



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

El tráfico jurídico de las empresas: La transferencia definitiva

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Alonso Víctor Manuel MORALES ACOSTA

ASESOR

Dr. Hernando MONTOYA ALBERTI

Lima, Perú

2021



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Morales, A. (2021). *El tráfico jurídico de las empresas: La transferencia definitiva*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

HOJA DE METADATOS COMPLEMENTARIOS

| | |
|---|---|
| Código ORCID del autor | https://orcid.org/0000-0002-3270-3793 |
| DNI o pasaporte del autor | 08771361 |
| Código ORCID del asesor | https://orcid.org/0000-0002-4162-0527 |
| DNI o pasaporte del asesor | 07834852 |
| Grupo de investigación | - |
| Agencia financiadora | - |
| Ubicación geográfica donde se desarrolló la investigación | Lima. Latitud: -12.0453 Longitud: -77.0311 Latitud: 12° 2' 43" Sur Longitud: 77° 1' 52" Oeste |
| Disciplinas OCDE | Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01 Economía https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.02.01 |



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los veintidós días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, siendo las diecisiete horas, bajo la Presidencia del Dr. Enrique Antonio Varsi Rospigliosi y con la asistencia de los Profesores Dra. Jesús María Elena Guerra Cerrón, Mg. César Eusebio Ramos Padilla, Dr. Hernando Montoya Alberti, Dr. Oswaldo del Carmen Hundskopf Exebio, y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Bachiller don **Alonso Víctor Manuel MORALES ACOSTA**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“EL TRÁFICO JURÍDICO DE LAS EMPRESAS: LA TRANSFERENCIA DEFINITIVA”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado Excelente la calificación de diecinueve (19)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial al Bachiller en Derecho don **Alonso Víctor Manuel MORALES ACOSTA**.

Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las dieciocho horas con cuarenta y cinco minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. Enrique Antonio VARSÍ ROSPIGLIOSI
Presidente
Profesor Principal

Dra. Jesús María Elena GUERRA CERRÓN
Jurado Informante
Profesor Asociada

Mg. César Eusebio RAMOS PADILLA
Miembro
Profesor Auxiliar

Dr. Hernando MONYOYA ALBERTI
Asesor
Profesor Contratado

Dr. Oswaldo del Carmen HUNDSKOPF EXEBIO
Jurado Informante
Profesor Invitado

PÁGINA DE ACEPTACIÓN DE JURADOS

JURADO 1

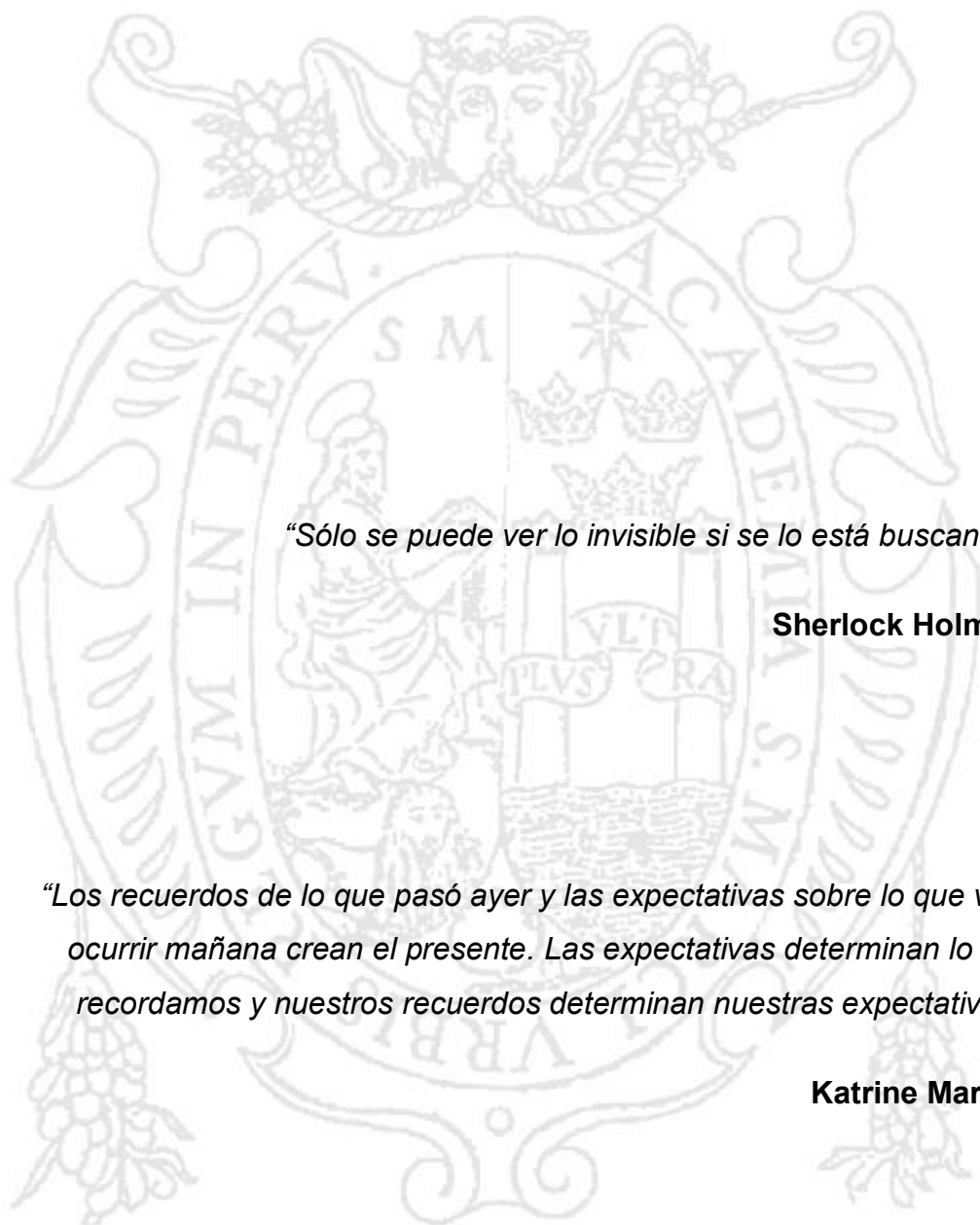
JURADO 2

JURADO 3

Dedicatoria

A Sonia, mi compañera de toda la vida.

A los jóvenes del Instituto Peruano de Derecho de la Empresa de fines de los 80', que motivados por el Dr. Carlos Torres y Torres Lara, pusimos en la agenda de aquel entonces nuestras inquietudes jurídicas del fenómeno empresarial: Alfonso Párraga Ledesma, Francisco Reyes Follano, José Pinco Jaramillo, Susana Del Águila Bracamonte, Rosario Plasencia, Ana Martínez Bernt, Milady Luque Altamirano, Manuel Abanto Vásquez, Silvia Cárdenas Cornelio, Sonia Povis Medina, José Leyva Saavedra, Teresa Tokushima Yasumoto, Rosa Ponce-Rodríguez Grados, Julio Núñez Ponce, Rocío Stewart, Cecilia Espiche, Carlos Torres Morales, Rafael Noé, Richard Martín Tirado, Guillermo Mendoza, Agustín Torres Franco, Carlo Atarama Martínez, María Elena Portocarrero, Rubén Maldonado Silva, Raúl Holgado Viglienzoni, Juan Portocarrero, Fernando Harster, Edgardo Landauro Fernández, Juan Gómez Rivera, Soledad Campos, Susana Morales Levy, Paul Yrigoyen Díaz, Liliana De la Cruz, Mirko Alva Galarreta, Fernando Valdivia Ramírez, Arturo Mogartoff Acosta.



“Sólo se puede ver lo invisible si se lo está buscando”.

Sherlock Holmes.

“Los recuerdos de lo que pasó ayer y las expectativas sobre lo que va a ocurrir mañana crean el presente. Las expectativas determinan lo que recordamos y nuestros recuerdos determinan nuestras expectativas”.

Katrine Marçal.

Agradecimientos

A Hernando Montoya Alberti y a María Elena Guerra Cerrón por su asesoría en el presente trabajo.

A Sophia García Cabrera, que, sin su dedicación y perseverancia en las reuniones de trabajo, me hubiera sido imposible concluir este trabajo.

A Mauricio Del Río Díaz, con quien trabajé mi primer borrador de tesis.

A Max Panay, Jorge Gonzales Loli, Julio Del Castillo, Luis Aliaga por la gentileza de atender mis consultas.

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| RESUMEN | vii |
| ABSTRACT | x |
| INTRODUCCIÓN GENERAL | 1 |
| ASPECTOS METODOLÓGICOS | 6 |
| I. Situación problemática..... | 6 |
| II. Formulación del problema | 8 |
| ii.a Problema principal | 8 |
| ii.b. Problema secundario..... | 8 |
| III. OBJETIVOS..... | 9 |
| iii.a. Objetivo General..... | 9 |
| iii.b. Objetivos Específicos | 9 |
| IV. Metodología aplicada | 9 |
| CAPÍTULO I.- ESTADO DE LA CUESTIÓN | 11 |
| 1.1.Antecedentes de la investigación | 11 |
| 1.2.Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema | |
| 18 | |
| 1.3.Estado actual de la legislación..... | 23 |
| 1.3.1. Situación en la legislación comparada..... | 23 |
| 1.3.2. Situación en la legislación peruana | 91 |
| 1.3.3. Conclusiones | 114 |
| 1.4.Orientación jurisprudencial entorno a la aplicación normativa | 116 |
| CAPÍTULO II.- TOMA DE POSTURA TESIS | 118 |
| 2.1.Análisis, interpretación de la información..... | 118 |
| Subcapítulo I.- La empresa: Concepto y naturaleza jurídica | 118 |
| 1. Concepto y características del concepto | 119 |
| 1.1. Identidad del concepto económico y del concepto jurídico..... | 120 |
| 1.2. Concepto totalizador: sin exclusión de la microempresa | 123 |
| 1.3. Concepto universal: para cualquier sistema económico | 123 |
| 1.4. Concepto interdisciplinario..... | 124 |
| 1.5. Fondo empresarial: concepto disímil de la empresa | 125 |
| 2.Naturaleza jurídica..... | 126 |
| 2.1. La empresa como “organización patrimonial afectada a un fin | |
| económico”..... | 126 |
| 2.2. La organización: el alma de la empresa. | 128 |
| 2.3. El patrimonio: el cuerpo de la empresa | 132 |
| 2.4. La empresa como bien | 136 |
| 3.Conclusiones | 152 |

| | |
|--|-----|
| Subcapítulo II.- Elementos, atributos y la generación de valor en la Empresa | 153 |
| 1.Elementos de la empresa | 155 |
| 1.1. Organización de la empresa | 155 |
| 1.2. El fondo empresarial..... | 156 |
| 1.3. Los Stakeholders o Grupos de Interés | 180 |
| 2.Atributos de la empresa..... | 198 |
| 2.1. El Goodwill..... | 199 |
| 2.2. El Badwill | 215 |
| 2.3. Las Sinergias..... | 219 |
| 2.4. En síntesis..... | 224 |
| 3.Methodologías de valorización | 224 |
| 3.1. Método de valor patrimonial | 226 |
| 3.2. Método de valorización de las utilidades netas | 227 |
| 3.3. Método de “fondo de comercio” | 228 |
| 3.4. Método de valor de comparación | 233 |
| 3.5. Método de las transacciones comparables..... | 237 |
| 3.6. Método del valor de reemplazo | 240 |
| 3.7. Método de valor de liquidación | 244 |
| 3.8. Método de flujo de caja neto descontado | 246 |
| 3.9. Método de valorización según la legislación..... | 249 |
| 3.10. Método del valor en bolsa | 253 |
| 4.La relatividad de los métodos de valorización | 255 |
| 5.Conclusiones | 258 |
| Subcapítulo III.- Transferencia de Empresa..... | 260 |
| 1.La complejidad de la transferencia de la empresa como bien | 260 |
| 2.¿Transferencia temporal o definitiva?..... | 265 |
| 3.Diferencia entre el título y modo | 266 |
| 4.El título..... | 270 |
| 4.1. ¿Un título o varios títulos? | 270 |
| 4.2. ¿Cuándo estamos frente a un contrato atípico? | 272 |
| 5.El modo..... | 298 |
| 6.Transferencia con efecto singular o universal..... | 303 |
| 7.Prácticas usuales en la transferencia de empresa | 305 |
| 7.1. Actos preliminares al contrato de transferencia de la empresa . | 305 |
| 7.2. Actos inherentes al contrato de transferencia de la empresa | 310 |
| 8.Otros contratos relacionados con el tráfico de la empresa | 325 |

| | |
|---|-----|
| 8.1. Diferencia con el Arrendamiento o Usufructo de Empresa | 325 |
| 8.2. Diferencia con el Gravamen de la Empresa | 328 |
| 8.3. Diferencia con el contrato de Franquicia | 328 |
| 9.La Empresa y el Registro Público..... | 332 |
| 10.Externalidades | 344 |
| 11.La problemática del costo tributario | 346 |
| 12.La utilidad de su regulación | 350 |
| 13.En síntesis | 351 |
| 14.Conclusiones | 351 |
| 2.2. Presentación de la propuesta de solución del problema..... | 356 |
| Proyecto de Ley para regular la transferencia de Empresas | 358 |
| 1.Exposición de Motivos | 358 |
| 2.Proyecto de Ley | 364 |
| CAPÍTULO III.- CONSECUENCIAS..... | 377 |
| 3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta (El proyecto de Ley)..... | 377 |
| 3.1.1. Consecuencias jurídicas:..... | 377 |
| 3.1.2. Consecuencias económicas:..... | 378 |
| 3.1.3. Consecuencias sociales:..... | 378 |
| 3.1.4. Consecuencia académica:..... | 379 |
| 3.2. Beneficios que aporta la propuesta | |
| 380 | |
| 3.2.1. Beneficios jurídicos:..... | 380 |
| 3.2.2. Beneficios económicos:..... | 382 |
| 3.2.3. Beneficios sociales:..... | 383 |
| 3.2.4. Beneficios académicos:..... | 384 |
| CONCLUSIONES | 385 |
| RECOMENDACIONES | 389 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 390 |
| ANEXOS | 406 |
| Anexo I.- Cuadro Legislación comparada sobre transferencia de empresa | |
| 406 | |
| Anexo II.- Diagrama compraventa de empresa en Proyecto de Ley..... | 410 |

LISTA DE FIGURAS

Figura 1..... 38
Figura 2..... 230



RESUMEN

El presente trabajo de investigación afronta la problemática de esclarecer el concepto, naturaleza jurídica, elementos y atributos de la empresa para luego afrontar la tarea de proponer el “vehículo” jurídico que permita la transferencia de su titularidad.

Establecido que la empresa es un bien complejo (aunque no clasificado como tal por el derecho común), al corroborarse dicho tratamiento en normas fragmentadas, se le reconoce como tal básicamente por ser un fenómeno económico generador de valor y que es objeto de tráfico jurídico en virtud de la autonomía privada.

Ello lleva a confirmar, vista la empresa, desde un punto de vista económico, que es una organización de capital y trabajo con el fin de producir bienes y servicios para el mercado. Si vamos brindando una aproximación más jurídica encontraremos una organización más un patrimonio empresarial.

El patrimonio empresarial se va formando inicialmente por bienes que van siendo ordenados y dispuestos para el inicio de una explotación económica. Tal universalidad o bloque patrimonial lista para funcionar es un “fondo empresarial” y cuando funciona o es operado se convierte en “la empresa”.

La empresa (que algunos llaman eufemísticamente “empresa en marcha”) es el fenómeno que lanzó un reto a este investigador: realizar un estudio profundo sobre el mecanismo o “vehículo” de la transferencia definitiva de su titularidad contra un valor en dinero; habiendo encontrado que actualmente es un contrato atípico, estructurado funcionalmente en base a una serie de contratos coligados, atraviesa nuestra realidad jurídica con una serie de falencias: normas fragmentadas, normas obsoletas y lagunas normativas dada su carencia de tipicidad y la insuficiencia normativa presente. De ahí que, finalmente, se llegue a proponer en el proyecto de ley que se

acompaña, que la transferencia definitiva sea tipificada como la compraventa de la empresa.

Palabras claves: bien complejo, compraventa, empresa, fondo empresarial, transferencia.



ABSTRACT

The following research document faces the problematic issue of clarifying the concept, juridical nature, elements and attributes of an enterprise, so as to manage the task of proposing the juridical vehicle that allows the transfer of its ownership.

Once stated that an enterprise is a complex good (even though it is not classified like one by common law), and once this treatment is corroborated by fragmented regulations, it is recognized as one, basically for being an economical phenomenon that generates value and is also an object of juridical traffic in virtue of private autonomy.

The above leads us to confirm that -seen as an enterprise from an economical point of view- it becomes an organization of capital and work, with the purpose of producing goods and services for the market. If we provide a more juridical approximation, we will find an organization plus a company heritage.

