

Empresa, Empresario y Negociación Mercantil *

JOSÉ MARÍA ABASCAL ZAMORA

Profesor de Derecho Mercantil en el Departamento de Derecho de la UIA y en la Facultad de Derecho de la UNAM.

1. IMPORTANCIA ACTUAL DE LOS CONCEPTOS EMPRESARIO Y EMPRESA

EL DERECHO Mercantil, a lo largo de su desarrollo, se ha afanado inútilmente en la búsqueda de un concepto fundamental que delimite su campo de aplicación. En nuestra época, como antaño sucedió con el concepto del acto objetivo de comercio, la indagación se ha volcado sobre la “empresa”, fenómeno que adquiere una enorme importancia en el estudio de la materia. Los debates se suceden sin fin: se discute en cuanto al contenido del concepto y en lo que se refiere a su influencia en la delimitación del campo de aplicación del Derecho Mercantil. Siendo éste, en la actualidad, uno de los temas más debatidos por los estudiosos del Derecho Comercial.

Si resulta importante la empresa, para el Derecho Mercantil, es posible que más importante sea el concepto de empresario (titular de la empresa; sujeto de derecho). Lo mismo hemos de decir de la negociación, que es el conjunto instrumental de que se vale el empresario para la realización de su actividad.

2. EL ACTO DE COMERCIO RESULTA INSUFICIENTE PARA DELIMITAR EL CAMPO DE APLICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL.

El Derecho del Comercio, desde sus orígenes, tendió no sólo a reglamentar la actividad de los comerciantes; desde entonces comenzó a regir la actividad de quienes se dedicaban a la producción y cambio de bienes

* El presente artículo es un capítulo de la obra *Lecciones de Derecho Mercantil*, en preparación.

o servicios para el mercado. Al devenir el capitalismo y el auge de la industria, crecieron las entidades que se dedicaban a las actividades de cambio y de producción. Su cada vez mayor complejidad y magnitud, comenzó a influir sobre la actividad económica de las naciones. El auge de la industria y el desarrollo del capitalismo, produjeron el fenómeno de que la empresa pasara a ser el motor fundamental de la vida económica de los pueblos modernos.

De este modo vemos que las actividades empresariales, tipificadas como actos de comercio, se incluyen cada vez con más frecuencia en los ordenamientos mercantiles hasta que llegan a formar mayoría (los actos de empresa), dentro de los catálogos legislativos de los actos de comercio (por ejemplo: véase el artículo 75 de nuestro actual Código).

Si examinamos algunos de los catálogos de actos de comercio, de Códigos “objetivos”, encontraremos que, en el siglo pasado, ya se les reconocía bastante importancia a las empresas. El Código Napoleón (artículo 632), considera algunas de ellas; nuestro Código de Comercio, en seis de las fracciones de su artículo 75, se refiere a la empresa como acto de comercio.

Así llegó el momento en que se consideró superado el sistema que trató de encontrar el fundamento del Derecho Mercantil, en el acto objetivo de comercio.¹ La importancia creciente de la empresa —concepto netamente económico— y la insuficiencia del “comerciante”, como fundamento del sistema, condujeron, al menos parcialmente, al abandono del concepto “acto de comercio”. Si las actividades mercantiles se encuentran, actualmente, dominadas por actividades de tipo empresarial; si en el centro del sistema económico contemporáneo se encuentra la empresa, será en ella donde se ha de buscar y encontrar el fundamento del moderno Derecho Mercantil.²

Sin embargo, tampoco resultaba lógico regresar al antiguo concepto del comerciante: el Derecho Mercantil, solamente en sus orígenes, se limitó a reglamentar la actividad de los mercaderes y, desde épocas muy tempranas, el concepto “comerciante”, resultó estrecho para delimitar el campo de aplicación de nuestra disciplina.

¹ El concepto del acto objetivo de comercio prestó al derecho privado un enorme servicio. El acto de comercio fue el conducto para la reforma del derecho. Por medio de la extensión del concepto, las innovaciones, producto de la actividad de los comerciantes, pudieron aplicarse a todo el derecho privado, y éste pudo salir de la concha en que se encerró a la caída del Imperio Romano.

² Es bueno adelantar que ni el Derecho Mercantil es todo el derecho de la empresa; ni el derecho de la empresa es el Derecho Mercantil. Esto quedará explicado más adelante.

Como dijimos, la empresa es el motor o célula fundamental de la economía contemporánea. Por otra parte, el derecho comercial ha excedido, casi desde sus orígenes, el campo de lo que, en un sentido vulgar y estrictamente etimológico, se entiende por comercio. Ha sido un fenómeno constante, de esta rama del Derecho, su progresiva expansión hacia campos del Derecho Privado que le estaban vedados, que eran del dominio exclusivo del Derecho Civil. Tiene mucho que el Derecho Mercantil dejó de ser el Derecho que regula la actividad de los comerciantes.

Es una realidad incontrastable que, desde hace más de un siglo, el Derecho Comercial viene regulando una serie de actividades que, cayendo dentro del campo del Derecho Privado, tienen cierta importancia económica; actividades que, fundamentalmente, se desarrollan en el campo de la producción y distribución de bienes y servicios.

Ante la necesidad de regresar a una reglamentación de tipo predominantemente subjetivo, resulta anticuado y, más que nada, inexacto, referirse al "comerciante". Este término abarca mucho menos de lo que jurídicamente, en nuestro Derecho Positivo, representa: pues aun conforme al sistema de nuestro obsoleto Código de 1889, los *mercaderes*, son una fracción del número de *empresarios* que caen dentro de la categoría jurídica de *comerciantes*.

Por otro lado, en México, nadie duda que los "empresarios", son "comerciantes"; y sólo se duda que si serán comerciantes quienes se dediquen "al ejercicio de actos de comercio"; que son sujetos que más existen en la imaginación que en la realidad. Es lógico que se regrese al concepto fundamental de nuestra vida económica, al sujeto real del Derecho Mercantil: al empresario, y a su actividad: la empresa.

