

LA NOCIÓN JURÍDICA DE EMPRESA Y SU IMPACTO SOBRE LAS DECISIONES EMPRESARIALES

MIGUEL CASANOVA

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de empresa ha resultado particularmente difícil de definir. Tanto es así que el Diccionario de la Real Academia Española contiene hasta cinco acepciones distintas del término empresa entre las que destacan, la primera, que la define, en sentido amplio, como “acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo”; la que la concibe como “unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”; y la que la identifica con el “lugar en que se realizan estas actividades”.

Desde el punto de vista jurídico, se ha coincidido en señalar que la definición y la descripción del concepto de empresa resultan seriamente dificultosas¹. Al respecto, la doctrina jurídica italiana de la primera mitad del siglo XX sostenía que el concepto de empresa constituiría un fenómeno económico “poliédrico” –con diversas aristas- que afectaría su conceptualización jurídica y que determinaría la coexistencia de diversos “perfiles jurídicos” en la empresa: un perfil subjetivo –la empresa como empresario-, un perfil funcional –la empresa como actividad-, un perfil objetivo –la empresa como conjunto de bienes- y un perfil corporativo –la empresa como institución-². En el ámbito alemán, Karsten SCHMIDT, concluye que no existiría un concepto jurídico general de empresa, sino ámbitos jurídicos que llevan a desarrollar el concepto y que no deben ser generalizados por estar pre-determinados teleológicamente³.

En el sentido referido por el autor alemán, la noción de empresa ha sido abordada desde las más diversas perspectivas y áreas del conocimiento. Para la sociología sería una organización de personas; para la economía, una organización de factores (objetos y sujetos)⁴; para la teoría de la administración empresarial, “una forma de organización humana, con autonomía y capacidad de auto-continuidad, que proporciona a la sociedad unos bienes y servicios determinados, añadiendo valor económico”⁵.

A su vez, dichos cambios de perspectiva pueden ser descubiertos también en las diferentes áreas del Derecho. Así, para el Derecho de competencia, la empresa sería un sujeto; para el Derecho civil, un objeto, siendo la persona física o jurídica el sujeto titular de la misma: el empresario; mientras que para el Derecho

1 Cfr.: GIRÓN TENA, J., “Sobre las características generales desde los puntos de vista político – jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 295, quien señala que el concepto de empresa ha generado grandes problemas a la dogmática; GARRIGUES, J., “Anotaciones de un jurista sobre reforma de la empresa”, en *Hacia un nuevo Derecho mercantil (Escritos, Lecciones y conferencias)*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 4, quien subraya el fracaso de los mercantilistas al acercarse al concepto, al que llevarían mucho tiempo “cortejando” sin poder “tomar posesión” del mismo; RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Introducción al Derecho mercantil*, Ediciones Nauta S.A., Barcelona, 1969, p. 451, quien sostiene que las dificultades para la determinación del concepto de empresa, en gran parte, se deberían a la voluntad de la doctrina de “formular un concepto unitario de la misma”; más recientemente, DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J.M., *Comunidad de bienes y empresa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 83 y ss., califica a la empresa de “concepto difícil y discutido” y agrega que es frecuente encontrar en la legislación el uso del término en circunstancias muy distintas y que tal “promiscuidad” sería fruto de la pobreza idiomática para describir realidades diversas.

2 ASQUINI, A., “Profili dell’impresa”, en *Riv. Dir. Comm.*, vol. XLI, 1943, pp. 1 y ss.

3 SCHMIDT, K., *Derecho comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 65-66.

4 Véase, por ejemplo, COASE, R., *La empresa, el mercado y la Ley*, versión traducida española de CONCOME y BOREL, G., Alianza Editorial, Madrid 1994, p. 39.

5 VALERO y VICENTE, A. y LUCAS TOMÁS, J.L., *Política de empresa. El gobierno de la empresa de negocios*, EUNSA, Pamplona, 1997, pp. 23-24

comercial, sería, según la doctrina mayoritaria, una actividad⁶ o, más bien, una forma de organización de la actividad económica⁷.

El presente trabajo se propone brindar un comentario del estado de la cuestión en torno a la noción jurídica de empresa. En función de ello, en primer lugar, se describirá brevemente la noción de empresa-sociedad desarrollada y descrita por la dogmática jurídica tradicional. En segundo lugar, se hará especial referencia a la noción contractual-económica de empresa, desarrollada, principalmente en el ámbito anglosajón a lo largo del siglo XX, por importantes especialistas provenientes del ámbito económico y recogida por destacados juristas vinculados a la escuela del análisis económico del Derecho. Posteriormente, se presentará una apreciación crítica de las mencionadas teorías y las conclusiones que de ella pueden extraerse en el debate acerca del concepto jurídico de empresa.

2. LA PERSPECTIVA DOGMÁTICA DEL CONCEPTO DE EMPRESA

En el ámbito jurídico, el concepto de empresa ha pasado a constituirse, desde hace tiempo, en el eje central en torno al cual gira la problemática que pretende describir y regular el Derecho comercial⁸.

Se ha sostenido que la empresa no sería sólo, ni primordialmente un conjunto de bienes, sino, primordialmente, una actividad, para la que el patrimonio destinado a su ejercicio sería solamente un instrumento a su servicio⁹. En el mismo sentido, se ha afirmado que sería empresa toda actividad organizada, ejercida por el empresario¹⁰, que tenga por finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado¹¹. Sin embargo, también ha gozado de cierto respaldo la concepción compleja de empresa, derivada del punto de vista desarrollado por la ya mencionada doctrina italiana¹², que la identificaría, al mismo tiempo, con sus diversos perfiles jurídicos. En este sentido, habría un sujeto (el empresario) que a través de un conjunto de bienes (el establecimiento empresarial), desarrollaría una actividad determinada (la empresa)¹³.

Otro sector de la doctrina continental europea desarrolló el concepto de "interés de la empresa" en atención al carácter institucional adjudicado al concepto¹⁴, pasando luego a discutir acerca de qué interés debía ser protegido, primordialmente, por sus administradores¹⁵. Así, entre quienes concibieron a la empresa como una entidad independiente y separada, con interés propio, algunos encontraron en el desarrollo de

6 Cfr.: GONDRA ROMERO, J.M., "La estructura jurídica de la empresa", en *RDM*, n° 228, 1998, pp. 500 y ss.

7 Véase la síntesis expuesta por LLEBOT MAJÓ, J.O., "Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho Mercantil (Una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)", en *RDM*, n° 220, 1996, pp. 330 y ss.

8 Cfr.: SCHMIDT, K., *Derecho comercial*, cit., p. 70.

9 Esta es la noción de empresa adoptada por la doctrina jurídica mercantil española desde hace ya varias décadas. Así, por ejemplo: VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, p. 163.

10 POLO DIEZ, A., "Empresa y sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues (Relaciones e interferencias entre ambos conceptos)", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 311 y ss.

11 PAZ-ARES, C., y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Un ensayo sobre la libertad de empresa", en AA.VV., *Estudios en homenaje a Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 5977.

12 ASQUINI, A., "Profili dell'impresa", en *Riv. Dir. Comm.*, vol. XLI, 1943, pp. 1 y ss.

13 RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pp. 461 y ss.; De los Ríos Sánchez, J.M., *Comunidad de bienes y empresa*, cit., p. 93.

14 Así, RAISER T., *Das Unternehmen als Organisation*, Karlsruhe, 1969, p. 166 y ss., sostiene que la empresa debe considerarse sujeto de derecho, sin perjuicio de que se le atribuya o no personalidad jurídica. El titular de los créditos no sería el propietario de los bienes sino el negocio mismo, que tendría vida propia independiente del propietario. Sin embargo, como advierte SCHMIDT, K., *Derecho comercial*, cit., pp. 83 y ss., en la práctica esto no sería así: sólo el propietario es capaz de contratar empleados, endeudarse, etc., solo el propietario (el "titular" de la empresa) es sujeto de imputación de derechos y obligaciones.

15 Véase: ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas: Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Civitas, Madrid, 1982, 50 y ss., donde el autor reconoce que se trata de un problema con connotaciones políticas y de filosofía moral de gran complejidad, que no admitirían soluciones simples o seguras que no provoquen debate.

la empresa el logro de su fin (concepción material)¹⁶, mientras otros lo hallaron en el equilibrio de intereses afectados por ella (concepción formal)¹⁷.

