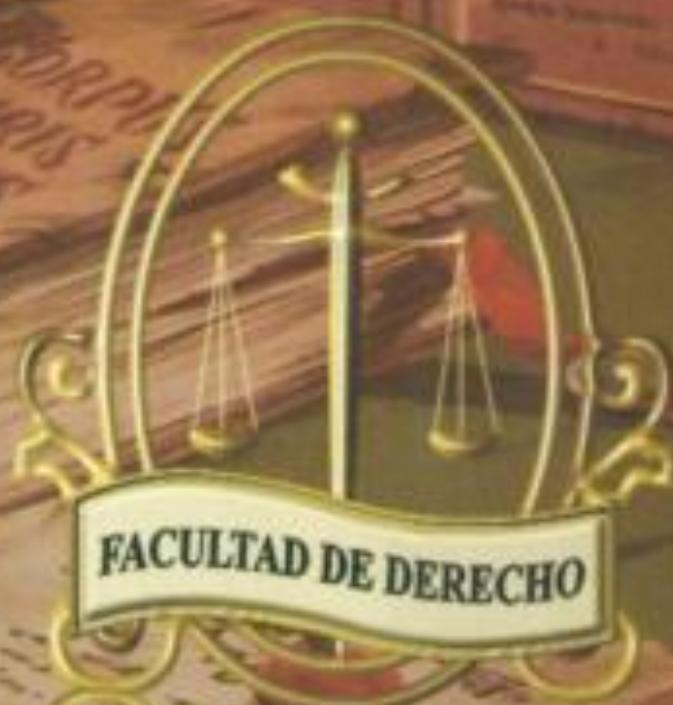




USMP
UNIVERSIDAD
SAN MARTIN DE PORRES

VOX JURIS 17



FACULTAD DE DERECHO

2009

ANÁLISIS HISTÓRICO Y COMPARATÍSTICO DE LA EMPRESA

OYARCE-YUZZELLI, Aarón*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La empresa en Roma. – 3. Evolución del concepto de empresa. – 4. La empresa en los Estados Unidos. – 5. Conclusiones.

1. Introducción

El presente trabajo¹ tiene por objeto el expandir las nuevas doctrinas académicas sobre la creación de la empresa², así como su evolución, desarrollando el estudio desde un punto de vista histórico comparativo³. Trataremos de ilustrar la teoría de Feliciano SERRAO

* Profesor de Derecho Internacional, Derecho Comparado y Derecho Romano en la Universidad de San Martín de Porres. Lima Perú. Investigador del ISGI-CNR Italia (2007-2008).

¹ Artículo publicado en *Vox Iuris* 17, USMP 2009, pp. 147-155.

² Sobre el concepto de empresa ver: JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Guillermo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Label, Madrid 2001, p. 69; nos define el concepto económico de la empresa: la organización de factores productivos (capital y trabajo) para la producción e intermediación de bienes y servicios destinados al mercado. Sobre la definición moderna de la definición de corporación en los Estados Unidos véase: KRAAKMAN, REINIER and HANSMANN, *What is a Corporate Law*, in *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, New York 2004, p. 1. There are five basic characteristics, most of which will be easily recognizable to anyone familiar with business affairs. They are: a) legal personality; b) limited liability; c) transferable shares; d) delegated management under a board structure; e) investor ownership. DE EIZAGUIRRE, José María, *Derecho Mercantil*, 4ta Ed., Thomsom, Navarra 2005, pp. 72-84. Nos señala la formación progresiva de la noción de empresa como actividad específica, indicándonos la definición de empresa en el *Code de Commerce* de 1807 en su artículo 632. Sobre el concepto de empresa en el derecho italiano ver el art. 2082 del *Codice Civile* Italiano de 1942; el cual nos da la definición de imprenditore “*chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*”. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., MacGraw-Hill, España 2001; el autor no nos da un concepto de empresa, únicamente los conceptos de sociedades, realizando una división entre sociedades de personas y sociedades de capitales. GALGANO, Francesco, *Derecho Comercial*, Vol. 1 *El Empresario*, Temis, Colombia 1999, pp. 11-50; nos da únicamente el concepto de empresario, relacionando principalmente el concepto de empresa con el concepto marxista; una noción comparatista muy importante para el derecho comparado. SCHMITDT, Karsten, *Derecho Comercial*, Astrea, Buenos Aires 1997. 65-77; nos señala que no existe un concepto jurídico general de la empresa. OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Manual de Derecho Empresarial*, UIGV, Lima 2005, pp. 37-47; el autor nos elenca los distintos conceptos de empresa desde el punto de vista jurídico, económico, etc. CHERCHI, Amisericordia, *Istituzioni di Diritto Privato*, XVI Ed., Cedam, Padova 1983, pp. 335-337; nos da la definición del código civil italiano más los siguientes requisitos: a) el ejercicio de una actividad económica; b) el ejercicio profesional de tal actividad; c) la organización de los medios ocurentes; d) el ejercicio de la actividad a nombre propio; e) el fin de lucro. BESSONE, Mario, *Lineamenti di Diritto Privato*, 5ta Ed. Giappichelli, Torino 2004, pp. 637-640. TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 34 Ed., Cedam, Padova 1994, pp. 300-304; nos dice que: “*nell’impresa appare protagonista del mondo economico – non si ha riguardo alla sola persona dell’imprenditore (il soggetto), o al complesso dei beni che formano l’azienda (mezzi e oggetti); nell’impresa si ha un quid che si considera unitariamente nella sua vita e nel suo movimento, come una combinazione di atti che richiede l’organizzazione de soggetti e di mezzi destinati alla produzione o allo scambio*”.

Las sociedades integran en nuestro ordenamiento un sistema jurídico compuesto por una pluralidad de tipos de sociedad. Cada una posee características propias, cada tipo de sociedad está destinado a cumplir una función distinta en el ámbito del sistema de la producción. Por el contrato de sociedad e entiende: Dos o más personas que aportan bienes o servicios, para la explotación en común de una actividad económica, con el objeto de repartirse sus utilidades. Entre los elementos en común: a) un contrato de sociedad; b) presencia de dos o más socios; c) aporte de capital o trabajo; d) explotación de una actividad económica; e) realización de un objeto social; f) finalidad de lucro.

³ Sobre el concepto de derecho comparado ver: ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduzione al*

y Andrea DIPORTO sobre el origen de la empresa, doctrina que aparece en el año 1985, basada en el libro XV del Digesto de Justiniano⁴, la cual deja de lado todas las teorías anteriores. Siendo esta teoría la del esclavo manager la de mayor relevancia académica en la actualidad. Luego analizaremos la evolución del concepto de empresa y finalmente desarrollaremos el criterio de empresa actual en los Estados Unidos.

