

NUEVA FORMULACIÓN LEGAL PARA LAS PYMES: UN ANÁLISIS COMPARATIVO EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO ACTUAL

José Heriberto GARCÍA PEÑA*

...la empresa familiar se encuentra hoy, dadas las condiciones cambiantes de su entorno, corriendo el riesgo de retrasar su crecimiento relativo frente a la competencia agresiva de las grandes organizaciones locales y extranjeras... y... es que... hay una serie de elementos que están condicionando... internamente su supervivencia... y la nueva realidad del actual contexto... requiere... un nuevo enfoque empresarial gerencial; un financiamiento apropiado, y un marco de política económica global que enfatice... su conversión y desarrollo como Pymes.¹

SUMARIO: I. *A manera de introducción*. II. *Concepción de la empresa*. III. *Sistema de empresas: naturaleza económica y jurídica*. IV. *Criterios de clasificación*. V. *Análisis comparativo en el ámbito de la formulación legal*. VI. *Consideraciones finales*. VII. *A manera de reflexión*. VIII. *Bibliografía*.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El *Diccionario* de la Real Academia Española, ofrece de la voz “Empresa” varias acepciones, de las cuales señalamos tres:

* Profesor Investigador del Departamento de Derecho en la División de Humanidades y Ciencias Sociales del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México.

¹ Verón, Alberto Víctor, *Nueva empresa y derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, 1996, pp. 36 y 37.

1. “Acción ardua y dificultosa que valerosamente se comienza”.
2. “Casa o sociedad mercantil o industrial fundada para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia”.
3. “Entidad integrada por el capital y el trabajo como factores de la producción y dedicada a *actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios, con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad*”.

Las dificultades para la determinación de su concepto han propiciado algunas confusiones, sobre todo respecto al análisis de su naturaleza jurídica, derivadas fundamentalmente de los muchos enfoques que pueden hacerse al estudiarla: desde la doctrina, pasando por la jurisprudencia, hasta las reglas legales.

Lo cierto es que nuestros códigos y leyes no reglamentan aún, de manera sistemática y completa, el “derecho de la empresa”, y si ni unos ni otras se basan en la teoría—o quizás sería mejor decir, en la realidad de la empresa—, no es porque nuestros juristas hayan ignorado o despreciado esta nueva tendencia del derecho mercantil contemporáneo, sino, por el contrario, porque son comunes y la heredamos de la diferente y confusa reglamentación en los más recientes ordenamientos.

La fusión de empresas y su asociación con carácter transitorio o permanente al Estado, hacen que pierdan o conserven su autonomía organizativa. Las leyes aparecen como un posible “dique” a los abusos del gran capital y como un esfuerzo del orden público para proteger a los consumidores pero sobre todo a las pequeñas y medianas industrias, en un esfuerzo por lograr el ansiado elíxir económico. Es decir, “todo se compra, se vende, se traspasa, se arrienda, se hereda, etcétera, apareciendo siempre la aptitud de la empresa y su proyección”.²

Todo un nuevo mundo de hechos y fenómenos económicos y estructurales originan la marcha del derecho hacia nuevas categorías, entre ellas, el crecimiento ilimitado de las *unidades de producción* en la batalla por las fuentes de materias primas y por los mercados. Hoy en día, el mundo vive cambios radicales en cuanto a la producción y la organización empresarial. Está terminando la época del modelo *fordista* en muchas ramas de la producción y de los servicios. Ese modelo se basaba en grandes empresas que se caracterizaban por desarrollar economías de escala, disponer de un alto

² Arroyo, Ignacio, *Código de Comercio y legislación mercantil*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1989.

coeficiente de capital y controlar elevados porcentajes de los mercados nacionales e internacionales. Actualmente como consecuencia de este cambio, surgen nuevas fórmulas de la organización empresarial en las propias corporaciones industriales que se conocen con los nombres de: especialización flexible, producción esbelta, *just and time*, etcétera.

Dicho proceso ha llevado a la revalorización de las pequeñas y medianas empresas (o Pymes, según se les conoce internacionalmente) como agentes importantes del cambio productivo a través de nuevos esquemas de complementación, integración e interconexión empresarial. En el nuevo paradigma de industrialización las escalas y tamaños se reducen, al mismo tiempo que se incrementa la cooperación entre pequeñas empresas (modelo italiano) y entre medianas y grandes empresas (modelo japonés). Asimismo, la posibilidad de que una o varias personas conciban la idea de constituir una empresa es latente, pero se enfrentan con el reto de tomar muchas e importantes decisiones. ¿Cuál o cuáles van a ser las fuentes de financiación? ¿Cuál va a ser la localización geográfica de la futura fábrica, tienda? ¿A cuánto asciende el capital? ¿Qué impuestos deberán pagar? Pero quizá la decisión que *a priori* parece más importante sea la que recae sobre la forma jurídica que se le dará a la empresa.

II. CONCEPCIÓN DE LA EMPRESA

La teoría de la empresa es una de las cuestiones fundamentales del derecho mercantil contemporáneo. El reconocimiento de la empresa como elemento fundamental del derecho mercantil se realiza partiendo de la influencia decisiva que dicha institución ejerce en la economía contemporánea.

La irrupción de la empresa en el derecho mercantil contemporáneo es un fenómeno de creciente importancia en la etapa... que vivimos, aunque..., ni nuestra disciplina, ni el derecho común, ni la teoría misma del derecho, han adaptado dicha figura económica a la terminología ni a los moldes de las instituciones jurídicas tradicionales.³

³ Barrera Graf, Jorge, *Temas de derecho mercantil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, pp. 35 y 36.

En las últimas décadas del siglo pasado, los tratadistas alemanes quisieron encontrar la esencia de lo mercantil en la realización masiva de los actos comerciales y luego en la presencia dentro de la actividad mercantil de las empresas. Pero fue Lorenzo Mossa, ilustre profesor de Pisa, el primer tratadista latino que pretendió centrar el derecho mercantil en la columna básica de la empresa. Ve en la empresa: “la condición necesaria para la perfecta adquisición de la calidad de comerciante”.⁴ Así, el comerciante se concibe como titular de una empresa y el derecho mercantil pasa a ser, conceptualmente, del derecho de los actos de comercio, al derecho de las empresas, las que, consideradas como unidades económicas: “constituyen, con su actividad, el objeto central y básico del derecho comercial”.⁵

Se trataba entonces de ofrecer un marco legal adecuado para su regulación, manteniendo (aunque con restricciones) los principios de libertad de comercio y trabajo; y planteando una formulación jurídica distinta de la empresa, así como de sus distintos intereses que se conjugan: el del titular, el del trabajador, la clientela y los consumidores. La importancia de una reglamentación completa y moderna de la empresa y de los negocios que se celebren sobre ella, es fundamental, no sólo para regular, sino también para proteger los intereses de las partes y de terceros. Pero la empresa debe reducirse a sus justos límites; al respecto dice Cervantes:⁶

El derecho mercantil no es exclusivamente el derecho de las empresas; es también el derecho de otras instituciones como las personas, los actos y otras cosas mercantiles distintas de la empresa... y aunque la mayoría de las cosas comerciales se relacionen con ellas, hay actos que serán mercantiles aun sin conexión directa con una empresa (cuando un particular firma un cheque o una letra de cambio); y habrá cosas que seguirán siendo mercantiles aunque se utilicen fuera de la empresa.

Ahora, resulta oportuno y necesario que la negociación se convierta en el centro del derecho mercantil, y que se regule en forma adecuada la actividad del empresario. Debe subsistir como mercantil la actividad de los pe-

⁴ Mossa, Lorenzo, *Derecho mercantil*, trad. de Felipe de J. Tena, Buenos Aires, Astrea, 1940, t.1, p. 20.

⁵ Broseta Pont, Manuel, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1965, p. 12.

⁶ Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho mercantil. Primer curso*, México, Herrero, 1990, p. 506.

queños comerciantes, la de los talleres y pequeñas empresas, al lado de la negociación mediana y grande. El concepto de empresa es uno de los más usados en la actualidad: hablamos de trabajar en una empresa, vamos para la empresa, nos cambiamos de empresa, etcétera.

Sin embargo, es a la vez uno de los conceptos más difíciles, por hallarse en plena evolución. Siendo usada la empresa en una gran cantidad de leyes: mercantiles, fiscales, del trabajo, etcétera. No existe en el mundo, que sepamos, disposición alguna que ensaye definir este concepto.

No obstante, la mayor claridad se da en el uso práctico y común. Esto nos permite adentrarnos en esta problemática que resulta necesaria no sólo por su tecnicismo moderno, sino también porque el tamaño plantea cuestiones y aspectos sumamente distintos y a veces opuestos entre las empresas que se mueven en el ámbito del comercio.

