinculatorias entre ellos sus derechos y deberes (obligaciones) se rijan por el estatuto societario." (Bravo Melgar, pág. 321).

Según Sidney Alex Bravo Melgar la Sociedad Colectiva fue llamada en un principio por Savary y Pothier como "sociedad en nombre colectivo", y estuvo normada en el Código de Comercio francés de 1807, desde la que se difundió a otras legislaciones.

Usando los antecedentes documentales, se puede agregar que, en cuanto a las Sociedades Colectivas, "(...) la doctrina nos enseña, que nace en el seno de las familias de los mercaderes. Como paradigma se establece que los hermanos continuaban la explotación

del negocio mercantil, incoado por el padre, constituyendo entre ellos una especie de comunidad familiar (societas duroum fatrum), que más tarde se transforma en una comunidad de trabajo entre personas no ligadas por razones de parentesco. Mas aun transformándose el vínculo familiar en vínculo social, subsiste siempre como antecedente de su origen, el elemento de confianza mutua, de solidaridad, de cooperativismo (ad unum panem et vinum). Posteriormente hasta la etapa de la edad media, no aparece en los legados históricos la sociedad colectiva con su molde actual, vale decir contemporáneo. A partir del siglo XIV la teoría y la práctica italianas se ocuparon de esta modalidad societaria; fue recién en el año de 1673 en el que obtiene su reconocimiento legislativo a través de una Ordenanza francesa y se le catalogó como "Sociedad General"; de allí pasó al Código Francés bajo la denominación de "Sociedad de nombre colectivo". Sin embargo se argumenta que anteriormente había sido regulada en España por medio de las Ordenanzas de Bilbao, las cuales fueron confirmadas en el año de 1737" (Bravo Melgar, pág. 322).

Por eso, se puede concluir que "La sociedad colectiva puede definirse como la sociedad personalista dedicada, en nombre colectivo y bajo el principio de la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria de los socios, a la explotación de una industria mercantil (GARRIGUES). De parecer similar es BRUNETTI al indicar que es la sociedad de personas que ejerce una actividad comercial, en la que todos los socios son responsables ilimitada y solidariamente por las

obligaciones de la sociedad" (Beaumont Callirgos, 1994, pág. 77).

Según explica el referido autor, este tipo de sociedades se singulariza por su carácter "personalista", es decir, que todos los socios participan en la gestión social, como una comunidad de trabajo; y que el crédito que pueden obtener está en conexión directa con las personas o socios que conforman la sociedad. (Beaumont Callirgos, 1994, pág. 77).

2.- Órganos de la SOCIEDAD COLECTIVA:

1.— Socio— Administrador

3.- ELEMENTOS DE LA SOCIEDAD COLECTIVA EN LOS ESTATUTOS DE CONSTITUCIÓN.-

Tenemos los siguientes:

1.— Pacto social:
— Constitución de la sociedad
— Suscripción del capital

2.— Nombre, objeto, domicilio y duración:
— Razón social
— Objeto social
— Domicilio social
— Duración

3.— Capital y participaciones:
— Capital social
— Participaciones sociales
— Registro de participaciones
— Transferencia de participaciones

4.— De los socios, representación y administración de la sociedad:
- — Administración de la sociedad
- — Facultades del Socio—Administrador
- — Oposición de los socios
- — Revocación del Socio—administrador
- — Beneficio de excusión
- — Derecho de Repetición
- — Separación, exclusión o muerte del socio

5.— Remuneraciones de los socios:
- — Remuneración del Socio—Administrador

6.— Utilidades y pérdidas
- — Utilidades
- — Pérdidas

7.— Separación o exclusión de socios:
- — Causales de separación o exclusión de socios

8.— Disolución y liquidación de la sociedad

9.— Disposiciones Finales:
- — Aplicación supletoria de la Ley General de Sociedades
- — Resolución de conflictos de intereses

CAPITULO XVI: SOCIEDAD COMERCIAL

1.- SOCIEDAD COMERCIAL.-

La Sociedad Comercial es aquella organización de personas, que unidas por un vínculo o fin lucrativo, crean un fondo común, o dicho en términos más técnicos, se puede definir a la Sociedad Comercial como la "Asociación voluntariamente organizada por personas que mediante cierto aporte crean un fondo patrimonial común, uniendo sus esfuerzos para explotar una determinada empresa con ánimo de obtener un beneficio económico individual a través de la participación en las ganancias y respondiendo de las pérdidas posibles. Se caracteriza por no encontrarse en ella dos partes con intereses contrapuestos, sino fusionadas sus voluntades para obtener un resultado beneficioso común, originado en la actividad económica que despliega la organización empresarial que ha contribuido a crear o a posibilitar su desenvolvimiento." (Bravo Melgar, pág. 323).

Formalidades.-

Dentro de las formalidades que se tienen que cumplir para que la Sociedad Comercial sea legítima y válida, tenemos:

— Inscripción en los Registros correspondientes.

2.- SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.-

La Sociedad Comercial puede ser de Responsabilidad Limitada, en la cual el capital se divide. Así, "En la sociedad comercial de responsabilidad limitada, el capital está dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles, que no pueden ser incorporadas en títulos valores, ni denominarse acciones."

2.1.- Formalidades.-

Las formalidades exigidas son las siguientes:

- Número de socios determinado
- Indicación de la nomenclatura "Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada", o su abreviatura "S.R.L.".

2.2. ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.-

Dentro de los órganos de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada tenemos los siguientes:

1) La Junta General
2) La Gerencia

2.3.- LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN LOS ESTATUTOS DE CONSTITUCIÓN.-

Dentro de los Estatutos de Constitución de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada tenemos los siguientes elementos:

1.— Pacto Social:
— Constitución de la Sociedad
— Suscripción del capital

2.— Denominación, objeto, domicilio y duración:
— Denominación
— Objeto social
— Domicilio social
— Duración

3.— Capital y participaciones:
— Capital social
— Participaciones sociales
— Derecho de adquisición preferente
— Formalidades de la transferencia de participaciones

4.— Órganos de la Sociedad
a) La Junta General:
— Composición de la Junta General
— Domicilio, Convocatoria, Quórum y votaciones de la Junta General
— Mayorías superiores
— Fecha de celebración de la Junta obligatoria anual
b) La Gerencia:

— La Gerencia
— Gerente General
— Atribuciones del Gerente General

5.— Modificación del Estatuto, aumento y reducción del capital:
— Modificación del Estatuto
— Aumento de capital
— Reducción de capital

6.— Estados financieros y dividendos:
— Presentación de los estados financieros
— Reserva legal
— Dividendos

7.— Disolución y Liquidación:
8.— Disposiciones transitorias:
— Designación del Gerente

9.— Disposiciones finales
— Resolución de conflictos

CAPITULO XVII: SOCIEDADES EN COMANDITA

1.- SOCIEDADES EN COMANDITA.-

Se entiende por Sociedad en Comandita cuando existen dos tipos de socios, uno el que pone el capital y el otro el que pone su ciencia. Es decir, hay un socio capitalista y un socio industrial. Por esto, una Sociedad en Comandita, es: "... la forma social surge cuando ambos contratantes aportan capital collegantia, contrapositio, aquí existe un socio capitalista conocido como socius pecunieae y un socio capitalista e industrial socius industriae et pecuniae. Es allí donde se plasman la bifurcación que conduce respectivamente a la sociedad comanditaria." (Bravo Melgar, pág. 324).

El mismo Sídney Bravo Melgar reseña que este tipo de sociedad parece haber surgido en la antigua commenda de la Edad Media, en la que existía un capitalista el Commendator, y uno que hacía las transferencias

comerciales, denominado tractator. Sin embargo no existía aún la sociedad, y sólo se constituye después.

También se la puede definir como "aquellas sociedades, constituidas por socios colectivos o comanditarios. Los primeros responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales; mientras que los comanditarios responden sólo hasta la parte del capital que se hayan comprometido a aportar. El acto constitutivo debe indicar quienes son los socios colectivos y quienes los comanditarios." (Bravo Melgar, pág. 332). Es decir, definidas por el grado de responsabilidad de los socios y de sus aportes.

La diferencia entre un tipo de socio y otro es realmente grande, porque mientras unos responden ilimitadamente de las deudas sociales, otros tienen responsabilidad limitada, así, "La sociedad en comandita, igualmente, es una sociedad personalista que ejercía una actividad mercantil y se caracteriza por la coexistencia de socios colectivos que responden ilimitadamente de las deudas sociales, y de socios cuya responsabilidad es limitada, que se denominan comanditarios (SÁNCHEZ CALERO)." (Beaumont Callirgos, 1994, pág. 78).

2.- CALIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS DE LAS SOCIEDADES.-

Existe, en la complejidad de la normatividad de recaudación estatal, una diferenciación en los tipos de sociedades, que afecta directamente en la imposición de tributos, así'" Vale anotar aquí que para efectos tributarios, sólo la sociedad anónima y la sociedad en

comandita por acciones, tienen la naturaleza de personas jurídicas. En estos casos, el impuesto a la renta afecta la utilidad de la sociedad como renta de tercera categoría y el saldo que se distribuye o se capitaliza es renta para los socios como renta de segunda categoría. Las demás sociedades no son personas jurídicas y no resultan gravadas con el impuesto. La utilidad de la sociedad, en esos últimos casos, sostiene LUNA VICTORIA, se imputa proporcionalmente a cada socio, aun cuando no hubiese sido efectivamente distribuida, de modo tal que cada uno de ellos asume personalmente una parte del impuesto." (Beaumont Callirgos, 1994, pág. 78).

3.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE.-

Los órganos de la Sociedad en Comandita Simple son: Socios— Administradores

4.- ELEMENTOS ESTABLECIDOS EN LOS ESTATUTOS DE CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES EN COMANDITA SIMPLE.-

Los elementos que integran necesariamente los Estatutos de Constitución de las Sociedades en Comandita Simple son:

1.— Pacto social:
   — Constitución de la sociedad
   — Suscripción del capital social
2.— Nombre, objeto, domicilio y duración:
   — Razón social
   — Objeto social
   — Domicilio social

— Duración de la sociedad

3.— Capital y participaciones:

— Capital social

— Participaciones sociales

— Registro de participaciones

— Transferencia de participaciones

4.— De los socios, representación y administración de la sociedad:

— Representación y administración de la sociedad

— Facultades de los Socios—Administradores

— Beneficio de excusión

— Derecho de repetición

— Separación, exclusión o muerte del socio

5.— Remuneración de los socios colectivos:

— Remuneración de los socios colectivos

— Derecho del Socio comanditario

— Utilidades

— Casos de separación o exclusión de socios

6.— Disolución y liquidación de la sociedad

7.— Disposiciones Finales:

— Aplicación supletoria de la Ley General de Sociedades

— Resolución de conflictos de intereses

5.- SOCIEDAD COMANDITA POR ACCIONES.-

Por Sociedad en Comandita por Acciones se entiende a aquella que se configura como una mixtura entre la Sociedad Anónima y la Sociedad Comercial Simple, es decir como un híbrido (Bravo Melgar, pág. 325). Existiendo dos tipos de socios: Los Socios comanditarios, y los socios colectivos.

6.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES.-

Los órganos de la Sociedad en Comandita por Acciones son:

1.— Socios Colectivos—Administradores

7.- ELEMENTOS EN LOS ESTATUTOS DE CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES EN COMANDITA POR ACCIONES.-

Dentro de los Estatutos de Constitución las Sociedades en Comandita por Acciones tienen los siguientes elementos:

1.— Pacto social:
- — Constitución de la sociedad
- — Suscripción del capital social

2.— Nombre, objeto, domicilio y duración:
- — Razón social
- — Objeto social
- — Domicilio social
- — Duración de la sociedad

3.— Capital y Participaciones:
- — Capital social
- — Registro de acciones
- — Transferencia de acciones

4.— Socios, representación y administración de la sociedad:
- — Representación y administración de la sociedad
- — Facultades de los Socios—Administradores

— Derecho de remoción de los socios colectivos
— Responsabilidad de los socios colectivos
— Beneficio de excusión
— Derecho de repetición
— Separación, exclusión o muerte del socio

5.— Disposiciones finales:
— Aplicación supletoria de la Ley General de Sociedades
— Resolución de conflictos

CAPITULO XVIII: SOCIEDAD CIVIL

1.- SOCIEDAD CIVIL.-

La Sociedad Civil es un tipo de sociedad que con fin económico se realiza por el ejercicio de una profesión, oficio, pericia, en forma personal, por algunos o por todos los socios, es decir, que "La sociedad civil se constituye para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos los socios." (Bravo Melgar, pág. 332).

2.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD CIVIL ORDINARIA.-

Los órganos de la Sociedad Civil Ordinaria son:

1) La Junta de socios
2) La Administración

3.- ELEMENTOS CONTENIDOS EN LOS ESTATUTOS DE CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES CIVILES ORDINARIAS.-

Dentro de los Estatutos de Constitución de las Sociedades Civiles tenemos los siguientes elementos:

1.— Pacto Social
2.— Nombre, objeto, domicilio y duración
3.— Capital y participaciones
4.— Órganos de la sociedad: a) La Junta de socios; b) La Administración.

4.- ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD CIVIL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.-

Los órganos de la Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada tenemos:

1) La Junta de socios
2) La Administración

5.- ELEMENTOS CONTENIDOS EN LOS ESTATUTOS DE CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES CIVILES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.-

Los elementos contenidos dentro de los Estatutos de Constitución de las Sociedades Civiles de Responsabilidad Limitada tenemos:

1.— Pacto social:
— Constitución de la sociedad
— Suscripción de participaciones
2.— Nombre, objeto, domicilio y duración:
— Razón social
— Objeto social
— Domicilio social

— Duración
3. Capital y participaciones
— Capital social
— Participaciones sociales
— Registro de participaciones
— Transferencia de participaciones
4.— Órganos de la Sociedad:
a) La Junta de socios:
— La Junta de Socios
— Domicilio, convocatoria, quórum y votaciones de la Junta de
socios
— Derecho de separación de los socios
b) La Administración:
— Administración de la sociedad
— Facultades del socio—administrador
— Obligaciones del socio—administrador
— Oposición de los socios
— Revocación del socio—administrador
5,— Otras disposiciones:
— Casos de separación o exclusión de socios
— Disolución y Liquidación de la sociedad
6.— Disposición transitoria:
— Designación del Socio—Administrador
7.— Disposiciones Finales:
— Aplicación Supletoria de la Ley General de Sociedades
— Resolución de conflictos de intereses

8.- EL LIBERALISMO CONTRANATURAL.-

Leyendo un texto de Walter Montenegro, "Introducción a las doctrinas político— económicas", en el capítulo sobre el Liberalismo, llegué a una idea central, que

parece exponer el liberalismo económico, desde Gournay y Adam Smith: El mercado se maneja por las leyes naturales, es decir, por leyes en donde no interviene la voluntad humana. Ese es el punto del mercado: que existen leyes naturales que producen el movimiento del mercado, y su propio equilibrio. Eso parece sencillo y explicable, pero no es tan sencillo, porque las leyes del mercado no son necesariamente naturales, porque en estas no interviene la naturaleza, sino la voluntad humana. Sin embargo, la teoría de que existen leyes naturales como el interés egoísta, la competencia y la teoría de oferta y la demanda tienen su explicación en fenómenos naturales, y no porque provengan de la naturaleza, sino porque son naturales, porque se dan siempre; es decir, no son invención del ser humano.

El interés egoísta, según esta idea, es natural en el ser humano, él no puede desprenderse de este porque viene en sus genes, naturalmente, por lo tanto todos somos interesados egoístamente. No es un problema de moral, ni de educación, sino de genes, sería la formula. ¿Pero será cierto que somos interesados y egoístas por naturaleza?, ¿y que por lo tanto, lo único que podemos hacer es trabajar con esta conciencia y a través de la educación, reorientar nuestras conductas? Podría ser, pero el problema es que el ser humano no es sólo naturaleza, sino que es educación, información, cultura. Eso, precisamente, es lo que lo hace inventarse su propio destino, su propia existencia.

El ser humano viene, por naturaleza, con ciertos órganos, pero perfecciona, o distorsiona estos. El

mercado tiene elementos que parecen tener su origen en la naturaleza, pero estos son insuficientes para explicar por qué actúan los seres humanos. En realidad, si tenemos una naturaleza egoísta, podría ser que ¿también tenemos al lado una naturaleza altruista? Tal vez sí hagamos todo por egoísmo, por complacemos a nosotros mismos, pero ¿ser altruista puede ser también egoísta? ¿El origen de este altruismo es también por complacemos a nosotros mismos? Puede ser que sea así, sólo que no todos nuestros movimientos están dirigidos por el interés egoísta, sino por otros elementos, incluso por simple capricho, pálpito, o desinterés. En nuestras decisiones no entran siempre como criterios el interés egoísta, porque este se puede precisar como un tipo de razonamiento; nosotros tenemos que saber qué nos conviene, o intuir qué nos conviene, y este proceso es siempre crítico, presupone un juicio previo, aunque mínimo. Aquí la divergencia. No todos nuestros actos tienen o devienen de un proceso racional, no compramos unas zapatillas porque nos conviene, sino porque nos agrada, es el placer lo que nos indica nuestros movimientos, ¿el interés egoísta sería apropiárnoslo por placer? ¿Cabe decir, por lo tanto que en una operación económica es sólo el interés egoísta quien determina nuestras conductas? Lo cierto es que partiendo de allí podemos obtener una mejor visión del fenómeno social, de lo que ocurre en la sociedad.

En nuestra sociedad, por ejemplo, la vanidad, el ocio, la dejadez, la viveza, actúan mucho más que el interés egoísta, porque un interés egoísta, vislumbra a lo lejos aquello que nos es conveniente. El problema, como ven, no es tan simple, porque aún no podemos definir qué es

lo que en última instancia define nuestras conductas; y es que en realidad el epicentro de estas conductas es múltiple, y no se apega a un sólo fenómeno. Las aristas son muchas, tantas que se confunden. Por eso no se puede manejar tan bien el mercado, porque este es inmanejable en una sociedad donde las cosas no se tienen claras, y donde interfieren todos los elementos, desde el egoísmo, hasta la vanidad, el estatus, la educación, el Derecho, las circunstancias, etc.

9.- **LA LIBERTAD EN EL MERCADO.-**

Lo caro que resulta usar el Estado.-

Usar el Estado nos está resultando muy caro en muchos aspectos. Los servicios prestados por el o son ineficientes o no son suficientes. Por lo mismo, la sociedad ha tenido que crear sus propios medios alternativos, paralelos o complementarios de servicios. Así, por ejemplo, el Derecho a la seguridad. Frente a la poca efectividad de la policía de darnos seguridad, se han creado los servicios de vigilancia privada (todo un batallón, a nivel nacional de personas no militares, no policiales, debidamente uniformadas e implementadas con instrumentos para la seguridad), que se encargan de dar aquella seguridad que el Estado nos debiera dar, puesto que ese era el trato, el contrato social: pago impuestos para que el Estado me proteja. Notemos que hay libertad de crear este tipo de empresas, pero esta libertad se deriva de un fallo en el funcionamiento del Estado, y aun así tenemos que pagar impuestos por ese servicio, seguridad estatal. Esto afecta a nuestra libertad para decidir qué pagar o no pagar. Si la sociedad privada

crea y paga su propia seguridad, por qué pagar al Estado para que haga lo que esta sociedad privada hace.

La distribución de la riqueza.-

Dentro de una concepción teórica, el dinero recaudado mediante impuestos por el Estado está determinado por los servicios que tiene que cumplir, dentro de esos servicios está la de organizar a la sociedad, procurar y promover una mejor vida, el bienestar común. Pero este bienestar común está tomando a todos como generalidad, y no hay identificación de ciertos elementos que se constituyen como factores de proposición tributaria. Nos explicamos. La existencia de un ciudadano común y corriente significa ya un elemento a contar dentro de la planificación del Estado para lograr el bienestar común, la paz social, y la libertad, etc. Eso significa que la sola existencia de este individuo representa ya un gasto para el Estado, porque éste tiene que darle educación (si no se la pueden dar sus padres, que es la generalidad), tiene que procurarle salud, trabajo, etc. Estos servicios y su implementación han sido los justificantes del Estado para imponer los tributos. Sólo que falta una tuerca en el sistema. Si este hombre trabaja el asunto está más o menos bien dirigido, pero si no trabaja, el asunto cambia.

Expliquemos el asunto. Supongamos que la sociedad lo constituyen sólo 50 personas. Para sobrevivir estos cincuenta tienen que trabajar, y como están ocupados en esto, no pueden dedicarse a ordenar la sociedad, a vigilarla, dotarla de una administración de justicia, etc. Así que pagan a una entidad llamada Estado, al cual le dan el poder de arreglar estos asuntos. Y para eso crea

los tributos". Ahora supongamos que cinco ciudadanos no trabajan, por lo tanto lo que hacen es vivir a expensas de los demás, porque los demás les pagan su seguridad, su administración de justicia, etc. Pero bien, digamos que estos cinco no pueden conseguir trabajo. Tienen mucho tiempo para hacer todo lo que quieran y para más, hacen hijos. Estos hijos representan ya una carga para el Estado, pues este tiene que proveerles de educación, seguridad, etc.

Y la historia no acaba allí. El Estado como benefactor, entendiendo mal su rol, el rol asignado, usa el dinero, distribuye su riqueza, que es de todos, por ser pública, o producto de los impuestos, de forma inequívoca. Crea viviendas para las personas que no pueden tenerla, y da prioridades. ¿Quiénes tienen prioridad? Pues –en cierto régimen asistencialista- los casados, los que tienen hijos, etc.?, indistintamente de si estos sean o no buenos ciudadanos, o si hayan formado una familia como un acto responsable. ¿Cuál la fundamentación? Tienen mayor necesidad, dice el Estado. Con eso sólo se está ampliando la irresponsabilidad. ¿Y quién paga eso? Pues todos. Allí no hay preferencias o prioridad. Todos pagan, aunque se beneficien los más irresponsables. Aquí no existe tampoco libertad. Libertad de mercado. Si de nuestros impuestos dan beneficios a los más irresponsables, ¿por qué no se puede dejar de pagar estos impuestos?

Definiendo al tributo.-

Podemos definir al tributo como la generación o creación de una deuda, pero no una deuda cualquiera, sino con el Estado. Su justificación, por lo tanto está en

la propia existencia y supervivencia del Estado. Es decir, el Estado tiene este poder de "generar una deuda" en la persona que vive u opera dentro de sus límites, territorio, Pueblo y soberanía. Esta deuda es creada por un "vínculo jurídico", mediante ley. Su justificación está en la "satisfacción de las necesidades colectivas". Es este fundamento (lo colectivo) lo que le da legitimidad al poder coactivo del Estado para hacerlas cumplir. Es el precio del compromiso, y del equilibrio del Estado .Equilibrar la economía del Estado. Para que este Estado tenga recursos para sus fines y objetivos colectivos. El Estado puede ser un medio de redistribución de la riqueza.)

Pensando el Derecho Tributario.-

Pensar en el Derecho tributario es pensar en cómo hacer para que nos cobren tributos, es una especie de buscar salir de la tributación, de no pagar impuestos. Esto es por supuesto, porque contra los tributos no podemos hacer nada, absolutamente nada, sino cumplirlos, o al menos esa es la idea. Sin embargo, no basta con cumplir con pagar los tributos, con buscar las salidas temporales, para no pagar tributos, se necesita saber qué son estos tributos. Y claro que todos tributamos, seamos o no conscientes de ello, pero no todos sabemos cómo funciona esto, y menos porque es así. Lo damos por sentado. El Estado ha creado este tributo, o la municipalidad, y nosotros no tenemos nada más que hacer que pagar. Pero esto no es suficiente, para un ser humano preocupado por ser abogado, o para un simple hombre que quiere saber por qué su dinero disminuye, su riqueza o parte de ella tiene que ser entregada al Estado, ese Estado que él no ve, pero que le quita parte

de sus ingresos. Entonces el asunto no es tan matemático. No se trata sólo de saber cuál es la mecánica de los tributos, sino de saber cómo funciona, y si es realmente necesario y justo que se paguen tales o cuales tributos. Lo peor de los tributos es que se encuentran ubicados en cuadros y operaciones matemáticas tan confusas que por lo general todos desisten de saber cuál es el origen de ellos, o cuál es el proceso que siguen desde la recaudación hasta el acto final. Además, para entenderlo tenemos que entender primero algunos aspectos principales, como qué es el Estado, porque es él quien crea el impuesto; cómo funciona este Estado, además saber por qué le hacemos caso al Estado. El problema se complica aún más. Pero para entender el Tributo, y luego el Derecho tributario, hemos encontrado a un excelente escritor, nos dicen que es brasileño, y se llama Geraldo Ataliba. Ataliba propone una idea central: el tributo tiene su origen en un mandato, y este mandato es necesariamente un mandato del Estado. ¿Cuál es este mandato? Bueno que se tribute, en otras palabras de Ataliba "que se entregue dinero al Estado". De allí sigue diciendo Ataliba que el Derecho Tributario tiene en su contenido un mandato, el mandato de entregar dinero al Estado, Pero Ataliba insiste, este mandato no es lo que le da sentido al Derecho Tributario, a la norma jurídica, sino otra cosa. ¿Qué es esa otra cosa?, el objeto de la norma jurídica es regular las conductas humanas. Y una norma jurídica tributaria intenta regular las conductas de los seres humanos. Por lo tanto, el mandato de "entregar dinero al Estado", no se finaliza en esa afirmación, no es el llevar dinero a los cofres, como fin, sino el hecho de obedecer ese mandato, No es el dinero el objeto de la

norma tributaria dice Ataliba, sino el comportamiento del ser humano. Lo que ha sucedido es que se ha creado a través de la norma tributaria una "relación obligacional". El Derecho tributario no es un fenómeno económico, sino político y jurídico, es jurídico porque se dirige, como fin último a determinar la obediencia del sujeto, al determinar el comportamiento del ser humano. El fundamento del tributo está en el carácter colectivo de su fin.

Monumentos históricos.-

La historia a veces se impone como obstáculo, y lo pasado no sirve de ayuda sino de bloque, de obstáculo para vivir el presente y proyectarnos hacia el futuro. Hemos olvidado que la historia es conciencia de nuestro tiempo y de nuestro espacio. Técnica, y cómo tal, es un instrumento para transformar la naturaleza y adecuarla a nuestras necesidades. Pero en el Perú eso no se tiene muy claro. Es la historia, o su representación, la que nos envuelve y nos ahoga. El fundamento histórico está unido a conceptos como patria, identidad nacional, patrimonio nacional, etc.

Expliquemos, los edificios que representan monumentos históricos, patrimonio cultural, por ejemplo, no pueden ser derrumbados, aún si son sólo pequeños trozos de tierra. Los huacos encontrados no pueden ser vendidos por los halladores, y tienen que verse contrabandeados al exterior, sin considerar que en este proceso de traslación, subterránea, a escondidas, se gasta más y se pierden, por la destrucción, etc., mucho dinero.

Entonces el Estado dice: "Es patrimonio cultural", por lo tanto no se puede enajenar. Absurda reacción, puesto que el mercado si es libre no tendría que ser así. Lo máximo sería pagar un impuesto. El resultado del bloqueo comercial —de huacos prehispánicos, por ejemplo— ha sido que se armen enormes museos en el extranjero. El extranjero sabe aprovechar las ventajas del mercado. El Estado es un mal negociante. Y lo peor es que este negocio no le afecta solo a él, sino que son todos los ciudadanos, los afectados por su mala gestión. El asunto sin embargo no es tan simple, porque si el Estado somos todos -gran mentira, somos todos los que permitimos estas acciones de derroche y despilfarro. Libertad de comercio es lo que se necesita, pero antes liberarnos de todos los complejos nacionalistas. Creer en la nación está bien, pero no sus extremos paralizantes.

Desarrollo económico.-

La libertad se plantea hoy desde el comercio internacional; y cuando se habla de Derecho comercial se habla de economía, de transacciones comerciales, de mercado, etc. Por eso vamos a ingresar en este acápite analizando un eje: el desarrollo económico. Cómo se produce este. Porque cuando se hace Derecho Comercial internacional todo gira en base a que las empresas o instituciones intentan hacer o no hacer cosas, en fin de lograr el desarrollo económico. Para lograr un panorama del mismo usaremos a Douglas C. North.

Cuando Douglas C. North nos habla sobre el lndecopi en la estructuración de mercados eficientes en el Perú,

afirma él que todos sabemos "qué causa el desarrollo económico". Afirmación interesante, pero incompleta. Douglas continúa su discurso aclarando que este desarrollo económico se produce por "el aumento de productividad"; fórmula que ya todos conocemos. Pero esa afirmación de saber lo que causa el desarrollo económico no esta tan comprendida como North afirma. Adivinando esto, tal vez, Douglas, continua su discurso agregando que el aumento de productividad "consiste en la obtención de mayores resultados por unidad de insumo". Proposiciones que se plantea más bien desde las matemáticas; sin embargo aún no se explica cómo se produce el desarrollo económico, solo describe la operación, descripción de las características elementales del desarrollo económico.

Así Douglas insiste explicándonos el asunto. La cosa estaría en "maximizar los resultados" —dice. Y como ven seguimos sin saber cómo se logra este, ¿cómo se maximizan los resultados? ¿Sólo se tiene que pensar en esto y luego, por simple arte de magia, zas sucede? Y North, pareciendo leernos la mente insiste y dice: se logra maximizar los resultados por: a) Reducción de los costos. Otra vez la fórmula está incompleta, ¿cómo reducir los costos? Segunda forma: b) Aumento de calidad de los productos. Y otra vez un vació: ¿cómo aumentar la calidad sin elevar los costos, sin generar costos, que reducen la maximización de resultados? Esto que para North está clarísimo, no lo está para nosotros. Esta fórmula "maximizar los beneficios y minimizar los costos", no es tan simple. La fórmula es perfecta, pero su logro es más bien compleja, porque no

resulta de una fórmula sino de la capacidad intersectiva, gerencial etc., del empresario.

— El asunto del desarrollo económico no está solo en el desarrollo del capital humano, dice North, sino en la estructuración económica, en la "mejora en la organización económica". Y aquí North parece haber dado en el clavo: el asunto está ya no tanto en cómo obtenemos el desarrollo económico, sino en cómo dejamos de tener pérdidas. El asunto económico pasa por este primer aspecto: no se puede tener maximización de resultados a través de reducción de costos y aumento de calidad de los productos, antes previa es no malgastar el tiempo, el esfuerzo, es decir, no malgastar economía. Fenómeno organizativo en la economía, saber cómo conducirse para lograr no gastar tanto, es el punto clave. Gastar sin perder, organizarnos y aprender a no malgastar los recursos. Recién dispuesto esto se puede lograr la formula económica.

— La organización económica quiere que nuestras transacciones, nuestros costos de transacción sea bajas, pero no se basa sólo en las transacciones. Como fenómeno mercantil. Por lo general perdemos perspectivas al creer que una transacción para ser tal tiene que ser formalmente cuantitativa. Y es precisamente todo lo contrario, son esas pequeñas transacciones lo que mueve el mundo económico, es a nivel micro y no macro donde hay que ver. Lo macro es generalmente cuando creemos que una transacción comercial es por ejemplo una compra de carros, etc.; no es así, puesto que en un simple comprar papel higiénico o una gaseosa, es ya una operación comercial, y no es de

nivel nacional o local. Por ejemplo, cuando se compra Coca cola se está haciendo una operación que tiene que pasar por el mercado internacional, antes de convertirse en un fenómeno comercial local. El fenómeno de la compra venta, es entonces, más internacional que local, porque se desenvuelve dentro de lo que denominamos de alguna manera el mundo global.

La globalización no es sólo un término cualquiera, encierra más bien un planteamiento económico y cultural, encierra un sentido total. Total, porque trabaja con la conciencia de la existencia de todo el mundo y de la necesidad de todos, porque la humanidad es también total. Hay una idea clara. El ser humano es el centro de estudio, preocupación y no el ser humano de un determinado país. Desde esta perspectiva es que existe el mercado actual, y el Derecho Comercial Internacional. El mundo entrelazado, dispuesto por la concepción de que el hombre debe mejorar, debe mejorar también la calidad de vida, debe mejorar las posibilidades de este ser humano (hombre o mujer), para abrirse camino hacia una vida saludable. Así el mundo ya no se maneja desde una perspectiva reduccionista sino desde una perspectiva total. No el lugar de nacimiento, o el color determina el progreso, la economía, sino el interés y la necesidad de transar.