2. La empresa en Roma

Los problemas de la empresa en Roma⁵ antigua aparecen en el periodo comprendido entre el siglo III a.C. al III d.C.⁶ época caracterizada por el imperialismo y la gran expansión del *ager publicus*⁷, la transformación de la economía agrícola, la gran

Diritto Comparato, Giuffrè, Milano 1998, pp. 2-14; si tratta di un processo intellettuale, il quale ha il diritto come oggetto e la comparazione come strumento. Il diritto comparato concerne la comparazione di diversi sistemi giuridici nazionali. Ciò può avvenire, in generale, nel senso che lo spirito e lo stile di diversi sistemi giuridici, i modi di pensare e anche i metodi di procedere a loro usuali vengono tra loro comparati. Si parla a questo proposito di *macrocomparazione*, intendendo che l'oggetto dell'indagine comparatistica sono qui i metodi con i quali si analizza normalmente la materia giuridica, i procedimenti mediante i quali si effettua la comparazione e la decisione, di controversie, od i metodi di lavoro dei giuristi che si occupano di diritto, mentre non appartengono a questo ambito i singoli problemi e le loro soluzioni. Sobre la función del derecho comparado véase: DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4ta Ed., Cedam, Padova 1994, p. 14; il diritto comparato ha una funzione di primo piano da assolvere nella scienza del diritto, esso tende, infatti, in primo luogo, a illuminare il giurista sulla funzione e il significato del diritto, mettendo a profitto a questo scopo l'esperienza di tutte le nazioni. Il suo secondo obiettivo è quello di facilitare, su un piano più pratico, l'organizzazione della società internazionale mostrando le possibilità di accordo e suggerendo formule per l'ordinamento delle relazioni internazionali. Esso permette in terzo luogo ai giuristi di diverse nazioni, per quel che riguarda il loro diritto interno, di concepirne il miglioramento uscendo fuori dalle abitudini acquisite.

⁴ El Digesto de Justiniano, es uno de los libros creados por el emperador Justiniano en el año 529 d.C. en una compilación llamada *Corpus Iuris Civilis*, que comprendía: a) el *Codex*, contenía a las constituciones imperiales que tuvo Roma a lo largo de su historia; b) las *Novelas*, contenía las nuevas constituciones publicadas luego de la publicación del *Codex*; c) el *Digesto* o *Pandectas*, el cual contenía la recopilación de los jurisconsultos más renombrados en Roma, posee 50 libros, con toda una bastedad de temas, desde el derecho civil, comercial, penal, público, etc; d) las *Institutas* o instituciones, que eran los manuales explicativos del digesto. Esta normatividad mantiene vigencia hasta la actualidad, con las variaciones de las diversas familias y escuelas jurídicas del mundo; por ejemplo: la anglosajona que conserva rasgos romanistas como su principio básico *stare decisi*, la creación de ley por parte del *judge*, etc., la escuela exegetica francesa que intentó apartarse de la legislación romana pero el *Code Civil* francés conserva todos los rasgos romanistas, aunque algunos con equivocaciones clamorosas como los referidos a los requisitos para que el *nasciturus* sea considerado persona: a) nacer; b) nacer vivo; c) ser viable; d) tener forma humana, esta era la excepción romana y el *Code Civil* de 1804 lo toma como principio. Por otra parte la escuela *pandectista* alemana estudiando el *digestum pandectarum* crean la BGB con características modernas.

⁵ El primero a escribir sobre el tema fue Feliciano SERRAO y posteriormente su alumno Andrea DIPORTO, actualmente profesores en la Universidad de Roma "La Sapienza".

⁶ Ver SERRAO, *Diritto Privato Economia e Società nella Storia di Roma*, Jovene, Napoli 1993, p. 9 ss.

⁷ Sobre el *ager publicus* véase: TALAMANCA, Mario, *Lineamenti di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1979, pp. 263-266; donde el profesor Talamanca dell' Università di Roma "La Sapienza"; nos señala: secondo le circostanze, la terra era distribuita in piena proprietà (*viritana*) a cittadini romani (*ager privatus, viritanus*), ovvero restava nella condizione di *ager pubblico*. Era quest'ultima durante la repubblica, la destinazione prevalente, tanto è che le fonti usano senz'altro come sinonimi le espressioni *ager ex hostibus captus*, cioè tolto come ai nemici, *ager occupatorius*, nel senso primitivo di occupato dal popolo vincitore, ed *ager publicus (populi romani)* cioè passato nel dominio del popolo romano ed amministrato quindi, dal senato, che ne decideva (e regolava) la forma di utilizzazione, in primo luogo deducendovi delle colonie, latine o di propri cittadini (v. 46, 48: ed. *ager colonicus*. In genere consentiva che le terre incolte o le meno produttive (ed

difusión de la esclavitud⁸ que se convierte en la fuente hegemónica de la fuerza de trabajo. Característica nueva y determinante de todo el periodo y la expansión de los tráficos y grandes desarrollos del capital comercial, esta podría ser indicada como la edad comercial de Roma antigua, (imperialismo-mundo)⁹. De la segunda mitad del tercer siglo a.C. y por los primeros dos siglos del principado, Roma está al centro de la logística de los negocios que se desarrollan en todo el Mediterráneo y aún más allá.

En este periodo los pretores¹⁰ de la jurisdicción *inter privatos*, el urbano¹¹ y el peregrino¹², el segundo surgido en esa etapa temporal, con sus edictos¹³ constituían los órganos fundamentales para la creación de todas las formas jurídicas necesarias para la existencia de la economía-mundo. Justo en este periodo, y al inicio del segundo siglo a.C., surge gracias a los pretores, que toman nota de todas las exigencias de la economía comercial, una serie de acciones dirigidas a dar organización y forma jurídica a los

erano le più) fossero occupate, senza alcun corrispettivo, da chi aveva interesse (e mezzi) per sfruttarle. Si parlava allora di *ager occupatorius*, in senso ben diverso da quello (generale) che abbiamo visto; in una prospettiva, cioè, che poneva l'accento stavolta la disponibilità (realizzata) di quelle terre a essere occupate da privati, che ne diventavano, così, giuridicamente possessori. Ne acquistavano pieno godimento, trasmissibile tra vivi e *mortis causa* ai propri successori, ed erano tutelati contro i terzi, che comunque tentassero di interferire, con strumenti processuali speciali quali (da primi decenni del II secolo, almeno) gli interdetti possessori: soprattutto l'*uti possidetis*, che con la sua clausola *vim fieri veto* proibiva a chiunque di far loro violenza, di arrecare cioè qualsiasi turbativa ai possessori (più tardi si aggiunsero: che non si fossero impadroniti a loro volta dei fondi stessi: *vi clam precario*: con violenza, in modo clandestino o da altri a titolo precario). La entrega del *ager publicus* a los plebeyos fue la primera forma de adquisición de propiedad de los plebeyos, los cuales debían de poseer las tierras por dos años para convertirse en propietarios. La primera forma de adquirir propiedad para los plebeyos fue a través del uso del *ager publicus*, mediante el *usucapione* el emperador señaló que todos los poseedores de tierras públicas serán propietarios si las trabajan por dos años. Concepto distinto al actual en cuanto a la usucapición, en la cual solamente se permite en las propiedades privadas y con el paso de diez o cinco años.

⁸ Sobre la principal división del derecho respecto de las personas ver el Digesto 1,5,3 *De Iure Personarum: summa itaque divisio de iure personarum haec est, quod omnes aut liberi sunt aut servi. 1 Et Libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur, naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi quod vi aut iure prohibetur. 2 Servitus autem est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur. 3. servi autem ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos venderé iubent, ac per hoc servare, nec occidere solent: qui etiam mancipia dicti sunt, quod ab hostibus manu capiuntur. 4. Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut iure gentium, id est ex captivitate, aut iure civil, quum homo liber maior viginti annis ad pretium participantur sese venundari passus est.*

⁹ CARANDINI, A., *il mondo della tarda antichità visto attraverso le merci*, in *Società romane e impero tardo antico*, Istituto Gramsci, Bari 1986, III, pp. 3-19

¹⁰ El pretor era el magistrado mayor, elegido por los comicios centuriados bajo la presidencia de otro magistrado mayor (por regla un cónsul, del cual tenía los mismos *auspicia máxima*), *conlega minor* de los cónsules, titular de *imperium* cualitativamente no diverso, pero con menor *potestas*, en edad histórica el pretor tenía competencias específicas sobre todo en el campo de la jurisdicción civil: sobre las características del pretor véase: TALAMANCA, Mario, *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1989, pp. 130-140.

