

LA DIMENSION FAMILIAR EN MATERIA EMPRESARIAL EN EL SISTEMA LATINO: LAS EMPRESAS FAMILIARES

Dr. Víctor Pérez Vargas.

S U M A R I O :

I.— PRESENTACION	82
II.— PARTE METODOLOGICA	82
A) Sistema de Derecho Latinoamericano?, un primer interrogante	82
B) Algunos aspectos previos relativos a la hipótesis de la existencia de un indicio de unidad del sistema latino en materia de empresa familiar	84
III.— PARTE SISTEMATICA	85
A) Familia y actividad económica	85
B) La persona humana y la actividad económica	85
C) Los intereses en juego en la regulación de la actividad familiar	86
D) La empresa. Aspectos teóricos	87
E) La empresa familiar	89
i) Aspectos económicos	89
ii) Aspectos jurídicos	89
F) Reconstrucción teórica de la categoría	89
1) La empresa familiar jurídicamente regulada	89
a) Notas históricas	89
b) La empresa familiar italiana	91
c) El caso de Costa Rica	92
i) Derecho Agrario	92
ii) El papel creador de la jurisprudencia	93
2) La empresa familiar "de hecho". Datos empíricos	93
3) La sociedad anónima familiar	95
Aspectos jurídicos y sociológicos	95
CONCLUSIONES	100
BIBLIOGRAFIA	102

LA EMPRESA FAMILIAR

PRESENTACION:

El presente estudio tiene por objeto delimitar la categoría jurídica "empresa familiar" en el plano teórico y en el plano positivo dentro del sistema latinoamericano (1).

Los problemas que, junto a las ventajas (2) de la empresa familiar se presentan son múltiples; ya es un problema inicial la incerteza sobre el contenido de la expresión, su diversidad de significados y las modalidades de su regulación.

A un nivel general el tema presenta gran interés: se trata de conjugar la interacción entre la llamada célula de la sociedad ("la familia es la base esencial de la sociedad") y la célula de la economía (3). Las conexiones entre los términos del problema son muchas; nos limitaremos a las más relevantes. Puede proyectarse la hipótesis de que la configuración jurídica de la empresa familiar responde a una tradición del sistema latino que ha recibido su unidad y forma del Derecho Romano sobre la base cultural ibero-romano-precolombina y afirmarse que la característica del sistema es una concepción que podríamos denominar personalista-comunitaria. Esta afirmación del valor y dignidad de la persona humana como fundamento de la misma regulación de la empresa familiar es de gran interés.

El estudio se encuentra dividido en dos partes:

metodológica y sistemática. En la primera se plantean algunos interrogantes y se formula la hipótesis de trabajo; en la segunda se intenta determinar la categoría general y las especificaciones positivas del instituto.

PARTE METODOLOGICA

A) Sistema de Derecho Latinoamericano? , un primer interrogante.

La pregunta de fondo es: ¿puede hablarse de unidad cultural jurídica de las naciones de la llamada América Latina? En caso afirmativo, cuál es el factor cohesionante y cuáles son las particularidades específicas del conjunto.

1. El Derecho Romano, factor cohesionante.

El estudio del Derecho Romano es en términos realistas el estudio de nuestro ser de hoy. El Derecho Romano es una realidad viviente y así es perceptible cuando superamos la engañosa primera impresión y captamos más bien lo que, más que analogía, es identidad. En nuestro diario operar jurídico utilizamos este producto cultural de la antigüedad (4).

La influencia del Derecho Romano, gracias, en muchos casos a un proceso de asimilación cultural, más que de imposición forzada, es una realidad de hoy (5).

- (1) Es interesante destacar que en Costa Rica las políticas oficiales se orientan en el sentido de favorecer la pequeña empresa. Así, el Presidente de la República expresó recientemente: "... Esto significará la creación de un mayor número de empresas privadas pequeñas... así va Costa Rica y son muchos los que han escogido este camino como el mejor". ODUER, Daniel. Presidente Oduer comenta artículo de la página 15. Periódico La Nación, Jueves 14 de julio de 1977, 15-A. En Italia son jurídicamente, pequeños empresarios, los cultivadores directos, los artesanos, los pequeños comerciantes y los que ejercitan una actividad profesional organizada preferentemente con el trabajo propio y de los componentes de la familia. V. FERRARA, Francesco (Jr.), Giuffrè-ed. Milano, 1971, pág. 54.
- (2) "La pequeña organización goza de la tremenda ventaja de la aproximación personal, descrita como: una combinación de atmósfera de planta familiar, relaciones humanas y servicios personales de carácter informal, que puede incluir cualquier cosa, desde prestar una caución juratoria a favor de un empleado hasta aconsejar sobre problemas conyugales. En cada planta es diferente, y también varía de algún modo para cada obrero y cada patrón. Pero donde existe, es inapreciable". PHELPS, Orme. *Introducción a la economía laboral*, TEA, Buenos Aires, 1964, pág. 57.
- (3) MORA, Fernando. *La teoría de la empresa en el Derecho Comercial costarricense*. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, 1976, pág. 209. v. tamb. *Suplemento del Boletín Informativo No. 222*. Corte Suprema de Justicia.
- (4) En el mismo sentido se ha dicho que "es del mayor interés no detener el estudio del Derecho Romano, como se hace frecuentemente, en la época de Justiniano, sino estudiar de igual modo en qué ha venido a parar el Derecho Romano en las diferentes partes del mundo que estuvieron sometidas en otro tiempo a su imperio" DAVID, René. *Tratado de Derecho Civil Comparado*. Ed. Rev. Der. Priv. Madrid, 1953, p. 185.
- (5) Sobre los aspectos históricos y geográficos en este proceso se ha dicho en clara síntesis que: "La influencia del Derecho Romano en general y de sus instituciones sucesorias en particular se extendió en el mundo antiguo, no sólo por la expansión militar del Imperio, sino además por su espontánea adopción debida al prestigio del sistema; perduró durante la Edad Media en diferentes regiones de Europa y se proyectó finalmente sobre el Derecho moderno y contemporáneo. Tal efecto se produjo en Francia mediante los trabajos de investigación de sus grandes juristas, precursores del Código Civil de 1804, así como por la contextura de éste que es de sólida fundamentación romanista y de ahí se transmitió a los diversos códigos civiles a los que sirvió de modelo; en España, a través de las Siete Partidas del Rey Alfonso X que integran el antiguo derecho ibérico antecedente de su actual Código Civil de 1889; en Alemania por los trabajos de sus pandectistas que culminaron en su vigente Código de 1900, y en Italia, como valioso antecedente propio de su historia jurídica, cuya supervivencia, no obstante las reformas debidas al tiempo y a su avanzada técnica en su moderno Código Civil de 1942" LANATTA, Rómulo. *Derecho de Sucesiones*, U.M. San Marcos, Lima, 1969, pág. 94.

En América Latina el proceso penetró por medio del Código Napoleón y de las Partidas Alfonsinas (6).

2. La hispanidad, factor cohesionante.

El Derecho no es un conjunto de normas formalmente entendidas; es, en primer término, un conjunto de valores, un modo de ser social. La herencia ibérica es una realidad viviente en nuestras experiencias ético-sociales (7). Se ha afirmado que este "ser hispanoamericano" tiene ciertos rasgos recurrentes; concretamente: *"Tres notas definen el tono dominante de la vida hispanoamericana, a saber: tendencia fáustica de expansión vital, presentismo y vocación de universalidad"* (8).

3. La americanidad, factor cohesionante.

Las particularidades de los derechos propiamente latinoamericanos han llevado a algunos comparatistas sudamericanos (Clovis Bevilacqua en el Brasil y Martínez Paz en Argentina) a ubicarlos en una categoría especial. Se ha considerado que los ciudadanos de América Latina no son latinos únicamente: son también americanos. Los derechos de estos países, por muy diferentes que puedan ser entre sí tienen rasgos netamente americanos (9). Las particularidades son reflejo de factores ambientales y culturales (10).

4. El "Code Civil", factor cohesionante.

Por su parte, los autores franceses sostienen la ubicación precisa de los Derechos de América Latina dentro del grupo francés del sistema occidental (11).

Al elenco examinado podríamos agregar algunas otras hipótesis de factores cohesionantes que resisten a la penetración externa que con su acción transforma el sistema (12). La realidad es que se trata de un conjunto de ordenamientos con caracteres latinos, hispánicos, franceses y autóctonos.

Los grandes comparatistas insisten sin embargo en que dentro de estos caracteres *"la latinidad en la esfera jurídica parece haber constituido de modo general un factor más importante"* (13).

Otros, sin embargo, hablan de *"...un oculto presentimiento de que nuestra misión en la Historia consiste en unificar y trascender las conquistas parciales logradas desde puntos de vista muchas veces opuestos, para infundirles el soplo de integradora universalidad, para instaurar un nuevo mundo en el que la especie humana encuentre no sólo un ámbito geográfico adonde se amalgame un nuevo tipo de hombre cósmico por su integración biológica, sino, ante todo, un ámbito cultural en el que el espíritu se encuentre a sí mismo, configurado por una estructura de verdades y de valores eficaces para el perfeccionamiento de la especie."*

América, crisol de pueblos desde sus orígenes,

(6) LANATTA, op. ult. cit., 5, pág. 96.

(7) Frente a esta consideración científica abundan las apreciaciones subjetivas, los hispanistas, los indigenistas, los europeístas, etc. Ejemplo de esta última categoría eran los exploradores alemanes que en el siglo pasado visitaban estas tierras. Así, por ejemplo, se escribió entonces: "El joven pueblo neo-hispano ya tiene algo de senilidad; nunca ha conocido una edad de oro, jamás ha cultivado las artes, las ciencias y la literatura y sólo ha percibido el eco apagado de la civilización que en el transcurso de los siglos alcanzaron en Europa las naciones rivalizantes...". WAGNER, SHERZER. *La República de Costa Rica en la América Central*. Min. Cultura. San José, 1974, p. 226.

(8) BARAHONA, Luis. *El ser hispanoamericano*, Madrid, 1959, p. 233.

(9) "Si se quiere considerar bien la realidad de las cosas y no detenernos en un simple barniz superficial se ve uno precisado a reconocer que, aun perteneciendo al grupo de Derecho Francés, los Derechos de América Latina presentan ciertas características y particularidades que le son propias" DAVID, cit. 4, p. 253.

(10) "Los juristas de América Latina no se dan cuenta de las particularidades a menudo justificadas de sus Derechos y toman por modelo de sus tratados de modo demasiado exclusivo los franceses o los italianos" DAVID, cit. 4, p. 30.

(11) "Los Derechos de las veinte naciones de América Latina pertenecen sin discusión posible al sistema jurídico occidental y están ligados tradicionalmente al grupo francés de ese sistema. La concepción del mundo que pretenden realizar es típicamente la misma que la de Europa Occidental. Se encuentra en ellos la misma adhesión a los principios de la moral cristiana, a la forma política de la democracia liberal y a la estructura capitalista de la sociedad. En todos esos Estados, además, se encuentran Códigos en íntimo parentesco, por su fondo y por su forma, con los códigos europeos y, en particular con el francés, en cuanto concierne al Derecho Civil". DAVID, cit. 4, p. 251.