El empresario, señala SCHMIDT sería el titular de la empresa, quien, según la tradicional definición ofrecida por RAISCH, “en forma independiente y mediante una unidad económica organizada, establecida en forma duradera, ofrece prestaciones con valor económico a otros participantes del mercado”. La empresa, en cambio, (recogiendo las ideas aportadas por GIERKE) sería el “ámbito de actuación conformado por la actividad económica, los bienes y derechos regularmente incorporados y adquiridos, incluyendo las deudas que le correspondan”, la “unidad económica organizada mediante la cual el empresario actúa en el mercado”¹⁸. La empresa no sería pues sujeto, sino objeto de derecho; objeto integrado por varios factores (personales y/o materiales) organizados, de forma independiente, utilizados coordinadamente para la realización de una actividad en el mercado (satisfacción de necesidades ajenas), realizando ofertas para la realización de negocios jurídicos.

Desde esta perspectiva, siendo la empresa un “objeto de derecho” debe necesariamente ser adjudicada a un sujeto al que se denomina empresario. Cada empresa debe tener su titular¹⁹. El empresario sería el sujeto (persona física o jurídica) que, desde el punto de vista económico, toma las decisiones y asume el riesgo de la empresa; el que ejerce la actividad empresarial de forma habitual o profesional a nombre propio (asumiendo las consecuencias de la actividad), con poder de decisión.

En el mismo sentido, la doctrina española más recibida ha sostenido que la empresa no puede ser al mismo tiempo objeto y sujeto de derecho²⁰ y que, al igual que la persona física, la persona jurídica (sociedad de capital) no puede ser considerada empresa, sino empresaria²¹. En toda empresa, se ha recalado, existiría un sujeto de derecho (el empresario) al cual le es atribuida la actividad empresarial²², lo cual implicaría que, sin perjuicio de su “perfil institucional”, en última instancia, la empresa constituiría un objeto de derecho plural²³, complejo (bienes, relaciones contractuales, actividades), ordenado a un fin, que le proporcionaría unidad objetiva. En todo caso, la sociedad de capital, por su parte, sería el sujeto de derecho titular de dicho objeto.

En el caso de las sociedades comerciales, la actividad y el patrimonio que conforman la empresa, serían atribuidos a la persona jurídica societaria (empresaria)²⁴. En consecuencia, en rigor, no podría hablarse de un “interés de la empresa”, en cuanto no correspondería atribuir interés propio a un objeto de Derecho sin perjuicio de que su desarrollo (“éxito de la empresa”²⁵) constituya, en todo caso, una condición esencial en la definición del contenido del interés del empresario (persona física o jurídica –sociedad comercial-)²⁶.

16 Cfr.: por ejemplo, RITTNER, F., *Zur Verantwortung der Unternehmensleitung nach 76, 1 AktG 1965*, FS Gessler, München, 1971, p. 116.

17 Cfr.: RAISCH, F., *Zum Begriff des Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime von Vorstand- und Aufsichtsratsmitgliedern*, FS Hefermehl, München, 1976, pp. 348 y ss.; RAISER, T., *Das Unternehmensinteresse*, FSR. SCHMIDT, Karlsruhe, 1976, pp. 105 y ss.

18 Cfr.: SCHMIDT, K., *Derecho comercial*, cit., pp. 67 y ss.

19 *Ibidem.*, p. 92.

20 Cfr.: GIRÓN TENA, J., “Sobre las características generales...”, cit., pp. 296 y ss.

21 GARRIGUES, J., “Teoría general de las sociedades mercantiles”, en RDM, n° 131, 1974, pp. 15 y ss.

22 La esencia de la empresa, sostenía Brecher F., *Das Unternehmen als Rechtsgegenstand*, L. Röhrscheid, Bonn, 1953 –según referencias de GONDRA ROMERO, J.M., “La estructura jurídica de la empresa”, cit., pp. 560 y ss.-, sería la voluntad del sujeto (del empresario) que se vuelve objetiva en la empresa por este organizada. En el mismo sentido, RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Introducción al Derecho mercantil*, cit., p. 469, apunta que no cabe referirse a un derecho “de” la empresa o un derecho “a” la empresa, sin sujeto; sino que la empresa, como conjunto de actividades y bienes, tiene que referirse siempre a un sujeto particular.

23 Cfr.: GONDRA ROMERO, J.M., “La estructura jurídica de la empresa”, cit., p. 570, quien sostiene que la relación empresario-empresa se fragmentaría en una pluralidad de relaciones jurídicas sobre cada uno de los elementos que componen la empresa.

24 Cfr.: WÜRDINGER, H., *Aktien- und Konzernrecht: eine systematische darstellung*, Karlsruhe: Müller, 1966, pp. 254 y ss.

25 Esta formulación es la utilizada, en la doctrina alemana, por HOPT, K., “Derecho y obligaciones de la dirección en relación con la «composición del accionariado»”, en RDM, n° 207, 1993, p. 870.

26 En este sentido, véase: JAEGER, P.G., *L'Interesse Sociale*, Dott. A. Giufré, Milano, 1964, p. 198; Garrigues, J., “Teoría general de las sociedades mercantiles”, en RDM, n° 131, 1974, p. 15, y, más recientemente, SAEZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1990, p. 75, quien viene a afirmar que el objeto social (la empresa) constituye un elemento esencial del interés social.

En este contexto, la relación entre la empresa y su “titular” resultaría jurídicamente difícil de definir en la medida en que no implicaría un “tradicional derecho de propiedad”²⁷ (el conjunto de factores no sería propiedad del titular, sino que cada factor podría pertenecer a sujetos distintos del titular de la empresa). Al respecto, se ha señalado que la titularidad de la empresa no implicaría un derecho sobre ella, sino “un marco de organización y de actividades”²⁸. En todo caso, actualmente ya no se acepta tan fácilmente que los *shareholders* (titulares del capital) son los propietarios de la empresa²⁹.

En definitiva, la empresa es considerada una actividad económica (un conjunto de acciones dirigidas a un fin³⁰) desarrollada por un empresario (persona física o jurídica) en el mercado, un fenómeno ciertamente económico pero con evidentes repercusiones jurídicas.

3. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FENÓMENO EMPRESARIAL

La noción contractual de empresa tiene su origen remoto en las aportaciones de la escuela escocesa de economía (fundamentalmente de Adam Smith, considerado padre de la economía liberal clásica) que consideraba a la empresa una manifestación de los principios económicos naturales que rigen la sociedad humana (la economía de mercado), fundamentalmente el de división del trabajo, el de especialización y, derivado de los dos anteriores, el de intercambio (el contrato)³¹. La empresa, desde esta perspectiva, no es más que la realización de los mencionados principios de forma sostenida en el tiempo, con el objetivo de mejorar la eficiencia económica derivada de la especialización, el ahorro de costos y la producción en serie o a gran escala.

Sin perjuicio de advertir las dificultades que el establecimiento de una noción económica general de empresa conllevaría³², la teoría liberal-contractual ha llegado a la conclusión de que la empresa, desde el punto de vista externo, consistiría en una combinación organizada de factores de producción con el objetivo de producir bienes o servicios para el mercado y, desde el punto de vista interno, un conjunto de contratos entre los titulares de los factores de producción, contratos que determinarían conjunta y espontáneamente la manera más eficiente en que deben combinarse la participación de dichos factores para llevar a cabo el proyecto empresarial de manera exitosa³³.

Seguidamente se presentan las ideas de los principales protagonistas del desarrollo de la teoría económico-contractual neoclásica de empresa, desarrollada a lo largo del siglo XX en el ámbito jurídico-económico norteamericano.

3.1. La naturaleza de la empresa según COASE

El análisis económico del fenómeno empresarial no fue abordado seriamente por los economistas sino hasta que las ideas de Ronald COASE en torno a la naturaleza de la empresa, publicadas en 1937³⁴, despertaron

27 SCHMIDT, K., *Derecho comercial*, cit., p. 86.

28 *Ibidem*, p. 87.

29 Cfr.: ALCES, K., “Debunking the corporate fiduciary myth”, en *Journal of Corporation Law*, Forthcoming; FSU College of Law, Public Law Research Paper, n° 358, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1352595>, 2009, p. 8; Baird, D. y Henderson, T., “Other’s people money”, en http://ssrn.com/abstract_id=1017615, 2008, quienes argumentan que todos los inversores son “propietarios” de la sociedad y que, en consecuencia, la sociedad debe ser gestionada en beneficio de todos.

30 VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 4 y ss.

31 Una completa recopilación de los trabajos más destacados en torno a la naturaleza económica de la empresa puede encontrarse en (Ed.) PUTTERMAN, L., *The economic nature of the firm*, Cambridge University Press, New York, 1986.