¹¹ El pretor urbano era aquel juez que debía de resolver los casos de los *cives* romanos, utilizando el *ius civilis*, no pudiendo juzgar casos de peregrinos o entre *cives* y *hostis*.

¹² El pretor peregrino es aquel creado para resolver los conflictos inter peregrinos o en los casos entre peregrinos contra *cives* romanos. A estos pretores se les considera el antecedente del derecho internacional privado visto que debían resolver en casos donde el sujeto era extranjero o cuando las relaciones jurídicas eran extranjeras.

¹³ Función característica de los jueces anglosajones, es interesante observar como el *common law* posee características similares al *civil law* en sus orígenes.

fenómenos ya enraizados en la vida económica¹⁴.

Es imposible determinar una exacta cronología de los diversos sucesos. Ciertamente, antiquísimo era el *peculio* como fenómeno económico de hecho, que encontraba su estructura y funciones solo en la *potestas* del *pater*¹⁵ o del *dominus*. La formación de grandes patrimonios y la expansión de las actividades económicas por un lado, la enorme difusión de la esclavitud por otra parte, hicieron que, para dar protección a terceros que habían concluido negocios con el *filius* o con el *servis*¹⁶, a quien el *pater* o *dominus* les había confiado en gestión una parte de su propio patrimonio, el *peculium*¹⁷, separado de la

¹⁴ Véase la *Actio de Peculio et de rem verso*, *Actio* pretoria que reconoce legalmente a la empresa gestionada por un esclavo. Este reconocimiento es tanto de la responsabilidad limitada, la capacidad de realizar actividad comercial por parte del esclavo así como su capacidad procesal. Esta teoría ha sido reafirmada por las excavaciones arqueológicas que en el barrio de Testaccio en Roma, fueron encontrados los sarcófagos en los cuales se realizaba la importación y exportación de mercadería de y hacia Roma, teniendo gravado en ellos el nombre de los esclavos managers responsables del negocio. Sobre el derecho comercial en Roma ver: el Digesto libro décimo quinto que nos habla de: *De peculio, quando de peculio actio annalis est* (cuando es de un año la acción de peculio), *de in rem verso* (de la acción por lo que se convirtió en provecho de otro), *quod iussu* (de la acción de lo que se hizo por mandato).

¹⁵ Sobre la estructura de la familia ver: BIONDI, Biondo, *Instituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1939, p. 551 ss; nos trata sobre la familia como la estructura básica de la sociedad así como lo señalaba BONFANTE en su clásica obra, ver BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano*, Vol I, *Famiglia*, Atilio Sampaolese, Roma 1926; donde señala que la familia es el eje central de la propiedad, con el *pater familias* como único *sui iuris*. El *status familiae* era la situación en que se encontraba un hombre libre y ciudadano con relación a una determinada familia. La distinta posición que en ella se podía ocupar influía sobre la personalidad o capacidad jurídica, en el sentido de acrecentarla o disminuirla, ya que era plena cuando el hombre era libre, ciudadano y *sui iuris*, y se encontraba reducida cuando era *alieni iuris*. Era *sui iuris* el sujeto autónomo respecto de cualquier potestad familiar, el ciudadano que no tuviese ascendientes legítimos masculinos vivos o que hubiera sido liberado de la potestad paterna mediante un acto llamado *emancipatio*. El hombre *sui iuris* era denominado *paterfamilias*, independientemente de que tuviera o no hijos, o que fuera o no mayor de edad (veinticinco años). Esta condición sólo se daba en el varón no sometido a potestad familiar (*manus* o *potestas*), no en la mujer, aunque fuera *sui iuris*, porque de acuerdo con un principio romano (D. 50.16.95.5) la mujer es cabeza y fin de su propia familia: *mulier familiae suae et caput et finis est*. La persona sometida al poder familiar, cualquiera que fuera su edad o su sexo, era *alieni iuris*, comprendiéndose entre ellas al *filius familias*, descendiente legítimo o adoptivo de un *pater familias* viviente; a la mujer sujeta a la *manus* de su propio marido o del *pater* bajo cuya potestad éste se encontrara, y la persona in *causa mancipi*, que era el hombre libre dado en *nox* por los delitos que hubiere cometido o en garantía de las obligaciones del *paterfamilias* de quien dependía.

¹⁶ Entre las críticas más duras contra esta teoría podemos mencionar que se encuentra la de la calidad del esclavo, primero si era persona: según el derecho romano los esclavos son personas como lo afirma el Digesto en: D. 1,5,3 *De Iure Personarum: Summa itaque divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines. Aut liberi sunt aut servi*. La principal división del derecho de las personas es esta: que todos los hombres son o libres o esclavos; esta división deshecha toda crítica anglosajona contra esta teoría. Segundo: si el esclavo era persona, este no puede realizar ninguna actividad porque es un *alieni iuris* y su condición de esclavo lo hace poseer una *capitis diminutio* máxima; ante esta crítica debemos de señalar que el único derecho que no perdía el esclavo era el *ius commercii*, además del *ius connubi* (solamente entre esclavos(*cotubernio*)). Los romanos aprovechaban de las capacidades de los pobladores de los pueblos conquistados, si estos eran negociantes, estos seguirían desarrollando la misma actividad bajo el dominio del *dominus*. Otra de las críticas del porqué preferir al esclavo en vez del *filius familias*, una de las principales razones era aprovechar la especialización en comercio de los esclavos.

¹⁷ La derivación etimológica de *peculio* nos reporta a una sociedad de pastores, en una época pre cívica, su origen y su primera aplicación de ésta institución sería en la sociedad gentilicia, en las relaciones patrón cliente. Antes de la creación pretoria, el *peculio* constituye un fenómeno aparentemente social más que del derecho. Pero su origen nos lleva a la antigüedad. En cuanto al *peculio* de *filius*, la noticia más antigua nos envía a la tradición historiográfica (Livio 2.41.10) es relativa a los primeros decenios de la república y

otra parte que permanece a su gestión directa, o sea en la *res domini* o *patris*, el pretor creó la *actio de peculio et de in rem verso* con la cual el tercero que contrató con el *filius* o con el *servus* podía convenir al *pater* o al *dominus* en el límite del peculio o de lo que había sido conseguido *ex causa peculiari* y había sido versado en el patrimonio (*res*) personal del *pater* o del *dominus*¹⁸.

A un punto, cuando las exigencias comerciales se desarrollan, y seguramente en el momento en el cual se debió afirmar aplicación de la institución de lo que podemos llamar peculio empresarial, o sea peculio separado de la *res domini*, destinado al ejercicio de una empresa comercial, el pretor emana el *edictum* sobre la *vocatio in tributum* y sobre la *actio tributoria*, que señala una reglamentación precisa sobre el uso empresarial del *peculio* en el campo comercial y están dirigidos a establecer una *par conditio* entre los créditos del *dominus* o *pater* y créditos con los terceros, siempre en los límites en los cuales el *servus* o *filius* ejercitaba una actividad comercial y el *dominus* o *pater* mientras éste tenía conocimiento, o *sciens*¹⁹.

