

Breve visión evolutiva del papel de la empresa como institución fundamental en la Economía y en el Derecho Mercantil

Nasly Ustáriz Forero*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-57-74

Resumen: Se busca indagar en el papel de la empresa como institución fundamental en el crecimiento y desarrollo económicos en una sociedad, dado que constituye el centro nuclear de estudio del Derecho mercantil. Tanto el Derecho como la Economía, por distintos derroteros, aunque con aproximaciones comunes, han ubicado a la empresa al frente de sus respectivos objetos de estudio y a la función del empresario como creadora y propulsora de bienestar. Se propone un entendimiento interdisciplinario de que la empresa mercantil haya logrado erigirse en protagonista, en una institución crucial para albergar e impulsar iniciativas emprendedoras de creciente complejidad y dinamismo.

Palabras claves: Empresa, empresario, institución fundamental de crecimiento económico y desarrollo, objeto de estudio del Derecho mercantil, función creadora de bienestar, perspicacia, entendimiento interdisciplinario.

Brief evolutionary vision of the role of the firm as a fundamental institution in Economics and Commercial Law

Abstract: *It seeks to investigate the role of the firm as a fundamental institution in economic growth and development in a society, given that it constitutes the nuclear center for the study of commercial law. Both Law and Economics, through different paths, although with common approaches, have placed the company at the forefront of their respective objects of study and the role of the entrepreneur as creator and promoter of well-being. An interdisciplinary understanding is proposed that the commercial firm has managed to establish itself as a protagonist, in a crucial institution to host and promote entrepreneurial initiatives of increasing complexity and dynamism.*

Key words: *Firm, entrepreneur, fundamental institution in economic growth and development, object of study of commercial law, creative function of well-being, alertness, interdisciplinary understanding.*

* Abogada mención *cum laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil Mención Honorífica y Derecho Tributario (1986/1993), Universidad Central de Venezuela. Doctoranda (elaboración de tesis doctoral en la actualidad) del Doctorado en Ciencias, mención Derecho, Universidad Central de Venezuela. Profesora Programas de CENDECO, Universidad Metropolitana. Profesora invitada en Programas de Formación Fiduciaria Internacional auspiciados por la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) con universidades de la región. Máster en Economía Universidad Francisco Marroquín/OMMA. Autora de trabajos jurídicos y financieros para publicaciones nacionales y foráneas. Conferencista en distintas oportunidades para COLAFI y COLADE, ambos comités técnicos adscritos a FELABAN. Directora de 100% Banco, Banco Universal.

Breve visión evolutiva del papel de la empresa como institución fundamental en la Economía y en el Derecho Mercantil

“But, the last two centuries most creative artist-individuals who have vastly enriched the human experience are, with few exceptions, reviled or ignored. They are entrepreneurs who have created the world we live in today. (Steve Forbes)

Nasly Ustáriz Forero*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-57-74

SUMARIO:

1. Nociones Introductorias. 2. Breve evolución histórica de la empresa mercantil: una aproximación institucional y evolutiva. 2.1 Revisión crítica sobre las primeras manifestaciones empresariales. 2.2 De la importancia de los comerciantes a las figuras de empresario y empresa como núcleo del Derecho mercantil: Cómo una noción económica se coloca en el centro del ámbito jurídico. 3. El empresario y la función empresarial. CONCLUSIONES.

A NUESTRO RECORDADO LUIS FERNANDO RAMÍREZ

Luis Fernando fue un maravilloso compañero con quien tuve el privilegio de compartir en la cátedra de Derecho mercantil de la Universidad Central de Venezuela, durante mis años de impartir clases de pregrado, siendo la Dra. Tania González B. jefa de cátedra de Derecho mercantil y posteriormente de postgrado. Siempre lúcido y atento, puntual e impecable su recuerdo se mantiene vivo en la memoria de quienes lo conocimos.

También debo expresar mi reconocimiento y gratitud hacia la formidable tarea de difusión y actualización de nuestra disciplina desempeñada por el equipo que conforma la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). A ellos va dedicada la presente investigación.

* Abogada mención cum laude, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil Mención Honorífica y Derecho Tributario (1986/1993), Universidad Central de Venezuela. Doctoranda (elaboración de tesis doctoral en la actualidad) del Doctorado en Ciencias, mención Derecho, Universidad Central de Venezuela. Profesora Programas de CENDECO, Universidad Metropolitana. Profesora invitada en Programas de Formación Fiduciaria Internacional auspiciados por la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) con universidades de la región. Máster en Economía Universidad Francisco Marroquín/OMMA. Autora de trabajos jurídicos y financieros para publicaciones nacionales y foráneas. Conferencista en distintas oportunidades para COLAFI y COLADE, ambos comités técnicos adscritos a FELABAN. Directora de 100% Banco, Banco Universal.

1. Nociones introductorias.

Hemos de comenzar este trabajo haciendo énfasis en el rol de la empresa como *institución fundamental*, como protagonista en el crecimiento y desarrollo de la economía. También y no menos importante es su relevancia a la hora de dar cabida e impulsar iniciativas y emprendimientos cada vez más complejos y dinámicos. Y, por otra parte, como intentaremos mostrar a la luz del examen de la doctrina más autorizada, la misma noción de empresa y la de empresario se han erigido en el objeto central de estudio del nuevo Derecho mercantil, a despecho de las previsiones positivas que siguen manteniéndose en los Códigos de Comercio y leyes especiales en distintos países. Esto proporciona a las dos ciencias un núcleo, un objeto de estudio central y común que entiendo puede ser mutuamente enriquecedor para acercarnos al complejo fenómeno empresarial¹.