Pues, retomando a Douglas C. North, este plantea que el desarrollo económico se debe a la composición estructural de las instituciones: “Las instituciones brindan las estructuras de incentivos de una sociedad”. Dentro de estas instituciones está el Derecho. El

Derecho que regula las relaciones intersubjetivas que se producen en el mercado. Entonces debemos estudiar también el mercado. Estudiar el mercado para a partir de allí visualizar la mecánica del derecho. Así diremos que dos modelos son los adoptados por los humanos. En economía podemos usar al Estado (el padre que nos solucionará todo y nos dirá que o no hacer, qué vale o no vale cualquier objeto. El estado es quien da la medida del valor de nuestra relaciones intersubjetivas, entre sujetos), pero también podemos usar al mercado (son los procesos, las relaciones intersubjetivas, las personas que intervienen en este proceso las que determinan cuánto vale algo, cuánto vale esa relación. Los seres humanos, individuales, únicos, irrepetibles, singulares son los que ponen la medida del valor. El mercado es entonces el mecanismo que marca la pauta. Debemos tener en cuenta que el mercado funciona "sin compulsiones ni coerción", como explicaba Mises.

El Mercado y el Derecho.-

El mercado es: transacciones comerciales. Para que haya esto hay necesidad de libre competencia. Pero el mercado es de por si libre. El Derecho coloca el concepto de libre competencia para legitimar y sistematizar en lo posible este tipo de transacciones comerciales. Si el mercado es libre, el Derecho le da a esa libertad legitimidad. Eso indica consenso, reglas o normas que posibiliten el flujo continuo de las transacciones comerciales. La libre competencia, inventada por el Derecho, permite este flujo. En realidad el mercado es un sistema que regula por el mismo esas relaciones comerciales.

CAPÍTULO XIX: LIBERTAD DE EMPRESA

GENERALIDADES.-

La Libertad de empresa, es aquella capacidad, facultad y derecho para ejercer, elegir, y decidir sobre cómo desarrollar una actividad productiva con fines lucrativos; y tiene sus márgenes dentro de dos conceptos, o instituciones: la persona y el Estado. Por eso es necesario explicitarlo, en primer término, desde estas dos ópticas, para entenderlo en su totalidad.

Para ello, tomaremos a Adam Smith, quien plantea que el individuo es "libre para promover sus intereses como le parezca, desarrollando su actividad y empleando su capital"; es decir, que tiene libre iniciativa, capacidad de acción, y todo esto debe ser garantizado por las leyes, o dicho de otra forma, por el Estado que tiene el deber de garantizarlas, hacerlas cumplir con sus órganos y mecanismos.

Por otro lado, Smith plantea también que el Estado tiene tres funciones, a ser: 1) Proteger a la sociedad de la violencia o invasión de otros Estados; 2) Defender a las personas contra la opresión o injusticia de otra(s) persona(s); 3) Realizar y mantener obras públicas, que el individuo no podría realizar.

En sus propios términos, Adam Smith escribe: "Todo individuo, con tal que no viole las leyes, queda completamente libre para promover su interés como le parezca, desarrollando su actividad y empleando su capital en competencia con todos los demás o con otros oficios. De tal modo, el Soberano queda dispensado de una obligación en cuyo desempeño siempre estará expuesto a un sinfín de engaños, y para cuyo complimiento nunca habrá sabiduría ni conocimiento humano que puedan ser suficientes; a saber, la obligación o la tarea de vigilar la actividad de los particulares y dirigirla hacia los sectores de la producción que rindan el mayor provecho al país. En el sistema de la libertad natural, al Soberano sólo le quedan tres obligaciones que atender; obligaciones de gran importancia, sin duda, pero simples y asequibles al entendimiento común: la primera, proteger a la sociedad de la violencia e invasión de otros Estados independientes; la segunda, defender en lo posible a cualquier miembro de la sociedad contra la injusticia y la opresión de otro conciudadano, o sea, establecer un sistema judicial confiable; y la tercera, erigir y mantener ciertas obras y establecimientos públicos que ningún individuo o grupo pequeño puede llevar adelante por propio interés, porque el beneficio de los mismos nunca podría compensar sus costes, aun cuando para la

comunidad dicho beneficio sea a menudo muy superior a los costes." (Smith, 1776).

El individuo, o la persona, jurídicamente hablando, tienen libertad para actuar dentro del marco de la ley, con la sola limitación que le hace el Estado por necesidad de regular las relaciones entre otros individuos. El Estado se propone como el ente regulador, como una garantía al respeto de las normas establecidas por consenso por los miembros de la sociedad, en caso de que estos no quieran cumplir con estos consensos. El Estado nace, pues, como lo quisiera Rousseau, de un Pacto Social, donde cada cual cede un poco de su poder, a cambio de que respeten sus derechos.

La libertad de empresa, como capacidad para elegir la realización de actividad económica productiva con fines lucrativos, tiene su fundamento en hacer responsable de este derecho a la propia persona; es decir, mediante esta libertad económica la persona se somete a que sus actos económicos sean recompensados o sancionadas, de acuerdo con el resultado de la operación económica. La libertad de empresa permite además promover el desarrollo de la persona, y consustancialmente a la propia sociedad; así como dar mayores oportunidades para el progreso; sin embargo, como dijera Ribera Neuman: "para que existan oportunidades de ser más, debe igualmente garantizarse la libertad de asumir el riesgo de la ganancia o pérdida." (Ribera Neumann).

La propuesta en desarrollar la libertad de empresa, está en insertar específicamente dos puntos: derecho y

deber. La libertad supone que el individuo asume el beneficio, riesgo y costo de su libertad, es decir, que si gana gozará de sus beneficios, pero que si pierde también gozará, o tendrá que asumir, esta pérdida. A diferencia del actual modelo, donde los errores de los demás son asumidos por todos, como en el caso de las instituciones públicas.

En el orden jurídico, la disciplina específica que se ocupa de la libertad de empresa es el Derecho Empresarial, eso no excluye al estudio y análisis que realiza también el Derecho Constitucional; así, el Derecho Empresarial necesita de un elemento o factor trascendental para poder desarrollarse, "la libertad", que dentro de este contexto sería la "libertad de empresa"; que es aquel instrumento con el cual el ser humano puede generar su autosostenimiento, realizando actividades productivas, dentro de un marco de relaciones jurídicas que permitan concebir a un verdadero ser empresarial. No puede hablarse de Derecho Empresarial sin el sujeto eje de este derecho, que viene a ser el empresario, es decir, un sujeto libre, o con la libertad suficiente para generar relaciones de productividad.

Pero este ser "empresario", para realizarse necesita asumir riesgos, pues sólo es empresario aquel que tiene capacidad, o libertad, para ello. Por eso Derecho Empresarial y Libertad de Empresa se hallan eminentemente entrelazados, porque no se puede desarrollar el primero sin existencia del segundo. La libertad es pues consustancial al Derecho.

Si bien la libertad de empresa es un fenómeno que busca

ser protegido, preservado y garantizado por el Derecho, este último como disciplina normativa intentará regular las conductas que realicen los empresarios. Como se puede apreciar, en una sociedad moderna donde prima la razón, la argumentación, los fundamentos, no tiene que justificarse, sin embargo, a la libertad empresa, pero sí su garantía, ejecución, límites, o cualquier acto, hecho, relación, que pudiera surgir como consecuencia del ejercicio de la libertad empresa.

No puede haber entonces libertad de empresa amparado por el derecho empresarial si en la realidad aparecen obstáculos, ya sean razonados o no, sino existe la capacidad de elegir entre varias alternativas. Esto supone, que son las iniciativas privadas, y no necesariamente el Estado, quien asigna los recursos para una determinada actividad.

La libertad empresarial, dentro del Derecho Empresarial juega un papel fundamental, determinante, porque de su mayor o menor salvaguarda, garantía, etc., dependerá desarrollar uno de los más grandes motores de la evolución humana: el autosostenimiento. Esto significa que dejaríamos en un margen menor al Estado que subvenciona, para pasar a un Estado que sólo se encarga de garantizar el ejercicio de la libertad dentro de los márgenes de lo legal, legítimo, lícito y del interés general, dentro del ordenamiento jurídico nacional.

La libertad de empresa, dentro del derecho empresarial, cumple su rol fundamental, en exponer la vida y las relaciones nacidas de ella en un eje distinto al de las demás ramas, cual es, desarrollar la capacidad

autogestionaria del ser humano a fin que el mismo pueda solucionar por cuenta propia sus necesidades de supervivencia.

Nuestro planteamiento de priorizar el estudio y análisis de la libertad de empresa consiste en que desarrollando la misma podemos lograr minimizar los costos para organizar civilizadamente la sociedad, volver a esta productiva, generando a la vez un mecanismo de desarrollo automático; diferente a cualquier otro aspecto, elemento, porque a nuestro parecer, la productividad, evolución, sólo se puede lograr maximizando los márgenes que permitan la creatividad.

Asimismo, el Derecho Empresarial como sistema normativo que regula las relaciones nacidas de la actividad productiva tiene como función que esta regulación permita el libre nacimiento, movimiento o extinción de dichas relaciones con evidente carácter lucrativo. Las relaciones de carácter productivo sólo pueden desarrollarse dentro de un margen de la libertad de empresa.

La Libertad de empresa debe ser explicada desde varias aristas; no para justificarla, pues la Constitución y demás normas la reconocen, sino para plantear que estas normas son insuficientes, y no se cumplen en la realidad; y por lo tanto no logran el cometido de su enunciación constitucional, como es el deber del Estado de garantizar su libre ejercicio y ejecución.

1.- LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL.-

Ningún derecho fundamental puede dejar de estar enunciado en la Constitución. Esto implica un nivel constitucional, un nivel normativo superior a cualquier otro rango normativo. Por ello no se puede negar este derecho. Eso no significa que puede usarse sin limitación alguna, anulando cualquier norma que se le enfrente. En este caso, se somete a una evaluación técnica primero, sobre el rango o categoría normativa de la norma que se le opone, y luego de si la norma anula el derecho o simplemente lo limita a intereses, principios superiores. Así el derecho a la libertad de empresa solo puede ser limitado por otro derecho constitucional y no por un derecho de menor jerarquía. El Estado, la sociedad y la persona jurídica o natural está obligado a esto, como un imperativo categórico e ineludible.

La libertad de empresa, como norma constitucional, puede observarse, de ser el caso, dentro de la jerarquía normativa; así, es una norma superior; siendo que, como explica Rubio Correa, la jerarquía de normas es la "regla según la cual hay normas superiores y normas inferiores en rango, de tal manera que las superiores condicionan tanto la forma de emisión de las normas (pues dicen quien las debe dictar y como) como su contenido (dado que hay jerarquía, las normas inferiores deben respetar los mandatos de los superiores).” (Rubio Correa, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, pág. 17).

La jerarquía normativa implica subordinación de un grupo normativo frente a otro grupo normativo; subordinación y obediencia irrefutables serían las matrices de este esquema.

Cabe destacar que en el supuesto hecho que sucediera incoherencia normativa entre dos normas, es decir contradicción entre ellas, primará la de mayor rango, y será desechada la norma inferior de dos formas: a través del control difuso, o del control concentrado. Dicho en términos de Rubio Correa, una de las consecuencias de la coherencia normativa consiste en que "las normas inferiores no deben contradecir a las superiores de manera que resulten incompatibles con ellas. Si tal cosa sucediese (es decir, en caso de incompatibilidad entre la norma inferior y la superior), entonces la norma superior primara sobre la inferior y esta será, o bien no aplicada mediante el control difuso, o bien declarada invalida mediante el control concentrado de la jerarquía del orden jurídico." (Rubio Correa, pág. 17).

Es consecuencia de este razonamiento que cuando se atenta, lesiona, vulnera o violenta una norma con rango constitucional, como el de la libertad de empresa, se puede, para proteger, salvaguardar o restituir el derecho, apelar al uso del control difuso o control concentrado, que en el derecho procesal se peticionan a través de un recurso dentro de un proceso judicial abierto (control difuso), o a través de la acción de inconstitucionalidad de las leyes, o mediante la acción popular (en el caso de control concentrado), como bien anota Rubio Correa.

La libertad de empresa, como libertad del individuo, desarrolla, permite y reconoce al ser humano como un ente libre, como un ser creativo y proyectivo, según dijera bien Fernández Sessarego. El rango constitucional tiene pues que reconocer esta libertad humana como una condición para desarrollar la creatividad y proyección del ser humano.

La libertad de empresa debe ser defendida porque no se trata de cualquier derecho, sino de aquel que se encarga de una esencial, porque permite la empresa y su libre accionar, desarrollo y permanencia; siendo la empresa demasiado importante porque "tiene como trascendente finalidad la de proveer de bienes y servicios necesarios para atender la subsistencia y desarrollo integral de todas y cada una de las personas que integran la sociedad", según escribe Fernández Sessarego, en un artículo denominado "Subjetivizacion de la empresas" ("Empresa y desarrollo- Temas actuales, Revista peruana de derecho de la empresa"). Permitir la existencia, actividad y permanencia de la empresa pasa pues por darle libertad, o dicho en forma más estricta, la empresa es consustancial a la libertad; no existiría empresa en el sentido estricto de la palabra si no existiera libertad. El rango constitucional esta pues en este razonamiento, en su condición de factor que permite la subsistencia de todo un régimen de vida.

Otro de los factores que hacen de la libertad de empresa tener el rango constitucional es, utilizando a Fernández Sessarego, que "organiza la producción" y, diríamos también, organiza la distribución, permitiendo que la producción de bienes y servicios que no puede o no

debe brindar el Estado puedan si brindarse por la empresa. Recordemos que la empresa atiende la demanda, es decir que es el consumidor el que lo requiere, y este no discrimina su necesidad por el organismo que produce o debe producir el servicio, sino solo demanda su ejecución.

La libertad de empresa da respuesta directa, y no subsidiaria a la demanda, con lo que genera, posibilita extraordinariamente uno de los mayores derechos del ser humano en una sociedad democrática, republicana y libre, la potencialización del ser en su mayor expresión, su capacidad proyectiva, y el desarrollo de su auto sostenimiento; permite que el ser humano construya por cuenta propia la satisfacción de sus necesidades, volviéndole autónomo y generador de su auto sostenimiento al desarrollar su personalidad.

Otro de los elementos que vuelven o denotan la categoría constitucional a la libertad de empresa es que esta debe propender cumplir también con una función social, promueve el bien común.

Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro Águila, escriben que "Es empresa protegida constitucionalmente cualquier actividad que pueda constituir un medio de vida. Lo que, a contrario, significa que no es un elemento del concepto de trabajo, profesión o empresa que se trate de una actividad valiosa socialmente. Por tanto, constituye una actividad empresarial dedicarse a adivinar el futuro o a interpretar los sueños".

La libertad empresarial consistiría en defender este medio de vida, o subsistencia; pero cabe aclarar que no toda forma de obtener medios para la subsistencia pueden ser considerados protegidos por la libertad de empresa, así las mafias que utilizan actos violentos como medios de vida no pueden ser considerados protegidos, sino todo lo contrario; puesto que solo se protege a la libertad de empresa que signifique actos o medios de vida, y no que vulneren o atenten contra la vida.

La empresa y por ello su libertad, proviene del pensamiento liberal, donde lo medular es darle al individuo la necesaria libertad para proyectarse y constituir un verdadero eje de producción, que el Estado tiene el deber de garantizar. Siendo esta la concepción.

El reconocimiento constitucional a la libertad de empresa pasa primero por el reconocimiento a toda la actividad productiva, transaccional, de tránsito, de creación, entre otros derechos inherentes al ser humano. La libertad de empresa no es dada al ente ficticio o jurídicamente denominado empresa, sino al individuo, al ser humano en una determinada condición de producción y de regulación de las conductas derivadas de esa condición.

Propuesta.-

Un resultado natural de la libertad de empresa es poner en relieve a la persona en la regulación de su actividad productiva; por ello planteamos la necesidad de insertar dentro de los derechos fundamentales consagrados en

la Constitución (Articulo 2), a la libertad de empresa; siendo el texto el siguiente:

"Articulo 2.- Toda persona tiene derecho:
(...) A la libertad de empresa y a realizar aquellos actos necesarios para su consecución."

Cabe aclarar que existe en el texto constitucional el enunciado a que toda persona tiene derecho a la libertad... (Artículo 2, inc. 24), sin embargo, esta declaración no es específica, como por ejemplo a la libertad de expresión, o al derecho al trabajo, que indican un fenómeno particular de la conducta humana. Por lo tanto al no estar declarado expresamente y específicamente dentro de los derechos fundamentales pierde la notoriedad y relevancia necesaria para promover o provocar en el ser humano regulado su dirección hacia la productividad empresarial, es decir a lograr en la persona interiorizar un sistema de vida auto sostenible a través de la empresa.

Propuesta.-

Otra propuesta seria la de incluir dentro de una categoría autónoma e independiente a la empresa, como institución específica, dentro del texto constitucional, en la siguiente formulación:

"Articulo 59 A: La Empresa

1.- La Empresa es una unidad de producción, cuya eficiencia y desarrollo deben ser promovidos por el Estado, en cuanto son generadores de riqueza nacional y promueven el bienestar social.

2.- Los tipos de empresa son:

a) Sociedad Anónima
b) Sociedad Civil
C) Sociedad Comercial
D) Sociedad en Comandita
E) Sociedad de Responsabilidad Limitada
F) Empresa Individual
G) Asociaciones (no son consideradas empresas)
H) Fundaciones (no son consideradas empresas)
I) Comités (no son consideradas empresas)

2.- LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA NORMA CONSTITUCIONAL.-

A diferencia del derecho constitucional que es una disciplina de estudio, la norma constitucional es más bien la expresión positiva de la institución de la libertad de empresa. Así, la libertad de empresa se encuentra suscrita en nuestra Constitución dentro del rol económico del Estado, que dispone que el Estado tiene la obligación de garantizar la libertad de empresa. El texto constitucional reza así:

"Artículo 59.- Rol Económico del Estado

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades."

Hay en el texto normativo una primera obligación atribuida al Estado, a toda la maquinaria que organiza a la sociedad: "garantizar la libertad de empresa"; esto significa que deben existir o se creen los mecanismos jurídicos para lograr tal propósito, a riesgo de contrariar a la Constitución lo que supondría contrariar el pacto social, la voluntad popular, y por tal, que se puedan activar los mecanismos de defensa y protección del derecho violentado, que podría llegar hasta el Tribunal Constitucional, como organismo autónomo máximo en asuntos de índole constitucional.

Curioso resulta advertir en la norma constitucional comentada que los límites a la libertad de empresa se encuentran en la moral; comprensible los limites en la salud y la seguridad públicas. Ahora bien, la alusión que la libertad de empresa no sea lesivo a la moral, indica claramente que el derecho o el orden normativo no se ha desprendido de todas aquellas impurezas de las que nos prevenía Kelsen con su Teoría Pura del Derecho. La Constitución reconoce la fuerza organizadora de la moral, y le da el nivel jurídico más alto en el ordenamiento jurídico, el constitucional. Cabe, sin embargo, advertir que la Constitución no define a la moral, no describe que actos son morales y cuáles no, por lo que se deja a la sana interpretación el hecho de considerar algo como moral o lesivo a la moralidad. Los márgenes de esta interpretación pueden contravenir lo que se entiende en el margen de la libertad de empresa; por ejemplo, si se abre una casa de citas ¿cómo se puede decir que esto no es lesivo a la moral?; sin embargo, confluyen para la permisión de este tipo de empresas

otros fundamentos que en su momento se proponen superiores de acuerdo a las funciones realizadas, y a los efectos que provocan atendiendo una necesidad básica, natural, que si bien no se considera muy moral, si se considera legal.

Otro de los límites a la libertad de empresa lo constituye la "salud". Proteger la salud significa no atentar contra la integridad física ni psíquica de la persona, no realizar actividad empresarial que atente contra el cuerpo y la mente. Cabe agregar aquí que si esto es o fuera así, ¿porque se permite la venta de cigarrillos, alcohol, etc.?, ¿cuál es el límite o el marco para considerar un acto empresarial como dañino a la salud, y donde termina esta prohibición?

Por otro lado, el texto normativo contiene numerosas declaraciones que tienen que ver con la libertad de empresa; por lo que para aclarar y diferenciar las normas que regulan o favorecen la libertad de empresa veremos primero cuales son los derechos necesarios para esto.

Nuestra Constitución vigente (1993) enuncia en su artículo 1 y 2, los diversos derechos que tienen que ver en forma directa o indirecta con el ejercicio de la libertad de empresa. En principio, son derechos fundamentales de la persona; así tenemos el artículo primero que enuncia la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado. ¿Puede al impedírsele que ejerza su libertad empresarial suponer una violación a su dignidad?, suponemos que sí, porque la dignidad

constituye aquel fenómeno por el cual el ser humano se hace valer por sí mismo, se hace digno, es decir, merecedor de algo, como el ejercicio de su libertad de empresa. El ser humano en principio se encuentra en el primer artículo de la Constitución, significando un objetivo o fin supremo que tienen el deber de proteger, cumplir y garantizar la propia sociedad y el Estado; es decir que se antepone a la persona humana antes que la sociedad, que es primero el ser humano que la sociedad y el Estado, que estos últimos tienen la obligación y subordinación frente al ser humano; en conclusión, que la dignidad, y con ella aquella que le confiere ejercer la liberta de empresa, esta primero.

No obstante la dignidad ha sido explorada desde un ángulo moral, desde la imagen y el respeto a la imagen del ser humano; sin embargo cabe aclarar que cuando se dice que un ser humano es digno, se está haciendo alusión a un respeto, a algo que lo hace superior, y por tal digno. Baste hacer referencia al viejo refrán, "el trabajo dignifica para entender el sentido de nuestra forzada argumentación, el ejercicio de la libre empresa dignifica, porque potencia una parte de nuestra libertad en una actividad productiva.

Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro Águila-Real, escriben que son el desarrollo de la personalidad y la dignidad un fundamento de la libertad de empresa, puesto que el fundamento de la libertad estaría en “asegurar a los individuos una esfera de actuación libre de injerencias estatales. Su función específica es —junto a las restantes libertades económicas- la de garantizar la independencia de los ciudadanos permitiéndoles

'ganarse la vida" de forma autónoma respecto del Estado. La estrecha relación de la libertad de empresa, trabajo y libre ejercicio de la profesión u oficio con la autodeterminación y la autorrealización humana es, pues, evidente. La obtención autónoma de los medios de vida asegura que no hay terceros — singularmente el Estado- que puedan imponer a los particulares modos o fines vitales y, por tanto, que queda en manos de los ciudadanos la elección libre de sus fines vitales y de los medios para alcanzarlos."; de esta manera se podría concluir que "Una vida digna sólo puede concebirse como una vida 'ganada con el trabajo". Y esto sólo se produce con la libertad económica".

Por otro lado, la libertad de empresa solo puede ejercerse, si existe vida, y posibilidad o garantía de su perpetuidad; lo que nos inmiscuiría dentro del artículo 2 de la Constitución, que enuncia a la vida como un derecho fundamental. Los otros derechos son también consustanciales y hasta preexistentes al derecho a la libertad de empresa; así tenemos el derecho de la persona a su identidad y a su "libre desarrollo y bienestar". A demás de los clásicos derechos de la igualdad, que permite que quien este en ejercicio de la libertad de empresa pueda realizarlo en iguales condiciones que cualquier otro, evitando de esta forma discriminaciones a priori, por el "origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Así también se encuentran las libertades de información, que es necesario en toda relación de producción, así como la de expresión, las mismas que no necesitan previa autorización, menos censura, siendo más bien garantizadas, bajo pena de

responsabilidad para quienes hayan atentado contra las mismas.

Otro derecho constitucional consustancial a la libertad de empresa es aquel que tiene que ver con el derecho al libre tránsito, porque este permite las operaciones de compra venta, entre otras cosas; así mismo tenemos el derecho a reunirse libremente y pacíficamente, sin aviso previo.

También tenemos los derechos constitucionales referidos a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público; a trabajar libremente, con sujeción a ley; a la propiedad, herencia; a participar, en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación; a la libertad y a la seguridad personales.

3.- LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.-

La libertad de empresa debe ser considerada un derecho fundamental, un derecho irresistible, irrefutable. Esto significa, siguiendo a Bobbio, en primer lugar, que echemos recursos a las normas ya existentes: "buscar en el ordenamiento jurídico positivo si existe una norma valida que la reconozca", identificándola; por otro lado, en caso de no existir tal o tales normas se puede buscar buenas razones "para sostener su legitimidad, y para lograr el consenso social "sobre la necesidad de reconocerlo". Todo esto porque nuestra hipótesis se centra en la necesaria y urgente reconocimiento del derecho a la libertad de empresa como un derecho fundamental. Conocedores que este

derecho se encuentra enmarcado dentro de la Constitución, sin embargo, no está dentro de los derechos fundamentales, como elemento normativo, primario, y al que se deben subordinar en caso de incompatibilidad entre normas. Este es una proposición que merece ser perseguida, y que aunque esté reconocido no se encuentra en el orden o categoría suficiente para lograr su total desarrollo; por ello, debemos ensayar o encontrar nuevos fundamentos, aducir motivos, a fin de poder justificar la elección; necesitamos encontrar, como escribiera Bobbio, "la razón y el argumento irresistible al que ninguno podrá negarse a adherir", y es que "frente al fundamento irresistible se doblega necesariamente la mente, así como ante el poder irresistible se doblega la voluntad". Esta afirmación y proposición la habría observado, de manera más general, Kant, quien según Bobbio: (pp. 114) "Kant había reducido con razón los derechos irresistibles (el los llamaba "innatos") a uno solo: la libertad".

Lograr demostrar o exponer a la libertad de empresa como un fundamento concluiría en darle la categoría última, y esto supondría que por ser así, no se tendría ya que justificar, pues “los valores últimos no se justifican, sólo se asumen: lo que es último justamente por su carácter de tal, no tiene fundamento alguno”.

Sin embargo, hay que hacer una disgresión sobre algunos argumentos que postulan la idea de encontrar las razones de un fundamento en la naturaleza, así, con Bobbio, se puede asegurar que “no existen derechos fundamentales por naturaleza. Lo que parece

fundamental en una época histórica o en una civilización determinada, no es fundamental en otras épocas y culturas." Dicho esto, en esencia el derecho a la libertad de empresa puede vislumbrarse en un sentido inverso o como una proposición negativa; así se diría que el derecho a la libertad de empresa no es sino, esencialmente, el derecho a no ser obstaculizado en su ejercicio y desarrollo.

El reconocimiento de libertades son aquellos tradicionales derechos individuales; pero la libertad del individuo no es necesariamente una máquina que despierta el desarrollo automáticamente. Aquí Bobbio hace una afirmación negativa y escribe que "la creencia de que el individuo, cuanto más libre, más puede progresar moralmente y así promover también el progreso material de la sociedad, se ha revelado históricamente falso".

Otro peligro también esta, advierte Bobbio, que no basta, con haber demostrado ciertos valores últimos, con haberlos convertido en irrefutables e irresistibles, pues esto no asegura su realización. Incluso cuando se logra el reconocimiento de estos derechos como fundamentales, se tiene un problema que subviene, el cual es el de no tanto justificar los valores y derechos fundamentales como el derecho a la libertad de empresa, como cuanto el de protegerlos. "El problema al que nos enfrentamos, en efecto, no es filosófico sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es

el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que pese a las declaraciones solemnes resulten continuamente violados.”. Así, otra vez, nos encontramos no tanto en el reconocimiento, en el fundamento, justificación, sino en el de las garantías.

Refiere Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro Águila-Real, según Alexy los derechos fundamentales son “mandatos de optimización en el sentido de que su reconocimiento obliga a los poderes públicos a maximizar su vigencia dentro de las constricciones que impone la necesidad de tener en cuenta la existencia de otros mandatos de optimización — representados por los otros derechos fundamentales- u otras reglas opuestas”. El resultado coherente de esta afirmación sería el de hacer que los organismos públicos, como preservadores del bienestar social, y del cumplimiento de la voluntad popular, tengan que, en el caso determinado, hacer efectivos de protección y optimización de estos derechos fundamentales, bajo sanción de responsabilidad. Al ser un mandato, el mandante, que son los organismos públicos, no tienen la mínima posibilidad de contradicción, sino de ejecución de dicho mandato; así mismo, decir que es un mandato implica el reconocimiento de la subordinación de los mandantes o mandatarios, implica subordinación, jerarquía, irrefutabilidad. El fenómeno va más allá del simple cumplimiento del mandato, pues el mandato es la "optimización", es decir, propulsar una consecuencia superior a la ejecución del acto; no es cumplimiento simple y llano, sino cumplimiento optimizado, llevado a la más alta expresión posible, a la mayor extensión o maximización del derecho. Eso implicaría que el

derecho a la libertad de empresa tuviera un fermento proyectivo y maximizador. Supone también cierta priorización en referencia a otras normas, y cuidando, claro está, no contradecir, o enmarcarse dentro de un razonado equilibrio con normas de igual condición. Esto significa que "La prevalencia de un principio sobre otro es, pues, condicionada", es decir que prevalece sobre otro en ciertas circunstancias, y no necesariamente en todas.

Otro aspecto relevante de este sentido de optimización esta descrita por Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro Águila-Real, quienes parafraseando a P.J. Tettinger, escriben: "El mandato de optimización contenido en la libertad de la empresa puede formularse afirmando que obliga al Estado a asegurar y proteger el ejercicio de actividades económicas por los particulares de la forma menos reglamentada posible, es decir, impone al Estado la obligación de maximizar la libertad de actividad de los particulares en el ámbito económico compatible con la protección de derechos e intereses constitucionales que pueden entrar en conflicto con ella".

La libertad de empresa como derecho fundamental trae como lógica y necesaria consecuencia que la libertad de empresa se realice por ley, y que solo pueden admitirse que por normas legales, con rango legal, puedan proponer algunas limitaciones.

Es también necesario participar que, según Cándido Páez "Como libertad individual es, fundamentalmente, una libertad frente al Estado y no frente a otros particulares que, por tanto, no están vinculados por el

derecho fundamental del otro empresario. Naturalmente, en la medida en que el derecho se reconoce constitucionalmente, se derivan mandatos de protección (Schutzgebate) para todos los poderes públicos por lo que el legislador está obligado a configurar el ordenamiento jurídico de manera que se proteja el derecho fundamental de cada ciudadano frente a las actuaciones de terceros que puedan lesionarlo".

4.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA LIBRE INICIATIVA PRIVADA.-

Habiendo planteado a la libertad de empresa como aquel medio mediante el cual el ser humano se procura su subsistencia, lo que podría ser un buen argumento para convertirlo en un derecho fundamental, pero cabe la duda cuando se sobrepasa este medio para subsistir, y la actividad, el ejercicio de la libertad de empresa se convierte en un mecanismo más bien para conseguir lucro, para lograr más allá de lo que se requiere para subsistir; lo que entraría evidentemente dentro de otro derecho, el de la iniciativa privada, por eso no está de más declarar que la iniciativa privada supone en principio la capacidad, posibilidad e intención nacida de la propia voluntad, es decir, que no existe ningún otro motor, fuerza, condición que la haya provocado más que la propia voluntad.

Este punto es también observado por Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro Águila-Real, quienes escriben, "Si la libertad es la libertad para 'ganarse la vida', parecería que se abandona cuando la actividad económica desarrollada excede con mucho la obtención de los

medios de vida de una persona, y en esa medida, no supone una forma de desarrollo de su propia personalidad." Sino que entrarían en la "iniciativa económica privada". Esto delimita un área nueva, que traspasaría la de la personalidad; sin embargo, desarrollar la iniciativa económica privada, no puede ser un obstáculo, o un factor en contra del derecho a la libertad de empresa como derecho fundamental, porque lo que está en eje de referencia no es la economía de la persona, ni su iniciativa hacia este rublo, sino la posibilidad de desarrollar la autonomía, autosostenimiento del ser humano, aunque esto tenga que pasar a otras áreas que ya no sean la de la supervivencia, sino excedan en mas de esta, y propongan más bien un lucro, es decir una utilidad o rentabilidad que sobrepasa las necesidades primarias de subsistencia. Tener iniciativa económica privada, lograr tener la misma, ¿no desarrolla acaso la propia personalidad?, ¿incluso de mayor forma y extensión?, ¿no es deseable esta situación, la de que el individuo tenga iniciativa económica privada, y no este solo en el margen de la subsistencia? Sí, el derecho a la libertad de empresa, como desarrollo de la personalidad, e incluso de la iniciativa económica privada, debe considerarse como un derecho fundamental, porque resolvería, de alguna forma, la tan obvia subsidiaridad que hace el Estado al individuo, dejando de ser un costo, para convertirse en una utilidad. La clásica idea por la cual el ser humano debe conformarse con lograr lo necesario para su subsistencia debe ser desterrado como un prejuicio negativo y dañino para la salud pública e individual.

