
TÍTULO PRELIMINAR DE LA LEY MARCO DEL EMPRESARIADO

Alonso Morales Acosta

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de los cursos de Derecho Comercial I y Tutela del Consumidor en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

1. CONTENIDO DEL PROYECTO MERCANTIL

El artículo I del Título Preliminar del anteproyecto de la Ley General de la Actividad Empresarial señala:

Artículo I.- La presente ley constituye la ley marco del sistema empresarial en el Perú. La actividad empresarial en sus distintas modalidades aun no tenga fin de lucro, se rige por esta ley.

El artículo citado indica que la Ley General de la Actividad Empresarial constituye la ley marco que regula todo el fenómeno empresarial. Vale decir, el contenido del derecho mercantil.

Para tal efecto, resulta necesario determinar cuál es el contenido del derecho mercantil a fin de establecer las materias que deben ser reguladas por el anteproyecto de la Ley General de la Actividad Empresarial (en adelante el anteproyecto).

En ese sentido, debemos tener presente que históricamente el contenido del derecho mercantil fue acotado desde la perspectiva de los actos de comercio "subjetivos" (durante la Edad Media), para pasar por los actos de comercio "objetivos" (desde el siglo XIX hasta nuestros días) y detenerse recientemente (a partir de la década de los cincuenta) en la empresa como el elemento delimitador del contenido del derecho mercantil.

La antigua concepción del derecho mercantil, como "el derecho de los actos de comercio"¹, fragmentaba la actividad comercial y la abordaba únicamente desde la perspectiva de uno de sus elementos: el acto de comercio; ya que la mayor preocupación de los juristas era, en ese entonces, distinguir la materia patrimonial mercantil de la civil.

La corriente de unificación del derecho patrimonial generó una crisis de identidad en el derecho mercantil, encontrando su cauce en lo más auténtico de su ser: la empresa.

De ahí que el derecho mercantil no se limita a regular los actos de comercio, puesto que tiene como contenido el conjunto de normas e instituciones derivadas de tres aspectos del fenómeno empresarial: empresa, actividad empresarial y empresario.

En ese orden de ideas, podemos ordenar los temas que corresponden a cada uno de dichos aspectos del modo siguiente:

- Empresario: concepto, clases de empresarios (individual o colectivo), obligaciones formales (libros y registros), insolvencia (derecho concursal), etc.
- Empresa: concepto, elementos que la integran (materias primas, signos distintivos e invenciones), clases de empresas (grandes, pequeñas y me-

dianas), fondo empresarial, tráfico jurídico de la empresa (venta, arrendamiento, usufructo, prenda o hipoteca), expropiación de la empresa, participación del trabajador, etc.

- Actividad empresarial: contratos empresariales de cambio (seguros, transporte, *know how*, licencia de uso de marca, nombre comercial, etc.) y asociativo (*joint ventures*, consorcios, asociación en participación, etc.) títulos valores (carta de crédito, carta de porte, conocimiento de embarque, etc.), libre competencia (prácticas monopólicas y competencia desleal) y protección del consumidor.

En nuestro país en estos últimos años se han regulado muchos de los temas antes mencionados, pero en forma sesgada y fragmentada.

En este contexto, el anteproyecto constituye un esfuerzo por sistematizar, uniformar y perfeccionar la legislación empresarial. Naturalmente se tendría un tratamiento más integral del fenómeno empresarial si incluyera la regulación de las sociedades y los títulos valores.

Recuérdese que la Ley de Propiedad Industrial, decreto legislativo 823, y la Ley de Reestructuración Patrimonial, decreto legislativo 845 (derecho concursal) constituyen leyes especiales que regulan materias que deberían estar incluidas en el anteproyecto.