Para hacer más interesante aun el tema, hemos de convenir con el ilustre profesor Israel Kirzner en las dificultades que ha tenido desde siempre la mera comprensión de la función empresarial, como en su criterio queda demostrado cuando aludía a *“la eliminación virtual de dicho papel en las exposiciones más recientes de las teorías de los precios, así como en los múltiples y cuidadosos intentos de autores anteriores para definir al empresario y distinguir su papel del capitalista o del empleado dirigente. Estos intentos reflejan el deseo de identificar con precisión algo cuya presencia se siente indudablemente, pero que, superficialmente, solo se presta a una definición vaga”*². (Subrayado agregado)

Si admitimos estas ideas como punto de partida, resultará por demás obvia la necesidad de entender, ante todo, de qué hablamos cuando hablamos de empresa, en especial dada la polisemia propia del término³, las diversas acepciones del mismo vocablo. También de los esfuerzos que se han hecho a lo largo del tiempo no solo desde

¹ Se trata de una relación que fue explorada y repasada desde el enfoque clásico de la Economía, con su aproximación multidisciplinaria conformada por autores que aún no eran siquiera economistas, razón por la que resulta natural pensar que se hayan propuesto su estudio y comprensión como una sub-disciplina del Derecho. Esa génesis común, nos permite advertir como los primeros autores mostraban una intención filosófica de evidente vinculación entre Economía y Derecho. Ello no es casual, si simplemente miramos la importancia que en la vieja ciencia jurídica se le ha dado siempre a la regulación del derecho de propiedad. También contribuyó a esta percepción esa suerte de mirada despectiva que algunos tenían hacia la Economía, vista como una mera ciencia utilitaria, dado que no perseguía el conocimiento como un fin en sí mismo

² Israel M Kirzner, “El Empresario”. *Lecturas de Economía Política, Vol. I*. (Unión Editorial, Madrid, 1998).

³ Uno de los problemas principales con los que se tropieza cuando se inicia una investigación de esta naturaleza es el de terminología. La falta de uniformidad en el lenguaje es hartó frecuente, ya que no solo la extensa literatura sobre la materia, tanto económica como jurídica por limitarlo a los dos enfoques que intentamos hermanar, sino también los distintos ordenamientos jurídicos utilizan los vocablos con sentido diferente. Ejemplo claro es el uso que el Código de Comercio francés ha hecho de la palabra **empresa**, toda vez que emplea los términos *entreprise*, *fonds de commerce* y *achalandage*, además de *entrepreneur*, esta última concretamente para referirse al empresario. Al respecto, cfr. Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II, (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998): 214.

la ciencia económica, sino desde la jurídica por alcanzar algún consenso en cuanto a qué habremos de entender por empresa, qué palabra usaremos para referirnos a ese fenómeno, qué contenido y qué enfoque serían los más apropiados de acuerdo con la realidad del emprendimiento empresarial⁴: ese “*elemento esquivo*” en palabras del mismo profesor Kirzner. Y solo podremos empezar a dimensionar la complejidad de esta tarea si explicamos a la empresa como una categoría ante todo económica, pero también social, política además de jurídica lo que ha dificultado enormemente su conceptualización.

Como punto adicional pero no menor, es importante no perder de vista el hecho de que hablar de empresa, también implica referirse a instituciones, lo que a su vez constituye un asunto de enorme complejidad⁵. No obstante, es crucial incluso para la misma delimitación del problema económico, como ha apuntado el profesor Hayek, cuando aludiendo al pensamiento de Ludwig von Mises, sostiene que el término mismo puede inducir al error porque parece sugerir algo ya instituido. Nos negamos, sigue diciendo Hayek a “*reconocer que la sociedad es un organismo y no una organización*”⁶.

Siguiendo las ideas precedentes, aludir a la empresa como una institución, nos remite a intentar revisar ese proceso evolutivo que le es propio. Ello es así puesto que como tal *organismo* -fruto de un desarrollo histórico-, nos conduce de manera imprescindible a la necesidad de hacer un examen de esta tesis, aunque sea muy preliminar, a fin de no exceder los límites impuestos por las características propias de la presente investigación. Y es que entendemos que indagar, aun brevemente, en el devenir histórico de sus orígenes nos permitirá o al menos ayudará a comprender un problema no menor e interesantísimo en cualquier aproximación que se haga al concepto de empresa, como lo es el de su mutabilidad, su carácter maleable mezcla de flexibilidad y adaptabilidad, que le ha permitido desempeñar ese rol principal, protagónico que tanto han resaltado los estudiosos tanto de la ciencia económica como del Derecho, y que nos ha impulsado a escogerla como nuestro objetivo de análisis. Como bien señala el profesor Broseta Pont, al aludir a la realidad económica: “*resalta cada día con mayor vigor la presencia de un factor que asume el papel protagonista de la evolución económica: la empresa*”

⁴ “*Corporations are easier to create than to understand*” es la expresión no exenta de humor que debemos al profesor Robert Hessen. Al respecto, cfr. Robert Hessen, “Corporations”. *The Concise Encyclopedia of Economics*. (Library of Economics and Liberty, 2015).

⁵ Aludimos aquí a la idea de descentralización propia de sociedades avanzadas y complejas, de las diferentes posibilidades de emprendimiento empresarial que genera como resultado ese orden social, extenso, complejo, disperso, es decir **ese orden espontáneo** que tanto asociamos al pensamiento hayekiano.

⁶ Conferencia inaugural pronunciada en la Escuela de Economía y Ciencias Políticas de Londres, en la sesión del 1º de marzo de 1933, Friedrich A. Hayek, “La Tendencia del Pensamiento Económico”. *Revista Libertas*. Nº 18. (Instituto Universitario USEADE, Buenos Aires, 1993).