32 Así, el renombrado filósofo y economista NOVAK, M., *On corporate Governance. The corporation as it ought to be*, The AEI Press, Washington DC, 1997, p. 10, señala que “the business corporation is so flexible, practical, polymorphous, adaptable, and various that no organizational definition of its essence is realistic”.

33 Al respecto, véase como resumen, en España: LLEBOT MAJÓ, J.O., “Doctrina y teoría de la empresa...”, cit., pp. 319 y ss., quien describe los pilares de la teoría contractual-económica de la empresa y, en particular, la concepción neoclásica de empresa, basada en el principio de eficiencia económica, la que consideraría que la empresa existe para i) organizar mejor la división del trabajo, ii) reducir los costos de obtención del capital y iii) obtener los resultados beneficiosos de las llamadas economías de escala.

34 COASE, R., “The nature of the firm”, en *Economica, New Series*, vol. 4, n° 16, 1937, pp. 386-405.

gran interés en el ámbito económico y facilitaron la creación de una próspera línea de investigación cuyo resultado ha llegado a ser muy influyente, incluso en el ámbito jurídico societario.

En síntesis, la aportación central de COASE sería que la existencia de la empresa depende de la eficiencia económica, de la comparación entre los costos derivados de obtener un bien o servicio en el mercado libre y los costos de realizarlo en el marco de una empresa. El “principio de eficiencia”³⁵ requeriría la sustitución de los mercados (adquisición separada e independientemente de los factores necesarios para desarrollar una acción) por empresas, siempre que los costos de transacción originados en el mercado (cada uno de los contratos necesarios) fueran relativamente mayores a los costos de administración de la empresa (costos de agencia). La gran contribución de COASE fue señalar la influencia decisiva de los costos de transacción de los que adolece el mecanismo de precios en el mercado libre sobre la decisión de constituir una empresa.

La empresa sería, para COASE, una alternativa al mercado. Lo que esencialmente distinguiría a la empresa, en consecuencia, sería la supresión del mecanismo de precios que ofrece el mercado³⁶. La función de coordinación de los bienes y servicios dejaría de ser realizada por los precios (por el libre mercado) para ser desarrollada por el empresario (*entrepreneur*). La cuestión central a dilucidar, señalaba el premio Nobel de economía, sería por qué, en la práctica, en unos casos la coordinación se hace a través de los precios y en otros por el empresario. La respuesta a esta pregunta la encuentra, fundamentalmente, en que, en determinados casos, el mecanismo de libre mercado tiene una serie de costos significativos (negociación, obtención de información, etc.), costos que se verían reducidos si las mismas transacciones se desarrollasen dentro de la empresa³⁷, situación que motivaría al emprendedor a organizarse empresarialmente, asumiendo o coordinando internamente (fuera del mercado) la producción de los bienes y servicios en cuestión. Habrá empresa si al empresario le es menos costoso organizar internamente la producción del bien o servicio que obtenerlo en el mercado.

En definitiva, la empresa consistiría para COASE en un “sistema de relaciones que llega a existir cuando el control y administración de los factores (*resources*) dependen de un emprendedor”³⁸. Lo esencial en la empresa sería la autoridad central que dirige la actividad³⁹.

A su vez, la empresa sería mayor o menor en función de que el empresario pase a controlar más transacciones o las deje bajo el control de los precios de mercado. ¿Qué determina que el empresario opte por controlar dichas transacciones o deje de hacerlo? La respuesta para COASE, sería que el empresario para resolver la cuestión haría, implícita o explícitamente, una comparación entre los costos de transacción del mercado y los costos de administración interna de dichas transacciones (organización, eficiencia, etc.). Entonces, en aplicación de las leyes económicas naturales, la empresa tendería a crecer hasta el punto en que el costo de organización de una “transacción extra” dentro de la empresa sea igual al de hacerlo en el mercado libre⁴⁰.

3.2. ALCHIAN Y DEMSETZ: la empresa como nexo de contratos

La interpretación y desarrollo de las ideas propuestas por COASE acerca de la naturaleza económica de la empresa, llevó a concebir a la empresa como una red de contratos con estructura centralizada cuyo núcleo sería el “empresario” (persona física o jurídica), considerado propietario o titular de la misma por ser, como veremos, quien asumiría el control y beneficio residual de la empresa (como contrapartida del mayor riesgo asumido –riesgo residual-) y, en consecuencia, quien gozaría de los incentivos naturales adecuados para adoptar las decisiones que maximicen el beneficio económico general⁴¹.

35 Cuestión que desarrollaría el propio COASE, más completamente, en “The problem of social cost”, en *Journal of Law and Economics*, nº 3, 1960, p. 1 y ss.

36 Véase: LLEBOT MAJÓ, J.O., “Doctrina y teoría de la empresa...”, cit., p. 360.

37 COASE, R., “The nature of the firm...”, cit., pp. 388 y ss.

38 *Ibidem*, pp. 392-393.

39 Cfr.: EISENBERG, M., “The conception that the corporation is a nexus of contracts, and the dual nature of the firm”, en *Journal of Corporate Law*, nº 24, 1999, pp. 820-821.

40 COASE, R., “The nature of the firm”, cit., p. 395.

41 Véase: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Empresa y empresario: un planteamiento contractual”, *working paper* publicado en <http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/investig1.html>, pp. 1 y ss.

La función del empresario, así entendida, fue descrita por Armen ALCHIAN y Harold DEMSETZ⁴² como “nexo” de todos los contratos que intervienen en la empresa. Este mecanismo centralizado aparecería espontáneamente en la medida en que implicaría un significativo ahorro de costos de transacción entre los diferentes *stakeholders*, quienes, de otro modo tendrían que contratar separadamente con cada uno de los demás para llevar a cabo sus fines particulares⁴³. Ciertamente, con la figura del empresario como núcleo central, el número de contratos necesarios para desarrollar la empresa disminuiría significativamente. El empresario como nexo de la red de contratos constituiría la verdadera “esencia” de la empresa, no ya el largo plazo en la contratación, como habían sostenido previamente los economistas liberales clásicos de la escuela escocesa.

Acudiendo a un gráfico ejemplo, ALCHIAN y DEMSETZ, se preguntan ¿cuál sería la diferencia esencial entre la “relación verdulero-empleado” y la de “verdulero-cliente”? Su respuesta es que la diferencia se encontraría en que, en la primera, existiría el uso en equipo (*team use*) de los factores de producción (*inputs*) y la posición central de una parte en la contratación de todos los *inputs*⁴⁴. El empresario sería ese “agente central” de contratación en el proceso de producción en equipo y la empresa sería la compleja red contractual a través de la cual se desarrolla el “*team process*” (la actividad empresarial). A diferencia de las conclusiones extraídas por COASE, estos autores señalan que no habría una diferencia esencial entre los contratos dentro y fuera de la empresa. La clave, para ALCHIAN y DEMSETZ, sería el uso en equipo de los bienes y la posición centralizada de una de las partes⁴⁵.

La empresa sería, pues, para estos autores una estructura esencialmente contractual en la que se encontrarían presentes los siguientes elementos: i) utilización en equipo de diferentes *inputs* para el desarrollo de la producción; ii) propiedad dispersa de los diferentes *inputs*; iii) presencia de una parte común a todos los contratos de los *inputs* que emplea la empresa; iv) parte central que tiene derecho a renegociar los diferentes *inputs* con independencia de los demás, que goza del interés residual de la empresa y que tiene derecho a enajenar su posición o calidad de “núcleo central” de la empresa⁴⁶. En tal sentido, la parte o agente central es también calificada, por ALCHIAN y DEMSETZ, como “propietario” de la empresa o “empleador”.

Llegado a este punto, cabría preguntarse ¿cuál de los participantes de la empresa debería ser considerado titular de la misma?; esto es, ¿a quién correspondería adjudicar el derecho al control residual de sus activos⁴⁷? y, en definitiva, ¿a quién responsabilizar de la adopción de las decisiones empresariales discrecionales?