Cabe advertir, que si bien la doctrina puede brindar un tratamiento unitario o especial a cada materia, finalmente constituye una opción de política legislativa determinar cuáles son los temas que le corresponde tratar a la Ley General de la Actividad Empresarial; por lo cual, si bien nos pronunciamos por un cuerpo integral, que contenga —al menos— las principales materias del derecho empresarial, no se halla

1 No obstante lo mencionado, el primer atisbo legislativo sobre la importancia de la empresa como centro del derecho mercantil se encuentra en el Código de Comercio Alemán (BGB) de 1897. Este cuerpo legislativo sólo reconoce como "actos de comercio" los realizados por comerciantes. "Actos de comercio son todos los actos de un comerciante *que pertenecen a la explotación de su industria mercantil*" (artículo 343). A partir de los años cincuenta se ha venido legislando con mayor precisión y amplitud sobre la base de la empresa. Véase los Códigos de Comercio de Honduras (1950) y Guatemala (1970).

en nuestra potestad definir en última instancia el derrotero a seguir.

Esta es una facultad que corresponde al Congreso de la República, en virtud de lo cual, pasaremos a comentar los principales aspectos que regula el título preliminar del anteproyecto, tal como se halla en la propuesta.

2. PRINCIPALES ASPECTOS ABORDADOS POR EL TÍTULO PRELIMINAR DEL ANTEPROYECTO

El título preliminar del anteproyecto se ocupa de diversos aspectos vinculados al fenómeno empresarial, los cuales se pueden agrupar en cinco grandes temas:

- Libertad empresarial.
- Reorganización y contratación empresarial.
- Allanamiento de la persona jurídica.
- Libre competencia.
- Fuentes del derecho empresarial.

2.1 *Libertad empresarial*

2.1.1 *La empresa, la actividad empresarial y el empresario*

El anteproyecto de la ley señala que ésta constituye la ley marco del sistema empresarial en el Perú (artículo 1 del Título Preliminar), lo que en buena cuenta significa que dicha ley regirá la actividad empresarial en sus distintas modalidades, aun cuando no tenga fin de lucro. Es decir, la que desarrolla un empresario individual, una cooperativa o una sociedad, independientemente del tipo de titular que se trate

y del fin que se tenga; lo importante es que se realice actividad económica.

Cabe resaltar que el anteproyecto de la Ley General de la Actividad Empresarial aborda el contenido del derecho comercial al tratar diversos temas vinculados a la empresa, la actividad empresarial y el empresario.

Con este fin el mencionado anteproyecto opta por definir estos pilares del derecho empresarial:

- Empresa: organización económica dedicada a la producción o comercialización de bienes, o a la prestación de servicios, siendo sus elementos esenciales el fondo empresarial y la actividad empresarial.

En ese sentido, el fondo empresarial es definido como el conjunto de bienes y derechos organizados por una o más personas naturales o jurídicas, destinado a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios, el cual una vez registrado limita la responsabilidad del empresario.

En buena cuenta, para el empresario individual (actualmente conocido como empresa unipersonal) constituye un patrimonio de afectación. Es decir, se trata de un patrimonio especial separado u autónomo (con sus propios derechos y obligaciones).

- Actividad empresarial: conjunto de operaciones que lleva a cabo un empresario, directamente o a través de sus representantes, para explotar un fondo empresarial.
- Empresario: persona natural o jurídica que explota un fondo empresarial por cuenta propia y asume el riesgo de la actividad empresarial.

En este contexto, en el ejercicio de su libertad empresarial toda persona natural o jurídica puede organizarse individual o co-

lectivamente bajo cualquier modalidad, estructurar internamente su empresa, desarrollar cualquier actividad económica y celebrar los actos jurídicos permitidos por la ley (artículo V del Título Preliminar).

2.1.2 *Empresario como persona jurídica*

Con relación al empresario como persona jurídica se indica que quienes constituyen la persona jurídica, asignan a aquélla los derechos y obligaciones propios de la actividad empresarial, adquiriendo la persona jurídica la calidad de empresario (artículo VI del Título Preliminar).

Sobre el particular, cabe precisar que el empresario actúa como persona jurídica desde la inscripción del acto constitutivo en el registro y se mantiene como tal hasta que se inscribe su extinción (artículo 53).

De este modo, debemos distinguir claramente la persona jurídica-empresario de quienes la integran (como en el caso de los accionistas de una sociedad anónima), puesto que se trata de dos esferas jurídicas diferentes.

En ese sentido, resulta que será la persona jurídica-empresario la que asuma los derechos y obligaciones provenientes del desarrollo de la actividad empresarial.

