

¿Tenemos un derecho empresarial peruano?

Do we have a peruvian business law?

Víctor Hugo Chanduví Cornejo¹

Recibido: 13 de setiembre de 2016

Aceptado: 15 de octubre de 2016

Resumen

El propósito de este artículo es analizar y determinar si en nuestro contexto jurídico nacional tenemos una legislación empresarial, en la medida que se carece de un código con ese nombre y en el derecho comparado encontramos regulación expresa con la denominación de Derecho Empresarial.

Para lograr nuestro objetivo expondremos una

evolución histórica del desarrollo del comercio y del derecho comercial hasta nuestros días, a fin de determinar si actualmente existe legislación que regule la actividad empresarial en nuestro país.

Palabras clave: Derecho comercial, Derecho empresarial

Abstract

The present article aims to analyze and determine whether in our national legal context have a business laws, to the extent that lacks a code with that name and in comparative law are express regulation under the name of Corporate Law.

To achieve the purpose will make a historical evo-

lution of the development of trade and commercial law until today to determine if there is currently legislation regulating business activity in our country.

Key words: Business Law , Business Law

1. MARCO HISTÓRICO

El comercio ha jugado un papel importante en la gestión económica productiva de los pueblos, más aún de las incipientes naciones que iban logrando su independencia de España.

Según Sánchez Cornejo (1963), la consolidación de los derechos de los comerciantes y el robustecimiento de la jurisdicción contribuyó de un modo importante a que estos se mantuvieran incluso después de la independencia. Según este tratadista español, no sólo se buscó una conjunción armónica de las normas comerciales, sino también la posibilidad de simplificar la tarea mercantil. De la misma opinión jurídica es León Montalbán (1964), quien refiere que las instituciones privadas comerciales requirieron en todo momento seguir adoptando la normatividad consular.

En otras legislaciones se cuenta con códigos o leyes que regulan la actividad mercantil.

Examinando los sistemas legales se halla una triple distinción: El Derecho consuetudinario que predominó en la edad media, el Derecho colonial con su orientación recopiladora y el Derecho codificado, que es peculiar de los tiempos contemporáneos.

1. Doctor en Derecho con cursos posdoctorales en España y Perú. Profesor de los cursos de Derecho Comercial e Historia del Derecho. Autor de libros de su especialidad

La existencia de códigos, en el sentido moderno, no se llega a concebir hasta fines del siglo XVII; pero se divulga a principios del siglo XIX. A fines del siglo XVIII regía el Estado absoluto. Convivían con él una serie de dificultades de orden jurídico de un mismo Estado, se daba el caso de un derecho nacional y un derecho señorial, o sea aristocrático, de derechos territoriales correspondientes a determinadas regiones y de derechos municipales. Al desarrollo de la necesidad de la unificación contribuyó la teoría iusnaturalista, consagrando que el fundamento del Derecho es la razón y que por consiguiente el Derecho puede enunciarse en forma escrita y coordinada. El filósofo Leibniz planteó la conveniencia de los códigos secundado por el jurista y profesor Wolff y se cristalizó esta aspiración con la dación del Código Austriaco (1767) y Prusiano (1794). (Chanduvi: 2007: 26).

Luego aparece el Código de Napoleón que es impuesto a los países conquistados por la espada del general francés. Esta invasión jurídica surge del nacionalismo alemán y como fruto de ella nace la "Escuela Histórica de Savigny", con su teoría que la codificación obstaculiza el proceso del Derecho que es un fenómeno espontáneo y popular.

Detenida la corriente codificadora en Alemania, recibió sin embargo impulso favorable con el Código de Napoleón, que fue llevado como se ha dicho a diversos países europeos. No obstante la fascinación francesa y el movimiento a favor de la codificación, en los primeros treinta años de la vida republicana del Perú el Derecho Colonial continuó en su forma recopilada. Los legisladores peruanos fueron prolíficos en expedir constituciones, pero se mostraron indiferentes o impotentes para dar códigos. No era mejor la situación en los demás países americanos.