A company heritage is at the beginning, progressively formed by goods which are sorted and set for the start of an economic exploitation. Such universality or heritage block, ready to work is an “enterprise fund” and when it functions or is operated it becomes “an enterprise”.

“The Enterprise” (also euphemistically called “the ongoing Enterprise”) is the phenomenon that challenged the subscribing researcher to hold a profound study on the mechanism or “vehicle” of the definitive transfer of its ownership against a money value; having then concluded that it is currently an atypical contract that is functionally structured on the basis of a series of united contracts. It impacts across our juridical reality with a series of flaws unless it relies on fragmented regulations, it moves on obsolete regulations and faces a number regulatory gaps because of the lack of typicality and the current

normative insufficiency. Consequently it is finally proposed in the attached draft bill, that such definitive transfer is to be typified as the deed of sale of the Enterprise.

Key words: complex good, deed of sale, Enterprise, enterprise fund, transfer.



INTRODUCCIÓN GENERAL

Coexistir en sociedad significa el frecuente agrupamiento de personas y actividades, lo cual resulta útil para el desarrollo de la vida humana en comunidad. Con el transcurso del tiempo, las personas han llegado a aceptar el hecho de que hay una gama de necesidades (tanto individuales como colectivas) que pueden ser satisfechas, *prima facie*, mediante el trabajo en conjunto, la especialización del mismo y las sinergias que se producen como resultado de su organización. Este conjunto de esfuerzos humanos aplicados a las actividades económicas organizadas ha sido enfocado desde distintas perspectivas, recibiendo a su vez diversas denominaciones en el tiempo, todas las cuales se sintetizan hoy en día, en el denominado “fenómeno empresarial”.

Cabe distinguir, en ese orden de ideas, tres perspectivas de dicho fenómeno empresarial: el empresario, la empresa y la actividad económica. El empresario, visto como aquel sujeto que gestiona y organiza los recursos de capital y trabajo, en virtud a su condición de “titular” de la empresa. La empresa, vista *per sé* como la organización de los recursos de capital y trabajo destinados a la producción, distribución o prestación de bienes o servicios valiosos para la comunidad. Y la actividad económica, vista como el desenvolvimiento de actos humanos en el nivel externo (en el mercado) derivados de dicha organización.

Tener presentes los tres enfoques de este llamado “fenómeno empresarial”, nos permitirá poder abordar con mayor facilidad el tema propuesto en el presente trabajo: la transferencia definitiva de la empresa.

Hemos querido desarrollar los fundamentos del también denominado tráfico jurídico de empresa o “compraventa de empresa”. Vale decir, que la empresa, independientemente de los elementos que la conforman, pueda ser transmitida “como un todo” de un titular a otro, de manera eficiente y

segura; tanto para quienes lo pactan (transferente y adquirente), como para quienes pudieran tener intereses legítimos en dicha transferencia, vale decir, para los grupos de interés llamados también *stakeholders* (como lo son los acreedores, los consumidores, los trabajadores, la comunidad, el Estado, los tecnócratas y los inversionistas).

Hemos adoptado la denominación “El tráfico jurídico de la empresa: la transferencia definitiva” para el presente trabajo y descartado la sola mención genérica al tráfico jurídico, pues en este trabajo no desarrollamos a fondo todas las figuras jurídicas relacionadas con su negociación en el mercado (arrendamiento, usufructo, gravamen, formas de reorganización societaria o registro de la misma), sino pasamos colateralmente por las mismas, con el fin de deslindarlas de la naturaleza jurídica de una “transferencia definitiva” que tiene una contraprestación dineraria.

De otro lado, también hemos descartado que nuestro ordenamiento positivo armonice con la denominación de “compraventa de empresa” por hallarse sesgado el contrato de compraventa hacia la transferencia definitiva del derecho real de propiedad según nuestro ordenamiento civil. Sin embargo, es menester precisar que parte de la doctrina no tiene reparos en usar dicha denominación para referirse a la transferencia definitiva y que ello puede ser presentado -como lo es en este caso- en un proyecto de ley que contiene una propuesta de regulación propia, así como de ajuste o adecuación de las normas vigentes.

Cabe agregar que la presente tesis también destaca la utilidad económica de la transferencia de la empresa al permitir que esta se desplace de las manos de quien la valoriza poco a las de quien la valoriza más; logrando con ello, una explotación más eficiente, evitando a su vez el efecto negativo de su desintegración y liquidación, que repercutiría en todos los *stakeholders*.

Referirnos pues, en estos momentos, a la transferencia definitiva de la empresa implica, hacer énfasis en que esta puede ser la fórmula más eficiente para que el micro y el pequeño empresario puedan “salir” de un negocio sin liquidarlo, contando con un “mercado secundario de empresas”. Mercado secundario que funcionará eficientemente y dentro de la ley si los costos de transacción no son altos, pues de lo contrario se producirían transferencias informales (con el riesgo de fraude a terceros) o, lo que es más grave, la inmovilización o pérdida de recursos valiosos, lo cual obviamente, en un país en proceso de desarrollo, resultaría una tremenda injusticia.

Lo positivo es que la empresa puede transferirse y seguir existiendo en el mercado bajo la titularidad de otro empresario, lo cual redundaría en beneficio de los trabajadores, proveedores, consumidores y demás grupos de interés (*stakeholders*) que no sufrirán la reducción de las opciones que aquella puede ofrecer en el mercado.

Cabe agregar, que la transferencia definitiva de la empresa es también una manera alternativa a la reorganización empresarial para los que no se encuentran organizados mediante personas jurídicas (Sociedades, Cooperativas, E.I.R.L.). En efecto, las reorganizaciones generalmente van acompañadas de transferencias de negocios bajo un marco societario, algo análogo sucede (aunque sin marco societario) si una persona natural le transfiere su negocio a otra persona natural o, con mayor razón, si la persona natural lo transfiere a una sociedad.

Bajo este contexto, es que se explica cuál es la necesidad de los capítulos desarrollados a lo largo del presente trabajo.

El primer capítulo presenta básicamente cuáles han sido los principales aportes doctrinarios y estudios relacionados con la investigación. En ese sentido, se describen sintéticamente las posiciones de los autores, así como

el estudio de la transferencia de la empresa en la legislación comparada y nacional.

De otro lado, se presenta el estado actual de la regulación peruana referente al establecimiento mercantil e industrial previsto en la Ley N°2259. En este capítulo de la tesis no abordamos la temática de la jurisprudencia, por considerarla fundamentalmente referida a transferencias de acciones (la transferencia directa de la participación en la sociedad) y no de la “unidad de producción” como bien; también se descartó la jurisprudencia referida a la venta de locales comerciales que no es lo mismo que la transferencia del fondo empresarial, siendo poco útil lo encontrado para efectos de esta tesis es que no desarrollamos lo referido a “Orientación jurisprudencial entorno a la aplicación normativa” propuesta por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en la estructura de tesis jurídica.

El segundo capítulo contiene la toma de postura, dentro del cual se hallan los siguientes subcapítulos: (i) La Empresa: concepto y naturaleza jurídica; (ii) Elementos, atributos y la generación de valor en la Empresa; (iii) Transferencia de la Empresa. Asimismo, dentro de este capítulo se encuentra la “presentación de la propuesta de solución al problema” que consiste en un proyecto de ley y su respectiva exposición de motivos para regular la transferencia definitiva de la empresa y hacer posible que este se materialice bajo el contrato de compraventa.

El tercer capítulo trata las consecuencias de la implementación de la propuesta y el impacto que nuestro proyecto de ley generará en las diferentes disciplinas jurídicas, en los grupos de interés (trabajadores, acreedores, comunidad, Estado), en los operadores del derecho, en la frecuencia de estas operaciones y evidenciará también las materias relacionadas que quedan pendientes de regulación.

Finalmente, se presentará coherentemente las conclusiones y recomendaciones generales relacionadas a la idea central planteada en la presente tesis.



ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. Situación problemática

Acerca de la “Transferencia Definitiva de la Empresa”, se ha reflexionado y escrito poco en nuestro país. Normativamente ha quedado relegada a una ley antigua, obsoleta incluso casi desconocida pero vigente, la Ley N°2259 - Ley de Traspaso de Establecimientos Comerciales e Industriales.

La antigüedad de la ley, los sobrecostos que impone y las dificultades que genera su adaptación al fenómeno moderno ha llevado a que muchos operadores del derecho ignoren u opten por ignorar su existencia. Las diferentes disciplinas del Derecho han dado respuestas parciales o fragmentadas, abordando solamente algún aspecto de la problemática. Por ejemplo, para el Derecho Tributario y Laboral se ha tratado de salvaguardar el crédito tributario y laboral ante la eventualidad de verse perjudicado el acreedor.

El Derecho Societario ha ignorado esta figura pues ha encontrado a través de los negocios jurídicos sobre las acciones los mecanismos alternativos para su transferencia. Estos pueden ser clasificados en dos grandes grupos: los contratos sobre las acciones: compraventa, permuta, donación, etc. y los procesos de reorganización de sociedades que en general conducen a la reasignación de las acciones y la consecuente transferencia de la empresa, hacia dentro o fuera del grupo económico que detenta el control de la sociedad.

En otras palabras, las grandes corporaciones han encontrado al interior del Derecho Societario una respuesta jurídica acorde con la necesidad del tráfico empresarial, que naturalmente se ha ido modernizando con cada modificación de la legislación societaria; pero no han tenido la misma

suerte las micro y pequeñas empresas, muchas de ellas organizadas unipersonalmente (bajo la titularidad de personas naturales) que sujetan sus transferencias a una ley de principios del siglo veinte.

El Estado parece haber olvidado la utilidad de una buena regulación en esta materia, pues la transferencia de la empresa se manifiesta como el mecanismo más eficiente para que un empresario y, en particular, para que los micro y pequeños empresarios puedan “salir” de sus negocios en forma rápida y sin liquidarlos. Ello supone una legislación que promueva y no obstaculice un “mercado secundario de empresas”.

Mercado secundario de ventas y compras de empresas que podrá funcionar eficientemente y dentro de la ley si los costos de transacción que impone son razonables, pues de lo contrario incentivarán transferencias informales (con el riesgo de fraude a terceros) o, lo que es más grave, la inmovilización o pérdida de recursos en liquidaciones ineficientes, lo que económicamente puede significar grandes pérdidas; con el agravante que en un país pobre acentúa la informalidad y la exclusión. En cambio, si la Ley permite y facilita que dicho mercado secundario funcione podrá lograr que se trasladen los recursos de quien ya no los valora a quien los puede aprovechar mejor bajo un marco de inclusión y formalidad.

La solución de este problema parecería pasar únicamente por definir cuál es el tipo del contrato para su transferencia, sus particularidades y aspectos sobre externalidades y seguridad del tráfico. Empero, es menester advertir que también hay un problema general previo, pues no podemos delimitar estos aspectos si previamente no hay una definición clara de lo que es la empresa y su naturaleza jurídica.

En ese sentido, resuelto el primer problema general que consiste en encontrar una definición apropiada sobre la empresa y esclarecer su

naturaleza jurídica, podemos pasar a nuestra siguiente problemática general relacionada con la temática contractual y la solución de sus externalidades: el tipo de contrato para su transferencia, el modo y sus efectos, la transparencia de la información entre las partes, la publicidad de la transferencia, los mecanismos de protección a los grupos de interés, el registro de empresas y su relación con la transferencia y, en general los costos de transacción que pueden afectarla.

Resuelto los dos problemas principales (definición y naturaleza, así como los aspectos contractuales y externalidades), podemos acometer el problema secundario sobre cuál es su mejor regulación.

II. Formulación del problema

ii.a Problema principal 1

¿Qué es la empresa, cuál es su naturaleza y cuáles son los elementos que la integran?

Problema principal 2

¿En qué consiste la transferencia de la empresa y cuál es su utilidad?

ii.b. Problema secundario

¿Cuál es y cuál debe ser la regulación de la transferencia de la empresa en el ordenamiento jurídico nacional?

III. OBJETIVOS

iii.a. Objetivo General

Brindar un concepto de empresa, determinando su naturaleza, elementos que la componen y establecer el procedimiento para la transferencia definitiva de la empresa en nuestro ordenamiento jurídico.

iii.b. Objetivos Específicos

- a) Esclarecer las nociones y conceptos relacionados con la empresa.
- b) Estudiar y analizar la legislación acerca de la empresa y su transferencia, tanto nacional como extranjera.
- c) Determinar si en la legislación nacional está prevista una forma o modo de transferencia de la empresa como medio de tráfico jurídico.
- d) Si esta regulación es adecuada o eficiente, determinando cuál es el costo de transacción de la empresa a efectos de su transferencia.
- e) Proponer una regulación más eficiente si fuere necesario.

IV. Metodología aplicada

La presente investigación corresponde a la estructura de una tesis de tipo jurídico mixta: normativa-dogmática y el diseño es cualitativo, bajo ese marco busca definir a la empresa, determinar su naturaleza jurídica; siendo útil además para su transferencia evaluar qué elementos y cualidades le son inherentes, todo ello a partir de su tratamiento en la doctrina, legislación nacional y extranjera; lo cual permitirá determinar

qué y cómo se transfiere, identificando además los problemas y costos que se presentan en este proceso transaccional.

La técnica de acopio de información es de análisis documental toda vez que se revisaron libros, artículos y revistas de diversos autores, así como legislación comparada, proyectos de ley, trabajos de investigación, monografías, tratados doctrinarios de derecho civil y mercantil; también se revisaron textos y artículos en materia de economía y contabilidad, así como los principios de contabilidad generalmente aceptados a través del cuerpo normativo de NIIFs y NICs.



CAPÍTULO I.- ESTADO DE LA CUESTIÓN

1.1. Antecedentes de la investigación

Es menester contar los antecedentes del tema de investigación se remontan a la elaboración de mi tesis universitaria sobre *La empresa y la unificación de las Obligaciones y los Contratos Civiles y Mercantiles*. En realidad, quisimos desarrollar una tesis proponiendo la unificación del derecho patrimonial privado peruano pero nos encontramos con que la empresa era el elemento promotor en torno al cual giraba la unificación del derecho comparado. No obstante, no todos los códigos civiles unificados recogían una regulación sobre la empresa y menos sobre su transferencia.

En los años 80's se sostenía además que la empresa era un sujeto de derecho, una organización de personas cuyo titular era la sociedad. Ese hecho de darle a la empresa la categoría de sujeto de derecho dificultaba el tratamiento de su tráfico, puesto que era rechazada por la corriente que sostenía que solo podían ser sujetos de transacciones mercantiles, los bienes; y no siendo la empresa un bien, entonces la transferencia recaería en algo distinto a la empresa: solo su aspecto patrimonial.

Este aspecto nunca nos convenció, puesto que siempre consideramos que tan valioso como lo patrimonial era su organización, que ello le daba valor como se acreditaba en los informes de valorización.

Se observó un desfase entre lo que se sostenía en la realidad y lo que hacían los empresarios en la vida diaria con sus empresas al organizarlas patrimonialmente y luego venderlas versus lo que teóricamente se sostenía que estas eran solo actividad y no se vendían.

Siguiendo la línea de que la empresa no era objeto de transferencia, se desarrollaron algunas tesis que más adelante comentaremos, siendo la de María Isabel Tejada, la que asumiendo la posición que lo que se transfiere es fundamentalmente el aspecto patrimonial, crea el nombre de “fondo empresarial” para referirse a este aspecto de la empresa.

Juristas de la talla de Carlos Fernández Sessarego, Carlos Torres y Torres Lara, Lourdes Flores Nano, Alberto Stewart Balbuena, Oswaldo Hundskopf aportaron significativamente en torno a este debate y predominó por esos años, la visión subjetiva de la empresa; lo cual, en nuestro concepto soslayó y contribuyó a retrasar un tratamiento adecuado de su tráfico jurídico. Tan evidente es ello que no hay una regulación moderna sobre compraventa de la empresa, su arrendamiento o usufructo ni su utilización como garantía.

En esos años contribuyó a la difusión de ideas el Instituto Peruano de Derecho de la Empresa, conformado por estudiantes de las diversas universidades (Universidad Nacional Mayor San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad de San Martín de Porres, Universidad Nacional Federico Villareal, Universidad Inca Garcilaso de la Vega) seguidores de la posición de los juristas; siendo uno de sus instrumentos, la Revista Peruana de Derecho de la Empresa así como los congresos y seminarios que se llevaron a cabo en esta época pudieron contribuir con el desarrollo de estas ideas. No está de más decir que influyeron en nuestra posición, las lecturas de Francesco Galgano, reconocido jurista de la Universidad de Bologna, así como uno de los artículos publicado por Lourdes Flores Nano sobre tráfico jurídico de la empresa en la Revista Peruana de Derecho de la Empresa que en aquella época sostenía la posición singular que la empresa debía ser catalogada como un objeto de transferencia considerándola un bien.