2. Breve evolución histórica de la empresa mercantil: una aproximación institucional y evolutiva.

2.1 Revisión crítica sobre las primeras manifestaciones empresariales.

Las estructuras jurídicas de colaboración entre personas, esto es las estructuras asociativas en general, han experimentado en la ciencia jurídica una evolución importante que desde siempre y de manera bastante unánime se había entendido que abarcaba desde el siglo XII (finales de la baja Edad Media) hasta las regulaciones incluidas en los Códigos de Comercio y las leyes de sociedades surgidas en el siglo XIX. Sin embargo, no albergamos dudas respecto de que las primeras estructuras que se concibieron han sido herederas de tradiciones comerciales de mayor antigüedad aun, que han sufrido sus respectivos procesos evolutivos hacia formas más nuevas y modernas.

No obstante, investigaciones posteriores parecen someter a franca revisión aquel criterio doctrinario pacífico relativo a la génesis medieval de la empresa mercantil. Y podemos afirmar esto en virtud de una serie de estudios y monografías sobre la economía de los imperios de la Antigua Mesopotamia, gracias a los cuales y a partir de la segunda mitad del siglo XX, se ha logrado demostrar, como sostiene de forma categórica el profesor e historiador español González García, que *“a pesar de lo limitado de la evidencia, la iniciativa privada tenía un papel económico importante, además del templo y el palacio, con los que interactuaba en un marco mercantil”*. Y, en parte, se puede entender esta divergencia de criterios a causa de lo que el mismo profesor García ha calificado como *“la secular polémica entre primitivistas y modernistas”* la cual, según su criterio *“ha dividido a los historiadores antiguos entre los defensores de una economía simple y basada en la redistribución, incomprensible desde nuestra moderna mentalidad, y los defensores de la existencia de intercambios complejos y economías de mercado, que podemos aspirar a entender mediante la moderna teoría económica”*.⁷ (Subrayados agregados).

Las afirmaciones anteriores las sostiene el citado profesor González García, a fin de ilustrar un curioso caso de respeto académico extremo o, como él mismo lo denomina de *“temor reverencial”* cuando afirma que: *“Aunque la ortodoxia representada por los postulados de Karl Polanyi y Moses Finley haya sido en la práctica abandonada por completo, sigue existiendo un temor reverencial por su memoria y un deseo declarado de no refutarlos abiertamente. Sin embargo, la moderna historiografía no tiene empacho en hablar de economía de mercado en el mundo antiguo, y de la validez de*

⁷ Alberto González García. “Reseña del trabajo de M. Jursa”. *Revista Numismática Hécate*, No. 3. http://revista-hecate.org/files/1414/8260/2760/Recension_Jursa3.pdf.

las modernas herramientas de análisis que proporciona la teoría económica". (Subrayados agregados)

Tales descubrimientos los debemos en buena medida a la obra descomunal del profesor austríaco de Asiriología, Michael Jursa, reseñada en el link suministrado *infra*, sobre la cual, concluye González García: "*A pesar de su densidad y aún escasa difusión, creemos que este libro es indispensable para los estudiosos del Antiguo Oriente y los historiadores económicos... A nuestro entender pone punto y final definitivo a numerosos prejuicios primitivistas sobre la simplicidad y burocratización dirigista de la economía mesopotámica, abriendo las puertas a nuevas y más rigurosas investigaciones*".

Y esta es justamente la intención que nos anima al examinar aun de pasada estas fuentes: proporcionar una nueva mirada a estos fenómenos complejos, porque en mi criterio, comprender que este tipo de instituciones comerciales surgieron en el relacionamiento humano desde el principio de los tiempos que podemos registrar dota al desarrollo de la noción de empresa y a la iniciativa emprendedora de una mayor profundidad, de una entidad propia, casi de un *abolengo*, por desfasada que pueda sonar esta palabra, pues nos introduce en la convicción de que el ser humano, al convivir en sociedades antiquísimas, aun tenidas como primitivas, comprendió bastante pronto la inevitable realidad de su mutua dependencia, la inapelable y enriquecedora necesidad de relacionarse de manera creadora y pacífica, como alternativa a la violencia congénita a la que parecemos estar condenados como especie.

El razonamiento precedente justifica sobradamente que nos hayamos detenido en la fuente de estos hechos contrastados por el insigne profesor de la Universidad de Viena (una vez más, un austríaco haciendo una callada y radical revolución de las ideas hasta entonces erigidas como verdades indiscutidas). Considero que también nos proporciona acceso directo a las nuevas investigaciones, en virtud de que no ha sido sino hasta estas últimas décadas cuando tales evidencias han trascendido, gracias al impecable trabajo y esfuerzo académico de la obra de Jursa, la cual González García califica como "*uno de sus grandes hitos historiográficos*". Y no es para menos, dado que la ambiciosa monografía del profesor vienés es el producto de luengos años de exhaustiva investigación (El link proporcionado *supra* reseña que fueron analizadas más de 20.000 tablillas cuneiformes de distintas procedencias), que da cuenta de la asombrosa complejidad de la economía mesopotámica y, más importante aún, su carácter de *economía de mercado*, con instituciones tan modernas y sofisticadas como sociedades por acciones o cheques al portador.

En cualquier caso, y pese a la indiscutible relevancia de tales investigaciones y hallazgos tanto para la historia de la Economía como para la del Derecho, en tanto ciencias sociales con puntos de contacto tan relevantes como objetos de estudio comunes, el aspecto que más nos interesa destacar aquí, al resaltar la complejidad que ya exhibía

la organización económica en la Antigüedad, es ese lado fuertemente institucional, ese carácter evolutivamente complejo y de larga data de instituciones como el sistema de precios o la misma noción asociativa como germen de la idea de empresa, que responden a un complejo desarrollo organizativo humano: se trata de eso que se ha denominado órdenes espontáneos, o bien órdenes complejos, que desde los mismísimos albores de la Historia de la humanidad surgieron en virtud del servicio prestado, de la utilidad práctica que significaron en aras de mejorar, de multiplicar los intercambios entre las personas. Así lo ha sostenido también el profesor Huerta de Soto cuando en sus clases ha afirmado de modo categórico que: “*Todas las interacciones humanas, en última instancia, son reconducibles a intercambios*”.

