

# Problemas actuales del Derecho de la empresa

Carlos Torres y Torres Lara

**D**ENTRO DEL CAMPO del Derecho de la Empresa se incluye, generalmente, los aspectos relativos a la empresa como unidad, la naturaleza de ésta, sus elementos, el tráfico jurídico de ella y sus signos distintivos. Nos ocuparemos de resaltar ahora los siguientes puntos:

- a) La empresa como objeto, sujeto, persona o tercer generus y
- b) El tráfico jurídico de la empresa.

a) *La empresa como objeto, sujeto, persona o tercer generus*

Las corrientes doctrinales contemporáneas se orientan por considerar a la empresa como objeto, como persona o simplemente como sujeto no personificado; o, por último, como una tercera dimensión distinta de los objetivos y sujetos del derecho tradicional.

### *Empresa—objeto*

Quienes afirman que la empresa es fundamentalmente un objeto sostienen su posición haciendo ver que la empresa no adquiere derechos.

(\*) El presente trabajo forma parte de uno más amplio solicitado al autor por la Enciclopedia Jurídica Omeba, y está motivado por las corrientes de los Códigos de Comercio de Honduras (1959), Guatemala (1970) y brasileño (1984).

no contrae obligaciones y que, más bien, está sujeta a diversos negocios jurídicos como la venta; razón —señalan— para considerar a la empresa como un típico objeto de derecho. Quien adquiere los derechos y contrae las obligaciones es el titular de la empresa y no ella.<sup>1</sup>

### *Empresa—persona*

Quienes afirman que la empresa no puede ser considerada como objeto remarcan que el elemento más importante de ella es su comunidad de trabajadores, y que tal comunidad, o conjunto de personas, no puede tener el tratamiento de las cosas. Es más, sostienen que la legislación de todos los países no sólo tiende a proteger a los trabajadores en forma individual sino como centro de trabajo. El caso típico resulta ser la reciente Ley Francesa de 1985, en donde la empresa en quiebra es relanzada al mercado, anteponiendo el interés de ella y de los trabajadores al interés tradicional de los acreedores. La empresa, dicen, ha dejado de ser un objeto y ha adquirido en el Derecho moderno un reconocimiento con derechos propios distintos al de su titular. Dentro de esta posición, a su vez, se advierten ya dos tendencias: la primera, quiere considerar a la empresa como un sujeto sin personalidad jurídica, y, la segunda, como una nueva persona jurídica con personalidad propia y diferente a la de su titular.<sup>2</sup>

### *Empresa—sujeto*

Quienes están por la idea de que la empresa es sujeto, sin llegar a ser persona jurídica, señalan que, si bien la empresa ha dejado de ser un objeto, su personificación crearía infinidad de problemas que el Derecho aún no podría explicar ni menos aún reglar. Habría dos patrimonios, el del titular de la empresa, por ejemplo, la sociedad anónima y el de la empresa misma, ¿Cómo serían las relaciones entre una y otra?. Más bien, al considerar a la empresa como sujeto, sin necesidad de darle la categoría de persona jurídica, se asemejaría a la condición del *naciturus*, ya que el que está por nacer es un sujeto que puede adquirir derechos pero a través

1 Es la posición más difundida y que opera en la práctica legislativa.

2 Fernández Sessarego sostuvo esta tesis en "*Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro I del Código Civil Peruano*" (1964) p. 33. Luego diversos tratadistas han abordado el tema.

de sus padres, que en este caso vendría a ser la sociedad titular de la empresa.<sup>3</sup>

### *Tercer generus*

Finalmente, hay quienes se inclinan por señalar que no pueden resolverse los problemas modernos siempre recurriendo a los conceptos tradicionales del derecho; pues ello implica tratar de meter la realidad dentro de conceptos preconcebidos, en vez de buscar conceptos a partir de la realidad. Esta posición afirma que si ya se ha demostrado que la empresa no es un objeto típico, ni un sujeto (con o sin personalidad propia), no hay por qué negar la posibilidad de reconocerle una tercera dimensión, es decir, la empresa como un tercer generus.