A continuación, un recuento de las tesis de investigación que hemos encontrado y que han abordado el tema y en qué estado de la cuestión se quedaron:

a) Tesis de Alonso Morales Acosta. (1989). *La empresa y la unificación de las Obligaciones y los Contratos Civiles y Mercantiles*.

Problema general: La empresa; nuevo eje de las relaciones jurídicas económicas y elemento promotor de la unificación del derecho civil y comercial.

Instrumentos de recolección de datos utilizados: La investigación del autor se basó en la revisión de libros y revistas de diversos autores, así como también Códigos Civiles y de Comercio en legislación comparada.

Conclusión: Desde una dimensión sociológica existencial: empresa es la persona o comunidad de personas que aportan recursos (como el trabajo y el capital) organizadamente y que tiene el fin de producir bienes o servicios necesarios para la sociedad, con el propósito de obtener beneficios tanto para los aportantes como para los consumidores y el Estado. En el nivel formal normativo la empresa es un sujeto de derecho, lo cual se puede apreciar tanto en la persona natural que opera como empresa como en la comunidad de personas que también opera como tal.

La parte de Código de Comercio referida al “estatuto” del comerciante podría ser sustituida en un Código de Derecho Privado -o en una Ley de Bases sobre la empresa- por el “estatuto de la empresa”: concepto jurídico de empresa, elementos que la integran tráfico jurídico de su patrimonio empresarial, relaciones con los grupos de interés que

interactúan en ella, así como la programación empresarial y la coordinación con el Estado.

Utilidad para la presente investigación: Lo valioso de la tesis es que adopta un concepto de la empresa como unidad de producción, como organización de capital y trabajo con el fin de producir bienes o servicios valiosos para la comunidad. Vale decir, sienta una definición que será el punto de partida de la presente tesis.

Se descarta la posición que la naturaleza jurídica de la empresa es la de un sujeto de derecho.

b) Tesis de Juan Espinoza Espinoza. (1989). *La naturaleza jurídica de la empresa*.

Problema general: Dilucidar la naturaleza jurídica de la empresa, si esta es un sujeto de derecho, un objeto o una actividad, distinguiéndola de la hacienda mercantil o fondo de comercio.

Instrumentos de recolección de datos utilizados: La investigación del autor se basó en la revisión de libros de diversos autores, así como también bases normativas aplicables al tema en cuestión.

Conclusión: La empresa es una organización de hombres que, mediante sus aportes de capital y trabajo, tiene como función específica la de asegurar y mantener la producción, distribución y/o consumo de bienes o servicios de una manera constante y progresiva, con miras a una mayor eficiencia para satisfacer las necesidades de la comunidad y la obtención de una retribución económica para sus integrantes; se trata de una organización de personas no inscrita que tiene la calidad de sujeto de derecho. La hacienda es una universalidad funcional, por cuanto está constituida por un conjunto de bienes - corporales e incorporales- los cuales son tratados normativamente

como una sola unidad, un bien; la filial, si bien es un sujeto de derecho distinta a la casa matriz, económicamente depende de esta. Para él, la empresa no es la hacienda, no es la actividad sino un sujeto de derecho, siguiendo a la doctrina dominante en materia de teoría de la empresa de los años 80'.

Utilidad para la presente investigación: tiene una concepción de la empresa de carácter económico similar a la nuestra, avanza en delimitar el aspecto patrimonial (conjunto de bienes corporales e incorporeales bajo una unidad funcional; sin embargo, considera a la empresa como un sujeto de derecho, teoría que como hemos dicho, descartamos para efectos de esta tesis.

c) Tesis de Fernando Lizarraga. (1991). *El fondo de comercio y su aviamiento en el Perú.*

Problema general: Determinar el concepto y naturaleza jurídica del fondo de comercio y el aviamiento como elemento del mismo.

Instrumentos de recolección de datos utilizados: La investigación del autor se basó en la revisión de libros de diversos autores, así como también bases normativas aplicables al tema en cuestión.

Conclusión: El Fondo de Comercio es “un conjunto heterogéneo de bienes materiales e inmateriales que, conservando su propia identidad y en muchos casos su propio régimen de protección constituye una unidad o conjunto relativamente independiente de los demás bienes del titular”. Lo considera una *universitas facti*. El aviamiento es el principal elemento del Fondo de Comercio; es un bien intangible, susceptible de estimarse en dinero, producto de la inteligencia y del trabajo de organización del empresario, generalmente estimado en relación a la producción de superutilidades; es el elemento creador, organizador y

unificador de la Hacienda. El Fondo de Comercio tiene un valor particular, diverso de la adición de sus varios elementos, constituyendo “una fuente de riquezas para su titular, y como todos los bienes apreciables en dinero objeto de transacciones, y su título es objeto de protección”.

Utilidad para la presente investigación: si bien la tesis se refiere solo al elemento patrimonial de la empresa llamándolo “fondo de comercio”, aporta elementos valiosos a esta tesis como el sostener que está compuesto por una universalidad de bienes que conforman una *universitas facti*, lo cual es tomado en cuenta en la presente investigación. Asimismo, el concepto de aviamiento es considerado en nuestra tesis como un atributo (no un elemento ni un bien incorporal) y se le denomina *goodwill*.

La apariencia que el *goodwill* o aviamiento es un bien podría ser generada por su tratamiento contable en el activo (denominado “fondo de comercio”) pero jurídicamente no es tal, puesto que no se independiza de los bienes corporales o incorporales como la marca y no es susceptible de tráfico jurídico de forma independiente.

d) Tesis de María Isabel Tejada Álvarez. (1995). *Introducción al Estudio del Fondo Empresarial y su Arrendamiento*.

Problema general: Tráfico jurídico de la empresa; la transferencia temporal del fondo empresarial; arrendamiento.

Instrumentos de recolección de datos utilizados: La investigación del autor se basó en la revisión de libros de diversos autores, así como también bases normativas aplicables al tema en cuestión.

Conclusión: El fondo empresarial es el conjunto de elementos organizados por una o varias personas naturales o jurídicas para

realizar una actividad empresarial determinada. La empresa es un fondo empresarial en funcionamiento por la actividad que le imprime el empresario, ayudado en algunos casos por sus colaboradores.

Es de suma importancia que las partes contratantes en un contrato de arrendamiento de fondo empresarial se pongan de acuerdo sobre los siguientes puntos: los elementos que conforman el fondo empresarial, el destino de la organización, las condiciones en que se debe devolver el fondo empresarial al término del contrato, las mejoras y los límites mínimos y máximos de inversión.

En el Perú se debería establecer un Estatuto de la Empresa en el cual se proteja la unidad funcional del Fondo empresarial y se regule el registro de los Fondos Empresariales, su transferencia, su usufructo y arrendamiento; en este último caso, sería conveniente que se norme, entre otros aspectos, sobre los siguientes:

- a. Obligatoriedad de celebrar el contrato por escrito.
- b. Prohibición de competencia tanto para el arrendador como para el arrendatario.
- c. La facultad para el titular de un Fondo Empresarial de subarrendar el local que forma parte del Fondo Empresarial arrendarse.
- d. Dar un tratamiento especial al Contrato de Arrendamiento de Fondos Empresariales en materia laboral, tributaria, industrial y procesal.

Utilidad para la presente investigación: lo relevante para efectos de esta tesis, es que considera que lo que es objeto de tráfico es el fondo empresarial (elemento patrimonial). En su concepción, este es el elemento mínimo de toda transferencia en el ámbito de la empresa, puesto que existe fondo empresarial antes y después de funcionar como empresa. En este contexto, la impronta o dinamismo que impone la

organización económica sería solo un aspecto que le da mayor valor al fondo empresarial.

Otro aspecto relevante es que a diferencia de la hacienda mercantil (Italia), el fondo empresarial sí está compuesto por obligaciones y a diferencia del fondo de comercio francés sí está compuesto por inmuebles.

En nuestro concepto, la noción de “fondo empresarial” supera a la de “establecimiento”, hacienda mercantil, y fondo de comercio, al punto de haber sido incorporada en la Ley General de Sociedades.

En síntesis, de estas tesis se ha podido rescatar la coincidencia que lo que debe primar es el concepto económico sobre la empresa, en segundo lugar, se descarta la naturaleza jurídica de la empresa como sujeto de derecho y cabe destacar los aportes relacionados con su aspecto patrimonial (universalidad de bienes, *universitas facti*, integrado ocasionalmente por obligaciones, la denominación fondo empresarial).

1.2. Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema

La doctrina actualmente se halla dividida y confunde las nociones de concepto y naturaleza jurídica al tratar la empresa, y así lo materializa legislativamente. Así como las posiciones doctrinarias son encontradas, la materialización legislativa del concepto y definición de empresa también se encuentra dividida. Se encontrarán nociones de la empresa como actividad, unidad de producción e inclusive confundiéndola con el establecimiento o elemento patrimonial.

En efecto, definir a la empresa ha llevado a la doctrina a una serie de deficiencias o simplificaciones en su formulación, llegando a confundir la

“parte” con el “todo”, por ejemplo, al afirmar que la empresa es únicamente la actividad, el establecimiento, la organización, el patrimonio afectado o el empresario, cada cual, por separado, cuando, probablemente, se requiera de todos y cada uno de estos elementos unidos como base del concepto.

Al respecto, Garrigues (1984) refiere:

Cuando los juristas definen la empresa como organización o como actividad, en realidad están tomando como empresa lo que no es sino una parte suya, creyendo, además haber reducido a esquemas jurídicos la idea de la empresa. Pero en realidad no están operando con la empresa, sino con algunos de sus elementos: patrimonio, actividad, empresario u organización. Por tanto la empresa como unidad escapa al análisis de los juristas, quienes al definirla se limitan, pues, a tomar la parte por el todo. (p. 175)

Torres y Torres Lara (1986), sobre este punto nos recuerda la vieja historia de los cuatro ciegos que querían definir lo que era un elefante:

Cada ciego tocó una parte del elefante con el resultado siguiente: quien tocó el cuerpo lo definió como una especie de gran tonel, el que tocó las orejas porfió al primero diciéndole que estaba seguro que era una especie de abanico. El tercero intervino para afirmar que se trataba de una especie de toro, pues había tocado sus colmillos. El último desmintió a todos, pues él había tocado ambos extremos para no confundirse y podía asegurar, sin ninguna duda, que el elefante no era más que una ordinaria serpiente: había recorrido primero la trompa y finalmente la cola. (p. 127)

Las deficiencias aludidas han distendido a la doctrina en su intento de distinguir entre el “concepto” y la “naturaleza jurídica”, vale decir, la descripción del fenómeno, tal cual se manifiesta en la realidad (“concepto”),

con su clasificación en alguna de las categorías jurídicas desarrolladas por la ciencia jurídica (“naturaleza jurídica”). No tener claros estos planos desde ya complica el esclarecimiento de cualquier posición que se tenga sobre lo que es la empresa en la realidad.

Debe quedar claro, metodológicamente, que el concepto presupone una operación previa: describir la realidad, tal cual, para luego abordar la tarea de descubrir su naturaleza jurídica. Nada impide desde luego que hallada dicha naturaleza jurídica se intente un supra concepto, buscando definir a la empresa en base a las categorías que reinan en este mundo de abstracciones, con el fin de continuar esclareciendo, clasificando y comprendiendo este objeto de estudio y sus efectos jurídicos. Por ejemplo, si describo un acuerdo de voluntades de dos o más personas que crea derechos y obligaciones de contenido patrimonial entre ellas, podré determinar que esa realidad tiene como naturaleza jurídica un contrato. Asimismo, si describo a dos o más partes efectuando voluntariamente aportes para organizar en forma estable una actividad económica aludiré a este hecho como una sociedad y acudiendo a una categoría aún más general diré que se trata de un sujeto de derecho.

Si el concepto no tiene correspondencia con la realidad, pues simplemente el análisis jurídico se extraviará en el mundo de las abstracciones y terminaremos atribuyéndole una naturaleza jurídica que no le corresponde, lo cual podría devenir incluso en la creación de un supra concepto sin base, nacido del mundo de las fantasías.

Esta situación complica el desarrollo de una teoría general sobre la empresa, pues las diferentes percepciones de la realidad nos conducen a debates arduos e interminables sobre lo que es la empresa.

A propósito de lo mencionado, Waldirio Bulgarelli (1984) advierte que la doctrina ha ido avanzando y se habría vuelto pacífica en cuanto al concepto

económico de la empresa (como “organización de los factores de producción”) y que más bien la controversia surge cuando se trata de explicar dicho concepto mediante categorías jurídicas o elementos de orden jurídico. De ahí que sostenga, que en el plano jurídico la empresa es un **fenómeno poliédrico**, que presenta varios perfiles con relación a los diversos elementos que la integran, pudiendo ser la definición jurídica tan diversa como sus perfiles, en otras palabras, aun cuando exista consenso sobre el concepto de empresa (organización de capital y trabajo) siempre habrá una gran controversia en torno a su naturaleza jurídica. (pp. 16-78).

A pesar de lo afirmado por Waldirio Bulgarelli, no puede escapar a nuestro criterio que estas divergencias en el plano jurídico se originan por la diversa percepción de cuál es el elemento más importante de la realidad económica que caracteriza a la empresa y, que, por tanto, pretende ser descrito sino con exclusividad al menos como el más relevante en la definición de su concepto.

En ese orden de ideas, en el estado de la cuestión se advierte que aun partiendo de aceptar un consenso en “el concepto económico de la empresa”, al analizarlo el investigador para determinar su naturaleza jurídica no va a evitar señalar la importancia de uno u otro elemento de esta, distinguiendo al o los elementos esenciales de los que no lo son, lo cual ya es una opción voluntaria o discrecional del jurista que examina a la empresa. Ello obviamente determina una perspectiva en su análisis jurídico y su conclusión podrá diferir de otras, generándose así en la doctrina una situación nada pacífica en este plano.

Por ejemplo, si se describe a la empresa como fundamentalmente un “patrimonio”, su naturaleza jurídica será la de un bien, si se la concibe como una “actividad”, entonces será la de un acto jurídico (o la de una prestación derivada del mismo) y mientras que, si se la concibe como una “organización de personas”, entonces será la de un sujeto de derecho.

Esta forma de enfocar las cosas, de escudriñar la naturaleza jurídica sin arraigo con la realidad, sin tener en cuenta cómo es que se opera con la empresa no va a generar una solución satisfactoria para todos. En esta labor, la tentación que hay que evitar es el camino seguido por parte de la doctrina, al “poner la carreta delante de los caballos”, intentando construir un concepto a la medida de la naturaleza jurídica que a *priori* queremos sostener¹; vale decir, invirtiendo el proceso e impedir que sea la realidad la que brinde todo el material con el que vamos a trabajar. Si caemos en esta tentación, el problema se multiplica y corremos el riesgo de no avanzar en la solución de nuestra problemática: una legislación eficiente y funcional para la transferencia de la empresa. Si esta tesis no toma una posición cercana a la realidad corremos el riesgo de seguir en la situación actual o peor aún, de abrir las compuertas de la abstracción más absoluta sin correlato con la realidad.² Es decir, habremos cruzado el umbral hacia la fantasía, mientras que la transferencia de las empresas se desarrolla en el mundo subterráneo de la informalidad.

Queda claro que hay una diversidad de posiciones doctrinarias sobre el fenómeno empresarial y su transferencia, al punto que podrían hallarse opiniones autorizadas para sostener que la empresa es una mera actividad, una unidad de producción o que esta se transfiere a través de una serie de contratos coligados o a través de un solo tipo de contrato, que se puede acudir a la compraventa para este fin o que tiene que ser un contrato especial -ya que se tienen que transferir también obligaciones y pactarse cláusulas de no competencia-, que tanto la empresa como sus transferencias deben ser inscritas en un registro de bienes para unos, en un registro personal para otros, o quizá ir a un registro de contratos.

¹ Una parte de la doctrina considera que el “concepto jurídico” puede diferir sin problema del “concepto económico”, vale decir, que podemos apartar la definición de su realidad económica y sumergirnos en el mundo de las abstracciones, para desde allí dictarle a la realidad un concepto de empresa.

² Alfredo Bullard (2003) nos advierte de este peligro cuando sostiene que: “uno de los retos que enfrenta el Derecho es descubrir si los problemas que pretende resolver existen en realidad. Esto es consecuencia de que el Derecho está formado de una serie de instituciones abstractas que muchas veces se alejan de la propia realidad que tratan de regular. Entonces aparecen problemas conceptuales a los que buscan soluciones conceptuales, sin tener en cuenta que el Derecho debe buscar respuestas prácticas”. (p. 341)

Como puede apreciarse, la falta de consenso sobre cuál debe ser la definición y naturaleza jurídica de la empresa, impide la regulación idónea y funcional sobre el tráfico jurídico de la empresa. De modo que hay que empezar por resolver el primer problema para luego afrontar los siguientes.

En conclusión, metodológicamente hay que abordar el primer problema principal: concepto y naturaleza jurídica; para luego abordar el segundo problema principal: la transferencia de la empresa y su utilidad, y finalmente afrontar el problema específico que es el tratamiento particular en el ordenamiento jurídico nacional.