Así, los mismos autores escriben, en pro de estas ideas, "... El reconocimiento especifico de la libertad de empresa por nuestra Constitución avala la idea de que se otorga protección constitucional a la realización libre de las actividades económicas sin subordinar tal protección a la existencia de una conexión personal entre la actividad y el individuo que la realiza porque, para conseguir tal resultado, hubiera bastado con el reconocimiento de la libertad de profesión y de trabajo". Siendo el sustrato de toda libertad de empresa no solo obtener lo necesario para la subsistencia sino más allá de ello, claro, sin contrariar la vida económica de los demás.

Como es de advertirse, el reconocimiento de la libertad de empresa implica también el reconocimiento del reconocimiento del derecho a la libre iniciativa privada, que según explica Marcial Rubio Correa, "...pertenece a la Constitución Económica; es decir, al grupo de normas constitucionales que regulan la vida económica del país en su máximo grado jerárquico". Esto significa que regulan todas las operaciones que se pueden desarrollar en la actividad productiva, en el mercado, en el desarrollo e interacción entre la oferta y la demanda.

La libre iniciativa privada, es explicada por Rubio Correa, quien escribe: (pp. 179): "La libre iniciativa privada incorpora dentro de si los siguientes elementos constitutivos: - El derecho de emprender y desarrollar la actividad económica de su preferencia, lo que supone elegir el giro dentro del cual trabajará. Esto tiene que ver con el ámbito de la libertad.

- La autonomía plena, que significa que la decisión de emprender y desarrollar la actividad económica es libre para el sujeto de derecho. Como sabemos, la libertad dentro del Estado de Derecho contemporáneo está definida como 'nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe' (Constitución Peruana, articulo 2, inciso 24, literal a). Por consiguiente, la plena autonomía siempre ocurre dentro del marco del Derecho vigente, que no puede ser válidamente traspasado.

- La libre iniciativa supone la asignación de bienes a la actividad productiva. Estos bienes deben ser adecuadamente protegidos, porque se afectan en ejercicio de una libertad constitucional, de un derecho constitucional.

- La libre iniciativa privada permite dedicar los bienes tanto a la producción como al intercambio. Por eso se habla de libertad de empresa, comercio e industria y se la identifica en sus características.

- La libre iniciativa privada, como derecho, también supone obtener una utilidad por la labor desplegada. El beneficio o ganancia material es parte de ese derecho."

Explicaremos estos presupuestos. Cuando se dice que la libre iniciativa privada presupone "El derecho de emprender y desarrollar la actividad económica de su preferencia, lo que supone elegir el giro dentro del cual trabajará. Esto tiene que ver con el ámbito de la libertad." Puede observarse que la presente afirmación, si bien es declarativa, "lo que podría hacer el ser

humano", no necesariamente puede verificarse en la realidad, pues no todos pueden elegir la dirección o actividad económica que desarrollarán. El presupuesto seria cierto y no falsable si en todas las circunstancias el individuo pudiera realizar la elección; pero no siendo así, en la realidad, el presupuesto de tener libertad en la iniciativa privada, y por lo tanto en la libertad de empresa, es sino falso, inexacto. Lo que produce esta inexactitud se encuentra en muchos factores, desde aquellos que se reflejan en la realidad económica de las personas, hasta en los condicionamientos culturales establecidos a través de la educación, puesto que las escuelas, e incluso las universidades, no han diseñado necesariamente su funcionamiento y su propia función en lograr, o tener como objetivo, la libertad de empresa, sino muy por el contrario desarrollan una declive hacia la dependencia, hacia el subsidio, hacia un régimen laboral de trabajador, es decir, de trabajo por cuenta ajena y no por cuenta propia, lo que supone evidentemente que la libre iniciativa privada se ve disminuida desde los factores más trascendentales de toda organización social, la educación.

Rubio Correa escribe que la libre iniciativa privada significaba: "La autonomía plena, que significa que la decisión de emprender y desarrollar la actividad económica es libre para el sujeto de derecho. Como sabemos, la libertad dentro del Estado de Derecho contemporáneo está definida como 'nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe' (Constitución Peruana, articulo 2, inciso 24, literal a). Por consiguiente, la plena autonomía siempre ocurre dentro del marco del

Derecho vigente, que no puede ser válidamente traspasado."

Pero cabe formular que si bien en el texto existe autonomía plena, los límites legales pueden en cierta forma y evidentemente suponer una peligrosa intervención y limite a la autonomía plena de la libre iniciativa privada. Por otro lado la autonomía significa la capacidad para autogobernarse

- Marcial Rubio agrega también que la libre iniciativa supondría la asignación de bienes a la actividad productiva; pero cabe la pregunta, ¿quién asigna estos bienes, el Estado, la sociedad?, la respuesta parece obvia, pero ¿cuánto, en porcentaje, de presupuesto para la asignación de bienes se realiza por el Estado?

Propuesta.-

Para lograr un mayor desarrollo de la iniciativa privada se sugiere la asignación de recursos en un porcentaje mayor al establecido actualmente. La fórmula escriba en hacer que todos los programas sean regenerativos, es decir, que el dinero invertido regrese y aumente. Solo esta forma de asignación de recursos debe ser aceptable en este rubro de fomento de la inversión. La propuesta, por resultados, pasa por la idea de que las personas que trabajan en dichos programas, respondan económicamente por su actuación, es decir que si no hacen un trabajo eficiente sean reemplazados inmediatamente, y devuelvan un porcentaje de su sueldo.

Así mismo, se debe aclarar cual, es esta actividad productiva, de la cual se está hablando; se tratada de toda aquella actividad que produce y genera bienes o servicios; pero cabe aclarar que la actividad que no genere rentabilidad, o productividad, o utilidad económica, no debe ser considerada como productiva. Esto permitirá la delimitación en la asignación de recursos; lo que significaría que aquellas actividades del Estado que generen respuestas sociales como la educación, etc., no pueden ser consideradas como productivas, aunque su función en la sociedad sea determinante y muy importante. No es que se menosprecia este tipo de actividades que evidentemente provocan un beneficio social, pero nuestro análisis consiste en producir la iniciativa privada, y esta solo se podrá dar si es que se genera riqueza en la forma más rentable y directa. Es claro el ejemplo sobre la construcción e implementación de escuelas, que tiene mucha importancia, pero que no generan rentabilidad inmediata.

Ahora bien, los bienes asignados deben ser protegidos por que se afecta el ejercicio de una libertad constitucional; es decir, consideradas como factores esenciales para la organización y composición estructural de la sociedad.

Rubio Correa (pp1684), citando una resolución del Tribunal Constitucional, explica que el Estado, dentro de sus funciones, y supuestos económicos, desarrolla una economía social de mercado, la misma que se encuentra caracterizada por tres elementos:

"A) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
B) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado, y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
C) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social."

5.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO AL TRABAJO.-

Una de las expresiones que debemos diferenciar es la concepción del trabajo frente a la empresa, puesto que la empresa no es igual a trabajo, porque la empresa contiene al trabajo dentro de su concepto, la empresa es conjunción de capital y trabajo, por lo tanto son conceptos diferentes.

Cándido Páez afirma que no existe diferencia alguna entre la actividad económica que se realiza por cuenta ajena del que se realiza por cuenta propia, y que siendo ambos actos económicos que desarrollan la personalidad, deben ser protegidos por igual, siendo que el discurso moderno ha destinado sus mayores recursos a la implementación de la defensa del trabajo.

Cándido Páez escribe: "Considerada la actividad económica de un sujeto como medio para el libre

desarrollo de su personalidad, no existe diferencia alguna entre el individuo que se gana la vida por cuenta ajena del que lo hace por cuenta propia"

Este aspecto es fundamental en el presente planteamiento, puesto que el énfasis es proporcionalmente mayor hacia la protección del trabajo que a la protección de la libertad de empresa. Esto es preocupante porque se parte de un punto de referencia erróneo, que primero es proteger el trabajo y después el resto. Aquí no se observa que en realidad primero tiene que existir el trabajo y ser este viable antes que exista la obligación de proteger al trabajador, y antes que el trabajador tiene que existir el trabajo

Así, "en la consideración de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención a los poderes públicos, la actividad empresarial merece exactamente la misma tutela constitucional que la actividad por cuenta ajena. Obviamente, en cuanto mandato de protección, la Constitución puede exigir un nivel de intervención del Estado para asegurar los derechos de los trabajadores frente al empresario y frente al propio trabajador muy superior al que exige para proteger la libertad de empresa".

Sin embargo, nosotros pensamos que no es tan acertada esta afirmación porque la protección de un derecho sólo merece protección cuando se encuentra en el riesgo de ser vulnerada, y en el caso de la libertad de empresa, encontramos no sólo que se encuentra vulnerada, sino que además se la desestima por ser un fenómeno que viene con el prejuicio de ser producto de los poderosos

o en términos populares: "ricos". Siendo además que la protección que se solicita se debe a aquellos que no tienen poder, que carecen de el, o que son fácilmente expuestos a cualquier vulneración de su derecho. Por lo tanto, la protección a la libertad de empresa no se toma como la vulneración a la libertad de trabajo. Son condiciones y circunstancias muy diversas. Sin embargo debiera tomarse en cuenta la libertad de empresa como un elemento diferente al del derecho de trabajo, y a la propia libertad de trabajo, porque la libertad de empresa no sólo genera productividad, sino rentabilidad, genera un bien, o servicio que produce utilidades; a diferencia del trabajo, que se encuentra más bien en una escala diferente, puesto que no responde a una iniciativa privada, sino que es por cuenta ajena.

Por otro lado, una forma de fundamentar también la libertad de empresa, y lograr su exteriorización al máximo, está en concebir las fórmulas jurídicas que explican que si un acto no está prohibido esta por tanto permitido, así "…si la realización de una actividad económica por los particulares no está prohibida expresamente, habrá que entender que los particulares son libres de ejercerla tanto en forma de trabajo dependiente como en forma de empresa". Escriben Cándido Paz-Ares.

6.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE PROPIEDAD.-

Otro de los derechos que tienen que ver con la libertad de empresa, con el ejercicio de esta libertad de empresa es el derecho a la propiedad, derecho a ser dueño del

objeto y, por tal condición, poder realizar cualquier acto con dicho objeto. Por supuesto que hay que entender que "la libertad de empresas se proyecta sobre el desarrollo de actividades económicas y el derecho de propiedad sobre los activos producto….".

Siendo que para el ejercicio de la libertad de empresa, de producción de riqueza, esta sólo puede realizarse sobre la propiedad de esa riqueza, sin esta condición de propietario no puede ejercerse libremente la empresa. Cándido Paz-Ares, explica que puede entenderse esta conexión entre la libertad de empresa y el derecho a la propiedad analizando la posición jurídica del accionista-inversor. Esta figura nos muestra que un accionista, por ejemplo, no ejercita su libertad de hacer empresa, según el autor mencionado, sino que es sólo titular de la acción; se comprenderá que "el accionista-inversor no ejercite su libertad de empresa cuando lo consideramos en su condición de titular de las acciones. No ejercita una actividad empresarial ni siquiera a través de la persona jurídica. Lo que ostenta, sobre los activos sociales y de modo colectivo, es un derecho de propiedad sui géneris. Consecuentemente, el accionista-inversor tiene derecho a que el Estado se abstenga de tomar medidas que menoscaben su patrimonio accionarial y mediatiza su propiedad y regula las relaciones con los restantes 'copropietario' garantizándole protección frente a la posibilidad de actuaciones expropiatorias por parte de los restantes socios".

Podría alegarse que el ejercicio de la libertad de empresa es precisamente poder hacer riqueza, o

actividad productiva que genere riqueza, y que el accionista-inversor sí está ejerciendo riqueza; pero el autor lo que intenta decirnos es que la libertad de empresa es más en la actividad productiva, en el proceso de la actividad productiva, ya sea de bienes o servicios, o en aquellos elementos que configuren el estar haciendo empresa. Nosotros, sin embargo, creemos que la actividad productiva no es un elemento que pueda ser restrictivo; que la libertad de empresa no está en un solo sistema de producción de riqueza; que es más bien toda forma de producción de bienes y servicios para la adquisición de riqueza la que se puede decir como libertad de empresa. Para nosotros la libertad de empresa si se expresa en el accionista inversor, aunque no realice efectivamente una actividad productiva natural, si realiza actividad para generar riqueza, es decir, compra la acción y se somete al riesgo de la inversión; su finalidad es siempre económica, lucrativa, y el medio aunque no es el más formal, si produce los efectos que persiguen los empresarios: la riqueza.

El autor, no obstante lo dicho, lo que pretende es concebir una protección a toda persona que tenga esa conexión con la libertad de empresa, y por supuesto que el accionista-inversor está conectado con la libertad de empresa, pero más directamente a través del derecho a la propiedad, porque sólo a través de la propiedad de la acción puede producirse que reciba los beneficios de la libertad de empresa, lucro, ganancia, riqueza.

7.- LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN.-

Otro de los derechos que tienen que ver directamente con la libertad de empresa es el derecho de asociación, de reunirse con fines pacíficos, para diversos fines lícitos; puesto que esto permite que se pueda realizar, en conjunto, en grupo, actividades productivas. Así, según, explican, Cándido Páez, "... la libertad de empresa puede ejercitarse colectivamente de modo que es obligatorio para el Estado (mandato de protección) dictar las normas que permitan la existencia y reconocimiento de sociedades /personas jurídicas que permitan que la actividad empresarial pueda desarrollarse en compañía de otras personas. La aplicación del principio de igualdad en esta materia obliga a no discriminar a las empresas que adoptan la forma societaria respecto de las empresas individuales". Esto responde más al carácter de la producción, que por lo general, o mayoritariamente, tiene que ser "en compañía", y no de otra forma. La libertad de empresa se vería cortada si es que se impidiera la reunión, porque la producción se hace en compañía, con ayuda de varios. La libertad de asociación, sin embargo, no anula a que se realicen actividades empresariales individuales. Así, "la función del derecho de asociación es permitir que el pluralismo social se exprese eficazmente contribuyendo así al desarrollo de la personalidad de los individuos que pueden perseguir sus fines vitales libremente elegidos en cooperación con otros individuos con los que comparten tales fines y utilizando, igualmente, los medios que consideren más adecuados. Desde este punto de vista, que la libertad de empresa se desarrolle en cooperación con otras

personas supone que en el desarrollo de una empresa colectiva se ven implicados tanto el derecho a la libertad de empresa como el derecho de asociación.".

La libertad de asociación cumple una función principal, que los agentes de la producción puedan reunirse, justamente para permitir la producción. No podría haber libertad de la empresa si la libertad de reunión de los agentes de producción estuviera limitada. Reunir a los agentes de producción significa a la vez, reunir a todos los elementos que se necesitan en la producción y en la distribución de esta producción; lográndose a través de ello, la oferta y la demanda, conjugándose estos agentes dentro de un área delimitada, denominada mercado, y posibilitando la expresión de varios derechos conjuntos, como es el derecho a la igualdad de oportunidades, al desarrollo de la personalidad, social, económica, política y jurídica, etc. Por ejemplo, las relaciones societarias deben ser protegidas a través del derecho a la asociación, a la reunión de varias personas con fines lucrativos. Las relaciones, o asociaciones que se realizan con fines económicos no pueden dejar de ser libres, para lograr su maximización.

8.- LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN.-

Otro de los derechos relacionados con la libertad de empresa es el derecho a la libertad de expresión, y con ella la de la publicidad, esto es la de difundir la empresa, su actividad productiva, entrando en ello la posibilidad de la oferta y la demanda, es decir, la posibilidad de hacer efectivo la libertad de empresa como un efecto de

las relaciones nacidas de la oferta y la demanda. Esto solo podrá producirse si mantenemos un sistema económico de libre empresa; lo que significa que los elementos que intervienen en todo el proceso productivo desde la producción del bien o servicio hasta la efectivizacion o traslado del bien o servicio al consumidor final, puedan producirse. Un sistema económico es tal porque existe un grupo de eslabones perfectamente interrelacionados y conectados entre sí de tal forma que si uno de ellos no funciona el resto tampoco funciona por lo que el sistema económico puede desarrollar la libre empresa, y la no existencia de este sistema económico obstaculiza dicha libertad de empresa. Lo que se está protegiendo es que se realicen un sinnúmero grupo de actos, como el reparto de los recursos. Pero este reparto es, en un gran porcentaje, a través de decisiones económicas privadas. Siendo necesario, para utilidad y bienestar económico, que dichas decisiones sean inteligentes, y esto solo se puede lograr a través de una buena información, y por consecuencia que exista también buena circulación comercial necesaria para la toma de decisiones. La libertad de empresa no se podría desarrollar si los sistemas de información, sobre la oferta y la demanda por ejemplo, no fueran correctos, suficientes o reales.

Pero cabe agregar, como lo advierten Cándido Páez, debe tenerse en cuenta que la protección constitucional debe determinarse atendiendo a su función social, es decir, que está en juego la función social que cumple esta libertad de expresión.

Así, "Fuera de los supuestos en los que la publicidad sea el vehículo de las opiniones o expresiones públicas de una empresa, el nivel de protección constitucional de la publicidad debe determinarse atendiendo a su función social (..), la publicidad libre es necesaria para asegurar el funcionamiento del sistema económico de libre empresa, es decir, 'publicidad libre, para consumidores libres, parece razonable concluir que en las constituciones (...) que reconocen explícitamente la libertad de empresa, ésta constituye una libertad especial en relación con la libertad de expresión en lo que la protección de la libertad de publica se refiere de forma que han de ser los criterios emanados de la libertad de empresa los que deben servir para enjuiciar la legitimidad constitucional de las limitaciones estatales sobre la publicidad".

Estando a que la libertad de empresa debe ser para desarrollar una determinada actividad.

9.- EL ESTADO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA.-

El reconocimiento a la libertad de empresa implica un derecho sustancial, el hecho que el Estado no pueda injerir en la actividad empresarial. Esta es la regla general, sin embargo hay que tomar en cuenta al interés social, como una posibilidad de intervención del Estado en cualquier actividad que pueda atentar contra este derecho, además observar las funciones del Estado dentro de la actividad económica, que tiene que ver con proteger a la sociedad de cualquier acción nociva. Así, la titularidad del derecho a la libertad de empresa y el reconocimiento constitucional de la iniciativa

económica pública. La libertad de empresa, por un lado garantiza a los particulares un ámbito de actuación libre de injerencia estatal (Eingriffsverbot) y, por otro, impone al Estado la obligación de establecer las condiciones organizativas -institucionales- que aseguren la efectividad del ejercicio del derecho (Schutzgebot). En este último sentido es en el que se afirma que el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa lleva consigo objetivamente un 'derecho a la organización', es decir, a que el Estado ponga en pie el entramado institucional necesario para el ejercicio del derecho."

El Estado tiene que intervenir obligatoriamente en la organización de los instrumentos que posibiliten dicha libertad de empresa, es decir existe un derecho objetivo. Esto supone que existan las condiciones necesarias para la libertad de empresa. Además, el Estado crea las instituciones necesarias para que pueda desarrollarse el Estado, "Las libertades que, como la de empresa, se ejercitan en el mercado requieren que el Estado constituya el mercado, es decir, produzca las instituciones que permiten afirmar que una economía lo es 'de mercado".

De igual forma, es necesario el reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción, porque si los medios de producción estuvieran en poder del Estado no se podría hablar de libertad de empresa. Los medios de producción son aquellos que permiten la transformación de un objeto en un producto. Así también la libertad contractual debe ser asegurada porque ella supone que dos o más personas puedan

determinar la compra o venta de un producto, que es un factor fundamental para ejercer la libertad de empresa. La fuerza vinculante de los contratos también es trascendental, porque sin él no se podrían hacer cumplir los contratos con lo que se cortaría el círculo económico que se desarrolla en la libertad de empresa. Así mismo tienen que reconocerse el derecho a la propiedad industrial, porque este supone que el proceso de creación y lo creado puedan generar rentabilidad, y permanencia de esta propiedad y rentabilidad. El Estado tiene que servir para garantizar todo esto. Dicho en los términos de Cándido Paez, "No pueden ejercerse las libertades económicas sin reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción; sin que se garantice la libertad contractual y la fuerza vinculante de los contratos; sin el reconocimiento de derechos de propiedad industrial; sin que se pongan a disposición de los particulares los medios jurídicos para constituir sociedades; sin protección frente a la competencia desleal o al abuso de posición dominante. Lo que constituyen los elementos básicos del Derecho Privado de la Economía entronca así con los derechos fundamentales en cuanto que un 'mínimo' de Derecho privado es presupuesto de la existencia del mercado y, por tanto, de la posibilidad de ejercicio de la libertad de empresa."

La existencia del derecho a la libertad de empresa, en la concepción de un derecho fundamental, obliga a todos los poderes públicos a "maximizar su vigencia", teniendo en cuenta que existen límites impuestos por los derechos fundamentales, y por los intereses generales; pero siempre cuidando que se observe bien

que la libertad pueda desarrollarse dentro del sistema social y jurídico. Así también se debe tener en cuenta que en caso de que las provisiones de bienes y servicios no estuvieran legisladas es el Mercado quien asume su eficacia y normatividad, siendo de esto concluyente que "la norma por defecto es la libertad".

Por otro lado, cabe aclarar que el Estado en una economía social de mercado no puede ser totalmente ajena al desarrollo de la economía nacional, y dejarlo todo al mercado, sino que puede incluso reservar algunos sectores públicos, o servicios esenciales, amparados en el interés general, en el hecho que el mercado no pueda asumirlo, entre otros factores, siendo que estos recursos necesarios tienen que ser recursos esenciales, y que el Estado debe velar por su aprovisionamiento, en beneficio y amparo del interés general, "la Constitución permite al Estado reservarse sectores económicos esenciales mediante ley y porqué sean esenciales, es decir, sometiendo dicha reserva a requisitos muy particulares." Sin embargo, cabe anotar que Cándido Paez, escribe que el Estado no puede extralimitarse en esta función de proveer de recursos a la sociedad, y de limitar está a otras entidades privadas, fundamentados en que el Estado podría haberse reservado esta actividad, así, "no puede argumentarse la legitimidad de una limitación de la libertad de empresa afirmando que si el Estado podía haberse reservado esa actividad legítimamente, bien puede limitar su libre ejercicio."

El Estado puede reservarse ciertos ámbitos de la actividad económica, en mérito y amparo del interés

social, y destinar la asignación de ciertos recursos para ello; por lo que se produce cierto fenómeno de subsidiariedad; puede también crear una empresa pública. Por ello, cabe citar a Cándido Paez, cuando escribe: "La reserva al sector público de un sector de actividad es una medida mucho más coherente, desde el punto de vista de la legitimidad del Estado para intervenir en la economía que la creación y sostenimiento de empresas públicas. En el primer caso, habrán de ser razones de interés general las que justifiquen que se remita a decisiones públicas la asignación de recursos en un sector de la Economía. Cuando se crea una empresa pública para participar en un sector referido a la libre competencia, este juicio de legitimidad no está presente, precisamente porque la iniciativa económica pública no es subsidiaria. Es más, no resulta muy coherente afirmar, por un lado, que la Administración pública ha de actuar, en todo caso para satisfacer un interés general y, al mismo tiempo, afirmar que la empresa pública puede y debe actuar en el mercado en régimen de igualdad con los competidores privados. Porque si el objetivo de la empresa pública es maximizar el lucro —objetivo de las restantes empresas- no se entiende qué interés general está sirviendo la empresa pública en cuestión".

Por otro lado, la iniciativa económica pública debe estar sometida a límites derivados del respeto a la economía social de mercado; puesto que no se puede permitir en forma ligera la competencia del Estado con las empresas privadas, en mérito al ejercicio de la libertad de empresa. De lo contrario se estaría ante una injerencia constitucional de un derecho fundamental de los

particulares, el derecho a la libertad de empresa. Por eso cuando el Estado ingresa, crea o reserva una determinada área de la actividad económica de la sociedad, tiene que dar explicaciones, justificar la injerencia, en forma adecuada y proporcional, para el logro de unos fines superiores al de la libertad empresarial, que es el determinado interés general; o en el hecho de que los particulares no puedan asumir tales actividades económicas, por su imposibilidad física, económica, o jurídica. Sin embargo, cabe también aclarar que cuando el Estado hace empresa, o desarrolla una parte de la actividad económica debe mantener separado su poder regulador de su actuación empresarial; porque si no estaría infringiendo la libertad de empresa de los particulares. Asimismo, cuando el Estado se reserva una parte de la actividad económica, o empresarial, por interés general, esta reserva puede decaer en su legitimidad, en el caso que el Estado no pueda ofrecer las garantías suficientes para brindar un servicio de calidad suficiente, o de "prestar el servicio con garantías de calidad suficiente".

10.- EL MERCADO Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.-

El mercado resulta una garantía institucional, pues la libertad de empresa sólo puede ejercerse, aplicarse en el mercado; y sólo puede haber, en clara consecuencia, libertad de empresa si ésta se desarrolla en la realidad del mundo económico. Si el Estado decide todo, respecto a la producción de bienes y servicios, y de la distribución de los mismos, no existiría libertad de empresa; así, "La libertad de empresa sólo puede ejercitarse en el mercado. Porque libertad de empresa es libertad para decidir qué producir y cómo hacerlo y un sistema de

mercado es un sistema en el que el Estado remite a los particulares la decisión sobre qué producir y cómo hacerlo. El mercado es, así, el efecto sistemático que genera el reconocimiento de los derechos individuales de carácter económico. Por causa del reconocimiento de los derechos fundamentales, se produce el efecto de la consagración del mercado como sistema de asignación de los recursos. Y, no al revés. No se reconoce el derecho a la libertad de empresa para asegurar la existencia de una economía de mercado.".

El reconocimiento de la libertad de empresa debe pasar por el reconocimiento de las libertades económicas, para eliminar cualquier traba o cualquier riesgo al libre funcionamiento del mercado interior, por lo que el Estado no podrá limitar aquello que limite esta libertad de empresa, salvo cuando el interés general fuera superior y necesario para ello. Siendo esto así, debe considerarse además el carácter fundamental de la libertad de empresa, así se puede citar a Cándido Páez, quien escribe: "Se comprenderá pues, la importancia de recordar, frente a voces muy autorizadas de la doctrina, el carácter de derecho fundamental, y no de garantía institucional, que corresponde a la libertad de empresa. La referencia al respecto al mercado como límite a la actuación económica del Estado es útil sólo cuando se trata de controlar las regulaciones generales. En este sentido, la garantía del mercado establecida (...) impide al Estado eliminar el mercado como mecanismos de asignación de los recursos sin que se cumplan los presupuestos.

Para verificar que existe libertad de empresa privada tiene que efectuarse necesariamente el hecho de que el empresario debe gozar de un mínimo de autonomía en la dirección de la empresa, porque de lo contrario, si la dirección de la empresa estuviera restringida al Estado, o si se subordinara al Estado, entonces entraría en la empresa pública; y por ende no habría libertad de empresa privada, y tampoco empresario, en la concepción privada del término.

La libertad de empresa también puede ser concebida dentro de los márgenes de la igualdad, "En coherencia con la calificación de esta libertad como garantía de instituto se termina por afirmar que la libertad de empresa debe concebirse como 'una particular aplicación del principio de igualdad', es decir, que todas las empresas puedan gozar de la capacidad para producir, crear, o desarrollar la empresa, y por lo tanto estén en igualdad de oportunidades para ello. Esto implica el reconocimiento de una garantía hacia los particulares, en caso, que el Estado, por ejemplo, debe regular, normativamente, la libertad empresarial, garantizando que no se inmiscuirá, sólo en caso de necesidad de interés general, porque de otra forma, su fuerza, y su capacidad económica sobrepasa a cualquier empresa, y puesto que los privilegios que se pueden direccionar a favor del Estado pueden ser enormes, porque el Estado como actor económico es realmente grande. Así la libertad de empresa es una forma también de regular la intervención del Estado en el desarrollo económico de las personas".

Por otro lado, cuando el Estado pretende disponer normativamente la restricción de libertad de empresa, se tiene que tener en cuenta que sólo será necesaria si no hay otra razonablemente de menor restricción, pero que funcione para salvar el objetivo general y el interés general perseguido por la norma restrictiva, así, "Una medida no es necesaria cuando está disponible otra menos restrictiva que permite lograr el fin perseguido con la misma eficacia". Para estos casos debe aplicarse el principio de proporcionalidad, aquella que establece la aplicación de la norma restrictiva sólo en proporción directa con la necesidad del interés general; así también puede decirse que "no es más que una forma jurídica del análisis coste- beneficio de una medida", que puede utilizarse con medidas cuantitativas; o dicho en otros términos "La ponderación es el resultado de valorar el 'peso' que, en cada situación ha de atribuirse a la valoración, procedimiento que consiste en exponer cuáles son los principios o valores en conflicto y señalar que peso debe darse, en las circunstancias concretas, a cada uno de ellos."

El problema para tratar sobre la libertad de empresa está en que existen muchas formas de justificar la intervención del Estado en la limitación de la libertad de empresa, puesto que la finalidad y las tareas que cumple el Estado calificado como social, pueden legitimar y ser utilizadas como "títulos de intervención", en la libertad de empresa, justamente por el carácter social del Estado. Sin embargo, la limitación o intervención del Estado en los derechos que tienen que ver con la libertad de empresa, pueden ser diversos y establecidos en diferentes argumentos, como por ejemplo, las

limitaciones que se hace a la libertad de expresión cuando se trata de los infantes, o la juventud, el Estado puede limitar esta libertad de expresión; o cuando también se habla del derecho al honor, a la buena reputación, a la privacidad, o a la Seguridad del Estado, que son limitaciones justificadas en las mismas instituciones. Así no se puede hacer empresa vulnerando, violentando o rompiendo con estas normas, porque son superiores en concepto y en validez ante la libertad de empresa. Otra forma como el Estado puede intervenir legítimamente es, por ejemplo, en asuntos de interés general, en el derecho al trabajo, en normas respecto de la protección de los consumidores, sobre el medio ambiente, o de protección a la familia, o de la cultura, o de protección de la cultura, entre otras.

Cabe, sin embargo poner a colación que "Por otra parte, el ámbito de la libertad de empresa es, también, extraordinariamente amplio. Si lo definimos como la libertad de ganarse la vida como uno quiera, se comprenderá que abarca la mayor parte de la actividad de las personas. Los seres humanos, incluso en las sociedades más avanzadas, dedican la mayor parte de su tiempo a 'ganarse la vida', y las formas de ganarse la vida son, afortunadamente, incontables. Es, consecuentemente, inevitable que los conflictos se actualicen con mucha más frecuencia en relación con la libertad de empresa que, digamos, en relación con la libertad de circulación de las personas."

11.- LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EMPRESA.-

Cuando el Estado pretenda imponer ciertas medidas restrictivas de la libertad de empresa, sólo puede hacerlo si es que imperan antes algunos valores y principios superiores que tienen que ser comprobados a través del principio de ponderación, mediante la cual se valoran los principios, a través de una "evaluación constitucional", asimismo debe examinarse si se está persiguiendo efectivamente un interés legítimo, debiendo considerar lo que Cándido Páez dice, "Fines legítimos son los que estén recogidos constitucionalmente como dignos de promoción por los poderes públicos y, por tanto, que existe un 'interés general en su promoción. Comprobando que el fin que se persigue es legítimo, debe llevarse a cabo el juicio de proporcionalidad que incluye valorar la idoneidad de la medida al fin perseguido, su necesidad en el sentido de que no hay una medida que obtenga el mismo resultado sin tanto sacrificio de la libertad de empresa y la proporcionalidad en la medida en sentido estricto que obliga a preguntarse acerca de la intensidad de la injerencia en la libertad de empresa /(coste) en comparación con el 'beneficio' que se obtiene en forma de realización efectiva del bien constitucional en conflicto teniendo en cuenta que cuanto mayor sea el costo por la primera, mayor ha de ser el beneficio social obtenido con la segunda para que la ponderación esté justificada constitucionalmente.". Esto significa que existen pues elementos que pueden justificar una restricción a la libertad de empresa, o razones que fundamenten la intervención en la libertad de empresa, pero que estos tienen que surtir una especie de matiz, en cuanto no pueden ser dados en forma arbitraria, sino

justificados en razones de utilidad social, de interés general.

Una de las características esenciales para determinar si existe intervención en la actividad económica de la sociedad, y por lo tanto intervención, o atentado contra la libertad de empresa, es la de la determinación de quien realiza la asignación de recursos, que en una sociedad de mercado se remite a "la libre decisión de los particulares", siendo el mecanismo para ello el "sistema de los precios". Se da efectivamente la limitación a la libertad de la empresa si es que "el Estado sustituye a los consumidores y a los sujetos que deciden sobre la asignación de los recursos y, en general si es que se les sustituye en la toma de decisiones económicas". El factor determinante de todo es la libre decisión sobre la asignación de recursos de los consumidores, y su libertad para decidir donde asignan recursos, y cuánto pagan por ello, determinando de esta forma los precios. Si los precios, la asignación de recursos son determinados por el Estado se está interviniendo en la libertad de empresa, según expresa Cándido Páez.