El sistema basado en el acto de comercio no fracasó, al contrario, sirvió para ampliar el Derecho Mercantil y extender su campo de aplicación a toda clase de empresas.

3. LA EMPRESA COMIENZA A SER RECONOCIDA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL DERECHO MERCANTIL.

ENDEMANN (en 1875) y PISKO (en 1918)³, fueron los primeros autores que se fijaron en la empresa, como concepto importante en el Derecho

³ Citados por Manuel BROSETA PONT, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1965. Capítulo III, página 90.

del Comercio. WIELAND (en 1931) ⁴, la sistematiza por vez primera. MOSA ⁵, dijo que el Derecho Mercantil es el derecho de la empresa.

4. EL CODIGO CIVIL ALEMÁN Y EL ITALIANO

El Código de Comercio Alemán, en 1897, abandona el sistema de enumerar los actos de comercio. En su artículo 1o., declara que son comerciantes quienes se dedican a ejercer una actividad mercantil, o alguna de las actividades que, según el artículo 2o., se consideran comerciales (en este caso, se requiere que el sujeto agente se haya inscrito en el Registro de Comercio). Además de que establece la presunción de ser comerciales los actos ejecutados por un comerciante en ejercicio de su actividad mercantil. Pone, en definitiva, al comerciante en el centro del sistema. Para este Código Alemán no hay actos de comercio, fuera de la actividad profesional del comerciante.

El primer cuerpo legislativo que se funda de modo definitivo en la empresa, es el Código Civil Italiano (1942), que siguiendo las directivas políticas que privaban en Italia en 1940, y obedeciendo a las corrientes doctrinales más fuertes, fundamenta su reglamentación no tanto en la empresa, como en el empresario.

5. EL DERECHO MERCANTIL NO ES EL DERECHO DE LAS EMPRESAS.

Existen actividades reguladas por esta materia, que no son empresariales, y actividades de empresa que caen fuera del ámbito de aplicación del Derecho Comercial.

Se afirma y se niega que el Derecho Mercantil sea el derecho de la empresa. ⁶ Es muy cierto que empresa y empresario son conceptos funda-

⁴ Citado por BROSETA PONT, *Op. Cit.*, capítulo 3o., página 91.

⁵ MOSSA escribió bastante sobre el tema, y su pensamiento se encuentra disperso en un considerable número de trabajos; BROSETA PONT, *Op. Cit.* Capítulo 3o., página 91, en nota marginal No. 16, cita las siguientes: Rescensión al *Handels-Recht* de WIELAND, publicada en RDC, 1921, I, 283 y siguientes; "I. Problemi Fondamentalli del Diritto Commerciale", RDC, 1926, I, 235 y sigts; "Per il nuovo Codice di Commercio", RDC, 1928, I, 16 y sigts; *L'impresa nell'ordine corporativo*, Florencia, 1935; *Il Diritto alla impresa*, Pisa, 1933; "Contributo al diritto dell'impresa ed al diritto del lavoro," RDC, 1946, I, 105 y sigts. Trattato del nuovo diritto Commerciale, I, Milán, 1942; "Diritto del lavoro diritto commerciale Codice Sociale RDC, 1945, I, 39 y sigts; "Significación del Derecho Mercantil Europeo"; RDM, 1946, 6 y sigts. "Diritto Commerciale, Diritto dell'economía e diritto Sociale" URDC, 1947, I y sigts.

⁶ V. BROSETA PONT, *Op. Cit.*, página 175. Las teorías que sitúan a la empresa como concepto delimitador del Derecho Mercantil pueden agruparse así: "1.—La que afirma, sin más, la identificación entre el Derecho Mercantil y el derecho de la empresa: 2.—La

mentales en el estudio del Derecho Comercial; pero esto no significa que nuestra materia sea el derecho de la empresa: la empresa es el núcleo de la actividad económica, y el Derecho Mercantil regula de modo principal, tal actividad; por ello empresa, empresario y bienes de la empresa, resultan ser nociones cardinales en el estudio de la materia. Pero el sistema del Derecho Comercial, no se reduce a la regulación de esos únicos elementos. Encontramos actos mercantiles que ni son actos de empresa, ni están relacionados con actividades empresariales: la suscripción, la aceptación, el endoso y aval de una letra de cambio, son actos que pueden realizar sujetos ajenos a la actividad mercantil o empresarial, y, sin embargo, son actos de comercio regulados por las leyes mercantiles. Por lo tanto, es válido considerar que no toda la actividad mercantil —mercantil para el mundo del derecho— es actividad de empresa.

Por otro lado, son numerosos los actos jurídicos que atañen a la gestión empresarial y que caen fuera del ámbito del Derecho Mercantil, como sucede con aquellos actos que incumben al Derecho Laboral, al Fiscal y al Administrativo; ramas éstas, vivamente interesadas en la regulación de la actividad empresarial y que no son Derecho Mercantil.

6. IMPRECISION DEL CONCEPTO EMPRESA

Una de las mayores dificultades que encontramos en la determinación de nuestro concepto, estriba en la diversidad de significados que se le dan al término en cuestión. En la doctrina, en la ley y en el lenguaje vulgar, se le atribuyen los más diversos significados: se habla de empresa como organismo económico, como comunidad de trabajo, como actividad económica organizada; se le confunde con el conjunto instrumental que sirve al empresario para el desarrollo de su actividad; y, por último, se le llega a confundir con las personas jurídicas colectivas.⁷

que lo define como el derecho de las empresas *mercantiles*, para así salvar la contradicción en que incurre la tesis anterior dada la existencia de empresas que no son mercantiles; 3.—La que, para salir al paso de la profunda objeción que puede formularse a las dos teorías anteriores, mantiene la identificación entre Derecho Mercantil y empresa, si bien formula un concepto jurídico de empresa distinto del económico”.