En estrecha conexión con el uso empresarial del peculio surgió la *actio quod iussu*, puesta siempre a canto al *actio peculio*, quizá dirigida, en sus orígenes a crear acreedores privilegiados frente a acreedores peculiares normales, creando una jerarquía de acreedores, hoy se diría acreedores fuertes, la responsabilidad limitada del *peculio* en responsabilidad ilimitada²⁰. Al mismo tiempo vino creada la *actio institoria*, con la cual prácticamente se organizaba la empresa comercial con responsabilidad ilimitada y se daba el crisma definitivo a una praxis comercial en la cual el esclavo, o el propio hijo podían realizar actividad comercial, con las consecuencias, pero mientras el *pater* o *dominus* adquiría, él no era responsable contra terceros (representación imperfecta). La intervención pretoria rendía al *dominus* o *pater* directamente e ilimitadamente responsable contra los terceros en virtud de los negocios concluidos por su *servus* o *filius institor*. En tal modo se ponía los *incommoda* a cargo de aquellos a quienes les tocaba los *incommoda* y nacía la representación *institoria* la cual es la representación orgánica perfecta²¹.

En el mismo periodo, se crea la *actio exercitoria*, que establecía los mismos aspectos señalados por la empresa marítima²². Así, en un determinado momento dentro del siglo 2 a.C., existen estas acciones a través de las cuales se van construyendo, y esta su gran importancia, toda la organización empresarial romana. No son acciones que resuelven solamente el problema de la representación, son acciones que van más allá, son acciones que diseñan, estructuralmente y funcionalmente, todo el sistema jurídico de la empresa, que después vendrá continuamente enriquecido y perfeccionada por la elaboración jurisprudencial²³. Algunos autores erróneamente las llaman *adiecticiae qualitatis*, como

reguarda a Spurio Cassio. En cuanto al *peculio* del esclavo, una noticia directa la podemos apreciar en una norma de las XII Tablas sobre *statuliber*, ósea el esclavo que había sido declarado libre en el testamento a condición que se hubiese pagado al heredero una cierta suma (norma reconstruida sobre la base de Tit. Ulp. 2.4. El peculio luego adquiere características propias: *peculium nascitur, crescit, decrescit y moritur, peculium simile esse homini*.

¹⁸ Gaio. 4, 72-74; D. 15, 1, 2 y 3; Inst. 4, 7, 4-7.

¹⁹ Gaio. 4, 72; Digesto. 14, 4, Inst. 4,7,3. Ver además SERRAO, Feliciano, *Impresa*, p. 19.

²⁰ Gaio. 4, 72; Digesto. 15, 4; Inst. 4,7,1.

²¹ Gaio. 4, 71; Digesto. 14, 3; Inst. 4,7,2.

²² Gaio. 4, 71; Digesto. 14, 1; Inst. 4,7,2. y 2ª.

²³ Ver: DIPORTO, Andrea, *Impresa Collettiva e Schiavo Manager in Roma Antica*, Giuffrè, Milano 1984. Este es el libro más importante en la actualidad sobre el origen antiguo de la empresa, sea colectiva, unipersonal, de responsabilidad limitada o ilimitada, como muy bien trata Diporto en el libro. Esta

instrumentos de representación, pero no se tiene presente la gran importancia que tuvieron para la economía y para la organización empresarial romana, al servicio de la cual, fueron creadas. SERRAO señala, que la representación surge y se desarrolló en la vida dinámica de las organizaciones empresariales. Cuatro características principales pueden mencionarse de la organización empresarial romana: *a)* el carácter potestativo de la familia romana. Este organismo fuerte muta con el pasar del tiempo, pero mantiene su carácter potestativo y se consolida en el siglo V y el IV, se hace apta para satisfacer las exigencias de los nuevos tiempos; la adaptación en pleno de la familia romana a la nueva economía comercial, aquella llamada economía mundo, *b)* los esclavos y su función administradora, *c)* el fenómeno económico, primero, y la figura jurídica del *peculio* luego, *d)* una situación de conciencia y voluntad, de diversa graduación, del *dominus* o *pater* que va de la simple *scientia* a la *voluntas*, a la *prepositio*.

Con estos cuatro elementos fundamentales, combinándolos de un modo u otro, según estén presente todos los cuatro o solamente dos o tres, los pretores y la jurisprudencia crean y construyen toda la organización empresarial; si tenemos presente estos cuatro elementos, tendremos presente todos los modos de combinar la organización empresarial, con estos elementos se crean los diversos tipos de empresa; con estos elementos se determina en un modo u otro el que es el principio fundamental de toda empresa comercial o industrial, o sea la relevancia externa en relación con terceros, y los diversos niveles de relación con los terceros que tiene en frente el empresario. Sobre estos principios se tienen que construir los tipos de responsabilidad, limitada o ilimitada²⁴.

teoría contradice a todas las teorías anglosajonas y a todas las otras precedentes sobre el origen de la empresa; los americanos señalaban que la empresa se originó en USA con las caravanas, otros atribuyen a la *Ley Fargo*, los Ingleses señalan que inicia con la Revolución Industrial, algunos historiadores la relacionan a la actividad comercial egipcia, pero los opositores señalan que solamente eran actos de comercio. Entre otras podemos mencionar: forms of partnership that had unlimited liability *societas* and *commenda* respectively, were rooted in Roman Law. (Limited liability has an advantage over unlimited liability in that capital suppliers can only lose the amount of capital advanced). However the advent of the corporation generally is associated with the granting of a royal charter to the Russia Company in 1557, giving to it exclusively trading privileges with Russia. This charter allowed it to constitute on a joint-stock basis with a functional management. But the novel feature of the Russia Company was its joint-stock with legal personality, which through the company seal enabled it to sue and to be sued. Exclusive trading charters had been granted previously to “regulated companies” as early as the thirteenth century. The first of these was called the Merchants of the Staple, organized to govern the wool-export industry, and the last, organized in 1505, was the Merchant adventures. Significantly regulated companies governed the actions of individual merchants and had no real legal personality. The Russia Company was copied in Holland with the establishment of the Dutch East India Company. In addition, Genoa chartered a slave-trading corporation (1580) and France chartered its Africa (1561), Coral (1600) and Canadian (1602); sobre esta teoría véase: HICKSON, Charles & TURNER, John, *Corporation or Limited Liability Company*, School of Management and Economics Queen’s University, Belfast 2005, pp. 2-6.

²⁴ Sobre la sociedad en Roma ver también: DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELLI, Ángel Enrique, *Manual de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1993, pp. 298-300; donde nos señala que la sociedad (*societas*) es un contrato en virtud del cual dos o más personas (*socii*) se obligan a hacer aportes en común de bienes o de trabajo para obtener una utilidad común que se repartirán. La sociedad se constituye por el libre consentimiento de sus miembros y lo hacen sobre una base de confianza recíproca (*afectus societatis*); por ello, bastaba que uno solo de los socios decidiera retirarse para que el contrato quedara concluido. La sociedad romana sólo genera efectos entre los socios dado que carece de personería jurídica exterior. Había dos figuras de sociedad: la *societas omnium bonorum*, que se caracterizaba por el hecho de que en ella los socios aportaban en común la totalidad de sus patrimonios, tanto los bienes que tenían en el momento de formar la sociedad como los que pudieran adquirirse luego, y la *societas alicuius negotii*, en la cual los aportes se realizaban para una sola operación o una serie determinada de negocios, como, por ejemplo, para