(12) Sobre esta fuerte influencia en América Latina se ha sostenido: "Otro factor además viene a diferenciar también esas dos series de derechos: la influencia de los Estados Unidos, que es variable según los países de la América Latina, pero considerable siempre en todos ellos. Los Estados de la América Latina pueden rebelarse a veces contra ese influjo y contra ciertas manifestaciones excesivas que, bien en el orden político, bien en el económico, pueda llegar a tener. Pero esa influencia de los Estados Unidos no deja de ser por eso un hecho que no se puede ignorar...". DAVID, cit. 4, p. 225. V. FACIO, Gonzalo. *La Constitución Norteamericana*. Revista Judicial, No. 5, Corte Suprema de Justicia, San José, 1977, setiembre. HERNANDEZ, Rubén. *El significado del control de la legitimidad constitucional de las leyes en el mundo contemporáneo*, Revista Judicial No. 3. Corte Suprema de Justicia, San José, marzo 1977, ps. 21 y ss.

(13) DAVID, cit. 4, p. 258.

no puede apartarse de esta misión ecuménica, que ya ha cumplido en gran parte" (14).

- B) Algunos aspectos previos relativos a la hipótesis de la existencia de un indicio de unidad del sistema latino en materia de empresa familiar. La hipótesis.

La hipótesis utilizable científicamente ha de ser:

- 1) Conceptualmente clara. Los conceptos han de estar definidos operacionalmente y las definiciones han de ser comunicables (15).

Es preciso definir, para efectos de formulación de la misma hipótesis, el concepto de "empresa familiar".

Acogiendo las mejores aportaciones de la teoría general del Derecho, el profesor Vincenzo Panuccio de la Universidad de Messina nos ofrece en sus escritos (16) la necesidad de determinar sobre la base de los datos jurídicos y metajurídicos (17) los fenómenos que intervienen con relación a las distintas clases de elementos del supuesto causal.

En términos esquemáticos, el método de conceptualización propuesto sería así:

- A) Con relación a los fenómenos jurídicos espaciales

- 1) aspectos subjetivos de la empresa
- 2) aspectos objetivos de la empresa

- B) Con relación a los fenómenos temporales

- 1) actos
- 2) hechos

Se distingue, además, con relación al supuesto ("fattispecie" causal) la existencia de:

- a) presupuestos
- b) elementos centrales
- c) coelementos (18)

- 2) La hipótesis utilizable debe tener, además,

referentes empíricos. Para ser utilizable una hipótesis no debe implicar juicios morales (19).

Debe aclararse que no hay, por supuesto, ningún problema en que una hipótesis haga referencia a un juicio de valor. Ello ocurre precisamente en la ciencia jurídica donde según las diversas concepciones siempre el objeto de estudio es una categoría axiológica (20).

- 3) Por otra parte, la hipótesis debe ser específica, clara, único medio para que pueda ser sometida a prueba (21).

En el presente estudio quiero referirme a la hipótesis de una unidad cultural —con trasfondo filosófico bien delineado— del sistema latino con relación a la institución "empresa familiar".

Los indicios (precisos, graves y concordantes) que permiten su formulación pueden resumirse así:

- 1) Es una institución que revela una particular "cosmovisión". El trasfondo cultural y, en particular, ético determina ciertas escogencias positivas que se repiten con una frecuencia variable en función de diversos factores. En el caso del sistema latino, en alguna u otra forma, lo que jurídicamente se puede denominar "empresa familiar en sentido amplio" se ha manifestado con bastante frecuencia. En particular, en algunos medios latinoamericanos la pequeña empresa predomina cuantitativamente.

2) Aunque la institución "empresa familiar" tiene manifestaciones en Oriente en épocas prerromanas, entre el dato del código indio del "dharma" y las empresas familiares de nuestros días, si acaso hubiere continuidad cultural, ello sería a través de las culturas mediterráneas que sirvieron de puente.

- 3) El panorama filosófico del sistema determina una concepción particular tanto de la empresa

(14) BARAHONA, Luis. *El ser hispanoamericano*, op. cit. supra 8, p. 86. Se sostiene, en fin, que nuestro Derecho común es el producto de la influencia del Derecho germánico y del cristianismo sobre la codificación de Justiniano. MORA, op. cit. supra 3, pág. 45.

(15) GOODE-HATT. *Métodos de investigación social*. Trillas, México, 1975, pág. 89.

(16) V. en particular PANUCCIO, Vincenzo. *Impresa*. Enciclopedia del Diritto. Las formulaciones a nivel teórico-general se encuentran en FALZEA, Angelo. *Efficacia Giuridica*. Voci di teoria generale del diritto. Giuffrè-ed. Milano, 1970, págs. 291 y ss.

(17) "...cuando en el campo jurídico no se encuentran definiciones formalizadas, es carga del intérprete recurrir a los datos metajurídicos, no siendo suficiente una investigación sobre los datos estrictamente legislativos y jurídicos en general (jurisprudencia, doctrina, etc.) PANUCCIO, op. cit., supra 16, pág. 577.

(18) Sobre los puntos problemáticos de la distinción entre los elementos del supuesto causal v. SCALISI, Vincenzo. *Inefficacia, Diritto Privato*, Enciclopedia del diritto. Vol. XXI, Milano, Giuffrè-ed. 1971, pág. 327.

(19) GOODE-HATT, op. cit., supra 15, pág. 90.

(20) V. FALZEA, Angelo. *Efficacia Giuridica*, op. cit., supra 16, pág. 229 y, en forma amplia sobre las cuatro concepciones del Derecho como valor v. FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienze giuridiche*, Giuffrè-ed. Milano, 1975, págs. 33 y ss.

(21) GOODE-HATT, cit. 15, pág. 90.

como de la familia, concepción que algunos han calificado de "personalista-comunitaria".

PARTE SISTEMATICA

A) Familia y actividad económica.

Las necesidades jurídicamente relevantes pueden ubicarse para efectos clasificatorios en diversos planos de realidad jurídicamente ordenados. En cada uno de estos planos los intereses correspondientes proyectan valoraciones. El ser humano revela la existencia de necesidades físicas, emocionales, mentales y espirituales. Para cada una de estas categorías puede pensarse en la existencia de concretas disposiciones positivas mediante las cuales se persigue el paso del estado de insatisfacción al estado de satisfacción (22).

La persona humana, integralmente entendida, en su diario vivir, proyecta concretas situaciones problemáticas correspondientes a los diversos planos referidos e, implícitamente, proyecta también las correspondientes soluciones.

La familia, en cuanto unidad de personas en interacción (según el enfoque interaccional (23), puede ubicarse temporalmente también en concretas situaciones problemáticas que exigen del sistema una respuesta. Dentro del grupo familiar se plantean, por ejemplo, los problemas espirituales, los problemas mentales, los problemas afectivos y también los problemas relativos al plano físico. Consecuentemente, el Derecho Positivo se encuentra también llamado a dar solución a este tipo de exigencias.

Los problemas jurídico-familiares correspondientes al plano físico son múltiples. Dentro de esta categoría se ubican, por ejemplo, los relativos a la salud física, a la alimentación, a los gastos cotidianos del hogar, a la distribución de ingresos, a la determinación del sujeto (o los sujetos) legítimo(s) para tomar decisiones económicas capaces de incidir sobre los demás miembros del grupo, etc. Los problemas propiamente económicos forman uno de los conjuntos más relevantes dentro de este plano.

La economía puede considerarse como el estudio científico de las necesidades y de los bienes y servicios (ambos escasos) capaces de satisfacerlas (24). La amplitud del objeto adquiere concretas especificaciones según que estas necesidades sean colectivas, o bien, privadas. En materia familiar entran en juego intereses públicos e intereses privados; es por ello importante determinar en qué medida la regulación de la problemática económica del grupo familiar está determinada por cada una de estas modalidades.

Desde un ángulo macroeconómico se ha afirmado que *"la primera tarea de la ciencia económica moderna es describir, analizar, explicar y relacionar las fluctuaciones de la renta nacional, de las cuales nos interesan tanto la prosperidad como la depresión, la inflación como la deflación de los precios. Es tarea laboriosa y complicada, pero con todo y eso, clara. Necesitamos estudiar los principios que nos muestran de qué manera conseguiremos mantener un elevado nivel de productividad y mejorar el nivel de vida de la gente"* (25).

Otra distinción fundamental, para estructurar el tema en examen, es la que existe entre factores económicos externos que inciden sobre la estructura familiar y factores internos. Dentro del primer grupo se encuentran —por ejemplo— las transformaciones económicas generadas por la proliferación de los medios industriales de producción; dentro del segundo grupo hacemos referencia a las concretas disposiciones que establecen regulación para la gestión económica del grupo familiar y anticipan la regulación de su distribución para la hipótesis de desintegración del grupo.

B) La persona humana y la actividad económica.

Es frecuente escuchar que los dos polos alrededor de los cuales gira la experiencia jurídica son individuo y sociedad; algunos han querido ver en esta dialéctica el sentido histórico de la misma distinción entre derecho subjetivo y derecho objetivo (26). Han sido intentadas múltiples concilia-

(22) FALZEA, Angelo. *Fatto giuridico. Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed. Milano, 1970.

(23) MICHEL, Andree. *Sociologia della famiglia*. Il Mulino, Bologna, 1973, pág. 13.

(24) "la acción económica se halla condicionada y orientada por la escasez de medios, ya que para satisfacer el deseo de ciertas utilidades, los medios se deben someter a gestión económica cuando sólo se dispone de ellos con limitación. Por esta razón "actuar económicamente" significa siempre comparar entre sí diversas posibilidades de aplicación, y elegir entre ellas. . ." ROMERO, Jorge Enrique. *La sociología del derecho en Max Weber*. Costa Rica, 1975, pág. 124.

(25) SAMUELSON, Paul A. *Curso de economía moderna*. Madrid, 1958, pág. 4.

(26) V. BARCELLONA, Pietro. *Gli istituti fondamentali del diritto privato*. Jovene, Napoli, 1972, pág. 67.

ciones de esta radical oposición que, sin embargo, han terminado por exasperar la distinción. La causa de esta antinomia se encuentra en una distorsión visual. Individuo y sociedad son necesariamente conceptos antagónicos como lo son individualismo y socialismo. La oposición no es, sin embargo, de orden real: individuo y sociedad no son recíprocamente separables como materiales de laboratorio. La experiencia cotidiana nos presenta al ser humano como ser de relación inmerso en una vida en común.

La anterior conclusión nos lleva necesariamente del individuo a la persona, de la sociedad a la comunidad. Con este nuevo enfoque se superan las anteriores contradicciones y es posible admitir que persona y comunidad no son más que términos de una relación inescindible. En la dialéctica personalismo-comunitarismo no encontramos la radical oposición en boga en el siglo pasado entre individualismo y socialismo. Con base en esta superación del conflicto, dignidad de la persona humana y bien común son, más bien, términos que se implican necesariamente.

Tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista sustancial la persona es el eje de lo jurídico; ella es la potencial portadora de todos los efectos jurídicos del sistema (27) y al mismo tiempo portadora también potencial de los intereses tutelados por el Ordenamiento. Su papel central no es resultado de una mera imputación lógica; la razón profunda se encuentra más bien en la especial dignidad de que es portadora.