En el prólogo al libro *El otro sendero* de Hernando de Soto, Mario Vargas Llosa anota que "uno de los mitos más extendidos sobre América Latina es que su atraso es consecuencia de la equivocada filosofía de liberalismo económico que adoptaron, en sus Constituciones, casi todas las repúblicas al independizarse de España y Portugal. Esa apertura de sus economías a las fuerzas del mercado la habría hecho presas fáciles de la voracidad imperialista y originado las abismales desigualdades internas entre pobres y ricos. Nuestras sociedades se habrían vuelto dependientes e injustas por haber elegido el principio económico del *laissez faire*. Hernando de Soto sale al frente de esta falacia y prueba que ella no resiste una investigación seria de nuestra historia económica. Su tesis, según la cual el Perú jamás tuvo una economía del mercado y que sólo ahora, gracias a la informalidad, aquella comienza a abrirse paso- aunque de una manera salvaje y limitada- es aplicable a todos los países latinoamericanos y probablemente a casi todo el tercer mundo" (1986: XXI)

De Soto dice que "mercantilismo" es el nombre que se les da a las políticas económicas que se llevaron adelante en Europa entre los siglos XV y XIX. Para el "Diccionario de las Ciencias Sociales" de la UNESCO: " (...)

mercantilismo es (...) la creencia de que el bienestar económico del Estado solamente puede ser asegurado por reglamentación gubernamental de carácter nacionalista" o, según otros que enfatizan el papel del sector privado dentro del mercantilismo, es la " (...) oferta y demanda de privilegios monopólicos utilizando la maquinaria del Estado " (De Soto, 1986: 251). Dice De Soto en el libro en comento que "Por ser un sistema que consistía en el gobierno de un Estado reglamentarista dependiente de elites privadas que se sustentaban en el privilegio estatal, el mercantilismo fue enérgicamente combatido tanto por Karl Marx, padre del comunismo, como por Adam Smith, padre del liberalismo económico. Para Smith el mercantilismo era equivalente a la demanda de reglamentación y renta particulares de los comerciantes e industriales y su satisfacción por el Estado" (De Soto, 1986: 252). Consideramos importantes estas dos corrientes económicas aplicadas al desarrollo de la empresa en nuestro país.

La transformación del Derecho privado empieza a operar dentro de las disposiciones tomadas por los primeros gobiernos del Perú independiente, sea en la forma de constituciones, leyes o decretos.

La excelencia de las Ordenanzas de Bilbao hizo que fueran referentes para otros tipos de comerciantes, tanto en España como en las colonias americanas (extendiéndose a 19 naciones de Iberoamérica), adelantándose al primer Código de Comercio del mundo, el francés de 1807.

Por lo que a Bilbao respecta, aunque algunos autores se refieren a unas "ordenaciones" de Bilbao, que datan de 1399, los datos históricos comprobados se refieren a una primera norma de la "Casa de Contratación" de Bilbao de 1459.

Fue Felipe V, el 2 de diciembre de 1737, quien aprobó las últimas y más completas ordenanzas de Bilbao, antecedente de los códigos de comercio.

De ellas dicen Faustino Álvarez de Manzano, Adolfo Bonilla y Emilio Miñana (1915) "Que regulan todas las instituciones del comercio en general, y nada hay que racionalmente se oponga a considerarlas como un verdadero Código de Comercio".

Estas ordenanzas llegaron al Perú mediante la conquista en el siglo XVI y fueron tres:

La primitiva del siglo XV.

La nueva del siglo XVI, complementada en el siglo XVII.

La novísima por Felipe V en 1737. Se reglamenta el comercio, en general, tanto el terrestre como el marítimo. Estuvieron en vigor en España hasta la aprobación del primer Código de Comercio Español del año de 1829 y en nuestro país, formalmente, hasta la promulgación del primer Código de Comercio peruano de 1853 y realmente hasta el segundo Código de Comercio peruano de 1902.

Por ley de enero de 1852, se promulga el 15 de mayo el primer Código de Comercio del Perú, es decir se adopta el primer Código de Comercio Español de 1829 como Código Peruano.

Este segundo Código de Comercio Peruano (1902) tuvo su influencia en el Código de Comercio del Reino de España de 1885.

2. EL COMERCIO Y SU REGULACIÓN

La rama del Derecho que regula y norma la actividad comercial se ha denominado Derecho Comercial, derecho que se ha regulado en general en los códigos de comercio que forman parte del derecho privado. En nuestro país hemos tenido dos códigos de comercio: el de 1902 (aún vigente) y su antecedente, el Código de Comercio de 1853. Este código parte del concepto que tenían formado de las leyes comerciales los antiguos juriscultores, parece ser del código propio y peculiar de una clase de ciudadanos. Este código, de acuerdo con los principios de la ciencia jurídica, propende a regir todos los actos y operaciones mercantiles, cualquiera que sea el estado o progresión de las personas que los celebren. Por eso, el primer artículo atiende ante todo a calificar las personas que están obligadas a observar sus preceptos, de cuya calificación hace depender muchas veces la que debe darse a los actos y contratos que se celebran y concede tanta importancia a las formas y solemnidades necesarias para adquirir la calidad de comerciante y muy en particular a la inscripción de la matrícula y registro que deben contener los nombres de los que ejercen la profesión mercantil en cada departamento.