2.1. *Societas delinquere non potest*

Podemos mencionar además sobre la personalidad la responsabilidad jurídico penal de las personas jurídicas, aparece desde época romana el principio *societas delinquere non potest*²⁵. Actualmente seguimos lo definido en la Constitución Italiana en el art. 27, 1 coma²⁶ y el art. 197 del *Codice Penale*²⁷. En los países como Alemania e Italia la más fuerte tradición dogmática induce a posiciones de retro guardia justificada por los temores de violación a la Constitución o de provocar una contradicción al interior del sistema penal (se sostiene que la personalidad de la responsabilidad penal de la cual el artículo 27 de la Constitución italiana radica “*prima ancora che su una colpevolezza, su un insieme di fattori fisio-psichici che la colpevolezza stessa presuppone, identificabili solo in capo a persone fisiche*”²⁸).

comprar o vender esclavos. Las personas jurídicas reconocidas y tratadas por los romanistas modernos son únicamente las sin fines de lucro y dentro de ellas podemos mencionar: a) las corporaciones; b) las fundaciones; c) el *aerarium populi romani* y dentro de las personas jurídicas menores: d) las *collegia* (con fines de culto) y e) las *sodalites*; f) *funeraticia*; véase: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1973, pp. 75-85. En cuanto a las sociedades privadas en Roma véase: D’ORS, Alvaro, *Derecho Romano Privado*, Eunsa, IX Ed., Pamplona 1997, pp. 484- 487; donde nos expone la constitución de la sociedad privada, constituida por el hecho de acordar dos o más personas la puesta de algo en común para obtener también una ventaja en común (*coire societatem*). Las aportaciones de los socios pueden ser desiguales; se llega a admitir la aportación sólo de trabajo, incluso sin participación en el riesgo, pero ninguno puede excluirse a un socio de participar en las ganancias. Nos menciona además sobre al *actio communi* dividiendo para la eventual división de la copropiedad producida, una acción *ex fide bona* que es la *actio pro socio*, cuyo fin es liquidar la deuda.

²⁵ Véase: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal Parte General*, Grijley, Lima 2007, pp. 268-273; donde el autor señala: que la persona jurídica no realiza conductas humanas, sin embargo, el Derecho Penal no puede ser extraño a las infracciones que se cometen a través de las personas jurídicas. No es posible equiparar la supuesta voluntad de dicho ente, con la voluntad humana y por ello, la misma esencia de la persona jurídica excluye la existencia de una responsabilidad penal.

²⁶ Constitución Italiana art. 27, 1er coma: “*La responsabilità penale è personale*”.

²⁷ Código Penal Italiano art. 197 “*Gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni, le provincie ed i comuni, qualora sia pronunciata condanna per reato contro chi ne abbia la rappresentanza o l’amministrazione, o sia con essi in rapporto di dipendenza, e si tratti di reato che costituisca violazione, della persona giuridica, sono obbligati al pagamento, in caso di insolvibilità del condannato, di una somma pari all’ammontare della multa o dell’ammenda inflitta. Se tale obbligazione non può essere adempiuta, si applicano al condannato le disposizioni dell’art. 136*”.

²⁸ Entre la normatividad en la Unión Europea sobre penalizar las conductas de las empresas véase: Tratado CEE art. 85 y 86. La Recomendación NR (88) 18 del Comité de Ministros del Consejo Europeo. Segundo Protocolo de actuación de la Convención de la Unión Europea para la tutela de los intereses financieros aprobada el 26 de julio de 1995, art. 3 (se contempla la responsabilidad, no se especifica naturaleza, de las personas jurídicas por los reatos de fraude, corrupción activa y reciclaje cometido para su beneficio). Sobre el versante de la tutela de los intereses financieros de la Comunidad Europea ver: el reglamento CE Euroatom n. 2988/95 del 18 de diciembre 1995, el art. 7 prevé la aplicación de sanciones administrativas punitivas directamente a las personas jurídicas. En el plano de la acción en contra de la criminalidad organizada ver: la Acción contra la criminalidad organizada adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997, la recomendación 18, que prevé la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estén involucradas en actividades de criminalidad organizada. En la legislación italiana véase: Decreto Legislativo n. 231 del 8 de junio 2001 “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*”, a norma dell’art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300 publicada en la Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 de junio 2001; los principales sujetos destinatarios de esta norma son: a) enti forniti di personalità giuridica; b) società di capitali; c) società cooperative; d) fondazioni; e) associazioni riconosciute; f) enti privati e pubblici economici; g) enti privati che esercitano un servizio pubblico in virtù di una concessione, convenzione, parificazione o analogo atto amministrativo; h) enti privi di personalità giuridica; i) società di persone; GEIE;

3. *Evolución del concepto de empresa y del derecho comercial*

A lo largo de la historia existió la diferenciación entre actos de comercio y actos de derecho civil²⁹. El derecho Comercial en Roma en su origen no se distinguió del civil; ni los juristas diferenciaron el acto civil del acto de comercio. El pueblo romano como señalamos promovió el comercio e inclusive el pretor peregrino mediante el *ius honorum* legaliza la labor comercial de los esclavos instituidos para realizar labor comercial, adaptando la legislación romana a los usos y costumbres imperantes. Hasta que con el paso de los años Roma se convierte en un poderío político, militar y económico que llega a conquistar Europa, África, Asia, etc.

De otro lado, el derecho romano adquirió, por obra del pretor, flexibilidad, que le permitió adaptarse a las necesidades de la contratación. Como *Ius Gentiun*, rigió en las relaciones con todos los pueblos incluyendo a los de intensa actividad comercial. Sin embargo, ciertas reglas propias del tráfico comercial marítimo que rigieron en Roma no fueron producto de elaboración de los juristas romanos, sino de la adaptación de leyes de otros pueblos. Así ocurrió con la ley Rodas de “la echazón”³⁰ incorporada en el Digesto, en la que se establecía que los daños y gastos ocasionados deliberadamente para salvar la

j) consorzi; k) associazioni non riconosciute.

²⁹ La discusión doctrinaria sobre los actos de comercio, teoría objetiva y teoría subjetiva ha sido abordada por los juristas a nivel mundial. El Código de Comercio del Perú en su art. 1 “*Son comerciantes, para los efectos de este Código: 1) los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; 2) las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo al Código*”; adoptando de esta manera la teoría objetiva. Ver también: BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Thomson, Navarra 2005, pp. 33-40; en la Edad Media eran los comerciantes quienes realizaban determinados actos mercantiles, pero luego se varía a la teoría objetiva plasmada en las Ordenanzas de Colbert del año 1673, el Código de Comercio napoleónico de 1807, el español de 1829, el alemán de 1861 y el italiano de 1882. Véase Además: GALGANO, Francesco, *Derecho Comercial*, Vol. I, Themis, Bogotá 1999, pp. 14-16. OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Manual de Derecho Empresarial*, UIGV, Lima 2005, pp. 54-55. JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Guillermo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Tecnos, Madrid 2001, pp. 42-43. DE EIZAGUIRRE, José María, *Derecho Mercantil*, 4ta Ed., Thomson, Navarra 2005, pp. 53-60. En cuanto a actos civiles y actos de comercio, el derecho italiano ha realizado una acción a la vanguardia a nivel internacional en su código de 1942, ha unificado el código civil con la legislación comercial. Incluyendo en su normatividad temas comerciales, como sociedades, temas laborales, cooperativas etc.

El *Codice Civile* Italiano soluciona este problema histórico entre la separación de los actos civiles y mercantiles. Siendo este código de 1942 importante en el derecho comercial a nivel mundial, debido a que este código unifica la legislación civil y la legislación de empresarial italiana. Este código posee seis libros: a) libro I de las personas y de la familia; b) libro II de las sucesiones; c) libro III de la propiedad; d) libro IV de las obligaciones; e) libro V del trabajo; f) libro VI de la tutela de los derechos.