No se trata de revivir pretenciosas concepciones antropocentristas; se trata, simplemente, de tomar conciencia de un dato: la persona humana tiene la posibilidad de trascender la inmediatez de lo actual (desde la proyección anticipada de un artista, hasta la experiencia religiosa de unidad con el Ser atemporal). Esta potencialidad, base de todas las expresiones culturales a través de la historia es lo que Heller ha denominado capacidad de proyectar fines humanos en la naturaleza (28). Estas características propiamente humanas hacen que la genérica tendencia de todo ser a preservar su

ser y perseverar en él de que hablara Spinoza (29) tenga en el ser humano infinitas manifestaciones en los distintos órdenes de lo cultural, dentro de los que se incluyen, sin duda, los factores económicos.

C) Intereses en juego en la regulación de la actividad económica de la familia.

a) El llamado "interés familiar".

Hemos ya tenido ocasión de tratar el argumento (30). Para efectos de encuadrar las premisas teóricas de este capítulo es oportuno resumir brevemente las ideas centrales.

Es frecuente encontrar en las diversas fuentes la expresión "interés familiar" o "interés de la familia". La referida expresión tiene soporte en algunos supuestos errados que es preciso aclarar.

i) Por una parte, técnicamente no es apropiado hablar de interés familiar o interés de la familia, por cuanto:

1) interés (en sentido jurídico) es el substrato material o substancial de una situación jurídica y en este caso no encontramos ninguna situación jurídica cuya titularidad sea atribuida al grupo familiar.

2) la anterior afirmación se fundamenta, a su vez, en la idea de que la familia no es sujeto jurídico y solamente éstos son los potenciales portadores de los intereses jurídicos.

3) no encontramos en las disposiciones positivas un interés del grupo familiar relevante como interés autónomo, diverso de los intereses de sus componentes.

En conclusión, *"la familia, en cuanto grupo, no es sujeto jurídico y por ello no es potencial destinataria de intereses jurídicos. Cuando se habla de "intereses de la familia", al máximo se trata de intereses para la atribución de particulares situaciones jurídicas a los miembros del grupo familiar, lo que revela por una parte la ambigüedad del concepto y por otro lado su imprecisión, dado que no se trata, en realidad, de un verdadero interés jurídico potencialmente conectado a una específica situación jurídica subjetiva, cuya titularidad*

(27) V. sobre el tema, en particular, FALZEA, Angelo. *Capacità, Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed. Milano, 1970 y FALZEA, Angelo. *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Pubblicazioni dell'Istituto di scienze giuridiche dell'Università di Messina, Giuffrè-ed. Milano, 1939 y PEREZ, Víctor. *Existencia y capacidad de las personas*. Lex Locí, San José, 1977.

(28) HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1963.

(29) La idea se reitera en la Ética. SPINOZA, *Ética*. Aguilar, Biblioteca de iniciación filosófica.

(30) PEREZ, Víctor. *Unas breves observaciones sobre el llamado "interés familiar" o "interés de la familia"*. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, 1976, No. 27, págs. 117 y ss.

sea atribuible al grupo familiar en cuanto tal" (31). Otros hablan de "interés a la familia" (32).

ii) Intereses públicos y privados en el Derecho de Familia.

La anterior distinción nos lleva a pensar en dos tipos de valores en juego:

1) Los valores individuales de cada uno de los miembros del grupo.

2) Los valores de la comunidad sobre la institución familiar.

Ya es vieja la discusión sobre el carácter público o privado del Derecho de Familia; no vamos a insistir en ella; queremos, sin embargo, puntualizar una idea: si bien todo efecto jurídico se determina en función del interés fundamental de la comunidad (el Grund Wert (33)) existen situaciones jurídicas en función de la satisfacción de intereses privados y otras en función de intereses públicos.

Así, por ejemplo, la valoración de posibilidad de la conducta de acción judicial para que se declare el divorcio con base en alguna de las causales convierte el ejercicio de esta situación en un simple "acto lícito", sin particulares vínculos en una u otra dirección. Está prevista en función del interés particular del sujeto que, ocurrida la causal, manifiesta su intención de solicitar el divorcio.

Contrariamente, dentro de esta misma materia, la disposición por la cual no puede solicitarse el divorcio por mutuo consentimiento si no han transcurrido tres años después de celebrado el matrimonio, es una valoración de necesidad omisiva: no es posible la acción regulada antes de ese término. La situación jurídica de vínculo que aquí encontramos existe en función de un interés que podríamos llamar "público": la unidad y estabilidad de la familia. (34).

Esta misma dialéctica (público-privado) se ma-

nifiesta en los intereses en juego en tema de regulación de la actividad empresarial familiar.

D) La empresa. Aspectos teóricos.

Se ha observado que "dado que el mundo real se nos presenta en el espacio y en el tiempo, todo fenómeno puede ser considerado espacial y temporalmente: bajo el perfil espacial se presenta como cuerpo, cosa, objeto; bajo el perfil temporal se configura como evento, acontecimiento, hecho. . . Los mismos sujetos humanos figuran entre los objetos del espacio porque tienen un cuerpo extenso y los actos humanos figuran entre los hechos del tiempo porque se desarrollan temporalmente y tienen una duración temporal apreciable. . . Resulta en síntesis que sujetos, objetos, actos y hechos son el cuádrinomio fundamental de la fenomenología jurídica. . ." (35). Los diversos fenómenos jurídicos entran en juego en las diversas ramas del Derecho. En materia comercial ha ocurrido que en la determinación del concepto de empresa los juristas han caído a menudo en la unilateralidad de enfoque: han visto la empresa bajo el lente parcial de uno de los cuatro fenómenos jurídicos que en ella intervienen: objetos, sujetos, hechos y actos. (36).

Así, por ejemplo, para algunos "empresa" puede definirse como "un contrato. . ." (37). Merece aclararse aquí que existe una categoría diversa: los contratos de empresa (38), categoría respecto a la cual no hay definición doctrinaria unánime. Así, por ejemplo, se ubican dentro de la subespecie de los contratos de empresa agraria: los contratos para la provisión de capital de ejercicio, con las operaciones a ellos conexas (emisión de letras, por ejemplo); los contratos de seguro de cosechas y semejantes; los contratos de consorcio para la coordinación de la producción, la transformación

(31) Op. ult. cit., pág. 126.

(32) LIPARI, Nicolo. *Diritto Privato*. Una ricerca per l'insegnamento. Laterza, Bari, 1974, pág. 168.

(33) "En lugar de la Grund Norm Kelseniana, meramente hipotética y formalista sería mejor poner un Grund Wert como síntesis omnicompreensiva de todos los valores reales y sustanciales del sistema "FALZEA, *Efficacia*. . . cit. 15, pág. 250.

(34) PEREZ, Víctor. *El divorcio en Costa Rica*. Revista Judicial. No. 2, Corte Suprema de Justicia, diciembre de 1976. Pág. 59.

(35) FALZEA, cit. 15, págs. 271, 272 y 273.

(36) Así PANUCCIO, cit. 16.

(37) "contrato por el cual una persona se obliga a ejecutar una obra, suministrando sólo su trabajo, industria o también los materiales. Difiere del contrato de trabajo en que no crea vínculo de subordinación entre el empresario y el dueño. . ." CAPITANT, Henri. *Vocabulario jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1973, pág. 248.

(38) Con relación a la legislación italiana se ha afirmado: "Un contrato, para poder definirse "de empresa" en el Ordenamiento vigente, debe, en su tipicidad legal, manifestar una función económico-social de servicio o de utilidad por el ejercicio de la empresa" CARROZZA, Antonio. *Contrato e Impresa en el Diritto Agrario Italiano*. Pisa-Alghero-Sassari, 23-26 de mayo de 1975, pág. 12.

de productos y su comercialización; el contrato de intercambio de mano de obra entre pequeños empresarios; los contratos de alienación de productos, en los límites en que esta alienación pueda ser considerada conexas y esencialmente agraria. En fin, por los motivos ya expresados, todos los contratos de trabajo estipulados para el ejercicio de la empresa agraria (39).

Otros definen la empresa como un "organismo económico y social que aglutina factores humanos (el jefe de la empresa y el personal) y factores materiales (los que integran la "azienda" o explotación) para llevar a cabo una actividad dirigida a la producción de bienes y servicios. Esta organización no es reconocida por el Derecho costarricense como persona moral, ni se acepta la limitación de la responsabilidad de la empresa a los bienes de la explotación. . . salvo que adopte una de las formas autorizadas por el Código de Comercio" (40).

Para otros, es la base del capitalismo; así "Weber puntualiza a modo de conclusión, que lo que en definitiva creó el sistema capitalista racional-burgués, fue:

- i) la empresa duradera
- ii) la contabilidad racional
- iii) la ciencia racional
- iv) la técnica racional

v) el derecho racional y

vi) la ideología racional o concepción ética racionalizadora de la vida mundana.

Raciocinio, desencantamiento del mundo, racionalización, intelectualización, calculabilidad y previsibilidad, constituyen los baluartes del sistema social actual, funcionando sobre y desde la empresa. . ." (41).

Buena parte de la doctrina sostiene que empresa es un ejercicio profesional de una actividad económica organizada para la producción o intercambio de bienes o de servicios y que, pues, elementos esenciales de la misma son: a) ejercicio de una actividad económica organizada (42), b) fin productivo en sentido amplio (43) y c) profesionalidad (44).

Actualmente, puede considerarse predominante la posición que afirma que su género próximo más preciso es "actividad" (45) y que puede calificarse de "sujeto económico con relevancia jurídica" que, sin embargo, a veces cuenta también con subjetividad jurídica (46).

Dentro de los criterios de sistematización de la disciplina puede emplearse con utilidad el (criterio) de los destinatarios (47). Análogas consideraciones tendremos en cuenta en la sistematización de la disciplina de lo que caería dentro del concepto de empresa familiar en sentido teórico general.

(39) CARROZZA, Antonio. Op. ult. cit. 38, págs. 18 y 19.

(40) SALAS-BARAHONA, *Derecho Agrario*. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1973.

(41) V. ROMERO, cit. 24, pág. 238. De este desencanto hablaba también ENGELS, Friedrich. *L'origine della famiglia, della proprietà privatae dello stato*. Grafica di Salvi & C., Perugia, 1974, pág. 217.

(42) "puede llamarse "organizada" (la empresa) donde concurren la predisposición y la actuación de los medios necesarios para el logro del fin productivo". LA LUMIA, Isidoro, *Corso di diritto commerciale*, Giuffrè-ed. Milano, 1960, pág. 94, o bien "que la actividad económica referida sea organizada, esto es, cuando el sujeto se vale de la obra ajena para ejercitarla o, mejor aun, cuando la actividad resulta desarrollada por un conjunto de personas ordenado por el empresario" FERRARA, cit. 1, pág. 36.

(43) "Este fin se resuelve en la creación de nuevas utilidades económicas, que pueden ser intrínsecas, esto es, constituidas por nuevos bienes o servicios, o bien extrínsecas, esto es, determinadas por la circulación de tales bienes entre productores y consumidores, como en las empresas comerciales en sentido estricto" LA LUMIA, cit. 42, pág. 97.

(44) "Para que pueda hablarse de profesionalidad, o correlativamente de "profesión", en base al concepto común social de esta especie de actividad humana (profesión) es necesaria la recurrencia conjunta de dos extremos, constituidos, empresa" LA LUMIA, cit. 42, pág. 97.