⁷ Sólo en México V. Jorge BARRERA GRAFT, *Tratado de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, S. A., Volumen I, 1957. Capítulos V, VI, VII y VIII; Alejandro GONZÁLEZ POLO, *La Empresa y la Hacienda Mercantil*, Tesis Profesional, 1955, Semanario de Derecho Mercantil y Bancario, de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma; Roberto Luis MANTILLA MOLINA, *Derecho Mercantil*, octava Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1965, Capítulo 6, No. 123, página 105; también Leyes como la del Impuesto Sobre la Renta y el propio Código de Comercio, entre otras, utilizan el término empresa, dándole diverso significado.

Nosotros trataremos de encontrar y fijar el contenido que encierra el término empresa, y el sentido en el cual lo utilizaremos en nuestros estudios de Derecho Mercantil. Trataremos de establecer el alcance de este concepto, el de empresario, y el de negociación o hacienda comercial.

7. DERECHO ITALIANO. TEORIA DE FRANCISCO FERRARA JR. ⁸ CONCEPTOS DE EMPRESA Y DE EMPRESARIO.

En el Código Civil Italiano de 1942, se proclama la unificación del Derecho Privado —pero sólo desde el punto de vista del Derecho Positivo—. En el referido ordenamiento, en su libro del trabajo, se regula la actividad de los empresarios, y se comprende, entre ellos, a los empresarios mercantiles.

Expone FERRARA que el sistema político vigente en el momento de la promulgación del Código Civil, propició dicha unificación y la reglamentación de la actividad empresarial.

El artículo 2080 del Código Civil Italiano, define al empresario como aquel que “ejerce profesionalmente una actividad económica organizada, dirigida a la producción o cambio de bienes o servicios”.

El dispositivo legal transcrito define al empresario y no a la empresa, lo que me resulta lógico: en última instancia, quien le importa al legislador es el sujeto, persona jurídica, centro de imputación de los derechos y obligaciones adquiridos por el ejercicio de la actividad empresarial.

Para obtener el concepto de empresa en el Derecho Positivo Italiano, basta con examinar la definición legal de empresario. De ello resulta que, empresa, es una actividad económica organizada, dirigida a la producción o cambio de bienes o servicios.

Resalta a la vista que no se trata, a la empresa, como un conjunto de bienes (negociación o hacienda comercial), sino como *actividad* económica organizada.

Examinando la definición transcrita, FERRARA establece que, para el ejercicio de la empresa, se requiere: a) Una actividad económica dirigida a la producción o cambio de bienes o servicios. Que esta actividad sea lícita. b) Que la actividad económica a que nos referimos *sea organizada*: c) Que la actividad se desarrolle profesionalmente.

⁸ Francisco FERRARA, *Empresarios y Sociedades*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, sin fecha, traducción de Francisco Javier OSSET, Capítulo II. FERRARA es uno de los autores que ha mostrado más interés en el estudio del problema; sin embargo, nosotros solamente nos referiremos a la obra que acabamos de citar.

Pasemos a examinar dichas características:

a) *Una actividad económica dirigida a la producción o cambio de bienes o servicios; que sea lícita.*

Esto explica que se excluyan, del terreno de las empresas, las actividades que realizan quienes se dedican al ejercicio de profesiones liberales, en las que lo que se ofrece al público es, sobre todo, la prestación de un trabajo intelectual. También se excluyen las obras culturales, artísticas y de beneficencia; del mismo modo que las destinadas a espectáculos de tipo cultural, de recreo y deportivas.

Me parece pertinente aclarar (por lo menos respecto a nuestro derecho positivo), que refiriéndonos a las actividades dedicadas al recreo del público, de tipo deportivo (que en muchas ocasiones devienen espectáculos), en gran parte son actividades realizadas en forma de empresa. Según el artículo 75, fracción XI, del Código de Comercio, se les considera empresas comerciales. Es cierto que, en ocasiones, dichas actividades (las de espectáculos), no son realizadas empresarialmente y no caen dentro del ámbito del Derecho Mercantil, pero ello debido a que no se realizan de modo profesional y, para que exista empresa, se requiere la actividad profesional, que implica su realización habitual, lucrativa y exteriorizada al público.

Es mi opinión que, en la actualidad, en lo que se refiere a las profesiones liberales, no es definitivo el argumento de que la actividad que prestan los profesionistas no sea de tipo económico, al menos en gran número de casos. La exclusión, de estas actividades, del campo de las empresas mercantiles —y ello también lo dice FERRARA—, obedece a que siempre ha repugnado considerarlas comerciales.

Pero sí estaremos ante una empresa comercial, cuando alguien contrata una serie de profesionistas, con la intención de organizar y explotar un despacho, una clínica médica, etc. En este caso, el sujeto organizador será empresario. Considérese que no es él quien está prestando su actividad intelectual —aunque ocasionalmente pudiera formar parte del equipo de profesionistas—, sino que ofrece la actividad de sus dependientes, que “se ha objetivado en un servicio producido por la organización”.⁹

Lo que dije respecto a las profesiones liberales, vale respecto de la prestación de otros servicios cuando éstos carezcan, de modo principal, de contenido económico. Así, no será empresarial la actividad del escritor, o la del inventor; aun cuando se organicen y se valgan de auxiliares que les ayuden en la producción de sus obras.

⁹ FERRARA, *Op. Cit. Loc. Cit.*

En párrafos anteriores, al referirnos a la prestación de servicios profesionales, consideramos la posible objetivación del servicio. En relación con estos otros servicios que estamos considerando, se debe estimar lo mismo de quien contrate músicos, científicos, escritores, artistas, etc., con el fin de organizar la actividad de éstos y lucrar con su producción, de tal modo que la actividad artística o cultural, devenga en medio para la prestación del servicio ofrecido. Quien tal organice será empresario, y su actividad, empresa.