De otro lado, cabe tener presente que el nacimiento de la persona jurídica —como empresario— tiene como consecuencia inmediata la formación de un patrimonio afectado a las operaciones y negocios propios del objeto estatutario.

En ese orden de ideas el anteproyecto faculta al empresario a registrar el fondo empresarial con el propósito de afectarlo a una determinada actividad, dándole de este modo autonomía y limitando su responsabilidad (artículo 3). En este contexto se admite que la persona jurídica pueda tener más de un patrimonio afectado ("fondo empresarial").

Esto último también constituye una importante novedad para el caso de la persona natural, pues podrá tener un patrimonio separado del civil, y afectado únicamente al negocio.

2.1.3 *Niveles del empresario*

El empresario se caracteriza por encargarse de la gestión del negocio, apropiarse de las utilidades y asumir el riesgo del desarrollo de la actividad empresarial.

Una manifestación del poder de gestión del empresario (sea persona natural o persona jurídica) es la posibilidad de reorganizar la empresa bajo su titularidad (artículo IX del Título Preliminar).

Con relación a la potestad de disposición de los beneficios, el anteproyecto garantiza a los empresarios el derecho a determinar libremente la distribución de las utilidades y a los inversionistas, el derecho a recibir la totalidad de lo que les corresponde, sea como dividendos, participaciones sociales (acciones) o el saldo del patrimonio de liquidación (artículo VIII del Título Preliminar).

2.2 *Reorganización y contratación empresarial*

Los empresarios, en ejercicio de su libertad empresarial, pueden reorganizarse y celebrar contratos de colaboración empresarial (artículo IX del Título Preliminar). Ello armoniza con las potestades empresariales.

Lo dispuesto por el anteproyecto constituye una norma de carácter general aplicable a todos los empresarios, por lo cual, no se circunscribe su aplicación a un tipo de empresario (como por ejemplo: las sociedades); más bien se extiende a todos los que desarrollan una actividad económica mediante personalidad jurídica.

2.2.1 Reorganización empresarial

El anteproyecto de la Ley General de Actividad Empresarial contempla las siguientes formas de reorganización empresarial: la transformación, la fusión, la escisión y otras combinaciones de estas formas no prohibidas por la ley.

En ese sentido, a través de la transformación, una persona jurídica constituida en el Perú adopta cualquier otra forma empresarial establecida en las leyes (artículo 70).

La fusión implica que dos o más empresas (sea empresa individual de responsabilidad limitada, sociedad anónima o sociedad comercial de responsabilidad limitada, etc.) se reúnen para conformar una sola, cumpliendo los requisitos prescritos por la ley (artículo 72).

De ese modo, la fusión constituye un caso típico de concentración empresarial con pérdida de personalidad jurídica, pudiendo adoptar alguna de las siguientes formas:

- Fusión por constitución. Se presenta cuando un grupo de empresarios se disuelven sin liquidarse y sus patrimonios, en forma universal, son transmitidos a un nuevo empresario que se constituye para este efecto; o,
- Fusión por absorción. En este caso la fusión se presenta cuando por lo menos un empresario se disuelve sin liquidarse y su patrimonio es transferido universalmente a un empresario preexistente.

De otro lado, la escisión se presenta cuando el empresario fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otros empresarios o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por la ley (artículo 73).

En este contexto, la escisión que constituye una forma de reorganización empresarial puede adoptar alguna de las siguientes modalidades:

- Escisión por división. La división de la totalidad del patrimonio de un empresario en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevos empresarios o absorbidos por empresarios ya existentes o ambas cosas a la vez. Esta forma de escisión produce la extinción del empresario escindido.
- Escisión por segregación. La segregación de uno o más bloques patrimoniales de un empresario que no se extingue y que los transfiere a uno o más empresarios nuevos, o son absorbidos por empresarios existentes o ambas cosas a la vez. El empresario escindido ajusta su capital en el monto correspondiente.

Naturalmente, por razones de espacio no cabe desarrollar sino sólo mencionar la "reorganización simple" (llamada falsa escisión) que en realidad tiene la naturaleza de un aporte de bloque patrimonial y precisar que la reorganización puede presentarse bajo modalidades combinadas (escisiones múltiples combinadas con fusiones y transformaciones, según advierte el artículo 39 de la nueva Ley General de Sociedades).