(45) "La experiencia práctica, sociológica en particular, (Weber) advierte una distinción entre actividad y acto, la primera, caracterizada por denotar un conjunto de actos teleológicamente orientados que tienen una continuidad y duración y una dirección hacia un fin" PANUCCIO, cit. 16, pág. 596. La caracterización de la empresa como actividad es acogida por CARROZZA, cit. 38.

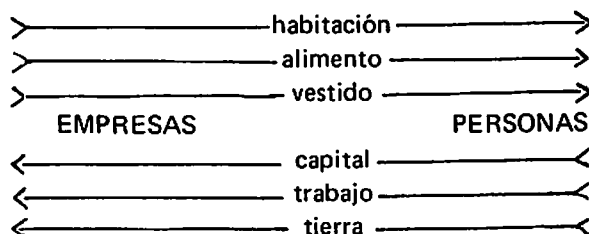
(46) "...la empresa, en todo caso, es un sujeto económico pero no en todo caso es un sujeto jurídico. Porque no hemos llegado todavía a ese punto, hemos llegado, sí, a dar un paso fundamental al permitir que el comerciante de nuestro Código se organice como empresa individual de responsabilidad limitada, pero todavía no hemos llegado al punto en que la empresa como unidad económica tiene en todos los casos personalidad jurídica, porque no es así; la tiene cuando se organiza como empresa individual a responsabilidad limitada o adquiere una semipersonalidad jurídica en la venta de la hacienda mercantil, en la venta de establecimientos mercantiles, porque ahí se hace una separación patrimonial, y la tiene cuando se organiza como unidad colectiva". MORA, cit. 3, págs. 209 y 210.

(47) "La disciplina de la empresa en general puede sistematizarse con relación a las principales direcciones a que se orienta la actividad, viendo, esto es, los diversos grupos de destinatarios de la actividad. Son destinatarios (en sentido amplio) el Estado, los terceros, los dependientes, otros empresarios y otros terceros interesados". PANUCCIO, cit. 16, pág. 565.

E) La empresa familiar.**i) Aspectos económicos.**

Desde el punto de vista económico la empresa familiar es un dato interesante:

Si, normalmente, el esquema puede plantearse así:



Esto es:

Las empresas ofrecen bienes y servicios y demandan capital, trabajo y tierra.

Las personas (las familias) demandan bienes y servicios y ofrecen factores de producción.

En la hipótesis de la empresa familiar estaremos regulando las relaciones jurídicas en un centro de producción que es, al mismo tiempo, unidad de consumo.

Frente a este esquema teórico hay diversas figuras particularmente matizadas por múltiples variables. El cuadro, en todo caso, mantiene validez, por lo menos dentro del universo de discurso socio-económico del sistema.

ii) Aspectos jurídicos.

Un primer interrogante salta: ¿qué es "empresa familiar"? ¿Cuáles son los criterios para su determinación desde el punto de vista jurídico? ¿En qué medida tiene interés la institución desde el punto de vista del Derecho Comparado?

De empresa familiar (en sentido jurídico) es posible hablar en diversos sentidos:

Esquemáticamente vemos que:

1) Existe un sentido amplio conforme al cual "empresa familiar es una configuración global de un tipo de conducta en común con fines lucrativos (productivos o comerciales) dentro de un núcleo familiar (tanto en sentido amplio como en sentido "nuclear") organizada en forma estable".

2) Existen diversos sentidos restringidos de la expresión:

a) La empresa familiar regulada legalmente.

b) Las empresas familiares "de hecho" de los

países donde no se encuentra regulada legislativamente la distribución de participación gestora y de utilidades; en estos casos el "control social" hace partícipes a los miembros de la familia de una cierta ventaja en las utilidades (en forma indirecta), pero en definitiva, el titular formal de la empresa es quien obtiene el provecho y dispone libremente de él (48).

c) Las empresas familiares que voluntariamente han asumido alguna de las formas de sociedad mercantil (u otra modalidad de personalidad jurídica); el caso típico se encuentra en la llamada sociedad anónima familiar (close corporation).

F) Reconstrucción teórica de la categoría.**1. La empresa familiar jurídicamente regulada.****a) Notas históricas.**

"...es necesario partir del dato jurídico para llegar a la determinación conceptual y a la definición de una categoría jurídica y no viceversa. Sólo que el dato jurídico no es únicamente el dato legislativo, sino que debe ser concebido más ampliamente, incluyendo todos los aportes útiles de la doctrina y de la jurisprudencia" (49).

Remontarse en el tiempo con miras a la determinación de los orígenes de una institución jurídica es tarea interminable. Cualquier afirmación corre el riesgo de no ser resultado de una investigación exhaustiva. Las hipótesis de desarrollo sistemático de antiguos gérmenes pueden ser sustituidas por nuevas hipótesis con los avances de las ciencias auxiliares de la historia. La cadena es interminable y es la misma historia de las proyecciones culturales del ser humano. Las naciones latinoamericanas son un producto de múltiples influencias culturales. Para algunos fundamentalmente americanas, para otros ibéricas, para otros somos simples herederos de la tradición francesa, para otros la hipótesis del sistema jurídico se encuentra en Roma. Otros se remontan a Grecia y si escarbamos las mismas fuentes veremos como se trata de una tradición impregnada de la cultura oriental de la antigüedad (en particular de la India). La misma dicotomía de lo jurídico (orden natural - orden positivo) tiene sus primeras manifestaciones (anteriores a Homero y Hesíodo) en los Vedas. Nuestra tradición cultural es universal, postulan otros.

(48) V. un ejemplo interesante de esta realidad en la literatura rusa de fines del siglo pasado. CHECHOV, Anton. *El padre de familia*. Racconti e teatro. Sansoni, Firenze, 1966, pág. 117.

(49) PANUCCIO, cit. 16, pág. 564.

Los riesgos de trazar los orígenes de una institución son grandes. Con base en el material que nos ha llegado es posible afirmar, sin embargo, que la primera manifestación positiva de lo que podríamos denominar "empresa familiar" se presenta (probablemente) en el siglo XIII antes de Cristo, con el Código de Manú, en la India. Expresa el texto: "*Si algunos hermanos que viven en común con su padre reúnen sus esfuerzos para una misma empresa, el padre, al repartir el beneficio, no debe nunca hacer partes desiguales*" (50).

La discusión sobre la influencia cultural de oriente hacia occidente no ha cesado. Algunas posiciones permitirían formular la hipótesis de la unidad indoaria del sistema.

Se ha visto también la posibilidad de que las manifestaciones jurídico-positivas sean un desarrollo del modelo romanístico de la "legítima simul et naturalis societas" (51).

Es interesante observar, sin embargo, con relación a los datos en examen de GAIO y MANU lo siguiente:

a) La modalidad de consorcio citado en el

texto romano (Gaio, III, 153) se da "inter suos heredes. . .". Se hace más referencia a un problema de titularidad sucesoria que a una empresa en sentido dinámico (entendida como actividad) (52).

b) El texto de Manú parece acercarse más al concepto moderno de empresa familiar: "... si. . . reúnen sus esfuerzos para una misma empresa. . . entonces. . . no distribución desigual de utilidades (53).

A través de múltiples formas el problema relativo a la regulación de las situaciones jurídicas relacionadas con la actividad empresarial dentro de la familia se ha mantenido idéntico.

Desde las antiguas comunidades (54) (a veces con predominio de rasgos comunistas, a veces patriarcales, a veces estrictamente monogámicas) pasando por los ejemplos de la propiedad fondiaria común (55), las empresas familiares esclavas (56), germánicas, celtas y francas (57) y las leyes del antiguo Gales (58) llegamos al nacimiento de las sociedades comerciales (59). Ya en la Edad Media tuvo desarrollo (60) la sociedad de comercio abierta (una sociedad industrial cuya gestión era ejerci-

(50) MANAVA, Dharma Sastra. *Leyes de Manú*. Editora Nacional, México 7, D.F., 1968, pág. 317. V. sobre este texto PEREZ, Víctor, *Filosofía del Derecho de la India*. Facultad de Derecho, 1971, págs. 105 y ss. "... es una recopilación versificada de máximas jurídicas y sociales, encuadradas en una descripción cosmogónica y escatológica".

(51) Texto de GAIO, cit. p. PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè-ed. Milano, 1964, pág. 200, cit. p. BUSNELLI-CATALANO. Explicación "ricerca" CNR, p. 5.

(52) PUGLIATTI, op. ult. cit. 53. Debe observarse, sin embargo que "cuando el padre de familia ponía al frente del negocio al hijo, filius. . . la actividad realizada por el filius. . . se consideraba una actividad institoria y en consecuencia los terceros tenían acción directamente contra el pater. . ." MORA, cit. 3, págs. 45 y 46.

(53) MANAVA, cit. 52, pág. 317.

(54) "En la antigua administración doméstica de tipo comunista que comprendía muchas parejas de cónyuges con sus hijos la conducción de la administración de la casa, confiada a las mujeres era una industria pública, tan socialmente necesaria como la actividad masculina de buscar alimento. Todo ello cambió con la familia patriarcal, y todavía más interés para la sociedad. Se convirtió en un servicio privado: la mujer pasó a ser la primera sierva, mantenida lejos de la producción social". ENGELS, cit. 41, pág. 98.

(55) "Una propiedad fondiaria común siempre había existido desde los orígenes, desde que se comenzó a dividir la tierra de las tribus. Entre las tribus latinas encontramos que la tierra es en parte propiedad de la tribu y en parte de los gens, en parte de las administraciones domésticas". ENGELS, cit. 41, pág. 149.

(56) "La "zádruga" de los eslavos meridionales nos ofrece el mejor ejemplo, todavía existente, de una tal comunidad familiar. Ella comprende varias generaciones de descendientes. . . y vivían juntos en una hacienda, cultivando sus campos en común, se nutren y visten de una reserva común, gozan de la propiedad común de todo producto excedente. La comunidad está bajo la administración del señor de la casa, el cual la representa externamente, puede ceder objetos de poco valor y es responsable de la marcha de los negocios. Es electo y no es necesario que sea el más viejo. . . El poder supremo reside, sin embargo en el consejo de familia, la asamblea de todos los miembros adultos, hombres y mujeres. El señor de la casa está obligado a rendir cuentas ante esta asamblea; ella toma las decisiones más importantes y ejerce la jurisdicción sobre sus miembros, deliberando con relación a las compras y ventas de importancia, en particular de propiedad inmueble. . ." ENGELS, cit. 41, págs. 82 y 83.

(57) "También entre los germanos, según Hausler (Institutionem des deutschen Rechts) la unidad económica originaria no es la familia aislada en el sentido moderno del término, sino la sociedad doméstica, que consiste de diversas generaciones. . . También entre los celtas de Irlanda han existido semejantes comunidades familiares; en Francia se conservaron en el "nivernese" bajo el nombre de "parconneries" hasta la revolución y en la franca contea se mantienen". ENGELS, cit. 41, pág. 83.

(58) "Las leyes del antiguo Gales, escritas muchos siglos antes de la conquista inglesa, a más tardar en el siglo XI, se presenta una agricultura común de todo el pueblo" Existía también una propiedad privada de las familias. V. ENGELS, cit. 41, págs. 158 y 159.