1.3. Estado actual de la legislación

1.3.1. Situación en la legislación comparada

A continuación vamos a mostrar cuál es el estado de la cuestión en el Derecho Comparado. En ese sentido, hemos seleccionado los ordenamientos jurídicos más representativos, modernos y afines a nuestro sistema positivo.

En efecto, es notable la recurrencia a la legislación de España, Francia e Italia como fuente de consulta cada vez que se quiere innovar normativamente en el Perú; con lo cual también es una realidad la influencia de los Códigos de Comercio de Colombia, Guatemala y Honduras en el proyecto de Ley Marco del Empresariado del Perú el cual propuso, como veremos más adelante, en su momento, una nueva regulación para determinados aspectos de la empresa mercantil en nuestro ordenamiento jurídico.

Para una mejor apreciación se alinea la legislación comparada en torno a las diferentes soluciones dadas a las siguientes interrogantes: ¿Cuál es el título para la transferencia? ¿Cuál es el objeto de traspaso o transferencia?

¿Cómo se transfiere la empresa? ¿La transferencia se registra? ¿Existe publicidad? ¿Se protege a los acreedores y terceros?

De esa manera, obtendremos una visión general de la tendencia en la regulación de la transferencia de la empresa en el Derecho Comparado, lo cual nos brindará mayores elementos y criterios para presentar la propuesta legislativa de esta tesis.

No es de extrañar que cuando analicemos la legislación comparada, vamos a encontrar que el objeto de la transferencia de la empresa puede referirse a la empresa (como unidad de producción) o al fondo empresarial (aspecto patrimonial también denominado fondo de comercio, hacienda mercantil o establecimiento) si es que se concibe a la empresa solo como una actividad económica.

En consecuencia, nuestro análisis va a recaer indistintamente sobre los títulos, modos y efectos de la transferencia que aporta la legislación extranjera, tanto para el caso de la empresa como del fondo empresarial, pues finalmente al margen de ciertos matices (fondo de comercio, hacienda mercantil o establecimiento) cuando el fondo empresarial está en marcha u operando es lo mismo que una empresa.

1.3.1.1. El caso de HONDURAS

En Honduras el objeto de la transferencia es la empresa mercantil, compuesta por un conjunto de bienes organizados (unidad de producción). El Código de Comercio de Honduras la define:

“Artículo 644°. - *Se entiende por empresa mercantil el conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios.”*

“Artículo 645°. - La empresa mercantil no pierde su carácter por la variación de sus elementos, ni por la falta de establecimiento o de asiento permanente.”

a) Título para la transferencia:

El Código de Comercio de Honduras brinda una denominación específica para la transferencia definitiva onerosa, denominándola compraventa de empresa³. Vale decir, se trata de un contrato nominado.

Queda además claro, que sea que se trate de una transferencia definitiva o temporal de la empresa, esta comprenderá necesariamente un mínimo de sus elementos del activo y otros intangibles que le dan valor, así como sus obligaciones. En efecto, la empresa está integrada por⁴:

I.-El establecimiento de la empresa mercantil, si lo tuviere.

II.-La clientela y la fama mercantil.

III.-EL nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y del Establecimiento.

IV.-Los contratos de arrendamiento.

V.-El mobiliario y maquinaria.

VI.-Los contratos de trabajo.

³ **“Artículo 763°.** -Serán compraventas mercantiles:

1-Las que se realicen con ocasión de la explotación normal de una empresa mercantil, ya se trate de objetos comprados para ser revendidos en el mismo estado o después de ser reelaborados, ya de productos o frutos obtenidos por la empresa;

2-Las de cosas para surtir la empresa que las revende; y

3-Las de títulos-valores, las de empresas mercantiles y sus elementos, y las de buques”. (Subrayado agregado)

⁴ Véanse los artículos 648° y 649° del Código de Comercio de Honduras.

VII.-Las mercancías, créditos y los demás bienes y valores similares.

VIII.- Las deudas contraídas por el anterior titular."

Por pacto expreso pueden incluirse también los secretos de fabricación y del negocio, las patentes de invención, concesiones y exclusivas.

Lo cierto, es que todo este "paquete" o "bloque patrimonial" que es comprendido en forma natural en el acto jurídico de transferencia, es además reputado para este Código como un bien mueble⁵.

Queda claro entonces que en el ordenamiento jurídico hondureño la transferencia se produce a través de un título único (compraventa de empresa), a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico en donde actualmente se produce a través de varios títulos que coligados nos llevan a un gran contrato atípico.

b) Alcances de la transferencia: del modo y sus efectos (singular o universal)

De lo expuesto en el punto anterior, queda claro que un solo título, la compraventa de empresa, es la fuente para transferir una variedad de elementos del activo y otros incorpóreos, así como las deudas (que correspondían al anterior titular).

En este contexto, no queda claro que haya un "modo" único para transferir la titularidad de la empresa, sino que parecen coexistir al menos dos: los requisitos de la fusión⁶ y los que ordena el derecho común para inmuebles.

⁵ "Artículo 646". - La empresa mercantil será reputada como un bien mueble. La transmisión y gravamen de sus elementos inmuebles se regirá por las normas del Derecho Común."

⁶ Consideramos innecesario hacer referencia a la "transformación" porque no genera una transmisión o entrega patrimonial, vale decir, no se haya relacionada con el modo de adquirir la propiedad.

Nos explicamos, si bien se señala que la transferencia deberá seguir las formalidades de la fusión⁷ (si quien transfiere es una persona jurídica y en lo pertinente, si fuera una persona natural), se exige además que la transferencia deba cumplir con las normas del derecho común si la empresa estuviera comprendida por inmuebles.⁸

Ello permite concluir que existen dos “modos” para transferir la titularidad del bloque patrimonial: la escritura pública para bienes muebles (corporales e incorporales)⁹ y la inscripción en el registro para bienes inmuebles.

De otro lado, esta regulación permite advertir que se han previsto los mecanismos necesarios para la transferencia de la empresa sea con efecto universal o singular; la primera opción (con efecto universal) será posible cuando el enajenante es una persona jurídica y la segunda opción (con efecto singular) será posible tanto si el enajenante es una persona natural o una persona jurídica.

En efecto, las reglas de la fusión permiten que la persona jurídica transfiera su patrimonio con efecto universal, constituyendo este una “unidad económica”, que será transmitida recibéndose en este caso, una contraprestación en dinero y no en acciones. Esta

Código de Comercio de Honduras

“Artículo 649°. -*La transmisión de una empresa implica la de las deudas contraídas por el anterior titular en la explotación de la misma.*

La transmisión de una empresa se hará de acuerdo con las formalidades establecidas para la fusión y transformación de sociedades, si su titular es una sociedad; y con arreglo a las mismas, en lo que resulte procedente, si se tratare de un comerciante individual.” (Subrayado agregado)

⁷ De acuerdo con el art. 95° y 101° del Código de Comercio de Honduras, los aportes se producen con la escritura pública, al no existir norma expresa en las normas relativas a la fusión, entendemos que estas aplican a la entrega de bloques patrimoniales con ocasión de la fusión. Esta sería la norma aplicable a los bienes muebles.

⁸ Es menester observar que, en el caso de los inmuebles, el Código Civil hondureño exige que además se logre la inscripción en el registro de propiedad (art. 713°).

“Artículo 713. *La tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos, (...) y para que surta efecto contra terceros deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad.”*

⁹ Téngase presente que el bloque patrimonial debe incluir también la información sobre las deudas que la integran y si bien, puede reputarse entregado con la escritura pública, no debe olvidarse que la eficacia de todo el proceso de fusión finalmente está supeditada a su inscripción en el Registro Público de Comercio, de conformidad con el art. 350° del Código de Comercio de Honduras.

contraprestación dineraria quedará además en poder de la persona jurídica enajenante (no se ha desarrollado de modo expreso la posibilidad que los socios o accionistas reciban la contraprestación y disuelvan la sociedad).

En aplicación del principio “*a maiori ad minus*” (el que puede lo más puede lo menos), nada impide que el enajenante (persona jurídica), sin perjuicio de transferir una unidad económica, pueda reservarse algún o algunos elementos de su patrimonio (activos o pasivos) sin que se produzca entonces una transferencia con efecto universal.

En el caso de la persona natural, queda claro que sin perjuicio de transferir una unidad económica (como lo exige el artículo 649° del Código de Comercio de Honduras) la transferencia será con efecto singular, pues no se ha contemplado la existencia de al menos dos patrimonios autónomos o separados (personal y empresarial) de la persona natural.

En conclusión, como puede advertirse, lo que ha establecido el Código de Comercio de Honduras es la existencia de al menos dos “modos” de transferencia de titularidad para los bienes que integran la empresa: el registro para los inmuebles y la escritura pública para los muebles (corporales e incorporeales). Asimismo, se ha previsto la transferencia de la empresa compuesta por sus activos y pasivos, con carácter universal si el transferente es una persona jurídica, y con carácter singular, cuando el transferente sea una persona natural o una persona jurídica.

c) Objeto de registro

En materia de registro, se debe tomar en cuenta por un lado el acto corporativo de la transferencia de la empresa y por el otro, la

inscripción del inmueble de la empresa a transferirse (que se rigen por las normas del derecho común). Veamos:

- (i) Los términos de la compraventa de empresa –que sigue las formalidades de la fusión-, se inscribirá en el Registro Público de Comercio tanto para comerciantes individuales como para sociales, si fuere el caso, así como en el libro de establecimientos;¹⁰ y,
- (ii) La transferencia de bienes inmuebles de la empresa mercantil requerirá de la tradición. Esta constará en el contrato de compraventa o en un acta de entrega y se formalizará mediante instrumento público otorgado entre el tradente y el adquirente y surtirá efectos frente a terceros una vez inscrito en el Registro de la Propiedad.¹¹

d) Publicidad

La publicidad es un aspecto fundamental para tutelar los intereses de los terceros, sea que el mecanismo fuere el derecho de oposición o el de la responsabilidad solidaria, esta información permitirá su activación y ejecución oportuna.

El Código de Comercio de Honduras señala expresamente que la transferencia de la empresa deberá ser publicada una vez inscrita en el Registro Público de Comercio.¹² Es decir, se usan dos mecanismos de publicidad para activar la protección de terceros: el

¹⁰ Véase el artículo 347°, 387°, c) del numeral I, c) del numeral II y el numeral IV del art. 394° del Código de Comercio de Honduras.

¹¹ Código Civil de Honduras.

“Artículo 713°. - *La tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos, se efectuará por medio de un instrumento público en que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato, y para que surta efecto contra terceros deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad.*”

¹² Véase el artículo 347° del Código de Comercio de Honduras.

Se entiende que antes de la publicación se ha logrado una anotación preventiva, que luego de la publicación y al corroborarse que se pagó o se dieron garantías suficientes a los acreedores, podrá extenderse de inmediato la escritura pública correspondiente para solicitar la inscripción definitiva.

Registro Público de Comercio y las publicaciones por medios de prensa masivos.

e) Protección de terceros

En el Código de Comercio de Honduras se aprecia la existencia de dos mecanismos de tutela a los acreedores o terceros: el derecho de oposición y el de conclusión anticipada de los contratos transmitidos al enajenante.

En efecto, si se toma en cuenta la remisión que hace el Código de Comercio de Honduras al señalar que las formalidades de la transferencia de la empresa se regirán bajo las reglas aplicables a la fusión, entonces se apreciará que es el derecho de oposición el mecanismo mediante el cual los interesados (acreedores y terceros) pueden protegerse ante los efectos del acuerdo que aprueba la trasmisión de la empresa. Vale decir, el interesado puede oponerse judicialmente, dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la trasmisión de la empresa, si su interés no se hallare garantizado, suspendiendo los efectos de la misma conforme al criterio del juez que conozca la demanda.¹³

Por otro lado, en el caso de los contratos transmitidos, en que el adquirente se ha “subrogado” en los mismos, se ha contemplado como mecanismo de protección del acreedor, la conclusión anticipada del contrato por parte de este tercero contratante (si es que existiese causa justificada) dentro del plazo de tres meses de la publicación, implicando ello que el enajenante asuma la corresponsabilidad.¹⁴

¹³ Véase el artículo 349° del Código de Comercio de Honduras.

¹⁴ Véase el artículo 650° del Código de Comercio de Honduras.

El plazo de tres meses para activar ambos mecanismos se cuenta desde la publicación efectuada de la transferencia en el Registro Público de Comercio. En buena cuenta, el acreedor podrá activar la oposición y si logra que se garantice su crédito se considerará como su deudor al adquirente de la empresa o, también podrá activar la conclusión anticipada del contrato y mantener su relación jurídica con el enajenante.

En consecuencia, existen dos mecanismos de protección a los acreedores y terceros: por un lado, contempla el mecanismo del derecho de oposición respecto del acreedor con el fin de que se garantice su crédito (por aplicación de las normas de fusión); y, por otro lado, establece la posibilidad que en los contratos cedidos o en que se haya subrogado el enajenante, puedan los terceros contratantes darlos por concluidos invocando causa justificada, restableciendo así la responsabilidad del enajenante.

f) Síntesis

En Honduras, el objeto de la transferencia es la empresa mercantil. Esta legislación contempla el contrato de compraventa de empresa y coexisten al menos dos modos: (i) los requisitos de la fusión (si quien transfiere es una persona jurídica con carácter universal) o su normativa pertinente (si fuera una persona natural con carácter singular); (ii) el cumplimiento de las normas del derecho común si la empresa estuviera comprendida por inmuebles. En materia registral, se deberá tener en cuenta dos aspectos: (i) los términos de la compraventa de empresa se inscribirán en el Registro Público de Comercio tanto para comerciantes individuales como para sociedades; y, (ii) la transferencia de bienes inmuebles de la empresa mercantil se inscribirá en el Registro de la Propiedad. La legislación hondureña usa dos mecanismos de publicidad para

activar la protección de terceros: (i) el Registro Público de Comercio; y, (ii) las publicaciones por medios de prensa masiva. Finalmente, se aprecia la existencia de dos mecanismos de tutela a los acreedores o terceros: (i) el derecho de oposición; y, (ii) el de conclusión anticipada de los contratos transmitidos al enajenante.

1.3.1.2. El caso de GUATEMALA

En Guatemala, al igual que en la legislación hondureña, el objeto de la transferencia es la empresa mercantil, compuesta por un conjunto de bienes organizados (unidad de producción). El Código de Comercio de Guatemala lo define:

“Artículo 655°. - Empresa mercantil. Se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios. La empresa mercantil será reputada como un bien mueble.”

a) Título para la transferencia:

El Código de Comercio de Guatemala, a semejanza del Código de Comercio de Honduras, señala que todo contrato sobre la empresa mercantil comprenderá necesariamente un mínimo de sus elementos del activo y otros intangibles que le dan valor, así como sus obligaciones. En efecto, la empresa está integrada por¹⁵:

“1°. El o los establecimientos de la misma.

2°. La clientela y la fama mercantil.

¹⁵ Véase el artículo 657° del Código de Comercio de Guatemala.

3°. El nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y del establecimiento.

4°. Los contratos de arrendamiento.

5°. El mobiliario y la maquinaria.

6°. Los contratos de trabajo.

7°. Las mercaderías, los créditos y los demás bienes y valores similares.

Solo por pacto expreso se comprenderán en los contratos a que este artículo se refiere, las patentes de invención, los secretos de fabricación y del negocio, las exclusivas y las concesiones”.

Lo cierto, es que todo este “paquete” o “bloque patrimonial” que es comprendido en forma natural en el acto jurídico de transferencia, es además reputado para este Código como un bien mueble.¹⁶

El Código de Comercio de Guatemala a diferencia del de Honduras no brinda una denominación específica para la transferencia definitiva onerosa de la empresa. No obstante, de la lectura al artículo 1790° del Código Civil de Guatemala¹⁷, queda claro que las “cosas” son objeto de compraventa.

En ese orden de ideas, al determinar el Código de Comercio de Guatemala que la empresa mercantil es reputada como una “cosa mercantil”¹⁸ se puede inferir que es mediante el contrato de

¹⁶ **“Artículo 655°. - Empresa mercantil:**

Se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios. La empresa mercantil será reputada como un bien mueble”.

¹⁷ **“Artículo 1790°.** - *Por el contrato de compraventa el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla, y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero”.*

¹⁸ **“Artículo 4°. - Cosas mercantiles.**

Son cosas mercantiles:

compraventa que se puede transferir la empresa, constituyendo este la causa de un título único.

b) Alcances de la transferencia: del modo y sus efectos (singular o universal)

Queda claro entonces que un solo título, la compraventa de empresa, es la fuente para transferir una variedad de elementos del activo y otros incorpóreos, así como las deudas (que correspondían al anterior titular).