Conforme a esta aproximación institucional y evolutiva que proponemos en este primer capítulo, consideramos que sigue siendo válido afirmar que desde las primeras estructuras de organización “empresarial” como elemento coordinador, ya sea que encontremos evidencias inobjetables de estas desde la antigua Mesopotamia, o que se hayan percibido sus huellas solo posteriormente como siguen afirmando los manuales y textos de Derecho mercantil al uso, resulta de la esencia misma de estas organizaciones, aludir a eso que en Derecho se conoce como el carácter personalísimo o “*intuitu personae*” que daba enorme relevancia al vínculo personal, a la confianza mutua que caracterizó a esas primeras comunidades ampliamente registradas, que fueron tributarias de explotaciones de comercio familiar, cuyo vínculo primigenio era la consanguinidad: Sociedades claramente personalistas. En este sentido, se ha indicado que la primera forma societaria comercial en puridad fue la sociedad colectiva. Al comerciante individual cuyo crédito descansa en sus dotes personales se enlaza esta sociedad colectiva, en la que todavía predomina el factor individual.

Pese a las diferencias apuntadas, muchos historiadores del derecho mercantil -especialmente Rehme- señalan que los archivos históricos alemanes, italianos y franceses muestran que las primeras sociedades de este género fueron constituidas por varios hermanos que buscaban así continuar la explotación comercial del padre, luego de fallecido. Y sobre este punto, se ha afirmado también, como ha sido recogido por la profesora Adrián, que se trataría de una peculiar adaptación de la figura de la sociedad romana *societas universorum bonorum*, que ya para esa época había desaparecido en el derecho civil, con la particularidad de que los bienes objeto de los aportes y la convención de mancomunidad estaba limitada solo a los bienes relacionados con el comercio heredado del padre⁸.

⁸ T.M. Adrián Hernández, “La recepción del derecho societario europeo en el Código de Comercio de 1904 y su perpetuación hasta la actualidad”. *CENTENARIO DEL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO DE 1904*. Tomo I. (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2004): 526-527.

Con posterioridad, por causas diversas, ese carácter se va perdiendo paulatinamente, a medida que surgen otros vínculos, basados en la mutua confianza, y así se conciben otras estructuras que son capaces, con mayor efectividad, de captar capitales que permitan el crecimiento y desarrollo de aquella idea inicial, al revisar los orígenes de la firma o empresa mercantil⁹.

También en este punto consideramos relevante constatar que, pese a las evidencias históricas antes referidas que nos invitan a revisar conceptos, es precisamente en la Edad Media cuando aparece *la ciudad*, al menos con ese especial significado económico y político-social, que nos interesa destacar en este repaso evolutivo, toda vez que irrumpe una pujante organización burguesa, por contraposición a lo feudal que ponía su acento en la tierra. Es esta nueva fórmula la que alumbró a nuevas actividades económicas y una pujante actividad emprendedora en la que se desarrolla el comercio con intensidades varias según la situación geográfica o temporal, así como una naciente industria artesana aun rudimentaria¹⁰.

Así, la ciudad se convirtió en un centro de consumo, de cambio y de producción en el que predomina el trabajo libre, y la actividad económica se concentra en dos clases de “profesionales”: los mercaderes y los artesanos. Son estos los que a partir justamente del siglo XII se agruparán en gremios y corporaciones. Pero no serán estas asociaciones profesionales, sin embargo, las que agotarán el significado económico de la ciudad: es que no podemos dejar de mencionar, siguiendo al profesor Broseta Pont, la innegable influencia de *ferias y mercados*, como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina, quien se ha encargado de resaltar la indiscutible conexión entre ciudad y mercado, siguiendo, entre otras, las posiciones de Rubio J. y de Girón Tena¹¹, para quienes, como sigue destacando el profesor Broseta Pont, la influencia corporativa de estas organizaciones es de tal envergadura que el mismo Rubio ha afirmado que “*el Derecho de las ciudades es esencialmente derecho del mercado y de los mercaderes*.”¹²

⁹ Tampoco aquí conviene hacer afirmaciones demasiado categóricas. Por citar un ejemplo, el profesor Hessen alude a ese “*otro mito*” que constituye la generalización de la noción de responsabilidad limitada como el incentivo para atraer “*vastas cantidades de capital*”. En sus propias palabras concluye este razonamiento sosteniendo con sobrada lógica que: “*The assurance that one could lose only one’s total investment is hardly a persuasive sales pitch*”. *Op. Cit.* Robert Hessen, *Corporations*.

¹⁰ Ascarelli en diversos trabajos se hace eco de lo que es manifestación de una opinión generalizada respecto de las ciudades de esta época, las cuales sintetiza y recoge en su *Corso di Diritto commerciale* (Tullio Ascarelli, *Corso di Diritto commerciale*. (Milan, 1962).

¹¹ Manuel Broseta Pont, *La Empresa, La Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*. (Edit. Tecnos, Madrid, 1965): 25.

¹² Prueba de ello, sigue diciendo el Prof. Broseta Pont, son los propios Fueros municipales, en los cuales se encuentran expresos preceptos mercantiles, como es el caso de Valencia (1250) y el de Tortosa (1272), pese a que también, concluye con el ya citado Rehme, en que no se concedía a las asociaciones de mercaderes una esfera de actuación autónoma tan relevante como en las ciudades italianas.

De la manera que antecede nos hemos dedicado al examen evolutivo de la empresa hasta el punto de que estimamos más relevante para el propósito de este estudio, toda vez que entendemos que aquí se pone de manifiesto el aspecto que consideramos central en el análisis propuesto y es el de la importancia de los mercaderes, de los comerciantes como el punto de partida de esa *esquiva noción de empresario*, a la que vamos a dedicar la atención en la parte siguiente de este trabajo.