El mismo autor expresa que se puede estar hablando de limitaciones a la libertad de empresa en los siguientes supuestos:

- Aquellas regulaciones que obliguen de alguna forma a una persona, natural o jurídica, a desarrollar una actividad.
- Aquellas regulaciones que impidan prestar o adquirir un servicio, producir, comercializar o adquirir un bien.

- Regulaciones que sometan las actividades económicas a la obtención de un permiso, licencia, autorización o concesión.
- Que establezcan condiciones sui géneris para la adquisición o comercialización de un producto o servicio determinado.
- Regulaciones que sometan la producción o prestación de servicios al cumplimiento de requisitos de cualificación personal.
- Regulaciones que limiten la libertad de competencia.

Otro de los argumentos para la limitación de la libertad de empresa está en que se presente un mandato de optimización, es decir, un mandato por la cual los organismos públicos se vean en la imperiosa necesidad de proteger la libertad de empresa; de tal forma que se convierte este mandato de optimización en un "requisito de legitimidad de la restricción"; de esta forma se requiere que la limitación, en este caso a la libertad de empresa, tenga que apoyarse en otros derechos fundamentales, o en el interés general, que tengan carácter constitucional. Siendo por el contrario inconstitucional cualquier medida con el objeto de "proteger" a determinados empresarios, con lo que se produciría automáticamente el perjuicio de los demás empresarios competidores. Además, los intereses no públicos si son protegidos, y por ellos lesionado el derecho a la libertad de empresa, esta restricción resultaría evidentemente ilegítima.

Las restricciones a la libertad de empresa, por lo tanto sólo pueden ser legítimas, reconocidas por el

cumplimiento de ciertos requisitos, como el ser formuladas por un mandato de optimización a favor de un interés general, o que tengan colisión con otra norma de rango constitucional; así, la medida restrictiva debe ser antes sometida a prueba, a adecuación de la norma, o dicho en otros términos, a que la norma restrictiva sea "útil", "necesaria" e "indispensable" para lograr el interés público perseguido.

12.- LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.-

El hecho de que se utilice ahora Internet para realizar transacciones comerciales, ha provocado un revolucionario y nuevo sistema económico; no sólo por la facilidad con que la oferta y la demanda se integran en el mercado mundial, sino porque producen, aumentan, promueven, nuevas formas y conductas como de relaciones inter subjetivas, es decir, entre personas, y además, hacen estas relaciones en un tiempo real. Esto significa que se aceleran los procesos de comunicación y a la vez se acelera el tiempo utilizado para tomar decisiones. La economía digital establece un nuevo programa de relación demanda oferta, oferta demanda.

La economía digital plantea nuevas propuestas, como la desintegración vertical, que los costos de interacción y transformación ya no son tan elevados; asimismo existe una nueva concepción sobre los beneficios sobre activos: los activos físicos ya no desempeñan el papel protagonista en oferta de servicios en las empresas; también hay otra variación en los

beneficios graduales, lo que significa que el tamaño ya no limita los beneficios; en la misma dirección, hay un avance en el acceso a la información, puesto que esta ha dejado de ser cara y restringida; siendo otra de las nuevas características el tiempo para llegar al mercado, ya que no se necesitan muchos años y tampoco grandes capitales para establecer un negocio a escala mundial. Por lo que pasaremos a explicar cada uno de estos puntos.

1.- La desintegración vertical.-

Según la doctrina en Internet, la desintegración vertical, significa que se han disminuido notablemente todos los costos de interacción y transformación de los productos; que fueron el principal problema en una economía industrial. En estas economías industriales se formaba complejas cadenas de valor, las mismas que podrían empezar en las materias primas hasta la entrega de los productos a los consumidores; de tal forma que entre éstos dos puntos existían variados eslabones necesarios en una categoría o proceso productivo, siendo desde luego difícil de saltar uno de estos eslabones; mientras que en la nueva economía digital no hay necesidad de seguir la secuencia de eslabones, de la cadena productiva industrial; puesto que la oferta y la demanda de productos pueden ser en forma paralela, puesto que: "mediante acuerdos con socios tecnológicamente punteros e innovadores-especializados en determinados eslabones de la cadena de valor-se puede alcanzar nuevos niveles de calidad, flexibilidad y ahorro. ".

2.- Beneficios sobre activos.-

La economía digital ha permitido desarrollar un nuevo tipo de valor, porque los activos no tangibles o virtuales; se diferencia de la economía industrial se basan más en ideas, programas, patentes, etc., que en activos físicos como la propiedad, los bienes tangibles, las fábricas, los equipos, entre otros bienes físicos, que significaban una base " física ", sólida, de la riqueza. A diferencia de la nueva economía digital en la cual el valor, el capital, la riqueza puede ser medida en bienes no tangibles como las patentes, la propia intelectual, las relaciones con los clientes, de tal forma, que "las nuevas empresas deben impulsar continuamente el valor de la propia intelectual, así como el de las relaciones con los clientes -auténticos núcleos negocio- con el fin de incrementar el volumen en los márgenes". Siendo además que los activos físicos generan ciertos costos que no generan los activos no tangibles.

3.- Beneficios graduales.-

En una economía digital los beneficios graduales significan que el tamaño ya no limita los beneficios. En estos casos para obtener mayores ganancias, no es necesario que la empresa crezca físicamente. En las economías industriales, para lograr satisfacer la demanda eran necesario muchas empresas, lo cual implicaba ambientes físicos que por supuesto serían costosos. En una economía digital la empresa se puede ampliar con mucha flexibilidad sin requerir de enormes espacios físicos. Además, en una economía digital "la información, la propia intelectual, y las relaciones con los clientes no están limitadas por la capacidad de la fábrica, ya que apenas cuentan con un componente

físico. De hecho, el rendimiento a escala aumentan este nuevo entorno económico; en teoría, una empresa puede crecer sin límite, aproximando los costes unitarios a cero y aumentando exponencialmente el valor del producto para el cliente".

4.- Acceso a la información barata e ilimitada.-

La nueva propuesta descubierta por el sistema económico digital es que ahora se puede tener acceso a la información en forma más rápida, más barata, y con menos restricciones; a diferencia de la era industrial, en donde la información era difícil de acceder puesto que producirla resultaba muy cara de tal forma que los compradores y vendedores se veían desestimulados o con grandes problemas para obtener la información requerida sobre los productos. Sin embargo, el desarrollo de mayores facilidades de acceso a la información en tiempo, calidad, y eficiencia, ha provocado que los consumidores sean más exigentes; puesto que al haber tanta información sobre productos y precios, las empresas se han visto en la necesidad de innovar para contrarrestar de alguna forma la competencia; así "...En la economía digital existen enormes oportunidades para todos. Los fabricantes y proveedores de servicios pueden recopilar información sobre los clientes y utilizarla para proporcionar a cada uno de ellos exactamente lo que desea; para facilitarles de manera personalizada unos productos y servicios que nunca antes habían imaginado. "

5.- La reducción del tiempo en el mercado.-

La informatización de los datos de una empresa ha posibilitado que los registros para constituir una

entidad comercial, como el empresa disminuyan en tiempo, requisitos, y condiciones. Esto implica que la empresa pueda llegar al mercado en forma más rápida. En nuestro medio por ejemplo las inscripciones en los registros públicos, en la Sunat, pueden hacerse vía virtual, a través del Internet, lo que significaría menor tiempo en constituirse como una empresa legítima y reconocida por el Estado, y por lo tanto acreedora a todas las licencias, ventajas, y derechos que le confiere la titularidad de dicha empresa. Siendo además que incluso el Estado utiliza para ciertos actos el manejo del Internet y al registro ante aquellas; así tenemos el Consucode, los bancos de proyectos del sistema nacional de inversión pública, entre otros sistemas virtuales que se utilizan para registrar ciertos datos y lograr un control a nivel nacional sin el requerimiento de la presencia física o de demorosos sistemas de comunicación como las cartas a través de transportes terrestres o aéreas; cambiando esta forma la transferencia de la información a tiempos reales. A diferencia de los sistemas industriales en donde formar empresas, abrir mercados nuevos, significaban demorosos trámites y mucho esfuerzo; puesto que se necesitarían demasiados años para hacer "estudios de mercado, desplegar y construir activos físicos, lograr inventarios específicos, y generar la capacidad necesaria de producción y venta", por lo tanto se genera una sociedad en la cual las personas pueden utilizar el Internet para este mercado, "los canales virtuales pueden utilizarse para buscar fuentes de productos y servicios para promocionar, vender y dar soporte a los mismos... Y todo ello en forma más rápida y barata e investigar si la expansión es una buena idea".

13.- LA EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA.-

En economía se ha desarrollado, teóricamente, una técnica, "La competencia", que es un elemento genuino de un sistema de mercado libre.

La empresa es un fenómeno que requiere necesariamente de la libre competencia, que permitirá mantener activa la capacidad productiva de la empresa, y su diversificación y actualización constante. La libre empresa permite libertad económica, como explicara Teodoro Ribera Neumann, "La libertad económica facilita, además, que los éxitos individuales sean debidamente recompensados y las fallas sancionadas. Ello le otorga a la libertad económica relevancia desde el punto de vista de la producción y distribución de los bienes pero también un fundamento ético y social: Para que existan oportunidades de ser más, debe igualmente garantizarse la libertad de asumir el riesgo de la ganancia o pérdida." (Escribe Teodoro Ribera Neumann "Reflexiones a la libertad de empresa en la Constitución de 1980"). Así, la propuesta en desarrollar la libertad de empresa, está en insertar específicamente dos puntos: derecho y deber. La libertad supone que el individuo asume el beneficio, riesgo, y costo de su libertad; así que si gana, gozará de sus beneficios, pero si pierde tendrá que asumir esta pérdida y sus efectos. A diferencia del actual modelo, donde los errores de los demás son asumidos por todos, como es el caso de las instituciones públicas. Tal vez por ello, se ha desarrollado actualmente con mucha importancia, desde la economía y el derecho, teóricamente, como técnica: "La competencia", que vendría a ser "un elemento genuino de un sistema de mercado libre".

Así, "las ideas de la libre competencia son un marco que, como la democracia en política, generan un sistema de apertura a todos, evitando la discriminación de unos frente a otros, y absolviendo los tipos de abuso del poder de posiciones estratégicas de unos frente a otros. Es un sistema de regulación de la libertad con que debe llevarse a cabo toda demanda y oferta dentro del mercado, permitiendo que todos los actores que intervienen en este tipo de relaciones cuenten, teóricamente, con los mismos principios y derechos para ejercer sus pretensiones. Por eso, incluso en un supuesto de estatización de las industrias (que hoy no es el caso); "Simons dijo que "aún queda una alternativa real de socialización, que es el establecer y preservar la competencia como agente regulador". ¿Pero cómo debía lograrse esto? Él pensó que las leyes antimonopolio debían emplearse para conseguir una reestructuración drástica de la economía norteamericana. Es decir, una que al lado de preservar lo público, a través de lo social, debería estar también la regulación de todo sistema privado que tuviera objetivos de monopolización, por lo que debería adoptarse estrategias y leyes antimonopolio. Esto permitiría una constante redistribución de las oportunidades de riqueza (Themis, Revista de Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 8).

Expliquemos. Toda empresa tiende a buscar un monopolio; a estos se les ha denominado actualmente nichos; sin embargo el principio es el mismo: buscar un producto que sea de su exclusividad de distribución. Esto genera no solo anulación de la competencia, sino

capacidad para manejar los sistemas de precios a libre albedrío del agente, pudiendo luego especular con este sistema y asegurar la ganancia; consecuentemente el demandante, el consumidor final está sujeto a las disposiciones totalitarias de dicho agente. Por ello, el Estado no permite el monopolio, puesto que genera un sistema de precios inmanejable para el consumidor, y anula la competencia, que es un factor que genera la actualización, mejoramiento de los productos ofertados, y también de los precios ofertados, lo que mueve todo el sistema del mercado generando el equilibrio necesario para que los precios no suban en exceso y tampoco bajen en exceso. La libre competencia permite ser un medio de regular los precios en el mercado, y de los sistemas de producción y distribución, compulsando los intereses privados con los intereses públicos.

No necesariamente es posible regular todas las alternativas que muestra una libertad de empresa en nuestra sociedad, porque escapan a la propia regulación social; sin embargo, la influencia y el direccionamiento de la vida misma, y de las condiciones económicas de vida han persuadido a algunos autores que "Debemos anhelar una situación en la cual el tamaño de las unidades de propiedad en cada industria este limitada al tamaño mínimo para la producción eficiente pero altamente especializada de una planta operativa" (Themis, Revista de Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 8). ¿Reducción de la capacidad de productividad, o protección contra cualquier exceso innecesario de expansión económica empresarial?, por estas y otras dudas se puede reseñar que Simons aclara que lo que tuvo en mente en una nota

a pie de página: escribiendo: "Será necesario revisar las nociones comúnmente aceptadas respecto del tamaño máximo de una empresa compatible con la competencia efectiva. La regla general y el objetivo último debe ser el de fijar un tamaño máximo de empresa en cada industria (Themis, Revista de Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 8). Y estos han intentado ser regulados por la norma. Pero, ¿pueden ser regulados los tamaños de las empresas? Realmente sólo se puede regular aquello que afecta de alguna manera a la sociedad, pues si no se estaría atentando contra la libertad en general, contra la libertad de empresa en particular. No obstante la teorización de la regulación del tamaño de las unidades de propiedad de la industria resguarda otros factores, los de la eficacia o efectividad necesaria para la producción, puesto que cualquier exceso, en este supuesto, provocaría ineficacia, despilfarro, desgaste, gasto. Sin embargo no todo es probabilísticamente demostrable por el derecho, por eso autores de importancia han intentado usar el análisis económico para demostrar que el análisis legal no siempre es coherente. (Themis, pág. 183).

No se puede olvidar que cuando se habla de competencia, este responde a factores económicos, por ello es necesario analizar el funcionamiento del sistema económico, puesto que "la ley es uno de los principales factores determinantes del desarrollo de la economía" (Themis, pág. 14).

La libertad de empresa permite descubrir cuáles podrían ser los problemas que se dan dentro del

mercado, en la práctica del mercado; así las empresas y el gobierno puede manejar, o intentar ello, "el problema de los efectos perjudiciales", al mercado y a la propia sociedad (Themis, pág. 15). Sin embargo si el Estado debe regular aquellos aspectos necesarios para que se anulen o minimicen los efectos perjudiciales del uso del mercado, esta regulación debe ser sólo la necesaria, reducida; y esto se puede hacer a través de crear, o en el caso del mercado, garantizar un sistema de clasificaciones, de niveles en el proceso de oferta demanda (Themis, pág. 16). Todo dentro de la realidad pues esta puede entrar en una contradicción con sus visiones (Themis, pág. 18). Claro está entonces la importancia de descubrir los factores que producen el movimiento social, económico, y jurídico, que puede ser explicado por el estudio de la ciencia, o de la naturaleza. Debiendo precisar que el Derecho no es un fenómeno natural, sino artificial, no es, en este sentido ciencia, descripción de una realidad existente, preexistente, constante y eterna, sino que es un sistema de regulación de conductas, pues así, "el Derecho no tiene un objeto natural: es un sistema de regulación de conductas, solución de conflictos antes que una ciencia. Su objeto lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre", y puesto que "Los conceptos jurídicos (..) son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe" (Cohen, 46-48, pág. 46).

Es claro, que la economía es un factor central en el análisis de las relaciones sociales, por ello, en las palabras de Gary Becker (Españoña, 1980, pág. 557) el enfoque económico tiene como núcleo central la

combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables (Themis, Revista de Derecho, pág. 20); puesto que de acuerdo a ello, "El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos) (Themis, Revista de Derecho, pág. 20). Así, las conductas estarían tal vez determinadas por los beneficios, por eso, se podría decir que "Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas conductas. Ello no indica, sin embargo, certeza. Solo indica tendencias (Themis, pág. 21). Esto nos permitirá desarrollar modelos de predicción "sumamente sofisticados", que pudieran conseguir predecir ciertas conductas con "asombrosos resultados en la práctica" (Themis, pág. 21). Sin embargo, no todas las conductas se pueden predecir por el estudio general del fenómeno, sino recordemos que "la inflación es un hecho que no depende de nadie en particular, pero sí de todos en general" (Themis, pág. 21); y es que es ya una fórmula que "cada vez que un consumidor decide comprar o dejar de comprar a un precio dado afecta la inflación (Themis, pág. 21).

Es necesario para lograr entender la libre competencia estudiar todos los factores que configuran el sistema económico, como la teoría de la *mano invisible*, por

ejemplo, en donde Adam Smith, acuñando esta palabra, indicaba que "mientras los individuos y las empresas están interesadas exclusivamente en su propio interés, a través de la competencia siempre se verán llevados —como si existiría una "mano invisible" —a promover el interés publico (Themis, pág. 55). Este sistema de regulación permite que "invisiblemente" se logre regular el mercado a través del interés particular; es decir, es una especie de externalidad, que no tiene que ver con el interés particular, sino que se desprende del interés personal. Y uno de los factores que permiten el desarrollo de este sistema es la competencia, que "ocasiona que los precios se reduzcan hasta el costo de producción, incluyendo las ganancias normales (Themis, pág. 56); fenómeno que permite una especie de "tendencia a la igualdad entre precios y costos explicados" que sería la competencia que es eficiente en criterio de los economistas (Themis, pág. 56).

Pero existe competencia no sólo cuando se trata de lograr un beneficio económico, o interés económico; puede existir competencia por lograr ciertos valores; así, "la competencia es esencial en todo aspecto de la vida, independientemente de la motivación y la organización de los productos, o si hay algún intercambio de dinero de por medio" (Themis, pág. 56). Por eso es que se explica que "el grado de competencia es más importante para el bienestar que la motivación y la estructura organizacional de los competidores. En otras palabras, la "mano invisible" opera no solo cuando los productores son empresas que buscan ganancias, sino también cuando son organizaciones sin fines de lucro tales como hospitales, instituciones de caridad,

cooperativas o incluso empresas gubernamentales como el servicio postal (Themis, pág. 56) .

La mano invisible funciona independientemente de las intenciones de los agentes de comercialización, y parece que los "fuerza, comúnmente en contra de sus propios instintos y deseos y en contraposición a su propio desinterés, a poner mayor atención en satisfacer las necesidades de sus consumidores» (Themis, pág. 56). Sin embargo, no todos creen en ello, y algunos "prefieren el puño visible del gobierno a la mano invisible de la competencia porque creen que esta disminuye, en lugar de aumentar, el bienestar general (Themis, pág. 56).

El Estado tiene una importante función en la distribución de la actividad empresarial, así maneja mercados que podrían denominarse cautivos, como la educación; no obstante puede suceder que "Este sistema de mercados cautivos permiten que sindicatos de maestros y funcionarios del gobierno dirijan las escuelas públicas y las manejen de acuerdo a sus propios intereses y no con los de los alumnos (Themis, pág. 58).

La libre competencia, hay que aclarar, no es factor natural del mercado, sino es un producto de la sociedad, es recogida por el mercado y por el Estado que tiene la necesidad de regularla para controlar la transferencia o transacciones comerciales; así, "El Derecho de la libre competencia surge de la imperiosa necesidad de proporcionar al Estado normas que le permitan controlar los excesos de los ofertantes en materia de

proporción, así como reprimir y castigar dichos excesos sentando las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado. Este derecho asume que la competencia debe ser defendida y que como bien jurídico no puede dejarse al libre albedrío de los agentes económicos. Igualmente que el mercado carece de los mecanismos de autorregulación que impiden distorsiones por conductas y que en esos casos el Estado debe intervenir como árbitro con reglas claras y transparentes (Flint, 2002, pág. 23). Un poco más clarificado se puede decir que, "como señala José Antonio Olaechea, el "Derecho de la libre Competencia se encuentra inmerso en el nuevo derecho del trafico económico que incluye tres disciplinas a saber: las normas sobre Competencia desleal, Defensa del Consumidor, Libre competencia (Flint, 2002, pág. 23). No debe olvidarse que el derecho regula conductas "que tienen su sustrato en un modelo económico", ya sea este el liberal, el socialista, etc.

Existen así las teorías de la competencia perfecta o imperfecta, como simbología matemática, no siendo estas más que eso, teorías, que pueden o no funcionar, pero que si se realizan sólo son temporales. Se cree que cuando existe competencia perfecta el mercado se encuentra en un estado de equilibrio, eso es medido por los sistemas de precios que reflejan "la relación de sustitución existente entre los distintos bienes y servicios (Flint, 2002, pág. 23). El modelo de competencia perfecta significa que existe entre otros elementos, plena información, además de compartida, y por último "simetría en los grados de poder de negociación" (Flint, 2002, pág. 24). La realidad

demuestra evidentemente que esto no es tan factible, pues no puede medirse los niveles de negociación como si fueran matemáticas, porque entran en la relación de negociación elementos subjetivos, que influyen directamente en el tipo de negociación o acuerdo entre las partes negociantes.

¿Cómo actúa el Estado para lograr la competencia perfecta en una sociedad determinada? Los doctrinarios dicen que es a través de "normar la estructura del mercado, y de sancionar las conductas que contravienen las reglas de la competencia, o que atenten contra la función protectora del mercado (Flint, 2002, pág. 24). Pero la actividad normativa del Estado respecto a la defensa de la libre competencia va más allá, en la protección normativa del consumidor (Flint, 2002, pág. 26). El Estado moderno combate también las economías mercantilistas o de influencias, en donde el éxito de la transacción no estaba en la competitividad sino en la conexión con el Estado, "que en virtud de esta relación podía elevar aranceles o prohibir importaciones con la finalidad de aislar mercados a favor de grupos de poder y distorsionar las reglas del mercado. (Flint, 2002, pág. 26). La intervención del Estado también es necesaria porque, de acuerdo a la historia, reseñado por los doctrinarios, no se puede permitir que las fuerzas de la oferta y la demanda operen libremente, porque sus fuerzas no siempre son equivalentes; el Estado interviene, en estos supuestos, para lograr el equilibrio. La libertad de empresa no puede existir si no existe libertad para elegir, de aquellos agentes económicos que participan activamente en las transacciones comerciales en el mercado, y si no existen reglas claras

sobre el tipo de actividad económica. Así, "La libre competencia se basa fundamentalmente en la libertad de elección(…) (Flint, 2002, pág. 28).

Para comprobar que existe libre competencia se puede definir si se encuentran los siguientes elementos:

- Libre información en los mercados
- Definición precisa sobre los derechos de cada quien respecto de los bienes y servicios que se transan en el mercado;
- Las garantías de ejecutabilidad de los pactos, y;
- El resarcimiento por daños que se ocasionen a terceros (Flint, 2002, pág. 29).

El hecho que exista competencia, y que esta se determine por el consumidor, obliga a las empresas a mantenerse alertas, actualizados "por captar las referencias del consumidor"; y hace que las empresas se mantengan "en un proceso dinámico de inversión y revisión de estrategias que es la mejor garantía para lograr niveles de competitividad globales (Flint, 2002, pág. 29).

Cuando no se pueden determinar los aspectos enunciados anteriormente, se puede decir que existe un mercado imperfecto, por lo que puede el Estado intervenir, específicamente en los siguientes casos:

- Altos costos de transacción;
- Posiciones monopólicas o prácticas restrictivas de la libre competencia, cuando los agentes económicos no cuentan con información suficiente para tomar sus decisiones o

- cuando existen externalidades en el consumo y producción de los bienes (Flint, 2002, pág. 29).

El Estado sólo debe intervenir para lograr un mercado que puede efectivizar en su movimiento los principios de la libre competencia. El Estado no puede intervenir por otros factores, ni menos puede competir con las empresas en forma desleal. Cabe agregar además que el protegido en la defensa de la competencia, es en todas las legislaciones el consumidor final. Este consumidor último puede ser estimulado y el Estado puede estimular o no el consumo, así, "Es aquí pues en el rol de los impuestos donde el Estado puede alentar y desalentar el consumo y sobre todo redistribuir la riqueza. El rol del Estado moderno es crear conciencia tributaria, aumentar la masa de contribuyentes y apoyar a los pobres (Flint, 2002, pág. 70) .

El Estado debe también facilitar y vigilar que exista efectivamente libre competencia, debe garantizar que no existan factores que la limiten, o cualquier posición dominante o monopólica. (Flint, 2002, pág. 73). Así también debe proteger la iniciativa privada porque si hablamos de "la libertad de empresa, (…) esta es una forma de ejercer la iniciativa privada." (Flint, 2002, pág. 73). Además, la libertad de empresa sólo se garantiza y protege si se ejercita de acuerdo con las exigencias de la economía general, de acuerdo con las exigencias sociales (Flint, 2002, pág. 75). Las libertades de empresa, comercio e industria están sujetas a ciertos límites: su ejercicio no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad publica (Flint, 2002, pág. 77).

14.- PROTECCIÓN A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.-

La libertad empresarial implica un tácito y expreso reconocimiento, garantía y hasta fomento de las actividades empresariales, es decir, de todas aquellos sistemas de interacción empresarial, que tienen su contexto dentro de todas las fases de dicha actividad, a ser, relaciones de aprovisionamiento de recursos, consumo, producción, distribución, y aquellas que se encuentran dentro de estas, dentro del libre juego de la oferta y la demanda, y legitimadas dentro de cierto orden jurídico. La actividad empresarial es el reconocimiento de la libertad empresarial, que tiene su margen sólo en la voluntad de empresario y de los límites por razones jurídicamente fundados en la organización social.

El ejercicio de la libertad empresarial, recogido dentro de los derechos de la persona a la libertad, es también susceptible de ser bloqueado, violentado, anulado y extinguido por diversas fuerzas racionales o de otra naturaleza, que en el ejercicio de la actividad humana se puedan presentar; fenómenos que evidentemente desnaturalizarían el marco general de la libertad empresarial como un instrumento del ser humano de potenciar y desarrollar su capacidad productiva, su voluntad productiva. Frente a estos fenómenos, la sociedad ha desarrollado diversos tipos de acción, o reacción, tanto legales como ilegales, para ser precisos. Esto es porque el empresario necesita asegurar, proteger y viabilizar siempre el ejercicio de su libertad empresarial. Al respecto Rodrigo Uría escribe, en un capítulo sobre la razón y fin de la protección de la actividad empresarial: “El concepto de empresario lleva

ínsita la idea de continuidad en el ejercicio de la empresa. Esta se ejercita para servir un fin duradero, para continuar mientras rinda utilidad económica. Por eso el empresario necesita disponer de medios legales de defensa contra posibles ataques al libre ejercicio de su actividad, a sus instrumentos de actuación y a sus posibilidades comerciales." (Uría, Decimo cuarta edición, pág. 55.)

Las normas que versan sobre la protección de la actividad empresarial, de la libertad de empresa, según refiere Rodrigo Uría son:

a) "Las que regulan los llamados derechos de propiedad industrial, que protegen en general el ejercicio de la actividad empresarial y el uso exclusivo de la patente y de los signos distintivos de aquella;
b) Las que defienden la libre competencia entre los empresarios;
c) Las que condenan la competencia ilícita;
d) Las que, integrando la llamada propiedad comercial, proporcionan a los empresarios, entre otras ventajas, la necesaria estabilidad o permanencia en el uso y disfrute de los locales arrendados para asentar sus establecimientos y mejor desarrollar sus negocios."

a) Los Derechos de Propiedad Industrial.-

La propiedad es, según nuestro ordenamiento jurídico, aquella facultad o poder, para usar, disfrutar, disponer, enajenar, o reivindicar un bien jurídico patrimonial. La propiedad industrial estaría dentro del marco de la productividad, de la industria. Rodrigo Uría refiere que

la propiedad industrial son "derechos de uso o explotación exclusiva, derechos absolutos o de exclusión (…), que solamente se adquieren por virtud de la inscripción en el Registro especial de esa propiedad." (Uría, Decimo cuarta edición, pág. 57). Es, pues, un derecho nacido después de creado, inventado, un producto, una industria, como un sistema de protección del agente productivo, inventor, institución, etc., que ha generado el producto. No es inmediato, sino "limitado" a la formalización de su "registro". Derecho supeditado a la prueba como antecedente de tal; distinto de otros derechos presumiblemente innatos como la vida (el cual no se necesita registrar para ser derecho, ni para ejercitarlo); derecho de disponibilidad, enajenable o extinguible. Es un derecho que protege al creador, y le confiere por la inscripción de dicha creación, las exclusividades de su uso y disfrute. El Derecho de propiedad industrial contiene normas de "carácter esencialmente tutelar o protector de la actividad empresarial", reafirmaría Rodrigo Uría.

El ordenamiento jurídico adhiere dentro de su cuerpo normativo todos aquellos instrumentos necesarios para garantizar este derecho; de tal forma que si es violentado, puede usarse las normas constitucionales, civiles o penales para lograr su efectividad, su indemnización, o penalización

El Derecho de propiedad industrial se extiende al derecho internacional, quien también lo tutela; así Rodrigo Uría escribe: "Por el Convenio de París de 20 de marzo de 1883 se constituyó la llamada Unión General para la Protección de la Propiedad Industrial, (…)

Posteriormente se revisó ese Convenio en la reunión de Bruselas, de 14 de diciembre de 1900; en la de Washington, de 2 de junio de 1911; en la de la Haya, de 6 de noviembre de 1925; en la de Londres, de 2 de junio de 1934; en la de Lisboa, de 31 de octubre de 1958 y en la de Estocolmo, de 14 de julio de 1967" (Uría, Decimo cuarta edición, pág. 59).

LA PATENTE DE INVENCIÓN.-

De acuerdo con Indecopi, "una patente es un título que otorga el Estado –a un titular- para ejercer el derecho exclusivo de comercializar un invento o invención (material o inmaterial) durante un periodo de vigencia determinado y en un territorio específico." (recuperado de: http://www.indecopi.gob.pe/servicios-Patentes-que-es.jsp).

Mientras tanto Rodrigo Uría escribe que "La patente es el título expedido por el Estado (a través del Registro de la Propiedad Industrial) que confiere al concesionario, por período improrrogable de veinte años, el derecho exclusivo o poner en práctica una determinada invención, de procedimiento o de producto, utilizando al efecto el objeto de la misma.". La patente es aquella formalización, legitimización, o constitución de un derecho exclusivo para "comercializar" un invento o producto.

La patente protege la invención, y puede lograrse, según Indecopi, a través de la Patente de invención, patente de modelo de utilidad y el secreto industrial. Por patente de invención, se entiende la "protección de un producto o un procedimiento"; por patente de modelo de utilidad

entendemos, según Indecopi, "Un modelo de utilidad es una invención de menor categoría relacionada a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita una mejora o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía."; y así también "El secreto industrial protege al invento de la revelación, adquisición o uso del secreto de una manera contraria a las prácticas leales de comercio. Por supuesto, nada le impide a una tercera persona llegar por sus propios medios a descubrir el secreto y, en ese caso, explotarlo libremente. / Cabe señalar que el secreto industrial no otorga un derecho exclusivo –a diferencia de las patentes- sino más bien es un 'monopolio de hecho', en ese sentido la duración de la protección es ilimitada aunque incierta, pues el invento estará protegido mientras se mantenga en secreto.".

CAPÍTULO XX: ALGUNAS CONCLUSIONES

Generalidades sobre las Conclusiones.-

Las conclusiones se han realizado en mérito al haber desarrollado las variables: a) Política Fiscal; y b) Libertad de Empresa. De allí se han definido conclusiones según indicador en tres tipos:

1) Conclusiones según indicadores normativos.-

Por las que se ha acudido al archivo digital de normas legales del Congreso de la República, ubicándose las normas dadas en referencia a "criterios de búsqueda" específicas como a) Normas legales sobre empresas (por tipo); b) Normas legales que afectan tributariamente a empresas; c) Normas legales que exoneran tributariamente a empresas. Las normas extraídas son desde el año 1912 hasta el año 2006. Técnica que utilizamos para recoger la historia normativa respecto a nuestra investigación. (La lista de normas se adjunta en Anexo de la presente tesis).

2) Conclusiones según indicadores por encuestas.-

Por la cual hemos recogido a través de encuestas personales, las opiniones de: a) Estudiantes en especialidades empresariales de la Universidad Privada de Tacna; b) Encuestas a profesionales de la Universidad Privada de Tacna; c) Encuestas a trabajadores de la Zofra Franca de Tacna, d) Encuestas a comerciantes o empresarios de los mercadillos de Tacna. Técnica que hemos utilizado para recoger la "experiencia" en los temas de nuestra investigación: Libertad de empresa y Política Fiscal.

3) Conclusiones según indicadores por jurisprudencia.-

Por la cual hemos recopilado un grupo de sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Fiscal, Poder Judicial, a fin de poder observar el "ejercicio procesal" o legal del derecho a la libertad de empresa y a la política fiscal.