El libro V del trabajo es el libro que regula el derecho laboral, las sociedades, las empresas cooperativas y de mutua aseguración, las asociaciones en participación, la hacienda, los derechos de propiedad industrial e intelectual, concurrencia, etc. Además podemos destacar el trato de contratos modernos como la franquicia, leasing, bancarios, de bolsa, crédito agrario etc. Sin duda este código es muy importante para el estudio de la evolución de las ideologías comerciales y la rivalidad entre el derecho civil y comercial. Sobre el Código Civil Italiano véase: *Quattro Codici*, Simone, Napoli 1999. En especial el Libro V; Título I de la disciplina de las actividades profesionales, Título II del trabajo en la empresa, Título III del trabajo autónomo, Título IV del trabajo subordinado en determinadas relaciones, Título V de las sociedades, Título VI de las empresas cooperativas y de mutua aseguración, Título VII de la asociación en participación, Título VIII de la hacienda, Título IX de los derechos de las obras del ingenio y de sus invenciones industriales, Título X de la disciplina de la concurrencia y de los consorcios, Título XI disposiciones penales en materia de sociedad y de consorcios.

³⁰ Parte de las constancias que se tienen en las *leyes Rodas* respecto al comercio marítimo son figuras como “*la echazón*”, es decir, aquel reparto equitativo o proporcional entre todos aquellos interesados en la suerte de un buque, respecto del valor de los objetos que se echan al mar para salvarlos.

nave, efectuados en proyecto de todos los interesados en la expedición marítima, debían ser de responsabilidad común. Estas reglas, surgidas en los usos comerciales, pasaron a las legislaciones.

Las leyes Rodas³¹ solo fueron incorporadas parcialmente al derecho romano en los aspectos ya indicados, pues su contenido era más amplio y comprendía importantes materias del derecho marítimo, como eran las referentes a robos y riñas ocurridas a bordo, arribada forzosa, fletamento, responsabilidad de los cargadores, prestamos marítimos asociaciones, contribución de averías de efectos y mercaderías y otros. De las Leyes Rodias tomaron los romanos, igualmente, las acciones *exersitoria* e *institutoria*. En virtud de ellas, el que ha contratado con el capitán de la nave puede demandar al propietario por los actos del capitán o de responsabilidad de éste o de quien lo sustituye, por reputarse que existe una relación de mandato, o una autorización para la sustitución de persona³².

La utilidad del procedimiento se hizo sentir en Roma en toda sociedad el día en que la justicia social sustituye a la justicia privada. Durante un periodo, los ciudadanos romanos conservaron el derecho de hacerse justicia, a condición de hacerlo con formas, pero al mismo tiempo la autoridad social limitaba estrictamente los casos en que era lícita dicha justicia privada envuelta en formas solemnes. Ella se admitió hasta cierta época, siempre que se tratase de una legítima defensa.³³ La organización del procedimiento cambió en el derecho Romano. Se han conocido tres sistemas de procedimiento civil. El primero data del Antiguo derecho y se aplica exclusivamente desde mediados del siglo VII de Roma y del comienzo de La República, 509 antes de J.C., hasta la época de los GRACO, 150 antes de J.C. es un sistema oral y formalista llamado Acciones de La Ley.

El segundo periodo es el sistema llamado Formulario o por fórmulas escritas, que domina en la época clásica (del I al III siglo de la era cristiana). Estos dos sistemas se desarrollaron dentro de una organización judicial muy particular, que combina el principio de la justicia arbitral con la justicia estatal.

El tercer sistema llamado Extraordinario o *Cognitio* extraordinaria, se opone a los anteriores por su carácter general y por las reglas que precisan el desarrollo del proceso. Es un sistema íntegramente estatal, que deriva de la justicia administrativa, con funcionarios nombrados. Funciona durante el periodo del Bajo Imperio (DIOCLECIANO-CONSTANTINO).

La organización del procedimiento cambió en el Derecho Romano. Se han conocido tres sistemas de procedimiento. El primero data del Antiguo derecho y se aplica

³¹ Las *leyes de Rodas*; en las ciudades de la antigua Grecia, el comercio se efectuaba en centros de mercadeo debidamente organizados y supervisados por las autoridades públicas. Los centros establecidos en las ciudades de Rodas y de Mileto eran los más importantes. La ciudad de Rodas sobresalió por haber adoptado normas comerciales de carácter progresivo, por la promulgación de leyes marítimas que se consideran como las bases actuales de las leyes de navegación internacional. Cada ciudad griega tenía un lugar de mercadeo, conocido por el nombre de ágora. Allí se realizaban las transacciones comerciales y la gente se reunía para celebrar transacciones comerciales y la gente se reunía para celebrar actos cívicos, políticos, judiciales y festivos. Habían dos clases de ágoras una para las ventas al detalle y otra para las ventas al por mayor. El control de las ágoras lo tenían los gobiernos de las ciudades, quienes a su vez delegaban esta responsabilidad a las juntas especiales de mercadeo que se organizaban por la ley para ese fin.

³² MONTROYA MANFREDI, *Ulises. Derecho Comercial*. 9° Edición. Editorial Grijley. Lima- Perú. p. 52

³³ Sobre el procedimiento en Roma véase: D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona 1997, pp. 113-178. Véase también: ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1973, pp. 121-180. En cuanto a los romanistas peruanos ver: HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. *Derecho Romano*. ob. cit., p. 131

exclusivamente desde mediados del siglo VII de Roma y del comienzo de la República, 509 años de J.C., hasta la época de los GRACOS, 150 años de J.C. Es un sistema oral y formalista llamado Acciones de la Ley. El segundo periodo es el sistema llamado Formulario o por fórmulas escritas, que denomina en el época clásica (del I al III siglo de la era cristiana). Estos dos sistemas se desarrollan dentro de una organización judicial muy particular, que combina el principio de la justicia arbitral con la justicia estatal.

El tercer sistema llamado Extraordinario o *Cognitio* extraordinaria, se opone a los anteriores por su carácter general y por las reglas que precisan el desarrollo del proceso. Es un sistema íntegramente estatal, que deriva de la justicia administrativa, con funcionarios nombrados. Funciona durante el periodo del Bajo Imperio (Diocleciano-Constantino)³⁴. Podemos concluir en este estado de la investigación, que la empresa romana ha influenciado con sus características a la empresa romana actual³⁵ como lo visualizaremos en el capítulo posterior.

4. *La empresa en los Estados Unidos*

En los Estados Unidos actualmente se estudia los aspectos legales del *business corporation*, con cinco características: *a)* la personalidad legal; *b)* la responsabilidad limitada; *c)* la transferencia de acciones; *d)* delegación de la administración bajo un consejo directivo; *e)* propiedad de los inversionistas³⁶. Estas características son inducidas por las exigencias económicas de las modernas corporaciones. En base a este esquema, podemos señalar que existen empresas con menos de estas características, pero debemos de señalar que las empresas de larga escala adoptan formas legales que poseen todos los elementos

³⁴ HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. Ob. cit., p. 133

³⁵ En cuanto a las categorías de sociedades en la doctrina romanista podemos señalar que las sociedades se dividen en: *a)* *sociedades de personas*: sociedad civil, sociedad en comandita, sociedad colectiva; *b)* *sociedades de capitales*: sociedades de capitales: sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima. La sociedad por encomienda por acciones esta fuera de la división. Entre las características de las sociedades de personas podemos mencionar: *a)* responsabilidad ilimitada; *b)* las deudas de la sociedad pueden ser ejecutadas en el patrimonio de la sociedad, pero también en el patrimonio de los socios; *c)* en la sociedad de personas el tercero contrata con la confianza en el socio, la sociedad es un artificio técnico pero el socio también es deudor; *d)* el poder de administrar es inherente a la calidad de socio, solo el socio es administrador, el mismo gestiona la sociedad; *e)* me vinculo con una sociedad porque conozco quien es la gerencia; no transferencia de la calidad de socio; *f)* intransferibilidad de la calidad de socio sin consentimiento de los socios.