2.2. De la importancia de los comerciantes a las figuras de empresario y empresa como núcleo del Derecho mercantil: Cómo una noción económica se coloca en el centro del ámbito jurídico.

Mucho se ha afirmado en la doctrina por los juristas que el Derecho mercantil es una *categoría histórica*. Ello ha surgido de ese doble método empleado por los estudiosos, de observación de la realidad, por una parte, e historicista por la otra. Esta combinación ha sido ampliamente entendida y expuesta por Wieland y Garrigues, entre otros, y se justifica al afirmar, como lo hacen estos autores, que el campo de aplicación del Derecho cobra verdadero sentido si se logra profundizar en las causas que han determinado, a través de distintos períodos históricos “una concreta y cambiante realidad económica”¹³. Como veremos posteriormente, no es despreciable la importancia del cambio al analizar la función empresarial.

Entonces, es esa doble dirección metodológica, que combina la investigación histórica con una atenta observación de la realidad, la que nos va a permitir comprender uno de los fenómenos más interesantes que se presentan en el campo del Derecho privado, al que hemos hecho previa alusión: la mutabilidad del ámbito del Derecho mercantil, que en su devenir ha permitido esa corriente de *cambios constantes* que se aprecian en la evolución del objeto del estudio de nuestra disciplina, que son registrados al analizar la abundante literatura jurídica sobre el tema. El fenómeno ha sido descrito por algunos como la “generalización del Derecho mercantil”, otros como la “comercialización del Derecho civil”, pero, en definitiva, se inscribe en una tendencia que es la que nos permitirá explicar, aunque sea de manera breve, esa evolución en el concepto de empresa y en que haya sido posible visibilizar el fenómeno empresarial, a fuerza de la atenta observación de la realidad que muchas veces los códigos y compilaciones legales tardan en registrar.

No se corresponde, sin embargo, con el objeto de este trabajo hacer un repaso de la conjunción de factores económicos y político-sociales y su relevancia en lo que finalmente se haya concretado en cada período, o cada país, como el contenido propio del

¹³ Wieland y Garrigues ambos citados por Manuel Broseta Pont, *La Empresa...* Óp. cit., p. 25

Derecho mercantil¹⁴. Recordemos simplemente a efectos que nos interesa mostrar de cara a este análisis, la forma en la que el profesor Broseta Pont da breve cuenta de esta tendencia al cambio que muestra el derecho comercial: “*Así, nacido este para el comercio, se extiende a la industria; destinado a regular el tráfico de muebles, se extiende al de inmuebles cuando unos sujetos se dedican a él profesionalmente; excluyendo en sus orígenes a la actividad agrícola, tiende modernamente a abarcarla cuando se explota mediante métodos o formas comerciales.*”

Las ideas precedentes nos permitirán entender el impulso evolutivo que se suscitó en el Derecho mercantil, y *como la figura del empresario sustituyó a la de comerciante*: se invierte así la relación de género a especie que existía entre ambas en los códigos decimonónicos, -el empresario deja de ser una especie del género comerciante y éste pasa a ser, por el contrario, una especie del género empresario-, convirtiendo al estudio del empresario y la empresa en el centro del nuevo Derecho mercantil, como ya afirmamos. Ello es así aun en los países en los cuales el derecho positivo mantiene vigente el esquema tradicional que *gira en torno al acto de comercio y al comerciante*¹⁵.

La referida evolución se explica, en buena medida, por la fuerte influencia que significó la promulgación del Código Civil italiano de 1942 –con el cual se procedió a la unificación formal del Derecho privado italiano- que efectuó “*el traslado del eje de la teoría de la empresa del momento del cambio al momento de la producción. Era necesario mostrar -tal como señalaba uno de los artífices del código- que la función del empresario es una función creadora de riqueza y no solo intermediaria. (Asquini citado por Galgano)*”¹⁶.

Con la recepción que hizo el codificador italiano de la empresa y el empresario como nociones centrales de su compilación normativa, el tema trascendió de las meras elaboraciones doctrinales y vemos aquí esa conexión íntima entre derecho y economía que hemos intentado rescatar, y que es parte misma de cualquier intento de describir el fenómeno empresarial. Así observamos que la constatación de lo que ocurre en la realidad económica del tráfico es la que logra imponerse en los textos legislativos.

¹⁴ Pese a ello, no puedo resistir la tentación de recordar aquí a Ascarelli, para quien en este período se sientan las bases “*para que el Derecho mercantil se convierta en la quintaesencia del capitalismo*”. (Citado por Manuel Broseta Pont, *La Empresa...* Óp. cit.)

¹⁵ Ocurre ello como lo refiere con claridad el profesor venezolano Morles Hernández al afirmar: “*Es el caso de España, en donde Polo, Girón Tena, Uriá, Sánchez Calero y Giménez Sánchez aceptan la noción como delimitadora de la materia mercantil...*”. Y Broseta Pont, por citar directamente un doctrinario más concluye que el contenido del Derecho mercantil español –el de la realidad del tráfico, no el del Código de Comercio- se estructura en torno a tres elementos esenciales: el empresario, la empresa y la actividad externa y conjunta de ambos. Y compara la situación española con la venezolana cuando concluye así: “*Algo similar podría afirmarse respecto a Venezuela: el Derecho mercantil positivo sigue girando en torno del acto de comercio y del comerciante, pero el Derecho mercantil de la realidad es el derecho del empresario y de la empresa.* Alfredo Morles Hernández, *Curso...* Óp. cit. pp. 213-214.

¹⁶ Alfredo Morles Hernández, *Curso...* Óp. cit. p. 215.