La compilación de normas legales se ha realizado en dos grupos separados por variable de la siguiente forma:

A) Variable: Libertad de Empresa. Indicador: Sentencias:

1.- Sentencias del Tribunal Constitucional NRO. 01-TC-VLE-CLE-2003 al 2013-S:100
2.- Sentencias del Tribunal Fiscal NRO. 02-TF-VLE-CLE-2007 al 2013-S:165
3.- Sentencias del Poder Judicial NRO. 03-PJ-VLE-CLE-2011 al 2016-S:472
4.- Sentencias del Tribunal Constitucional N° 04-TC-VLE-CC-2007 al 2009-S:47

B) Variable: Política Fiscal. Indicador: Sentencias:

1.- Sentencias del Tribunal Constitucional N° 01-TC-VPF-CTE-1993 al 2011-S:85

2.- Sentencias del Tribunal Constitucional N° 02-TC-VPF-CIP-2004 al 2009-S:13

3.-Sentencias del Tribunal Constitucional N° 03-TC-VPF-CDT-2000 al 2012-S:81

4.- Sentencias del Tribunal Constitucional N° 04-TC-VPF-CCC-2000 al 2009-S:09

Total de sentencias analizadas: 972

Por lo que la visión intentó abarcar normas, valores, hechos, a fin de hacer una investigación lo más integral posible.

CONCLUSIONES SEGÚN INDICADOR: "NORMAS LEGALES"

I.- CONCLUSIONES SEGÚN INDICADOR: "NORMAS LEGALES" PARA LA VARIABLE: "POLÍTICA FISCAL".-

Habiendo utilizado como indicadores "normas legales" extraídas del Archivo Digital de normas legales del Congreso de la República, tomando como criterio de búsqueda la palabra "empresa" se han encontrado normas dentro del periodo comprendido desde el año 1912 hasta el año 2006, (La lista de normas se adjunta en Anexo de la presente tesis)siendo las conclusiones las siguientes:

1.- Conclusiones según indicador N° 1: "Número de normas tributarias (por tipos) respecto a las empresas".-

Habiendo realizado la búsqueda de normas en el Archivo Digital de normas legales del Congreso de la República, con el criterio de búsqueda: "empresa", se han encontrado 457 normas, dentro del periodo del año 1912 hasta el año 2006, las que hemos clasificado en Leyes, Decretos Leyes, Decretos Legislativos, Decretos

de Urgencia. Así el cuadro de resultados ha sido el siguiente:

TIPO DE NORMA	N° DE NORMAS	PORCENTAJE
Leyes	159	35%
Decretos Leyes	298	65%
Decretos Legislativos	0	00%
Decretos de Urgencia	0	00%
Otros	0	00%
Total	457	100%

De lo que se concluye:
a) Se han encontrado en el Archivo Digital de normas legales del Congreso de la República una cantidad de 457 normas que responden al criterio de búsqueda "empresa", que es el número de normas emitidas en el periodo del año 1912 al año 2006, es decir un promedio de 84 años. Lo que evidencia por un lado que no existe un registro digital del periodo anterior al año 1912; lo que dificulta la tabulación del curso histórico de la construcción normativa del concepto "empresa"; pero a la vez rebela también que si hubo evidente preocupación por el tema empresa en aquel margen de tiempo (1912-2006).

b) Del total de normas encontradas, 298 son "Decretos Leyes", que constituyen el 65% del total de normas, lo que significa un porcentaje mayoritario de emisión de normas dadas por gobiernos dictatoriales, que significa dos hechos: la sujeción del país a gobiernos de facto y la preocupación de los mismos por la regulación empresarial.

c) Del total de normas, 159 son "Leyes", que constituyen el 35% del total de normas encontradas, que evidencia que el Congreso de la República ha normado respecto a las empresas en un margen inferior a las dadas por el Poder Ejecutivo, siendo el Poder Legislativo el nexo representativo de la sociedad debería ser lo más cercano a la voluntad del mercado, de la voluntad general.

d) No se han encontrado "Decretos Legislativos", "Decretos de Urgencia" u otras normas, lo que representa que el Poder Ejecutivo no ha solicitado delegación de facultades para legislar, que no ha habido mayor preocupación del Poder Legislativo legítimo sobre el tema empresarial.

e) Si bien la información no muestra aún una contradicción al derecho a la libertad de empresa en forma directa, si muestra el poco interés o preocupación social por el tema empresarial, esto se puede entender dado que el mismo concepto de empresa recién se introdujo en la Constitución de 1979, por lo que su desarrollo como institución del derecho ha sido poca e insuficiente; y la desatención del fenómeno empresarial señala que la sociedad ha optado por otras opciones de productividad. Lo que demuestra una orientación o política fiscal indeterminada, o determinada por la condición mayoritaria de gobiernos de facto.

2.- Conclusiones según indicador 2: "Normas tributarias que afectan con tributos a las empresas".-

Habiendo realizado la búsqueda de normas en el Archivo Digital del Congreso de la República, con el criterio: "empresas", habiendo encontrado 461 normas, se ha clasificado según afecten con tributos a las empresas, obteniéndose los siguientes resultados:

TIPO DE NORMA	Afectan Tributariamente a Empresas	PORCENTAJE
Leyes	138	30%
Decretos Leyes	230	50%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	93	20%
TOTAL	461	100%

De lo que se concluye:
a) De un total de 461 normas, 230 son Decretos Leyes, que representan el 50%, que afectan tributariamente a las empresas, siendo el porcentaje mayoritario, lo que indica que la libertad de empresa por la política fiscal ha sido afectada por gobiernos de facto o dictatoriales. Lo que también supone la necesidad de los Estados De Facto del control de la actividad empresarial.

b) Del total de normas, 138 son Leyes, que representan al 30%, lo que significa que la representación de la política fiscal sobre la libertad de empresa ha sido asumida minoritariamente por el Congreso de la República, que es la entidad democrática enlace entre la

sociedad y el Estado. Lo que demuestra la dirección o política fiscal asistencialista, porque no libera a la empresa y la deja desenvolverse en el mercado, sino que lo llena de tributos.

c) El atentado contra la libertad de empresa a través de la política fiscal, tributación, es evidente, más si quien tiene la mayor proporción de normas emitidas que afectan tributariamente a la empresa han sido los gobiernos dictatoriales, a través de Decretos Leyes, lo que a su vez revela una dirección asistencialista, atentando contra la libertad de empresa.

3.- Conclusiones según indicador N°3: "Normas tributarias que exoneran de tributo a las empresas".-

De la búsqueda de 461 normas extraídas del Archivo Digital de normas del Congreso de la República, con criterio de búsqueda "empresas", se ha clasificado por normas que exoneran de tributos a las empresas, dando los siguientes resultados:

TIPO DE NORMA	Exoneran	PORCENTAJE
Leyes	23	5%
Decretos Leyes	60	13%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	10	2%
Afectan tributariamente	368	80%
TOTAL	461	100%

De lo que se concluye:
a) De 461 normas, se tiene que 60, que constituyen el 13%, son Decretos Leyes, provenientes de gobiernos de facto, que exoneran de tributos a las empresas, siendo este porcentaje mayoritario, lo que demuestra que la capacidad de exoneración no depende, en estos casos de la democracia, sino de la voluntad dictatorial, así la política fiscal utilizada ha afectado a la libertad de empresa.

b) De 461 normas, 23 son Leyes, que corresponden al 05%, que exoneran de tributos a las empresas, por lo que se demuestra el poco interés por legislar en materia de exoneración de tributos del Poder Legislativo, lo que atenta también contra el deber del Estado de promover y garantizar la libertad de empresa.

c) Siendo que del total de normas, 368, que corresponde al 80%, afectan tributariamente a las empresas, por lo que la aplicación de la política fiscal es aplicada inadecuadamente afectando a la libertad de empresa. Por lo que existe una baja aplicación de la política expansiva (exoneración de tributos), y una alta aplicación de la política restrictiva (aplicación de tributos).

II.- CONCLUSIONES SEGÚN INDICADOR: "NORMAS LEGALES" PARA LA VARIABLE: "LIBERTAD DE EMPRESA".-

Habiendo extraído las normas legales del Archivo Digital de normas del Congreso de la República, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1.- Conclusiones según indicador: "Número de normas empresariales (por tipo)".-

De un total de 457 normas encontradas en el Archivo Digital de normas del Congreso de la República, registrándose normas en un rango o periodo del año 1912 al año 2006, y con el criterio de búsqueda de "empresa", se ha obtenido los siguientes resultados:

Tipo de Norma:	N° de Normas	Porcentaje
Leyes	159	35%
Decretos Leyes	298	65%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	0	0%
Total	457	100%

De lo cual se concluye:

a) Que de 457 normas encontradas, se han dividido en Decretos Leyes y Leyes, constituyendo dos formas de legislación, por el Poder Ejecutivo De facto y por el Poder Legislativo Democrático; lo que representa que la política Fiscal respecto a la libertad de empresa ha sido manejada desde estos ángulos.

b) Del total de 457 normas, 298 normas son Decretos Leyes, constituyendo el 65%, representando al Poder Ejecutivo De Facto, o gobiernos dictatoriales, lo que representa que el instrumento de la política fiscal, para aplicarla respecto de la libertad de empresa –entre otros- ha estado manejada por gobiernos de facto, que por naturaleza son contrarios a la libertad y específicamente a la libertad de empresa.

c) Que, del total de 457 normas, 159, 35%, constituyen Leyes, es decir dadas por el Poder Legislativo, lo que significa que un factor minoritario representativo de la sociedad ha tenido la posibilidad de legislar en materia empresarial, lo que significa que la mayor posibilidad de legislación ha estado en poder de gobiernos de facto, y que el poder representativo legislativo no ha tenido la representividad necesaria o debida en materia empresarial, afectándose de esta manera a la libertad de empresa.

2.- Conclusiones según indicador: "Normas legales que afectan tributariamente a las empresas".-

De la clasificación de las normas extraídas del Archivo Digital de la pág. Web oficial del Congreso de la República, se ha obtenido el siguiente resultado:

TIPO DE NORMA	Afectan tributariamente a Empresas	PORCENTAJE
Leyes	138	30%
Decretos Leyes	230	50%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	93	20%
TOTAL	461	100%

De lo que se concluye:

a) De un total de 461 normas encontradas, 230 normas, que representan el 50%, son Decretos Leyes que afectan tributariamente a las empresas, lo que significa que la libertad de empresa ha sido afectada por la política fiscal de gobiernos dictatoriales.

b) Del total de normas, 138, que representan el 30%, son Leyes que afectan tributariamente a las empresas, lo que significa que incluso el Poder Legislativo ha utilizado su potestad para afectar la libertad de empresa, sea esta legítima o ilegítima.

c) De la sumatoria de Decretos Leyes y Leyes, resulta que 368 normas, que representan el 80% del total de normas, afectan a la libertad de empresa por la emisión de tributos a las empresas.

3.- Conclusiones según indicador: "Normas legales que exoneran tributariamente a las empresas".-

Del total de 461 normas encontradas en el Archivo Digital del Congreso de la República, se han dado los siguientes resultados:

TIPO DE NORMA	Exoneran	PORCENTAJE
Leyes	23	5%
Decretos Leyes	60	13%
Decretos Legislativos	0	0%
Decretos de Urgencia	0	0%
Otros	10	2%
Afectan tributariamente	368	80%
TOTAL	461	100%

De lo que se concluye:

a) De un total de 461 normas encontradas, se han dividido en Decretos Leyes, y Leyes, es decir, originadas en el Poder Ejecutivo De facto, y el Legislativo, respectivamente.

b) Del total de 461 normas, 60, son Decretos Leyes, que constituyen el 13%, lo que indica que ha sido mayoritaria la aplicación de la política fiscal de Gobiernos de Facto, respecto a empresas, siendo que no se ha encontrado Decretos Legislativos, que corresponden al Poder Ejecutivo Democrático.

c) Del total de normas encontradas, 23, que representan el 05%, son Leyes, lo que significa que han sido emitidas por el Poder Legislativo, que ha aplicado una política de exoneración de tributos a las empresas, por lo mismo se observa una minoritaria política exonerativa respecto a las empresas y su tributación.

CONCLUSIONES SEGÚN INDICADOR: "JURISPRUDENCIA"

Sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Fiscal y Poder Judicial
Variables: Libertad de Empresa y Política Fiscal
Operacionalización de los Indicadores jurisprudenciales

Las conclusiones siguientes se han obtenido operacionalizando las sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Fiscal, Poder Judicial, separadas en dos grupos, por variable, siendo un total de 972 sentencias analizadas, de acuerdo con los siguientes criterios:

A) Variable: Libertad de Empresa. Indicador: Sentencias:

Nº	Sentencias	Periodo	Cantidad
1	Sentencias del Tribunal Constitucional NRO. 01-TC-VLE-CLE	2003 al 2013	100
2	Sentencias del Tribunal Fiscal NRO. 02-TF-VLE-CLE	2007 al 2013	165
3	Sentencias del Poder Judicial NRO. 03-PJ-VLE-CLE	2011 al 2016	472
4	Sentencias del Tribunal Constitucional N° 04-TC-VLE-CC	2007 al 2009	47

B) Variable: Política Fiscal. Indicador: Sentencias:

Nº	Sentencias	Periodo	Cantidad
1	Sentencias del Tribunal Constitucional N° 01-TC-VPF-CTE	1993 al 2011	85
2	Sentencias del Tribunal Constitucional N° 02-TC-VPF-CIP	2004 al 2009	13
3	Sentencias del Tribunal Constitucional N° 03-TC-VPF-CDT	2000 al 2012	81
4	Sentencias del Tribunal Constitucional N° 04-TC-VPF-CCC	2000 al 2009	09

I.- CONCLUSIONES SEGÚN INDICADOR JURISPRUDENCIAL: LIBERTAD DE EMPRESA:

1.- **Conclusión del Indicador Jurisprudencial Nº 01-TC-VLE-CLE.-**

1.- De la operacionalización del indicador jurisprudencial Nª 01-TC-VLE-CLE, Sentencias del Tribunal Constitucional, marco Variable Libertad de Empresa, criterio de búsqueda: Libertad de Empresa, se

ha obtenido de cien (100) sentencias, 20 fallos declarados entre fundados y procedentes; y 80 fallos declarados Infundadas e improcedentes, lo que demuestra que la libertad de empresa no ha sido atendida en un 80% de casos, según la muestra. En conclusión hay atentado contra la libertad de empresa.

2.- Conclusiones del indicador jurisprudencial 02-TF-VLE-CLE.-

De acuerdo con la operacionalización de las sentencias del Tribunal Fiscal, en una cantidad de cien (100), con el criterio de búsqueda: "libertad de empresa", se han obtenido "fundados" treinta y seis (36), e "infundados" 129, de un total de 165 sentencias, lo que conduce que un porcentaje de 78.18 % mayoritario no acoge las peticiones a favor de la libertad de empresa, por lo que se afirma la vulneración al derecho a la libertad de empresa.

3.- Conclusiones del indicador jurisprudencial N° 03-PJ-VLE-CLE.-

De acuerdo con la operacionalización del indicador jurisprudencial N° 03-PJ-VLE-CLE, se ha tabulado cuatrocientos setenta y dos (472) sentencias del Poder Judicial, con el criterio de búsqueda "Libertad de Empresa", de donde se han obtenido ciento cuarenta y siete (147) fallos fundados, y trescientos veinticinco (325) fallos infundados, haciendo un porcentaje de 31.14 % favorable, y 68.85 % desfavorable para la pretensión de obtener el derecho a la libertad de empresa. Con lo que se confirma la hipótesis que se vulnera la libertad de empresa.

4.- **Conclusiones del Indicador jurisprudencial N° 04-TC-VLE-CC.-**

De acuerdo con la operacionalización de cuarenta y siete (47) sentencias del Tribunal Constitucional, con el criterio de búsqueda "Competitividad", dentro del marco de la variable "Libertad de Empresa", se han obtenido veintiún (21) fallos fundados, y veintiséis (26) fallos infundados; lo que representa el 44.68 % de demandas que acogieron el petitorio del derecho a la libertad de empresa, y un total de 55.31 % de peticiones declaradas infundadas. Lo que demuestra que el atentado contra la libertad de empresa es mayoritario.

II.- CONCLUSIONES SEGÚN NDICADOR JURISPRUDENCIAL: POLÍTICA FISCAL.-

1.- Conclusiones del Indicador jurisprudencial N° 01-TC-VPF-CTE.-

Se han operacionalizado ochenta y dos (82) sentencias del Tribunal Constitucional, seleccionadas con el criterio de búsqueda "Tributos a las empresas", dentro del marco de la variable "Política Fiscal"; y del cual se han obtenido fallos revocados 17, fundados 19, y 00 procedentes, haciendo un total de 36 fallos a favor de la empresa. Así se han obtenido fallos Confirmados 11, Infundados 24, e Improcedentes 11, haciendo un total de 46 fallos en contra de la empresa. Por lo que se confirma el atentado contra la libertad de empresa.

2.- **Conclusiones del Indicador Jurisprudencial N° 02-TC-VPF-CIP.-**

De trece (13) sentencias del Tribunal Constitucional, dentro del marco de la variable "Política Fiscal", y seleccionadas bajo el criterio de búsqueda "Inversión Pública", se tienen fundadas el 15.38 %, y procedente 00 %; asimismo se han obtenido fallos infundados el 53.84 %, e improcedente el 30 %; por lo que se tiene que fallos desfavorables a la empresa se han dado el 83.84 %.

3.- **Conclusiones del Indicador jurisprudencial N° 03-TC-VPF-CDT.-**

De un grupo de ochenta y un (81) sentencias del Tribunal, dentro del marco de la variable "Política Fiscal", seleccionadas con el criterio de búsqueda "Determinación Tributaria", se han obtenido fallos revocados 9.876 %, fundados 33.33 %, procedentes 00 %, haciendo un total favorable a la empresa de 42.919 %. En contrario se han obtenido fallos confirmados 3.703 %, infundadas 23.45 %, e improcedentes 29.62 %, haciendo un total desfavorable a la empresa de 58.810 %. Se comprueba la tendencia en contra del derecho a la libertad de empresa.

4.- **Conclusiones del Indicador Jurisprudencial N° 04-TC-VPF-CCC.-**

De la tabulación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en una cantidad de nueve (09) obtenidas dentro del marco de la variable "Política Fiscal", seleccionadas y obtenidas mediante el criterio de búsqueda: "Cobranza coactiva", se han obtenido fallos revocados el 22.22 %, y fundados 33.33 %, favorables a

las empresas; siendo que se han obtenido confirmados 00 % e infundadas el 44.44 %.

CONCLUSIONES TOTALES DEL ANÁLISIS DE SENTENCIAS

---------- ---------- ----------

CONCLUSIONES ARGUMENTATIVAS

1.- Sobre la Libertad de Empresa, la Economía social de mercado y el costo del Estado.-

Una sociedad que adopta un régimen económico denominado: "Economía social de mercado" (Constitución Política de 1993) pretende conciliar dos sistemas económicos aparentemente contrapuestos: el socialista y el capitalista; el estado de protección y planificación frente al mercado de libre economía. Estado y Mercado serían así las entidades económicas marco para la organización gubernamental de una sociedad. Esto parece haber sido producto de la historia y las variaciones económicas en el mundo. La idea de que debe existir un Estado papá (que todo lo protege, provee y regula) no es ya una concepción temporaria. Con Keynes se supo que la intervención del Estado era efectiva, pero sólo dentro de un esquema que pudiera sostener el mercado. Hayek, y luego Friedman, por otro lado, pensaban que el "libre mercado" era la mejor

fórmula para el gobierno de una sociedad, ambos de acuerdo con los planteamientos de Adam Smith que había profetizado que el interés individual (egoísmo) tenía sin pretenderlo efectos sociales que servían al bien común. La realidad parece haber demostrado que ni la total intervención del Estado (que llevaría a una dictadura del Estado – Estado socialista), ni el dominio absoluto del mercado (que llevaría a la dictadura del mercado – Estado capitalista) son las fórmulas "exactas" o "adecuadas" para el buen manejo del gobierno de la sociedad. De allí que la fórmula "economía social de mercado", pretende conciliar estas dos dimensiones aparentemente opuestas (Estado intervencionista vs. Libre mercado). Así pareciera haberse superado ya dichas contradicciones; sin embargo, si bien una y otra, Estado y Mercado, tienden a un mismo fin en diferente género, puesto que teóricamente la primera busca el bien común de la sociedad, mientras la segunda busca el bien común del individuo; no se puede afirmar que hayan sido superados los factores que permitan el total "desarrollo de la personalidad del individuo y por ende del colectivo". La vulneración a la libre empresa por parte de ambos sistemas es evidente en los hechos. La imposibilidad de ejercer plenamente el derecho a la libertad de empresa es una muestra de ello; puesto que existen diversos factores que prueban esto, desde los mentales (menosprecio, incredulidad, personalidad de riesgo, falta de personalidad autodeterminativa, etc.) hasta los materiales (costos de creación, operación, modificación y extinción de las empresas).

Además, cabe la aclaración que el simple hecho de la "existencia de un Estado" es ya una especie de

"intervención", y ésta no es teórica, puesto que pagar tributos es una realidad constante y permanente, por ejemplo. Y en todo Estado moderno los tributos son "ineludibles", pues se pagan de una u otra forma, a través del consumo, indirectamente, o por medio de la declaración de impuestos, o través de los tributos pagados desde nuestros empleadores (impuesto a la renta, etc.). Hay entonces en la concepción misma de la existencia del Estado una naturaleza "intervencionista" en la vida del individuo y de la sociedad. Sin embargo, volviendo al tema de "economía social de mercado", se entiende este no por su potestad de aplicar tributos al individuo, sino por su "facultad social", para "intervenir" en el mercado a fin de "equilibrar" el mismo en pro del "bien común".

Este "estado natural de intervención" del Estado, por su propia existencia, supone ya un "costo". Así, que el Estado "exista" representa materialmente "un costo"; lo que crea un primer "déficit", en las arcas del individuo y de la sociedad. Si el Estado me cuesta, si debe pagarse "tributos" al Estado, y esta actividad es irrefutable, entonces como consecuencia, estamos frente a un "Estado intervencionista", o que interviene en nuestra economía, libertad, en síntesis, "interviene en nuestra vida". La Libre empresa pasa primero, en este contexto, por el Estado, aquel que nos señala que al nacer debemos inscribir nuestro nacimiento, aquél que nos obliga a pagar tributos como el IGV (Impuesto General a las Ventas), etc. Estas "obligaciones para con el Estado", no se ponen en duda, no están "ratificadas por nuestra voluntad", y acaso sólo pueden ser discutidas luego de haber obtenido la mayoría de edad", con lo que queda,

en nuestro caso, dieciocho años de "déficit" o tiempo de "adhesión involuntaria" a los designios de lo que el Estado dispone; pues antes que nosotros, antes que hayamos incluso nacido, está el Estado. Adhesión sin voluntad o "ánimo de voluntad", no puede ser derecho. No puede sostenerse que las reglas que seguimos hasta los dieciocho años sean "derecho", sino "imputaciones", "obligaciones cataplastadas como naturales condiciones de existencia y convivencia". El estudio de la intervención del Estado en el derecho a la libertad de empresa nos ha llevado a dicha conclusión: el Estado es un "costo", representa un "costo" impuesto, que crea un primer déficit a la hora de tratar de ejercer nuestro derecho a la libertad de empresa como una extensión de nuestro derecho a la libertad ciudadana.

2.- Sobre la indeterminación de la Política Fiscal.-

Las políticas económicas han nacido como producto de la intención de regular la totalidad económica de una sociedad, por lo cual han asumido su característica de "macroeconomías", que es el estudio y diseño de la economía a nivel global o social; mientras que las economías individuales son sustantivadas como "microeconomías", para estudiar y objetivizar el estudio y tratamiento económico del individuo. Una Política Fiscal se encuentra dentro de las investigaciones y operaciones "macroeconómicas", para intentar regular y equilibrar el movimiento económico a niveles totales, globales, macros, aplicados a muchos y no sólo a un individuo. La Política Fiscal como un instrumento de la Política Económica que puede usar el gobierno representado por el representante de la voluntad popular (elecciones populares) cae siempre en el

ámbito de la indeterminación de su uso, pues bien el "gobernante", de turno puede tener una orientación política "socialista", o "liberal", política que significa en este contexto "criterio para gobernar". Siendo que la Política Fiscal responde a la "interpretación" de cuál es el camino correcto o más conveniente para el manejo económico de la sociedad, no puede determinarse cuál sea el rumbo de la aplicación de la Política Fiscal, sea ya restrictiva o expansiva. Al existir esta variabilidad de aplicación por su propia naturaleza (política fiscal restrictiva o política fiscal expansiva) y siendo ambas contrarias con un fin común "el equilibrio económico", es imposible determinar a ciencia cierta y siempre qué política fiscal se aplicará por el gobierno. La Política Fiscal puede consistir en reducir el gasto público y aumentar la recaudación de tributos (Política Fiscal restrictiva) en unos sectores; o aumentar el gasto público y reducir los tributos (Política Fiscal Expansiva) en otros sectores a la misma vez, o paralelamente. Por ejemplo, se dispone el arancel a cero para la importación de productos CIF Advalorem para productos como cierres de metal; y se eleva a 9 % para importación de insumos para hacer cierres de metal, como se observa de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 01405-2010-PA/TC. En este caso, por un lado se aplica una política de libre comercio, y por el otro, una política proteccionista. En ambos casos, sin embargo, se presenta un carácter común: intervención del Estado, para liberar o proteger (cerrar) el mercado. En ambos casos hay una "intervención del Estado", pero ésta sólo se puede dar en este extremo por la indefinición o dualidad contradictoria que reviste la misma

concepción de la "Política Fiscal" (restrictiva o expansiva).

3.- La Empresa, el Empresario y los mitos del pleno empleo.-

La empresa ha adquirido "personalidad" económica, política jurídica, sociológicas y hasta psicológica, porque no representa ya un objeto o acto de comercio, sino engloba, reúne, coordina o sistematiza recursos capitales, humanos, tecnológicos y organizativos. Esto ha sido gracias al afianzamiento también de la personalidad o perfil de lo que se constituyó como "empresario", que dejó de ser un mero "comerciante", para convertirse en una especie "especial" de individuo con características muy particulares, singulares, "exclusivas" y "autodeterminativas" para generar, a través de su emprendimiento y riesgo, riqueza, manejando los diversos factores de capital, trabajo, organización. Así, la actividad empresarial, y no sólo comercial, ha dado nacimiento a un ya no muy nuevo derecho: el derecho empresarial, que no sólo estudia ya al comerciante, quién transfiere bienes, sino al empresario, quién no es un trabajador, tampoco siempre o necesariamente el dueño de los medios de producción, sino, como dijera Slim, "un hombre –o mujer- de negocios". Asimismo, la empresa ha dado nacimiento a varios tipos subjetivos, individuos o colegiados de derechos: el capitalista, accionista, director, gerente, socios civiles, colectivos, comanditarios; así como a las Juntas Generales de Accionistas, Directorios, Gerencias, etc. Se han generado también –en términos de Geraldo Ataliba- nuevas "hipótesis de incidencias tributarias", "hechos

imponibles", de tal forma que incluso conceptos como "dividendos", "utilidades", "acciones", "participaciones", tienen un concepto tributario empresarial, como consecuencia de su creación económica, y legitimados como tales por el marco jurídico.

Por otro lado, incluso las categorías sociales para el éxito vienen siendo desmistificadas, puesto que para ser un empresario no se necesita tener "capacidades profesionales, académicas", sino tener "capital", ya sea por trabajo, herencia, etc., y ni siquiera se necesita que los dueños de la empresa se conozcan, por eso es impersonal, como en las sociedades anónimas; siendo además que la diversificación de las categorías sociales también se han acentuado, porque una nueva clase ha surgido, los emergentes, los empresarios, que no necesitan tener "condiciones académicas, culturales o de clase social", para constituirse como importantes ejes de poder; así se ha democratizado el acceso al éxito, de tal forma, incluso el camino que producía la "igualdad" a través de la educación para llegar al éxito ha sido superado en la realidad, por empresarios exitosos que han negado o desdeñado la estructura social que remite a un sistema educativo específico para el éxito. La inteligencia no se mide por los cursos, grados, títulos, coeficientes, o categorías mentales medidos científicamente. La ciencia ha sido desmentida por los emergentes, con principios básicos provenientes de los primeros actos de transacción, el comercio, como "comprar un producto, cualquiera que sea, y venderlo a un precio superior", operación que no requiere "inteligencia superior certificada, u oficializada estatalmente". La igualdad no es ya sólo un sistema de

"no discriminación a priori" (Debray), sino una posibilidad de "entrar en el mercado", y realizar "transacciones libremente". La igualdad es un mecanismo para tener posibilidad de acceso al mercado, y claro, para otras cosas más.

Por otro ángulo, podemos apreciar cómo la falta del cumplimiento del "pleno empleo" como exigencia atribuida a cumplirla al Estado (exclusivamente en un Estado socialista) y la "urgencia de satisfacer las necesidades", ha permitido el nacimiento de nuevas potencialidades como "el autoempleo", a través de la formación de miles de empresas individuales y colectivas informales, irregulares, que traspasando la legalidad, se han constituido en el motor de la economía, y promovido de mejor manera el equilibrio de desempleo y habitantes que el Estado. En naturaleza, la atención de treinta millones de habitantes para que tengan empleo, por cumplir con el principio de "pleno empleo" que tiene el deber el Estado de implementar es imposible por razones obvias como las matemáticas de productividad y necesidad.

4.- La Empresa y la nueva concepción de representación legislativa.-

La empresa y su evolución ha aperturado varios frente de discusión, como el de representatividad de la voluntad general (pacto social de Rousseau) por la que, por ejemplo, se establecen una serie de condiciones para constituir una empresa. Se tienen como medidas o modelos empresariales ciertas y únicas, a las que el individuo o el colectivo deben "someterse", si desean hacer una empresa. El esquema permite la elección

entre varias alternativas, pero no permite que se "construya" una propia a medida de las necesidades de los interesados en constituirse como empresarios. Así sólo se permiten las fórmulas económicas-jurídicas colectivas de: Sociedades Anónimas Abiertas o Cerradas), Sociedades Colectivas, Sociedades Civiles, Sociedades en Comandita, Sociedades Comerciales de Responsabilidad Limitada, cada cual con esquemas cerrados de organización de los factores de productividad: capital y trabajo. De aquella forma, unas empresas dejan de tener las ventajas de otras, y pueden también tener las desventajas que no les aquejan a otras. Así, no "libertad" en el sentido de "construir" una empresa, sino una especie de "libertad específica" de elegir un tipo determinado de empresa que poder "constituir". Así, si una persona quiere, en nuestro medio, constituir una empresa con patrimonio social constituido por acciones, pero no tiene "socios" en los que confiar o con quienes hacer la sociedad, por diversos motivos, no podrá constituir una empresa individual con los beneficios que trae tener un capital social constituido por acciones alícuotas e indivisibles y negociables. Esto ¿no constituye ya un límite y vulneración a su libertad de empresa, de constituir una empresa? Cabe resaltar que el origen de su "capacidad de constituir" un "tipo" determinado de empresa se encuentra "legislado", normado en leyes amparadas constitucionalmente, que el individuo no necesariamente ha "validado o aceptado con su voluntad", sino que más bien se ha "adherido" como sujeto integrante de determinado Estado. Así su voluntad para constituir "tipos empresariales", no ha sido reconocido y menos validado por su voluntad. No

podría decirse, en términos doctrinariamente técnicos que existe libertad si la decisión no parte de una acto voluntario de reconocer los tipos empresariales que incluso se han podido dar "antes de su nacimiento"; y ni siquiera el hecho que una nueva legislación apruebe nuevos "tipos empresariales", por un grupo de legisladores (130 en nuestro medio) puede satisfacer la voluntad necesaria del individuo para ejercer su libertad. La representación en este nuevo mundo moderno, o postmoderno, se ve truncado, y no deberá ya seguir, pues hay necesidad de inventar u organizar un nuevo tipo de "representación de la voluntad" de la sociedad, basada ya no en la mayoría sino en la individualidad, y en que todo individuo pueda tener derecho a su libre capacidad de constitución de valores, entidades y derechos, como son los "tipos de empresa" que van a regir en el medio o Estado en el que ha nacido y vive.