(59) "La comunidad (Gemeinderschaft) se ha desarrollado como una derivación de la comunidad doméstica o familiar (Hausgemeinschaft): era frecuente que los hijos, después de la muerte de su padre, quedasen asociados o agrupados en hogar común (Gamberben)". PLANITZ, Hans. *Derecho Privado Germánico*, Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1957, pág. 67.

(60) Sostiene PLANITZ, op. ult. cit., 61, p. 69.

da por varios socios en común, a los que correspondía el patrimonio social "en mano común" y que adoptaban una firma conjunta) que derivó de la comunidad doméstica familiar. A partir del siglo XIII se manifiesta bajo la modalidad italiana de "compagnia" donde se pone el origen mismo de la sociedad colectiva (61).

Con la revolución industrial el fenómeno se debilita y proliferan las sociedades "de capitales" (62).

b) La empresa familiar italiana.

Un reciente e interesante, aunque también problemático, ejemplo se encuentra en la legislación italiana. Expresa el artículo 89 del Código Civil, según reforma de 19 de mayo de 1975, número 151: "*Salvo que sea configurable una relación diversa, el familiar que presta en forma continuada su actividad laboral en la familia o en la empresa familiar tiene derecho al mantenimiento según la condición patrimonial de la familia y participa en las utilidades de la empresa familiar y en los bienes adquiridos con ellas, así como a los incrementos de la hacienda, también con relación a la hacienda, en proporción a la cantidad y calidad del trabajo prestado. Las decisiones relativas al empleo de las utilidades y de los incrementos así como aquellas inherentes a la gestión extraordinaria, a las direcciones productivas y al cese de la empresa son adoptadas, por mayoría, por los familiares que participan en la empresa misma. Los familiares participantes en la empresa que no tienen la plena capacidad de actuar son representados en la votación por quien*

ejercita sobre ellos la patria potestad. El trabajo de la mujer está considerado como equivalente al del hombre. Para los fines de la disposición del primer párrafo se entiende como familiar, el cónyuge, los parientes hasta el tercer grado, los afines hasta el segundo; por empresa familiar, se entiende, aquella en la que colaboran el cónyuge, los parientes hasta el tercer grado y los afines hasta el segundo. El derecho de participación es intransmisible, salvo que la transmisión ocurra a favor de los familiares indicados en el párrafo precedente con el consentimiento de todos los partícipes. Puede ser liquidado en dinero al momento de la cesación, por cualquier causa, de la prestación de trabajo, y también en el caso de alienación de la hacienda. El pago puede ocurrir en diversas modalidades, determinadas, a falta de acuerdo, por el juez. En caso de división hereditaria o de transferencia de la hacienda los partícipes a que se refiere el primer párrafo tienen derecho de prioridad sobre la hacienda. Se aplica, en los límites en que sea compatible la disposición del artículo 732. Las comuniones tácitas familiares en el ejercicio de la agricultura son reguladas por los usos que no contradigan las normas anteriores" (63).

Se ha observado que en la nueva regulación italiana hay algunos aspectos problemáticos: a) lenguaje a menudo atécnico del legislador, b) se discute si la relevancia de la situación es solamente interna (en el grupo familiar) (64), c) se discute el mismo carácter de la institución; se ha aclarado sobre este punto que simplemente se trata de algo nuevo (65).

Se ha afirmado que la más grave laguna de la

-
- (61) "Cumpanis", de la cual deriva la palabra compañero. El uso en esta época es que los miembros del gremio se reúnan en secciones o que se reúnan con miembros de la familia (o en la casa familiar), convivan juntos en la casa del maestro, donde viven los compañeros propiamente y los aprendices, y participan a la misma mesa. . . Pero se va derivando paulatinamente, de los talleres en los cuales compañeros y aprendices no tienen ningún parentesco con el maestro, cada vez más a los talleres en los cuales el trabajo que se realiza es un trabajo del grupo familiar. Entonces está el abuelo y los hijos y los nietos, todos trabajan colectivamente y de este fenómeno de tipo social más el fenómeno de la necesidad de mantener unidos el capital y el trabajo y la sociedad misma y la compañía misma, nace la sociedad colectiva". MORA, cit. 3, p. 79.
- (62) Sobre el paso de la industria doméstica a la industria moderna mecanizada v. MARX, Karl. *Capital. A critique of Political Economy*. The modern Law Library. New York, p. 514. Es interesante recordar que ya Aristóteles afirmaba: "la comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades es la casa" ARISTÓTELES, *Política*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1951, p. 3.
- (63) V. PANUCCIO, Vincenzo. *Problemi relativi alle aziende a conduzione familiare*. Studi sulla riforma del diritto di famiglia. Istituto di diritto privato. Università di Messina, Giuffrè-ed. Milano, 1973, pág. 415 y ss. MAGAZZU, Andrea, *L'impresa a conduzione familiare*. Studi. . . op. ult. cit., pág. 437. OPPO, Giorgio. *Il regime patrimoniale della famiglia. La riforma del diritto di famiglia*. Cedam, Padova, 1972, págs. 87 y ss.
- (64) Sostiene esta idea COSTI, Renzo. *Impresa familiare, azienda coniugale e "rapporti con i terzi" nel nuovo diritto di famiglia*. Giurisprudenza Commerciale, 3.1. gennaio-febb. 1976, Giuffrè-ed. Milano, pág. 11: "... el hecho de que con el empresario (o los empresarios) colaboren familiares, o, en todo caso, estos desarrollen una actividad continuada en el ámbito de la familia no tiene ninguna relevancia en las relaciones externas".
- (65) Sobre el tema v. en la doctrina italiana BUSNELLI, Francesco D. *Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Fasc. 4, 1976, Milano, Giuffrè-ed. pág. 1397 y ss. Una conclusión del autor es: "el fenómeno asociativo en examen no se identifica con ninguna de las figuras lato sensu asociativas del Código. . . se trata simplemente de un quid novi", op. ult. cit. p. 1411.

disciplina contenida en el nuevo texto se encuentra en tema de responsabilidad por las obligaciones relativas al ejercicio de la empresa familiar. La divergencia doctrinaria —se sostiene— deriva de una diversidad de clave interpretativa: a) por un lado "clave retributivo asistencial" (los familiares no responden), y b) por otro lado, "clave participativa" (todos responden). Se proyecta una tercera posibilidad: *"Por las obligaciones relativas al ejercicio de la empresa familiar responden personal y solidariamente todos (y solamente) los familiares que han actuado a nombre y por cuenta de la empresa. Tal responsabilidad es, sin embargo, subsidiaria respecto a la que corresponde a los bienes 'aziendali': no hay razón para no referir a la empresa familiar el principio del carácter subsidiario de la responsabilidad de los socios"* (66). A esta observación puede agregarse que, igualmente, cuando un familiar no gestor presta su nombre para la denominación de la empresa debe recibir idéntico tratamiento, en tema de responsabilidad.

Desde el punto de vista comparatista es interesante el fenómeno italiano en cuanto manifestación recurrente de factores de verificación de la hipótesis (67).

- c) El caso de Costa Rica.
- i) Derecho Agrario.

Como es sabido, se ha producido una interesante evolución de la familia rural; se ha hablado de un paso de la regulación civil hacia la regulación agraria especial (68). La tendencial orientación de este proceso ha tenido como factor de causalidad eficiente la diferencia socio-económica de la familia rural respecto a la familia urbana. Causa final

del proceso ha sido, en cambio, el fortalecimiento de la unidad familiar y la protección de su naturaleza asociativa (69).

La regulación existente en materia agraria con relación a la "familia rural" tiene, como se determinará, gran similitud con el concepto teórico-general de "empresa familiar". Basta observar algunos elementos comunes o parecidos: a) consorcio económico (formal o de hecho), b) que se desarrolla naturalmente en el ámbito familiar, c) cuyo objeto es la gestión colectiva de una empresa común d) y el disfrute económico de bienes productivos.

De los datos examinados podemos concluir que a) y b) son aspectos compartidos entre las figuras "familia agrícola" y "empresa familiar".

Los elementos c) y d), en cambio, merecen un examen particular:

La gestión colectiva no es requisito esencial de la categoría "empresa familiar". En efecto, la gestión puede estar en manos de un sujeto, titular de los derechos reales sobre los bienes de la "azienda" y, al mismo tiempo, los demás sujetos que integran este tipo de empresa pueden tener simplemente relaciones crediticias frente al titular gestor (no frente a la empresa, en cuanto tal). La razón: no se da en tal caso "gestión colectiva", coadministración (70).

Por otra parte, el requisito de que la gestión y el disfrute respectivo tengan por objeto "bienes productivos", aunque pueda ser elemento de la "familia agrícola", no es, en realidad un requisito esencial de la categoría "empresa familiar", por cuanto esta última puede ser, además de productora, mediadora (en lugar de industrial o artesanal, comercial).

(66) BUSNELLI, Francesco D. *Impresa familiare*. . . cit. 67, ps. 1417 y 1418. Con relación al principio en el Derecho Positivo costarricense: artículo 51 Código de Comercio: "Los acreedores de la sociedad no podrán proceder contra los socios personalmente, sino después de haber ejercitado infructuosamente su acción contra ella" (en tema de sociedad colectiva) y el artículo 74 hace aplicables a las sociedades en comandita las disposiciones de la sociedad colectiva v. CERTAD, Gastón. *Algunos conceptos básicos en materia de sociedades mercantiles*. Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1975, pág. 5. La tesis sostenida por el profesor Busnelli es la de que los principios societarios son tendencialmente aplicables — por analogía sustancial — a la materia de la empresa familiar. BUSNELLI, op. cit. pág. 1423.

(67) "Es una tarea altamente útil del Derecho Comparativo la de arrojar luz sobre la diferencia estructural, históricamente explicable, de sistemas positivos, haciendo ver cómo están asentados sobre principios regulativos e inmanentes reconocidamente comunes, y cómo en una problemática producida en las mismas condiciones dichos principios constituyen también un "Derecho detrás del Derecho" realmente comparable". ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961, ps. 37, 38.

(68) SALAS-BARAHONA, cit. 40, p. 65.

(69) V. SALAS-BARAHONA, cit. 40, p. 65. Sobre el tema v. ampliamente CARROZZA, Antonio. *La natura associativa della famiglia agricola e la giurisprudenza in tema de comunione tacita familiare*. Rivista di Diritto Agrario, Anno XL, Fasc. 4, 1961, pág. 601 y ss. Cita el profesor Carrozza una interesante conceptualización de la familia agrícola en la Corte Suprema Italiana: "un consorcio económico que se desarrolla naturalmente en el ámbito mismo del consorcio familiar entre personas ligadas por comunidad de techo y mesa y que tiene por objeto la gestión colectiva de una empresa común, esto es, el disfrute económico en común de bienes productivos" CARROZZA, op. ult. cit. p. 604.

(70) CAPITANT, Henri. *Vocabulario jurídico*, cit. 37, p. 296.

A pesar de las diferencias apuntadas, la similitud entre ambos institutos nos invita a examinar esta modalidad (subconjunto) de empresa familiar en el sistema.