Ahora bien, la empresa hace irrupción en la legislación y en nuestro lenguaje jurídico por tres vías principales (no necesariamente vinculadas entre sí):

1. La empresa como “acto de comercio”.
2. La empresa y el “estatuto del comerciante”.
3. La empresa y el “fondo de comercio”.

“Sus lejanos antecedentes legislativos y en la ciencia del derecho, datan de los estatutos de la ciencias italianas y el lenguaje de los glosadores”.⁷ Su aparición moderna se produce en el Código de Comercio francés, donde la empresa es mencionada como un *acto* cuyo juzgamiento corresponde a tribunales especiales. El Código francés influyó con disposiciones equivalentes en otros códigos como el portugués (1833), el holandés (1838), el derogado Código alemán (1861), y el derogado Código italiano (1882), entre otros. Quedaba pendiente determinar qué parte tenía la cualidad o característica de empresa. La primera respuesta indicó que una persona (física o jurídica) que realizara actos de comercio constituía una empresa cuando dichos actos se efectuaban de manera *habitual*. A esta exigencia se le agregó la de *profesionalidad*; de ese modo, “empresa” (en realidad, “empresario”) pasaría a ser aquel que realiza habitualmente actos de comercio haciendo de ellos su profesión. Aquí la definición de “empresa” viene a su-

⁷ Le Pera, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires, Astrea, 1979, pp. 62 y 63.

perponerse a la de “comerciante”, a lo cual se agregó una condición más, la de *organización*. Empresa (empresario), es el comerciante “organizado”; con ello se alude a que en el ejercicio de su actividad el comerciante emplee cierto *capital* y, además, *trabajo ajeno*. El Código suizo (de 1911) trata, en tres capítulos distintos, lo que venía designándose como “Estatuto del comerciante”; se refieren al “Registro de Comercio”, a la “firma comercial” y a la “contabilidad comercial”. Aquí se prescinde de una definición de comerciante. La obligación de inscribirse en el Registro se impone a “quien quiera ejercite un comercio, una industria u otra empresa en forma comercial. Como complemento de esta obligación está registrar la firma comercial y llevar la contabilidad”.⁸

Es así que,

...la denominación de “comerciante” era expresión adecuada para designar... al que realizaba una actividad económica en una sociedad de estructuras productivas artesanales... en una sociedad industrial, parecía apropiado buscar una designación que, comprendiera tanto la actividad productiva y fabril como la intermediación y ciertamente la de empresario resultaba muy adecuada...⁹

Un tercer núcleo de problemas vinculados a la empresa, es el del tema de las “casas de comercio” o “establecimientos comerciales”.

Distintas son las soluciones legislativas vigentes sobre la cuestión, pero son dos los sistemas principales: *a)* consiste en colocar las deudas vinculadas con la explotación o a cargo del adquirente, dando así al acreedor dos deudores en vez de uno (códigos civiles alemán e italiano); *b)* liberar al adquirente de responsabilidad por las obligaciones anteriores, previa publicación de la operación para que los terceros acreedores puedan ejercitar sus derechos (sistema francés y argentino).¹⁰

⁸ *Ibidem*, p. 67.

⁹ *Ibidem*, p. 68

¹⁰ De lo anterior se puede argumentar que la terminología introducida en la legislación y la doctrina de los comercialistas, es, desde el comienzo, amplia e imprecisa: “explotación mercantil”; “hacienda comercial”; “fondo de comercio”; “establecimiento mercantil”; “casas de comercio” y “empresas” fueron, entre otras, las expresiones contemporáneas sucesivamente utilizadas. De ellas, comienza a preferirse “empresa” que ya tenía lugar en algunas legislaciones positivas (Alemania e Italia) como “sujeto” del Estatuto Profesional (antes llamado “del comerciante”). No obstante, la utilización de una misma palabra contribuyó a sugerir la necesidad de construir un “concepto” o “noción” unitaria.

Surge así, el nuevo derecho comercial como “derecho de la economía” que tiene como centro a la empresa. Nació por el desarrollo extraordinario de las sociedades (entiéndase sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima); con el fenómeno de la unión y concentración de empresas; con la sindicalización obligatoria; con el reconocimiento de diversas formas de acaparamiento, de monopolio, de *trust*; con las formas de producción racionalizada, la intervención y el proteccionismo estatal y la lucha de mercados internos e internacionales.

Por otra parte, en esta nueva dinámica mundial, caracterizada por una transformación productiva profunda, el Estado debe convertirse en un agente dinamizador mediante políticas públicas eficaces y, especialmente, mediante una política industrial coherente y consistente que se corresponda con las condiciones propias de cada país. Asimismo, las tendencias en el contexto de la economía mundial actual son de ir hacia la búsqueda de la colaboración e integración económica regional (sobre todo en el contexto de Latinoamérica) sobre la base de la uniformidad en el tratamiento legal para dicho esquema, lo que coadyuva a la formación de bloques económico-jurídicos con una mayor apertura y flexibilidad en el presente y el futuro.

III. SISTEMA DE EMPRESAS: NATURALEZA ECONÓMICA Y JURÍDICA

Sin duda, el sistema económico actual bajo el cual vivimos es un “sistema de empresas”, que va desplazando, lentamente, a las pequeñas negociaciones, aun a los pequeños comerciantes. Por tanto, la idea de empresa parte de la economía clásica, que incluyó los conceptos de organización, producción y la participación del capital y el trabajo. Esto se debe a “una noción heterogénea en virtud de la diversidad de factores que contribuyen a formarla, porque... en ella participan trabajadores, patrones y capitalistas para la producción de bienes y servicios con valor económico”.¹¹

Es así, que en el terreno de la economía, la empresa es el organismo que nos va a permitir unir y a la vez, coordinar los diversos factores de producción para producir bienes materiales requeridos por la sociedad. Es decir, que produce bienes o servicios destinados al mercado, y esta finalidad de

¹¹ Lastra Lastra, José M., *Fundamentos de derecho*, 2a. ed., México, McGraw-Hill, 1998, p. 223.

vender y, por tanto, ganar, la hace mercantil o con ánimo de lucro. Tal actividad comporta la presencia “en el discurso del comerciante de que... empresa productiva equivale a empresa lucrativa”.¹² Otros de los problemas más discutidos en este campo es el de la magnitud de las empresas. En la práctica suelen aceptarse tres tipos de empresas: pequeñas, medianas y grandes. Esta división es obvia y natural, pues se piensa en dos extremos claramente definibles, y se deja un tercero como término medio (al que siempre le acompañan las mayores imprecisiones). Uno de los problemas para realizar este análisis radica en determinar si existe un criterio objetivo para fijar la magnitud de las empresas, y que sea idéntico en toda clase de países, tiempo y condiciones; o por el contrario, lo que puede ser una empresa mediana o grande en un país en vías de desarrollo, resultaría apenas pequeña en un país desarrollado industrialmente. Analicemos, pues los criterios más constantes:

- *Criterio de mercadotecnia*: una empresa puede ser pequeña o grande en razón del mercado que abastece: local, regional, nacional o de amplios mercados internacionales.
- *Criterio de producción*: abarca una amplia gama de tipos: desde la artesanal (en la que el trabajo del hombre es decisivo), a otras bastante maquinizadas con gran cantidad de mano de obra, o aquellas en donde predomina una intensa técnica de automatización, prescindiendo de la mano de obra.
- *Criterio financiero*: por razón del capital hay toda una serie de modalidades; podría adoptarse el criterio fiscal (distingue en las empresas de propiedad individual causantes menores de las causantes mayores y las de utilidades excedentes); en las empresas (auténticas sociedades) diferenciar según ciertos niveles de capital en giro, o según las acciones que se hallen o no en el mercado, o según el porcentaje que forma la mayoría que ejerce control sobre la empresa (*holding* o *trusts*), etcétera.

Estos criterios se influyen mutuamente entre sí (a veces en sentido opuesto) y están fundados en las tres funciones básicas de toda empresa; no obstante, para nuestros fines, analizaremos dos que consideramos determi-

¹² Diéguez, Gonzalo, “Nueva función del trabajo en el orden de la empresa”, *Revista Española de Trabajo*, Madrid, noviembre-diciembre de 1993, p. 842.

nan en forma directa sobre el seguimiento, incidencia y aplicación, sobre todo de la *pequeña y mediana empresa* (objeto de nuestro estudio) y proponemos un tercer criterio, vinculado a la posibilidad de una nueva concepción en la forma jurídica a adoptar. A saber: *a)* criterios básicos en materia de personal ocupado; *b)* criterios fundamentales en materia de complejidad de la organización, y *c)* el de personal, que presenta tres aspectos:

1. La posibilidad que tienen los altos directivos para conocer, tratar y resolver directamente los problemas del personal de la empresa. En la *pequeña empresa* lo característico es que el dueño o gerente puede conocer a todos sus trabajadores, los identifica, los trata con frecuencia y tan de cerca que califica su actuación y resuelve sus problemas. En la *mediana empresa* comienzan a presentarse situaciones a la gerencia, y se va dando cuenta de que ya no conoce todo lo que pasa, no lo controla todo y va perdiendo contacto con la inmensa mayoría del personal.
2. Radica, para la *pequeña empresa*, en que los problemas técnicos, de producción, ventas, etcétera, son tan elementales y reducidos que de hecho, el gerente puede resolverlos todos. La necesidad de técnicos y especialistas es bastante reducida. Para la *mediana empresa* ya comienza a sentirse la necesidad de hacer planes más amplios y más detallados, requiriendo de cierta ayuda técnica para formularlos y controlar su ejecución.
3. Consecuencia de los anteriores aspectos para la *pequeña empresa*, es que la centralización (toma de decisiones al más alto nivel) es posible y en cierto sentido necesaria. Para la *mediana empresa* se siente la necesidad (debido al crecimiento) imprescindible de ir realizando una mayor descentralización y delegar funciones.