En una época como la nuestra donde la representación de la voluntad puede darse en forma instantánea, en tiempo real, a través del internet, es ya poco "representativo" ser representados en nuestra voluntad colectiva por un grupo mínimo de legisladores para hacer lo que su voluntad, dirigida a libre arbitrio y sin mayor control colectivo. No puede ser ya legítimo este sistema de "representación popular" que ejerce arbitrariamente –y esto sin pretensiones ofensivas sino técnicas- el Poder Legislativo (Congreso o sus congresistas). Sin embargo, no es este un análisis político, sino jurídico empresarial. Así que extendiéndonos en el asunto diremos que incluso la conformación del Congreso, por partidos políticos es

representada como un fenómeno "político", puesto que se trata del gobierno y de quienes administran cómo se va a gobernar legislativamente –en el caso del Congreso-. Sin embargo, siendo el fin el poder político, lo que parece más claro es que el poder político perseguido por los candidatos al Poder Legislativo es más perseguir un fin económico. Así, sin ensayar ninguna postura a favor o en contra de partido político alguno, si podemos observar cómo "actualmente" los partidos políticos funcionan como "empresas encapuchadas en la funda de la política" siendo en realidad medios para lograr "hacer negocios". No hay otra explicación para entender cómo un candidato gasta cantidades ultrasuperiores a las que piensa obtener en sus remuneraciones como congresista –de alcanzar el cargo-. Así, nos atrevemos a señalar, como cosa ya sabida pero no dicha con claridad aún. Matemáticamente no corresponden los gastos hechos en las campañas electorales con los montos obtenidos en remuneraciones en todo el periodo legislativo. Así que la única fórmula que aplica es la que explica que las candidaturas políticas, los mismos partidos políticos, y hasta el ejercicio político de dichos cargos, son tomados dentro de un esquema empresarial, salvo excepciones. Lo mismo parece suceder en las candidaturas a la presidencia de la república, a las gobernaturas de los gobiernos regionales, a las alcaldías provinciales y distritales: estrategias políticas para entrar en el "mercado del poder político"; y decimos "mercado". Se obtiene así el "monopolio del poder político" para "legislar", sin considerar que, desde la órbita de la economía ya se ha planteado que los monopolios son peligrosos en inconvenientes y hasta dañinos para el ejercicio de la libertad individual y

colectiva. De tal forma que diríamos, como resumen de esta parte, que hasta la política se ha "empresarializado"; siendo que esta concepción de empresa, es la única fórmula negativa que vemos, porque la empresa como regla es un fenómeno y factor por naturaleza "positivo" y autodeterminativo.

5.- Los costos de constitución como déficit en la empresa.-

La libertad de empresa se representa de varias formas, como la existencia de autonomía, iniciativa privada, libre competencia, competitividad, libertad de contratación, seguridad jurídica, etc. Ejercer la libertad de empresa se puede valorar en diferentes estados de la actividad empresarial, así en el inicio (constitución), operatividad (transacciones comerciales, etc.), extinciones (cierre de empresas o derecho concursal, etc.). En la primera etapa, la de la constitución de empresas que tiene como principio el acceso formal al mercado, nos encontramos con un fenómeno sugestivo, que antes de la formalización e inicio de las actividades empresariales, la empresa hace "promesas de deuda", o genera "hechos de adeudamiento"; estos se materializan en los costos de constitución ante abogado, por minuta, escritura pública ante notaría, e inscripción en los registros públicos. Actos todos ellos que representan un "costo" anterior a la vida de la empresa, y también una promesa de deuda con el Estado. Actos como minuta, escritura pública y registro podrían bien hacerse en un solo acto y ante una sola autoridad pública, como los registros públicos; pero el sistema expresa tres enclaves de seguridad jurídica, que no se discuten, sino se "aceptan" como "derecho de adhesión".

Así los costos se triplican; los costos por supuesto no sólo son económicos, sino burocráticos, institucionales, y lo más importante, existen "costos de tiempo de vida", que significa que usamos parte de nuestra vida (tiempo usado es vida gastada) en trámites de constitución, que podríamos usar en desarrollar nuestra libertad. Además de "gastar parte de nuestra vida", también gastamos parte de nuestra riqueza o dinero, son costos económicos. Esto nos lleva a algunas singularidades: constituir una empresa nos supone costos de vida y costos económicos.

Luego de finalizada la parte de constitución de la empresa, agregando los costos de búsqueda para saber elegir qué tipo de empresa vamos a constituir (que Ronald Coase explicara desde otro ángulo y ya en el mercado, como "costos de transacción", aquellos de búsqueda de la información para realizar la transacción), nos queda registrarnos en la Sunat para poder operar legalmente. Esto es el método o camino a seguir para "endeudarnos", para hacer "una promesa de deuda" ante el Estado, ¿bajo qué condiciones retributivas? Pues no lo sabemos bien, porque se pierden en lo que el Estado ha dado en denominar "servicios públicos básicos". Por este mecanismo, sin que el Estado nos haya vendido nada, nos registramos "voluntariamente" para prometer pagar por nuestras rentas (ganancias), antes incluso de haberlas obtenido. Es decir, entramos en déficit, deuda antes de tener siquiera ingresos en nuestra empresa. Luego vienen un sinnúmero de "pagos a cuenta de" no sabemos a cuenta de qué, pero que el Estado nos va "imponiendo" paulatinamente, por ejemplo, cuando crece la empresa

y tiene empleados, debemos asignar un dinero para la CTS, compensación por tiempo de servicios, otra cantidad por haber tenido una renta determinada, otra por la inscripción de los trabajadores que contratamos en el Ministerio de Trabajo, u oficina adecuada a este fin, etc. Es decir, son "compromisos de deuda", o "deudas a futuro", que tenemos sin haber recibido algún servicio público que lo justifique económicamente. Todos estos son a nuestro parecer una especie de "déficit", creado a la empresa desde su nacimiento hasta su extinción.

Por otro lado, se encuentran actualmente los mitos sobre la "recaudación fiscal", o la "conciencia fiscal" por la cual se intenta hacer creer que "tributar es un deber ciudadano patriótico", a tal grado que cuando se intenta rebajar los impuestos como el IGV, inmediatamente saltan como resortes hipótesis de que no se puede desfiscalizar al Estado, que el Estado necesita ingresos, y que estos tienen que ser específicamente a través de los impuestos. Si bien la concepción moderna del Estado ha establecido a priori un sistema de recaudación fiscal (tributaria) justificada en la prestación de servicios públicos que no podrían ser prestados por los particulares, entre otras razones, como la seguridad nacional, etc., Gary Becker explicaba que no hay que temerle a la reducción de la tributación, sino más bien habría que "reducir el gasto del Estado".

6. La preexistencia del Estado como costo.-

Una condición previa a cualquier análisis parece haber sido olvidado, el hecho que la pre existencia del Estado o la simple existencia del Estado es un factor de agresión a la libertad de empresa, por que el Estado es un

instrumento o entidad que siendo o no intervencionista requiere de ingresos para su subsistencia y estos los obtiene imponiendo tributos, impuestos a los ciudadanos, entre ellos a las empresas, afectando en este contexto siempre la libertad de empresa, porque no siendo una condición consensuada con el empresario y con su libertad no queda técnicamente otra consideración o categorización de lo que significa el Estado para la empresa y para su libertad empresarial. Este fenómeno se pierde en la concepción que estar dentro de un Estado es siempre regido por ciertos condicionamientos a los que las personas y las empresas –o las personas que conforman las empresas- se encuentran irresistiblemente adheridos u obligados; sin embargo si una condición de la conducta no ha sido ratificada por la voluntad, puesto que no se ha pedido autorización o permiso para imponer un tributo determinado a los directamente afectados (personas naturales o empresarios, etc.) no se puede legitimar el deber de contribuir con el Estado. Esto parece ni siquiera discutirse porque no se sabe otra forma que la ya instalada políticamente por la cual es el Congreso como ente representativo de la sociedad –y parte del Estado- quien crea los tributos, y en el caso del Poder Ejecutivo, puede crearlos por Decreto Legislativo, así también los gobiernos regionales, municipalidades pueden crear tasas, todo esto contenido en el Artículo 74º de la Constitución: "Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. / Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden

crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio. / Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación. / No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.**".** La Constitución deja en la facultad a pequeñas entidades de poder de la sociedad, que pueden crear tributos sin la necesidad de legitimización de toda la sociedad. Esto parece ser una constante que no se discute, sin embargo, creemos que debe implementarse un sistema para que toda la sociedad afectada pueda ratificar o limitar el poder del Estado de imponer tributos, más allá de los instrumentos legales existentes.

7.- La competencia en capitalistas y trabajadores.-

El filósofo Noam Chomsky escribía que "Los profesionales altamente remunerados están protegidos, ellos no tienen que competir con el resto del mundo en absoluto, y por supuesto el capital puede moverse libremente, los trabajadores, la mano de obra, no puede moverse libremente, pero el capital sí. Otra vez remitiéndonos a los clásicos como Adam Smith, él señaló que la libre circulación de la mano de obra es la base de cualquier sistema de libre comercio, pero los trabajadores permanecen en su gran mayoría

atrapados, los ricos y los privilegiados están protegidos, y las consecuencias son obvias." (Video: Réquiem por un sueño americano. Minuto 21:21. Noam Chomsky. Recuperado de la url: https://www.youtube.com/watch?v=mT0SUmrDQpY), por lo que tiene que determinarse si es que la libertad de empresa es para todos los individuos o se afirma de acuerdo a la personalidad y categoría económica del individuo. Chomsky explica que la competencia puede darse entre iguales económicamente, los capitalistas; pero el trabajador no tiene esta misma libertad de empresa, sino que tiene a lo más "libertad de trabajo", no es una entidad buscando hacer riqueza o exceso de economía, sino supervivir, para lo cual sólo tiene "su fuerza de trabajo", la libre competencia deja sólo se da para los que tienen la posibilidad de ejercerla en su camino de hacer empresa. La noción y diferencia entre empresario y trabajador es tan clara, que Chomsky señalaba: "He sabido que Henry Ford subió el salario de sus empleados para que pudieran comprar automóviles" (Recuperado de la url: https://www.youtube.com/watch?v=mT0SUmrDQpY).

8.- La riqueza de las naciones.-

La base del desarrollo del libre comercio aparece modernamente con Adam Smith, quien en el año de 1776 publica su máxima obra: "La riqueza de las naciones", en la cual presenta los fundamentos de abolición de la intervención gubernamental en asuntos económicos: "1) No a las restricciones a la manufactura, 2) No a las barreras al comercio, 3) No a los aranceles". Lo que pretende Smith es el libre comercio para el desarrollo de la economía de la nación; fundamentos

que pretenden darle al individuo y al mercado el manejo de las relaciones económicas a través de la oferta y la demanda, por la cual el individuo y no un intermediario (el Estado) pueda ser el real ente de transacción. Adam Smith pretende devolverle al individuo su capacidad de decisión sobre su vida, entre ellas, decisiones en su vida económica. Esta afirmación en la actualidad ha sufrido varias connotaciones importantes con las aplicaciones de diversas fórmulas para equilibrar la economía social o macroeconomía de una sociedad, como la economía proteccionista o intervencionista, la economía de mercado, llegando a una concertación en nuestro medio, como la economía social de mercado, que propone una función reguladora del mercado que se maneje por los individuos a través de la garantía de los derechos económicos, como la libre iniciativa privada, la libre competencia, la competitividad, la libre contratación, etc. El libre mercado sin aranceles que propone Adam Smith es en mérito a que el Estado imponga un monto para importar o exportar productos significaría una limitación a la libertad, voluntad propia del individuo para comerciar o hacer negocios libremente entre individuos de diferente país; siendo que la protección o aplicación de aranceles provoca un aumento en el "costo" de transacción.

9.- El uso del mercado.-

Uno de los principios básicos del uso del mercado y no del uso de la intervención del Estado es que el mercado tiene un menosprecio de la coerción, o dicho de otra manera, el mercado no interviene la coerción u obligación, sino la voluntad de hacer negocios; la oferta y la demanda no están sujetas a mandato imperativo ni

son obligatorias, sino se produce en el mercado por la voluntad, y éste sólo se puede desarrollar si existe libertad; así un intevencionismo produce sumisión o subordinación a la intervención del Estado a través de la coerción, mientras que el libre mercado supone el uso de la voluntad en libertad, y por lo tanto el desarrollo de la libertad empresarial.

10.- El nuevo concepto de empresa basado en la experiencia.-

La experiencia empresarial es una experiencia que sale incluso del propio concepto de empresa, porque esta no es la que determina al individuo, sino la actividad empresarial. Empresa no será, entonces, un concepto, sino una actividad, una experiencia, cambiante, mudable, reacomodable a las experimentaciones del mercado. El sujeto no puede ser tomado sólo como una persona, aislada e individual, sino debería considerarse también su noción como una empresa, es decir como una unidad de dominio, gobierno, producción, desde el cual aporta a la sociedad cierta condición para su supervivencia. Sin embargo, el ser humano actualmente no es tomado como empresa (potencia para desarrollar su personalidad productiva), sino como sólo un ente individual en el más reducido de sus significaciones, lo que menosprecia, sin advertirse, su posibilidad constante de desarrollo, su condición natural para el progreso (aprendió a vestirse, a construir casas, a fabricar celulares, a manejar trabajar sobre los genes, el ADN a descubrir y confeccionar o clonar ovejas, etc.). Así, el individuo se ha reducido a formarse como individuo y no como potencia empresarial, como cuerpo que perite y posibilita la expansión de la propia

personalidad. Nuestro afán es localizar las oposiciones entre el ser de la persona y su incapacidad para autogobernarse, para generar sus propios medios de subsistencia.

11.- Los desbordes de la concepción de empresa.-

Lo que hace un empresario no es tener conceptos en la mente, sino hace operaciones de síntesis, es decir "desborda lo que hay en el concepto", -concepto compra venta, por ejemplo-, y ejecuta la acción, realiza la transacción. Es decir, un empresario no maneja conceptos, sino operacionaliza estos haciendo síntesis, saliendo de ellos y decidiendo. Son estas decisiones operaciones de síntesis, operaciones. Así, los empresarios conocen, pero no como los teóricos, es decir con fórmulas gramaticales que describen el fenómeno empresarial, sino que salen del concepto. Conocer no es saber el concepto de algo, sino salir de él, descubrir la relación de ese concepto con la vida. El concepto compra venta sirve de mucho si no se sabe hacer una compra venta. "Por eso se dice que el que hace operaciones mercantiles o empresariales lo que se está haciendo es salir del concepto, para vivirlo". Aquél parece ser el gran problema de los académicos, pues se quedan en los conceptos. Al parecer el mismo fenómeno pasa con los abogados, "se quedan en los conceptos y no hacen síntesis" de los problemas que abordan, no desbordan los conceptos para experimentarlos a través de la síntesis, de la vida. Sin embargo, "El conocimiento es distinto a protocolos de experiencia". El conocimiento puede ser anterior a cualquier experiencia, es más lo determina. Por ejemplo decir que una línea recta es el camino más corto entre dos puntos

es una determinación anterior, apriori de la experiencia. No se necesita la experiencia para saber que la línea recta es el camino más corto entre dos puntos. Entonces se considera la libertad de empresa muchas veces quedándose en el concepto técnico, legal, imponiendo límites que muchas veces no pueden ayudar a solucionar los problemas planteados sino a confundirlos.

12.- La empresa como capital humano.-

El concepto moderno de empresa deja atrás la antigua concepción etimológica, del latín in-prehnsa (acción ardua y dificultosa), porque hoy la empresa no es sólo una "acción ardua y dificultosa", sino mucho más. La etimología ha dejado paso al uso, y en el caso de la empresa, el uso ha tecnificado a esta institución, la ha dotado de nuevos elementos que hoy son sus componentes centrales como organización y coordinación de "capital y trabajo". Además se ha determinado también cómo funciona la operación empresarial: producción, distribución, que son los primeros elementos. La etimología ya no es suficiente para entender a la empresa. La importancia de la etimología está en descubrir las razones y las funciones de esa creación, y no tanto en determinar el tiempo de creación. No es el tiempo, sino las razones y las funciones que asume a partir de esa creación lo que interesa cuando estudiamos una institución por su historia etimológica. Por lo mismo un empresario jamás se pregunta de donde nació la empresa. Eso sería un artilugio absurdo. Se pregunta más bien, "cómo y porqué" nació dicha empresa. El porqué explica los factores externos, la necesidad externa o social, es decir

la demanda, y todo empresario lo que siempre intenta descubrir es cuál es la demanda. La definición de empresa tiene como elementos a la "organización, producción, y la participación del capital y el trabajo"i. Se organiza tanto a las personas como a los recursos, con una finalidad específica. La idea de empresa, o su composición es más bien como una célula básica de la sociedad. Sin embargo, reemplaza a la empresa, por la familia, sería realmente eficaz. Porque la familia como célula básica de la sociedad no funciona, y no funciona porque no funciona como empresa. Es decir participación de capital y trabajo. Y cuando nos referimos al capital no estamos hablando únicamente de dinero o bienes, sino que incluimos en él al ser humano. El ser humano es un capital, porque capital es todo aquello que puede producir utilidades, ganancias, es una potencia, o un recurso. El ser humano es un capital, el capital humano.

SECCIÓN: LA EMPRESA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

1.- LA EMPRESA EN LA LGS.-

La empresa es una institución que es anterior al derecho, porque no se produce por el derecho, sino que el Derecho es el marco utilizado como instrumento para posibilitarla, desarrollarla o impedir que otros la limiten. Sin embargo, una empresa no puede existir fuera del marco de la ley, porque esta la perfecciona, la formaliza, la legaliza, la inserta dentro del mundo social jurídico y por lo tanto permite su perpetuidad. El marco legal es aquello que es cierto y posible realizar efectivamente; nada puede quedar de la empresa fuera del marco legal, así, una de sus expresiones normativas es la Ley General de Sociedades, que regula una clase de empresas, las societarias, la formada por dos o más personas, como son las Sociedades Anónimas, Las Sociedades Civiles, las Sociedades en Comandita, las Sociedades Comerciales. Este tipo de clases de empresas, denominadas «sociedades» son ciertamente específicos moldes para la constitución y actividad empresarial, para desarrollar la libertad de empresa,

que tienen en si un factor en común: todas tienen una finalidad económica, lucrativa; el objeto es desarrollar una actividad económica, pero la finalidad es tener economía, obtener un lucro, o ganancia, incluso más allá de lo necesario. El desarrollo de la libertad empresarial dentro de este marco ciertas características especiales, como que es una libertad empresarial «colectiva» o «colectivizada», por lo cual la voluntad, la responsabilidad, entre otros, también son «colectivizados", grupales.

2.- **LA LEGISLACIÓN DE SOCIEDADES.-**

La empresa en esta modalidad se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades – Ley N° 26887, publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de Diciembre de 1997.

LIBRO I.- Reglas aplicables a todas las sociedades

LIBRO II.- La Sociedad Anónima
- Sección primera.- Disposiciones generales
- Sección segunda: Constitución de la sociedad
  - Título I: Constitución simultánea
  - Título II: Constitución por oferta a terceros
  - Título III: Fundadores
  - Título IV: Aportes y adquisiciones onerosas
- Sección tercera: Acciones
  - Título I: Disposiciones generales
  - Título II: Derechos y gravámenes sobre acciones
- Sección Cuarta: Órganos de la sociedad
  - Título I: Junta General de Accionistas

Título II: Administración de la sociedad
Capítulo I: Disposición general
Capítulo II: Directorio
Capítulo III: Gerencia
Sección Quinta: Modificación del estatuto, aumento y reducción del capital
Título I: Modificación del estatuto
Título II: Aumento del capital
Título III: Reducción del capital
Sección Sexta: Estados financieros y aplicación de utilidades
Sección séptima: Formas especiales de la sociedad anónima
Título I: Sociedad Anónima Cerrada
Título II: Sociedad Anónima Abierta
Título III: Adaptación a las formas de Sociedad Anónima que regula la ley

Libro III: Otras formas societarias
Sección primera: Sociedad Colectiva
Sección segunda: Sociedades en Comandita
Título I: Disposiciones generales
Título II: Reglas propias de la sociedad en comandita simple
Título III: Reglas propias de la sociedad en comandita por acciones
Sección tercera: Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada
Sección Cuarta: Sociedades Civiles

Libro IV: Normas complementarias
Sección primera: Emisión de obligaciones
Título I: Disposiciones generales

Título II: Representación de las obligaciones
Título III: Obligaciones Convertibles
Título IV: Sindicato de obligaciones y representantes de los obligacionistas
Título V: Reembolso, rescate, cancelación de garantías y régimen especial
Sección segunda: Reorganización de sociedades
Título I: Transformación
Título II: Fusión
Título III: Escisión
Título IV: Otras formas de reorganización
Sección tercera: Sucursales
Sección Cuarta: Disolución, liquidación y extinción de sociedades
Título I: Disolución
Título II: Liquidación
Título III: Extinción
Sección quinta: Sociedades Irregulares
Sección sexta: Registro
Libro V: Contratos asociativos
Título final: Disposiciones finales
Disposiciones transitorias

3.- **LAS SOCIEDADES EMPRESARIALES.-**

La RAE define en este contexto a la *sociedad* como la "agrupación comercial de carácter legal que cuenta con un capital inicial formado por las aportaciones de sus miembros"; mientras que Manuel Ossorio señala: "En una definición comercial, la compañía o sociedad mercantil es un contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industrias, o alguna de estas cosas, para practicar actos de comercio,

con ánimo de partir el lucro que pueda corresponder y soportar asimismo las pérdidas en su caso"; a su vez Guillermo Cabanellas escribe: "Contrato en que dos o más personas ponen en común bienes o industria, para obtener una ganancia y repartirse los beneficios".

La Ley General de Sociedades regula la creación, modificaciones, funcionamiento y extinción de las sociedades *empresariales* específicas: 1) Sociedades Anónimas; 2) Sociedades en Comandita; 3) Sociedades Civiles; 4) Sociedades Comerciales de Responsabilidad Limitada. Por supuesto la Ley no designa en ningún momento que estás organizaciones sociales sean denominadas "sociedades empresariales", pero siendo que regulan también a otros tipos de empresas distintas a las sociedades, el término acuñado en este texto encaja perfectamente en definir un determinado tipo de organización social: la organización empresarial.

La Ley General de Sociedades – Ley 26887, define tácitamente a las Sociedades [empresariales] como aquella que se constituye por el convenio de las personas de aportar bienes o servicios para el ejercicio común de las actividades económicas" (Ar. 1 Ley 26887).

La Ley General de Sociedades – Ley 26887, fue publicada el 9 de diciembre de 1997. Cabe recordar las fechas de las normas más relevantes afines: 1) 1968: Código de Comercio, que entró en vigencia el 1 de enero de 1968; 2) 1984: El Código Civil (D. Leg. 295) entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984; 5) 1991: Código Penal (D. Leg. N° 635), publicado el 08 de abril de 1991;

3) 1992: Código Procesal Civil (D. Leg. N° 768) , promulgada el 4 de marzo de 1992, y modificada mediante Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, publicada el 22 de abril de 1993; 4) 1993: Constitución Política del Perú de 1993, entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993; 5) 1997: La Ley General de Sociedades – Ley 26887, publicada el 9 de diciembre de 1997; 6) 2004: Nuevo Código Procesal Penal, publicada el 29 de julio de 2004, entrando en vigencia el año 2006, progresivamente; 7) 2010: Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley N° 29571, publicado el 02 de septiembre de 2010; 8) 2021: Nuevo Código Procesal Constitucional – Ley 31307, publicada el 23 de julio de 2021.

Las sociedades empresariales pueden ser definidas como aquellas agrupaciones de personas que convienen en aportar bienes o servicios para desarrollar y lograr un beneficio económico.

La pluralidad de las modalidades o formas societarias, de sociedades empresariales, empresas está garantizada y prescrita en el Artículo 59 de la Constitución de 1993, en el título Rol Económico del Estado, que prescribe: “Artículo 59. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y libertad de empresa, comercio e industria. (…) promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”; así también específicamente la Constitución enuncia el Pluralismo Económico en su artículo 60 en la cual enuncia que el Estado reconoce el pluralismo económico y que la economía nacional se

sustenta en la "*coexistencia de diversas formas de empresa"* reconociendo a su vez la pluralidad de modalidades empresariales.

4.- LIBRO PRIMERO: REGLAS APLICABLES A TODAS LAS SOCIEDADES.-

4.1. Acuerdo societario de aportes bienes o servicios.-

La Ley General de Sociedades – Ley 26887, establece que una sociedad es aquella en la cual se constituye un acuerdo societario para aportar bienes y servicios, en mérito a una finalidad común de desarrollar una actividad económica. De esta prescripción podemos encontrar algunos elementos: 1) el acuerdo societario; que significa el acuerdo de las personas que realizan el mismo para constituir una sociedad, agruparse, juntar sus intereses, responder a un contrato económico; es decir, en este acuerdo societario se trata de realizar un contrato económico, que a diferencia del contrato civil, se trataría de un contrato que tiene una finalidad específica, la economía; siendo, sin embargo, que podría ser más apropiado el término de *contrato empresarial*, porque aquel concepto definiría a las partes contratantes: los empresarios, aquellos que aportan bienes o servicios con una finalidad económico, desarrollar economía, lucro. El acuerdo a su vez requiere un requisito previo: la voluntad, que significa el ejercicio de la libertad para asociarse, para realizar contratos. 2) aporte de bienes o servicios, que significa que el acuerdo tiene un contenido específico: el aporte de bienes o servicios, como factores o medios necesarios e indispensables no solo para la constitución

de la sociedad [empresarial] sino para que pueda darse forma a la constitución social, insumos e instrumentos para organizar la actividad económica, empresarial. Los bienes a que se refiere son aquellos que generen una rentabilidad, aquellos que sirvan el ejercicio de la actividad empresarial, como dinero, acciones, participaciones, bienes muebles, inmuebles, etc., así, los bienes en la Sociedad Anónima son las acciones, en las sociedades comerciales son las participaciones, etc. Los bienes son aquellos que componen el patrimonio de la sociedad, bienes intangibles, bienes tangibles. Siendo que la propiedad empresarial es un concepto más amplio, pues no solo abarca a los bienes que generan o representan un valor económico, una renta, sino también a los derechos y obligaciones o deudas.

Otra definición financiera de los bienes es clasificándolas en: a) bienes de capital; b) bienes de consumo. Los bienes de capital son "los activos, inversión destinada a servir de forma duradera en la actividad de la empresa", entrando en esta categoría los inmuebles, la maquinaria, las instalaciones, los activos, activo fijo, acciones financiadas en régimen de lising, arrendamiento financiero, modalidades de renting, el inmovilizado material (mesa, focos, etc.), el inmovilizado intangible, el know how (activo intangible que se trata del conocimiento específico y singular), la propiedad industrial, la marca, investigación y desarrollo, fondos de comercio, inmovilizado financiero, existencias (materia prima para vender) disponibles. Los bienes de capital son todos aquellos bienes que pueden o generan una rentabilidad, no son bienes finales, sino bienes intermediarios que tienen un

valor de cambio comercial, productivo, es un bien para el consumo de los clientes, son los "utilizados para llevar a cabo el proceso de producción", también denominados, activos, bien de equipo, capital físico, bien de producción, bien de inversión. B) los bienes de consumo son aquellos de uso directo y terminal.

Los aportes de servicios se refieren a los aportes en actividades para las satisfacción o requerimiento de la empresa. Los servicios son actividades intangibles, por lo que no son objetos sino acciones a favor del cliente, son inseparables de las personas que lo realizan, son actuales o de realización directa. El aporte de servicios se refiere a aquellos servicios que requiere la empresa, como los de contabilidad, asesoría legal, informática, etc. De esta manera las personas que se reúnen, vinculan y contratan para realizar una actividad empresarial en común,

El ejercicio en común de actividades se refiere a que los aportes y participación de los contratantes tienen la finalidad de realizar en común actividades económicas empresariales.

De acuerdo con Hundskopf exebiok, "La sociedad viene a ser una asociación de personas naturales o jurídicas reunidas por un contrato plurilateral, en virtud del cual nace un sujeto de derecho distinto a sus conformantes, con el objeto de que a través de su actuación colectiva, dicha entelequia provista de personalidad jurídica realice determinadas actividades económicas." (HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Las personas jurídicas con fin económico. En: Revista Ius et veritas, Año XI, N°

22, Lima, junio 2001) (Compendio Comercial y Societario peruano. Lex Soluciones S.A.C.).

La Ley General de Sociedad expresamente señala: "**Artículo 1.- La Sociedad.** Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas".

5.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.-

De acuerdo a esta norma (Art. 2 de la Ley 26887) se refiere a que las empresas, denominadas en el texto normativo indicado como *sociedades*, deben adoptar las formas establecidas en la misma, siendo estas las siguientes: 1) Sociedades Anónimas: a) Sociedad anónima cerrada; b) sociedad anónima abierta; 2) sociedades en comandita; 3) sociedades comerciales de responsabilidad limitada; 5) sociedades civiles.

Siendo que la actividad empresarial, las empresas también están regulada en otras normas, como 6) las empresas individuales de responsabilidad limitada, regulada mediante Decreto Ley N° 21621, publicada en fecha setiembre de 1976.

[El 7 de agosto del 2019 se emitió la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos Nº 162-2019-SUNARP-SN que autoriza nueva funcionalidad en el trámite de constitución de empresas por el sistema de intermediación digital de la SUNARP, que en términos simples significa que los notarios estaban autorizados para presentar los partes de

escrituras de constitución de empresas con firma digital.]

- La Ley General de Sociedades – Ley 26887, prescribe que la misma servirá como marco normativo *complementario, o suplementario* para otras sociedades que tengan un régimen especial, entonces deja este cuerpo normativo como norma suplementaria, es decir, para usarse en defecto o vacío de la norma específica o especial; sin embargo, es una cláusula abierta, porque no señala cuáles son esas otras sociedades comerciales a las que regularía suplementariamente. ¿Cuáles son? ¿Podría ser las cooperativas, las empresas individuales de responsabilidad limitada, las Cajas Municipales de ahorro y crédito, Cajas municipales de crédito popular, los bancos, las asociaciones de fondos de pensiones, las empresas bancarias, las empresas financieras, las entidades de desarrollo a la pequeña y micro empresa (EDPYME), las Cajas rurales de ahorro y crédito?

En la Ley General del Sistema Financiero – Ley 26702, estableció las siguientes modalidades de empresas: a) Empresas de operaciones múltiples; b) Empresas especializadas; c) Bancos de inversión; d) Empresas de seguros; f) empresas de servicios complementarios y conexos.

a) Las Empresas de Operaciones Múltiples se clasifican en: 1) Empresas bancarias, bancos, cuyo capital social mínimo de S/. 14 914 000,00; 2) Empresa financiera, capital social mínimo: S/. 7500 000,00; 3) Caja Municipal de Ahorro y Crédito, capital social mínimo: S/. 7500 000,00; 4) Caja Municipal de Crédito Popular,

capital social mínimo: S/. 4000000,00; 5) Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Micro Empresa – EDPYME, capital social mínimo: S/. 678000,00; 6) Cooperativa de Ahorro y Crédito autorizadas a captar recursos del público, capital social mínimo: S/ 678888,00; 7) Caja Rural de Ahorro y Crédito, capital social mínimo: S/. 678000,00.

b) Las Empresas Especializadas se clasifican en: 1) Empresas de capitalización inmobiliaria, con un capital social mínimo de S/. 4 000 000,00; 2) Empresas de arrendamiento financiero, con un capital social mínimo de S/. 2 440 000,00; 3) Empresas de factoring, con un capital social mínimo de: S/. 1 356 000,00; 4) Empresas afianzadora y de garantías, con un capital social mínimo de S/. 1 356 000,00; 5) Empresas de servicios fiduciarios, con capital social mínimo de S/. 1 356 000,00; 6) Empresas administradora hipotecaria, con capital social mínimo de S/. 3 400 000,00.

c) Los Bancos de Inversión, requieren para su funcionamiento un capital social mínimo de S/. 14 914 000,00.

d) Las Empresas de Seguros, se clasifican en: 1) Empresa que opera en un solo ramo (de riesgos generales o de vida), con un capital social mínimo de S/. 2 712 000,00; 2) Empresa que opera en ambos ramos (de riesgos generales y de vida), con un capital social mínimo de S/. 3 728 000,00; 3) Empresa de Seguros y de Reaseguros, con un capital social mínimo de S/. 9 491 000,00; 4) Empresa de Reaseguros, con un capital social mínimo de S/. 5 763 000,00.

e) Las Empresas de servicios complementarios y conexos se clasifican en: 1) Almacén General de Depósito, con un capital social mínimo de S/. 2 440 000,00; 2) Empresa de Transporte, Custodia y Administración de Numerario, con un capital social mínimo de S/. 10 000 000,00; 3) Empresa Emisora de Tarjetas de Crédito y/o de Débito, con un capital social mínimo de S/. 678 000,00; 4) Empresa de Transferencia de Fondos, con un capital social mínimo de S/. 678 000,00; 5) Empresas Emisoras de Dinero Electrónico, con un capital social mínimo de S/. 2 268 519,00

- En la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiera se estableció (Art. 12) que las empresas en las modalidades de 1) empresas de operaciones múltiples, 2) empresas especializadas, 3) bancos de inversión, 4) empresas de seguros, 5) empresas de servicios complementarios y conexos deberían constituirse con la forma societaria de *sociedades anónimas*, y tener previamente la autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros para su funcionamiento. (Compendio Comercial y Societario peruano. Lex Soluciones S.A.C.).