#### *b) El tráfico jurídico de la empresa*

Establecido, pues, que la empresa es distinta de su titular y, visto que existen diversas corrientes para aplicar si es a su vez persona, sujeto, objeto o tercer generus, hay que advertir, sin embargo, que la realidad diaria demuestra que sobre la empresa o con la empresa se vienen realizando diversos negocios jurídicos. En este sentido, la teoría que considera a la empresa como objeto tiene aquí sin duda su principal base.

Si la empresa es un objeto cabe pues traficar con ella, y tal tráfico de la empresa se produce ante nuestros ojos diariamente. En efecto, la empresa se compra o vende, se arrienda, se administra desde afuera, se da en comodato o en garantía, es decir, se trafica con ella.

Para analizar este moderno fenómeno, es preciso nuevamente distinguir al titular de la empresa, por ejemplo, una sociedad anónima, y a la empresa misma. Cuando se habla de una transferencia, por ejemplo, una venta de empresa, no estamos refiriéndonos a la venta de las acciones, vía por la cual también puede adquirirse una empresa al convertirse en titular de la misma el nuevo propietario. Cuando nos referimos, por ejemplo, a un contrato de compraventa de empresa, más bien aludimos a una relación jurídica determinada entre dos partes: una de ellas titular de

3 A. Stewart Balbuena, profesor de la Universidad de Lima, presentó una Ponencia en este sentido en el I Congreso Internacional sobre el Código Civil Peruano, en 1985

la empresa, y la otra compradora, quien adquirirá la titularidad de la primera sobre la empresa. Así, la sociedad anónima El Monte S.A., siendo titular de una empresa ganadera, resuelve variar su giro de actividad y transfiere a la sociedad El Río S.A. la totalidad de los bienes o la parte fundamental de los mismos asignados a su empresa: ganado, establos, planta lechera, laboratorios, marcas, contratos de trabajo, contratos de arrendamiento, etc., recibiendo de la compradora dinero suficiente como para adquirir, a su vez, de tercera sociedad, otra empresa o hacer una nueva que puede ser distinta o complementaria de la anterior.

Desde este punto de vista, es fácil advertir cómo se producen los contratos de compraventa de empresas, mutuo, arrendamiento o comodatado.

Resulta algo más complicado el contrato de garantía de empresa, mediante el cual se ofrece una empresa como garantía del cumplimiento de una obligación. En efecto, la principal dificultad de estos contratos radica en los activos circulantes de la empresa; pues, si bien los activos fijos permanecen como propiedad de la sociedad titular, incluso registrada, la característica de los activos corrientes es la de su circulación. Tal es el caso de la mercadería que comienza siendo insumo, luego se convierte en producto en proceso de producción, luego es contabilizada como mercadería en depósito, en tiendas, etc.; y, finalmente, vendida para convertirse en dinero que, a su vez, se destina nuevamente a la compra de la materia prima. Los bienes cambian permanentemente y no podría ser de otra manera; pues ellos son el objeto mismo del proceso de producción. Sin embargo, eso dificulta la metodología típica de la garantía que requiere la identificación del bien para poder protegerse frente a terceros.

En la empresa, si bien estos bienes no son perfecta y permanentemente identificables, sí puede advertirse que como masa total mantienen cierta identidad. Por lo pronto, son identificables como activo corriente y constituyen todos ellos una masa con un valor que se mantiene dentro de límites tan seguros que pueden identificarse permanentemente. Salvo pérdidas visibles, su otro posible destino es que se aparten de la masa y se conviertan en activo fijo o inmovilizado, con lo cual se facilita aún más su identificación.

En esta materia hay que resaltar el importante aporte de la legislación hondureña. En efecto, el Código de Comercio de Honduras, de 1950, pone un significativo énfasis en la Empresa. Su Exposición de Motivos señaló, entre otras afirmaciones valiosas, que "el Derecho Mercantil

Moderno es el derecho de los actos en masa realizados por empresas” (p.6) “por eso era necesario reconocer la unidad jurídica de la empresa, protegerla como unidad productora y evitar su disgregación cuando en momentos difíciles tenga obstáculos ” “Al efecto, se han establecido numerosos artículos reconociendo la empresa como unidad, manteniéndola como objeto de contratos e introduciendo instituciones que tienen por fin impedir la quiebra, o, cuando ésta se produce, permitir el mantenimiento de la empresa como unidad productora” (p. 7).