Los valores que han determinado una regulación especial de lo que podríamos denominar "empresa familiar agraria" pueden resumirse de este modo: a) protección de la unidad familiar, b) protección de la actividad agraria "evitando el fraccionamiento antieconómico de la explotación familiar" (71). Los ejemplos que podemos encontrar en la Ley de Tierras y Colonización costarricense son de gran interés: a) protección de la parcela explotada como unidad agrícola familiar, b) disposiciones sucesorias (72), c) estipulaciones especiales en la adjudicación de parcelas (73), d) revocabilidad de la adjudicación.

ii) El papel creador de la jurisprudencia.

La escasez de datos positivos no ha sido obstáculo para la jurisprudencia costarricense que colmando el vacío ha elaborado la categoría que hoy tratamos.

En 1932 (74) consideraron los Señores Magistrados de la Sala de Casación: "...ambos demandados, aunque contrajeron cada cual por aparte las deudas que se les reclaman, las hicieron para compra de mercaderías que se confundían en los estantes de los dos puestos de comercio que en común administraban. Ambos vivían de la misma especulación comercial, y el tercero tenía motivo para considerar que al tratar con cualquiera de ellos para el surtido de su tráfico, contrataba para el beneficio de ambos, porque era notorio que la mercadería comprada a plazo por el uno cedía en

provecho de los dos, quienes del mismo negocio sustentaban sus gastos de vida" (75).

2. La "empresa familiar de hecho". Datos empíricos.

De la "empresa familiar de hecho" valdría la pena realizar algunas consideraciones, también válidas para la llamada "familia de hecho". Se habla en dos sentidos: a) cuando no existe regulación jurídica para las situaciones patrimoniales y personales que pueden derivar de una relación del género, b) cuando existe regulación solamente para ciertas consecuencias patrimoniales o personales, en el sentido de que la relevancia de la relación es limitada (76).

En lo que respecta a la empresa familiar de hecho se plantean diversos problemas: ¿intervención legislativa sobre las situaciones patrimoniales (reales y crediticias) de la empresa familiar de hecho o, no intervención? (77), determinación precisa del problema, determinación precisa de los efectos legales correspondientes, criterios de valoración, etc.

En atención a la exigencia metodológica analítica, el dato formal facilita la determinación de zonas (formales) de relevancia del problema en examen. El primer dato que se manifiesta es el principio constitucional de igualdad y los más específicos de igualdad conyugal y respeto recíproco paterno-filial (78).

Sustancialmente puede plantearse la hipótesis de un sintético (obtenido por generalización creciente) principio de dignidad de la persona humana de rango constitucional material (79), que se reali-

(71) SALAS-BARAHONA, op. cit., 40, p. 66.

(72) "Esta regulación especial es aun demasiado incipiente en nuestra legislación y contempla únicamente el caso del parcelero que, habiendo adquirido una parcela del ITCO (Instituto de Tierras y Colonización), fallece antes del término legal exigido para permitirle enajenarla libremente" SALAS-BARAHONA, cit. 40, p. 67.

(73) Así, por ejemplo, al hacer la solicitud para que sea adjudicada la parcela, debe el solicitante comprometerse a trabajar la parcela personalmente y con sus descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad, que vivan con él y estén en condiciones físicas de hacerlo" SALAS-BARAHONA, cit. 40, p. 66.

(74) SALA DE CASACION, Año 1932, Primer Semestre, pág. 287, cit. p. KOZOLCHYK-TORREALBA. *Curso de Derecho Mercantil*. Texto y material de estudio. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San José, p. 78.

(75) KOZOLCHYK-TORREALBA, cit. 76, p. 85.

(76) Por ejemplo, en el caso de Costa Rica, existen algunas disposiciones aisladas que permiten la titularidad de ciertas situaciones jurídicas a la concubina. Reglamento Caja Costarricense del Seguro Social. A pesar de esta manifestación se sigue hablando de familia de hecho.

(77) Pues existe también la opinión de quien expresa: en términos populares: "Para qué abrir el portón si la cerca está en el suelo". HERNANDEZ, Hermógenes. *Refranes y dichos populares usuales en Costa Rica*. San Martín. San José, 1976, p. 120.

(78) En Costa Rica tenemos, por ejemplo, el artículo 52 de la Constitución Política (de 1949) según el cual "el matrimonio... descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges".

(79) La constitución material es aquel conjunto de fuerzas políticas, ideológicas y económicas que operan sobre el Ordenamiento y que condicionan la constitución formal. WOODBRIDGE, Paul. *Derecho Público II, Fuentes del Derecho*, San José, 1973, p. 7.

za mediante la concreta actuación de la justicia distributiva (80), ello en cuanto nos encontramos frente al problema mismo de "distribuir" las situaciones jurídicas patrimoniales, por ejemplo "cotitularidad dominical de algunos bienes", "crédito frente al gestor —o frente a la empresa— por el monto líquido del derecho de utilidad", "derechos sucesorios", "titularidad de situaciones jurídicas de necesidad (deberes) como resultado de una imputación de responsabilidad por hechos (generalmente actos) imputables a la empresa", etc. (81).

Una pregunta nos puede ayudar: cuáles son los datos legales y jurisprudenciales conexos. Hay algún índice de tendencial orientación del sistema en la dirección de otorgar concretos efectos jurídicos a los sujetos de una empresa familiar?

Veamos:

Dentro del tema relativo a relaciones patrimoniales en la "unión de hecho" (tema al que recurrimos nuevamente por las analogías que presenta con el problema en examen) se ponen diversas alternativas (82): 1) que exista una sociedad, caso en el cual la actividad se rige por las normas legales que reglamentan este contrato, 2) que se pueda calificar de "sociedad de hecho" si reúne los requisitos para ello (aportes comunes, contribución en las pérdidas y ganancias, "affectio societatis" y ello así resulta demostrado, 3) o que se trate de una sociedad irregular, 4) o de una comunidad de bienes y utilidades.

Es interesante observar que en Costa Rica, cuando se ha perseguido judicialmente una determinada ventaja patrimonial derivada de una empre-

sa familiar (que opera en el ámbito de una "convivencia", o "concubinato") los tribunales han denegado sistemáticamente este tipo de acciones; es interesante observar que ellas han sido encaminadas bajo múltiples argumentaciones: "pago de servicios prestados", "sociedad de hecho", "cuasi-contrato", etc.

Hace ya casi cincuenta años un Magistrado sostuvo contra el parecer mayoritario: "*el trabajo es un acto lícito y productor de derechos*" (83).

En materia de "matrimonio y empresa familiar" no existe jurisprudencia por cuanto tienen vigencia las reglas sobre la separación matrimonial de patrimonios y liquidación de gananciales al momento de disolución del vínculo.

No existe tampoco jurisprudencia en cuanto a situaciones jurídicas de otros miembros (no cónyuges) de una empresa familiar.

A lo sumo, de conformidad con las tendencias del sistema, podría prosperar una acción de cobro de prestaciones laborales; no existen indicios de que se proyecte una cotitularidad de la empresa o de sus beneficios entre los familiares que ahí prestan su actividad.

Es interesante, como dato empírico complementario, el hacer referencia a los datos cuantitativos de las "empresas de hecho" (84) (normalmente familiares (85)) según resultan de estudios científicos realizados.

Para efectos de comprensión de la materia, en particular con relación al tema de la empresa, es de gran importancia la referencia al dato metajurídico (86).

Veamos algunos de estos datos (empíricos):

-
- (80) "Lo justo es siempre proporcional". ARISTOTELES, *Moral a Nicómaco*, Colección Austral, México, 1962, pág. 139.
- (81) "El verdadero problema está constituido por la necesidad de integrar el ejercicio de la empresa en el sistema del Derecho Privado: no ya en el sentido de colocarlo en un texto institucional, sino en el de captar los nexos jurídicamente relevantes entre el ejercicio de la actividad económica y las situaciones jurídicas privadas: propiedad, responsabilidad, contrato, familia. . ." LIPARI, cit. 32, p. 530.
- (82) MORA, Luis, *La familia de hecho*. Facultad de Derecho, San José, 1976, pág. 93.
- (83) SALA DE CASACION, 2 y 35 hrs. de 13 de marzo de 1929.
- (84) ". . . las sociedades de hecho propiamente dichas son aquellas en las que, por lo general, ni siquiera ha mediado contrato escrito y que derivan su existencia de una empresa llevada en común" KOZOLCHYK-TORREALBA, cit. 76, p. 17.
- (85) "se encuentra mucho en los distritos rurales y la forma en la mayoría de los casos grupos familiares. . ." KOZOLCHYK-TORREALBA, cit. 76, ps. 10, 11.
- (86) "Para la definición de empresa es no solamente oportuno sino necesario, considerar los más importantes elementos y presupuestos de hecho que la realidad económica y social sugiere". PANUCCIO, cit. 16, p. 577. "La concepción sociológica del Derecho impone a las investigaciones jurídicas un carácter empírico, pues deben elaborarse sobre la base de los hechos sociales concretos en que la institución investigada descansa. Ello supone desde el punto de vista metodológico, la recolección de informaciones sistemáticas en dos campos diversos: uno, de carácter meramente jurídico, en cuanto se determinará el deber ser prescrito por el Derecho y otro de carácter sociológico en que se determinará el ser social concreto. Lo primero supone analizar el contenido normativo del sistema legal vigente y su finalidad social. Lo segundo supone el análisis de los hechos o factores que configuran la realidad social en que dicho sistema debe ser aplicado y la eficiencia de éste. . ." GESCHE, Bernardo. *La paternidad ilegítima*. Concepción, 1967, p. 12.

El censo costarricense del Ministerio de Industria y Comercio reveló una clara tendencia de predominio de la forma de hecho (en cierto tipo de actividades) sobre la "sociedad anónima"; así:

	Productos aliment.	Calzado	Muebles y accesorios	Maderas
Soc. de hecho	82	40	21	23
Soc. An.	32	5	2	7

(87)

"...el tercer censo de Industrias Manufactureras del Ministerio de Industria y Comercio, llevado a cabo en 1964 y publicado en 1967, se refirió a la sociedad de hecho en la siguiente forma: "Es uno de los tipos más corrientes en nuestro medio" (88).

Es interesante observar en el cuadro examinado la importancia cuantitativa y el uso diversificado de este tipo de sociedades.

Se ha expresado al respecto:

"...examinando las estadísticas compiladas... se percibe inmediatamente que las sociedades de hecho no se limitan a las áreas rurales costarricenses ni que estas sociedades no lleguen a formar parte del sector industrial. En efecto, en el sector industrial las sociedades de hecho son numéricas en el segundo grupo más importante de sociedades (256), precedido sólo por las sociedades de responsabilidad limitada (527) y seguidas por las sociedades anónimas (95), las sociedades en nombre colectivo (19), las cooperativas (13) y finalmente las sociedades en comandita..." (89).

3. La sociedad anónima familiar.

Con las excepciones examinadas, de empresa familiar en sentido legislativo no es posible hablar en el Ordenamiento costarricense. Sin embargo, en nuestro medio se ha dado un fenómeno interesante que revela una vez más la hipótesis de una dimensión familiar en materia empresarial en el sistema latino: se trata de la sociedad anónima familiar.

a) La sociedad anónima.

Múltiples y diversas han sido las definiciones propuestas para encuadrar la sociedad anónima. A pesar de las aparentes contradicciones entre algunas de ellas, es posible encontrar ciertos elementos comunes.