El de organización depende básicamente del número y la diversidad de las funciones y de los niveles jerárquicos.¹³

¹³ Para la pequeña empresa: las funciones se especializan, existiendo tres grupos fundamentales: 1. Los destinados a la producción de bienes y servicios; 2. Los encargados de la distribución, colocación o venta de esos bienes y servicios ante el público; 3. Otras personas ocupadas en las funciones directas o indirectas relacionadas con las finanzas y su control. Junto a estos dos niveles intermedios de jefes (por dónde pasan las órdenes). Las empresas medianas se encuentran en situación intermedia —entre la pequeña y la grande—, es decir: 6, 8 o 10 funciones distintas y no intercambiables; y 3, 4 y hasta 5 niveles jerárquicos.

Hasta aquí el primer análisis. Estos son criterios que pueden ayudar para determinar el tipo de empresa, mas no es una solución matemática en el campo económico.

Mucho se ha hablado de este complejo concepto mercantil, de difícil aprehensión, y más aún, limitándolo al campo del derecho. Por ende, iniciamos un segundo análisis.

Es en el siglo XIX cuando la empresa comienza a presentarse como un fenómeno real frente al orden jurídico. “La empresa aparece como un fenómeno social y real; una realidad compleja y proteica; porque el derecho en sus diversas disciplinas regula aspectos de la empresa”.¹⁴ Así, el derecho administrativo, el laboral, el fiscal, el comercial y el civil contienen normas que se refieren a la empresa o a ciertos aspectos particulares.

Por eso, a partir de la idea económica aparece la organización empresarial en el derecho. Podrá existir entonces: una empresa estatal, una empresa civil, una mercantil, etcétera.

La teoría de la empresa es una de las cuestiones fundamentales del derecho mercantil contemporáneo. El reconocimiento de la empresa como elemento fundamental del derecho mercantil se realiza partiendo de la influencia decisiva que dicha institución ejerce en la economía contemporánea. Pero la empresa debe reducirse a sus justos límites; al respecto dice Cervantes Ahumada:

El derecho mercantil no es exclusivamente el derecho de las empresas; es también el derecho de otras instituciones como las personas, los actos y otras cosas mercantiles distintas de la empresa..., y aunque la mayoría de las cosas comerciales se relacionen con ellas, hay actos que serán mercantiles aun sin conexión directa con una empresa (cuando un particular firma un cheque o una letra de cambio); y habrá cosas que seguirán siendo mercantiles aunque se utilicen fuera de la empresa.¹⁵

Todo intento por describir o definir “en sí misma” a la empresa es una tarea difícil, porque no hay noción “absoluta” por captar. El uso común de la palabra en el lenguaje no científico da significación y referencias demasiado vagas para que resulten suficientes. No obstante, lo que sí cabe es descubrir a qué se llama “empresa” en un sistema positivo determinado y mostrar

¹⁴ Anaya-Podetti, *Código de Comercio*, núm. 81, t. I, p. 298.

¹⁵ Cervantes Ahumada, Raúl, *op. cit.*, nota 6, p. 506.

ciertas notas comunes entre los usos de la empresa en los distintos sistemas jurídicos.

La definición “paradigmática” es la recogida en el Código Civil italiano: “La empresa, sería una actividad económica organizada para la producción o el intercambio de bienes o servicios con preponderante empleo de trabajo ajeno”.¹⁶

El concepto actual de la empresa, dice Zavala Rodríguez, ha sufrido una transformación total en los últimos años. La empresa atañe a la esencia del derecho comercial y a la profesión de comerciante. Dice: “El comercio no es solamente el intercambio; es la organización para realizar ese intercambio... no hay verdad,ero comercio donde falte la empresa”.¹⁷

Además, se habla de establecimiento mercantil que desde el punto de vista económico es una empresa; al respecto dicen Puente y Calvo:

Jurídicamente el establecimiento mercantil es el conjunto de bienes reunidos y organizados para el ejercicio del comercio; está integrado por bienes de toda especie... En particular, pueden citarse las mercancías, el dinero, los derechos y créditos, patentes, marcas, el nombre comercial y un bien intangible por excelencia.¹⁸

El aviamiento o avío se conoce también muy ligado a la clientela, pues se unen la buena organización, el conocimiento de los hábitos y gustos del público con las listas de nombres, direcciones de los consumidores y el buen servicio suministrado por el personal para producir utilidades. Los autores italianos llaman aviamiento a la aptitud que todos esos bienes reunidos tienen para producir utilidades. Al respecto dice Sepúlveda Sandoval:

En la doctrina jurídica hay criterios que sostienen que la empresa... constituye un ente moral... para otra corriente es un negocio jurídico, en tanto que hay teóricos que estiman es un patrimonio... otros más como una organización y... la corriente más aceptada que la considera una universalidad de hecho.¹⁹

¹⁶ Le Pera, Sergio, *op. cit.*, nota 7, pp. 77 y 78.

¹⁷ Zavala Rodríguez, *Comentarios al Código de Comercio*, Buenos Aires, Depalma, 1980, t. I, pp. 57 y 58.

¹⁸ Puente, Arturo y Calvo, Octavio, *Derecho mercantil*, 38a. ed., México, Banca y Comercio, 1991, p. 155.

¹⁹ Sepúlveda Sandoval, Carlos, *La empresa y sus actividades, concepto jurídico*, México, McGraw-Hill, 1997, p. 110.

Un resumen de la doctrina comparada nos enseñaría que la empresa se concibe: sea como *actividad*, sea como *organización* de diversos elementos destinados al tráfico comercial, sea como *negociación* mercantil.

Por tanto, la necesidad de elaborar el *concepto jurídico de la empresa* choca con una tarea llena de dificultades, pues no tiene ineludiblemente carácter unitario. Por ejemplo, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, en su artículo 48 (antiguo artículo 58),²⁰ establece que:

Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la comunidad quedarán equiparadas, a efectos de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entiende las sociedades de derecho civil o mercantil incluso las sociedades cooperativas y las demás personas jurídicas de derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.

Desde este artículo se vislumbra una aproximación a la conceptualización de la “empresa”, pero sin definirla. Incluso, al remitirse al artículo 43 segundo párrafo, se asevera que: “La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48...”²¹

Para intentar alcanzar su esencia, partimos de una observación de la realidad económica para desde ella obtener su concepto jurídico. Todos sus elementos aparecen entrelazados por la comunidad de destino económico. Esta unidad se manifiesta también desde el punto de vista contable, abarcando toda la actividad de la empresa dentro de determinados periodos de tiempo y separando el patrimonio mercantil del patrimonio del empresario. Además, se organiza como unidad conforme a las exigencias de la explotación económica y se parte de una dato: imposibilidad de identificar la empresa con sus elementos patrimoniales aislados, pues es algo más que un

²⁰ A este tratado se le han realizado algunas modificaciones desde 1957. Para esta investigación se consultó la versión del *Tratado de la Unión Europea. Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de derecho comunitario*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 1999.