Aquí hay que advertir que, en nuestra opinión, la Empresa nunca entra en quiebra, pues eso corresponde al titular. Quiebra el titular, por no poder soportar con su capital aportado a la empresa, la presión de las deudas. Prueba de ello es que cuando un acreedor aporta su acreencia como capital, es decir, convierte obligaciones en capital, termina la quiebra del titular. Los cambios se han producido a nivel del titular, pues a nivel de la empresa no se produjo ninguna variación. Están los mismos activos y se sigue contando con el mismo activo de explotación.

“Ya se ha indicado –dice la Exposición de Motivos comentada– que la empresa es, por definición, un conjunto de elementos. La adecuada combinación de ellos para el cumplimiento del fin que persiguen es el aviamiento, es decir, la actitud de la empresa para el cumplimiento del fin para el que fue creada. Ahora bien, el aviamiento no es la empresa, sino que ésta es una cosa compuesta de elementos materiales, como los inmuebles y muebles, como el establecimiento; de elementos inmateriales, tales como los derechos de crédito, el nombre comercial, las marcas y patentes; y de elementos personales, como el que presta su colaboración a la empresa, (empresario comerciante y personal) y el que obtiene de ella las cosas que la empresa proporciona (clientela). Algunos de estos elementos han merecido una consideración legislativa particular” (p. 42).

En base a tales fundamentos, es que el art. 648 del Código de Honduras de 1950 señala que cualquier contrato celebrado sobre una empresa en donde no se expresa qué cosa incluye la empresa que se transfiere, se entenderá que ella comprende necesariamente los siguientes elementos:

1. El establecimiento de la misma, si ella lo tuviere.
2. La clientela y la fama mercantil.
3. El nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y del establecimiento.
4. Los contratos de arrendamiento.
5. El mobiliario y la maquinaria.

6. Los contratos de trabajo, y
7. Las mercaderías, créditos y los demás bienes y valores similares.

De esta manera quedan esclarecidos los componentes del concepto de empresa para efecto de cualquier contratación sobre ella. El mismo Código en comentario, sin embargo, establece que "sólo por pacto expreso se comprenderán en los contratos a que este artículo se refiere, las patentes de invención, secretos de fabricación y del negocio, exclusivas y concesiones".

El Código Hondureño de 1950 señala que la Empresa Mercantil será reputada con un bien mueble, aunque la transmisión y gravamen de sus elementos inmuebles se regirá por las normas del derecho común.

Una de las más importantes dificultades para concretar la unidad legislativa de la Empresa radica en que nuestros sistemas jurídicos siguen tratando a los bienes en su división tradicional como muebles e inmuebles. Nuevas corrientes se orientan, más bien, a una próxima modificación de este tratamiento para dividirlos en bienes registrados y no registrados, lo que sin duda favorecerá el desarrollo del Derecho de la Empresa.

En este sentido, conviene mencionar también al Código de Comercio de Guatemala de 1970 que, continuando la corriente del Código de Honduras, tipifica a la Empresa como el nuevo centro del Derecho Mercantil; y al Registro de Empresas como el instrumento público de su identificación, diferenciadamente del registro de la Sociedad titular. Así también puede observarse este moderno fenómeno incluso en el proyecto del nuevo Código Civil Brasileiro; el cual, según la versión oficial publicada en 1984, contiene un Libro II destinado específicamente al Derecho de la Empresa.

En nuestro medio, esta corriente ya puede observarse claramente en la expedición de ciertos dispositivos como, por ejemplo, en el Decreto Supremo 331-83 EFC que aprobó el Reglamento de Contratación de Garantías de COFIDE, en el que se regula el embargo en forma de administración sobre la actividad empresarial de un deudor moroso y la afectación global del activo previa inscripción del mismo; lo que debe hacerse por nuestro sistema registral, tanto en la partida del Registro Mercantil correspondiente al deudor, como en los registros correspondientes a los bienes que forman parte de ese activo.