2.2.2 Contratación empresarial

Como mencionamos anteriormente, los empresarios en pleno ejercicio de su libertad empresarial pueden celebrar los contratos de colaboración empresarial que estimen convenientes. Estos vínculos jurídicos permitirán desarrollar una relación de cooperación o coordinación de iniciativas y negocios.

Estos contratos tienen por finalidad alcanzar una mayor eficiencia en los niveles de producción, comercialización o en la prestación de servicios que corresponde a los empresarios intervinientes.

En la actualidad los contratos de colaboración empresarial se encuentran regulados por la Ley General de Sociedades, la cual incluye el contrato de asociación en participación y el contrato de consorcio.

El anteproyecto sitúa estos contratos bajo el marco de una ley general en un intento por uniformar el tratamiento de los contratos de colaboración empresarial, para toda clase de empresarios (incluso para empresarios individuales, sociedades cooperativas, etc.); por eso contiene disposiciones generales sobre dichos contratos y también regula el contrato de asociación en participación y el de consorcio.

Con relación al contrato de asociación en participación señala que el empresario ("asociante") concede a otra u otras personas determinadas ("asociados"), una participación en el resultado o en las utilidades de uno o varios negocios del asociante, a cambio de una determinada prestación (artículo 82).

De otro lado, a través del contrato de consorcio, dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía (artículo 87).

En ese orden de ideas, bajo el concepto general de consorcio, el anteproyecto recoge las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas, reguladas por la ley 19.550, Ley de Sociedades Comerciales, de Argentina:

Agrupaciones de colaboración:
Artículo 367.- Las sociedades constituidas en la República y los empresarios indivi-

duales domiciliados en ella pueden, mediante un contrato de agrupación, establecer una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades.

No constituyen sociedades ni son sujetos de derecho...

Uniones transitorias de empresas

Artículo 377.- Las sociedades constituidas en la República y los empresarios individuales domiciliados en ella podrán, mediante un contrato de unión transitoria, reunirse para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera del territorio de la República. Podrán desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal...

No constituyen sociedades ni son sujetos de derecho...

Es decir, el consorcio contiene dos modalidades de colaboración empresarial: una que consiste en explotar un negocio frente a terceros, para el mercado; y otra que consiste en explotar más eficientemente la propia infraestructura.

2.3 *Allanamiento de la personalidad jurídica*

El juez, en caso de abuso de la persona jurídica o uso indebido del fondo empresarial, puede responsabilizar directa, solidaria e ilimitadamente a los miembros, directores y administradores de la persona jurídica, a los titulares del fondo empresarial, así como a los que directa o indirectamente ejercen control sobre aquellos, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar (artículo XII del Título Preliminar).

Sobre el particular, Carmen Boldó Roda, refiriéndose a la teoría del levantamiento del velo societario, señala lo siguiente:

Es bien conocido de todos el concepto de persona jurídica como realidad social, a la que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de las personas que la forman, y la capacidad de ser sujeto de derechos y deberes, así como capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes. Sin embargo, en algunas ocasiones los tribunales han prescindido de esa abstracción cuando es utilizada como pantalla protectora para que se lleven a cabo actos en fraude de ley o en perjuicio de terceros...².

Por su parte, Alfredo Bullard opina lo siguiente sobre el mismo tema:

Una de las figuras doctrinarias que se suelen utilizar o invocar para el caso del abuso del derecho que concede la responsabilidad limitada, es el llamado "levantamiento del velo de la personalidad jurídica". De acuerdo a esta doctrina, recogida tanto en el sistema anglosajón como en el sistema romano-germánico, es posible, bajo ciertas circunstancias especiales y excepcionales, levantar los efectos que genera la separación de la personalidad jurídica de una persona moral respecto de la responsabilidad limitada considerada como la existencia de dos patrimonios perfectamente diferenciales en cuanto activos y pasivos³.