En el Código de Comercio de Guatemala, seguidor de la propuesta legislativa del Código de Comercio de Honduras, no queda claro tampoco que exista un “modo” único para transferir la titularidad de la empresa, sino que parecen coexistir al menos dos: los requisitos de la fusión y los que ordena el derecho común para inmuebles.¹⁹

Nos explicamos, si bien se señala que la transferencia deberá seguir los requisitos de la fusión²⁰ (si quien transfiere es una persona jurídica) o su normativa pertinente (si fuera una persona natural) se exige además que la transferencia deba cumplir con las normas del derecho común si la empresa estuviera comprendida por inmuebles.²¹

Ello permite concluir que existen dos “modos” para transferir la titularidad del bloque patrimonial: la escritura pública para bienes

^{1°} *Los títulos de crédito.*

^{2°} *La empresa mercantil y sus elementos.*

^{3°} *Las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y anuncios comerciales.*”
(Subrayado agregado)

¹⁹ Art. 656° del Código de Comercio de Guatemala.

²⁰ De acuerdo con el art. 27°, 91°, 92°, 94° del Código de Comercio de Guatemala, se entiende que los aportes se producen con la escritura pública y al no existir norma expresa en las relativas a la fusión -y de acuerdo con el art. 257° del mismo cuerpo normativo- las normas aplicables de aportaciones se aplican a la fusión. Lo cual significa que esta es la norma aplicable a los bienes muebles.

²¹ Es menester observar que, en el caso de los inmuebles, el Código Civil guatemalteco exige que además se logre la inscripción en el registro de propiedad (artículos 1124° y 1125°).

muebles (corporales e incorporeales)²² y la inscripción en el registro para bienes inmuebles.

La regulación guatemalteca prevé los mecanismos necesarios para la transferencia de la empresa sea con efecto universal o singular; la primera opción (con efecto universal) será posible cuando el enajenante es una persona jurídica y la segunda opción (con efecto singular) será posible tanto si el enajenante es una persona natural o una persona jurídica.

En efecto, las reglas de la fusión permiten que la persona jurídica transfiera su patrimonio organizado en una unidad de producción, recibiendo una contraprestación en dinero y no en acciones. Esta contraprestación dineraria quedará además en poder de la persona jurídica enajenante (y no será recibida por sus socios o accionistas).

En aplicación del principio "*a maiori ad minus*", nada impide que el enajenante, sin perjuicio de transferir una unidad económica, pueda reservarse algún o algunos elementos de su patrimonio (activos o pasivos) sin que se produzca entonces una transferencia con efecto universal.

En el caso de la persona natural, queda claro que sin perjuicio de transferir una unidad económica (como lo exige el artículo 656° del Código de Comercio de Guatemala) la transferencia inter vivos será con efecto singular, pues no se ha contemplado la existencia de al menos dos patrimonios autónomos o separados (personal y empresarial) de la persona natural, que posibiliten la transferencia universal de al menos alguno de estos.

²² Téngase presente que el bloque patrimonial debe incluir también la información sobre las deudas que la integran y si bien, puede reputarse entregado con la escritura pública, no debe olvidarse que la eficacia de todo el proceso de fusión finalmente está supeditada a su inscripción en el Registro Mercantil, de conformidad con el art. 259° del Código de Comercio de Guatemala.

En conclusión, y similar a la legislación hondureña, el Código de Comercio de Guatemala ha establecido la existencia de al menos dos “modos” de transferencia de titularidad para los bienes que integran la empresa: el registro para los inmuebles y la escritura pública para los muebles (corporales e incorporeales). Asimismo, se ha previsto la transferencia de la empresa compuesta por sus activos y pasivos, con efecto universal si el transferente es una persona jurídica, y con efecto singular, cuando el transferente sea una persona natural o una persona jurídica.

c) Objeto de registro

En materia de registro se debe tomar en cuenta por un lado el acto corporativo de la transferencia de la empresa y por el otro, la inscripción del inmueble de la empresa a transferirse. Veamos:

- (i) Los términos de la compraventa de empresa –que sigue las formalidades de la fusión-, se inscribirán en el Registro Mercantil²³; y,
- (ii) La transferencia de bienes inmuebles de la empresa mercantil puede verificarse mediante la entrega real, simbólica o legal²⁴; sin embargo, el ordenamiento jurídico prevé una tutela preferente respecto del título que se inscriba primero en caso de sucesivas transferencias.²⁵

²³ Véase el artículo 259° del Código de Comercio de Guatemala.

²⁴ Código Civil de Guatemala.

“Artículo 1810°. - La entrega de la cosa vendida puede ser real, simbólica o legal. La primera consiste en la entrega material de la cosa vendida o del título si se trata de un derecho. La entrega simbólica se realiza empleando alguna forma o figura con la cual el comprador se da por recibido de la cosa vendida. La entrega legal tiene lugar cuando la ley considera recibida la cosa por el comprador aun sin estar materialmente entregada.”

²⁵ Código Civil de Guatemala.

“Artículo 1808°. - Si la cosa vendida fuere inmueble o derecho real sobre inmuebles, prevalecerá la venta que primero se haya inscrito en el Registro, y si ninguna lo ha sido, será válida la venta anterior en fecha.”

d) Publicidad

El Código de Comercio de Guatemala señala expresamente que la transferencia de la empresa por parte de una persona jurídica deberá ser publicada en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación por tres veces en el término de quince días, una vez inscrita en el Registro Mercantil.²⁶

Por otro lado, la norma guatemalteca exige que si la transferencia de la empresa es realizada por una persona natural se deberá publicar en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación en el país, el último balance y el sistema establecido para la extinción del pasivo, con la finalidad de garantizar la protección de los acreedores.²⁷

Como puede apreciarse se trata del uso conjunto de dos mecanismos de publicidad: el Registro Mercantil y los medios de comunicación masiva.

e) Protección de terceros

En el Código de Comercio de Guatemala a diferencia del Código de Comercio de Honduras, se aprecia la existencia de tres mecanismos de tutela a los acreedores o terceros:

- **El derecho de oposición:** inexistencia de riesgo (pago o garantía del crédito).
- **Ineficacia de la subrogación por un año:** la provisionalidad del transferente como acreedor.

²⁶ Código de Comercio de Guatemala.

“Artículo 259°. - Resolución e Inscripción.

La fusión deberá ser resuelta por el órgano correspondiente a cada una de las sociedades en la forma y términos que determina su escritura social.

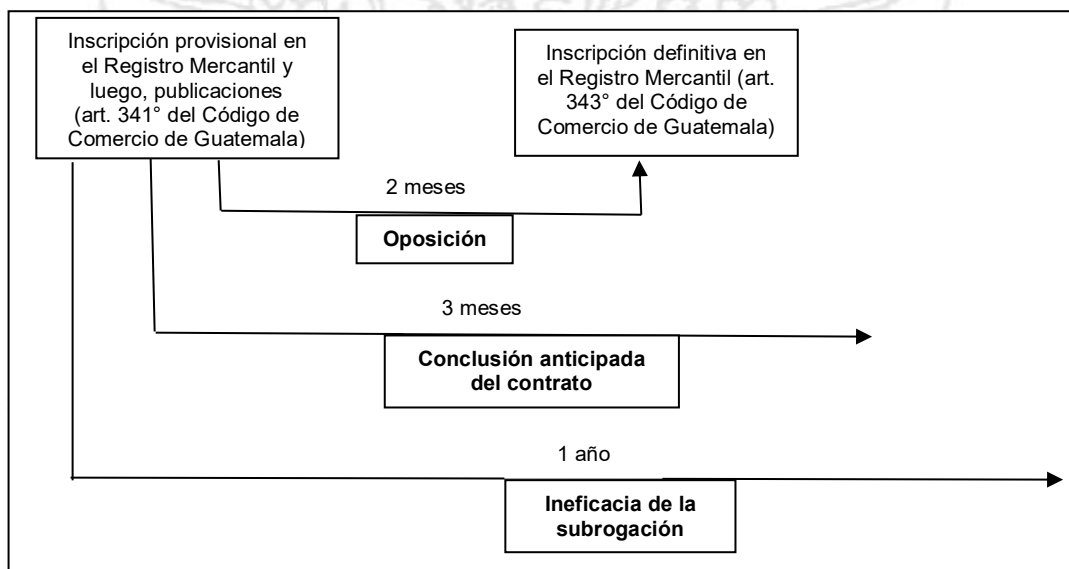
Los acuerdos de fusión deben inscribirse en el Registro Mercantil, siendo título suficiente para ello, actas notariales en las que se transcriba lo acordado por cada sociedad.

Hecho el registro, deberán publicarse conjuntamente los acuerdos de fusión y el último balance general de las sociedades en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación en el país por tres veces en el término de quince días.” (Subrayado agregado)

²⁷ Véase el segundo párrafo del artículo 660° del Código de Comercio de Guatemala.

- **La conclusión anticipada de los contratos transmitidos al enajenante:** el transferente como corresponsable definitivo en el cumplimiento de la obligación transferida.

Figura 1



Fuente: Código de Comercio de Guatemala

Elaboración: Propia

Respecto al derecho de oposición y considerando la remisión que hace el Código de Comercio de Guatemala al señalar que las formalidades de la transferencia de la empresa se regirán bajo las reglas aplicables a la fusión, en caso el transferente sea una persona jurídica, entonces se apreciará que es el derecho de oposición el mecanismo mediante el cual los interesados (acreedores y terceros) pueden protegerse ante los efectos del acuerdo que aprueba la trasmisión de la empresa. Vale decir, el interesado puede oponerse judicialmente, dentro de los dos meses siguientes a la publicación de la compraventa de la empresa, suspendiendo los efectos de la misma, salvo que se presente una

garantía adecuada y el tribunal autorice que continúe el proceso de la transmisión (otorgamiento de la escritura pública).²⁸

Respecto a la ineficacia de la subrogación por un año, el acreedor inconforme tiene un mecanismo alternativo o complementario al de la oposición, pues si manifiesta dicha inconformidad, subsistirá la responsabilidad del enajenante como si no se hubiese producido la sustitución del deudor durante el plazo de un año siguiente a la publicación del contrato de compraventa de la empresa.²⁹

Respecto a la conclusión anticipada de los contratos transmitidos al enajenante, este mecanismo permite que el acreedor haga corresponsable al transferente en el cumplimiento de la obligación transferida. En efecto, si en el transcurso de tres meses desde que se produjo la publicación, el acreedor observa que la conducta de su deudor (el adquirente de la empresa) no se muestra diligente con el cumplimiento de la obligación, pues habrá encontrado una causa objetiva para dar por concluida la relación con este, pudiéndole reclamar el cumplimiento de la reparación tanto a este como al enajenante.

²⁸ Código de Comercio de Guatemala.

“Artículo 260° . - Plazo para Autorizar la Escritura.

La fusión no podrá llevarse a cabo antes de transcurridos dos meses, contados desde la última publicación de los acuerdos que menciona el artículo anterior, y hasta entonces se podrá otorgar la correspondiente escritura pública, salvo que conste el consentimiento escrito de los respectivos acreedores, o el pago directo por medio de depósito de las sumas correspondientes, en un banco del sistema a favor de los acreedores que no han dado su consentimiento. Todo lo cual se hará constar en la escritura.

En este último caso citado, las deudas a plazo se darán por vencidas el propio día del depósito.

Dentro del término de dos meses los acreedores de las sociedades que han acordado fusionarse pueden oponerse a la fusión, oposición que se tramitará en juicio sumario ante un Juez de Primera Instancia de lo Civil. La oposición suspenderá la fusión, pero el tribunal puede autorizar que la fusión tenga lugar y se otorgue la escritura respectiva, previa presentación por parte de la sociedad de una garantía adecuada.” (Subrayado agregado)

²⁹ Véase el segundo párrafo del artículo 660° del Código de Comercio de Guatemala.

Ello es lo que permite deducir el artículo 658° del Código de Comercio guatemalteco cuando establece el derecho a concluir el contrato sin perjuicio de la responsabilidad del enajenante.³⁰

Los plazos de dos, tres meses y un año para activar los correspondientes mecanismos, se cuenta desde la publicación efectuada de la transferencia en el Registro Mercantil. En buena cuenta, el acreedor podrá activar la oposición y si logra que se garantice su crédito se considerará como su deudor al adquirente de la empresa o, también podrá activar la conclusión anticipada del contrato y reclamar la reparación respectiva tanto al transferente como al enajenante.

En consecuencia, existen tres mecanismos de protección a los acreedores y terceros: por un lado, contempla el mecanismo del derecho de oposición respecto del acreedor con el fin de que se garantice su crédito (por aplicación de las normas de fusión); la ineficacia de la subrogación por un año, mediante el cual subsistirá la responsabilidad del enajenante como si no se hubiese producido la sustitución del deudor durante el plazo de un año siguiente a la publicación del contrato de compraventa de la empresa; y, por otro lado, establece la posibilidad que en los contratos cedidos o que se haya subrogado el enajenante, puedan los acreedores darlos por concluidos en razón de causa justificada, restableciendo la responsabilidad del enajenante.

³⁰ **“Artículo 658°. - Subrogación.**

Salvo pacto en contrario, quien adquiere una empresa se subroga en los contratos celebrados para el ejercicio de las actividades propias de aquella que no tenga carácter personal.

El tercero contratante podrá, sin embargo, dar por concluido el contrato dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la transmisión, si hubiere justa causa para ello y sin perjuicio de la responsabilidad del enajenante.

Las mismas disposiciones se aplicarán en relación con el usufructuario y el arrendatario de una empresa.”
(Subrayado agregado)

f) Síntesis

En Guatemala, similar a la legislación hondureña, el objeto de la transferencia es la empresa mercantil. Esta legislación no contempla expresamente el contrato de compraventa para lograr la transferencia de la empresa, sin embargo, se puede inferir que ese sería el vehículo de transferencia ya que la empresa está consagrada como “cosa mercantil”, la misma que puede ser transferida mediante contrato de compraventa; asimismo, se aprecia la coexistencia de al menos dos modos: (i) los requisitos de la fusión (si quien transfiere es una persona jurídica con efecto universal) o su normativa pertinente (si fuera una persona natural con efecto singular); (ii) el cumplimiento de las normas del derecho común si la empresa estuviera comprendida por inmuebles. En materia registral, se deberá tener en cuenta dos aspectos: (i) los términos de la compraventa de empresa se inscribirán en el Registro Mercantil; y, (ii) la transferencia de bienes inmuebles de la empresa mercantil puede verificarse mediante el Registro de la propiedad. La legislación guatemalteca usa dos mecanismos de publicidad para activar la protección de terceros: (i) el Registro Mercantil; y, (ii) las publicaciones por medios de comunicación masiva. Finalmente, se aprecia la existencia de tres mecanismos de tutela a los acreedores o terceros: (i) el derecho de oposición; y, (ii) la continuidad de responsabilidad del enajenante (ineficacia de la subrogación) por un año; y, (iii) la solidaridad (ante conclusión anticipada de los contratos por causas objetivas después de la subrogación).

1.3.1.3. El caso de PANAMÁ

Como ya hemos dicho, los ordenamientos jurídicos que no consideran a la empresa como unidad de producción, la suelen tratar como actividad, estiman que el tráfico jurídico recae sobre el

establecimiento³¹; el cual tiene mayor valor si está impregnado de la organización del empresario, vale decir, cuando hay una actividad económica organizada.

En otras palabras, consideran que la empresa está solo en la actividad organizada y que el patrimonio empresarial (fondo de comercio, fondo empresarial o establecimiento) es el único objeto de tráfico jurídico. En ese sentido, el mayor valor del “establecimiento” vendría de la disposición de sus bienes hacia la explotación de un fin económico, las características particulares de su ubicación (esquina entre dos calles o zonificación municipal apropiada para actividad comercial) y los efectos que en ella materializa la explotación de la organización.

En realidad, como se a ver más adelante ha mencionado, esta perspectiva sobreestima el aspecto patrimonial, pues se olvida que sus piezas son intercambiables y lo que termina generando un valor significativo es la organización. Como veremos, uno es “el cuerpo” (patrimonio) y el otro es “el alma” (organización) de la empresa y son dos caras de la misma moneda, ambos configuran a la empresa. Sin embargo, bajo el marco de este Código se ha preferido tratar el “tráfico jurídico de la empresa” como simplemente la “transferencia del establecimiento”.

Como podrá apreciarse del texto normativo, la empresa es considerada una actividad al calificarla en su artículo 2° del Código de Comercio de Panamá³² como un tipo de acto de comercio. Como

³¹ Lo mismo aluden los conceptos de hacienda mercantil, fondo empresarial y en algunos casos, el fondo de comercio.

³² En el artículo 2° del Código de Comercio de Panamá se hace alusión a una serie de actos o contratos mercantiles insertos en actividades de especulación mercantil, siendo precisos en el numeral 25, donde termina calificando expresamente a la empresa como acto de comercio.