Estas características de la sociedad anónima pueden resumirse diciendo que son:

- 1) División del capital en acciones; así, los puestos de socio representan cantidades parciales de una suma total de aportaciones (90).
- 2) Responsabilidad limitada de los socios; estos no pueden ser obligados a realizar más prestaciones que las estatutariamente fijadas (91).
- 3) Existe bajo una denominación social (92).
- 4) Existencia de un capital fundacional (93).

En términos generales, puede afirmarse que existe bastante acuerdo en la doctrina respecto a la existencia de dos tipos fundamentales de sociedad anónima:

a) Por un lado la llamada "sociedad anónima abierta" o sociedad anónima de "Corporate System".

(87) El anterior cuadro se tomó de KOZOLCHYK-TORREALBA, cit. 76, p. 12.

(88) Op. ult. cit., p. 10.

(89) Op. ult. cit., p. 11. "... deriva su configuración jurídica y su regulación, de la realidad económico social. Muchas enunciaciones doctrinales, aun sobre el plano jurídico, no se comprenderían plenamente o no se comprenderían del todo si faltase una referencia preliminar a un serie de datos, por así decirlo metajurídicos, deducibles de la economía, de la técnica hacendal y de la sociología". PANUCCIO, cit. 16, p. 577.

(90) En sentido conf. PUENTE, Arturo. *Derecho Mercantil*. Editorial Banca y Comercio. México, 1968, p. 78; TORREALBA-KOZOLCHYK, cit. 76, p. 6.

(91) PUENTE, cit. 92, p. 78. RODRIGUEZ, Joaquín. *Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1967, p. 78. KOZOLCHYK-TORREALBA, cit. 76, p. 4. Se ha afirmado que la característica esencial de la sociedad por acciones reside en el hecho de que, de las obligaciones sociales responde solamente la sociedad con su patrimonio y nunca el socio". MESSINEO, F. Vol. IV. *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè-ed. Milano, 1954, p. 350.

(92) PUENTE, cit. 92, p. 78, RODRIGUEZ, cit. 93, p. 78.

(93) RODRIGUEZ, cit. 93, p. 77.

b) Por otra parte la llamada "sociedad anónima familiar" o "close corporation" (94). Para algunos esta última no es sino, en el fondo, una sociedad colectiva que se sirve del mecanismo de la sociedad por acciones (95).

Veamos las diferencias entre estos tipos de sociedades:

a) La sociedad anónima abierta.

Podemos considerar la sociedad anónima abierta como: una institución jurídico-pública, instituida por ley para recoger el ahorro (96) con vistas a la explotación de las empresas, y una forma social de la organización económica.

De ahí su carácter público, que requiere un ordenamiento institucional estricto, con vistas a la protección del ahorro, ya que se opone a una base contractual de la sociedad (97).

Podemos distinguir en esta forma social tres elementos fundamentales:

1.— Un capital mínimo, que forzosamente ha de ser arbitrario y susceptible de variación según la estabilidad monetaria.

2.— El llamamiento al público por la emisión de acciones (98).

3.— La negociabilidad de las acciones.

Esta forma de sociedad ha sido considerada por algunos autores como la forma típica de sociedad anónima, de la cual, la sociedad anónima familiar es una derivación. La historia parece decir-

nos otra cosa.

b) La sociedad anónima familiar.

Este tipo de sociedad anónima, como ya lo hemos visto, es conocido también como sociedad anónima cerrada. "*La noción de la sociedad anónima familiar es de orden sociológico. El término no es del todo exacto, ya que las sociedades en que los autores piensan al usarlo no están siempre compuestas por miembros de una misma familia*" (99).

Ha sido definida como "*el contrato de sociedad, medio jurídico privado, empleado para conducir los asuntos privados, con vista a cumplir intereses privados... una base convencional... fuera de toda reglamentación legal*" (100).

Se trata, como vemos de una sociedad que, por lo general tiene un capital reducido y unos cuantos socios, generalmente, personas físicas que se encuentran unidas por el "intuitus personae" (101); las acciones de estas sociedades no son accesibles al público y por lo general no pueden transferirse libremente.

Según esto es posible distinguir en la sociedad anónima familiar tres elementos:

1.— Lo que generalmente une a los socios, más que un elemento patrimonial, es un elemento de carácter personal, normalmente familiar.

2.— No se da el llamamiento al público por la emisión de las acciones, cosa que sí ocurre en la sociedad anónima abierta (102).

(94) "Se ha observado que el esquema formal de la sociedad anónima permite alcanzar algunas finalidades anormales; ello ocurre por ejemplo en las llamadas sociedades anónimas familiares, donde el conjunto de acciones está distribuido entre poquísimas personas ligadas por vínculos de matrimonio, de parentela o de afinidad, o, en todo caso, de recíproca confianza. . . Las acciones de la sociedad familiar son nominativas, en virtud del acto constitutivo; ello para impedir alienaciones ocultas". MESSINEO, cit. 93, p. 355.

(95) Así, MESSINEO, loc. ult. cit.: "En la sociedad familiar se repite (salvo la diversa forma jurídica y, pues la diversa responsabilidad de los socios) la situación económico-práctica de la sociedad en nombre colectivo". V. tamb. OREAMUNO, Rodrigo. *Los órganos sociales en las sociedades anónimas*, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, No. 9, junio de 1967, págs. 117 y ss.

(96) Sobre la conexión entre la sociedad anónima y el fenómeno del empleo del ahorro v. MESSINEO, cit. 93, pág. 353.

(97) Así NGO BA THANH. *La sociedad anónima familiar*.

(98) La suscripción pública tiene lugar por medio de promotores, sobre la base de un programa que indica el objeto y el capital, las principales disposiciones del futuro acto constitutivo, la eventual participación que los promotores se reservan, etc. MESSINEO, cit. 93, p. 359.

(99) GOLDSCHMIDT, *La sociedad anónima de tipo familiar*. Aun en el "Common Law System" "... no es raro encontrar una empresa familiar bajo la forma de sociedad, con el padre, la madre y los hijos como los titulares de las acciones, directivos y gerentes". LOSS, Louis. *Business enterprise and the law*, en BERMAN, Harold. *Talks on American Law*, Harvard, Vintage Books, New York, 1971, pág. 168.

(100) NGO BA THANH, *La sociedad anónima familiar*.

(101) Se ha observado que "Escapa de la sociedad por acciones (bien entendida) todo "intuitus personae"; el socio es considerado como fungible. MESSINEO, cit. 93, p. 353. En ellas domina el principio de la impersonalidad, op. ult. cit. p. 354. No ocurre así en la S.A. familiar.

(102) Se da en ella lo que se denomina constitución simultánea que se tiene cuando en la escritura que formaliza el acto constitutivo, se puede constatar que el capital ha sido enteramente suscrito: ello, porque se han producido entendimientos previos entre los futuros socios de modo que todos pueden participar en el acto constitutivo. MESSINEO, cit. 93, p. 359.

3.— Las acciones no son transferibles libremente (103).

Criterios propuestos para distinguirlas.

Como podemos ver, los rasgos que caracterizan a esta última forma de sociedad anónima, son bastante diversos de los que encontramos en la delimitación del término "sociedad anónima abierta". Aunque en ambos tipos de sociedad la finalidad es utilizar la "personalidad jurídica de la sociedad anónima", es posible encontrar que los motivos e intereses por los cuales adquirieron existencia son distintos. Seguidamente analizaremos las diferencias existentes entre estas dos formas sociales. Para ello haremos un rápido enfoque de los criterios tradicionalmente utilizados por la doctrina para hacer la distinción:

Criterios de forma.

"Al enfocar el problema de la definición de la sociedad anónima cerrada (close corporation) desde un punto de vista de forma, se ha recurrido indistintamente a uno de los criterios siguientes: número de socios, cuantía del capital, llamamiento al público y cotización de los títulos en la Bolsa" (104).

De todos estos enfoques el más acogido tradicionalmente es el relativo a la cuantía del capital, sin embargo, este punto de vista merece algunas observaciones.

Al respecto nos dice Ngo Ba Thanh:

"Si el elemento de la cuantía del capital ha sido recogido por la mayoría de las leyes que han recurrido a un criterio dimensional para diferenciar las sociedades por acciones, es que, efectivamente, "para determinar en un texto legal la dimensión de la empresa debe recurrirse a tener en cuenta la cuantía del capital. . ." (105). Sin embargo, seguidamente agrega: ". . .una sociedad anónima puede muy bien, pese a la importancia de su capital, ser una sociedad personalista de carácter cerrado, y, por tanto, el criterio "cuantía del capital" no es decisivo para permitir oponer una a la otra. . . podemos concluir que si la cuantía del capital constituye uno de los elementos susceptibles de carac-

terizar la diferencia entre una sociedad anónima familiar y una sociedad anónima abierta, no es sin embargo ni el único, ni el decisivo" (106). La cuantía del capital es un criterio solamente indicativo, pero no definitorio. Puede pensarse perfectamente en una sociedad anónima familiar con mayor capital que una sociedad anónima abierta.

Criterio de fondo:

Dejando de lado el aspecto puramente formal, algunos se han referido a la sociedad anónima familiar, distinguiendo una doble dirección, un tanto paradójica, en esta forma social. Por una parte, respecto a terceros, presenta la forma de sociedad por acciones, sin embargo, la relación de los socios entre sí, es de carácter personal. Se ha dicho, que este punto de vista, con un criterio estrictamente legalista, no es sino un acoplamiento de términos contradictorios.

Criterio económico.

Considerando la cuestión desde un punto de vista económico, algunos autores han definido la sociedad anónima cerrada, como aquella en que la dirección y propiedad son sustancialmente idénticas, aquella donde las mismas personas son, a la vez, propietarios y administradores.

Si bien esta afirmación no carece de veracidad, lo cierto es que su utilidad es meramente descriptiva, mas no diferenciadora, ya que existen muchísimas sociedades anónimas de carácter cerrado donde los socios, en gran proporción, no concurren activamente en la dirección de los negocios.

Criterio jurídico.

Con este criterio se intenta fundamentar la distinción entre ambos tipos de sociedades con arreglo a su diverso carácter jurídico-institucional. Mientras que la sociedad anónima familiar reviste principalmente un carácter contractual, la sociedad anónima abierta es una forma de organización de la vida económica, a través del mecanismo de la colecta del ahorro público, mediante la emisión de títulos negociables.

"Mientras que la sociedad anónima cerrada es una "cosa de los socios", la sociedad anónima

(103) Se ha observado, sin embargo, que la circulación de las acciones, sin necesidad de notificación a los órganos sociales. . . es propio de la sociedad por acciones, op, ult. cit., p. 387.

(104) NGO BA THANH, cit.

(105) Op. ult. cit.

(106) Op. ult. cit.

abierta es una "cosa pública" (107). De ahí que se considere a esta última "una institución jurídico-pública", regulada legislativamente y no algo puramente contractual.

Otras diferencias.

Esbozados ya los distintos criterios diferenciadores de ambos tipos de sociedad anónima, podemos encontrar algunas diferencias fundamentales entre estas dos instituciones jurídicas.

Su distinta función.

Por una parte, la sociedad anónima abierta, facilita la reunión de grandes masas de ahorro de pequeños inversionistas para la existencia de grandes empresas. Estos "colocadores de dinero" no tienen participación en la gestión social.