²¹ *Ibidem*, p. 124.

conglomerado de cosas y de derechos: es un objeto del tráfico jurídico. Falta, en efecto, una regulación jurídica positiva que dé vestidura adecuada a este fenómeno económico y que reconozca la unidad que representa en la vida y en el comercio. Al constituir la empresa, el empresario no descubre o idea un objeto nuevo, sino que hace real una organización cuyos elementos componentes extrae de la ciencia económica. Aquí el empresario no crea, sino que realiza, aplica y traslada la organización a los objetos del mundo exterior. Se debe reconocer al empresario un derecho sobre la empresa. La realización intangible y objetivada del empresario se apoya necesariamente en locales, máquinas, lista de proveedores y clientes, etcétera. Sólo a través de estos medios pueden los sucesores del empresario conocer la organización y experiencia de la empresa. “Cualquier hombre de negocios —según Garrigues— la definiría... como conjunto de bienes (cosas, derechos, actividades) organizados por el comerciante con fines de lucro”.²²

En esencia, la empresa se nos presenta como el conjunto de medios de los que se vale el empresario para desarrollar la actividad económica del sector al que pertenece; y en el plano jurídico hay que analizarla como: sujeto de derecho, en quién se anudan todas las relaciones de débito y crédito que proceden del ejercicio de la actividad económica; patrimonio separado, que se manifiesta como un núcleo autónomo —gozando de relativa independencia—; como universalidad, un conjunto de cosas en virtud de la necesaria coordinación económica imprescindible siempre que se quiere obtener un fin productivo y como un conjunto de derecho con carácter homogéneo; como institución, se trata de un tipo autónomo que encaja en una especial categoría que debe tener cabida en la sistemática del derecho moderno pues comprende los establecimientos sociales carentes de personalidad jurídica que, junto a la actividad humana, combina y coordina elementos diversos entre sí, que por su funcionamiento armónico consiguen el resultado final; y como organización, que ha sido el factor fundamental que ha impreso su sello en los factores de la producción aislados, que se han jerarquizado en el seno de la empresa, abriendo por su coordinación unas posibilidades de producción y comercialización que antes no tenían.²³

²² Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 9a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 166.

²³ Este criterio del autor aparece analizado en el artículo 1o. “La empresa: hacia una nueva concepción en la forma jurídica”, en García Peña, José Heriberto *et al.*, *Problemas*

Por ende, la inclusión actual de la empresa dentro del derecho mercantil se funda en las siguientes razones:

- Su concepto es presupuesto del concepto de empresario.
- Su actividad externa delimita el contenido del derecho mercantil.
- La empresa es, cada día más, objeto del *tráfico jurídico*.

Siendo así, debemos señalar que no parece haberse logrado consenso alguno sobre la empresa. Lo que sí es un hecho es que se trata de un concepto “económico-extrajurídico... es en realidad... una noción económico-política”.²⁴ No obstante, en el futuro la empresa puede llegar a constituir un verdadero concepto jurídico si basa su estructura en una verdadera formulación que englobe a la comunidad laboral, la de producción y la de intermediación, con la voluntad permanente y creadora del empresario en el marco del moderno derecho económico o mercantil internacional.²⁵

Solo así se podrá constituir como ente con personalidad jurídica propia a partir de “una unidad de nombre, permanencia y objeto social bien definido”.²⁶

En este caso resultará oportuno y necesario que regular el *tráfico* se convierta en el centro del derecho mercantil, y que se norme en forma adecuada la *actividad* y *aptitud* del empresario. Siendo así, debe subsistir como mercantil la actividad de los pequeños comerciantes, la de los talleres y pequeñas empresas, al lado de la negociación mediana y grande.

IV. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN

El fenómeno de la comercialización en el derecho común o civil o la interrelación entre los sistemas civil y comercial (separados en muchos países por sendos códigos), aparece como una realidad innegable. Asociación y fundación tienen cada día más puntos en común con las estructuras colec-

actuales del derecho empresarial mexicano, México, Porrúa-Tecnológico de Monterrey, 2005, pp. 15 y 16.

²⁴ Brunetti, Antonio, *Tratado de derecho de las sociedades*, Buenos Aires, UTEHA, t. I, 1960, p. 67.

²⁵ García Peña, José Heriberto *et al.*, *Problemas actuales del derecho empresarial mexicano*, *op. cit.*, nota 23, pp. 16 y 17.

²⁶ Witker, Jorge, *Introducción al derecho económico*, 3a. ed., México, Harla, 1997, p. 44.

tivas del mundo mercantil: sociedades mercantiles o comerciales. “Es empresario quien funda una sociedad anónima, como quien concibe la creación de una asociación cultural o una fundación o una cooperativa”.²⁷

Si le quitáramos el objeto y el fin, junto a algunas funciones, advertiríamos que estas organizaciones colectivas privadas, civiles y mercantiles, en su armazón jurídica son muy semejantes: estructura, necesidades, dinámica interna y externa, etcétera. “Junto a la idea económica va a aparecer siempre una organización con marcadas aristas jurídicas”.²⁸

El proceso funciona así: uno o más empresarios están al frente de un orden plurilateral, de ordenamiento de los factores de producción y del establecimiento de mecanismos destinados a que todo funcione de forma armónica.

Hay que partir de dos alternativas en la organización empresaria o dos formas de organización legal de la empresa:

a) *El empresario individual*: único dueño de su empresa (se asocia a la doctrina del comerciante individual).

b) *El empresario colectivo*: organizaciones colectivas privadas y/o estatales (se identifica con la figura del comerciante social).

Son todas estas *organizaciones colectivas* la vestimenta legal idónea para la empresa económica que los empresarios llevan a la práctica y que detallaremos a continuación. Los tipos legales o estructuras asociativas pueden aparecer con las más variadas formas o modalidades. Por eso, resulta difícil formular una clasificación completa de ellos. Voy a detenerme por su importancia para mi trabajo en: 1) sociedad, 2) asociación, y 3) unión de empresas.

1. Sociedad: halla su referencia en un triple enfoque, a partir de la Edad Media. *Primero*. Sociedades personalizadas con un fin económico (origen de las sociedades civiles y las comerciales de personas). *Segundo*. Las asociaciones sin fin lucrativo (origen de las asociaciones y fundaciones). *Tercero*. Las sociedades de capital, dirigidas desde el gobierno, en las cuales se unen aportes concretos del poder real y de los súbditos (compañías colonialistas).

²⁷ Etcheverry, Raúl A., *Derecho comercial y económico. Segunda parte*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 1.

²⁸ *Idem*.

Aquí se fortalece la idea de otorgar un poder recíproco entre los socios, una responsabilidad solidaria, todos responden del total de la deuda, de la separación del capital social de cada socio y de un esquema de personalidad para el ente. “Son las sociedades las que permiten a los mercaderes salir de su aislamiento y extender la red de sus negocios”.²⁹

Desde otra vertiente, aparece la idea de “compañía” a partir del contrato veneciano, empleado por los comerciantes de las poderosas ciudades italianas.

Así, el concepto de “sociedad” se relaciona con la obtención y el reparto de un beneficio económico.

Caracteres mínimos necesarios para lograr que el ordenamiento reconozca el efecto “Sociedad”: a) pluralidad de miembros capaces para controlar (mínimo 2); b) aportes para la formación de un fondo común, dotado de cierta autonomía; c) fin de obtención de ganancia apreciable, a través de un objeto (ánimo de lucro); d) pacto de riesgo (soportar pérdidas y reparto de ganancias) entre todos los socios; e) estructura operativa común, con regla de actuación y control recíprocos.

La naturaleza jurídica de la sociedad, su acto constitutivo varía en la doctrina: va desde el acto colectivo o complejo (autores de derecho italiano y argentino), hasta por ser una institución (autores argentinos), un contrato plurilateral de organización y un sujeto (autores españoles).

En mi opinión, caracterizar al contrato constitutivo y al ente como sujetos de derecho, resulta suficiente, aunque, en adición, completaría con la idea del contrato plurilateral de organización. Esto obedece a que “la sociedad es un mecanismo, una herramienta y una estructura jurídica destinada a cumplir diversos fines de naturaleza empresarial”.³⁰

La sociedad está formada por socios (que gozan de un estatus especial de derecho) y otras personas (a veces no socios) que intervienen en sus órganos. Los socios crean el objeto, cumplen con el aporte, tienen el derecho a percibir ganancias y soportar pérdidas, tienen derecho a administrar, al derecho a la información; el deber y el derecho de controlar y resultar beneficiarios del sobrante existente (en proporción a su parte social), luego de la liquidación de la sociedad.

La constitución jurídica se hace generalmente por dos vías alternativas: la firma de un contrato o acuerdo social, o el comienzo de negocios en co-

²⁹ *Ibidem*, p. 148.

³⁰ *Ibidem*, p. 153.

mún. Por eso hablamos de sociedad regular en que se firma un contrato estructurado para llegar a su inscripción; y sociedad irregular en que se firma un convenio o sin firmar nada, con el hecho de la actuación en común en forma colectiva ya se exterioriza como sociedad frente a terceros. Por ende, “la sociedad constituye un sistema coordinado y gradual de normas”.³¹

2. Asociación: en tanto grupo de personas, reunidas para una actividad en común, tienen la misma antigüedad que la sociedad y son el régimen básico de este modelo de contrato plurilateral: el asociativo.

La diferencia fundamental con la sociedad está en el objetivo o propósito: *el bien común entre los socios, utilidad general o bien público* (nunca puede ser lucrativo). En muchos países se conocen con el nombre de clubes (deportivos, culturales, del arte, etcétera).