Un logro de la doctrina italiana al poner a la empresa como el criterio central del Derecho mercantil, con una influencia innegable en otros países del viejo continente como Francia o España, y como parte de la Unión Europea.

3. El empresario y la función empresarial.

La complejidad tanto terminológica como de fondo de las nociones que ponen título a este último capítulo de mi trabajo, a la que hemos dedicado los capítulos anteriores, y muy especialmente para el ámbito jurídico, puede volverse aún más compleja y extensa para la ciencia económica. Si examinamos aun de forma meramente enunciativa el vasto elenco de actividades distintivas que se atribuyen al emprendedor, entre las que podemos enumerar la necesidad de logro, tolerancia a la incertidumbre, disposición a asumir riesgos calculados, deseo de independencia, perseverancia, tenacidad, una alta disposición al aprendizaje de los fracasos, iniciativa, autonomía, capacidad de adaptación, sentido de previsión, optimismo, entre muchas otras, siguiendo un poco las pautas de la Escuela Austríaca, quizá lo aprendido nos permitiría decantarnos por relacionar a la empresa, al emprendimiento con lo inesperado.

Y si esa es la elección, ello nos lleva en este punto a optar por una aproximación funcional, como aludía Peter Kline, para tratar de entender el papel de la empresa como institución fundamental, como protagonista del crecimiento y desarrollo de la economía. Así como para el Derecho mercantil, como acabamos de revisar, la empresa pasó de ser parte de un concepto general y más amplio –el de comerciante- a convertirse en el eje de su estudio y regulación, la ciencia económica por su parte ha transitado un camino similar, al recorrido por los juristas, los cuales se rindieron ante la noción económica, adoptándola en forma plena y renunciando, no sin previos y arduos esfuerzos, a definir ese fenómeno fuera de los cánones de la Economía¹⁷.

Pero tampoco del lado de la Economía ha sido evidente o fácil la tarea, en especial si miramos hacia los orígenes de la teoría tradicional de esa ciencia, pues como sostiene el profesor argentino Landoni: “*Quizás, la figura del empresario sea el elemento de mayor ausencia en la teoría de la empresa neoclásica*”, puesto que los agentes económicos optimizadores toman sus decisiones sobre la base de un conjunto

¹⁷ Como expresamente reconoce el maestro Morles Hernández formular un “concepto jurídico” de empresa en oposición a un “concepto económico” tiene dificultades dado que el enfoque legal suele ser generalmente unilateral, por lo que termina reconociendo expresamente que: “*La empresa es un fenómeno económico, social y político, además de jurídico. Lo ideal sería encontrar una noción que integrara todos sus aspectos.*” Alfredo Morles Hernández, *Curso...* Tomo I. Óp. cit. p. 219.

de medios y fines “dados”¹⁸. Y esa óptica, deja de lado todo el permanente proceso de identificación de los mejores cursos de acción y de los medios para alcanzarlos. En suma, deja de lado todo el aprendizaje, que es la lección más importante que puede extraerse de esas múltiples señales que el proceso económico y de mercado va dejando, aunque de forma dispersa, aleatoria.

Si a esta “invisibilidad” de origen o propia de la teoría neoclásica, sumamos la dificultad de aprehender cabalmente las enseñanzas austríacas, en virtud de la multitud de aspectos que esa escuela aporta a la teoría de la empresa, entenderemos más cabalmente aquella alusión de Kirzner al carácter *esquivo* de la empresariedad. O como han sostenido de manera tremendista y casi a contramano de lo que venimos afirmando, Gerald O’Driscoll y Mario Rizzo: “*No hay una teoría subjetivista o austriaca de la empresa*”¹⁹, probablemente más por exceso que por defecto, ante la constatación de que cada autor de la Escuela pone el acento en alguno de esos muchos aspectos de la empresariedad, que enumeramos al inicio de esta sección.

La función del emprendedor, del empresario en la Economía está íntimamente ligada al descubrimiento de oportunidades, y ello gracias a ese discernimiento, a esa perspicacia (*alertness/judgment*) en contextos de incertidumbre, de ahí el acento que hemos dado en ponerle. Por eso hemos optado por este enfoque que los empresarios logran a través del proceso de ensayo y error que deben ejecutar de manera permanente, y que hace que sea tan compleja y ardua su tarea. Recordemos aquí que, para el pensamiento de la escuela austriaca, el conocimiento cierto y objetivo, respecto del futuro, como algo “dado” no está disponible, se encuentra diseminado entre muchos actores económicos. En estas condiciones resulta del todo imposible la noción de la escuela neoclásica de equilibrio “automático” a partir de precios conocidos.

Como sostiene George Gilder, al hablar de la riqueza de los principales emprendedores de Estados Unidos, tampoco les es dada a los empresarios demasiada ocasión para deleitarse con esa prosperidad²⁰. Y es aquí donde podemos hacer la conexión con la posición ya adelantada que debemos al profesor Kirzner. Y es que para interpretar la conducta empresarial hay que observar la tendencia de la acción humana de siempre

¹⁸ Tomaremos aquí como teoría neoclásica de la empresa a la teoría tradicional para distinguirla de los avances que se dieron con posterioridad y que permiten aludir a una moderna teoría de la empresa, que estudia, entre otros aspectos, el origen de la firma, el tamaño o los límites de la firma, su organización, problemas de agencia entre propietarios y administradores, etc. Al respecto, cfr. R. Coase, *The firm, the market and the law*. (Chicago Press, 1988).

¹⁹ Citado en N. Foss, *La teoría de la empresa: los austriacos como precursores y críticos de la teoría contemporánea*. (Libertas 26, 1997).