Entre las principales características de las sociedades de capitales podemos citar: *a)* las cualidades personales de los socios se pierden, por lo menos en principio, toda importancia y los socios se toman en consideración- de aquí la denominación de sociedad de capitales - solo en razón del aporte del capital suscrito por ellos; *b)* *beneficio de la responsabilidad limitada*: ya que arriesgan en la empresa solo el dinero o los bienes que han aportado a la sociedad. De este beneficio gozan todos los socios de la sociedad anónima; todos los socios de la sociedad de responsabilidad limitada, los socios comanditarios de la sociedad en comandita por acciones, con exclusión de los socios gestores, que son, en cambio, solidaria e ilimitadamente responsables de todas las obligaciones sociales; *c)* *El poder de la administración está separado de la calidad de socio*: ya que el socio no es, en cuanto tal, administrador de la sociedad, y la calidad de socio le confiere, por este aspecto, solo el poder de concurrir, con su propio voto, al nombramiento de los administradores; *d)* *la calidad de socio es transferible libremente*: pues la sustitución de la persona del socio - por cesión voluntario o por sucesión mortis causa- no requiere ninguna modificación al contrato de sociedad y se lleva a cabo, exclusivamente, por voluntad del cedente y del cesionario, o, en el caso de muerte del socio, según el mecanismo de las sucesiones

³⁶ KRAAKMAN, Reinier and HANSMANN, Op. cit., p. 1 ss.

antes mencionados³⁷.

Personalidad legal: como entidad económica, una empresa fundamentalmente sirve como nexo para contratos: una parte contractual que coordina las actividades que provee inputs y productos a los consumidores así como servicios, el elemento principal de la personalidad legal es la separación del patrimonio, es la habilidad de la empresa de poseer bienes que son de propiedad distinta³⁸.

Responsabilidad limitada: la forma corporativa impone un *default term* en contratos entre una empresa y sus acreedores, donde los acreedores están limitados a realizar sus demandas contra los bienes que son de propiedad de la empresa, y no pueden realizar mayores demandas contra los patrimonios personales de los accionistas de la empresa o sus managers³⁹.

Transferencia de acciones: la transferencia total de acciones en propiedad. La transferencia permite a la empresa el conducir sus negocios ininterrumpidamente así como varían las identidades de sus propietarios, evitando las complicaciones de las separaciones de sus miembros. La transferencia total de las acciones no significa necesariamente *freely tradable shares*. La transferencia libre significa la maximización de la liquidez de los accionistas y la habilidad de éstos para diversificar sus inversiones⁴⁰.

Delegación de la administración con una estructura de directorio: la administración delegada es un atributo de las compañías grandes con numerosos dueños diversos. La delegación permite la centralización de la administración, necesaria para coordinar la actividad productiva. Es igualmente importante la delegación la facultad decisoria en personas específicas. El criterio de autoridad se convierte en un concepto clave en la empresa⁴¹.

³⁷ Dentro de las principales normas que rigen las *Corporations* en los Estados Unidos podemos señalar: a) Model Business Corporation Act; b) Prior Model Business Corporation Act Provision; c) Model Statutory Close Corporation Supplement. En cuanto a las *Partnerships*: a) Uniform Partnership Act, 1914; b) Uniform Partnership Act 1997; c) Uniform Limited Partnership Act, 1916; d) Revised Uniform Limited Partnership Act, 1976, with the 1985 Amendments. En cuanto a las Limited Liability Companies: a) Uniform Limited Liability Company Act. También podemos mencionar las normas relacionadas a la actividad empresarial del *Federal Securities Law*: a) Securities Act of 1933; b) Securities Exchange Act of 1933; c) Rules Under Securities Act of 1933; d) Sarbanes-Oxley Act of 2002. Sobre Corporate Governance: a) Corporate Governance Policies; b) Shareholders Proposal.

³⁸ The core element of legal personality (as we use the term here) what the civil law refers to as *separate patrimony*. This is the ability of the firm to own assets that are distinct from the property of other persons, such as the firm's investors, and that the firm is free not only to use and sell, but, most importantly, pledge to creditors, elsewhere we have termed this asset-pledging effect of legal personality *affirmative asset partitioning* to emphasize that it involves shielding the assets of the entity, the corporation, from the creditors of the entity's managers and owners.

³⁹ The corporate form effectively imposes a default term in contracts between a firm and its creditors whereby the creditors are limited to making claims against the assets that are the property of the firm itself, and have no further claim against the personal assets of the firm's shareholders (or managers). This limitation of owner liability distinguishes the corporate form from some other important forms of organization that have legal personality.

⁴⁰ Fully transferable shares in ownership are yet another basic characteristic of the business corporation that distinguishes the corporation from the partnership and from various other standard-form legal entities as well. Transferability permits the firm to conduct business uninterruptedly as the identity of its owners changes, thus according the complication of members withdrawal that are common among, for example, partnership, cooperatives, and mutuals. This in turn enhances the liquidity of shareholders' interest and makes it easier for shareholders to construct and maintain diversified investment portfolios.

⁴¹ Delegated management is an attribute of nearly all large firms with numerous fractional owners.

Propiedad del inversionista: existen dos elementos claves en la propiedad en la empresa: a) el derecho de controlar la empresa y b) el derecho a recibir las ganancias netas de la empresa. La *law of business corporation* esta principalmente diseñada para facilitar la organización de las empresas con accionariado⁴².

4.1. *Clases de empresas en los Estados Unidos:*

Entre las formas de empresas en los Estados Unidos podemos señalar: a) sole proprietorship⁴³; b) partnership⁴⁴; c) limited liability⁴⁵ y la d) business corporation⁴⁶. Siendo la de mayor expansión a nivel americano y mundial la *corporation*.

Virtualmente en todas las economías existe un estatuto que señala la formación de las empresas con todas estas características. Además existirán estatutos flexibles que

Delegation permits the centralization of management necessary to coordinate productive activity. Equally important, delegation of decision-making power to specific individuals notifies third parties as to who in the firm has the authority to make binding agreements. The authority issue, in particular, quickly becomes intractable in a firm in which numerous owners and managers are not distinct, as in a large general partnership that fails to allocate authority and to signal this allocation of authority clearly to third parties.

⁴² There are two key elements in the ownership of a firm, as we use the term ownership here: the right to control the firm, and the right to receive the firm's net earnings. The law of Business Corporation is principally designed to facilitate the organization of investor-owned firms- that is, firms in which both elements of ownership are tied to investment of capital in the firm. More specifically, in an investor owned firm, both the right to participate in control-which generally involves voting in the election of directors and voting to approve major transactions, and the right to receive the firm's residual earning, or profits, are typically proportional to the amount of capital contributed to the firm. Business corporation statutes universally provide for this allocation of control and earnings as the default rule.