*“Artículo 2°. - Serán considerados **actos de comercio** todos los que se refieren al tráfico mercantil, reputándose desde luego como tales, los contratos y títulos siguientes:*

es sabido, los actos de comercio tienen una doble característica, pues configuran la actividad mercantil y derivan de la misma, es decir, al tratarse de actos de intermediación lucrativa, su habitualidad genera el establecimiento de una organización permanente de capital y trabajo con el fin de producir bienes y servicios, y del ejercicio de esa actividad, vuelven a surgir una serie de actos jurídicos y contratos al servicio de la misma o de la intermediación lucrativa. Vale decir, los actos de comercio habituales se convierten en causa de la empresa y derivan o son consecuencia de esta.

Queda claro que el establecimiento es un bien para el Código de Comercio panameño. Sin embargo, no hay disposición que defina si quiera de modo referencial cuáles son sus componentes, qué clase de elementos lo integran. Naturalmente, ello no permite dilucidar si el bloque patrimonial comprende también obligaciones; todo parecería indicar que en principio no, dado que no existen normas que faciliten o reduzcan los costos de transacción para su transferencia.

1. **La compraventa de géneros comerciales o mercancías** propiamente dichas, **para lucrarse en su reventa o por cualquier otro medio de especulación mercantil;**

2. **La compraventa de títulos de crédito y valores comerciales** así de carácter público, o emitidos por el Gobierno o los Municipios, como de carácter privado, o emitidos por particulares o por sociedades mercantiles, **para lucrarse en su reventa o por cualquier otro medio de especulación mercantil;**

3. **La compraventa de cosas incorporales, como los derechos de los autores, las marcas de fábrica, los privilegios industriales, el nombre, firma o razón comercial, etc., para lucrarse en su reventa o por otro medio de especulación mercantil;**

(...)

“5. **La compraventa de bienes inmuebles con ánimo de lucro;**

6. **El cambio y los demás contratos de que pueden ser objeto el dinero y los títulos que le representan en su calidad**

de mercancías, comprendidos generalmente bajo la denominación de operaciones de banca;”

(...)

“10. **El transporte por vías terrestres o fluviales** cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio, o cuando siendo cualquiera su objeto, **el portador se dedique habitualmente a verificar transportes;** PARÁGRAFO. **El transporte de mercadería o acarreo de carga prestado por los Agentes Corredores de Aduana en el desempeño de los servicios que presten, no se considerará como actos de comercio para los efectos de las prohibiciones de este Artículo;**

Este Parágrafo fue adicionado por el artículo 1 de la Ley N°63 de 1 de septiembre de 1978, publicada en la Gaceta Oficial N°18.670 de 25 de septiembre de 1978”.

(...)

“25. **Las empresas de abastecimiento** y las de librería, imprenta, de tipografía, **de manufacturas, de construcciones y de espectáculos públicos, en cuanto excedan de los límites puramente industriales;**(...)”
(Sombreado agregado)

a) Título para la transferencia:

En el presente caso, el título de transferencia es la denominada compraventa del establecimiento. El Código de Comercio de Panamá ha regulado en su artículo 777° y siguientes, la venta del establecimiento de comercio:

“Art. 777°. - La venta o transmisión por otro título cualquiera de un establecimiento mercantil, no perjudicará a terceros si no se hiciere pública por medio de un aviso que se insertará por tres veces en el periódico oficial y en uno de la localidad o del lugar más próximo si no lo hubiere”. (Subrayado agregado)

El codificador ha considerado como uno de los títulos para la transferencia de la titularidad de la empresa, al contrato de compraventa; lo cual significa que el establecimiento mercantil es el bien y el dinero es la contraprestación.

No hay una mayor descripción sobre lo que compone a este “bien complejo”, solo una referencia a que puede ser transmitido como un todo o mediante “dos o más lotes”, siempre que “éstos salgan de las condiciones normales de la realización”, tal y como lo refiere el artículo 778° del Código de Comercio panameño.³³ Nada se dice sobre qué debe entenderse por “condiciones normales de la realización”. No se explica si se trata de lotes compuestos por bienes ordenados a un fin económico o si se trata de lotes consistentes en una mera acumulación de bienes inconexos.

Hacemos hincapié en esto último, puesto que, si el establecimiento es lo mismo que un fondo empresarial, este requiere que los lotes

³³ **“Artículo 778°.** - Esta disposición es aplicable, lo mismo cuando el establecimiento o su mayor parte se enajene como un solo todo, que cuando la trasmisión se verifique en dos o más lotes, siempre que éstos salgan de las condiciones normales de la realización”.

sean también unidades de producción, fondos empresariales más pequeños u organizados por líneas de producción; de lo contrario, esta compraventa permitiría la transferencia de simples bloques patrimoniales, bienes inconexos y sin afectación a un fin común.

En relación al precio, queda claro que se trata de un pago en dinero y que este (el precio) debe ser abonado en un plazo determinado cuyo cómputo se inicia a los treinta días de la primera publicación del anuncio respectivo.

En conclusión, se ha tipificado a la compraventa como título de transferencia onerosa del “establecimiento” (“fondo empresarial”); se trata de un título único y no de contratos coligados.

b) Alcances de la transferencia: del modo y sus efectos (singular o universal)

El Código de Comercio panameño, contiene una norma especial sobre el modo, pues en buena cuenta establece que la oponibilidad³⁴ de la transferencia del “establecimiento” surtirá efecto una vez que se hubiere hecho la publicación pertinente.

“Art. 777°. - La venta o transmisión por otro título cualquiera de un establecimiento mercantil, no perjudicará a terceros si no se hiciera pública por medio de un aviso que se insertará por tres veces en el periódico oficial y en uno de la localidad o del lugar más próximo si no lo hubiere”.³⁵ (Subrayado agregado)

³⁴ En realidad, los “modos de adquirir propiedad” solo tienen sentido si permiten al propietario excluir y con ello, afectar a terceros; pues, ello hace oponible la titularidad. Este artículo 763° del Código de Comercio panameño supedita este efecto erga omnes a la publicación. En ese sentido, explica Alfredo Bullard (1991):

“En términos latos, la propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros. Ello quiere decir que carece de la cualidad de ser un signo de cognoscibilidad y, por tanto, de la posibilidad de informar a los terceros sobre quién goza de la titularidad para excluirlos de la relación”. (p.147)

³⁵ Entendemos que el término “perjudicará a terceros” se ha usado en el sentido de “afectará a terceros”.

En el ordenamiento civil panameño, la regla general de entrega establece que se debe poner en poder del comprador los bienes objeto de la transferencia. Es más, se prescribe como norma especial que, si la transferencia se formaliza mediante escritura pública, la entrega de bienes muebles se entenderá efectuada con dicho documento público, y si se trata de inmuebles, con la inscripción en el registro respectivo.³⁶ Empero, entendemos que estas reglas de entrega no surten el efecto de transferir titularidad sino hasta que se haya cumplido con la regla especial del Código de Comercio que manda que esta tenga eficacia solo después de la publicación del anuncio pertinente.

En consecuencia, como podemos apreciar hasta el momento existe un título único: la compraventa y un modo único: la publicación como momento de transferencia de la titularidad del establecimiento.

Sobre si la transferencia tiene un efecto singular o universal no existe pronunciamiento ni remisión a las normas de fusión como acontece en el ordenamiento jurídico de Honduras y Guatemala. En ese sentido, al no existir norma especial, se entiende que la transferencia es con efecto singular, vale decir, se requiere haber pactado expresamente aquello que es objeto de transferencia.

c) Objeto de registro

En el Código de Comercio de Panamá no se ha recogido la inscripción del denominado “establecimiento” ni de su tráfico en el Registro Mercantil. En ese sentido, no encontramos supeditada a este la eficacia de la transferencia, ni la calificación sobre si se

³⁶ Código Civil de Panamá.
“**Artículo 1232**”. - *Se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador.*
Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el registro de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, siempre que se trate de bienes inmuebles, y el otorgamiento cuando se refiera a bienes muebles, si de la misma escritura no resultare o se dedujera claramente lo contrario”.

ejerció algún derecho de oposición, ni será medio de publicidad respecto de los actos y contratos celebrados en torno al establecimiento.

d) Publicidad

El Código de Comercio de Panamá señala expresamente en su artículo 777° que la transferencia del establecimiento deberá ser publicada en un aviso en el periódico Oficial y en uno de la localidad donde se halle el establecimiento, o en el lugar más próximo si no lo hubiere, por tres veces; lo que la norma no señala es en el término de días que deben mediar entre un aviso y otro, dejando al libre albedrío del transferente el poder hacerlo de forma consecutiva o con algunos intervalos de días.

Como hemos señalado en el punto precedente, cabe resaltar que la eficacia de la transferencia respecto de terceros está supeditada a que se cumpla con la publicidad del acto indicada en la ley. En ese sentido, la transferencia de titularidad del establecimiento producirá su efecto luego de la tercera publicación del aviso.

e) Protección de terceros

El artículo 780° del Código de Comercio de Panamá establece, con respecto al mecanismo de protección para los acreedores, lo siguiente:

“Art. 780°. - Los acreedores del propietario de un establecimiento, en el término de dichos treinta días³⁷, podrán ejercitar sus derechos sobre el precio de la enajenación, aun

³⁷ Código de Comercio de Panamá.

“Artículo 779. *El adquirente del establecimiento no hará buen pago del precio, sino cuando hubieren transcurrido treinta días desde la primera publicación del anuncio respectivo. En este plazo no se contarán ni el día de la primera publicación ni el del pago”.*

cuando su crédito no fuere exigible todavía. Podrán también dentro del mismo plazo, oponerse a la enajenación, si alegaren y con un avalúo sumario demostraren que el precio convenido es inferior en diez por ciento al que racionalmente, dadas las condiciones del mercado y las especiales de las mercaderías, podía haberse logrado; y si además se comprometieren a tomar para sí el negocio en los mismos términos arreglados. El avalúo de que habla este artículo se hará por peritos. Con ese fin el interesado ocurrirá ante el Juez competente, a manifestar su pretensión y el nombre de su perito.” (Subrayado agregado)

De la norma referida, se observa que existen dos mecanismos de protección a los acreedores: uno, el pago inmediato del crédito con el “precio de la transferencia” y dos, la oposición a la enajenación.

El pago inmediato del crédito con el “precio de la transferencia” implica reconocerle al acreedor la posibilidad de cobrarse inmediatamente su crédito contra dicho pago dinerario, lo cual opera incluso contra créditos aún no exigibles. Este derecho se ejerce en el término de los treinta días posteriores a la primera publicación del aviso; sin embargo, no se detalla con precisión el procedimiento expeditivo que debe seguirse para poder cobrar en la vía extrajudicial o en la vía judicial, si fuere necesario. En ese mismo plazo, los acreedores también podrían optar por oponerse a la enajenación, quedando suspendida la eficacia de la transferencia.

El ejercicio de esta oposición exige asumir algunos sobrecostos probablemente desproporcionados para el acreedor; puesto que tendrá que acreditar con un “avalúo sumario” (lo cual implica que, dentro de un proceso judicial, un perito determine el valor del “establecimiento” y corrobore que el precio ofrecido es inferior en por

lo menos diez por ciento al valor de mercado); lo cual haría poco factible el ejercicio de este mecanismo de protección.

Observamos que el ejercicio de estos mecanismos de tutela a los acreedores resulta excesivamente costoso en su implementación.

f) Síntesis

En Panamá, el objeto de la transferencia es el establecimiento mercantil. Esta legislación ha tipificado a la compraventa como título de transferencia onerosa del “establecimiento” (“fondo empresarial”) y contempla un modo único: la publicación como momento de transferencia de la titularidad del establecimiento con efecto singular. En materia registral no se ha recogido la inscripción del denominado “establecimiento” y su tráfico en el Registro Mercantil. La legislación panameña usa como mecanismo de publicidad a los avisos por medios de comunicación masiva. Finalmente se aprecia la existencia de dos mecanismos de protección de los acreedores: (i) el pago inmediato del crédito con el “precio de la transferencia”; y, (ii) el derecho de oposición a la enajenación.

1.3.1.4. El caso de COLOMBIA

El artículo 25³⁸ del Código de Comercio de Colombia define a la empresa como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará mediante uno o más establecimientos de comercio. En buena cuenta, como hemos adelantado, si en el ordenamiento jurídico la empresa es definida como actividad entonces el tráfico jurídico recae

³⁸ **“Art. 25°. - Definición de empresa.** Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.”

sobre el fondo empresarial (en este caso denominado como el establecimiento).

a) Título para la transferencia:

Observamos de la legislación colombiana que establece un concepto amplio de propiedad. Este puede recaer no solo sobre un derecho real, con los atributos de uso, disfrute y disposición, sino también sobre un derecho de usufructo (uso y disfrute). Uno puede ser “propietario” de un derecho de usufructo o de un derecho de crédito, es decir, “la propiedad” puede recaer sobre bienes corporales e incorporales.³⁹

En ese orden de ideas, si el aspecto patrimonial de una empresa está comprendido por un local comercial, así como por otros bienes corporales e incorporales⁴⁰, entonces podrá ser objeto de enajenación de manera onerosa mediante los títulos (o actos jurídicos) susceptibles de causar dicha transferencia.

Desde luego, ello no reviste problemas si solo se trata de activos (conformados por bienes corporales o incorporales), pues podría hacerse una relación o inventario de bienes que desean transferirse en bloque (aun cuando no sea tan detallado), como una universalidad originada en la propia voluntad del transferente. Empero, la interrogante se planteará sobre las “obligaciones” y si el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de su transferencia en

³⁹ Código Civil Colombiano

“Artículo 669°. - El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.”

“Artículo 670°. - Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.”

⁴⁰ Código Civil Colombiano

“Artículo 653°. - Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.”

“Artículo 654°. - Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles.”

“Artículo 664°. - Las cosas incorporales son derechos reales o personales.”

bloque con los bienes, lo cual es admitido por los artículos 527° y 528° del Código de Comercio colombiano.⁴¹

Si este bloque comprende, además, una obligación del transferente o enajenante de no competir durante un tiempo con el adquirente y, de otro lado, si a este bloque deben agregarse aquellos elementos y atributos organizacionales propios de su operación como unidad de producción, habremos logrado transferir también, lo que en nuestro concepto es la empresa (fondo empresarial en funcionamiento).

Sobre el particular, el Código de Comercio responde:

“Art. 525°. - Presunción de enajenación de un establecimiento de comercio. La enajenación de un establecimiento de comercio a cualquier título se presume hecha en bloque o como una unidad económica sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran.”
(Subrayado agregado)

Como puede apreciarse, el ordenamiento jurídico mercantil precisa que cualquier enajenación o transferencia de un establecimiento, mediante cualquier título, será hecha considerando que se trata de una unidad económica, lo que significa que su patrimonio, consistente en activos y pasivos, así como sus elementos y atributos organizacionales serán transferidos en bloque.

El Código de Comercio colombiano precisa que el establecimiento puede transferirse a título oneroso:

⁴¹ **“Art. 527°. - Entrega de balance y relación de pasivos. El enajenante deberá entregar al adquirente un balance general acompañado de una relación discriminada del pasivo, certificados por un contador público.”**
“Art. 528°. - Responsabilidad solidaria del enajenante y adquirente. El enajenante y el adquirente del establecimiento responderán solidariamente de todas las obligaciones que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación en desarrollo de las actividades a que se encuentre destinado el establecimiento, y que consten en los libros obligatorios de contabilidad.
La responsabilidad del enajenante cesará transcurridos dos meses desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos: (...) (Subrayado agregado)

“Art. 20°. - Actos, operaciones y empresas mercantiles.

Concepto. Son mercantiles para todos los efectos legales:

(...)

4. La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos;

(...)”

Obviamente, también hay otros negocios que recaen sobre el establecimiento, tales como:

“Art. 533°. - Arrendamiento, usufructo y anticresis del establecimiento de comercio. Los establecimientos de comercio podrán ser objeto de contrato de arrendamiento, usufructo, anticresis y cualesquiera operaciones que transfieran, limiten o modifiquen su propiedad o el derecho a administrarlos con los requisitos y bajo las sanciones que se indican en el artículo 526.”⁴²

“Art. 532°. - Contrato de prenda. La prenda de un establecimiento de comercio podrá hacerse sin desapoderamiento del deudor.

A falta de estipulación se tendrán como afectos a la prenda todos los elementos determinados en el artículo 516 con excepción de los activos circulantes.

⁴² Código de Comercio de Colombia.

Cuando la prenda se haga extensiva a tales activos, los que se hayan enajenado o consumido se tendrán como subrogados por los que produzcan o adquieran en el curso de las actividades del establecimiento.”⁴³

Toda esta normativa del ordenamiento jurídico colombiano nos permite concluir lo siguiente:

(i) El ordenamiento jurídico ha optado por regular el tráfico jurídico respecto del “establecimiento” (lo que hemos definido como “fondo empresarial”), pues se ha optado por tratar a la empresa no como unidad de producción sino como una “actividad económica”.