Con razón, se ha advertido que “hacer” titulares o propietarios a todos los *stakeholders* conjuntamente sería una mala idea porque al tener cada uno intereses distintos -y muchas veces contradictorios-, los continuos conflictos encarecerían demasiado la gestión, lo cual chocaría frontalmente con el principio de eficiencia que inspiraría la existencia de la empresa⁴⁸. Quien, en cambio, siguiendo a ALCHIAN y DEMSETZ, cumpliría naturalmente todos los requisitos de eficiencia necesarios para ocupar el papel del empresario sería la persona o grupo de personas que aporta el capital (es decir, en su caso, la sociedad de capital) en la medida en que: i) se encontraría en condiciones de diversificar el riesgo invirtiendo en varias empresas al mismo tiempo; ii) si no se le atribuyera la calidad de propietario (de empresario) los costos del capital tenderían a aumentar significativamente y iii) gozaría de un interés homogéneo –el lucro- elemento del que carecerían los demás

42 ALCHIAN, A. y DEMSETZ, H., “Production, Information Costs, and Economic Organization”, en *The American Economic Review*, vol. 62, n° 5, 1972, pp. 777-795.

43 *Ibidem*, p. 794.

Señalan los autores que, en la empresa, en lugar de suscribirse varios contratos multilaterales entre los diferentes propietarios de los *inputs*, un agente central contrata bilateralmente con cada uno de ellos, facilitando la organización eficiente de los *inputs* en un “equipo de producción”. Los términos de los contratos suscritos con dicho agente (el empresario) constituirían la base de la empresa, entidad especialmente adecuada para desarrollar la producción en equipo (“*team production process*”) del *output* de la empresa, el producto que ofrece en el mercado tras el proceso de producción empresarial.

En el ámbito jurídico, coinciden con esta perspectiva, entre otros, BLAIR, M. y STOUT, L., “A team production theory of corporate Law”, en *Virginia L. Rev.*, vol. 85, 1999, pp. 247 y ss., que conciben a la *corporation* como un conjunto de varios contribuyentes e intereses, muchos de los cuales compiten entre sí por los bienes y la influencia en la sociedad.

44 ALCHIAN, A. y DEMSETZ, H., “Production, Information Costs, and Economic Organization”, cit., p. 778.

45 Al respecto, véase el comentario de EISENBERG, M., “The conception that the corporation is a nexus of contracts...”, cit., p. 821.

46 ALCHIAN, A. y DEMSETZ, H., “Production, Information Costs, and Economic Organization”, cit., p. 794.

47 Cfr.: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Empresa y empresario...”, cit., p. 3.

48 *Ibidem*, p. 4. y ss.

stakeholders (así, por ejemplo, el interés de un empleado puede ser distinto o incluso contrario al de otro empleado, dependiendo del tipo de trabajo que realice y la jerarquía que ocupe en la empresa). Estas ideas constituirían el fundamento principal de la teoría contractualista moderna que promueve la contemplación exclusiva de los intereses de los accionistas (“*creating shareholder value*”) por parte de los administradores de sociedades⁴⁹.

Tales condiciones naturales del grupo capitalista explicarían que la abrumadora mayoría de las empresas estén organizadas de modo tal que atribuyen la titularidad al capital. En definitiva, sin perjuicio de la naturaleza contractual del concepto de empresa, para estos autores, la relación empresa-capital terminaría siendo, en cierto modo, una relación de “titularidad” en la que el propietario sería la persona que suministra el capital (o, en su caso, la sociedad de capital) y el objeto de derecho, la empresa.

Desde nuestro punto de vista, en rigor, el hecho de que en la mayor parte de los casos se concrete esta forma de organización empresarial, no impediría que potencialmente las sociedades de capital puedan ser organizadas de otra manera, atribuyéndosele libremente la titularidad (entendida como legitimación de decisiones residuales) a otro/s *stakeholder/s* de la empresa, en función del poder de negociación que cada uno de ellos tenga en el momento de contratar su participación⁵⁰ y de los diferentes criterios que las partes contemplen al momento de contratar.

En tal sentido, como llega a reconocer ALFARO ÁGUILA-REAL⁵¹ (destacado partidario de la teoría contractual de la empresa en el ámbito español), en la medida en que se desarrollan los mercados financieros –y, podríamos agregar, que la etapa del ciclo económico favorezca– los costos de contratar capital financiero tenderían a reducirse significativamente, ocasionando que otros *stakeholders* (cuya participación se haría comparativamente más valiosa) obtengan mayores posibilidades de transformarse en titulares residuales (y, en consecuencia, en el grupo que toma las decisiones empresariales). Ciertamente, en los períodos en los que el capital es más accesible, otros grupos (en particular el *management* y los trabajadores) cuya participación en la empresa pasa a ser subjetiva y proporcionalmente más valiosa –lo que coincide con una mayor demanda de sus servicios por incrementarse el número de empresas en el mercado, como resultado de una mayor oferta de capital financiero– tienden a negociar o renegociar mejores condiciones de participación en las decisiones. En cambio, en períodos recesivos en los que el capital financiero deviene escaso y el número de empresas (y, por tanto, la oferta de trabajo) tiende a disminuir, el poder de negociación de tales grupos disminuye en “beneficio” del grupo de capitalistas, el que a cambio de brindar a las empresas el capital financiero necesario tenderá a exigir los máximos privilegios, entre ellos, principalmente, el poder de decisión residual.

A pesar de ello, ALFARO ÁGUILA-REAL, suscribiendo la tesis económica-contractual de ALCHIAN y DEMSETZ, mantiene, a nuestro modo de ver sin el fundamento lógico correspondiente, la atribución, en todo caso, al grupo de capitalistas, del poder de decisión residual, aún en el supuesto de que lo más abundante sea el capital inversor y lo escaso sea el capital humano⁵², señalándose como posible efecto o salida de tal situación, la adquisición por parte de los trabajadores de participaciones en el capital societario empresarial.

3.3 JENSEN Y MECKLING: La empresa como conjunto de contratos delimitado por los “costos de agencia”. La desaparición de la figura del empresario

Las ideas de Michael JENSEN y William MECKLING vienen a completar el estudio de ALCHIAN y DEMSETZ, incorporando al análisis del concepto de empresa la noción de “costos de agencia”⁵³.

49 Al respecto, véase: RAPPAPORT, A., *La creación de valor para el accionista, una guía para inversores y directivos* (1986), Ediciones Deusto, Bilbao, 1998.

50 En efecto, como señala, en España, MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “El concepto de interés social como fin de la actividad gestora en la proximidad a la insolvencia”, en AA.VV., *Gobierno Corporativo y crisis empresariales*, II seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 255 y ss., por ejemplo, en situaciones próximas a la insolvencia, serían los acreedores quienes, en realidad, estarían soportando el riesgo residual de la empresa. Serían los acreedores quienes tendrían el *ultimate financial interest* en tales situaciones, no los socios capitalistas.

51 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Empresa y empresario...”, cit., p. 7.

52 *Ibidem*, p. 8.

53 JENSEN, M. y MECKLING, W., “Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure”, en *Journal of Financial economics*, n° 3, 1976, pp. 305 y ss.

La “relación de agencia” sería aquella bajo la cual una o más personas (el principal) contrata a otra persona (el agente) para que realice determinado servicio en su beneficio, delegando ciertas decisiones en el agente. Si ambas partes (agente y principal), como presumen JENSEN y MECKLING siguiendo los postulados del principio de eficiencia, son maximizadoras de sus intereses particulares, habría serias razones para pensar que el agente no siempre actuará en el “mejor interés” del principal. Ante este problema, el principal tendería a procurar establecer incentivos dirigidos a limitar la actividad “aberrante” del agente y a alinear sus intereses con los suyos. Estos incentivos o mecanismos, en general, tendrían un costo para ambas partes, los denominados “costos de agencia”.

Desde el punto de vista jurídico, los costos de agencia aparecerían siempre que se suscribieran contratos basados en relaciones fiduciarias o de confianza y en los casos de contratos incompletos a ser integrados por el agente durante su ejecución, como los que se producen en todo proyecto empresarial. En efecto, en las empresas, constituyen costos de agencia aquellos que se derivan de la divergencia de intereses entre los diferentes participantes que contratan de forma duradera –o por tiempo indeterminado– y de forma incompleta (en cuanto no resultaría posible contemplar *ex ante* todas las posibles contingencias ante las que se encontrarán los contratantes)⁵⁴. Cuanto más incompleto sea el contrato, potencialmente mayores serán los costos de agencia, puesto que mayores serán las oportunidades de conductas oportunistas de los contratantes situados en posiciones ventajosas. Así, la separación de la administración y la propiedad de los bienes en las sociedades de capital implicaría, indudablemente, una relación de agencia, y la cuestión en ella suscitada de cómo hacer para que los administradores actúen en beneficio de la sociedad sería común a todas las relaciones de agencia⁵⁵.