Señala FERRARA que la actividad empresarial debe ser lícita. No creo que esta afirmación requiera de mayor desarrollo. No es de dudarse que una organización como la *maffia*, no puede ser considerada como una actividad mercantil, puesto que funciona al margen de la ley.

b) *La actividad debe ser organizada.*

Una parte importante de la doctrina¹⁰ —tanto económica, como jurídica—, considera que existe una actividad organizada, cuando se coordina y explota el trabajo ajeno. FERRARA lo niega: quien sólo emplea máquinas para la prestación de un servicio o para el desarrollo de su comercio, incuestionablemente explota una organización; y, sin embargo, no está utilizando el trabajo ajeno.

A lo dicho por FERRARA, me atrevo a añadir que tanto el profesionista, como el artista y el inventor, a los cuales nos referíamos hace unos momentos, utilizan los servicios de auxiliares que colaboran con ellos para el mejor desempeño de su labor. Organizan trabajo ajeno y, sin embargo, no ejercen una empresa; en consecuencia, la organización del trabajo de otros, no es el signo que distingue a una actividad, como organizada para explotar una empresa.

En realidad, el requisito de explotar una actividad organizada, se da cuando se coordina y explota un conjunto, más o menos complejo (entre otros, puede comprender el trabajo ajeno), destinados a la actividad económica, en el campo de la producción o cambio de bienes o servicios.

Esa organización se refleja en la *Hacienda* (los italianos la denominan *Azienda*), que conforme a la terminología usada en México por MANTILLA MOLINA¹¹ —que aceptamos aquí—, se conoce como negociación mercantil. Es así que resulta empresario quien organiza y explota una hacienda o una negociación mercantil. En nuestro derecho encontramos una posición muy

¹⁰ Basada fundamentalmente en Alfredo Rocco, *Principios del Derecho Mercantil*, traducción de la Revista de Derecho Privado, Editora Nacional, S. A., 1955; la opinión invocada puede verse en el No. 46, página 173.

¹¹ MANTILLA MOLINA, *Op. Cit.*, No. 123, página 104.

similar, en MANTILLA MOLINA,¹² quien dice que es *comerciante el titular de una negociación mercantil*.

El Estado se interesa por aquellas organizaciones que adquieren cierta influencia en la vida económica y que se ejercen por medio del empleo del capital. Entre tales organizaciones, encuentra el Estado, la gestión empresarial. La importancia y magnitud del fenómeno económico justifica su protección. Esa importancia y magnitud se hace tangible a través de la negociación mercantil; de ahí la importancia de reglamentar la actividad del empresario, cuya existencia es fácil de detectar, gracias al signo exterior que constituye la negociación mercantil.

c) *Actividad profesional*

Significa que se trata de una práctica habitual: implica prestar la actividad de modo sistemático, estable y continuado. Una obra esporádica no lo es. El ordenamiento mercantil que se aplica al empresario, supone la continuidad de sus actividades. Tal estabilidad y continuidad se deducen de los medios empleados. Así regresamos al signo exterior, que constituye la explotación de una negociación mercantil.

Son profesionales, también, las actividades de temporada: es empresario quien tiene un establecimiento de hospedaje, el que sólo funciona durante la estación turística; lo mismo diremos del que explota un restaurante, pongamos por caso, en los alrededores de un estadio de fútbol y que, por razón natural, solamente funcionará aquellos días en que el público concurre al espectáculo. En estos ejemplos que preceden, se ve como, dentro de la falta de continuidad (referida al transcurso diario del tiempo), existe la regularidad que implica la explotación de la empresa, cada vez que surge el supuesto que la hace productiva y necesaria.

Este concepto de profesionalidad tampoco supone que la actividad sea la principal del empresario; incluso se puede adquirir, tal calidad de empresario, varias veces a la vez: cuando una persona resulta ser titular de diferentes negociaciones o haciendas comerciales.

No basta la intención del sujeto para considerar que éste ejerce una actividad profesional. Esta tiene que resultar objetivamente de las circunstancias; tiene que ser la consecuencia de la actividad realmente llevada a cabo por el empresario.

Además, es necesaria la intención de lucrar por medio de la explotación ejercitada. Es natural, al concepto de profesión, la intención de obtener una ganancia por el ejercicio de la misma. El requisito del pro-

¹² *Op. Cit.*, No. 115, página 97.

pósito de lucro se presenta independientemente del éxito o fracaso en la consecución de tal fin.

Con frecuencia se afirma que la actividad debe desarrollarse en nombre propio —FERRARA también lo dice—, cuando debiera decirse que es empresario aquel en cuyo nombre se ejerce la empresa. El titular que no ejerce su empresa, no actúa de modo directo, a lo mejor ni la conoce y, sin embargo, es empresario. Quien ejerza materialmente la actividad será el representante, factor, gerente o tutor. Pero como los actos del representante afectan el patrimonio y la situación jurídica del representado, es éste quien resulta empresario.¹³

No obstante lo dicho, no está por demás aclarar que, en virtud de tales reglas de representación, será el representado quien adquiera el carácter de empresario; mientras que el representante —factor, gerente, tutor, etc.—; no adquirirá jamás, en el ejercicio de tal empresa, el carácter de empresario o comerciante.

Tampoco, para ser empresario, se necesita adquirir la propiedad de la negociación o hacienda comercial: el empresario puede explotarla a título de arrendatario, de usufructuario, o por cualquier otra causa. Pero basta que se haga a su nombre, con ánimo de lucro y de modo habitual, para llenar el requisito de profesionalidad y adquirir el *status* de empresario.