Sin embargo, mediante jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00429-2007-PA/TC, de fecha 04 de diciembre del 2009, se argumenta que "(…) el derecho de asociación no requiere ningún tipo de autorización administrativa a los efectos de configurarse como tal", siendo que la autoridad autoritativa solo supervisa de acuerdo a ley.

La aplicación suplementaria. - La aplicación suplementaria del Código Civil a las sociedades empresariales reguladas por la Ley General de Sociedades – Ley 26887, se encuentra analizada en la R. 064-2009-Sunarp-TR-T, en la cual se expresa: "(…)Por tanto, en aplicación del artículo IX del Título Preliminar (TP) del Código Civil (CC), el contrato de sociedad se rige supletoriamente por las disposiciones del Código Civil, 'siempre que no sean incompatibles con su naturaleza'. En materia específicamente contractual, esa supletoriedad es reiterada por el artículo 1353 del CC, en cuanto dispone que 'todos los contratos de derecho privado (no sólo los civiles), inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en (la) sección (referida al contrato en general), salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato'." (Sunarp, R. 064-2009-Sunarp-TR-T, feb. 13/2009. V. P. Rolando A. Acosta Sánchez). (Compendio Comercial y Societario peruano. Lex Soluciones S.A.C.). No obstante cabe aclara que el Art. IX del Título Preliminar del Código Civil literalmente prescribe: "**Artículo IX.-** Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza."; siendo que las sociedades son "contratos de sociedad, según esta interpretación.

- La regulación de la comunidad de bienes de las sociedades empresariales.- La Ley General de Sociedades prescribe en la última parte del artículo 2, que "la comunidad de bienes, en cualquiera de sus

formas, se regula por las disposiciones pertinentes al Código Civil".

Manuel Ossorio deriva el concepto de *comunidad de bienes* al de *copropiedad*, y esta a su vez al *condominio*, que significaría: "Condominio. Derecho real de propiedad, que pertenece a varias personas, por una parte indivisa, sobre una cosa mueble o inmueble. En el condominio, cada condómino puede enajenar su parte indivisa, y sus acreedores pueden hacerla embargar y vender antes de hacerse la división entre los comuneros. Se trata de una institución que siempre ha tenido importancia, pero que actualmente la ha adquirido mucho por el régimen de la propiedad horizontal (v.), en el cual los adquirentes de pisos o departamentos son propietarios exclusivos de ellos, pero mantienen un condominio inevitable sobre el terreno, muros exteriores, techo del edificio, escaleras comunes, ascensores, calefacción central, etc. Este condominio se rige por normas especiales.". La doctrina establece los tipos de comunidad de bienes en: a) comunidad de bienes voluntarios; b) comunidad de bienes incidentales. Siendo la primera la que se realiza por voluntad propia, como contratos de comunidad de bienes, etc. Mientras que la comunidad incidental es aquella que tiene su origen en un acto exterior o externo a las personas, como la condición de coheredero, la de los bienes del matrimonio en el régimen de sociedad de gananciales, etc.

Si bien la comunidad de bienes en una herencia, en el caso de sociedades, la sucesión indivisa no calificaría como socio al heredero, así lo interpreta resolución

registral siguiente: “La sucesión indivisa no califica como socio. "Si bien la comunidad de bienes es sujeto de derecho, ello no implica que sea una persona natural o jurídica (...), razón por la que no podría considerarse a la sucesión como un nuevo socio de la sociedad, no configurándose en el presente caso el supuesto previsto en el artículo 287 de la Ley General de Sociedades derogada y 290 de la actual ley". (R. 345-2001-ORLC/TR. 18.06.98). (Compendio Comercial y Societario peruano. Lex Soluciones S.A.C.).

La comunidad de bienes no solo enmarca a los derechos de propiedad, sino a la comunidad de otros derechos reales y otros derechos de crédito -explica Ana María Pérez Vallejo y refiere el Art. 551-1 del Código Civil de Cataluña que preceptúa que “existe comunidad cuando dos o más personas comparten de forma conjunta y concurrente la titularidad de la propiedad o de otro derecho real sobre un mismo bien o un mismo patrimonio”; concluyendo dicha autora que “puede colegirse que la comunidad de bienes existe siempre que un derecho o un conjunto de derechos contemplados en su unidad están atribuidos a una diversidad de miembros; esto es, a una pluralidad de personas cotitulares, correspondiéndoles en común. Por ello, deben concurrir «varias personas», mínimo dos, pero no existe límite máximo. Y pueden ser personas físicas y jurídicas concurriendo entre sí, o unas con otras, en el mismo momento temporal (simultaneidad); así, todos son titulares a la vez. Paralelamente, debe existir «unidad de la cosa objeto del derecho»; es decir, debe tratarse de un mismo bien o un mismo patrimonio que no esté dividido en partes

correspondientes a los titulares. Y es que la cuota que cada uno ostenta tiene un carácter ideal, y no se materializa sobre una parte concreta de la cosa común hasta el momento en que tenga lugar la extinción del condominio" (Ana María Pérez Vallejo. Notas sobre la comunidad de bienes: reglas básicas y algunas cuestiones litigiosas. url: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202018000100007).

Ámbito de aplicación de la Ley General de Sociedades.- El Ámbito de aplicación de la Ley General de Sociedades – Ley 26887, se encuentra regulado en su Art. 2: "**Artículo 2.- Ámbito de aplicación de la Ley.** Toda sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas en esta ley. Las sociedades sujetas a un régimen legal especial son reguladas supletoriamente por las disposiciones de la presente ley. / La comunidad de bienes, en cualquiera de sus formas, se regula por las disposiciones pertinentes del Código Civil".

- Nota: **Diferencia entre los miembros de la sociedad y los miembros de la empresa**.- El Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado hace una clara diferenciación y explica que "Los trabajadores y la administración son parte de la empresa y no de la sociedad".

6.- EL CONCEPTO DE EMPRESA.-

Un concepto de empresa amplia fue redactada en el Anteproyecto y Exposición de Motivos de la Ley Marco del Empresariado, en la cual se inserta el Libro I: La

empresa, que la define literalmente: "Se considera a la empresa el centro de interés del proyecto y se le define como la organización económica dedicada a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios. / A este respecto es necesario señalar que no se ha considerado incluir dentro del concepto de empresa la afirmación de que dicha organización económica, que conlleva una actividad económica, tiene fin de lucro, por cuanto pueden existir actividades empresariales que no persigan tal fin. Por ejemplo, una cooperativa de servicios realiza actividad económica y empresarial, pero no persigue finalidad lucrativa; una asociación puede ingresar al campo empresarial, pero el propósito que motiva su actividad no es el de percibir rédito a favor de los asociados, sino cumplir con la finalidad social que motivó su creación. / En los casos comentados, habrá empresa, pero no existirá fin lucrativo".

7.- MODALIDADES DE CONSTITUCION DE SOCIEDADES EMPRESARIALES.-

Constituir una empresa significa crear, fundar o iniciar una empresa, que puede hacerse en diversas modalidades, como unipersonales o asociadas. En nuestra legislación iniciar una empresa se puede hacer bajo dos modalidades: 1) como persona natural con negocio; 2) como persona jurídica.

Empresa como persona natural con negocio es aquella modalidad por la cual una persona natural[1] para abrir

[1] La persona es aquel sujeto de imputación de derecho y deberes según Marcial Rubio Correa. La persona tiene enunciado sus derechos principales en el Art. 2

un negocio unipersonal solo requiere tener su RUC, registro Único de Contribuyente y su licencia de funcionamiento municipal.

Empresa como persona jurídica, se requiere una minuta, escritura pública, inscripción en los Registros Públicos, sacar el Registro Único de Contribuyente (RUC) como persona jurídica, licencia de funcionamiento, tener los libros pertinentes y adoptar una de las modalidades empresariales (Sociedad Anónima, Sociedad Comercial de R.Ltda., Sociedad Civil, Sociedad en Comandita, etc.).

Si se opta por una persona jurídica la sociedad empresarial, de acuerdo a la Ley General de Sociedades – Ley 26887, puede constituirse por las siguientes formas: 1) constitución simultánea, dada en un solo acto de los socios fundadores; 2) constitución por suscripción pública o por oferta a terceros, que está reservada solo para las Sociedades Anónimas.

La constitución simultánea de una sociedad.- La constitución simultánea significa que los socios fundadores realizan en un mismo momento los siguientes actos: 1) se reúnen para constituir la sociedad; 2) los socios fundadores aportan el capital social o bienes para pagar el capital social; 3) establecen el estatuto de la sociedad; 4) suscriben la minuta; 5) suscriben la escritura pública.

---

de la Constitución de 1993, y en el Título II, arts. 3 y siguientes del Código Civil de 1984.

Modelo de constitución simultánea de la Sociedad Anónima.-

El escrito de constitución de sociedad anónima por la modalidad de constitución simultánea contiene las siguientes partes: 1) solicitud de constitución simultánea solicitada al Notario Público; 2) Nombres de los otorgantes, Documento Nacional de Identidad (DNI), nacionalidad, profesión, estado civil; 3) domicilio común de la sociedad; 4) manifestación de la libre voluntad para constituir la sociedad; 5) denominación de la sociedad anónima; 6) manifestación de la obligación de efectuar los aportes a la sociedad anónima para formar el capital social; 7) monto del capital de la sociedad; 8) división de las acciones nominativas; 8) determinación y señalamiento de las formas de pago de las acciones nominativas y su titular; 9) determinación de los bienes no dinerarios aportados a la sociedad en la cual se consignará: a) descripción de los bienes; b) criterio para la valorización; c) valor asignado; d) total de general de los aportes no dinerarios como aportes no dinerarios al capital social; 10) determinación de la competencia del Estatuto para regular a la sociedad anónima y en forma supletoria ante la falta de norma a la Ley General de Sociedades.

Estatutos de la constitución simultánea de la Sociedad Anónima.-

Los Estatutos de la Sociedad Anónima constituida simultáneamente tiene las siguientes partes: 1) denominación de la sociedad; 2) duración de la sociedad; 3) domicilio de la sociedad; 4) objeto social; 5) capital social; 6) acciones; 7) régimen de los órganos de la sociedad: a) junta general de accionistas; b) junta

obligatoria anula; c) el Directorio; d) la Gerencia; e) facultades de la gerencia; 8) modificación del estatuto; 9) aumento de capital; 10) reducción del capital; 11) Estados financieros de la sociedad; 12) aplicación de utilidades; 13) disolución de la sociedad; 14) liquidación de la sociedad; 15) extinción de la sociedad; 16) determinación del primer directorio; 17) designación del gerente general; 18) designación de subgerentes

Modalidades de constitución de una sociedad empresarial según la Ley General de Sociedades.-

La Ley General de Sociedades expresamente señala: "Artículo 3.- Modalidades de Constitución
La sociedad anónima se constituye simultáneamente en un solo acto por los socios fundadores o en forma sucesiva mediante oferta a terceros contenida en el programa de fundación otorgado por los fundadores. / La sociedad colectiva, las sociedades en comandita, la sociedad comercial de responsabilidad limitada y las sociedades civiles sólo pueden constituirse simultáneamente en un solo acto."

La regla general según esta Ley es que las sociedades empresariales se pueden constituir 1) constitución simultánea -a la misma vez- en un solo acto por todos los socios fundadores; 2) constitución sucesiva, en varios actos o momentos, mediante oferta a terceros. La misma norma prohíbe la constitución sucesiva por oferta a terceros de las siguientes formas empresariales: 1) sociedad colectiva, 2) sociedad en comandita; 3) sociedad comercial de responsabilidad limitada; 4) sociedades civiles, para quienes se

prescribe que solo pueden constituirse en forma simultánea, es decir, en un solo acto por todos los socios fundadores.

8.- **LA PLURALIDAD DE SOCIOS.-**

La pluralidad de socios significa que la sociedad empresarial debe estar conformada por lo menos por dos socios. Esta idea es para identificar que se trata de un tipo o modelo empresarial, que requiere la confluencia de dos o más factores de poder económico y productivo. La propia definición -sociedad- bastaría como marco que defina la composición de los recursos humanos o miembros de la sociedad. Sin embargo, la pluralidad de socios significa también el número plural a los que tendrá que relacionarse -ya sea para regularla, garantizar derechos, exigir deberes, etc.) el Estado y el Mercado. Sin embargo, las sociedades empresariales tienen una prescripción especial, se trata de sociedades conformadas por dos o más personas naturales o jurídicas, siendo que una persona natural puede constituir una empresa, puede entonces tener dos condiciones, la de ser persona natural o la de ser integrante de una persona jurídica, esta última a su vez puede ser de una o más personas.

Esta obligación de pluralidad de socios está concordada con diversos dispositivos legales, así en la Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros, se señala: "Ley 26702. ART. 50.—**Número mínimo de accionistas.** Las empresas de los sistemas financiero y de seguros organizadas como sociedades anónimas deben tener en todo momento, el número mínimo de accionistas que establece la Ley General de Sociedades".

(Compendio Comercial y Societario peruano. Lex Soluciones S.A.C.), siendo que la Ley General de Sociedades establece un mínimo de integrantes de las sociedades empresariales de dos personas (naturales o jurídicas).

Cabe una interrogante, respecto a si una persona que constituye o es miembro de una sociedad de dos personas y fallece, entonces la sociedad en el término de seis meses se disolvería si no se reconstituye en ese plazo, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley General de Sociedades. Otro caso en interrogante sería el de las sociedades de gananciales en los matrimonios. Si uno de los esposos constituye una sociedad, ¿se da por sentado que al tener derechos iguales entonces los esposos son también socios de la sociedad? Aquí debe aclararse que la sociedad conyugal de gananciales no significa participación en todos los actos de los cónyuges, sino que el patrimonio es de ambos.

Ahora bien, si la condición de las sociedades es que exista una pluralidad de socios, debe especificarse cuándo una persona se constituye efectivamente como socio.

La calidad de socio en las sociedades empresariales.-

Socio es una palabra que significa en principio, según lo señala la RAE, la "persona asociada con otra u otras para algún fin", el "individuo de una sociedad, o agrupación de individuos", pudiendo existir diversos tipos de socios: a) socio capitalista; b) socio industrial. Siendo el socio capitalista, según la RAE, la "persona que aporta el

capital a una empresa o compañía, poniéndolo a ganancias o pérdidas"; mientras que el socio industrial sería (según la RAE): la "persona que no aporta capital a la compañía o empresa, sino servicios o pericia personales, para tener alguna participación en las ganancias".

Manuel Ossorio señala: "Socio. Miembro de una asociación religiosa, política, sindical o de cualquier otra índole. | Afiliado a una agrupación. | Cada una de las partes en un contrato de sociedad, vínculo que origina numerosos derechos y deberes entre sí, con relación a la sociedad y con respecto a terceros, en las variedades diversas de las compañías civiles y mercantiles". Ossorio asimismo define los siguientes tipos de socios: 1) socio administrador; 2) socio aparente; 3) socio capitalista; 4) socio colectivo; 5) socio comanditario; 6) socio empleado; 7) socio industrial; 8) socio oculto; 9) socio ostensible.

Si tomamos como marco la Ley General de Sociedades, tendremos los siguientes tipos de socios: 1) Socios en las sociedades anónimas 2) socios en las sociedades en comandita; 3) socios en las sociedades comerciales de responsabilidad limitada; 4) socios en las sociedades civiles.

En las sociedades anónimas a los socios se les denomina "accionistas" y solo existen socios capitalistas y no se permiten los socios industriales.

En las sociedades colectivas, existen los socios capitalistas y socios industriales. Los socios responden

en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales. Al capital social se le denomina *participaciones*.

En las sociedades en comandita son conformadas por los socios colectivos y los socios comanditarios. Este tipo de sociedades puede ser a) sociedad en comandita simple; b) sociedad en comandita por acciones.

En las sociedades comerciales, está formada por socios y su capital en participaciones.

Calificación jurídica del socio.-

De acuerdo con la jurisprudencia (CS, Cas. 970-1996-Lima, set. 07/97), se establece que la calidad de socio no se obtiene con la sola suscripción, sino que se tiene que haber pagado el monto total del aporte requerido y haber sido conferido dicha calidad por la Junta General de Accionistas; siendo que el pago de parte del aporte no constituye ni da la calidad de socio, por lo que queda reservado su derecho a la propiedad de lo aportado, pero solo a la calidad de socio si cumple con todos los requisitos exigidos por la Ley General de Sociedades y el Estatuto, entre ellos el cancelar el íntegro del aporte; así se explica en la siguiente jurisprudencia: "JURISPRUDENCIA.—Calificación jurídica del socio. "Si bien de autos se aprecia que el accionante aportó una determinada suma de dinero con la intención de ser socio de la demandada, éste no cumplió con cancelar el íntegro del aporte requerido, por lo que no existió acuerdo de junta general de accionistas de incorporarlo como socio y los documentos obrantes a fojas 5 y 6 suscritos por los directores de la empresa Edegas S.A. no pueden conferirle la calidad de socio, sino ha existido un

previo acuerdo de junta general de accionistas, quedando a salvo el derecho del actor de reclamar las sumas de dinero que entregó con la finalidad de convertirse en socio de la demandada". (CS, Cas. 970-1996-Lima, set. 07/97), (Compendio Comercial y Societario peruano. Lex Soluciones S.A.C.).

Además, por lo general en los estatutos de la Sociedad Anónima consta que el titular de acciones de la sociedad le confiere la calidad de socio, socio accionista.

Detalles importantes a considerar:
Regla general de pluralidad: Toda sociedad requiere al menos 2 socios para constituirse y mantener sus operaciones. Si se queda con un solo socio por más de 6 meses, incurre en causal de disolución.

Sociedad Anónima Abierta (S.A.A.): La ley exige cumplir con ciertos requisitos para ser considerada abierta (por ejemplo: haber hecho oferta pública primaria de acciones, tener más de 750 accionistas, o que más del 35% del capital pertenezca a 175 o más accionistas).

9.- EL NÚMERO DE SOCIOS MÍNIMOS Y MÁXIMOS EN LAS SOCIEDADES EMPRESARIALES.-

Según la Ley General de Sociedades – Ley 26887:

1) Sociedad Anónima (S.A.). Mínimo: 2 socios; Máximo: sin límite;
1.a) Sociedad Anónima Cerrada (S.A.C.). Mínimo: 2 socios; Máximo: 20 socios;

1.b) Sociedad Anónima Abierta (S.A.A.). Mínimo: Más de 750 socios; Máximo: sin límite.

2.a) Sociedad Civil Ordinaria: Mínimo: 2 socios; Máximo: sin límite;
2.b) Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada. Mínimo 2 socios; Máximo: 30 socios.

3. a) Sociedad en comandita simple. Mínimo: 2 socios (mínimo 1 colectivo y 1 comanditario. Máximo: sin limites;

3.b) Sociedad en comandita por Acciones. Mínimo: 2 socios (mínimo 1 colectivo y 1 comanditario. Máximo: sin limites.

4) Sociedad Colectiva. Mínimo: 2 socios; Máximo sin límite.
5) Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada. Mínimo: 2 socios; Máximo: 20 socios.

10.- LA SUCESIÓN INDIVISA NO DA LA CALIDAD DE SOCIO.-

De acuerdo con la Resolución Registra. Nro. 345-2001-ORLC/TR. 18.06.98, se establece que una sucesión indivisa no da la calidad de socio, así se prescribe: "RESOLUCIÓN REGISTRAL.—La sucesión indivisa no califica como socio. "Si bien la comunidad de bienes es sujeto de derecho, ello no implica que sea una persona natural o jurídica (...), razón por la que no podría considerarse a la sucesión como un nuevo socio de la sociedad, no configurándose en el presente caso el supuesto previsto en el artículo 287 de la Ley General

de Sociedades derogada y 290 de la actual ley". (R. 345-2001-ORLC/TR. 18.06.98)" (Compendio Comercial y Societario peruano. Lex Soluciones S.A.C.); sin embargo, el Art. 290 de la Ley General de Sociedades prescribe la transmisión de las participaciones por sucesión, en la sociedades comerciales de responsabilidad limitada, señalando que "la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario, la condición de socio".

11.- LA EXCEPCIÓN A LA PLURALIDAD DE SOCIOS EN LAS SOCIEDADES EMPRESARIALES.- LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES.-

Existen algunas excepciones a la pluralidad de socios, la primera expuesta en el mismo artículo 4 de la Ley General de Sociedades, que expresa en su último párrafo, en la cual se refiere a las empresas estatales, asignándoles a éste como único socio, además la norma deja abierta la posibilidad para la excepción a la pluralidad de socios si es que se encuentran debidamente expresos en la ley. Algunas excepciones a la pluralidad de socios la encontramos son: 1) las subsidiarias de las empresas del sistema financiero; 2) las sociedades agentes de bolsa; 3) las empresas del Estado reguladas en: a) Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros; b) Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros; c) Ley del Mercado de Valores; d) Ley de la Actividad Empresarial del Estado, que se constituyen como sociedades anónimas sin exigírseles pluralidad de socios.

Específicamente las anteriores excepciones a la pluralidad de socios se encuentran en: 1) Ley N° 26702,

artículo 36 inciso 3); 2) Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobada a través del Decreto Supremo N° 93-2002, artículo 201; 3) Ley de la Actividad Empresarial del Estado, aprobada mediante Ley N° 24948, artículo 7°. (Compendio Comercial y Societario peruano. Lex Soluciones S.A.C.).

12.- LA SOCIEDAD EMPRESARIAL UNIPERSONAL DE FACTO.-

La regla que las sociedades empresariales sean conformadas por dos o más socios, y que la definición de *sociedad* explique dicha constitución como pluralidad de integrantes, no obstante existen en la legislación comparada y recién en la nacional, sociedades empresariales constituidas por una sola persona, como en los siguientes países: 1) En Alemania se contempla una sociedad de fundación unipersonal; 2) En Italia se tiene la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal; 3) en Colombia rige la Empresa Unipersonal; 4) en Francia, España, Dinamarca, Holanda, Portugal, Bélgica y Luxemburgo se tienen a las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada (Compendio Comercial y Societario peruano. Lex Soluciones S.A.C.).

En nuestro país la sociedad unipersonal solo se encuentra regulada en norma específica; siendo la regla general la condición de pluralidad de socios a riesgo de que la sociedad empresarial sea disuelta en caso se produzca alguna circunstancia de unipersonalidad (Art. 407 Ley 26887). No obstante, en la realidad, en los hechos -de facto- pueden configurarse diversas modalidades de sociedades empresariales

unipersonales: 1) El caso que la sociedad empresarial tenga como socio mayoritario absoluto, es decir, con un 99 % de la titularidad del capital social, siendo que "En la práctica, éstas son sociedades con un solo socio, más aún cuando el receptor de aquella reducida participación accionaria, entregada en ciertas ocasiones hasta gratuitamente por la matriz, suele ser el gerente general, el abogado o alguna otra persona de confianza vinculada a ella." (Compendio Comercial y Societario peruano. Lex Soluciones S.A.C.).

Puede suceder también que se interprete y actúe conforme a ley para mostrar la pluralidad de socios siendo en realidad que una sola persona es titular de una sociedad empresarial, así por ejemplo, una persona que constituye una empresa individual de responsabilidad limitada forma otra empresa, una sociedad empresarial, integrándola con dos socios: 1) el sujeto como persona natural; 2) el mismo sujeto como persona jurídica. Esto porque la norma establece que la sociedad empresarial puede constituirse con dos o más personas naturales o jurídicas. La base de esta constitución está en que la persona natural y la persona jurídica son reconocidas como distintas (Art. 78 CC), con lo que esta sería una forma de constituir legalmente una sociedad empresarial con una sola persona que hace en sus dos condiciones, como dos socios. (Compendio Comercial y Societario peruano. Lex Soluciones S.A.C.).

13.- LA PLURALIDAD DE SOCIOS EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.-

De acuerdo con la Ley General de Socios, se establece lo siguiente: "ART. 4°. Pluralidad de socios. La sociedad se

constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo. / No es exigible pluralidad de socios cuando el único socio es el Estado o en otros casos señalados expresamente por ley."

En la norma se establece expresamente: 1) pluralidad de socios; 2) tipo de personas facultadas para constituir sociedades empresariales: a) personas naturales; b) personas jurídicas; 3) plazo perentorio para reconstituir pluralidad de la sociedad empresarial; 4) determinación de la sanción de pleno derecho; 5) estipulaciones de excepciones a la pluralidad de socios: a) cuando se trata del Estado como único socio; b) cuando se expresa en la ley.

14**.- FORMALIDADES PARA LA CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES EMPRESARIALES.-**

Las formalidades para la constitución de las sociedades empresariales son:

1) Se constituye por escritura pública; 2) En la escritura pública se encuentra el pacto social y dentro de él el estatuto; 3) Para cualquier modificación se requiere escritura pública; 4) La escritura pública de constitución contiene el nombramiento de los primeros administradores, según la forma societaria; 5) Los actos anteriores se inscriben obligatoriamente en el registro del domicilio de la sociedad; 6) ante falta de escritura pública del pacto, cualquier socio puede demandar su otorgamiento mediante proceso sumarísimo.

La LGS prescribe: "Artículo 5.- Contenido y formalidades del acto constitutivo. La sociedad se constituye por Escritura Pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de éstos se requiere la misma formalidad. En la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores, de acuerdo con las características de cada forma societaria. / Los actos referidos en el párrafo anterior se inscriben obligatoriamente en el Registro del domicilio de la sociedad. / Cuando el pacto social no se hubiese elevado a escritura pública, cualquier socio puede demandar su otorgamiento por el proceso sumarísimo."

15.- PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS EMPRESAS.-

La personalidad jurídica es una condición que se adquiere por haberse constituido o revestido como persona jurídica, es decir, como ente ideal de imputación de derechos y deberes debidamente registrado legalmente.

Manuel Ossorio explica que la *Persona Jurídica* a los "sujetos de derechos y obligaciones atribuídos a personas que no son natural", esto solo puede ser a sujetos creado legalmente, que "tienen una finalidad definida (económica, social, cultural, deportiva, etc.) y que adopta para su funcionamiento. En caso de los seres humanos no existe finalidad, sino solo derechos y deberes, porque la existencia suple la necesidad de cualquier finalidad. Además, la persona jurídica al fijar una finalidad está determinando a la vez las razones de su existencia, de porqué ha sido creado.

Ossorio relata que se han propuesto substituciones para el tecnicismo de persona jurídica: "persona abstracta, artificial, civil, ficticia, incorporal, de existencia ideal, no física o moral", pero específica explica la dos tipos o clases de personas jurídicas, según la ley, 1) las de carácter público; 2) las de carácter privado.

Cabanellas escribe que Persona Jurídica es "Ente que, no siendo hombre o persona natural, es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (…), cabe agregar la nota activa de integrar siempre las personas jurídicas un grupo social con cierta coherencia y finalidad, con estatuto jurídico peculiar."[2]

Pero si persona jurídica es estatus legal, personalidad es una condición necesaria, formal y vinculante de toda persona jurídica, que le da a ésta formalidad y validez de su existencia y actos. En ese entendido las empresas, dentro del marco de la Ley General de Sociedades, como personas jurídicas, como sociedades, adquieren personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro, hasta que se inscriba su extinción. (Art. 6 LGS).

La personalidad jurídica es la formalización legal de la persona jurídica en los Registro Públicos respectivos, que le dan, desde su inscripción calidad de entidad de derechos y deberes, hasta su extinción, que debe ser también registrada en los Registros Públicos. Por la

[2] Noción que se encuentra en el Diccionario Jurídico de Cabanellas, cuya primera edición es del año de 1979. Esta noción tiene aparte un dato singular: Cabanellas se refiere a la persona jurídica diferenciándolo del hombre: "Ente que, no siendo el hombre…"; esto quiere decir que las nociones sobre el mundo y la vida giraban aún alrededor del hombre obviando la existencia de la mujer y la importancia de integrarla dentro de todos los discursos que se refieren sobre el ser humano. Es decir, el año 1979, fecha de la primera edición del Diccionario Jurídico de Cabanellas, estaba marcada por una aún indiferencia o exclusión de la mujer en el discurso jurídico.

personalidad jurídica la sociedad, la empresa, existe y tiene actos jurídicos válidos, legales.

La personalidad jurídica, entonces, se adquiere con el registro ante los Registros Públicos, que son los garantes de que una nueva entidad legal para nacer, existir y realizar actividades jurídicas, cumpla los requisitos de ley. De esta forma cada tipo societario, empresa, para adquirir *personalidad jurídica* debe cumplir requisitos específicos, básicamente son los siguientes: 1) Búsqueda y reserva de nombre de la empresa; 2) Minuta de constitución de la empresa; 3) Aporte de capital; 4) Escritura pública ante notario; 5) Inscripción de la sociedad en el Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos; 6) Adquirir un Registro Único del Contribuyente (RUC) para personas jurídicas ante la Superintendencia nacional de administración tributaria (SUNAT). Los requisitos específicos se dan de acuerdo al tipo o modelo de sociedad (Sociedad Anónima, Sociedad Civil, Sociedad en Comandita, Sociedad Comercial), donde la variabilidad es en el número de personas (de 2 a un número ilimitado), tipo de aportes o capital (en dinero, muebles, inmuebles, servicios), responsabilidad de los socios (ilimitada, mancomunada, limitada), conformación de sus órganos de gobierno (Asamblea General, Junta de Accionistas, Directorio, Gerencias), tipo de patrimonio (acciones, participaciones, aportes). Luego de cumplidos estos requisitos y llevado a cabo los pasos indicados, presentados ante los Registros Públicos, la inscripción y asentamiento en el libro es lo que le da a la sociedad empresarial "personalidad jurídica", es decir, recién allí se ha dado la constitución,

creación formal y otorgamiento legal de derechos y deberes, que significa la personalidad jurídica.

Por la personalidad jurídica se atribuye derechos y deberes a la sociedad empresarial como persona jurídica, es decir, como el producto de la reunión con fines económicos de dos o más personas, dejando su condición de personas naturales para ser, por esta conjunción una nueva persona artificial, con personalidad jurídica, resultando: 1) una reunión de voluntades; 2) creación de una entidad supra individual, colectiva; 3) creación de un objeto de imputación de derechos y deberes distinto a las personas que lo integran. Por lo tanto, se crean, en contrario con la voluntad y responsabilidad individual, la voluntad colectiva y responsabilidad colectiva a través de una tercera entidad producto de la sociedad empresarial; 4) se crea y define la diferencia entre la persona jurídica y sus miembros (que también la señala el Art. 78 C.C).

La LGS, expresamente prescribe: "**Artículo 6.- Personalidad jurídica.** La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción."

Cabría también anotar que respecto de la constitución de sociedades empresariales se cuenta con el Reglamento del Registro de Sociedades, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos Nº 200–2001–SUNARP–SN, de fecha 24 de julio del 2001.

16.- **ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN COMO PERSONA JURÍDICA O SOCIEDAD EMPRESARIAL.-**

La inscripción de la sociedad empresarial en los Registros Públicos, si bien da existencia legal de la persona jurídica, formaliza también los actos anteriores realizados por la empresa; así la inscripción tiene efectos presentes, futuros y también pasados sobre los actos de la empresa

Una sociedad empresarial antes de ser persona jurídica -es decir, formalizada legalmente en el sistema nacional de un Estado-, es un concierto de voluntades con fines económicos lícitos, es hecho empresarial antes que hecho legal; tiene la mayoría de los elementos de un acto jurídico sin ser aún tal, porque siendo el acto jurídico "la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas", requiere para ser válido: a) plena capacidad de ejercicio (agente capaz), b) objeto física y jurídicamente posible; c) fin lícito y, d) observancia de la «*forma»* prescrita por ley bajo sanción de nulidad (Art. 140 CC).

Sin embargo, los hechos empresariales, que aún no son actos jurídicos, por no revestir de la formalidad necesaria (estar inscritos en los registros públicos previamente como persona jurídica), son por los hechos, una realidad, un concierto de voluntades y actividades determinadas, premunidas de aquellas voluntades concertadas o colectivas, que tienen una finalidad económica, lucrativa. El hecho no formalizado legalmente no es descartado automáticamente, porque las fuentes del derecho, lo que le da la validez a una

conducta no es solo la forma, revestida de ley, sino existen otras fuentes, como la costumbre, que no necesariamente está formalizada legalmente pero sí es cumplida y aceptada por los que la realizan en mérito a ese fundamento: ser una costumbre, un hecho repetitivo en el tiempo del que quizá se haya perdido el rastro de su origen. (Luis Diez-Picazo).

Los actos societarios anteriores a la inscripción en los Registros Públicos pueden ser diversos, desde. 1) el pacto social, o acuerdo de voluntades de los socios de constituir una sociedad; 2) realización de los estatutos; 3) etc.