Es persona jurídica a partir de que son autorizados y aprobados sus Estatutos por la ley o el gobierno. Su regulación aparece básicamente en el Código Civil, aunque existen leyes especiales; para que alcancen el grado de sujetos de derecho, deben redactar sus estatutos mediante escritura pública o privada, cuya autenticidad certifique un funcionario público.

3. Uniones de empresas: recibe diversas denominaciones en la doctrina, pues la necesidad económica de los empresarios (individuales o colectivos), puede ser diversa: simple concentración de negocios, agrupamiento de sociedades y empresas, alianzas estratégicas, uniones permanentes, etcétera. Queda en manos del empresario escoger la estructura legal más apta; basado en la coincidencia exacta de los fines a desarrollar, por eso preferí llamarla, de manera más general, unión de empresas.

Muchas son las vías mediante las cuales se accede al análisis de este fenómeno de agrupación empresarial. Una motivación real para esto es el crecimiento posible de los partícipes dentro de un grupo, traducido en un aumento del poder; otra, el intento de obtener las ventajas de una posición en el mercado. Asimismo se encara una estrategia de crecimiento, luego del análisis costo-beneficio; se busca la apertura del mercado el avance

³¹ Bertini, Alessandro, *Contributo allo studio delle situazioni giuridici degli azionisti*, Milán, Giuffrè, 1951, vol. I, p. 10.

económico y social en una área ya ensanchada. “El grupo permite equilibrar la utilización de los recursos, multiplicar la producción, afirmar una sólida posición en el mercado de consumidores y poner en marcha una economía programada de gran importancia”.³²

Ahora bien, el costo (jurídico-político) de este agrupamiento abarca la pérdida de autonomía de las empresas reunidas; la incursión en posibles prácticas monopólicas (con su sanción), la complejidad de la estructura de los acuerdos, la inestabilidad natural, la pérdida del secreto empresarial, la amenaza de actos de mala fe de algún miembro del grupo y el choque de interés, multiplicado por el volumen en juego.

Los principales elementos en juego en cualquier organización de unión de empresas son: a) el interés personal contrapuesto al interés social; b) objetivo general coordinado con los objetivos particulares; c) la actividad; d) los mecanismos de control empleados; e) el manejo de la publicidad y la información; f) situación de mayorías y minorías; g) responsabilidad, colectiva, individual, parcial; h) el manejo del grupo, y, finalmente, i) vigencia de la lealtad, diligencia, buena fe y respeto o no de la conducta en un hombre de negocios.

En el ámbito internacional, se observa este fenómeno mediante grupos de empresas grandes y pequeñas, de diferente nacionalidad, a las que se conoce como “transnacionales” y/o “multinacionales”, comandadas por una empresa “madre” que posee los medios para dominar y controlar al grupo.

Pero lo cierto es que no hay una legislación ordenada e integrada del fenómeno. Es decir, las formas son amplias y variadas pero por ser nuestro primer acercamiento al tema, debemos distinguir tres posiciones básicas: cooperación, subordinación y coparticipación.

Cooperación: se da mediante un acuerdo, en el cual se establece el modo de cumplimiento, el alcance, la interpretación del negocio y se dirimen responsabilidades. Es un tema socialmente importante, de interés público. También se conoce como “colaboración” y se trata de buscar la organización de una estructura complementaria destinada a auxiliar las economías de las empresas coligadas (sin que pierdan individualidad económica y jurídica). La misma tiene grados, que van desde prácticas concentradas, pasando por contratos sencillos y limitados, así como reglamentos de grupos de negocios hasta la colación de una gran empresa común.

³² Etcheverry, Raúl A., *op. cit.*, nota 27, p. 196.

Subordinación: responde a un fenómeno más puntual. Se presenta bajo forma de grupo económico y exhibe una multifacética expresión organizativa. Ello implica que la empresa principal pueda formar la voluntad de la empresa subordinada, mediante el mecanismo de control. Aquí se mantiene una férrea unidad de gestión. “Este mecanismo de descentralización es útil social y empresarialmente, e importa una alternativa respecto de la figura de fusión”.³³

Por último, quisiera analizar dos modalidades muy utilizadas en el campo de la cooperación empresaria, y que se han dado en llamar *coparticipación*:

1. *Agrupamiento temporario:* cada empresa mantiene su individualidad y personalidad, uniéndose para un emprendimiento común.³⁴ Se le conoce también como “coparticipación accidental” o “asociación en participación”. Ella no desarrolla ilimitadamente un objeto en el tiempo (no son negocios genéricos), sino que su objeto está previsto en forma tal, que individualiza un solo negocio (por muy complejo y extenso que sea). Como dijera Otaegui: “no debe confundirse negocio único con acto jurídico único”.³⁵
2. *Cooperación permanente:* aquí debemos distinguir: a) la relación entre empresa principal y “sucursal” (el sujeto de derecho es uno solo); b) la creación de una filial controlada por la matriz (situación de control total); c) la creación de una “filial común” (dos o más sociedades, crean una tercera sociedad cuyo manejo se equilibra entre las sociedades principales o matrices). Aquí se logra un objeto de colaboración permanente, dándosele autonomía respecto de la gestión de la matriz y surge un nuevo sujeto de derecho con un objeto preciso y determinado, con patrimonio, domicilio, nombre y personalidad propia (no se integra una relación grupal, porque no hay rasgos de subordinación, mando o control entre las empresas matrices).³⁶

³³ *Ibidem*, p. 200.

³⁴ Los caracteres que la distinguen son: 1) dos o más empresas; 2) unidas mediante contrato; 3) para un objeto preciso, determinado y transitorio; 4) forman un fondo común operativo; 5) están organizadas operativamente, y 6) tienen un fin lucrativo, directo e indirecto.

³⁵ Otaegui, Julio, *Concentración societaria*, Buenos Aires, Ábaco, 1984, p. 102.

³⁶ En otras palabras, aparecen fuera del campo societario, y en vez de crear una filial común, aparecen como contratos de colaboración o cooperación entre empresas, que puede

Ahora emitiré algunas ideas y propuestas respecto a la nueva concepción respecto a la fórmula legal a adoptar.

V. ANÁLISIS COMPARATIVO EN EL ÁMBITO DE LA FORMULACIÓN LEGAL

Como ya vimos, las organizaciones colectivas nacen debido a diferentes necesidades empresarias. Corresponde describirlas a la doctrina. Al formarse un sujeto jurídico colectivo se produce un complejo mecanismo de efectos reales y obligaciones. O sea, “aparece una nueva relación jurídica permanente de carácter asociativa”,³⁷ y aunque la concentración de empresas como fenómeno no es nuevo, sí resulta novedosa “su proliferación a través de las más diversas figuras jurídicas, muchas de ellas de nuevo cuño”.³⁸

Es así que manifestaciones jurídicas de principios de siglo, como es el caso de la asociación en participación, han venido a tomar un real alcance en el seno de una nueva tendencia asociativa³⁹ que no ha tenido, a fin de cuentas, un verdadero respaldo legislativo.

Para esto se analizaron los países latinoamericanos con un modelo económico en el ámbito empresarial muy similar; escogimos algunos de los más representativos: Argentina, Brasil, Colombia, Chile y México. Se constataron diversos elementos referentes a: estructuras legales disponibles, restricciones y consideraciones legales, tipos de organización básicos y planeación legal de los negocios, entre otros.⁴⁰

asumir formas plurilaterales (pool aeronáutico) o bilaterales (como la agencia, concesión y franquicia).

³⁷ Etcheverry, Raúl, *op. cit.*, nota 27, p. 35.

³⁸ Díaz Bravo, Arturo, “Fenomenología de la moderna contratación mercantil”, *Antología de derecho empresarial*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2000, p. 302.

³⁹ Una tendencia que efectivamente se ha vuelto cotidiana, sobre todo por manifestaciones contractuales en el mundo financiero, servicios de toda índole y el sector de la mera comercialización.