Como consecuencia de todo lo expuesto, FERRARA define al empresario mercantil, como “aquél que ejerce profesionalmente y en nombre propio, valiéndose de una organización de personas o de bienes, una actividad lícita, encaminada a la producción para el cambio de bienes o servicios que no consistan en obras del ingenio o en trabajos intelectuales”.

8. DERECHO ITALIANO. TEORIA DE FRANCISCO FERRARA, JR. (CONTINUACION): LAS EMPRESAS COMERCIALES. SOCIEDADES. EMPRESAS DEL ESTADO. PEQUEÑO EMPRESARIO.

Pero no basta establecer la categoría de los empresarios (según el Derecho Mercantil Italiano), es necesario delimitar quienes son empresarios mercantiles (categoría que corresponde, de modo aproximado, a la del comerciante del viejo Código de Comercio Italiano, anterior al Civil). Nuestro autor obtiene el concepto de empresario mercantil, procediendo de modo negativo: excluye de esta categoría al empresario agrícola y al artesano.¹⁴

Pero aclara que esta categoría, la de empresario comercial, está dada de

¹³ MANTILLA MOLINA, *Op. Cit.* No. 114, página 96.

¹⁴ FERRARA, *Op. Cit.* No. 15, páginas 36-37.

modo positivo en el artículo 2195 del Código Civil Italiano, que enumera a los empresarios sujetos a registro. Explica, FERRARA, que la doctrina está de acuerdo en estimar que la referencia es a los empresarios mercantiles, puesto que la obligación de publicidad es tradicional y típica de los comerciantes; y porque, de las actividades enumeradas en el precepto, es lógico deducir que se refiere a empresarios mercantiles.¹⁵

El artículo 2195 invocado, enumera los siguientes empresarios mercantiles:

1. Los que ejercen una actividad industrial dirigida a la producción de bienes y servicios.
2. Los que ejercen una actividad intermediaria en la circulación de bienes.
3. Los que ejercen una actividad en los transportes por agua, por tierra o por aire.
4. Los que ejercen una actividad en los campos de seguros y bancarios.
5. Los que ejercen una actividad auxiliar de cualquiera de las enumeradas anteriormente.

Esta enumeración, dice FERRARA, no es taxativa, sino ejemplificativa: el legislador ha enumerado los tipos principales y más frecuentes de empresas comerciales; pero pueden caer, dentro de tal regulación, otros que se coloquen dentro de los supuestos de la empresa comercial y que se sometan a su regulación.

FERRARA examina, además, el caso de las sociedades mercantiles. Concluye que éstas sólo pueden ser consideradas como empresarios mercantiles, en cuanto tienen por objeto el ejercicio de una empresa comercial.

Refiriéndose a este problema, FERRARA explica que “son empresarios mercantiles cuando tienen por objeto el ejercicio de una empresa mercantil”. Aunque anota la siguiente distinción: las personas físicas sólo son empresarios mercantiles, cuando ejercitan una empresa o actividad comercial; mientras que las sociedades adquieren tal carácter desde su constitución. Expone la razón de este precepto diciendo que, mientras las personas físicas, por naturaleza, pueden dedicarse a las actividades más diversas, las sociedades mercantiles tienen ya “grabada, por su naturaleza y su destino su comercialidad”.¹⁶

Prescindiendo del hecho de que en Italia, a diferencia de lo que ocurre en México, no todas las sociedades tienen personalidad jurídica, la situación en México, es similar.

¹⁵ FERRARA, *Op. Cit.*, Capítulo 2, No. 22, páginas 48-49.

¹⁶ FERRARA, *Op. Cit. Loc. Cit.*

Sin embargo, la opinión de FERRARA puede no ser exacta: una sociedad que se constituye para explotar una empresa mercantil, y así lo manifieste en sus estatutos, puede no ser empresario, si no realiza los actos tendientes a la constitución de la finalidad para la cual se constituyó; el propio autor reconoce esta posibilidad al aclarar¹⁷ que las calidades de sociedad y empresario mercantil no coinciden de modo necesario.

La verdad es que, en nuestro medio, desde un punto de vista práctico, la determinación de si las sociedades mercantiles son o no empresarios comerciales (comerciantes según nuestro Derecho positivo), carece de relevancia; las sociedades que, al constituirse, se acogen a cualquiera de los tipos regulados por la Ley de Sociedades Mercantiles, adquieren por ese solo hecho la cualidad de comerciantes (artículo 3o. del Código de Comercio; artículo 4 LSM). Las razones de esta solución legislativa son de índole diversa, respecto de las que atañen al problema de las empresas comerciales, y no es el caso de exponerlas en este lugar.

En nuestro Derecho positivo, podemos decir que las sociedades mercantiles son, en todo caso, comerciantes; pero sólo serán empresarios, si llevan a cabo una actividad de empresa.

En cuanto a los organismos del Estado, o de intervención estatal —en nuestro Derecho—, son empresarios mercantiles cuando predomina la finalidad de obtener una ganancia como consecuencia de la explotación comercial. Pero cuando la finalidad principal es la satisfacción de un servicio público, la empresa que desarrolla el organismo estatal no será mercantil (como en el caso de los Ferrocarriles Nacionales de México).

No se conoce en México, como en Italia, la distinción entre el grande y pequeño empresario. Sería plausible esta diversidad de tratamientos, puesto que así lo amerita la diversa naturaleza de problemas que presentan ambos tipos de comerciantes. Esto lo ha entendido, indirectamente, el legislador, en cuanto al régimen fiscal: la Ley del Impuesto Sobre la Renta distingue entre causantes mayores y menores; establece mayores obligaciones y mejores controles cuando se trata de causantes mayores. Las disposiciones legales relativas son de importancia en el estudio del Derecho Comercial, porque afectan los sistemas de contabilidad de los comerciantes. Sin embargo, éste no es el lugar apropiado para hacer el análisis de esta reglamentación. Bástenos apuntar este esbozo de distinción que aparece en nuestro Derecho positivo.