Tipos de Responsabilidad por incumplimiento de requisitos de validez de los actos empresariales.-
Ante el incumplimiento de los requisitos de validez en los actos empresariales o societarios surgen determinados tipos de responsabilidad de los actuantes frente a los que hayan contratado y terceros: 1) responsabilidad personal; 2) responsabilidad ilimitada; 3) responsabilidad solidaria. Por la primera la responsabilidad es de obligación de la persona; por la segunda, la persona responde con su patrimonio de forma ilimitada; por la tercera todos los actuantes están obligados ante la demanda cualquier contratante, por la totalidad de la obligación.

* (Sucesión Indivisa[3])

[3] Sucesión Indivisa. Es la transmisión de la masa hereditaria, patrimonio, bienes y servicios, del causante, fallecido, en forma conjunta, sin poder dividirse, a todos los herederos. A esta sucesión indivisa se encuentra regulada como «indivisión» en el Código Civil (Art. 844), como «Copropiedad de herederos», por la cual se prescribe que si existen varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de l herencia, en proporción a la cuota que tenga

17.- **EL CONTENIDO DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

La Ley General de Sociedades, Ley 26887, publicada el 9 de diciembre de 1997, prescribe el siguiente contenido:

LIBRO PRIMERO: REGLAS APLICABLES A TODAS LAS SOCIEDADES

1.- La sociedad
2. Ámbito de aplicación
3.- Modalidades de Constitución
4.- Pluralidad de socios.-
5.- Contenido y formalidades del acto constitutivo.-
6.- Personalidad Jurídica
7.- Actos anteriores as la inscripción.-
8.- Convenios entre socios o entre éstos y terceros.-
9.- Denominación o Razón Social.-
10.- Reserva de preferencia registral.-
11.- Objeto social.-
12. Alcances de la representación.-
13.- Actos que no obligan a la sociedad.-
14.- Nombramientos, poderes e inscripciones.-
15.- Derecho a solicitar inscripciones.-
16.- Plazos para solicitar las inscripciones.-
17.- Ejercicio de poderes no inscritos.-
18.- Responsabilidad por la no inscripción.-
19.- Duración de la sociedad.-
20.- Domicilio.-
21.- Sucursales y otras dependencias.-

derecho a heredar; así mismos la indivisión hereditaria se rigen por las normas de la copropiedad (Art. 845 CC).

21-A.- Voto por medio electrónico o postal.-
22.- Los Aportes.-
23.- Aportes dinerarios.-
24.- Gastos necesarios.-
25.- Entrega de aportes no dinerarios.-
26.- Aportes no dinerarios. Derechos de crédito.-
27.- Valuación de aportes no dinerarios.-
28.- Saneamiento de los aportes.-
29.- Riesgo de los bienes aportados.-
30.- Pérdida del aporte antes de su entrega.-
31.- El patrimonio social.-
32.- Responsabilidad del nuevo socio.-
33.- Nulidad del pacto social.-
34.- Improcedencia de la nulidad.-
35.- Pretensión de nulidad del pacto social. Caducidad.-
36.- Efectos de la sentencia de nulidad.-
37.- Terceros de buena fe.-
38.- Nulidad de acuerdos societarios.-
39.- Beneficios y pérdidas.-
40.- Reparto de utilidades.-
41.- Contratos preparatorios en sociedades.-
42.- Correspondencia de la sociedad.-
43.- Publicaciones, incumplimiento.-
44.- Publicaciones.-
45.- Plazos.-
46.- Copias certificadas.-
47.- Emisión de títulos y documentos.-
48.- Arbitraje.
49.- Caducidad.-

LIBRO SEGUNDO: SOCIEDAD ANONIMA
PRIMERA SECIÓN: DISPOSICIONES GENERALES.-

50.- Denominación.-
51.- Capital y responsabilidad de los socios.-
52.- Suscripción y pago del capital
52-A.- Derecho del accionista a información fuera de junta.-

SECCIÓN SEGUNDA: CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

TÍTULO I: Constitución Simultánea.-
53.- Concepto
54.- Contenido del Pacto Social.-
55.- Contenido del Estatuto.-

TÍTULO II: Constitución por oferta a terceros.-
56.- Concepto
57.- Programa de constitución.-
58.- Publicidad del programa.-
59.- Suscripción y desembolso del capital.-
60.- Intereses de los aportes dinerarios.-
61.- Convocatoria a asamblea de suscriptores.-
62.- Asamblea de suscriptores.-
63.- Mayoría y adopción de acuerdos por la asamblea.-
64.- Acta de la asamblea.-
65.- Competencia de la asamblea de suscriptores.-
66.- Otorgamiento e inscripción de la escritura de constitución.-
67.- Disposiciones de los aportes.-
68.- Extinción del proceso de constitución.-
69.- Aviso de extinción.-

TÍTULO III: Fundadores-
70.- Fundadores.-
71.- Responsabilidad de los fundadores.-
72.- Beneficios de los fundadores.-
73.- Caducidad de la responsabilidad de los fundadores.-

TÍTULO IV: Aportes y Adquisiciones onerosas.-
74.- Objeto del aporte.-
75.- Prestaciones accesorias.-
76.- Revisión del valor de los aportes no dinerarios
77.- Adquisiciones onerosas.-
78.- Pago de dividendos pasivos.-
79.- Efectos de la mora.-

80.- Cobranza de los dividendos pasivos.-
81.- Responsabilidad por pago de dividendos pasivos.-

SECCIÓN TERCERA: ACCIONES
TÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES
82.- Definición de acción.-
83.- Creación de acciones.-
84.- Emisión de acciones.-
85.- Del importe a pagarse por las acciones.-
86.- Obligaciones adicionales al pago de la acción.-
87.- Emisión de certificados de acciones.-
88.- Clases de acciones.-
89.- Indivisibilidad de la acción.-
90.- Representación de la acción.-
91.- Propiedad de la acción.-
92.- Matrícula de acciones.-
93.- Comunicación a la sociedad.-
94.- Creación de acciones sin derecho a voto.-
95.- Acciones con derecho a voto.-
96.- Acciones sin derecho a voto.-
97.- Preferencia de las acciones sin derecho a voto.-
98.- Acciones en cartera.-
99.- Suscripción de acciones en cartera.-
100.- Certificados y otras formas de representación de las acciones.-
101.- Limitaciones y prohibiciones aplicables a las acciones.-
102.- Transmisión de acciones afectas a obligaciones adicionales.-
103.- Opción para suscribir acciones.-
104.- Adquisición por la sociedad de sus propias acciones.-
105.- Control indirecto de acciones.-
106.- Préstamos con garantías de las propias acciones.-

TÍTULO II: Derechos y Gravámenes sobre acciones.-
107.- Usufructo de acciones.-

108.- Usufructo de acciones no pagadas totalmente.-
109.- Prenda de acciones.-
110.- Medidas cautelares sobre acciones.-

SECCIÓN CUARTA: Órganos de la Sociedad.-
TÍTULO PRIMERO: Junta General de Accionistas.-
111.- Concepto.-
112.- Lugar de celebración de la Junta.-
113.- Convocatoria a la Junta.-
114.- Junta Obligatoria Anual.-
115.- Otras atribuciones de la Junta.-
116.- Requisitos de la convocatoria.-
117.- Convocatoria a solicitud de accionistas.-
118.- Segunda Convocatoria.-
119.- Convocatoria Judicial.-
120.- Junta Universal.-
121.- Derecho de concurrencia a la junta general.-
122.- Representación en la Junta General.-
123.- Lista de asistentes.-
124. Normas generales sobre el quorum.-
125.- Quórum simple.-
126.- Quórum calificado.-
127.- Adopción de acuerdos.-
128.- Acuerdos en cumplimiento de normas imperativas.-
129.- Presidencia y Secretaría de la Junta.-
130.- Derecho de información de los accionistas.-
131.- Aplazamiento de la Junta.-
132.- Juntas Especiales.-
133.- Suspensión del derecho de voto.-
134.- Actas. Formalidades.-
135.- Contenido, aprobación y validez de las actas.-
136.- Acta fuera del libro o de las hojas sueltas.-
137.- Copia Certificada del Acta.-
138.- Presencia de notario.-
139.- Acuerdos impugnables.-
140.- Legitimación activa de la impugnación.-

141.- Intervención coadyuvante de accionistas en el proceso.-
142.- Caducidad de la impugnación.-
143.- Proceso de impugnación. Juez competente.-
144.- Condición del impugnante.-
145.- Suspensión del acuerdo.-
146.- Acumulación de pretensiones de impugnación.-
147.- Medida Cautelar.-
148.- Ejecución de la sentencia.-
149.- Sanción para el demandante de mala fe.-
150.- Acción de Nulidad, legitimación, proceso y caducidad.-
151.- Otras impugnaciones.-

TÍTULO SEGUNDO: Administración de la sociedad.-
CAPÍTULO I: Disposición General.-
152.- Administradores.-
152-A- Cargo de director.-

CAPÍTULO II: Directorio.-
153.- Órgano colegiado y elección.-
154.- Remoción.-
155.- Número de Directores.-
156.- Directores suplentes o alternos.-
157.- Vacancia.-
158.- Vacancias múltiples.-
159.- Cargo personal y representación.-
160.- Calidad de accionista y persona natural.-
161.- Impedimentos.-
162.- Consecuencias del impedimento.-
163. Duración del Directorio.-
164.- Elección por voto acumulativo.-
165.- Presidencia.-
166.- Retribución.-
167.- Convocatoria.-
168.- Quórum de asistencia.-
169.- Acuerdos. Sesiones no presenciales.-

170. Actas.-
171.- Ejercicio del cargo y reserva.-
172.- Gestión y representación.-
173.- Información y funciones.-
174.- Delegación.-
175.- Información fidedigna.-
176.- Obligaciones por pérdidas.-
177.- Responsabilidad.-
178.- Exención de responsabilidad.-
179.- Contratos, créditos, préstamos o garantías.-
180.- Conflicto de intereses.-
181.- Pretensión social de responsabilidad.-
182.- Pretensión individual de responsabilidad.-
183.- Responsabilidad penal.-
184.- Caducidad de la responsabilidad.-

CAPÍTULO III: Gerencia.-
185.- Designación.-
186.- Duración del cargo.-
187.- Remoción.-
188.- Atribuciones del gerente.-
189.- Impedimentos y acciones de responsabilidad.-
190.- Responsabilidades.-
191.- Responsabilidad solidaria con los directores.-
192.- Contratos, créditos, préstamos o garantías.-
193.- Designación de una persona jurídica.-
194.- Nulidad de la absolución antelada de responsabilidad.-
195.- Efectos del acuerdo de responsabilidad.-
196.- Responsabilidad penal.-
197.- Caducidad de la responsabilidad.-

SECCIÓN QUINTA: Modificación del Estatuto, Aumento y Reducción del Capital.-

TÍTULO I: Modificación del Estatuto.-
198.- Órgano competente y requisitos formales.-

199.- Extensión de la modificación.-
200.- Derecho de separación del accionista.-

TÍTULO II: Aumento de capital.-
201.- Órgano competente y formalidades.-
202.- Modalidades.-
203.- Efectos.-
204.- Requisito previo.-
205.- Modificación automática del capital y del valor nominal de las acciones.-
206.- Delegación para aumentar el capital.-
207.- Derecho de suscripción preferente.-
208.- Ejercicio del derecho de preferencia.-
209.- Certificado de suscripción preferente.-
210.- Constancia de suscripción.-
211.- Publicidad.-
212.- Oferta a terceros.-
213.- Aumento de capital con aportes no dinerarios.-
214.- Aumento de capital por capitalización de créditos.-

TÍTULO III: Reducción del capital.-
215.- Órganos competentes y formalidades.-
216.- Modalidades.-
217.- Formalidades.-
218.- Plazo para la ejecución.-
219.- Derecho de oposición.-
220.- Reducción obligatoria por pérdidas.-

SECCIÓN SEXTA: Estados financieros y aplicación de utilidades.-
221.- Memoria e información financiera.-
222.- La memoria.-
223.- Preparación y presentación de estados financieros.
224. Derecho de información de los accionistas.-
225.- Efectos de la aprobación por la junta general.-
226.- Auditoria externa.-
227.- Auditorias especiales.-

228.- Amortización y revalorización del activo.-
229.- Reserva Legal.-
230.- Dividendos.-
231.- Dividendo obligatorio.-
232.- Caducidad del cobro de dividendos.-
233.- Primas de capital.-

SECCIÓN SÉTIMA: Formas especiales de la Sociedad Anónima
TÍTULO I: Sociedad Anónima Cerrada
234.- Requisitos de la Sociedad Anónima Cerrada.-
235.- Denominación.-
236.- Régimen.-
237.- Derecho de adquisición preferente.-
238.- Consentimiento por la sociedad.-
239.- Adquisición preferente en caso de enajenación forzosa.-
240.- Transmisión de las acciones por sucesión
241.- Ineficacia de la transferencia.-
242.- Auditoria externa anual.-
243.- Representación en la junta general.-
244.- Derecho de separación.-
245.- Convocatoria a Junta de Accionistas.-
246.- Juntas no presenciales.-
247.- Directorio facultativo.-
248.- Exclusión de accionistas.-

TÍTULO II: Sociedad Anónima Abierta.-
249.- Definición de Sociedad Anónima Abierta.-
250.- Denominación.-
251.- Régimen.-
252. Inscripción.-
253.- Control de CONASEV
254.- Estipulaciones no válidas.-
255.- Solicitud de convocatoria por los accionistas.-
256.- Derecho de concurrencia a la junta.-
257.- Quórum y mayoría.-
258.- Publicación de la convocatoria.-

259.- Aumento de capital sin derecho preferente.-
260.- Auditoria externa anual.-
261.- Derecho de información fuera de Junta.-
262.- Derecho de separación.-
262-A.- Procedimiento de protección de accionistas minoritarios.-
262-B.- Solicitud de entrega de los títulos representativos de acciones y(o dividendos.-
262-C.- Supervisión de la CONASEV
262-D.- Del análisis y certificación.-
262-E.- Gastos de difusión.-
262-F.- Solución de controversias y procedimientos de reclamación.-
262-G.- Efectos de la resolución de la CONASEV.-
262-H.- Sanciones y disposiciones de la CONASEV.-
262-I.- Obligación de los fiduciarios a efectuar difusiones para proteger a los accionistas minoritarios.
262-J.- Excepción de la publicación

TÍTULO III: ADAPTACIÓN A LAS FORMAS DE SOCIEDAD ANÓNIMA QUE REGULA LA LEY
263.- Adaptación de la sociedad anónima
264.- Adaptación de la sociedad anónima cerrada o sociedad anónima abierta

LIBRO TERCERO: Otras formas societarias

SECCIÓN PRIMERA: Sociedad Colectiva.-
265.- Responsabilidad.-
266.- Razón social
267.- Duración
268.- Modificación del pacto social
269.- Formación de la voluntad social
270.- Administración
271.- Transferencia de las participaciones
272.- Negocios privados
273.- Beneficio de excusión

274.- Derechos de los acreedores de un socio
275.- Prórroga de la duración de la sociedad
276.- Separación, exclusión o muerte de socio
277.- Estipulaciones a ser incluidas en el pacto social

SECCIÓN SEGUNDA: Sociedades en Comandita.-
TÍTULO I: Disposiciones Generales.-
278.- Responsabilidad
279.- Razón social
280.- Contenido de la escritura de constitución

TÍTULO II: Reglas propias de la sociedad en comandita simple.-
281.- Sociedad en comandita simple

TÍTULO III: Reglas de la Sociedad en Comandita por Acciones.-
282.- Sociedad en comandita por acciones

SECCIÓN TERCERA: Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada.-
283.- Definición y responsabilidad
284.- Denominación
285.- Capital social
286.- Formación de la voluntad social
287.- Administración: gerentes
288.- Responsabilidad de los gerentes
289.- Caducidad de la responsabilidad
290.- Transmisión de las participaciones por sucesión
291.- Derecho de adquisición preferente
292.- Usufructo, prenda y medidas cautelares sobre participaciones
293.- Exclusión y separación de los socios
294.- Estipulaciones a ser incluidas en el pacto social

SECCIÓN CUARTA: Sociedades Civiles.-
295.- Definición, clases y responsabilidad
296.- Razón social

297.- Capital social
298.- Participaciones y transferencia
299.- Administración
300.- Utilidades y pérdidas
301.- Junta de socios
302.- Libros y registros
303.- Estipulaciones por convenir en el pacto social

LIBRO CUARTO: Normas complementarias.-
SECCIÓN PRIMERA: Emisión de obligaciones.-
TÍTULO I: Disposiciones Generales.-
304.- Emisión
305.- Importe
306.- Condiciones de la emisión
307.- Garantías de la emisión
308.- Escritura pública e inscripción
309.- Régimen de prelación
310.- Suscripción
311.- Emisiones a ser colocadas en el extranjero
312.- Delegaciones al órgano administrador

TÍTULO II: Representación de las obligaciones.-
313.- Representación
314.- Títulos

TÍTULO III: Obligaciones convertibles.-
315.- Requisitos de la emisión
316.- Derecho de suscripción preferente
317.- Conversión

TÍTULO IV.- Sindicato de obligacionistas y representante de los obligacionistas.-
318.- Formación del sindicato
319.- Gastos del sindicato
320.- Asamblea de obligacionistas
321.- Convocatoria
322.- Competencia de la asamblea

323.- Validez de los acuerdos de la asamblea
324.- Normas aplicables
325.- Representante de los obligacionistas
326.- Pretensiones individuales
327.- Ejecución de garantías
328.- Petición al Representante de los Obligacionistas

TÍTULO V: Reembolso, rescate, cancelación de garantías y régimen especial.-
329.- Reembolso
330.- Rescate
331.- Adquisición sin amortización
332.- Régimen especial

SECCIÓN SEGUNDA: Reorganización de sociedades.-
TÍTULO I: Transformación.-
333.- Casos de transformación
334.- Cambio en la responsabilidad de los socios
335.- Modificación de participaciones o derechos
336.- Requisitos del acuerdo de transformación
337.- Publicación del acuerdo
338.- Derecho de separación
339.- Balance de transformación
340.- Escritura pública de transformación
341.- Fecha de vigencia
342.- Transformación de sociedades en liquidación
343.- Pretensión de nulidad de la transformación

TÍTULO II: Fusión.-
344.- Concepto y formas de fusión
345.- Requisitos del acuerdo de fusión
346.- Aprobación del proyecto de fusión
347.- Contenido del proyecto de fusión
348.- Abstención de realizar actos significativos
349.- Convocatoria a junta general o asamblea
350.- Requisitos de la convocatoria
351.- Acuerdo de fusión

352.- Extinción del proyecto
353.- Fecha de entrada en vigencia
354.- Balances
355.- Publicación de los acuerdos
356.- Derecho de separación
357.- Escritura pública de fusión
358.- Contenido de la escritura pública
359.- Derecho de oposición
360.- Sanción para la oposición de mala fe o sin fundamento
361.- Cambio en la responsabilidad de los socios
362.- Otros derechos
363.- Fusión simple
364.- Fusión de sociedades en liquidación
365.- Pretensión de nulidad de la fusión
366.- Efectos de la declaración de nulidad

TÍTULO III: ESCISIÓN
367.- Concepto y formas de escisión
368.- Nuevas acciones o participaciones
369.- Definición de bloques patrimoniales
370.- Requisitos del acuerdo de escisión
371.- Aprobación del proyecto de escisión
372.- Contenido del proyecto de escisión
373.- Abstención de realizar actos significativos
374.- Convocatoria a las juntas generales o asambleas
375.- Requisitos de la convocatoria
376.- Acuerdo de escisión
377.- Extinción del proyecto
378.- Fecha de entrada en vigencia
379.- Balances de escisión
380.- Publicación de aviso
381.- Escritura pública de escisión
382.- Contenido de la escritura pública
383.- Derecho de oposición
384.- Sanción para la oposición de mala fe o sin fundamento

385.- Derecho de separación
386.- Cambio en la responsabilidad de los socios
387.- Otros derechos
388.- Escisión de sociedades en liquidación
389.- Responsabilidad después de la escisión
390.- Pretensión de nulidad de la escisión

TÍTULO IV: OTRAS FORMAS DE REORGANIZACION
391.- Reorganización simple
392.- Otras formas de reorganización
393.- Operaciones simultáneas
394.- Reorganización de sociedades constituidas en el extranjero
395.- Reorganización de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero

SECCIÓN TERCERA: SUCURSALES
396.- Concepto
397.- Responsabilidad de la principal
398.- Establecimiento e inscripción de la sucursal
399.- Representación legal permanente de la sucursal
400.- Normas aplicables al representante
401.- Falta de nombramiento del representante permanente
402.- Cancelación de la sucursal
403.- Sucursal en el Perú de una sociedad extranjera
404.- Disolución y liquidación de la sucursal de una sociedad extranjera
405.- Efecto en la sucursal de la fusión y escisión de la sociedad principal
406.- Efectos en la sucursal de la fusión o escisión de la sociedad principal extranjera

SECCIÓN CUARTA: DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN DE SOCIEDADES

TÍTULO I: DISOLUCIÓN

407.- Causas de disolución
408.- Causales específicas de disolución de sociedades colectivas o en comandita
409. Convocatoria y acuerdo de disolución
410.- Disolución a solicitud del poder ejecutivo.
411.- Continuación forzosa de la sociedad anónima.
412.- Publicidad e inscripción del acuerdo de disolución.

TÍTULO II: LIQUIDACIÓN
413. Disposiciones generales
414.- Liquidadores
415.- Término de las funciones de los liquidadores
416.- Funciones de los Liquidadores
417.- Insolvencia o quiebra de la sociedad en liquidación
418.- Información a los socios o accionistas
419.- Balance final de liquidación
420.- Distribución del haber social

TÍTULO III: EXTINCIÓN
421.- Extinción de la sociedad
422.- Responsabilidad frente a acreedores impagos

SECCIÓN QUINTA: SOCIEDADES IRREGULARES
423.- Causales de irregularidad
424.- Efectos de la irregularidad
425.- Obligación de los socios de aportar
426.- Regularización o disolución de la sociedad irregular
427.- Derecho de separación de los socios
428.- Relaciones entre los socios y con terceros
429.- Administración y representación de la sociedad irregular
430.- Concurrencia de los acreedores particulares y sociales
431.- Disolución y liquidación de la sociedad irregular
432.- Insolvencia y quiebra de la sociedad irregular

SECCIÓN SEXTA: REGISTRO
433.- Definición de Registro
434.- Depósito de documentos
435.- Publicaciones
436.- Disolución por vencimiento del plazo
437.- Revocación de acuerdo de disolución

LIBRO QUINTO: CONTRATOS ASOCIATIVOS
438.- Alcances
439.- Contribuciones de dinero, bienes o servicios
440.- Contrato de asociación en participación
441.- Características
442.- Limitación de asociar
443.- Presunción de propiedad de los bienes contribuidos
444.- Participaciones y casos especiales
445.- Contrato de Consorcio
446.- Afectación de bienes
447.- Relación con terceros y responsabilidades
448.- Sistemas de participación

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y ANEXOS

Bibliografía:

Alzamora Valdez, M. (1964). *Introducción a la ciencia del Derecho.* Lima, Perú: Editorial de libros S.A.

Arce y Cervantes, J. (1994). *De los bienes.* México: Editorial Porrúa S.A.

Asimov, I. (1986). *El monstruo subatómico.* España: Editorial Plaza y Janes.

Ataliba, G. (1987). *Hipótesis de incidencia tributaria.* Lima, Perú: Editorial del Instituto Peruano de Derecho Tributario.

Balotario. (2001). *Balotario desarrollado para aspirantes a magsitrados.* Lima, Perú: Editorial Práxis.

Barrios Orbegozo, R. (1988). *Derecho Tributario.* Cusco: Editorial Cultura Cusco.

Beaumont Callirgos, R. (1994). *Derecho Empresarial y Restructuración empresarial.* Lima, Perú: Editorial Alternativas.

Bernales, E. (1999). *La Constitución de 1993.* Lima, Perú:

Editora RAO S.R.L.
Bobbio, N. (1992). *Teoría General del Derecho.* Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
Bobbio, N. (1993). *Diccionario Político.* México: Siglo XXI editores.
Bobbio, N. (1996). *Estado, gobierno y sociedad.* España: Fondo de Cultura Económica.
Bodenheimer, E. (1994). *Teoría del Derecho.* México: Fondo de Cultura Económica.
Bodenheimer, E. (1994). *Teoría del Derecho.* México: Fondo de Cultura Económica.
Bravo Melgar, S. (1993). *Diccionario de Derecho Comercial.* Lima, Perú.
Bunge, M. (1999). *Vigencia de la Filosofía.* Cusco, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
Cabanellas De Torres, G. (1982). *Diccionario.* Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
Cabanellas deTorres, G. (1982). *Diccionario.* Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
Cabanellas, G. (1982.). *Diccionario Jurídico, Diccionario. Buenos Aires, Argentina. Heliasta.*
Calderon Sumarriva, A. (1993). *El ABC del Derecho.* Lima, Perú: Editorial Egacal .
Carnelutti, F. (1956). *Arte del Derecho.* Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa-América.
Cipriani, F. (2004.). *Batallas por la justicia civil.* Lima, Perú: Editorial Cultural Cusco.
Cohen, F. (46-48). *El método funcional en el Derecho.*
Cruz Gregg, A. (2008). *Derecho corporativo y la empresa.* México: Cengage Learning.
Cueto, A. (1993). *El poder en el Perú.* Lima, Perú: Editorial Apoyo.

Deleuze, G. (1987). *Foucault.* España: Ediciones Paidos.

Diez Picazo, L. |., & Gullón, A. (1980). *Sistema de Derecho Civil.* Madrid, España: Editorial Tecnos.

Diez Picazo, L. (1975). *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho.* Madrid, España: Editorial Ariel.

Drucker, P. (2003). *La empresa en la sociedad que viene.* España: Editorial Empresa Activa.

Echaiz Moreno, D. (2002). *La empresa en el Derecho Moderno.* Lima, Perú: Editorial Gráfica-Horizonte.

Eguiguren Callirgos, L. (1999). *"Cuadernos de debate judicial".* Lima, Perú: Siglo XXI.

Elías Laroza, E. (1998). *Ley General de Sociedades.* Lima, Perú: Editora Normas Legales.

Elías Laroza, E. (1998). *Ley General de Sociedades comentada.* Lima, Perú: Editora Normas Legales.

Españoña, I. C. (1980). *El enfoque económico del comportamiento humano.* España.

Fernández Sessarego, C. (1998). *Derecho y Persona.* Lima, Perú: Editorial Grijley.

Ferrero Costa, R. (1993). *Curso de Derecho de las Obligaciones.* Cusco, Perú: Editorial Cultural.

Flint, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia.* Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

Flores Polo, P. (1986). *Derecho Financiero y Tributario peruano.* Lima, Perú: Ediciones Justo Valenzuela.

Foucault, M. (1979). *Microfísica del Poder.* Madrid: Edissa.

Foucault, M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas.* Barcelona, España: Editorial Gedisa.

Friedman, M. (1983). *Libertad de elegir.* España: Editorial Orbis.

Giddens, A. (1992). *Sociología Política.* Madrid: Alianza

Editorial.
Gómez Valdez, F. (2004). *La empresa y el empleador.* Lima, Perú: Editorial San Marcos.
Hart, H. (1995). *El concepto de Derecho.* Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
Hart, H. (1995). *El concepto de Derecho.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
Hayek, F. (1992). *Derecho, Legislación y Libertad.* Guatemala: Editorial de la Universidad Francisco Marroquín.
Henriquez Franco, H. (2002). *Derecho Constitucional.* Editora Fecat.
Henriquez Franco, H. (2002). *Derecho Constitucional.* Editora Fecat.
Ihering, R. (1993). *La lucha por el Derecho.* Madrid, España: Civitas S.A.
Jellinek, G. (1981). *Teoría General del Estado.* Madrid, España: Editorial Albatros.
Kelsen, H. (1981). *Teoría Pura del Derecho.* Buenos Aires, Argentina: Editorial universitaria de Buenos Aires.
Kelsen, H. (1981). *Teoría Pura del Derecho.* Buenos Aires, Argentina: Editorial universitaria de Buenos Aires.
Legaz y Lacambra, L. (1996). *Filosofía del Derecho.* Barcelona, España: Editorial Bosch.
Marcuse, H. (1970). *Ética de la revolución.* Madrid, España: Taurus ediciones S.A.
Massini, C. (1978). *Sobre el Realismo Jurídico.* Argentina: Abeledo-Perrot.
Massini, C. (1978). *Sobre el Realismo Jurídico.* Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.
Massini, C. (1978). *Sobre el Realismo Jurídico.* Argentina:

Editorial Abeledo-Perrot.
Mill, J. S. (1984). *Sobre la libertad.* España: Editorial Sarpe.
Montoya Manfredi, U. (1986). *Derecho Comercial.* Lima, Perú: Editorial Cuzco.
Neves Mujica, J. (1992). *Introducción al Derecho de Trabajo.* Lima, Perú: Ara Editores.
Neves Mujica, J. (1992). *Introducción al Derecho de Trabajo.* Lima, Perú: Ara Editores.
Pacheco, M. (1990). *Teoría del Derecho.* Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile.
Papini, G. (1970). *Un hombre acabado.* Madrid, España: Ediciones Aguilar.
Plazas Vega, M. (1995). *El Liberalismo y la teoría de los tributos.* Colombia: Editorial Temis S.A.
Procesal, G. (2000). *Guía Procesal del Abogado.* Lima, Perú.
Reale, M. (1930). *Introducción al Derecho.* Madrid: Ediciones Pirámide.
Ribera Neumann, T. (2000). *Reflexiones a la libertad de empresa en la Constitución de 1980.*
Rubio Correa, M. (1988). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho.* Lima, Perú: Fondo editorial de la PUCP.
Rubio Correa, M. (1988). *El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho.* Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.
Rubio Correa, M. (1988). *El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho.* Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.
Rubio Correa, M. (2004). *Constitución, ¿Qué y para qué?* Lima, Perú: Ediciones Desco.
Rubio Correa, M. (2004). *El Derecho Civil.* Lima, Perú:

Fondo Editorial de la PUCP.

Rubio Correa, M. (2002). *El ser humano como persona natural.* Lima, Perú: Editorial de la PUCP.

Rubio Correa, M. (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional.* Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

Rubio Correa, M. (2002). *Para conocer la Constitución de 1993.* Lima, Perú: Editorial DESCO.

Rubio Correa, M. (2003). *Quítate la venda para mirarte mejor.* Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

Rubio Correa, M., & Bernales, E. (1988). *Constitución y Sociedad Política.* Lima, Perú: Mesa Redonda Editores S.A.

Sanromán Aranda, R., & Cruz Gregg, A. (2008). *Derecho corporativo y la empresa.* México: Cengage Learning.

Savater, F. (1982). *Para la Anarquía.* España.

Schopenhauer, A. (1970). *El mundo como representación de la voluntad.*

Smith, A. (1776). *Investigación de la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones.*

Themis. (2002). *Revista de Derecho.* Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

Themis. (2002). *Revista de Derecho.* Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

Toffler, A. (1981). *La tercera ola.* España: Editorial Plaza y Janes.

Trazegnies Granda , F. (1993). *Postmodernida y Derecho.* Santa Fé de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Trazegnies Granda, F. (1981). *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor.* Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

Trazegnies Granda, F. (1989). *Ciriaco de Urtecho,*

litigante por amor. Lima, Perú: Editorial de la PUCP.

Trazegnies Granda, F. (1993). *Postmodernidad y Derecho.* Santa Fé de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Uría, R. (Decimo cuarta edición). *Derecho Mercantil.* Madrid, España: Marcial Poxs librero editor.

Villoro Toranzo, M. (1984). *Lecciones de Filosofía del Derecho.* México: Porrúa S.A.

Villoro Toranzo, M. (1984). *Lecciones de Filosofía del Derecho.* México: Porrua S.A.

Villoro Toranzo, M. (1984). *Lecciones de Filosofía del Derecho.* México: Porrua S.A.

Villoro Toranzo, M. (1984). *Lecciones de Filosofía del Derecho.* México: Porrúa S.A.

Villoro Toranzo, M. (1984). *Lecciones de Filosofía del Derecho.* Méxito: Porrúa S.A.

Villoro Toranzo, M. (1984). *Lecciones de Filosofía del Derecho.* Méxito: Porrúa S.A.

Villoro Toranzo, M. (1984). *Lecciones de Filosofía del Derecho.* México: Porrúa S.A.

Villoro Toranzo, M. (1984). *Lecciones de Filosofía del Derecho.* México: Porrúa S.A.

Villoro Toranzo, M. (1986). *Introducción al estudio del Derecho.*