⁴⁰ Algunas terminologías tomadas en cuenta de la doctrina comparada son: marco legal: como el conjunto de leyes y decretos-leyes, normativas, reglamentos, resoluciones, circulares, entre otras, que conforman el sistema jurídico de un país, institución u organismo o una empresa. Se divide en *básico* (leyes propias de la empresa en su actividad organizativa), *complementario* (leyes del país que inciden sobre el actuar de la empresa) e *internacional* (aquellas normativas del mundo, entiéndase tratados, convenios, leyes modelos que inciden comparativamente con la actividad de la empresa en cuestión); y forma legal: son los tipos

Recapitular algunos de los problemas y ciertas conclusiones nos parece excesivo cuando se trata de una cuestión tan compleja como la que de manera muy parcial se ha querido examinar aquí. Por tanto, de las experiencias existentes en la región de Latinoamérica podrían resumirse tres tendencias en la formulación y aplicación de políticas y programas orientados a la promoción de la pequeña y empresa como uno de los instrumentos de desarrollo:

- Una posición adopta el concepto de pequeña y mediana empresa como un mecanismo para buscar el bienestar social a corto plazo (mientras persista la crisis económica), por su capacidad comprobada de generar autoempleo y a veces ocupaciones a los miembros de la familia a un bajo costo. Esa política asume una función asistencial temporal del Estado, facilitándole créditos y subsidios dentro de programas específicos, bajo el supuesto de que en el mediano plazo la economía volverá a cobrar dinámica y capacidad para absorber la mano de obra desocupada.
- En el otro extremo, existe la posición de que la pequeña y mediana empresa solamente deberían subsistir si como unidad económica tiene la productividad adecuada y capacidad competitiva en el mercado, por lo tanto sujeta al uso de mecanismos financieros tradicionales, a los cuales es extensamente comprobado que tiene escaso acceso. En ese sentido la pequeña empresa, sin que exista especificidad sobre su papel en el desarrollo, debe competir en el uso de mecanismos de las políticas sectoriales específicas donde ella se ubica: industria, agricultura, pesca, minería, etcétera.
- Una posición intermedia, considera que la combinación adecuada de grandes, medianas y pequeñas empresas, funcionando integralmente, es la estructura económica más beneficiosa para un país. Reconoce de la pequeña y mediana empresa atributos que pueden ser explotados eficientemente para lograr un sistema económico balanceado en el uso de los recursos naturales, humanos, tecnológicos, financieros e institucionales.

de estructuras o modalidades que en el ámbito jurídico, son utilizadas para clasificar a las empresas colectivas nacidas por diferentes necesidades (individuales o sociales) en el ámbito de los negocios.

Así, en Latinoamérica se identificarían tres tipos de organización de empresas para las Pymes, pero siempre sobre la base de una fórmula jurídica asociativa, que “supone una organización unitaria, la afectación de un fondo o patrimonio, la adopción de una estructura legal que personalice al ente, y una específica dinámica que asegure la formación de una voluntad única y una fluida actuación externa e interna sin trabas”,⁴¹ y que otorga mayor flexibilidad en el presente y para el futuro.⁴²

Serían empresas tipo A: aquellas que por su escala son de gran tamaño, y por la tecnología pueden ser monopólicas u oligopólicas. Además, por el tipo de actividad que realizan son de gran importancia e impactan en el resto de las relaciones económicas. Generan grandes excedentes económicos o se centran en ellas actividades medulares y estratégicas para el desarrollo del país. Lo que las define esencialmente como de “tipo A” es que en la mayoría de los casos son sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria pero en su gestión poseen determinado grado de descentralización ya que se pueden manifestar como entes jurídicos de carácter privado con autonomía y operatividad propia, pero la subordinación al Estado se establece por el hecho de que el capital estaría totalmente integrado por fondos públicos, y sólo como excepción admitirían capital extranjero.

Sus principales características serían: a) subordinación directa a los fondos públicos que maneja el Estado; b) el gobierno central planificaría sus actividades fundamentales, por ejemplo, serían directivos los siguientes indicadores: planes de producción en surtidos, precios de bienes y servicios fundamentales, trabajo y salarios e incluso algunas inversiones; c) el gobierno central decidiría también su fusión, disolución y nombraría sus gerentes principales; d) utilizarían parte de la ganancia para distribuirla con sus ejecutivos y trabajadores en dependencia de los resultados del trabajo; e) por lo general debe atender a dos objetivos: cumplir determinados objetivos sociales y lograr un adecuado rendimiento financiero.

Las empresas tipo B: serían empresas que por su escala son de mediano tamaño y por la tecnología pueden ser oligopólicas. A diferencia de las anteriores, su actividad no tendría un impacto de primera magnitud en el resto de las relaciones económicas del país, o bien, realizan actividades que no

⁴¹ Etcheverry, Raúl A., *Derecho comercial y económico, formas jurídicas de la organización de la empresa*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 36.

⁴² Estas estructuras jurídicas que propondremos servirían de marco, guía y límite a la actuación colectiva y serían creadas por la ley o por la práctica, cumpliendo una función económica o comercial concreta.

requieren de la vigilancia directa del gobierno central por haber alcanzado una alta competitividad. Lo que las define esencialmente como de “tipo B”, es que en la mayoría de los casos se constituyen como sociedades de economía mixta (es decir, con participación de capital nacional y extranjero) adoptando cualquier modalidad o forma de las reconocidas en las leyes de cada país. Asimismo, podrían manifestarse como un agrupamiento de empresas, es decir, como una especie de coparticipación de carácter temporal o permanente, a partir de una necesidad económica en contraposición al interés social de la de tipo A. Podrían estar subordinadas a diferentes niveles según la escala o tamaño, la ubicación territorial y la importancia de la empresa. Deben ser rentables económicamente y su orientación respondería en gran medida a las señales del mercado.

Además, al tener distintas instancias de actuación, éstas incidirían sobre las señales que envía el mercado a estas empresas mediante la aplicación de instrumentos económicos, por ejemplo, una mayor política crediticia e impositiva.

Sus características principales serían: a) se subordinarán, aunque indirectamente a una instancia de carácter administrativo, según corresponda, pero bajo la responsabilidad de ellas recaerá el control financiero y la definición de su estrategia de desarrollo; b) los gobiernos central y local retienen la capacidad directa de regulación sobre estas empresas, pero la ejercerán solo mediante mecanismos económicos, ya que las mismas poseen un alto grado de gestión, autonomía y operatividad; c) ellas podrían retener una parte de la ganancia para invertir y lo deciden a su nivel. También utilizarían esa ganancia para distribuirla entre sus directivos y trabajadores en dependencia de los resultados de su trabajo. No obstante, para realizar fusiones deben contar con la aprobación de la instancia correspondiente; d) su objetivo principal es producir con ganancia y funcionar con la mayor rentabilidad. Para ello actuarían en condiciones de competencia con el resto de las empresas.

Las empresas tipo C: serían por su escala empresas de micro y pequeño tamaño, en las cuales, la gran concentración de la propiedad y la administración las haría ineficientes o poco competitivas con el resto de las empresas ya enunciadas.

Sus costos medios comienzan a crecer a partir de alcanzar pequeñas escalas de producción. A diferencia de las de tipo A y B, pueden coexistir un número grande de ellas aun cuando realicen el mismo tipo de producción o

servicio, porque por lo general requieren relativamente poco capital. Lo que las define en esencia es que funcionan de manera descentralizada y pueden corresponder a diferentes tipos o formas de organización jurídica (casi siempre de carácter eminentemente privado y con ánimo de lucro), pero sobre todo las que otorgan una mayor facilidad a la hora de su constitución, como pueden ser: las sociedades de índole cooperativo, las asociaciones familiares, y las uniones de empresarios individuales. No obstante, en la práctica pueden funcionar con cualquier otro mecanismo legal de carácter asociativo.

Sus principales características serían: a) estas empresas no estarían subordinadas a ninguna instancia de administración nombradas por los gobiernos locales (en este caso por lo reducido de su escala, podría ser incluso el municipio), pero al tener un carácter de empresas privadas asumirán las formas organizativas que decidan sus propietarios; b) ellas se orientarán por las señales del mercado, aunque queda a discreción de los gobiernos (central y local), imponer topes económicos, por ejemplo, en escalas de precios e impuestos. No obstante, respecto a esas empresas la función del gobierno es crear las condiciones para que mediante los mecanismos creados funcionen de forma eficiente; c) sus objetivos básicos son funcionar cada vez con mayor ganancia y rentabilidad.

Asimismo, haremos una propuesta que permita organizar jurídicamente a la empresa como estructura colectiva en la práctica comercial moderna. Esto aparece, sobre todo, por la existencia de una relación jurídica permanente entre empresarios, como titulares de la empresa, manifestada en diversas uniones de carácter asociativo.⁴³

Este proyecto se denominaría: “Estatuto Uniforme para la Pyme en Latinoamérica”, y podríamos definirlo como un documento formal, que recogerá de manera ordenada todas las posibles variables involucradas en la creación de nuevos negocios, sobre todo pequeños y medianos en América Latina, siempre atemperado al contexto del marco legal existente en cada país, aunque pudiera servir como guía de posible aplicación al derecho interno en cada caso.

43 “La noción de asociatividad en el campo jurídico, en la mayoría de los supuestos, debe vincularse a la de negocio jurídico... y su texto podrá luego servir como estatuto de la organización que se cree”, Etcheverry, Raúl, *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 113.

Principalmente, un buen plan de creación de una Pyme habrá de recuperar:

- La descripción del negocio que pretendemos crear.
- Un profundo y serio estudio acerca de la viabilidad real de la idea, viabilidad que ha de ser tanto técnica como económica y financiera.
- Los objetivos que se persiguen con la creación de la empresa, y una detallada descripción de las estrategias que se habrán de seguir para la consecución de tales objetivos.
- También conseguir o no suficientes recursos financieros que nos permitan poner en marcha nuestra iniciativa.
- Y por último, pero no menos importante, ha de ser la elección de la *forma jurídica a adoptar por la empresa*.