Mientras tanto, en la sociedad anónima cerrada, el objetivo no es otro que cumplir exclusivamente los deseos y aspiraciones de los socios. Como ya dijimos, en esta forma social se da una verdadera indentificación entre propietarios y administradores.

Diferencias en cuanto a la transmisibilidad de las acciones.

En la sociedad anónima abierta, la transmisibilidad de las acciones es más bien uno de los elementos esenciales. En la sociedad anónima familiar la negociabilidad es más bien un elemento perturbador; en este sentido, se establecen restricciones a la libre circulación.

Diferencias en cuanto a administración.

"Mientras que la sociedad anónima abierta al público, necesita de una administración centralizada, fuerte y responsable, capaz de asegurar la permanencia de los intereses sociales frente a la multitud variable de accionistas. . . para la sociedad familiar esto no es ni necesario, ni útil, puesto que, en general, las mismas personas son administradores y administrados. . ." (108).

Diferencias en cuanto al sistema de financiación.

Por un lado, en la sociedad anónima abierta, el problema de la financiación no adquiere caracteres peligrosos. Esto, debido a la negociabilidad de los títulos y a la posibilidad de hacer llamamiento al público para la emisión de las acciones.

Lo contrario sucede en la sociedad anónima familiar. Como ésta no puede acudir al ahorro público para su financiación, depende enteramente de los acreedores privados y de los bancos para la obtención de fondos. *"Estos piden, a menudo la garantía personal de los socios administradores, con lo cual desaparece, al menos parcialmente, la limitación de su responsabilidad. Por otra parte, estas sociedades deben proceder a su autofinanciación mediante la reinversión de los beneficios realizados"* (109).

Diferencias en cuanto a la asamblea.

Mientras que en la sociedad anónima abierta la asamblea es un órgano de fundamental importancia en la vida de la institución, aunque no lo es en ciertas sociedades abiertas grandes, en la sociedad anónima cerrada la asamblea no existe o carece de relevancia. *"Esta va a ser convocada en los casos en que, según la ley, tal convocatoria es indispensable; la reunión tiene un carácter puramente formal y por la ausencia de debate no se forma allí ni mayoría ni minoría"* (110).

De todas las diferencias apuntadas, es talvez ésta la fundamental y la que ha servido a muchos para negar el mismo carácter de sociedad anónima a la forma familiar.

En las sociedades anónimas familiares, los administradores son elegidos siempre entre los pocos socios que la forman, por lo cual el verdadero poder de la sociedad es este consejo. *"La asamblea resulta así una especie de duplicado del Consejo, ya que los miembros de éste representan la gran mayoría de los socios, por lo que se sabe que lo que decida el Consejo contará con la aprobación"*

(107) Op. ult. cit.

(108) Op. ult. cit.

(109) GOLDSCHMIDT, cit. 101.

(110) Op. ult. cit.

de la Asamblea. La Asamblea existe únicamente porque la Ley así lo exige. . ." (111).

Un interrogante surge: ¿debe regularse conjunta o separadamente? Cada Ordenamiento adopta su solución.

Principales aspectos sobre las sociedades familiares en Costa Rica.

Cuando un Ordenamiento jurídico no establece regulación distinta para las dos formas de sociedad anónima estudiadas, resulta bastante difícil determinar a cuál de ellas está favoreciendo más en sus disposiciones formales.

A pesar de estas dificultades de principio, vamos a intentar analizar con base en algunos artículos del Código de Comercio de Costa Rica qué forma social resulta más favorecida.

Para ello haremos constante referencia a los principios doctrinales atrás mencionados.

Si bien resulta cierto que dentro de las disposiciones del Código de Comercio de Costa Rica resulta jurídicamente posible la existencia de cualquiera de las dos formas de sociedad anónima, es necesario afirmar que no se dan las mismas facilidades y estímulos para una que para la otra.

Seguidamente haremos referencia a los principales artículos sobre el tema y a la inexistencia de algunos otros (inexistencia que, como veremos, acarrea como consecuencia una verdadera falta de estímulo para la existencia de la sociedad anónima abierta del "Corporate System" o sociedad anónima abierta).

El artículo 105 del Código de Comercio, aparentemente, nos ofrece una distinción originaria que, a primera vista, pareciera llevarnos a ver una clasificación de la sociedad anónima en "abierta" y "cerrada o familiar" (112).

Sin embargo, a pesar de esta distinción, no es posible realizar la afirmación categórica de que en este artículo se encuentran tipificadas ambas formas sociales. Esto, debido a que es perfectamente factible la creación de una sociedad abierta por fundación simultánea. A pesar de esto, desde un punto de vista, no ya jurídico, sino más bien socio-

lógico, es evidente que la forma de sociedad anónima familiar está más asegurada cuando en la constitución se utiliza la modalidad simultánea.

La transmisibilidad de las acciones en la sociedad anónima familiar.

Una de las notas conceptuales que se utilizan para definir a la sociedad anónima abierta es la transmisibilidad libre de las acciones; este principio, es algo absoluto e intocable, por regla general, dentro de esta forma social.

En Costa Rica el artículo 138 del Código de Comercio permite que se pacte una restricción al principio de la libre transmisibilidad de las acciones.

Se trata de una norma que permite que se acuerde que la transmisión de las acciones nominativas se realice solamente cuando el Consejo de Administración lo autorice.

Así, cuando el titular de ellas quiera enajenarlas deberá comunicarlo por escrito a la administración.

Un traspaso no autorizado tiene sanciones, tales como la posibilidad de rechazo de su inscripción (113).

Sobre estas limitaciones la doctrina ha manifestado diversos puntos de vista:

Para Messineo: "*prohibiciones a la circulación (temporales o permanentes) pueden ser introducidas solamente por la ley*" (114).

Para Rodríguez la posibilidad de establecer limitaciones a la circulación de las acciones depende de cláusulas estatutarias, en particular del acto constitutivo, el cual puede ser modificado dentro de la competencia de la asamblea general extraordinaria.

No parece admisible, sin embargo, una prohibición de enajenación absoluta y la correspondiente cláusula debe considerarse nula. De lo anterior se deduce que la alienación no podría estar subordinada simplemente a la aprobación del Consejo de Administración, porque la ilimitada libertad de éste de negar la autorización podría frustrar práctica-

(111) OREAMUNO, cit. 97.

(112) Artículo 105, Código de Comercio: La sociedad anónima se constituirá en escritura pública por fundación simultánea o por suscripción pública.

(113) Este tipo de cláusulas en la escritura social se da en las sociedades anónimas familiares, precisamente con el objeto de conservar este carácter, MESSINEO, cit. 93, p. 388.

(114) Op. ult. cit., p. 387.

mente la alienabilidad de las acciones, contra la voluntad de la ley. La cláusula podría admitirse solamente si se permite de alguna otra forma la posibilidad de vender las acciones, por ejemplo en el caso de que la sociedad indique otro adquirente (115).

Una norma como la que hemos examinado sería algo inconcebible en una sociedad anónima abierta, donde, por el contrario, como ya lo hemos examinado, se fomenta esta negociabilidad de las acciones.

Nos interesa ahora referirnos a la inexistencia de algunas normas en nuestro Código. Tal inexistencia, como ya lo hemos anticipado, es el factor fundamental que impide que en nuestro país se desarrolle una verdadera sociedad anónima de carácter abierto.

En términos generales, cabe afirmar que por el hecho de que falten estas normas el posible accionista se encuentra en cierto grado de desamparo; es por esto que se encuentra poca o casi ninguna garantía, lo cual necesariamente acarrea una verdadera falta de aceptación de esta forma de sociedad anónima.

En nuestro país se ha considerado y se sigue considerando a la sociedad anónima como una institución esencialmente de carácter privado; es decir, es por lo general producto de un acuerdo de voluntades, de un contrato privado, en el que el Estado poco papel juega.

Falta así, en nuestro medio, el carácter jurídico-público de la sociedad anónima abierta; debido a estas razones es que carecemos de un ordenamiento institucional estricto con marcada intervención pública, elemento necesario para la aceptación, por parte del público, de la sociedad anónima abierta.

Si examinamos el articulado del Código de Comercio sobre el tema es fácil descubrir que la mayor parte de los principios ahí contenidos son de carácter esencialmente privado, pensados en función de un tipo familiar de sociedad anónima.

Aunque ya apuntamos que el elemento "cuantía del capital" no es el criterio determinante para distinguir ambas formas sociales, lo cierto es que constituye un factor importante.

En Costa Rica no existe una norma que establezca un capital mínimo para la constitución de la sociedad. La inexistencia de esta norma tiene por consecuencia que, por regla general, las sociedades anónimas en nuestro país sean de reducido contenido patrimonial. Así, la mayoría de ellas son resultado de un acuerdo entre particulares que se conocen entre sí, prevaleciendo de este modo el elemento personal-familiar, típico de las "empresas cerradas", sobre el elemento patrimonial.

Por otro lado, vemos que la nota principal que impide en Costa Rica el establecimiento de sociedades anónimas abiertas es la inexistencia de un mecanismo de carácter público para realizar su constitución, no existe, pues, un procedimiento legal para la colecta del ahorro público para la emisión de títulos negociables.

CONCLUSIONES:

Hemos examinado algunos ejemplos de manifestaciones de lo que dentro de un concepto amplio puede denominarse "empresa familiar en el sistema latino". La unidad cultural que sirve de trasfondo a estas manifestaciones es, según la opinión de los comparatistas principales, Roma, la latinidad, el Derecho Romano "*insuperada muestra de la genial agudeza espiritual latina para la indagación de lo justo*" (116).

La hipótesis ha enfrentado elementos de constatación a lo largo del estudio: los datos de las fuentes romanas y la confrontación de los mismos con otras culturas y con las posteriores manifestaciones dentro del sistema latino, permiten, no solamente confirmar la suposición inicial, sino proyectar como hipótesis de trabajo para posteriores investigaciones la unidad indoaria del sistema.

La comprobación de la dimensión familiar en materia empresarial en el sistema latino la ofrecen, entre otros ejemplos: las sociedades comerciales que en la Edad Media derivaron de comunidades familiares, las nuevas normas introducidas en el "Codice Civile" italiano, las regulaciones en materia de familia agrícola dirigidas a la protección de la unidad familiar y de la mínima unidad cultural,

(115) FERRARA, cit. 1, págs. 407, 408.

(116) ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, Ed. Rev. Der. Priv. Madrid, 1963, p. 10.

las elaboraciones jurisprudenciales, el predominio cuantitativo de "empresas familiares de hecho" sobre otras formas societarias y, finalmente, la difundida utilización de la sociedad anónima familiar con preferencia sobre la sociedad anónima abierta.

...una visión que ha afirmado el valor de la familia, también desde el punto de vista empresarial y, al mismo tiempo, una visión que reconoce sus propios riesgos de deshumanización (117).

(117) V. CALVEZ, Jean Ives. *El pensamiento de Carlos Marx*, Ediciones Taurus, Madrid, pág. 162. BARAHONA, Luis, *El gran incógnito*, Editorial Costa Rica, San José, 1975, MOUNIER, Emmanuel, *Manifiesto al servicio del personalismo*, Taurus Madrid, 1965, pág. 136, MARITAIN, Jacques, *Los derechos del hombre*, Ed. La Pléyade, Buenos Aires, pág. 26.