El establecimiento está conformado por activos (bienes corporales e incorporeales) y los pasivos, e integrado por elementos y atributos organizacionales si es que forma parte de una operación en marcha (lo que normalmente en nuestra tesis sería la empresa); es decir, se trata de un bien complejo y su tráfico jurídico considera su carácter de unidad económica. No obstante, que cabe la posibilidad de transferirse como un todo sin detallar su contenido si resulta claro que los pasivos u obligaciones objeto de cesión se circunscriben a lo detallado en el balance; lo cual significa que aun cuando el bloque tenga un contenido amplio y genérico de su transferencia, no llega a tener un efecto universal.

(ii) Cualquier título que permita enajenar un bien, tal como la compraventa, la permuta, el aporte e incluso la donación (título gratuito), permite, a su vez, enajenar al establecimiento e incluir una cláusula de no competencia.

(iii) Dada la variedad de títulos bajo las cuales se puede transferir la “propiedad” de un bien y, por ende, del establecimiento comercial,

⁴³ Código de Comercio de Colombia.

se entiende que el legislador prefiere no enumerarlos específicamente, sino simplemente remitirse (o que estos sean escogidos) del derecho común (compraventa, permuta y donación) o del derecho mercantil (compraventa, permuta y el aporte).

(iv) Cuando se trata de referirse a títulos que no se refieren a propiedad sino a otros derechos, el Código de Comercio es más específico, pues alude al “contrato de arrendamiento”, “contrato de usufructo”, “contrato de anticresis” y “contrato de prenda”.

(v) En consecuencia, la transferencia definitiva y onerosa (contraprestación dineraria) del establecimiento de comercio, en bloque o como unidad de producción, se realiza mediante un título único. La compraventa para este fin se regulará por la normativa del Código Civil complementada por la del Código de Comercio colombiano.

b) Alcances de la transferencia: del modo y sus efectos (singular o universal)

Si bien el artículo 525° del Código de Comercio colombiano, señala que la enajenación de un establecimiento de comercio total o parcial se presume hecha en bloque, es menester resaltar que dicha transferencia no surte efecto entre las partes si es que no se haya formalizado en escritura pública o mediante documento privado otorgado ante un funcionario competente. Este sería entonces el “modo”: la solemnidad escrita y con fe pública.

“Art. 526°. - Requisitos para la enajenación. La enajenación se hará constar en escritura pública o en documento privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente para que produzca efectos entre las partes.”

Como podemos apreciar, se trata de un modo único que ha sido identificado con un documento escrito que adquiere fe pública y, a su vez, por mandato de la ley, se presume que la transferencia es en bloque, vale decir, se trata de activos y pasivos conformantes de la unidad económica. Si bien la redacción sugiere un efecto muy similar al universal, no llega a ser tal, puesto que los pasivos transferidos se circunscriben a lo expresamente detallado en los libros contables. Si existiere un pasivo o contingencia oculta, esta no será objeto del bloque patrimonial transferido, no obstante haber correspondido a la unidad de producción.

En conclusión, en armonía con el punto anterior, podemos señalar que existe un título único (compraventa), un modo único (por escrito y con fe pública) y con efecto singular (comprende derechos y obligaciones afectados a la unidad económica y registrados en los libros contables).

c) Objeto de registro

En el Registro Mercantil se inscriben los establecimientos comerciales (listos para operar o en marcha), así como sus modificaciones en el derecho de propiedad, sus afectaciones o sus cambios en la administración.

En ese orden de ideas, las enajenaciones, usufructos, arrendamientos y prendas del establecimiento comercial serán inscritos, así como los cambios en su administración⁴⁴ (por ejemplo, un administrador judicial).

⁴⁴ **“Art. 26°. - Objeto y publicidad del Registro Mercantil.** El registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad.”

“Art. 28°. - Personas y actos sujetos a registro. Deberán inscribirse en el registro mercantil:

1o) Las personas que ejerzan profesionalmente el comercio y sus auxiliares, tales como los comisionistas, corredores, agentes, representantes de firmas nacionales o extranjeras, quienes lo harán dentro del mes siguiente a la fecha en que inicien actividades;

(...)

6o) La apertura de establecimientos de comercio y de sucursales, y los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o su administración.

(...)

10) Los demás actos y documentos cuyo registro mercantil ordene la ley.” (Subrayado agregado)

“Art. 32°. - Contenido de la solicitud de Matrícula Mercantil. La petición de matrícula indicará:

(...)

2o) *Tratándose de un establecimiento de comercio, su denominación dirección y actividad principal a que se dedique; nombre y dirección del propietario y del factor, si lo hubiere, y si el local que ocupa es propio o ajeno. Se presumirá como propietario del establecimiento quien así aparezca en el registro.”*

Los datos que figuran en el registro de matrícula mercantil deben ser actualizados anualmente en el Registro Mercantil, dentro de los cuales figura el establecimiento de comercio.⁴⁵

Es de destacar la importancia que le da el Código de Comercio colombiano a que el registro contenga la información sobre la empresa (un establecimiento en operaciones en realidad es una unidad de producción), el que la misma sea actualizada periódicamente y que además obtenga información sobre su tráfico jurídico; sirviendo además como mecanismo para delimitar la protección de los acreedores, como veremos en el punto correspondiente.

d) Publicidad

El Código de Comercio de Colombia quiere asegurar la máxima publicidad respecto de la transferencia con el objeto de asegurar que los terceros o acreedores puedan tomar conocimiento de la misma. En efecto, se exige que la enajenación del establecimiento comercial deba ser publicada: (i) en un aviso por medio de radiogramas o cualquier prueba escrita; (ii) en aviso en un diario de amplia circulación de la Capital de la República; (iii) en aviso en un diario local (si lo hubiere); y, (iv) que se haya inscrito en el Registro Mercantil.⁴⁶

Como puede apreciarse se trata del uso conjunto de dos mecanismos de publicidad: el Registro Mercantil y los medios de comunicación masiva.

⁴⁵ **“Art. 33°. - Renovación de la Matrícula Mercantil. Término para solicitarla. La matrícula se renovará anualmente, dentro de los tres primeros meses de cada año. El inscrito informará a la correspondiente cámara de comercio la pérdida de su calidad de comerciante, lo mismo que cualquier cambio de domicilio y demás mutaciones referentes a su actividad comercial, a fin de que se tome nota de ello en el registro correspondiente. Lo mismo se hará respecto de sucursales, establecimientos de comercio y demás actos y documentos sujetos a registro.”** (Subrayado agregado)

⁴⁶ Cfr. artículo 528° del Código de Comercio de Colombia.

e) Protección de terceros

Ante el escenario que las obligaciones se transfieren definitivamente del enajenante al adquirente del establecimiento, se ha previsto un mecanismo de protección a los acreedores básicamente mediante la responsabilidad solidaria de las partes.

Esta “solidaridad” tiene dos supuestos:

- a) Regla general: existe solidaridad por las obligaciones contraídas hasta el momento de la transferencia y que sean exigibles hasta dos meses posteriores a la inscripción de la enajenación del establecimiento en el Registro Mercantil.⁴⁷
- b) Excepción: cuando el acreedor manifieste su “oposición” a que el adquirente sea su deudor.⁴⁸ Esa manifestación generará dos efectos:
 - b.1) Que la solidaridad se extienda más allá del plazo de dos meses antes señalado (computados desde la inscripción de la enajenación del establecimiento en el Registro Mercantil) respecto de las obligaciones contraídas hasta el momento anterior a la transferencia.

⁴⁷ **“Art. 528º. - Responsabilidad solidaria del enajenante y el adquirente.** El enajenante y el adquirente del establecimiento responderán solidariamente de todas las obligaciones que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación, en desarrollo de las actividades a que se encuentre destinado el establecimiento, y que consten en los libros obligatorios de contabilidad.

La responsabilidad del enajenante cesará transcurridos dos meses desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

1. Que se haya dado aviso de la enajenación a los acreedores por medio de radiogramas o cualquier otra prueba escrita;
2. Que se haya dado aviso de la transferencia en general a los acreedores, en un diario de la capital de la República y en uno local, si lo hubiere, ambos de amplia circulación, y
3. Que dentro del término indicado en el inciso primero no se hayan opuesto los acreedores a aceptar al adquirente como su deudor.

El acreedor del enajenante que no acepte al adquirente como su deudor, deberá inscribir la oposición en el registro mercantil dentro del término que se le concede en este artículo.”

⁴⁸ **“Art. 530º. - Oposición de los acreedores.** Los acreedores que se opongan tendrán derecho a exigir las garantías o seguridades del caso para el pago de sus créditos, y si éstas no se prestan oportunamente serán exigibles aún las obligaciones a plazo. Este derecho sólo podrá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la fecha del registro de la enajenación del establecimiento.”

b.2) Que las obligaciones a plazo sean garantizadas o se les brinde las “seguridades”, caso contrario serán exigibles inmediatamente.

Como puede apreciarse, se usa el término de “oposición” con un sentido distinto, pues no suspende o impide la enajenación del establecimiento (que se produce de todos modos), no se opone a la operación de transferencia; sino más bien se opone a que el transferente deje de ser el deudor y lo sea en adelante solo el adquirente del establecimiento. Asimismo, activa o gatilla un derecho del acreedor a que se le confiera garantías para sus obligaciones a plazo, bajo apercibimiento de tener como consecuencia la exigibilidad de dichas obligaciones no vencidas.

f) Síntesis

En Colombia el objeto de la transferencia es el establecimiento de comercio. Esta legislación contempla que la transferencia definitiva y onerosa del establecimiento de comercio, en bloque o como unidad de producción, se realiza mediante un título único: la compraventa; y contempla un modo único que ha sido identificado con documento privado otorgado ante funcionario competente o escritura pública; y, a su vez, tiene efecto singular (pasivo que figuren en registro contable). En materia registral, se inscriben los establecimientos comerciales, así como sus modificaciones en el derecho de propiedad, sus afectaciones o sus cambios en la administración en el Registro Mercantil. La legislación colombiana usa conjuntamente dos mecanismos de publicidad: (i) el Registro Mercantil; y, (ii) los medios de comunicación masiva. Finalmente se aprecia la existencia de la responsabilidad solidaria como mecanismo de protección a los acreedores:

- Regla general: solidaridad por las obligaciones contraídas hasta el momento de la transferencia y que sean exigibles hasta dos (2) meses posteriores a la inscripción de la enajenación del establecimiento.
- Excepción: acreedor manifiesta su “oposición” a que el adquirente sea su deudor. Dos efectos: (i) solidaridad se extienda más allá del plazo de dos (2) meses respecto de las obligaciones contraídas hasta el momento anterior a la transferencia; (ii) que las obligaciones a plazo sean garantizadas, caso contrario serán exigibles inmediatamente.

1.3.1.5. El caso de ESPAÑA

En España existen dos modalidades para transferir onerosamente la empresa teniendo como contraprestación el dinero: (a) la compraventa de empresa y, (b) la figura de la cesión global del activo y pasivo.

La primera modalidad ha sido una iniciativa de la autonomía privada, que partiendo de la regulación general del Código Civil y Código de Comercio y adaptando las características de la compraventa le han dado a este contrato un carácter especial (con elementos atípicos), generando que la doctrina la conozca como “la compraventa de empresa”, mediante la cual se considerará a la empresa como establecimiento mercantil en operaciones; y, la segunda modalidad, la cesión global del activo y pasivo, haya su regulación en la Ley N°3/2009, del 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, que es una ley especial y que tiene por

vocación incorporarse en un futuro Código de Comercio⁴⁹, mediante la cual se considera a la empresa como unidad de producción.

No cabe duda que la compraventa de empresa tuvo un rol protagónico para transferir unidades de producción de personas naturales y jurídicas hasta el 3 de abril de 2009; pues era prácticamente el único mecanismo que viabilizaba la enajenación que tenía como contraprestación el dinero. A partir del 4 de abril de 2009 la cesión global del activo y pasivo adquiere ese rol protagónico cuando quien enajena es una persona jurídica, dejándole a la compraventa de la empresa, el nicho exclusivo de las transferencias de empresas de titularidad de personas naturales.

En este punto vamos a referirnos al tratamiento que se le da a la transferencia de la empresa tanto en el ordenamiento general como en la referida ley especial.

a) Títulos para la transferencia:

a.1. En cuanto a la compraventa de empresa, como señalamos en el punto anterior, esta modalidad no se encuentra específicamente tipificada, se le suele considerar como una compraventa especial que permite enajenar el establecimiento (para nosotros “fondo empresarial”) explotado económicamente, lo cual ya es una “empresa”. Esta figura puede ser usada por personas naturales o

⁴⁹ La Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles precisa en su exposición de motivos, lo siguiente:

“(…) como la necesidad de perfeccionamiento de un sector tan sensible como el ordenamiento societario debe acompañarse de un esfuerzo de racionalización normativa, la presente Ley representa una solución transitoria a la espera de que se llegue al momento oportuno de una codificación o, al menos, para una compilación del derecho de las Sociedades Mercantiles en un cuerpo legal unitario en concepciones básicas, que suponga la derogación del notablemente envejecido Título I del Libro II del Código mercantil de 1885 (…)” (Resaltado agregado)

personas jurídicas que enajenan dicho objeto indistintamente a personas naturales o personas jurídicas.⁵⁰

El contrato de compraventa es usado como el vehículo jurídico para transferir la titularidad de una serie de derechos y, en su caso obligaciones, lo cual conllevaría una serie de prestaciones de dar, hacer y no hacer; con el objetivo de transferir la unidad económica: “conjunto organizado de bienes y servicios personales en funcionamiento”.

En la práctica contractual, la doctrina advierte la existencia de dos situaciones que deberán ser analizadas a efectos de corroborar si se ha transferido una empresa o no: aquella en que se formuló un inventario del bloque patrimonial objeto de transferencia y aquella en que se invocó genéricamente la transferencia de la empresa sin formular inventario.

En el primer caso, en que se formuló el inventario, se entiende que este debe comprender todos los elementos necesarios o esenciales para que opere la empresa; si faltara alguno de estos, no será pues un verdadero o real contrato de empresa sino se habrá efectuado la transferencia de un simple conglomerado de elementos que no llegan a constituir una unidad económica.

En el segundo caso, aun cuando no se haya formulado inventario también es indudable de que deberán entregarse todos los elementos esenciales. En este contexto será una cuestión de hecho, según las circunstancias, ir dilucidando cuáles son esos elementos esenciales que integran la empresa vendida;

⁵⁰ Lo que hay sobre compraventa para determinar su naturaleza jurídica son básicamente dos artículos: el 1445° del Código Civil español y el 325° del Código de Comercio español.
“**Artículo 1445°.** -Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.”
“**Artículo 325°.** -Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa.”

naturalmente desatada la controversia serán los jueces los que determinen si se transfirió o no lo necesario o esencial de una empresa.

Lo más recomendable entonces es poder tener un inventario considerando lo esencial de la empresa: los elementos patrimoniales: activos (establecimiento, mercaderías, equipos, signos distintivos, derechos de crédito, etc.) y, en su caso pasivos; así como los elementos que permiten transferir la organización y las relaciones con los grupos de interés.

De otro lado, si bien existe una compraventa un “tanto especial” o atípica, la doctrina española ha sostenido que este es el título -según el Derecho Común- mediante el cual se transfiere la empresa a cambio de una contraprestación pecuniaria. Broseta Pont (1968) refiere:

Lo bien cierto es que la compraventa de empresa es una compraventa especial, por razón de la naturaleza especial del objeto transmitido. Especialidad que repercute en su régimen jurídico, el cual será igualmente especial. Así se comprenden, como veremos al ser inaplicables a la venta de empresas ciertas disposiciones sobre el contrato de compraventa contenidas en nuestro Derecho privado, al obligarnos a aplicar otras disposiciones con cierta cautela, y, finalmente, por el hecho de que la naturaleza especial del objeto transmitido impone al transmitente importantes obligaciones, inexistentes en cualquier otro tipo de compraventa. Este último es el caso, por ejemplo, de la prohibición de competencia que se impone al transmitente.
(p. 80)

a.2. La cesión global del activo y pasivo se trata de un contrato de prestaciones recíprocas que permite transferir una o varias unidades de producción. Ello en virtud de lo previsto en los artículos 1254° y 1271° del Código Civil español.⁵¹

La figura requiere que el cedente sea una sociedad y que el cesionario sea una persona natural o jurídica. El primero transferirá mediante un título, un modo único y con efectos universales todo su patrimonio, ello en favor de un socio, de varios socios o de terceros.

La cesión origina una contraprestación dineraria en favor de la sociedad cedente o de sus socios, generando en el primer caso, que la sociedad cambie de objeto si desea seguir operando y, en el segundo caso, que se extinga. También podrían darse cesiones parciales, en dichas circunstancias los bloques patrimoniales transferidos tendrían que conformar unidades de producción.

En resumen, como puede apreciarse existe un título único tanto en el caso de la compraventa regida por el Derecho Común como en el caso de la Cesión Global del activo y pasivo, regida por la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

⁵¹ **“Artículo 1254°.** -

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.”