Respecto a la naturaleza económica de la empresa, JENSEN y MECKLING coinciden con las críticas que ALCHIAN y DEMSETZ hacen al planteamiento de COASE pero advierten que estos autores no fueron lo suficientemente lejos en su refutación. Ciertamente, “simpatizan” con sus ideas pero consideran excesivo el énfasis que hacen en el concepto “*joint input production*” (producción en equipo) como elemento clave de la empresa, al que consideran demasiado estrecho y, por tanto, inexacto. Para JENSEN y MECKLING las “relaciones contractuales” constituirían la verdadera esencia de la empresa. No sólo aquellas que relacionan al “nexo” con los trabajadores o con los demás *inputs* controlados y coordinados por el agente central (el empresario), sino cada una de las relaciones contractuales entre todos los que participan directa o indirectamente en la empresa (proveedores, clientes, acreedores, etc.)⁵⁶, en cuanto que en cada una de ellas se plantearía el problema del “costo de agencia”. El concepto de *joint production* sólo explicaría una fracción pequeña de la conducta de los diferentes sujetos vinculados a la empresa.

JENSEN y MECKLING sostienen que las organizaciones constituirían simplemente ficciones legales (“*artificial construct under the Law which allows certain organizations to be treated as individuals*”) creadas para facilitar la coordinación de relaciones contractuales. En este sentido, la empresa sería simplemente una forma de ficción legal que serviría como elemento coordinador de las diversas relaciones contractuales entre los distintos *stakeholders* que forman parte de ella, que, por lo demás, se caracterizaría por su capacidad de establecer *residual claims* (beneficiarios residuales) divisibles sobre los bienes y el *cash flow* de la organización creada, susceptibles de libre enajenación sin el permiso necesario de los demás contratantes⁵⁷.

Siguiendo la línea de razonamiento propuesta, afirman que no tendría sentido distinguir las transacciones que están dentro de las que están fuera de la empresa. En realidad, sólo habría una “multitud” compleja de relaciones entre los propietarios del trabajo, de la materia prima, del capital, de los consumidores de los *outputs*, etc. En el mismo sentido, sostienen que la personalización implícita de la empresa –sociedades comerciales– en cuestiones recurrentemente planteadas como la de cuál debe ser el objetivo de la empresa o si la empresa tiene responsabilidad social, serían claramente equivocadas, en la medida en que, en rigor, no podría hablarse del interés de una ficción legal.

54 Al respecto, véase, en la doctrina española ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 21 y ss.

55 JENSEN, M. y MECKLING, W., “Theory of the firm...”, cit., p. 309.

56 Una síntesis de las ideas de JENSEN y MECKLING en torno a la empresa puede encontrarse en LLEBOT MAJÓ, J.O., “Doctrina y teoría de la empresa...”, cit., pp. 360 y ss.

57 JENSEN, M. y MECKLING, W., “Theory of the firm...”, cit., p. 311.

En definitiva, para JENSEN y MECKLING la empresa sería simplemente una invención legal utilizada como centro (*focus*) de un proceso complejo en el que los intereses en conflicto de diferentes individuos se equilibrarían en el marco de una serie de relaciones contractuales. En este sentido, la forma de operar de la empresa sería similar a la del mercado. Sin embargo, advierten que llamativamente, mientras no sería frecuente la tendencia a personalizar a los mercados⁵⁸, la institucionalización de las empresas constituiría un lugar común.

El nivel de los costos de agencia dependería de la capacidad de las leyes, del *Common Law* (la jurisprudencia) y de las personas que diseñan los diferentes contratos. La reducción de los mismos sería el producto de un proceso histórico evolutivo caracterizado por fuertes incentivos dirigidos a lograr dicha reducción. En este proceso, sentencian JENSEN y MECKLING, podrían haberse presentado formas de organización alternativas y, sin embargo, la *corporation*, tal como se la concibe en la actualidad, habría sobrevivido al “*test del mercado*”, predominando frente a sus “*competidoras*”, demostrando que sería la forma de organización más eficiente (la que mejor minimiza los costos de agencia).

La denominada “teoría de la agencia”, promocionada por los discípulos de JENSEN y MECKLING, busca diseñar los mecanismos de organización e incentivos adecuados para reducir al mínimo los costos derivados de la diversidad de intereses presentes en la empresa. Desde su perspectiva, la organización estructural de la empresa debería determinarse en función de la reducción de tales costos. En esta línea, considerando que el grupo capitalista (accionistas, en el caso de sociedades anónimas) gozaría de los incentivos naturales adecuados, resultaría económicamente eficiente atribuirle el poder de decisión y de control de la empresa, en cuanto se vería inclinado –sin necesidad de introducir incentivos artificiales– a vigilar la actuación de los demás grupos que participan en la empresa, evitándose, de este modo, significativos costos de agencia.

3.4. EASTERBROOK Y FISCHEL: Implicaciones jurídicas de la teoría contractual-económica

Desde el punto de vista jurídico, la teoría económica-contractual de la empresa goza en el ámbito norteamericano de representación en destacados juristas como Frank EASTERBROOK y Daniel FISCHEL⁵⁹. Afirman estos autores que la dinámica del mercado conduciría a los administradores de las empresas a actuar en interés de los accionistas, *as if they had investors' interest at heart*⁶⁰. Conciben a la empresa, siguiendo a Adam SMITH, como un agregado de personas por un período prolongado de tiempo, dirigido al trabajo en equipo (adoptando la aportación de ALCHIAN y DEMSETZ) y al aprovechamiento eficiente de la especialización de cada una. Por su parte, la sociedad de capital sería, simplemente, un instrumento de financiación de la empresa (*financing device*). Los accionistas que la integran asumirían el riesgo de la empresa al financiarla (“*risk bearers*”) y a cambio recibirían el beneficio marginal (“*residual claim*”), esto es, se les pagaría una vez cumplidas las obligaciones con todos los demás participantes en la empresa, quienes gozarían, en cambio, de pretensiones fijas (“*fixed claims*”).

Para EASTERBROOK y FISCHEL, la atribución del riesgo residual a un grupo de interés específico sería una forma más de “*división del trabajo*” (especialización). Dicha “*división del trabajo*” haría menos arriesgado todo el proyecto, y como consecuencia, lo haría también más eficiente⁶¹. La reducción del riesgo, al ser asumido por los accionistas (capaces de diversificarlo invirtiendo en varias empresas) implicaría la reducción de costos de transacción de los diferentes contratos que conforman la empresa.

58 Actualmente, sin embargo, parece descubrirse cierta tendencia a la personalización de los mismos, fundamentalmente, cuando algunos autores y medios de comunicación, al explicar las causas de la crisis económica, hablan de la conducta de los mercados como si fueran sujetos independientes.

59 Véase: EASTERBROOK, F. y FISCHEL, D., “The corporate contract”, en *Columbia L. Rev.*, 1989, pp. 1416 y ss., luego publicado como capítulo primero del libro *The economic structure of corporate Law*, Harvard University Press, London, 1991. Resulta destacable también la aportación, en el mismo sentido de Butler, H. y Ribstein, L., “Opting out of fiduciary duties: a response to the anticorporatarians”, en *Washington L. Rev.*, vol. 65, 1990, p. 7, quienes definen a la *corporation* como un conjunto de contratos (*set of contracts*) entre los participantes en el negocio societario, incluyendo a los accionistas, managers, acreedores, empleados, etc. Ciertamente incluyen en el concepto de sociedad a todos los stakeholders pero advierten que el debate se centraría en la relación accionistas-managers.

60 EASTERBROOK, F. y FISCHEL, D., *The economic structure of corporate Law*, cit., p. 4.

61 *Ibidem*, pp. 8 y ss.

La asignación de los derechos de gobierno en la empresa debería realizarse, según EASTERBROOK y FISCHER, de acuerdo al criterio de eficiencia, determinado por la capacidad de reducción de costos de agencia y transacción de las diferentes formas de organización estructural. Su tesis principal sería, en efecto, que el derecho debería contener las soluciones que las diferentes participantes de la empresa hubiesen establecido para reducir al mínimo tales costos (voluntad hipotética de las partes)⁶². En la medida en que, de acuerdo a lo señalado por JENSEN y MECKLING, la atribución del poder al capital reduciría los costos totales de la empresa, el derecho debería así establecerlo⁶³. Según EASTERBROOK y FISCHER, la legislación debería asignar los derechos mediante normas que contengan la solución hipotética a la que habrían llegado contratantes racionales, motivados por el único objetivo de maximizar su utilidad⁶⁴.