Kraakman (citado por Alfredo Bullard) precisa categóricamente lo siguiente:

... la vaguedad de la doctrina del "levantamiento del velo societario" hace de su aplicación algo realmente difícil...⁴.

Sobre su aplicación, Capilla Roncero (citado por Carmen Boldó Roda) aporta también su crítica a la aplicación de dicha institución:

Como señala Capilla Roncero, la crítica fundamental que puede hacerse a esta técnica es la inseguridad y falta de determinación precisa de los presupuestos necesarios para que los tribunales "levanten el velo". Como se justifica esta técnica en la necesidad de impedir resultados injustos, se deja en manos de cada juzgador la decisión de "levantar o no el velo" de la personalidad jurídica en cada caso...⁵.

No obstante lo mencionado, Carmen Boldó Roda sintetiza la doctrina y afirma que los presupuestos para la aplicación de la teoría del "levantamiento del velo societario" son los siguientes:

La doctrina establece los siguientes: 1) Por un lado, la sociedad debe ser dominada por otra persona, física o jurídica (sea o no socia). 2) Debe producirse una situación que cause un perjuicio a terceros o un fraude de ley. 3) Se ha de respetar en todo caso el llamado "principio de subsidiariedad"⁶.

Como vemos, la citada autora vincula la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica al tema de los grupos empresariales, puesto que entre los presupuestos para la aplicación de la citada teoría, señala que la persona jurídica debe ser dominada por otra persona (que puede ser otra persona jurídica).

En ese orden de ideas, el artículo 91 del anteproyecto de la Ley General de la Actividad Empresarial define al grupo empresarial de la siguiente forma:

2 BOLDÓ RODA, Carmen. *El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 9.

3 BULLARD, Alfredo. "¿Cómo vestir un santo sin desvestir otro? La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes", *Themis* 33. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 168.

4 *Ibidem*, p. 168.

5 BOLDÓ RODA, Carmen. *Op. cit.*, p. 13.

6 BOLDÓ RODA, Carmen. *Op. cit.*, pp. 16-17.

Artículo 91.- Para que haya grupo empresarial se requiere, además del vínculo de subordinación, que exista entre los empresarios unidad de propósito y dirección.

Se entiende que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todos los empresarios persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante, en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto o actividad de cada una de ellas. Dicho control se ejerce de hecho o de derecho.

En este contexto, el anteproyecto precisa los supuestos en que procedería el allanamiento de la personalidad jurídica (es decir, el "levantamiento del velo") dado el abuso de ésta; "fraude sea fuere perpetrar a la ley", "fraude al contrato" u ocasionar daño a terceros.

Es interesante advertir que Guillermo Cabanellas conceptúa el fraude del siguiente modo:

Fraude. ... No es otra cosa que el hecho de frustrar la ley, o los derechos que de ella se nos derivan; esto es, el hecho de burlar, eludir o dejar sin efecto la disposición de la ley, o de usurparnos lo que por derecho nos pertenece...

Con significado más jurídico, fraude es tanto como eludir con perjuicio de tercero o desconocimiento del derecho ajeno una disposición legal o las cláusulas de un convenio...

...Con carácter general, el reformado título preliminar del Cód. Civ. Esp. Establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga algún resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma, que se hubiere tratado de eludir (art. 6º, n. 4)⁷.

7 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo IV. Buenos Aires: Editorial Heliasta, p. 108.

Manuel Albaladejo precisa cuáles son los requisitos para que exista fraude a la ley:

1º Que el acto en cuestión suponga una violación efectiva de una ley en cuanto va contra su finalidad práctica.

2º Que la ley en que se ampara el acto (Ley de cobertura) no lo proteja, porque su fin sea otro⁸.

Armonizando con el concepto vertido, una de las propuestas de la Comisión de Reforma del Código Civil indica lo siguiente:

Artículo IX.- Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con distinta finalidad.

El acto fraudulento es nulo y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiese tratado de eludir.

Por otro lado, con relación al principio de subsidiariedad Carmen Boldó Roda señala lo siguiente:

El principio de subsidiariedad viene a significar aquí que la doctrina del "levantamiento del velo" ha de ser aplicada como última ratio, sólo cuando el caso no pueda ser resuelto mediante otras instituciones como la simulación, la doctrina de los actos propios, etc. Esta es la idea que se deduce del estudio del derecho comparado y del de la mayor parte de la doctrina patria: el carácter excepcional del "levantamiento del velo"⁹.