²⁰ Eso debido a que, como claramente indica Gilder respecto de esa riqueza: “It has been given to others in the form of investments. It is embodied in a vast web of Enterprise that retains its worth only through constant work and sacrifice”. George Gilder, *Wealth and Poverty*. (A New Edition for the Twenty-First Century. Regnery Publishing, Inc. Washington, D.C., 2012):67.

buscar nuevos objetivos y descubrir recursos desconocidos hasta el momento. Kirzner alude a esta perspicacia hacia nuevos fines y recursos como *el elemento empresarial fundamental en la toma de decisiones (alertness)*. No puede ser de otra manera, los mercados, entendidos como procesos, promueven una dura máxima, un mandamiento férreo no escrito en lugar alguno, pero del que ningún emprendedor puede librarse: en un mercado abierto y desregulado los negocios, paulatinamente dejarán de serlo. Por lo que es inevitable la promoción de la competencia y de la innovación para vencer esta tendencia, esta terrible espada de Damocles que pende sobre todos los empresarios. Es esa forma de coacción impersonal a la que aludía Hayek. En todo caso, los empresarios al descubrir segmentos donde la rentabilidad del capital es mayor a su costo, tienden a ajustar los desequilibrios coordinando el proceso desde los bienes de producción hacia los bienes de consumo.

Es el mercado, el proceso de mercado y su incertidumbre congénita el ámbito natural del empresario. Pero su rol, como ya hemos adelantado no surgió de manera directa ni simple. Desde el pensamiento del irlandés Richard Cantillon, quien ya se planteaba al emprendedor como aquel que afronta “riesgos” y a quien debemos la introducción seminal de la expresión “*entrepreneur*”²¹. Pero lo cierto es que la ciencia económica, y en especial la copiosa literatura en lengua inglesa, deben a la labor de John Stuart Mill la verdadera asimilación del término “*entrepreneur*” a ese idioma. Entre los de habla hispana, es el profesor Huerta de Soto quien pone en relieve que toda la multiplicidad de palabras empleadas –emprendedor, empresario, empresa incluso la misma *entrepreneur*- derivan de la voz latina *in prehendō*: descubrir, atrapar, darse cuenta.

Entonces a partir de esta complejidad terminológica, que ya habíamos advertido en forma precedente, podemos empezar a concluir con los profesores Rothbard y Kirzner, en qué es aquello que distingue a los emprendedores, a los empresarios: se trata de detectar un mercado subvalorado, un conjunto de oportunidades que han pasado inadvertidas para otros, sobre la base de las ideas extraídas del pensamiento de Mises²². Es ese *homo agens* de Mises, el empresario cuya función queremos destacar aquí, el que se pone al frente del proceso, no solo porque tiende a perseguir sus fines eficientemente, “*una vez que los fines y los medios se han identificado con claridad, sino también del impulso y la perspicacia que se precisan para definir los fines a alcanzar y los medios disponibles*”²³. Y si las teorías clásicas dejaban fuera a este protagonista,

²¹ Y que, pese a ser el autor más citado por Adam Smith en su magna obra *La Riqueza de las Naciones*, no logró Cantillon que el escocés asimilara el término foráneo.

²² En palabras del profesor Kirzner: “*En vez de insistir en la acción de tipo económico, creo que sería muy útil destacar la noción más amplia de Mises de acción humana*”. Israel M. Kirzner, “El Empresario” ... Óp. cit. p. 3.

²³ *Ibidem*, Pág. 3

es debido, probablemente a la escasa diferencia que podía ofrecer un agente cuyo rol se limitaba a moldear unos medios dados para ajustarlos a unos fines dados.

Es, en definitiva, ese juicio, esa capacidad de anticiparse, de estar alerta, la verdadera clave y el reto permanente de los emprendedores. Es este elemento diferenciador, ese que tanto esfuerzo costó aprehender a pensadores tanto de la ciencia económica como de la jurídica, ese “elemento de perspicacia” el que es identificado por Kirzner, con la ayuda del pensamiento de Mises, *como el verdadero elemento empresarial*, el que permite definir y entender la noción que tan esquiva se planteó en sus orígenes: “*Es este elemento empresarial el que hace que la acción humana sea algo activo, creador y humano, en vez de algo pasivo, automático y mecánico.*”²⁴

Para concluir diremos que lo más relevante de esta noción consiste, quizá, en su flexibilidad para permitirnos entender la importancia de la función social tanto de las ganancias como de las pérdidas, enfatizada por Mises. Y la incertidumbre permanente a la que está sometido el emprendedor radica en esa posibilidad de no acertar en el cálculo económico, su herramienta principal en la toma de decisiones. Por eso, como se nos ha enseñado, las pérdidas juegan un papel de tanta importancia como las ganancias, porque aquellas muestran una discrepancia entre la valoración que el empresario hace de los factores y la valoración que los consumidores hacen, indirectamente, de los mismos factores. Esto indica, *ex post*, una sobrevaloración de los factores, que en última instancia se identifica como la otra cara de aquella moneda de detectar la oportunidad de arbitrar, cuando el empresario, al descubrir mercados subvaluados donde comprar a un precio y vender a uno mayor, detectaba también la oportunidad de obtener ganancias.

Y es así como podemos concluir este trabajo revelando la razón del énfasis en ubicar a la empresa como *institución fundamental* en el crecimiento y desarrollo económicos. Podemos así entender la idea de que nos encontramos ante un organismo, más allá de la idea quimérica o ficcional de atribuirle personalidad jurídica, de personificarla. Nos hallamos ante un ente que, a través de un complejo proceso de toma de decisiones, de una persona, o de varias en forma colectiva o colegiada, cuya visión y descubrimiento de las oportunidades que habían pasado a otros inadvertidas, a través de la innovación permanente y la tecnología como grandes estandartes, asume la responsabilidad por las decisiones que enrumban a la empresa colectiva hacia el éxito o el fracaso. Se trata, en suma, de una forma organizativa indispensable, ya intuita por la raza humana desde los mismos albores de su historia como vimos, que nos permite aspirar a las mejores cualidades que alientan en nuestro interior.