4. APRECIACIÓN CRÍTICA

4.1 Carencias de la aproximación económica al fenómeno empresarial

La perspectiva jurídica-contractual del fenómeno societario, encuentra detractores en renombrados juristas entre los que destacan, en el ámbito norteamericano, Melvin EISENBERG⁶⁵, uno de los más reconocidos especialistas estadounidenses en Derecho comercial y Robert C. CLARK⁶⁶, decano de la facultad de Derecho de la Universidad de Harvard desde 1989 a 2003⁶⁷.

Desde el área del Derecho societario, EISENBERG explica que la teoría contractual de la empresa resultaría insatisfactoria porque olvida la naturaleza dual -compleja- de la sociedad de capital: contemplaría solamente uno de los aspectos de su naturaleza jurídica (el contractual) y dejaría de lado su aspecto organizacional ("*bureaucratic hierarchy*")⁶⁸. Además, fallaría en la descripción de la forma en que la organización y la autoridad del empresario afectan la vida de aquellos que forman parte de la estructura jerárquica de la sociedad de capital. No podría comprenderse un aspecto sin el otro. EISENBERG advierte que describir de forma pura la empresa como organización o como conjunto de contratos resulta, en todo caso, incompleto⁶⁹. En el mismo sentido, BRUDNEY, señala que la teoría de la empresa como *nexus of contracts* olvida el aspecto interno de las sociedades, su organización vertical y su jerarquía en la organización⁷⁰.

Otro problema de la teoría contractual de la empresa para EISENBERG, sería que oculta una contradicción lógica en la medida en que, desde su perspectiva, sin perjuicio de que los *shareholders* puedan llegar a no ser considerados titulares de la empresa, en todo caso, el interés social sería mejor logrado orientando la sociedad hacia la maximización del beneficio de los socios. Sin embargo, en rigor, como se apuntaba al comentar la teoría de ALCHIAN y DEMSETZ, desde la óptica de la teoría contractual, la primacía *a priori* de los *shareholders* no sería sostenible. La teoría contractual, llevada a sus últimas consecuencias, no debería dar primacía a

62 *Ibidem*, pp. 14-15.

63 Al respecto, véase también COFFEE, J., "Shareholders versus managers: the strain in corporate web", en *Michigan L. Rev.*, vol. 85, 1986-1987, pp. 81 y ss.; BUTLER, H., "The contractual theory of the corporation", en *George Mason U. L. Rev.*, vol. 11, 1989, pp. 99 y ss.

64 Así describe la posición de estos autores GONDRA ROMERO, J.M., "La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos", en *RDM*, n° 278, 2010, p. 1196.

65 EISENBERG, M., "The conception that the corporation is a nexus of contracts...", cit., pp. 819 y ss.

66 CLARK, R., "Agency costs versus fiduciary duties", cit., pp. 55 y ss.

67 Resulta también destacable el trabajo de BRUDNEY, V., "Corporate governance, agency costs and the rethoric of contract", en *Columbia L. Rev.*, vol. 85, 1985, pp. 1403 y ss.

68 EISENBERG, M., "The conception that the corporation is a nexus of contracts...", cit., p. 820.

69 *Ibidem*, p. 828-830. Explica EISENBERG que las empresas existen, en parte, cuando el costo de inducir un comportamiento a través de la autoridad dentro de la empresa es menor al costo de inducirlo a través de contratos reales en el mercado. En cierto modo, su posición es semejante a la propuesta por COASE.

70 Cfr.: BRUDNEY, V., "Corporate governance...", cit., pp. 1403-1404. Sostiene el autor que la "retórica del contrato" incurriría en dudosas presunciones acerca de las circunstancias de las partes, establecería consecuencias normativas inapropiadas para gobernar las relaciones y serviría a un objetivo ideológico de facilitar la discrecionalidad del *management* en perjuicio de los inversores. Para BRUDNEY, V., *Ibidem*, p. 1411, en realidad, los inversores no conocerían efectivamente las condiciones de contratación (si las conocieran, afirma, no contratarían), no negociarían en la práctica.

ningún grupo de interés. Debería coincidir con la doctrina institucionalista que pone a todos los *stakeholders* en pie de igualdad⁷¹.

El aspecto institucional de las empresas es explicado por EISENBERG señalando que si bien las empresas estarían constituidas esencialmente por su capital humano, serían algo más que la suma de sus partes: “las personas vienen y se van pero la organización mantiene en la memoria cómo se hacen las cosas en la empresa”. La organización no consistiría sólo en sus bienes, personas y relaciones, sino además en las normas que organizan particularmente esas personas, bienes y relaciones. Algunas de esas reglas serían, efectivamente, contractuales pero muchas otras serían burocráticas y jerárquicas, y mantendrían su vigencia aunque cambien las personas y bienes que circunstancialmente forman la empresa en un momento determinado.

La teoría propuesta por JENSEN y MECKLING, además, no fijaría los límites de la empresa y consideraría que no es relevante definir qué está dentro y fuera de ella. Entonces, explica EISENBERG, según estos autores, en definitiva, no habría empresa alguna (“*then, there is no firm*”)⁷². Al final, concluye el autor, la teoría contractual de la empresa sería “la teoría que explica que, en realidad, no habría empresas”.

En la misma línea de argumentación de EISENBERG, se encuentra Robert C. CLARK, quien categóricamente llega a sostener que *a corporation is not a nexus of actual contracts*⁷³. En las *publicly held corporations* (sociedades cotizadas), sociedades en las que CLARK centra su análisis, los *managers* no serían agentes de los accionistas sino de la sociedad misma⁷⁴. En la relación de agencia, explica CLARK, el principal tendría el poder de controlar y dirigir la actividad del agente, de fijar el objetivo final y la estrategia general a seguir, características que no aplican a los accionistas, quienes, en la práctica tendrían derecho a muy poco. En efecto, ignorar las restricciones legales de los accionistas para influir en las decisiones sociales habría hecho, indudablemente más asequible a los partidarios de la teoría contractual de la empresa, sostener que los accionistas negociarían y contratarían con los *managers* los términos de su relación, al menos implícitamente. Convenientemente, no se ocuparían de analizar la situación legal real de la relación accionistas-*managers*, sino una situación ideal inexistente⁷⁵.

CLARK, critica además la noción de empresa de JENSEN y MECKLING –como mero conjunto o “multitud” de contratos– así como la de ALCHEAN y DEMSETZ advirtiendo que, para estos, todas las relaciones en la empresa son contractuales. Si bien para los últimos, existiría un agente central, éste no tendría la calidad de superior en el sentido jerárquico, directivo o disciplinario. La perspectiva contractualista sería, entonces, irreal, inútil y perversa⁷⁶. Lo esencial en el contrato, se argumenta, sería que las condiciones son establecidas voluntariamente por las partes, situación que, justamente, no se produciría en las relaciones fiduciarias de los administradores, las que serían pre-establecidas legal o jurisprudencialmente. En el mismo sentido, Víctor BRUDNEY apunta que las partes, por diversos motivos (accionariado disperso, ausencia de negociación, largo plazo, falta de información adecuada etc.), no participarían voluntariamente en el negocio como sucede en los contratos (“*volition problem*”)⁷⁷.

En España, por su parte, cabe destacar, a modo de síntesis, la reciente crítica de José María GONDRA ROMERO a los fundamentos teórico-económicos de la teoría contractual de las sociedades de capital⁷⁸. Explica el jurista español que esta teoría se basaría, en el contexto norteamericano de competencia entre legislaciones estatales por atraer el mayor número de sociedades, en el criterio de “eficiencia” (objetivo considerado primordial de

71 EISENBERG, M., “The conception that the corporation is a nexus of contracts...”, cit., pp. 825 y ss.

72 *Ibidem*, pp. 832

73 Véase: CLARK, R., “Agency Costs versus fiduciary duties”, cit., pp. 59 y ss.

74 *Ibidem*, p. 56. Sin embargo, aclara que, como fiduciarios, lo serían de la sociedad y de los accionistas

75 *Ibidem*, p. 59.

76 *Ibidem*, p. 60.

77 BRUDNEY, V., “Corporate Governance...”, cit., p. 1406 y ss., sostiene que no correspondería calificar a la *corporation* de contractual cuando entre las partes no existiría negociación alguna y, además, los accionistas no tendrían la información suficiente y adecuada para poder consentir los términos en los que se estructura la sociedad.