⁴³ Sole proprietorship is the simplest form of business type. It is a business owned and controlled exclusively by one person. This person is responsible for the business, including all liability and any profit or loss. Features: inexpensive to form, easy to dissolve, generally have no tax aspects, virtually no formalities to be observed except basic bookkeeping, firm's facilities are treated as personal liabilities of the owner, on death of the proprietorship immediately ceases to exist. Profits and losses of the business are of the owner's personal income and the proprietorship form is disregarded for tax purposes. However, since legally the firm is nothing more than an individual using a trade name, there is no limit to the owner's liability for the firm's obligations.

⁴⁴ *Partnership* is an association of two or more persons (persons being people, corporations, other partnerships, LLC's, trusts or others) to carry on, as co owners, a business for profit. These individuals are responsible for the business, including all liability and any profit or loss. The persons intending to enter into a partnership make an agreement to share profits and losses. The partnership is required to file an informational return to the government to report what the profits and losses of the partnership were and how these were allocated to the partners. Since the liability of partners is joint and several, any particular partner can be made to pay the entire debts of the partnership, regardless of the allocation of profits and losses, or capital contributions made into the partnerships.

⁴⁵ *Limited liability company* is a hybrid of a corporation (with liability to limit personal liability) and a partnership (with an ability to assess profits and losses to individuals), this type of organization provides a flexible structure to achieve these ends. LLC's are extremely flexible, and can be used for a very wide range of business. Like partnership, LLC's can be as simple or complex as the members' desire. Depending on state law, an LLC can have the same liability for members as a corporation, or have some members with limited liability and some without limited liability (like limited partnership), or even have no limited liability for any members (like general partnership). Unlike corporations, some States require that their LLC's designate a date in the future at which the LLC will automatically dissolve. Some States also require that if a member dies, goes bankrupt or meets some other calamity the remaining members of the company must either dissolve or vote to continue.

⁴⁶ A business corporation is a legal entity established by individual(s) under the laws of a state to conduct particular types of business or transactions. From the functional point of view, there are two kinds of corporations: a) business corporation and b) nonprofit corporation.

permiten la omisión de uno o más de estos elementos, como sucede en las empresas formadas bajo una forma especial el *close corporation statute* que, en adición, provee mecanismos para restringir la transferencia de acciones como lo realiza el Código alemán *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH), la francesa *Société à responsabilité limitée* (SARL), la *British private corporation*, la japonesa *close corporation*, y las *close corporation forms* que disponen algunas jurisdicciones de los Estados Unidos.

5. Conclusiones

Luego de realizado el análisis histórico y comparatístico podemos concluir señalando:

Que hasta la aparición de la teoría del *esclavo manager*, se creía que no existía empresa comercial en Roma, solamente personas morales de derecho público y derecho privado sin fines de lucro, pero gracias a los estudios de Serrao y Diporto podemos apreciar el gran aporte del derecho romano al derecho comercial.

Que los elementos de la empresa comercial en Roma se repiten en el esquema de la corporación de los Estados Unidos, con modernizaciones tanto de sus elementos, como de sus funciones.

Es interesante ver la evolución de la responsabilidad a lo largo de la historia, de una responsabilidad personal, a una responsabilidad real a una obligacional. Gracias a la responsabilidad es que se crea la empresa comercial, la intención de evadirla acelera el proceso evolutivo de la empresa.

Esta teoría desplaza a todas las teorías hasta ahora son reconocidas por los académicos internacionales, siendo obligatoria su citación obligatoria en todo trabajo científico histórico comparatístico.

Actualmente en el derecho empresarial y contractual predominan los contratos internacionales de comercio, donde se trata de ubicar la ley aplicable y el juez competente⁴⁷, donde los actores son las personas naturales así como también las personas jurídicas, por tanto resulta indispensable su estudio detallado.

⁴⁷ Los inversionistas buscan la ley más favorable en la cual poder constituirse y poder establecer su sede principal o sus sucursales, pero además analizan cuál será el juez competente en caso de la solución de conflictos, el tiempo que tardará y su especialidad. Sobre el concepto del Derecho Internacional Privado ver: OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Derecho Internacional Privado*, UIGV, Lima 2005, pp. 21-26. Donde el autor nos señala que el objeto del Derecho Internacional Privado es señalar el juez competente y la ley aplicable, siguiendo la teoría bipartita o anglosajona, distinta a la tripartita o latina que agrega la nacionalidad y el trato al extranjero. Ver también RAPALINI, Liniana, *Temática de Derecho Internacional Privado*, Lex, La Plata 2002, pp. 14-15. Además MOSCONI, F. *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2da. Ed., Utet, Torino 2001, pp. 7-9. El cual nos habla sobre los risvolti pratici delle problematiche internazionalprivatistiche del forum shopping, que es el fenómeno de de la búsqueda del tribunal potencialmente más favorable, es decir el juez ante quién es conveniente iniciar el proceso. KELLER DE ORCHANSKY, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Plus Ultra, Buenos Aires 1990, p. 15; Quién nos señala además de la existencia del elemento extranjero que necesariamente debe existir en una relación jurídica de derecho internacional privado, sino se aplicará el derecho nacional regular.

ANÁLISIS HISTÓRICO Y COMPARATÍSTICO DE LA EMPRESA

BIBLIOGRAFÍA

JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Guillermo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Label, Madrid 2001; KRAAKMAN, REINIER and HANSMANN, *What is a Corporate Law*, in *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, New York 2004; DE EIZAGUIRRE, José María, *Derecho Mercantil*, 4ta Ed., Thomsom, Navarra 2005; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., MacGraw-Hill, España 2001; GALGANO, Francesco, *Derecho Comercial*, Vol. 1 *El Empresario*, Temis, Colombia 1999; SCHMITDT, Karsten, *Derecho Comercial*, Astrea, Buenos Aires 1997; OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Manual de Derecho Empresarial*, UIGV, Lima 2005; CHERCHI, Amisericordia, *Istituzioni di Diritto Privato*, XVI Ed., Cedam, Padova 1983; BESSONE, Mario, *Lineamenti di Diritto Privato*, 5ta Ed. Giappichelli, Torino 2004; TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 34 Ed., Cedam, Padova 1994; ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano 1998; DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camile, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4ta Ed., Cedam, Padova 1994; SERRAO, *Diritto Privato Economia e Società nella Storia di Roma*, Jovene, Napoli 1993; TALAMANCA, Mario, *Lineamenti di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1979; Digesto 1,5,3; CARANDINI, A., *il mondo della tarda antichità visto attraverso le merci*, in *Società romane e impero tardo antico*, Istituto Gramsci, Bari 1986; BIONDI, Biondo, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1939; BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano*, Vol I, *Famiglia*, Atilio Sampaolese, Roma 1926; DIPORTO, Andrea, *Impresa Collettiva e Schiavo Manager in Roma Antica*, Giuffrè, Milano 1984; HICKSON, Charles & TURNER, John, *Corporation or Limited Liability Company*, School of Management and Economics Queen's University, Belfast 2005; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1973; D'ORS, Alvaro, *Derecho Romano Privado*, Eunsa, IX Ed., Pamplona 1997; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal Parte General*, Grijley, Lima 2007; BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Thomson, Navarra 2005; *Quattro Codici*, Simone, Napoli 1999; MONTOYA MANFREDI, *Ulises. Derecho Comercial*. 9º Edición. Editorial Grijley. Lima- Perú; HERRERA PAULSEN, Darío y GODENZI ALEGRE, Jorge. *Derecho Romano*; OYARCE-YUZZELLI, Aarón, *Derecho Internacional Privado*, UIGV, Lima 2005; RAPALINI, Liniana, *Temática de Derecho Internacional Privado*, Lex, La Plata 2002; MOSCONI, F. *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2da. Ed., Utet, Torino 2001.