Resulta oportuna destacar cómo FERRARA, se interesa más en determinar quién es empresario mercantil, que en definir la empresa comercial; y como,

¹⁷ *Op. Cit., Loc. Cit.* Nota No. 35. En la que incluso critica la opinión de Mossa, quien afirma que, la forma social es absolutamente mercantil.

por otro lado, no considera a la empresa como organización de los bienes de la producción, *sino como la actividad profesional organizada del empresario.*

9. DERECHO ESPAÑOL. TEORÍA DE RODRIGO URÍA.¹⁸

Inicia, URÍA, su exposición del tema, diciendo que empresa: “es un especial modo de desarrollar una actividad económica cualificada”.¹⁹

Lo que más interesa al derecho no es la empresa —acto jurídico—; sino el empresario —sujeto de derecho—. Para la ley es más importante calificar al empresario que calificar a la empresa. El Derecho Mercantil, desde ese punto de vista, es más un derecho de los empresarios, que un derecho de la empresa.

De estas dos premisas parte nuestro autor para exponer su concepto de empresa. Niega que el concepto de empresa corresponda al concepto clásico que se tiene en la economía: organización de los factores de la producción. Explica el autor, que si se considera la empresa, como lo hace la teoría económica —en su mayoría—, como un órgano, no coincide con el concepto jurídico que el legislador tiene al respecto: esto es así, porque si se le trata como un organismo, éste es un conjunto de cosas; y un conjunto de cosas, no puede ser acto jurídico.²⁰ No es fácil, para el no iniciado, captar lo que se entiende por empresa: precisamente el acto o actividad organizadora.

Por un lado tenemos al empresario, titular de los derechos y obligaciones; por otro la actividad que éste desarrolla, esto es, la empresa; por último, *los bienes* con los cuales *el empresario* desarrolla su empresa. Estos últimos son los que algunos autores llaman hacienda, otros establecimiento, otros casa de comercio y, como ya hemos apuntado, otros (MANTILLA MOLINA) negociación mercantil. Sin faltar autores, e incluso leyes, que confunden estos bienes con la empresa misma.

No es empresa el empresario —trátese de persona física o jurídica—. Tampoco son empresa los bienes del empresario: éstos son los que se utilizan para llevar a cabo su actividad empresarial. Empresa es la actividad del empresario.

Resulta que la empresa es un simple modo o forma de obrar humano y, desde ese punto de vista, tiene un puesto dentro del campo de la actividad jurídica, que se coloca dentro de una clase muy especial de actos jurídicos:

¹⁸ Rodrigo URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1958, página 24, No. 18.

¹⁹ URÍA, *Op. Cit.*, página 25, No. 19.

²⁰ URÍA, *Op. Cit.*, No. 19, página 25.

“Los actos jurídicos conjuntos y de carácter continuado (procesos), que aun implicando una combinación o serie de actos simples, coordinados entre sí por la unidad de acción y de fin, ofrecen en todo momento una visión unitaria del fenómeno”.²¹

La finalidad de estos actos es lo que ofrece la unidad a toda la serie, para darle una característica especial al fenómeno. Así como una raya es una serie continua de puntos ordenados, uno tras otro, en una dirección determinada; así, la actividad empresarial, es una serie prolongada de actos —jurídicos y materiales—, coordinados por la unidad de fin.

Desde este punto de vista las empresas son actos de comercio. Este criterio está conforme con la expresión usada por el Código de Comercio (tanto el español, como el nuestro —artículo 75—), que considera actos mercantiles a las diversas empresas que enumera.

El acto jurídico empresa, se realiza a través de una serie de actos: creación de la actividad; actos que implican el desarrollo de la empresa; y, por último, aquellos que tienden a liquidar y a dar fin a tal actividad.

Esta es la forma en que se debe entender el concepto de empresa, según expone el autor comentado, quien interpreta de modo literal la expresión del legislador, al calificar como actos de comercio, las diversas actividades que constituyen empresas mercantiles.

Pero no se trata solamente de una actividad; para que haya empresa, ésta tiene que estar calificada por las siguientes características:

a) *Debe ser de orden económico.* Quedan fuera del concepto de empresa las actividades artísticas e intelectuales.

b) *Debe ser organizada, mediante un plan más o menos razonable de trabajo.* No se requiere una actividad muy bien organizada, u organizada con éxito; tampoco es requisito que el empresario haya imaginado previamente ese desarrollo. Lo que se necesita es que haya un método de trabajo; una organización que, aun cuando no haya sido prevista en el detalle por el empresario, se lleve a cabo, constituya una actividad organizada.

c) *Debe ser manifestada al exterior.* ¿Cómo se logra tal? Normalmente por medio de la negociación mercantil.

d) *Es menester que tenga una finalidad de lucro.* Que se haga con el ánimo de producir bienes o servicios para el mercado. Ni las actividades gratuitas, ni las empresas del Estado —que implican la prestación de un servicio público—, son empresas mercantiles.

Ello no obsta para que determinados servicios públicos, se presten a través de organismos constituidos como sociedades anónimas —típicamente

²¹ URÍA, *Op. Cit.*, No. 21, página 28.

mercantiles—: casos en que resulta frecuente ver al Estado participar, junto con la iniciativa privada, en la formación y funcionamiento de la sociedad.

En otras ocasiones, el Estado, también se asocia con los particulares para explotar una empresa, a través de una sociedad mercantil.

Pero para saber si el ente organizado por el Estado, es un empresario comercial, es necesario atender a la finalidad perseguida: si se trata de modo primordial, de la prestación de un servicio, falta el dato del ejercicio profesional —lucrativo—, y no será una empresa comercial, aun cuando exteriormente aparezca como tal. Por el contrario, si se pretende, principalmente, obtener un lucro, entonces la sociedad constituida por el Estado será un empresario mercantil.