24 *Ibidem*, Pág. 17

Podemos, en definitiva, adjudicarle las palabras de reconocimiento que el profesor argentino Arecha, empleaba para describir a la sociedad anónima: “*La genialidad del hombre está en la creación de esa máquina, que no es máquina ni herramienta, que es obra de su genio...facultad del hombre que permite al comerciante desplegar otros sueños imaginativos*”²⁵.

CONCLUSIONES.

1. Lo primero que debo enfatizar es en el rol de la empresa como institución fundamental y protagonista en el crecimiento y desarrollo económicos. También y no menos importante es su relevancia a la hora de dar cabida e impulsar iniciativas y emprendimientos cada vez más complejos y dinámicos.
2. La noción de empresa y la de empresario en su más preciso sentido económico se han erigido en el objeto central de estudio del nuevo Derecho mercantil, a despecho de las previsiones positivas que siguen manteniéndose en los Códigos de Comercio y leyes especiales en distintos países.
3. Al estudiar el desarrollo evolutivo de la empresa la intención que nos animó fue la de proporcionar una nueva mirada a estos fenómenos complejos. En mi criterio, y es una de las conclusiones centrales del trabajo, comprender que este tipo de instituciones comerciales surgieron en el relacionamiento humano desde el principio de los tiempos que podemos registrar dota al desarrollo de la noción de empresa y a la iniciativa emprendedora de una mayor profundidad, de una entidad propia. Ello debido a que nos introduce en la convicción de que el ser humano, al convivir en sociedades incluso antiquísimas, aun tenidas como primitivas, comprendió bastante pronto la inevitable realidad de su mutua dependencia, la inapelable y enriquecedora necesidad de relacionarse de manera creadora y pacífica, como alternativa a la violencia congénita a la que, muchas veces, pareceríamos estar condenados.
4. Uno de los aspectos que más nos interesa destacar, al resaltar la complejidad que ya exhibía la organización económica en la Antigüedad, es ese lado fuertemente institucional, ese carácter evolutivamente complejo y de larga data de instituciones como el sistema de precios o la misma noción asociativa como germen de la idea de empresa, que responden a un complejo desarrollo organizativo humano.

²⁵ Waldemar Arecha, *La sociedad anónima y el hombre*. (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965): 34.

5. También interesa insistir en la relevancia de eso que hemos denominado órdenes espontáneos, o bien órdenes complejos, que desde los mismísimos albores de la Historia de la humanidad surgieron en virtud del servicio prestado, de la utilidad práctica que significaron en aras de mejorar, de multiplicar los intercambios entre las personas.
6. La función del empresario es una función creadora de riqueza y no solo intermediaria.
7. A partir de la complejidad terminológica expuesta, podemos concluir con los profesores Rothbard y Kirzner en que es aquello que distingue a los emprendedores, a los empresarios es un mercado subvalorado: ese conjunto de oportunidades que han pasado inadvertidas para otros, sobre la base de las ideas extraídas del pensamiento de Mises.
8. Es ese juicio (*judgement*), esa capacidad de anticiparse, de estar alerta, la verdadera clave y el reto permanente de los emprendedores. Es este elemento diferenciador, ese que tanto esfuerzo costó aprehender a pensadores tanto de la ciencia económica como de la jurídica, ese “elemento de perspicacia” el que es identificado por Kirzner, con la ayuda del pensamiento de Mises, *como el verdadero elemento empresarial*.
9. Finalmente, ratificamos que la empresa en tanto organismo, en tanto forma organizativa indispensable, ya intuida por la raza humana desde los albores de su historia se nos revela como *institución fundamental* en el crecimiento y desarrollo económicos. Más allá de la idea quimérica o ficcional de atribuirle personalidad jurídica, de personalizarla, estamos ante un ente que a través de un complejo proceso de toma de decisiones, de una persona, o de varias en forma colectiva o colegiada, cuya visión y descubrimiento de las oportunidades que habían pasado a otros inadvertidas, a través de la innovación permanente y la tecnología como grandes estandartes, asume así la responsabilidad por las decisiones que enrumban a la empresa colectiva hacia el éxito o el fracaso.

BIBLIOGRAFÍA

Adrián Hernández, T.M., “La recepción del derecho societario europeo en el Código de Comercio de 1904 y su perpetuación hasta la actualidad”. *CENTENARIO DEL CÓDIGO DE COMERCIO VENEZOLANO DE 1904*. Tomo I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2004.

Ascarelli, Tullio, *Corso di Diritto commerciale*. Milan, 1962.

Broseta Pont, Manuel, *La Empresa, La Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*. Edit. Tecnos, Madrid, 1965.

Coase, R., *The firm, the market and the law*. Chicago Press, 1988.

Foss, N, *La teoría de la empresa: los austriacos como precursores y críticos de la teoría contemporánea*. Libertas 26, 1997.

Gilder, George, *Wealth and Poverty*. A New Edition for the Twenty-First Century. Regnery Publishing, Inc. Washington, D.C., 2012.

González García, Alberto, “Reseña del trabajo de M. Jursa”. *Revista Numismática Hécate*, No. 3. http://revista-hecate.org/files/1414/8260/2760/Recension_Jursa3.pdf.

Hayek, Friedrich A., “La Tendencia del Pensamiento Económico”. *Revista Libertas*. N° 18. Instituto Universitario USEADE, Buenos Aires, 1993.

Hessen, Robert, “Corporations”. *The Concise Encyclopedia of Economics*. Library of Economics and Liberty, 2015.

Kirzner, Israel M. “El Empresario”. *Lecturas de Economía Política*, Vol. I. Unión Editorial, Madrid, 1998.

Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomos I y II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.