Al ser un documento formal, requiere de una cierta estructura lógica que ayude a presentar la idea de negocio, ante nosotros mismos y ante terceras personas, como un plan viable que merece la pena llevarse a cabo. Por eso, la siguiente propuesta para un proyecto de Estatuto Uniforme desde el punto de vista jurídico en una Pyme no ha de considerarse como una única posibilidad porque cada empresario ha de descubrir los puntos fuertes y débiles de su idea de negocio y potenciar todos aquéllos y resolver éstos antes de dar por concluida la negociación, y en este orden de cosas la estructura del documento habrá de variar convenientemente.

En todo caso, este proyecto de Estatuto Uniforme podría contener los siguientes elementos o partes:

I. Descripción de la idea empresarial. Esta sección recogerá la identificación de los promotores, su experiencia y sus objetivos, así como una breve descripción de la idea de negocio.

II. Descripción del producto o servicio. Este capítulo tendrá como centro el adecuado detalle de las características del producto o servicio que nuestra empresa pretende producir o desarrollar, así como de las necesidades reales que habrá de cubrir uno u otro.

III. Estudio de mercado. Aquí el Proyecto adquiere ya la complejidad que le caracteriza. Un estudio de mercado es necesario para descubrir los potenciales consumidores de nuestro producto o servicio, tanto en su calidad como en su cantidad. Un mercado deficiente asegura ya desde el principio la necesidad de abandonar la idea o bien de modificarla convenientemente. No se debe reparar en esfuerzos, e incluso en gastos, a la hora de

realizar nuestro estudio de mercado. En ocasiones incluso será conveniente delegar en una empresa especializada su realización.

IV. Plan de *marketing*. El *marketing* o mercadotecnia pretende acercar el producto o servicio que habrá de ser el objeto de nuestra empresa a los potenciales consumidores de los mismos, y lograr efectivamente su venta. No se puede dejar al azar el hecho de que los usuarios conozcan o no nuestro producto, sino que será preciso adoptar una adecuada combinación de estrategias comerciales que hagan reales las ventas, y estas estrategias habrán de ser diseñadas y descritas con todo detalle en este capítulo.

V. Descripción técnica de la empresa. Desde el proceso productivo hasta la localización de las oficinas, talleres y almacenes, pasando por el mobiliario, maquinaria y suministros que serán necesarios, habrán de ser descritos aquí con la máxima precisión.

VI. Plan de compras. Son objeto de este capítulo los proveedores de los suministros, el control de calidad de los mismos, la gestión de los stocks, etcétera.

VII. Organización y recursos humanos. Se describirá aquí el conjunto de actividades que serán precisas para llevar a cabo las tareas de dirección, producción, comercialización, etcétera, y las personas encargadas de realizarlas. Para ello convendrá describir con todo detalle cada puesto de trabajo, sus tareas, las aptitudes con que habrá de contar la persona que lo ocupe y su retribución.

VIII. Estudio económico-financiero. Este informe describirá los recursos necesarios para poner en marcha el proyecto, así como sus fuentes y coste. También tratará de aventurar la rentabilidad del negocio y la efectiva supervivencia en el tiempo del mismo. Incluirá en todo caso una cuenta de resultados, un balance de situación y un presupuesto de tesorería, y no estarían de más un estudio sobre el punto de equilibrio o umbral de rentabilidad de la empresa, y un conjunto de *ratios*, tanto financieros como económicos que den idea de la viabilidad del proyecto.

IX. Forma jurídica de la empresa. Es preciso desde un comienzo decidir si la forma jurídica del negocio será la del empresario individual o la de una empresa colectiva. De la elección de una u otra dependerán tanto los trámites necesarios para su constitución como las obligaciones en materia laboral, seguridad social y tributarias, entre otras que habrán de ser atendidas. Básicamente nacerá de las necesidades organizativas del negocio a crear, y de los niveles de responsabilidad frente a terceros que queramos asumir.

Por tanto, si se ha elegido la constitución de una empresa colectiva se tomará en cuenta a las variantes reconocidas como empresas tipo A, B, o con preferencia a las de tipo C, de acuerdo a las escalas y tamaño, porque aquí aparece la posibilidad de la fórmula asociativa como estrategia de fortalecimiento ante la globalización. El término asociación surge como uno de los mecanismos de cooperación entre las empresas pequeñas y medianas que están enfrentando un proceso de globalización de sus economías nacionales. Este mecanismo de cooperación es entre empresas pequeñas y medianas, en donde cada empresa participante, manteniendo su independencia jurídica y autonomía gerencial, decide voluntariamente participar en un esfuerzo conjunto con los otros participantes para la búsqueda de un objetivo común. Los objetivos comunes pueden ser coyunturales, tales como la adquisición de un volumen de materia prima, o generar una relación más estable en el tiempo, como puede ser la investigación y desarrollo de tecnologías para el beneficio común o el acceso a un financiamiento que requiere garantías que son cubiertas proporcionalmente por parte de cada uno de los participantes.

Este último aspecto resulta clave, sobre todo porque la necesidad de diseñar y adelantar estrategias colectivas pasa a ser no solamente una posibilidad de desarrollar ventajas competitivas individuales y conjuntas, sino que puede llegar a constituir un requisito básico de sobrevivencia para la Pyme. Incluso alguna de las estrategias individuales tendrán éxito en la medida que ellas sean complementadas con estrategias colectivas.

Asimismo, en este análisis es importante considerar que las empresas pequeñas y medianas obtienen ventajas de la vinculación con empresas transnacionales o multinacionales por medio de acuerdos de licencia o de franquicia, acuerdos de subcontratación o hasta alianzas estratégicas. También es necesario señalar que si bien los datos sobre empresas mixtas y de cooperación sin aporte de capital son limitados, está claro que éste es un medio cada vez más utilizado para la cooperación mundial y la transferencia de tecnología, aunque hasta la fecha el grueso de estas actividades se ha hecho en forma de vinculaciones entre empresas de economías desarrolladas. Por eso, y dado que las empresas de los países en desarrollo tienen poco que ofrecer en términos de tecnología, las alianzas que vinculan a las empresas Pyme con las empresas de economías en desarrollo tienden a centrarse en el acceso a los mercados o toman la forma de relaciones que procuran mejorar la eficiencia, como las de subcontratación.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

En el ordenamiento positivo, los modestos avances y los disímiles criterios acerca de un concepto uniforme para la empresa, obliga a realizar difíciles construcciones para adaptar algunas normas que no están acopladas a la nueva realidad económica y jurídica. En ese contexto, y de acuerdo con los resultados de la presente investigación, se pueden enumerar las conclusiones siguientes:

1. En términos doctrinarios, actualmente existe la imposibilidad de encajar a la empresa en los cánones tradicionales del derecho.
2. No existe plena coincidencia entre el derecho y la economía en la definición de empresa, por lo que en efecto no hay en la tradición jurídica romanogermano-canónica una estructura legal que podamos denominar empresa.
3. No obstante, la doctrina en general coincide en que hay una empresa, definible en el plano económico como: la “unidad de producción” o la “unidad intermediadora o productora de bienes y servicios”, y que en el futuro pudiera llegar a constituir un verdadero concepto jurídico basado en considerar a la empresa como ente con aptitud legal a partir de la idea estructural de organización colectiva como una comunidad laboral de producción o intermediación, tal vez inscrita en el marco de un moderno derecho empresarial.
4. Dentro de la problemática empresarial, la distinción entre pequeña y mediana empresa radica, independientemente a lo relativo al número de trabajadores y el nivel de ventas anuales, en que la financiación se haya logrado o no con la cooperación de terceros. Si esto ha ocurrido, se aplican las instituciones que llevan a la pequeña empresa bajo las normas que disciplinan las de tipo medio. Ante esto, las nuevas circunstancias obligan a desarrollar pequeñas y medianas empresas competitivas, eficientes e innovadoras que se vinculen directa e indirectamente a las grandes empresas, aprovechen su versatilidad, trabajen coordinadamente y formen alianzas estratégicas con capacidad para generar valor agregado y así dar un salto empresarial-tecnológico con bienestar.
5. En la revisión comparativa realizada se destacan algunos puntos importantes que resulta necesario subrayar: *Primero*. En el contexto macroeconómico, sobre todo de los cuatro países analizados con ma-