La distinción entre empresa del Estado y empresa mercantil, estriba en que, mientras esta última, busca la obtención de un lucro para el empresario; la empresa del Estado busca la prestación de un servicio público, aun cuando ocasionalmente, por esa actividad obtenga ganancias.

Este ejercicio profesional de una actividad económica organizada, con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios, es precisamente lo que entiende URÍA por empresa.

10. DERECHO ESPAÑOL (CONTINUACION). EMPRESARIO.

La actividad organizada, constitutiva de empresa, necesita de un sujeto que organice y ejercite tal actividad. Este sujeto puede ser tanto una persona física, como una persona moral; se le conoce bajo el nombre de empresario y nuestro autor lo define como: “La persona física o jurídica que por sí o por medio de delegados ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad”.²²

El concepto jurídico de empresario es diverso del económico: el empresario, en un sentido económico, es aquél que combina, organiza, asocia y ejercita directamente la actividad. En cambio, el empresario, jurídicamente hablando, es el sujeto de derecho; aquel cuyo patrimonio va a soportar los riesgos y a disfrutar de las ganancias de la explotación, aun cuando el titular de la empresa no sea quien la ejercite; aun cuando sea incapaz. La gestión del empresario —en sentido económico—, produce todos sus efectos en el patrimonio del empresario —en sentido jurídico—.

Empresario puede serlo tanto una persona física, como una persona jurí-

²² URÍA, *Op. Cit.*, *Loc. Cit.*

dica. Los únicos entes jurídicos con personalidad, que pueden ser empresarios mercantiles, son las sociedades comerciales.

Olvida URÍA que una sociedad civil, puede desempeñar una actividad empresarial de carácter mercantil; y será, en tal caso, considerada como sociedad comercial y empresario. Por otro lado, omite considerar el caso de las sociedades que, sin tener una actividad comercial, se constituyen adoptando el tipo de las anónimas o de las responsabilidades limitadas (las que siempre son calificadas de mercantiles en el derecho español, no importa cuál sea la finalidad con la que se hayan constituido). Al respecto, consideramos aplicable, *mutatis mutandis*, lo dicho al explicar la teoría de FERRARA (Véase No. 8).

En cuanto al carácter de empresario, en relación con las empresas explotadas por el Estado, nos remitimos a lo expuesto en el apartado anterior.

En resumen, hemos visto cómo, URÍA, distingue al empresario —que es el titular de la actividad—; de la actividad en sí —que es el acto de comercio: empresa; y a éstos, de los bienes y personal auxiliar— de los cuales se vale el empresario para realizar su actividad: Negociación mercantil.

Así explica, que quien vende su negocio, no vende su empresa: vende los bienes de su empresa. En este supuesto ¿qué sucede? Cambian empresa y empresario, pero continúa la explotación de la misma hacienda o negociación mercantil.

11. LOS CONCEPTOS DE EMPRESA, EMPRESARIO Y NEGOCIACION O HACIENDA COMERCIAL.

Las dos teorías, anteriormente transcritas, se inclinan a considerar a la empresa —como una buena parte de la doctrina—, como una actividad del empresario.

BROSETA PONT,²³ acertadamente anota que, si el concepto de empresa surgió en el campo de la economía, el concepto jurídico de la misma debe coincidir con el económico. El Derecho regula las actividades de hecho que se presentan en la vida de relación y no hay razón para darles, a los hechos, un significado diverso de aquel que tienen en la realidad. BROSETA PONT recuerda a los antiguos autores del Derecho Mercantil, que trataban de definir el concepto jurídico de comercio, alejándolo del económico, como si se tratase de cosas diferentes; y perdiendo de vista que lo que sucedió fue

²³ BROSETA PONT, *Op. Cit.*, página 167.

que, el Derecho Mercantil, excedió en su ámbito de aplicación al concepto de comercio: de mercantil sólo le quedó el nombre.

Es muy cierto lo anterior; sin embargo, el concepto de empresa, en la economía, es complejo: comprende al empresario, su actividad profesional y a la negociación o hacienda comercial. *Comúnmente se entiende por empresa, en economía, la organización de capital y de trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o servicios para el mercado.* Dentro de tal organización queda —como ya lo vimos—, el sujeto, su actividad, y los bienes que sirven para la realización de esta última.

Como ya se dijo, no se discute que el concepto de empresa, en Derecho, debe tener su base en el fenómeno económico de la empresa. Pero los conceptos en Derecho, deben tener un contenido preciso; además, deben corresponder con las nociones y elementos fundamentales del Derecho: sujeto, objeto, relación; y es fundamental distinguir claramente unos de otros.

No debemos olvidar que en el lenguaje vulgar, y muy probablemente en el económico, a menudo se usan las palabras sin otorgarles un significado preciso y definido. Que es frecuente ver cómo una palabra adquiere uno u otro significado, según el contexto en donde se encuentre; pero que tal cosa no debe suceder, en el mundo del Derecho, al menos en lo que ve a los conceptos que se utilizan de modo principal.

La tesis de BROSETA PONT encuentra un gran escollo cuando se trata de aplicarla en el campo del Derecho. Este se preocupa de reglamentar los derechos y obligaciones que los sujetos —personas jurídicas—, adquieren con su actuación en el mundo de los hechos —actos jurídicos—, normalmente con relación a los bienes que están en el comercio —cosas y derechos—. El derecho no reglamenta organismos tan heterogéneos como lo es la empresa económica —tal y como la entiende BROSETA PONT—. La presencia de todos esos elementos reunidos señala al jurista la existencia de un empresario, una empresa y una negociación. Pero no existe ningún ordenamiento que reglamente la empresa como tal organización. Por ello hemos de descomponer, el concepto económico, en sus elementos jurídicos.