En nuestro país ha sucedido que sociedades del Estado sujetas al proceso de privatización, se reorganizaban escindiendo

8 ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil*. Vol. I. Barcelona: Librería Bosch, 1973, p. 137.

9 BOLDÓ RODA, Carmen. *El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 18.

do (o transfiriendo) parte de sus bloques patrimoniales a personas jurídicas recién constituidas, las cuales recibían los activos, mientras que la persona jurídica antigua se quedaba con los pasivos.

El resultado era claro, los acreedores de la sociedad antigua y reorganizada, no podían cobrar por la carencia de activos a realizar. Este es un típico caso en que correspondía aplicar la teoría del *disregard*.

También se discutió el tema ante la Comisión de Reestructuración Empresarial del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, la cual declaró en insolvencia al accionista mayoritario y representante legal de un grupo de sociedades (Resolución Nº 003-94/Crecal/Exp. 029-94/Crecal del 28 de setiembre de 1994).

Empero, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual revocó la resolución basándose fundamentalmente en el texto literal del artículo 78 del Código Civil que "distingue la esfera jurídica de la persona jurídica" y sus integrantes (Resolución Nº 409-95-Indecopi/ TDCPI del 21 de marzo de 1995).

En materia tributaria también existen algunos precedentes por resaltar como las resoluciones del Tribunal Fiscal Nº 18463 y 18464, ambas del 15 de junio de 1984. En estas resoluciones se acudió a una interpretación con "criterio económico", haciendo prevalecer la realidad sobre lo que podría considerarse una "ficción legal".

De igual modo, la versión original del artículo VIII del Código Tributario aprobado por decreto legislativo 816, daba fuerza de ley a la teoría del *disregard*; "pudiendo prescindirse de las formas o estructuras jurídicas adoptadas" para determinar el hecho imponible.

En efecto, la Norma VIII disponía:

Norma VIII: Interpretación de normas tributarias

Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos en Derecho.

Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-Sunat atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios. *Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente la que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los deudores tributarios, se prescindirá, en la consideración del hecho imponible real de las formas o estructuras jurídicas adoptadas, y se considerará la situación económica real.*

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley.

Mediante ley 26663 se suprimió la parte subrayada, al considerarse como facultad excesiva para un órgano administrativo (la Administración Tributaria); pues "correr el velo" de una persona jurídica debía corresponder al Poder Judicial; lo contrario generaría "inseguridad jurídica".

No obstante lo señalado, el tema del allanamiento de la personalidad jurídica parece haber tenido más acogida en el ámbito del derecho laboral, con ocasión de la invocación del "principio de primacía de la realidad" y del "contrato de trabajo realidad".

En efecto, en casos reiterados, en los que se han producido reorganizaciones (fusiones o escisiones) o traspasos de empresas, los tribunales terminan pronunciándose por la existencia de solidaridad entre el adquirente del bloque patrimonial y su transferente.

Uno de estos casos fue de el Tomás Zapata Toledo contra Viuda de Piedra e hijos S.A. y Agencias Lambayeque S.A., sobre beneficios sociales.

También el reclamo de don Alejandro Orihuela Meza contra la Cerro de Pasco Corporation y la Sociedad Minera Backus y Johnston del Perú, que culminó con la Ejecutoria Suprema del 3 de marzo de 1944 y determinó que

...son acumulables los períodos de servicios prestados a la principal y la subsidiaria, los que deben reputarse como prestados a una sola entidad por existir vinculación económica entre ella¹⁰

En ese orden de ideas, la resolución del Tribunal del Trabajo de fecha 14 de mayo de 1982 señala lo siguiente:

... que en los casos de administración, conducción temporal de negocios, fusión, traspaso, cambio de giro, arrendamiento de maquinarias, herramientas, instalaciones, servicios, citados a manera de ejemplos por la variedad y multiplicidad de las formas y modalidades de la contratación, están comprendidos en el Artículo 49 del Reglamento de Ley 4916; que la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido de *manera uniforme* que la acción de pago de beneficios sociales es persecutoria del negocio; que por consiguiente la responsabilidad de los demandados es solidaria...¹¹