El segundo artículo, en cambio, se fija principalmente en la naturaleza de los actos o contratos para atribuirles o no a la calificación de mercantiles, con la independencia de las personas que en ellos intervienen, sin limitar su número, a los que taxativamente consignó el legislador en el antiguo código. De estos dos opuestos conceptos del Derecho Mercantil, que ostentan respectivamente el anterior y el nuevo código, resultan las diferencias que se advierten entre sus disposiciones, así respecto de las condiciones para ser comerciante, como acerca de los actos o contratos que deben reputarse como mercantiles. Estos dos elementos o instituciones jurídicas serán el centro de atención del derecho comercial que regula la intermediación con el ánimo de lucro.

Según la legislación anterior, eran comerciantes los inscritos en la matrícula como tales, previos los requisitos establecidos, y los que ejercían habitualmente actos positivos de comercio declarado por ley y no se conocían más actos mercantiles que los calificados previamente por el legislador. Según el Código de 1902, se reputan comerciantes todas las personas capaces de contratar y obligarse que ejercen habitualmente actos que merecen el nombre de mercantiles, aunque el legislador no se haya ocupado de ellos.

3. ATISBO DEL DERECHO EMPRESARIAL PERUANO

Por Ley N° 26595 del 20.04.1996 se pone a consideración el proyecto de Ley Marco del Empresariado, a fin de regular el fenómeno de la empresa. El Derecho Comercial ya no tiene como eje central al comerciante ni tampoco a los actos de comercio, sino que el nuevo eje central estaría constituido por la empresa.

Por Ley 26936 del 28 de marzo de 1998 se facultó a la comisión permanente del Congreso a aprobar el Código de Comercio o cuerpo que lo sustituya.

La comisión optó por denominar "Ley General de la Empresa" a la norma que derogaría al Código de Comercio de 1902.

Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado

El 6 de mayo de 1999 se publicó en el diario oficial "El Peruano" el anteproyecto de la ley marco del empresariado, el mismo que nunca llegó a promulgarse

¿Por qué fracasó el Proyecto?

El proyecto fracasó porque sólo se limitó a reemplazar al sujeto de derecho comerciante por el empresario y al objeto por fondo empresarial.

Esta falta de coherencia legislativa ha llevado a erróneas interpretaciones:

Empresa = sociedad

Empresa = sujeto de derechos y obligaciones

No se estudió en rigor el fenómeno empresarial que surgió con el capitalismo industrial hasta llegar al concepto moderno de empresa, que abandona el modelo de unidad comercial para ser concebida como unidad de producción, es decir, se termina la etapa del protagonismo de la gran empresa comercial para entrar en la de la gran empresa industrial.

4. NUEVO DERECHO EMPRESARIAL

La empresa moderna debe ser estudiada a través de los siguientes aspectos:

Actividad económica productiva

Actividad con ánimo de lucro

Actividad con riesgo

Actividad desarrollada y dirigida por un sujeto empresario

El nuevo Derecho Empresarial debe desarrollarse teniendo en cuenta que la empresa "es una unidad económica que combina un conjunto de elementos humanos, técnicos y financieros, localizados en una o varias unidades técnicas y físico espaciales, ordenados según determinada estructura de organización y dirigidos en base a cierta relación de propiedad y control con el

ánimo de alcanzar unos objetivos determinados". (Chanduvi:2003,108)

A la fecha el Código de Comercio de 1902 está vigente. En materia societaria está vigente la Nueva Ley General De Sociedades, Ley N° 26887.

¿Tenemos un Derecho Empresarial peruano?

En mi concepto tenemos un Derecho Empresarial incipiente que no está regulado en un solo cuerpo orgánico de leyes sino que lo encontramos regulado en forma aislada como en la Ley de Bancos, la Ley de Reestructuración Empresarial (Derecho Concursal), el Código Penal, las leyes tributarias y laborales, entre otras.

• **Ley de Bancos**

El glosario de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley 26702, establece:

Empresas: Las empresas del sistema financiero y de seguros autorizadas a operar en el país y sus subsidiarias, con exclusión de aquellas que prestan servicios complementarios.