Así sabremos que el titular de la actividad, la persona que deviene centro de imputación de los derechos y obligaciones que origine tal ejercicio, es el empresario mercantil. Que el empresario mercantil, para el ejercicio de su actividad, se vale de una serie de instrumentos; que son bienes, materiales unos (cosas), incorporales otros (derechos); entre ellos, el trabajo que le prestan sus semejantes. Todos estos bienes reunidos y organizados, constituyen el conjunto instrumental que se denomina negociación o hacienda comercial y al que algunos autores, e incluso algunas de nuestras leyes, llaman empresa.

Debemos entender, también, que la actividad organizada realizada por el empresario, es la empresa. De aquí que encontremos dos conceptos de empresa: uno en sentido amplio —económico—, que se define como organización de capital y de trabajo destinada a la producción y mediación de bienes y servicios para el mercado. Otro, en sentido estricto —jurídico—, que es la actividad económica cualificada de que habla Rodrigo URÍA y que expusimos con anterioridad.

En nuestro Derecho positivo no existe tal precisión: se refieren a la empresa, entre otras, la Ley del Impuesto Sobre la Renta; la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos; el Código de Comercio;²⁴ la Ley de Navegación y Comercio Marítimo; la Ley Minera y Petrolera, etc. No existe coordinación en nuestras leyes, ni en nuestra doctrina. Algunas leyes, incluso, usan este concepto de modo equívoco (por ejemplo, la Ley del Impuesto Sobre la Renta).

Ahora bien, lo que interesa al estudioso es fijar un sentido determinado y lógico a los términos que utiliza. El que llevo expuesto me parece que corresponde a tales necesidades.

Tenemos un término, que es muy claro, para calificar al titular de la empresa: empresario. Para calificar al conjunto instrumental de que se vale el empresario en su ejercicio, tenemos negociación o hacienda comercial. Por ello, a lo largo de nuestras clases y tomando en consideración el texto del artículo 75 del Código de Comercio, en sus fracciones V a XI, entenderemos como empresa el concepto que ya expusimos, al comentar a Rodrigo URÍA, como una actividad económica cualificada.

12. EL EMPRESARIO Y LA EMPRESA ESTAN EN LA BASE DE NUESTRO DERECHO POSITIVO.

Con base en lo que antecede podemos afirmar que, en nuestro Derecho Mercantil positivo —aparentemente basado en un catálogo de actos de comercio—, resulta de gran importancia la empresa mercantil. Está, en pocas palabras, en la base de nuestro sistema.

Efectivamente, aun cuando el artículo 1o. del Código de Comercio determina que sus disposiciones se aplicarán “sólo a los actos de comercio”; esto no pasa de ser una declaración gratuita: en el artículo 3o. se define quiénes son comerciantes; el 4 distingue claramente a los comerciantes, de quienes accidentalmente realizan un acto de comercio; los artículos 11, 12,

²⁴ Que en su artículo 75, la define como acto, en el 320, por ejemplo, como negociación.

13, entre otros; el título II, de la Ley de Sociedades Mercantiles, regulan el *status* de los comerciantes.

Por otro lado, implican la existencia de un empresario y de una empresa mercantil las fracciones V a XI, XIV, XVI, XVIII, XXI, XXIV, del Código de Comercio y las Leyes Minera y Petrolera; las fracciones I y II del artículo 75, si bien no implican la existencia de la empresa, es difícil encontrar en la práctica que se cumplan los supuestos que contemplan, si no es a través de una empresa y un empresario mercantil.

Lo anterior, sin olvidar que existe una gama de actos jurídicos, calificados mercantiles por nuestro ordenamiento y que, en cuanto tales, forman parte de la materia mercantil.

13. CONCLUSIONES.

Basta precisar algunos conceptos.

Observando unitariamente, como fenómeno económico, la regulación de la empresa comprende:

1. Todas sus clases: agraria, industrial, mercantil, pública.
2. Todas sus dimensiones: pequeña, grande.
3. Todos sus elementos: empresario, elementos patrimoniales y personales.
4. Aspecto interno: relación entre el empresario y sus elementos patrimoniales, el empresario y sus obreros, empleados y auxiliares.
5. Su aspecto externo: relaciones con terceros, representación, etc.
6. Empresa individual y colectiva (sociedades mercantiles).
7. Su protección como fuente de producción de riqueza y como fuente de trabajo.
8. Sus relaciones con el Estado. (Fiscales, administrativas.)

El concepto de empresa es importante en el Derecho Mercantil, porque califica la mercantilidad del empresario, a quien nosotros consideramos comerciante (MANTILLA MOLINA, habla de comerciante, como aquél que es titular de una negociación mercantil; que será, como hemos visto, un empresario).

Por último, la actividad del empresario califica a la mercantilidad de ciertos actos.

La presencia de la empresa, del empresario y de su actividad, resultan relevantes para el Derecho Mercantil, desde los siguientes puntos de vista:

1. La regulación de los aspectos puramente mercantiles de su actividad: auxiliares mercantiles, obligaciones comunes.

2. La protección y regulación de la negociación mercantil, incluyendo en este aspecto todo lo relativo a la llamada propiedad industrial y a la competencia desleal.

3. La regulación de las sociedades mercantiles, que sin ser consideradas, en sí mismas, empresarios, son utilizadas como el instrumento más común para el ejercicio de una empresa mercantil.

4. La ordenación y regulación de las “Uniones de empresas”.²⁵

El Derecho Mercantil conoce, además, de muchos otros aspectos de la vida económica que, con frecuencia, aparecen ligados a la actividad empresarial: actos, contratos y cosas, que son instrumentos que suelen facilitar la labor del empresario, pero que también son utilizados por quienes no se dedican al comercio. Por ejemplo, los títulos de crédito, y los contratos mercantiles.

²⁵ BROSETA PONT, *Op. Cit.*, página 286.