Finalmente, el principio de primacía de la realidad ha sido recogido por el artículo 3 del decreto legislativo 856 que señala literalmente lo siguiente:

Artículo 3.- La preferencia o prioridad citada en el artículo precedente se ejerce, con carácter persecutorio de los bienes del negocio, sólo en las siguientes ocasiones:

... b) *En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a los terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo...*

Somos conscientes de que al regular este tema se ingresa en materia polémica, pero resulta preferible establecer los parámetros de su configuración, y evitar que tras el uso de la "discrecionalidad jurisdiccional" se encubra la repudiable "arbitrariedad".

2.4 Libre competencia

La libre competencia significa que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, sólo las tarifas de los servicios públicos pueden fijarse administrativamente, según disposición expresa contenida en ley del Congreso de la República (artículo III del Título Preliminar).

En este sentido, debemos recordar que en materia de organización socioeconómica se pueden describir dos grandes modelos: economía de libre cooperación y economía jerárquica o planificada.

2.4.1 Economía de libre cooperación

El primer modelo económico se basa en la cooperación entre particulares, los cuales satisfacen sus necesidades basados en el cambio ("contratación" privada). Se trata

10 MORALES CORRALES, Pedro y Alfonso DE LOS HEROS. *Manual de jurisprudencia laboral*. Tomo I. Lima: p. 1.

11 *Ibidem*, p. 259.

de un orden económico descentralizado, las decisiones económicas dependen de los privados, sus ofertas y demandas crean, a su vez, un sistema de precios según el cual se asignan los recursos en la sociedad.

De este modo, la libre formación de precios se presenta por la libertad económica de los sujetos, suficiente para decidir cómo satisfacer sus necesidades y sus propios intereses. Son, en definitiva, los consumidores quienes con sus compras determinan qué es lo que se debe producir, su valor, para quién producir, etc.

Una modalidad de este sistema de mercado en su expresión ideal se denomina "mercado de competencia perfecta", pues muestra la libre competencia en su máxima expresión; se trata de un paradigma, puesto que supone una pluralidad de ofertas y demandas (compradores y vendedores), que se encuentran tan atomizadas que son simples "tomadores" y no "fijadores" de precios (monopolios).

En este contexto, los bienes son idealmente homogéneos, prácticamente iguales, sea quien fuere que los venda (por ejemplo, el caso de la gasolina), lo cual se une a una plena libertad de acceso y salida del mercado (libre movilización de los recursos económicos), así como a una eficiente difusión de información sobre los bienes y servicios existentes.

Obviamente, como en la práctica no es posible el desarrollo de un mercado de competencia perfecta, se acepta la existencia de un modelo alternativo: el de una "economía de mercado imperfecta" o "competencia practicable".

En una economía de competencia imperfecta sucede que no todos los bienes son homogéneos y hasta los bienes sustitutos pretenden parecer monopolísticos (exclusivos, únicos). Asimismo, existen derechos de exclusividad reconocidos por la ley para proteger la propiedad industrial

(por ejemplo, las patentes de invención) o hasta monopolios legales en servicios públicos.

Es menester precisar que estas "posiciones de dominio" no sólo se generan por "barreras" legislativas, sino también por los incentivos que produce la propia competencia y el proceso natural que ella contiene: "desplazar los procesos menos eficientes por los más eficientes".

Ello genera la coexistencia de monopolios naturales ilegales; sectores oligopólicos (con agentes económicos oscilando entre "la paz concertada y la guerra de precios"), y sectores en la más plena competencia.

No obstante las imperfecciones del sistema económico se salvaguarda al mercado; se reprime el abuso de la posición de dominio, las prácticas restrictivas de la competencia, la competencia desleal y se promueve la entrega de información oportuna y adecuada al consumidor; así como la protección de su seguridad y salud.