En sentido contrario, en respuesta a estos argumentos, véase: BUTLER, H. y RIBSTEIN, L., “Opting out of fiduciary duties: a response to the anticontractarians”, en *Washington L. Rev.*, vol. 65, 1990, pp. 13 y ss., quienes destacan el carácter contractual de la adhesión (*the “adhesion analysis”*) y la existencia de problemas de información en todos los tipos de contratos no debiéndose resolver la naturaleza jurídica de las relaciones con base en el nivel de información de la que gozan las partes de las mismas.

78 GONDRA ROMERO, J.M., “La teoría contractual de la sociedad anónima...”, cit., pp. 1171 y ss.

su política legislativa) y en el paralelo desprecio de otros elementos o criterios pilares de la regulación de la sociedad anónima. Dichos pilares constituirían el fruto del esfuerzo intelectual de varias generaciones de juristas, criterios cuyos postulados se dan por supuestos con demasiada facilidad, lo que llevaría a incurrir en simplificaciones de las “cosas o de las ideas”⁷⁹.

Gondra critica severamente la consistencia científica de la teoría económica⁸⁰ señalando que la economía constituiría una ciencia social que pretendería aproximarse metodológicamente a las ciencias naturales; que, considerando la discrecionalidad en el comportamiento humano, sólo sería capaz de inferir leyes de tendencia o probabilísticas, modelos simplificados repletos de “cabos sueltos”, y que, sin embargo, pretendería no sólo explicar y predecir, sino también aconsejar respecto de lo que se debe hacer de manera objetiva, libre de cualquier juicio de valor. La perspectiva económica estaría impregnada, como todas las demás, de juicios de valor “latentes” (en términos frecuentemente utilizados como “equilibrio” y “eficiencia”), con el agravante de que lo haría ocultamente, pretendiendo *neutralidad*. Advierte que la insistencia de “los economistas” por negarse a discutir racionalmente sobre qué valores debe protegerse, les habría llevado a ocultar sus juicios de valor en las argumentaciones⁸¹, entre los que destaca el de “no intervención del legislador”⁸².

La objeción más importante a la perspectiva contractual-económica se encontraría en la “irrealidad del modelo descriptivo del que parte”⁸³. En efecto, el modelo contractual presumiría escenarios ideales, sin costos de transacción, decisiones siempre racionales y perfectamente informadas, que no ocurren en la realidad⁸⁴. No sería real el modelo descriptivo de la empresa como “nexo de contratos” o conjunto de contratos, esencialmente semejante al proceso de mercado. En tal sentido, se argumenta que en ningún ordenamiento del mundo estarían las sociedades enteramente reguladas por la normativa privada –por el libre mercado– y, por otro lado, desde el punto de vista fáctico, que varias de las relaciones que se entablan en la sociedad no serían meramente contractuales. En definitiva, el libre mercado estaría lejos de constituir la solución ideal a los problemas derivados de la discrecionalidad y eficiencia de los administradores⁸⁵.

4.2. Integración de posiciones: El Empresario como elemento esencial de la noción jurídica de empresa

Ciertamente, las ideas de JENSEN y MECKLING, y de quienes luego las desarrollaron⁸⁶, que terminaron por dominar la perspectiva económica y, en particular, la del análisis económico del Derecho de sociedades⁸⁷ tienden a encontrar “innecesaria” la idea de empresario. Simplemente se estaría ante un conjunto complejo de contratos en los que los intereses de quienes forman parte de ellos se encontrarían en el equilibrio dispuesto por la libre contratación. Frente a esta teoría dominante de la noción económica de empresa, habría surgido otra, más reciente y aún minoritaria, que propone rescatar la importancia de la “función empresarial”, en la definición del concepto de empresa⁸⁸.

79 *Ibidem*, pp. 1173 y ss.

80 *Ibidem*, pp. 1197 y ss. Corresponde advertir que el autor generaliza sus críticas a toda la ciencia económica cuando, en realidad, resultarían aplicables solamente a algunos sectores de dicha ciencia, en particular, a la concepción neoclásica. Otras escuelas –ciertamente todavía minoritarias–, como la escuela austriaca de economía, también señalan las falencias de la teoría neoclásica y se basan en postulados más adecuados a la realidad.

81 GONDRA ROMERO, J.M., “La teoría contractual de la sociedad anónima...”, *cit.*, p. 1210.

82 Considerando la “eficiencia espontánea” del libre mercado, la imposición de normas no derivadas del propio mercado, en todo caso, conduciría a resultados menos eficientes.

83 GONDRA ROMERO, J.M., “La teoría contractual de la sociedad anónima...”, *cit.*, pp. 1215 y ss.

84 En este sentido, véase MARTÍNEZ ECHEVERRÍA, M.A., “Hacia una nueva teoría de la empresa”, en *Cuadernos de Empresa y Humanismo*, n° 79, 2000, pp. 5 y ss., quien señala que la teoría de la toma de decisiones con información perfecta da muchos problemas en la medida en que, en realidad, en la empresa habría un alto grado de incertidumbre.

85 GONDRA ROMERO, J.M., “La teoría contractual de la sociedad anónima...”, *cit.*, p. 1229.

86 Véase, por ejemplo, FAMA, E., “Agency problems and the theory of the firm”, en *The Journal of Political Economy*, vol. 88, n° 2, 1980, pp. 288 y ss., quien considera, directamente, irrelevante el concepto de “propiedad de la empresa”; CHEUNG, S. N.S., “The Contractual Nature of the Firm”, *Journal of Law and Economics*, 26, 1983, pp. 1 a 22, quien afirma que la empresa no es más que un conjunto complejo de contratos en el mercado.

87 Así lo reconoce el propio EISENBERG, M., “The conception that the corporation is a nexus of contract...”, *cit.*, pp. 819-820.

88 Al respecto, por todos, véase el trabajo de FOSS, N., “The theory of the firm: the austrians as precursors and critics of contemporary theory”, en *The Review of Austrian Economics*, Vol.7, n° 1, 1994, pp. 31 y ss., quien presenta una síntesis de la teoría económica “evolutiva” de la empresa.

Esta perspectiva, concibe a la empresa, según la terminología *hayekiana* de las instituciones⁸⁹, como un “orden planificado”, una organización estructurada con el objetivo de obtener una ganancia⁹⁰, noción diametralmente contraria a la que terminan sosteniendo JENSEN y MECKLING (empresa como una suerte de “orden espontáneo” semejante al del libre mercado⁹¹). A diferencia de lo que ocurre en el mercado, explica Nicolai FOSS, el proceso de intercambio en la empresa se encontraría subordinado a un propósito empresarial⁹². En la empresa habría un sujeto con un plan de acción -el empresario-, cuya participación eliminaría toda posibilidad de asimilar la empresa al mecanismo “espontáneo” del mercado.

En consecuencia, más allá de las críticas jurídicas que merecería la teoría contractual neoclásica de la empresa señaladas anteriormente, los representantes de esta teoría económica “evolutiva” (también denominada “subjetiva” o “competitiva”⁹³) de empresa, advierten que la descripción del fenómeno económico empresarial de la teoría contractual -neoclásica- cometería el error básico de presumir en su análisis que todas las empresas son idénticas. En efecto, la descripción que de ellas realizarían los contractualistas sería, explícitamente, lo más “anónima” posible. Las empresas serían meramente “funciones productivas”, no relacionadas con empresariado alguno, con el objetivo de poder adaptarlas a modelos económicos concretos, cuando la realidad mostraría que la figura del empresario resulta clave en toda empresa exitosa⁹⁴.

Además, para la teoría contractual de la empresa -representada en el paradigmático modelo de JENSEN y MECKLING- todo el conocimiento empresarial se presumiría dado (modelo de “competencia perfecta”) por el sistema de precios⁹⁵. Sin embargo, lo cierto sería que la información no “está dada”, sino en continuo proceso de generación y, en dicho proceso, el empresario jugaría un papel determinante como “descubridor” de las nuevas oportunidades de negocio que el mercado continuamente genera. La teoría evolutiva de la empresa propondría, en efecto, una noción más proactiva del empresario en la medida en que situaría al conocimiento, la innovación y la búsqueda de ventajas competitivas como elementos clave del concepto⁹⁶.