Empresa de reaseguros: Es aquella que otorga cobertura a una o más empresas de seguros o patrimonios autónomos de seguros por los riesgos asumidos, en los casos en que se encuentren capitales importantes o así convenga a estos últimos por razón de sus límites operacionales.

Empresas de seguros: Aquella que tiene por objeto celebrar contratos mediante los cuales se obliga, dentro de ciertos límites y a cambio de una prima, a indemnizar un determinado daño o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones pactadas, en el caso de ocurrir un determinado suceso futuro e incierto.

• **Ley General del Sistema Concursal**

El glosario de la ley N° 27809 Ley General del Sistema Concursal.

Actividad empresarial.- Actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, desarrollada con el objeto de producir bienes o prestar servicios.

• **Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada**

Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Decreto ley N° 21621. Promulgación: 14.09.1976. Publicación: 15.09.1976. Actualizado al 31.10.2005

CAPITULO I

Disposiciones Generales

Artículo 1°.- La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su titular, que se constituye para el

desarrollo exclusivo de actividades económicas de pequeña empresa, al amparo del Decreto Ley N° 21435;

Artículo 2°.- El patrimonio de la empresa está constituido inicialmente por los bienes que aporta quien la constituye. El valor asignado a este patrimonio inicial constituye el capital de la empresa.

Artículo 3°.- La responsabilidad de la empresa está limitada a su patrimonio. El titular de la empresa no responde personalmente por las obligaciones de ésta, salvo lo dispuesto en el artículo 41°.

• **Constitución Política del Perú de 1993**

TÍTULO III

DEL RÉGIMEN ECONÓMICO

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades

Artículo 60°.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Artículo 61°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las

partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63°.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres.

Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática.

Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Artículo 64°.- El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

Artículo 65°.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

5. CONCLUSIONES

- Dentro del Derecho Comercial o Derecho Mercantil de la Edad Media hasta nuestros días destacan dos instituciones de suma importancia: el comerciante y los actos de comercio, que son los elementos constitutivos que hacen del Derecho Comercial un derecho dinámico.
- En el desarrollo de las actividades económicas ha surgido contemporáneamente una institución que tiene un nuevo eje central constituido por la empresa. Es decir, el nuevo fenómeno empresarial que surgió con el capitalismo industrial hasta llegar al concepto moderno de empresa, que abandona el modelo de unidad comercial para ser concebida como unidad de producción. Actualmente se ha terminado la etapa del protagonismo de la gran empresa comercial para entrar en la de la gran em-

presa industrial.

- El 6 de mayo de 1999 se publicó en el diario oficial "El Peruano" el anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, el mismo que nunca llegó a promulgarse. El proyecto fracasó porque solo se limitó a reemplazar al sujeto de derecho comerciante por empresario y al objeto por fondo empresarial. Esta falta de coherencia legislativa ha llevado a erróneas interpretaciones:
 Empresa = sociedad
 Empresa = sujeto de derechos y obligaciones
- No se estudió en rigor el fenómeno empresarial que surgió con el capitalismo industrial hasta llegar al concepto moderno de empresa, que abandona el modelo de unidad comercial para ser concebida como unidad de producción, culminando la etapa del protagonismo de la gran empresa comercial para entrar a la gran empresa industrial.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, publicado en el diario oficial El Peruano, con fecha: 06 de mayo de 1999.
- Chanduví Cornejo, Víctor Hugo. 2003. *El Comerciante y los Actos de Comercio*, Trujillo, Perú. Editorial Nuevo Norte S.A.
- Constitución Política del Perú
- De Soto, Hernando. 1986. *El Otro Sendero*. Instituto Libertad y Democracia. Editorial El Barranco. Lima- Perú.
- Faustino Álvarez de Manzano, Adolfo Bonilla y Emilio Miñana. 1915. *Tratado de Derecho Mercantil Español Comparado con el Extranjero*. Madrid.
- León Montalbán, Andrés. 1964. *Derecho Comercial*. Lima-Perú. Edit. PUCP 2da Edic. pág. 27.
- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Ley N° 26702
- Ley General del Sistema Concursal. Ley N° 27809.
- Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. D. Ley. N° 21621 Promulgación: 14.09.1976 Publicación: 15.09.1976.
- Sánchez Cornejo, Arturo. 1963. *El Comercio y el Derecho Mercantil en Latinoamérica*. Madrid. España. Edit. BOSCH, 1963, Vol. 1. Pág. 115-116.