Es más, se considera que no hay distorsión significativa del "sistema" si se produce una intervención moderada del Estado en temas como: régimen laboral, promoción de la actividad agraria y de la pequeña empresa, salud y seguridad, razón por la cual se autotitula: "economía social de mercado". Es decir, una especie de "capitalismo ajustado" o modificado, o, si se prefiere, de "liberalismo social" y no puro¹².

Naturalmente si los ajustes se exageran, podríamos pasar de un modelo "descentralizado" a uno más centralizado en el Estado. Es decir, según el grado de intervención pública podremos describir nuestro régimen como "liberal con sentido social",

12 Véase documento anexo al texto oficial de la Constitución Política del Perú 1993, punto 1.4, en el que se describe el régimen económico como un "sistema liberal con sentido social" o "liberalismo social".

"economía mixta" o "capitalismo del Estado".

En este punto, cabe preguntarse ¿por qué el constituyente ha preferido institucionalizar una economía de mercado?

Obviamente, consideró que es el régimen económico que asigna más eficientemente los bienes y servicios escasos, creando incentivos naturales para su producción y distribución en escala, logrando con ello bienestar para la mayor parte de los miembros de la comunidad.

De ahí que la opción legislativa del Constituyente haya sido clara: la libre competencia, la libre formación de precios, el beneficio para el consumidor (el cual, a través de la información adecuada podrá adquirir bienes y servicios necesarios para su persona), etc. Se trata de un sistema que armoniza políticas realistas de "protección del consumidor".

El segundo sistema económico se encuentra basado en el mando o en la toma de decisiones a un nivel jerárquico.

Éste es un modelo centralizado en el cual el Estado planifica la economía y asume el papel de empresario y sustituye al consumidor en cuanto a la determinación de sus preferencias.

En ese sentido, corresponde al Estado y no a los agentes económicos adoptar las decisiones sobre cómo producir, qué producir, cuánto producir y para quién producir.

La posibilidad que nuestro régimen económico siga este derrotero quedó descartada con la abrogación de la Constitución Política del Perú de 1979 y aprobación de la Carta Magna de 1993, por lo cual cabe esperar que la ley marco en materia empresarial armonice con el régimen económico vigente.

2.5 Fuentes de derecho empresarial

Al respecto, el anteproyecto de la Ley General de la Actividad Empresarial señala que "los usos y costumbres empresariales, así como las disposiciones del derecho común y la jurisprudencia, con los alcances que establece la ley, son de aplicación supletoria a los empresarios y sus relaciones jurídicas". La doctrina será considerada en la fundamentación de las resoluciones (artículo XIV del Título Preliminar).

En este contexto, resulta que las fuentes del derecho empresarial son:

- Los usos y costumbres. Indudablemente constituyen fuentes del derecho comercial, puesto que éste es un derecho esencialmente consuetudinario. Cabe precisar que la costumbre para constituirse en fuente del derecho comercial debe reunir determinadas características. Al respecto, dice Marcial Rubio Correa: "La costumbre jurídica tiene algunos caracteres que son importantes... Ellos son: espontaneidad, formación lenta, autor no conocido, evolución e imprecisión"¹³.
- El derecho común. Al respecto, debemos tener presente que una de las características tradicionales del derecho mercantil lo constituye su fragmentariedad. Es decir, si bien el derecho mercantil desde sus inicios surge como un "derecho especial" frente al derecho civil, se nutre de las disposiciones del derecho común.

13 RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, p. 198.

- La jurisprudencia. La jurisprudencia pertinente consistirá en el conjunto de decisiones que adoptan los jueces sobre aspectos vinculados al derecho empresarial y que permiten determinar principio y reglas aplicables a casos similares o análogos.
- La doctrina. Por su parte, la doctrina, como fuente, estaría conformada por el conjunto de opiniones de los diferentes juristas que se ocupan del contenido del derecho empresarial y que desarrollan sus principios y explican el contenido de las instituciones de esta materia tan dinámica. Según el Título Preliminar su importancia está destinada a fundamentar las resoluciones judiciales, arbitrales o administrativas.

Como anunciamos al comenzar este artículo, se han tratado sólo los temas que consideramos fundamentales, naturalmente aún queda mucho camino por andar y bastante que decantar en el mencionado anteproyecto de la Ley General de la Actividad Empresarial.