En definitiva, ante la crisis de los conceptos de empresa y empresario ocasionados por el desarrollo de la teoría contractual de la empresa, se rescata el valor de dichos conceptos subrayando la **decisiva función del empresario** en la economía de mercado. Para lograrlo, se explica *por qué debe haber empresas en una economía de libre mercado* señalando la relevancia de las mismas como centros de evaluación de la información o conocimiento generado en el mercado (*the use of knowledge*)⁹⁷, en conexión con la noción de mercado como “proceso evolutivo de descubrimiento”. En función de ello, se destaca la importancia del concepto de *alertness* empresarial, desarrollado por Israel KIRZNER⁹⁸, entendido como capacidad, propia del empresario, que induce a “estar alerta” ante las oportunidades de negocio que surgen en el mercado (“función empresarial”⁹⁹).

En el mismo sentido, pueden verse las aportaciones de SAUTET, F., *An entrepreneurial theory of the firm*, Routledge, New York, 2000 y de Lewin, P. y Phelan, S., “An Austrian theory of the firm”, en *Review of Austrian Economics*, n° 13, 2000, pp. 59 y ss.

89 Véase: HAYEK, F., *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, *Rules and Order*, University of Chicago Press, Chicago, 1973.

90 FOSS, N., “The theory of the firm...”, cit., p. 31.

91 JENSEN, M. y MECKLING, W., “Theory of the firm...”, cit., p. 327.

92 FOSS, N., “The theory of the firm...”, cit., p. 50.

93 Véase: FOSS, N., “Theories of the firm: contractual and competence perspectives”, en *J. Evol. Econ.*, n° 3, 1993, pp. 132 y ss., donde el autor explica los orígenes y desarrollo de la teoría “competitiva” de la empresa.

94 Un ejemplo que explicaría claramente esta afirmación es el caso de las empresas tecnológicas o informáticas, en las que la creatividad del empresario -del factor humano- ha resultado ser clave para el desarrollo exitoso de los proyectos empresariales.

95 Cfr.: FOSS, N., “Theories of the firm...”, cit., pp. 141-142.

96 *Ibidem*, p. 142.

97 Sobre la importancia fundamental del conocimiento y la información para el desarrollo del proceso de mercado, véase el destacado trabajo de HAYEK, F., “The use of knowledge in society”, en *The American Economic Review*, vol. 35, n° 4, 1945, pp. 51 y ss.

98 KIRZNER, I., “Creativity and/or Alertness: A Reconsideration of the Schumpeterian Entrepreneur”, en *Review of Austrian Economics*, n° 11, 1999, pp. 5 y ss.

99 Respecto al concepto de “función empresarial”, véase: HUERTA DE SOTO, J., *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, Unión Editorial, Madrid, 2001, pp. 41 y ss., donde el autor define y caracteriza pormenorizadamente el concepto y HUERTA DE SOTO, J., *La escuela austriaca. Mercado y creatividad empresarial*, Editorial Síntesis S.A., Madrid, 2000, pp. 33 y ss., donde señala, en primer lugar, que la capacidad empresarial de las personas sería lo que les permite modificar sus circunstancias actuales para alcanzar sus fines particulares (subjetivos). En efecto, explica, el término empresa etimológicamente procede del latín “*impreendo*” que significa descubrir, darse cuenta de algo hasta entonces desapercibido. Siempre que se actúa, agrega, se ejercería la función empresarial. En consecuencia, el concepto de “empresa” sería asimilable al concepto de “acción humana”, tal como lo reconoce una de las acepciones del término empresa del diccionario de la Real Academia Española anteriormente transcrita: “acción ardua y dificultosa que valerosamente se comienza”.

A diferencia del modelo neoclásico, se propone elaborar la teoría económica de la empresa sobre la base real de que el mercado “adolece” de *información asimétrica*¹⁰⁰. Ciertamente, si no existiera dispersión de la información, no habría lo que COASE denominó “costos de transacción” y, en consecuencia, según la propia teoría del Nobel de economía, no habría justificación para la existencia de la empresa. En la práctica, los agentes necesitarían *descubrir* oportunidades -información- para llevar a cabo un proyecto empresarial exitoso¹⁰¹. En cambio, la teoría que omite el “proceso de mercado” tendería a desdeñar o, incluso –como en el caso de Eugene Fama- a considerar inútil la figura del empresario¹⁰².

La empresa sería un “sistema de aprendizaje local” (*local order system*), no global como lo es el orden espontáneo del mercado¹⁰³, que se desarrollaría a través de una organización planificada (aspecto institucional o burocrático). Esta noción dinámica de empresa implicaría una crítica implícita al concepto de empresa aportado por COASE, cuya teoría sería esencialmente estática, además de que no concedería atención alguna a la creatividad empresarial –al mercado como proceso de descubrimiento- y presumiría la existencia de la tecnología, reduciendo el problema a la combinación eficiente de los diversos factores de producción. Se propondría, en definitiva, completar la teoría de COASE agregando el elemento dinámico al concepto de empresa que constituiría el proceso de aprendizaje.

Desde esta perspectiva, pasaría a resultar esencial la figura del empresario, que antecedería a la empresa –resultado en la realidad práctica de la creatividad y decisiones empresariales-. El empresario no sería contratante en el mercado, sería el sujeto que concibe el plan de acción (el que, habiendo estado “alerta” descubre una oportunidad de negocio hasta el momento no advertida por nadie) y contrata recursos en el mercado –se organiza empresarialmente- para llevar a cabo su proyecto¹⁰⁴. La ganancia o beneficio empresarial sería la recompensa por haber estado alerta, descubierto y desarrollado la oportunidad de negocio que ofrecía el mercado, mientras que las pérdidas constituirían una consecuencia de la malinterpretación empresarial¹⁰⁵.

De lo dicho, sin embargo, no surgiría que quien adopta las decisiones, de forma directa o indirecta, invariablemente debe ser el conjunto de quienes aportan el capital (*shareholders*) o que los administradores deban contemplar exclusivamente el interés de estos. Ello debería depender, en rigor y respondiendo al fenómeno económico real, del acuerdo libre de los sujetos que se vinculan dinámicamente con la empresa. Ciertamente, en la mayor parte de los casos, el proceso de negociación –fruto del mayor valor que usualmente se atribuye al capital y de la ausencia de contemplación de criterios de decisión extraeconómicos (éticos)-, llevará a que las decisiones empresariales se adjudiquen, directa o indirectamente, a los socios capitalistas. Sin embargo, ello no impediría que, en ciertas ocasiones, por ejemplo, sea la creatividad empresarial el factor decisivo y más valioso al negociar la titularidad de las decisiones residuales. Creatividad que, en rigor, por el solo hecho de ser personas, puede ser aportada por cualquiera de los sujetos que participan en la empresa.

Sería empresa toda acción emprendedora, todo actuar que consista en buscar, descubrir o crear en el mercado. Un elemento propio de la acción humana (empresa) sería el *plan de acción*, el que puede ser explícito o implícito. De este elemento derivaría la interminable discusión política en torno a quién debe encargarse la planificación de la empresa, si a cada persona o a una autoridad central estatal. La teoría liberal clásica y la escuela austriaca en particular, han sostenido que la planificación central bloquea la capacidad creativa y el proceso de cooperación social que surgiría de dicha creatividad personal y, por otro lado, que la planificación estatal será siempre, desde el origen, incapaz de cumplir adecuadamente con su cometido por la falta de información en continuo proceso de creación, en el mercado, respecto de las necesidades y preferencias de los diferentes agentes que conforman la comunidad social.

100 Véase: MARTÍNEZ ECHEVERRÍA, M.A., “Hacia una nueva teoría de la empresa”, cit., pp. 7-8, quien denomina a esta corriente “institucionalismo cibernético” y la caracteriza por suponer que el agente económico no dispone de una racionalidad completa *a priori* sino que la iría completando con el tiempo y el desarrollo de su proyecto empresarial. Esta noción de empresa exigiría una concepción teleológica de la acción humana, una suerte de evolucionismo.

101 Cfr.: FOSS, N., “The theory of the firm...”, cit., pp. 51-52.

102 Desde su perspectiva, los servicios del empresario serían inútiles puesto que la red de contratos sería eficiente por sí sola, *ex ante*.

103 FOSS, N., “The theory of the firm...”, cit., p. 57.

Véase también: LANGLOIS, R., “The Entrepreneurial Theory of the Firm and the Theory of the Entrepreneurial Firm”, en *Journal of Management Studies*, n° 44, 2007, pp. 1107 y ss.

104 Cfr.: FOSS, N., “The theory of the firm...”, cit., pp. 58 y ss.

105 Cfr.: KLEIN, P., “Entrepreneurship and corporate governance”, en *The quarterly Journal of austrian economics*, vol. 2, n° 2, 1999, pp. 24-25.