yor profundidad, en tres de ellos (Argentina, Chile y Colombia) se presentan apoyos públicos y en uno (Brasil) se brindan apoyos privados, expresados todos a través de diversos programas: de cooperación o agrupamiento empresarial, de promoción al desarrollo tecnológico, de redes de intercambio e información y de servicios de capacitación empresarial, entre otros. *Segundo*. En el ámbito financiero se destacan los estímulos a la capitalización de las PYME otorgados en Brasil y Colombia a través de las llamadas “Bancas de segundo piso” para el fomento del sector pequeño y mediano. *Tercero*. En tres de los países analizados, léase Argentina, Brasil y Chile, se observa la tendencia de la búsqueda de integración entre las PYME de la región, sobre todo al amparo de la fórmula del Mercosur. No obstante, se observan desigualdades en la aplicación del “modelo” integracionista basado en las diferencias productivas existentes por la falta de una cultura de negocios que propicie un sistema innovador y verdaderamente competitivo para todas las PYME de la región. *Cuarto*. El marco legal existente marca notorias diferencias, sobre todo en los casos de Argentina, Brasil y Colombia, en los cuales se regulan y sancionan a las PYME con leyes propias y específicas que les permiten un mejor enfoque organizativo, aunque tomando como base principal a la forma legal societaria. *Quinto*. Respecto a las formas legales revisadas en la información de estos cuatro países, se observa una diferencia importante para la presente investigación: sólo en Chile se destaca la *asociatividad* que busca fortalecer el intercambio y la integración interempresarial, de suma importancia en los tiempos actuales. *Sexto*. Por último, es evidente que no todos los países de la región latinoamericana poseen similares propuestas en sus políticas públicas de apoyo para el sector PYME.

6. En síntesis, la pequeña y mediana empresa analizada *vis a vis* con una gran empresa posee limitaciones de capital, financiamiento propio, capacidad de desarrollo de ciencia y tecnología, y significación política propia. Los factores de competitividad de la pequeña empresa surgen endógenamente, de la forma en que se comportan y vinculan con otras empresas e instituciones y, exógenamente, de un conjunto de situaciones políticas y económicas específicas y de apoyos institucionales creados, *entre ellos los jurídicos*, especialmente para ese fin.
7. De ahí que, las características de las diversas formas legales de organización de los negocios se determinan por las leyes de cada país. Por

ende, las empresas no pueden operar con eficiencia a largo plazo a menos que tengan bases organizacionales y legales apropiadas y firmes. Además, hay ventajas y desventajas en cada una de las diversas formas de propiedad de una empresa. La que se debe escoger depende de las circunstancias de la empresa y cómo se desea que se desarrolle. La forma legal que se elija dependerá de los propósitos empresariales. Hasta ahora, quedarse como persona física otorga mayor libertad; sin embargo, es más riesgoso, ya que en el empresario la responsabilidad es total. Por otro lado, constituirse como persona moral es más costoso y necesita de una infraestructura adecuada.

8. El actual proceso de globalización económica y financiera a nivel mundial plantea la definición de nuevas estrategias para fortalecer la incorporación y el desarrollo de la pequeña y mediana empresa. Es en este contexto general de referencia, que se destaca la importancia de contar con foros de análisis y consulta que permitan formular una nueva estrategia de organización empresarial partiendo de armonizar o uniformar las leyes existentes, sobre la base de las experiencias en diferentes países de la región. A ese efecto, se consideran de especial interés el conocimiento de las iniciativas oficiales y privadas de los países, así como del marco teórico que permita el impulso de la micro, pequeñas y medianas empresas, confrontando puntos de vista y experiencias concretas.⁴⁴
9. El análisis y la formulación legal de la Pyme, así como los cambios necesarios ante el panorama actual, obligan la discusión y el debate jurídico doctrinal en estos temas, por lo que es recomendable realizar más foros de discusión, tanto a nivel académico como institucional, ya sean nacionales, regionales, e internacionales al respecto.

Finalmente, entre las lecciones que se pueden extraer de estas experiencias, es posible señalar que la estrategia para impulsar el crecimiento de la Pyme y, a su vez, generar procesos de innovación en todos los sentidos, va de la mano y ha de estar ligada con la adopción de sistemas legales que coadyuven a lograr una combinación óptima de vinculación asociativa en-

⁴⁴ Aquí resulta importante señalar que a través del programa IBERPYME, auspiciado por el SELA, nació la *Declaración de Cartagena* bajo el lema “Desarrollo institucional de los gremios empresariales PYME ante los retos del siglo XXI”, publicada el 19 de septiembre de 2001.

tre las grandes empresas y la Pyme, dando origen a un nuevo perfil de producción industrial más eficiente, sobre todo por la vía de la especialización flexible. Esta vía abre el camino para la convivencia de varios modelos de organización y brinda mayores opciones a los países en desarrollo en la búsqueda de una adecuada formulación que le permita mayor dinámica empresarial.

VII. A MANERA DE REFLEXIÓN

Más que dar una fórmula que indique el tipo de empresa a crear, lo que interesa es la comprensión de sus estructuras legales, las cuales, junto a las funciones económicas que se realizan en cada caso, contribuyan a que los países de América Latina encuentren cada vez más y mejores alternativas para el crecimiento y desarrollo del sector Pyme en el contexto de la mundialización actual. Aunado a esto, la regionalización plantea los retos de construir nuevas alternativas en el marco legal que coadyuven en beneficio y protección de los negocios.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA-PODETTI, *Código de Comercio*, 1989, t. I.
- ARROYO, Ignacio, *Código de Comercio y legislación mercantil*, 5a. ed., Madrid, 1989.
- BANCOMEXT, *Apoyo financiero y promocional para la pequeña y mediana empresa*, México, Banco Mexicano de Comercio Exterior, 1993.
- BARRERA GRAF, Jorge, *El derecho mercantil en la América Latina*, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1963.
- BERTINI, Alessandro, *Contributo allo studio delle situazioni giuridici degli azionisti*, Milán, Giuffrè, 1951, vol. I.
- BIBLIOTECA DE LA MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la formación y el desarrollo de su negocio*, México, núm. 4, Nacional Financiera, 1992.
- BRUNETTI, Antonio, *Tratado de derecho de las sociedades*, Buenos Aires, UTEHA, 1960, t. I.
- CASALET, Mónica *et al.*, *Red de apoyos públicos y privados hacia la competitividad de las Pymes*, NAFIN-FLACSO, Proyecto de Investigación, 1995.

- CEPAL, *Políticas para mejorar la inserción en la economía mundial*, Santiago de Chile, 1994.
- CERVANTES AHUMADA, R., *Derecho mercantil. Primer curso*, México, Herrero, 1990.
- CONSEJO ECONÓMICO PARA AMÉRICA LATINA, *Industrialización y desarrollo tecnológico*, Santiago de Chile, Informe núm. 13, diciembre de 1992.
- DIÉGUEZ, Gonzalo, “Nueva función del trabajo en el orden de la empresa”, *Revista Española de Trabajo*, Madrid, noviembre-diciembre de 1993.
- ETCHEVERRY, Raúl A., *Derecho comercial y económico*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- , *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- GARRIGUES J., *Curso de derecho mercantil*, 9a. ed., México, Porrúa, 1993.
- GARCÍA PEÑA, José Heriberto *et al.*, *Problemas actuales del derecho empresarial mexicano*, México, Porrúa-Tecnológico de Monterrey, 2005.
- LASTRA LASTRA, José M., *Fundamentos de derecho*, 2a. ed., México, McGraw-Hill, 1998.
- LE PERA, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires, Astrea, 1979.
- MANERO, Antonio, *Promoción, organización y financiamiento de empresas*, México, Porrúa, 1988.
- NAFIN-INEGI, *La micro, pequeña y mediana empresa. Principales características*, México, 1993.
- OCÉANO-CENTRUM, *Biblioteca Práctica de la Pequeña y Mediana Empresa*, Barcelona, Océano Grupo Editorial, 1995, vol. 2.
- OTAEGUI, Julio, *Concentración societaria*, Buenos Aires, Ábaco, 1984.
- PROGRAMA NACIONAL DE APOYO A LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Informe 1992-1993*, Santiago de Chile, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.
- PUENTE Y CALVO, A. y O., *Derecho mercantil*, 38a. ed., México, Banca y Comercio, 1991.
- RODRÍGUEZ SERVÍN, María del Carmen, *Derecho empresarial*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2000.
- SECOFI, *Experiencia mundial en el apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas*, Unión Europea, 1996.
- SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos, *La empresa y sus actividades, concepto jurídico*, México, McGraw-Hill, 1997.

SISTEMA BRASILEÑO DE APOYO A LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA, Brasília, Indicadores de Competitividad para Micro y Pequeñas Empresas, 1993.

VERÓN, Alberto Víctor, *Nueva empresa y derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

WITKER, Jorge, *Introducción al derecho económico*, 3a. ed., México, Harla, 1997.

ZAVALA Rodríguez, *Comentarios al Código de Comercio*, Buenos Aires, De Palma, 1980, t. I.