“Artículo 1271°. -

Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.”

b) Alcances de la transferencia: del modo y sus efectos (singular o universal)

Ahora corresponde determinar si existiendo un título único tanto para la compraventa de la empresa como para la cesión global del activo y pasivo existe también un modo “único” o “atomista” y si el efecto de la transferencia genera un alcance singular o universal.

b.1. La compraventa de empresa en principio, al ser un contrato que se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, al amparo del art. 51^{o52} del Código de Comercio español, no genera un modo único, sino uno atomista, pues cada bien o elemento que la integra está sujeto al régimen de transferencia que le es aplicable según su propia naturaleza jurídica.

Sin perjuicio de lo indicado, cuando el contrato se celebra por escritura pública, se advierte que esa formalidad genera un modo único para las cosas muebles o inmuebles, así lo señala el Código Civil español:

“Artículo 1462°. *-Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.”*

⁵² **“Artículo 51°.** *-Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos. Sin embargo, la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas (*) a no concurrir con alguna otra prueba. La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado.”*

No obstante, lo mencionado deja dudas sobre sus alcances para la cesión de derechos de crédito (que requiere una notificación al deudor cedido) y para la cesión de pasivos u obligaciones (que requiere el consentimiento del acreedor, tal como lo señala el art. 1205° del Código Civil español); así como en el caso de la transmisión de marcas y patentes en el que su formalización exige, además de la escritura pública, la inscripción en la “Oficina Española de Patentes y Marcas”.⁵³

Como puede apreciarse, no existe un modo único a efectos de transferir la empresa, ni se observa que pueda sostenerse que dicha transferencia tenga efecto universal.

b.2. La cesión global del activo y pasivo siempre conlleva la transferencia de una unidad económica. En efecto, aun cuando se escinda el patrimonio y se transfiera por partes a varias personas jurídicas⁵⁴, el bloque patrimonial deberá siempre constituir una unidad de producción. El modo será único y consistirá en la inscripción en el Registro Mercantil, teniendo en cuenta además un efecto universal. Veamos el artículo 81° y 89° de la Ley N°3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles:

“Artículo 81°. - Cesión global de activo y pasivo.

1. Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá

⁵³ Cfr. Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes y Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

⁵⁴ **Ley N°3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles**

“Artículo 82°. - Cesión global plural.

Cuando la cesión global se realice a dos o más cesionarios, cada parte del patrimonio que se ceda habrá de constituir una unidad económica.”

consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario.

2. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación.” (Subrayado agregado)

“Artículo 89°. - *Escritura e inscripción de la cesión global.*

1. La cesión global se hará constar en escritura pública otorgada por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios. La escritura recogerá el acuerdo de cesión global adoptado por la sociedad cedente.

2. La eficacia de la cesión global se producirá con la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad cedente. Si la sociedad se extinguiera como consecuencia de la cesión, se cancelarán sus asientos registrales.” (Subrayado agregado)

En consecuencia, como puede apreciarse, para la cesión global del activo y pasivo hay un modo único para la transferencia de activos (bienes) y pasivos (obligaciones): la inscripción en el Registro Mercantil, teniendo además su transferencia un efecto universal (transfiere todo, inclusive lo no inventariado); mientras que la compraventa de la empresa no tiene un modo único ni un efecto universal, sin embargo, la doctrina considera, también en este caso, que al menos tiene que haberse transferido lo esencial para configurar una unidad de producción, requiriéndose la cesión de

posición contractual o al menos el asentimiento del acreedor para ceder la posición del deudor al enajenante.

c) Objeto de registro

No existe un registro de empresa, sino una hoja personal del empresario, tanto individual como social, en el cual suelen inscribirse sus actos y contratos como algunos elementos de la empresa.

c.1. En el caso de la compraventa de empresa no existe establecida legalmente la inscripción de la transferencia de la empresa.

Si bien el art. 87⁵⁵ del Real Decreto 1784/1996 por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil español indica que se inscribe a la empresa junto con el empresario; sin embargo, el art. 90⁵⁶ del mismo cuerpo legal que detalla el contenido de la primera inscripción del empresario individual solo toma en consideración datos como el nombre comercial o su rotulado, la inscripción del domicilio principal y sus sucursales y el objeto de la empresa. No hay más detalles sobre el particular, ninguna referencia al acto o contrato de su transferencia.

⁵⁵ **“Artículo 87°. - Contenido de la hoja.**

En la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán:

- 1.º *La identificación del empresario y su empresa, que necesariamente será la inscripción primera.*
- 2.º *Los poderes generales, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos.*
- 3.º *La apertura, cierre y demás actos y circunstancias relativos a las sucursales, en los términos prevenidos en los artículos 295 y siguientes.*
- 4.º *Las declaraciones judiciales que modifiquen la capacidad del empresario individual.*
- 5.º *El nombramiento para suplir, por causa de incapacidad o incompatibilidad, a quien ostente la guarda o representación legal del empresario individual, si su mención no figurase en la inscripción primera del mismo.*
- 6.º *Las capitulaciones matrimoniales, el consentimiento, la oposición y revocación a que se refieren los artículos 6 a 10 del Código de Comercio y las resoluciones judiciales dictadas en causa de divorcio, separación o nulidad matrimonial, o procedimientos de incapacitación del empresario individual, cuando no se hubiesen hecho constar en la inscripción primera del mismo.*
- 7.º *La suspensión de pagos y la quiebra, de conformidad con lo previsto en los artículos 320 y siguientes.*
- 8.º *En general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente Reglamento.”*

⁵⁶ **“Artículo 90°. - Circunstancias de la primera inscripción.**

En la inscripción primera del empresario individual se expresará:

- 1.º *La identidad del mismo.*
- 2.º *El nombre comercial y, en su caso, el rótulo de su establecimiento.*
- 3.º *El domicilio del establecimiento principal y, en su caso, de las sucursales.*
- 4.º *El objeto de su empresa.*
- 5.º *La fecha de comienzo de sus operaciones.”*

En el caso de inscripción de las personas jurídicas o sociedades, se hace referencias al capital y al objeto social más no a la empresa como unidad de producción. Vale decir, no existe regulación que permita inscribir la compraventa de una empresa en el Registro Mercantil.

c.2. En el caso de la cesión global del activo y pasivo, el registro publicita los términos del contrato de transferencia que produce el efecto traslativo de los derechos y obligaciones (incluso a título universal) en favor del cesionario y da cuenta de la posible extinción de la sociedad cedente si es que esta no recibe la contraprestación por la transferencia de su empresa, conforme lo dispuesto por el artículo 81° de la Ley N°3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

La Ley N°3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, señala:

“Artículo 89°. - *Escritura e inscripción de la cesión global.*

1. La cesión global se hará constar en escritura pública otorgada por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios. La escritura recogerá el acuerdo de cesión global adoptado por la sociedad cedente.

2. La eficacia de la cesión global se producirá con la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad cedente. Si la sociedad se extinguiera como consecuencia de la cesión, se cancelarán sus asientos registrales.” (Resaltado agregado)

En conclusión, no existe un registro de la empresa como bien, tampoco se inscribe la compraventa de la empresa en la hoja

personal del empresario individual o de la sociedad. Empero, si se inscribe la cesión global del activo en la hoja personal de la sociedad cedente como en la sociedad cesionaria. Naturalmente, no cabe preguntarse por la inscripción de la cesión global del activo y pasivo respecto de la hoja personal del empresario individual ya que esta figura no ha sido contemplada para la persona natural.

d) Publicidad

d.1. En el caso de la Compraventa de empresa, no se advierte regulado un mecanismo de publicidad para los acreedores, salvo en el caso de los trabajadores en el que la Ley laboral⁵⁷ dispone que se les informe, y en el caso de los acreedores que participan de un proceso concursal⁵⁸, pues tienen posibilidad de tomar conocimiento que la empresa ha sido transmitida con ocasión de su salvataje.

⁵⁷ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

“Artículo 44º. - La sucesión de empresa.

(...)

6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad, de los siguientes extremos:

a) Fecha prevista de la transmisión.

b) Motivos de la transmisión.

c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión.

d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.

7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.

8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

(...)”

⁵⁸ Ley 22/2003, 9 de julio, Concursal.

“Artículo 100º. - Contenido de la propuesta de convenio.

1. La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas.

2. La propuesta de convenio podrá contener, además de quitas o esperas, proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Entre las proposiciones se podrán incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

(...)

También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 146 bis.

Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores.

(...)” (Resaltado agregado)

d.2. En el caso de la cesión global del activo y pasivo, la Ley N°3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, señala en su artículo 87° que el acuerdo de la cesión global del activo y pasivo deberá ser publicada mediante anuncio: (i) en el Boletín Oficial del Registro Mercantil; y, (ii) en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social de la sociedad cedente; ello con el objeto de asegurar a los socios y acreedores una máxima publicidad acerca del acuerdo de la referida cesión y el derecho de oposición que corresponde a los acreedores.

La ley señala que la referida publicación no será necesaria en caso de que el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores mediante un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad.

e) Protección de terceros

e.1. En el caso de la Compraventa de empresa no hay una regulación general, ni se ha previsto expresamente con este alcance un derecho de oposición o de solidaridad. Sin embargo, se advierte en las siguientes normas especiales:

- En el ámbito laboral: solidaridad respecto los derechos y beneficios sociales de trabajadores.⁵⁹

⁵⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

“Artículo 44°. - La sucesión de empresa.

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos *inter vivos*, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delicto.

(...)” (Resaltado agregado)

- En materia tributaria: solidaridad de transferente y adquirente respecto de la hacienda.⁶⁰
- En el ámbito de los acreedores en general: se requerirá necesariamente su consentimiento para que se establezca la relación con el adquirente de la empresa; caso contrario, no le será oponible cualquier pacto establecido entre el transferente y adquirente de la misma. En buena cuenta, el acreedor podrá cobrar su crédito al transferente (deudor original) y, naturalmente el transferente podrá repetir contra el adquirente de la empresa por el crédito pagado, si fuera el caso.
- En el ámbito de los acreedores en concurso: se presentan dos escenarios, por un lado, las acreencias devengadas y, por otro lado, las nuevas que podrían devengarse en la ejecución de contratos que resultan indispensables para el ejercicio y continuidad de la actividad empresarial.⁶¹ En cuanto a las obligaciones devengadas (antes de la adquisición) no existe transferencia de las mismas al adquirente; este solo asumirá los pasivos que generen los contratos en curso en que se ha subrogado.

⁶⁰ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

"Artículo 42". - Responsables solidarios.

1. Serán responsables solidarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:

(...)

c) **Las que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio.** La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar. Cuando resulte de aplicación lo previsto en el apartado 2 del artículo 175 de esta ley, la responsabilidad establecida en este párrafo se limitará de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo. Cuando no se haya solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanzará también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los adquirentes de elementos aislados, salvo que dichas adquisiciones, realizadas por una o varias personas o entidades, permitan la continuación de la explotación o actividad.

La responsabilidad a que se refiere el primer párrafo de esta letra no será aplicable a los supuestos de sucesión por causa de muerte, que se regirán por lo establecido en el artículo 39 de esta ley.

Lo dispuesto en el primer párrafo de esta letra no será aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal." (Resaltado agregado)

⁶¹ Ref. art. 146° bis de la Ley 2272003, de 9 de julio, Concursal.

e.2. En el caso de la Cesión Global del activo y pasivo, se ha previsto un doble mecanismo de protección a los acreedores: el derecho de oposición y la solidaridad.

En efecto, el artículo 88° de la Ley N°3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles establece el derecho de oposición:

“Artículo 88°. - Derecho de oposición de los acreedores.

1. La cesión global no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos.

2. Dentro de ese plazo, los acreedores de la sociedad cedente y los acreedores del cesionario o cesionarios podrán oponerse a la cesión, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión.”

Es decir, desde la publicación del acuerdo de la cesión global del activo y pasivo o su comunicación al último acreedor, tienen los acreedores treinta (30) días para oponerse ante el cedente. Esta oposición a la cesión global del activo y pasivo solo podrá superarse si es que se satisface al acreedor otorgándole una garantía o, “hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento”.⁶² En tanto ello no suceda, no debería poder

⁶² Ref. numeral 3) del art. 44° de la Ley N°3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

inscribirse la mencionada transferencia. No obstante, si ello sucediera, el acreedor podrá lograr que se inscriba una nota marginal (en las dos partidas: cedente y cesionario) acreditando ante el registrador el ejercicio sobre su derecho a oposición (mediante la constancia de comunicación al cedente); lo cual habilitará al acreedor un plazo de seis (06) meses para iniciar la acción judicial de otorgamiento de garantía.⁶³

El segundo mecanismo de protección previsto consiste simplemente en una responsabilidad solidaria entre el/los cesionarios y los socios de la sociedad cedente en caso de que los primeros hayan incumplido sus obligaciones adquiridas al momento de la cesión.

“Artículo 91. Responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas.

1. De las obligaciones asumidas por un cesionario que resulten incumplidas responderán solidariamente los demás cesionarios, hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión; y, según los casos, los socios hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación por la cesión, o la propia sociedad que no se hubiera extinguido, por la totalidad de la obligación.

2. La responsabilidad solidaria de los cesionarios y los socios prescribirá a los cinco años.”

En conclusión, como puede apreciarse existe una doble protección para los acreedores: el derecho de oposición, como mecanismo previo a la eficacia de la cesión global del activo y un mecanismo posterior, la solidaridad cuando resultare que el cesionario o

⁶³ Ref. segundo párrafo del numeral 4) del art. 44° de la Ley N°3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

cesionarios no cumplieron con satisfacer el crédito (hasta el límite del activo recibido), solidaridad que también alcanza a los socios del cedente que hubieren recibido la contraprestación dineraria.

f) Síntesis

En España existen dos modalidades para transferir onerosamente la empresa: (a) la compraventa de empresa y, (b) la figura de la cesión global del activo y pasivo.

- El objeto de transferencia en “la compraventa de empresa” es el establecimiento mercantil (considerado como actividad). Esta modalidad usa al contrato de compraventa como el vehículo jurídico para transferir la titularidad de una serie de derechos y obligaciones; y, no contempla un modo único a efectos de transferir la empresa, ni se observa que dicha transferencia tenga efecto universal. En materia registral no se contempla la inscripción de la compraventa de empresa dentro del registro. En este caso, no se advierte regulado un mecanismo de publicidad para los acreedores, salvo en el caso de los trabajadores que deben ser informados, y en el caso de los acreedores que participan de un proceso concursal. Finalmente, no existe una regulación general, ni se ha previsto expresamente un derecho de oposición o de solidaridad, en materia de protección a acreedores y terceros.
- El objeto de transferencia en la “cesión global del activo y pasivo” considera a la empresa como unidad de producción. En esta modalidad se trata de un contrato de prestaciones recíprocas que permite transferir una o varias unidades de producción; y, contempla a la inscripción en el Registro Mercantil un modo único para la transferencia de activos y pasivos, teniendo además su transferencia un efecto universal. En materia registral se inscribe

la cesión global del activo y pasivo en la hoja personal del Registro Mercantil de la sociedad cedente como en la sociedad cesionaria. En este caso, la publicidad del acuerdo de cesión deberá hacerse: (i) en el Boletín Oficial del Registro Mercantil; y, (ii) en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social de la sociedad cedente. Finalmente, se ha previsto un doble mecanismo de protección a los acreedores: (i) el derecho de oposición; y, (ii) la solidaridad entre la sociedad cedente y la sociedad cesionaria.

1.3.1.6. El caso de FRANCIA

La empresa para el Código de Comercio francés es una actividad, al ser calificada en el art. L110-1 como acto de comercio, por lo cual el objeto de transferencia es el fondo de comercio.

a) Título para la transferencia:

El título de la transferencia es la compraventa del fondo de comercio, según el art. L141-1 del Código de Comercio francés. El art. L141-5 exige ciertas formalidades cuando esta venta consta por escrito, precisando entre otros requisitos, los siguientes: i) el rótulo y nombre comercial; ii) el contrato de arrendamiento; iii) la clientela; y, iv) al buen nombre del fondo de comercio. La falta de estos requisitos prescribe la sanción de nulidad del documento en el que consta la venta.

Como puede apreciarse el título, contrato típico, ha sido establecido respecto del fondo de comercio.

Si bien, cuando antes nos hemos referido a los conceptos fondo de comercio, hacienda mercantil o establecimiento, básicamente los hemos equiparado a los del fondo empresarial; resulta pertinente

resaltar que el “fond de commerce” tiene algunas particularidades que lo distinguen de los otros conceptos.

En primer lugar, está formado solo por bienes muebles (derechos sobre cosas, créditos e intangibles), lo cual permite a la doctrina, calificar a esta “universitas” de “bien mueble incorporal”. En ese sentido, el fondo de comercio no comprende el derecho de propiedad sobre inmuebles, ello a diferencia de los conceptos como “hacienda mercantil”, “establecimiento” o “fondo empresarial”.

Cabe precisar en este contexto, que el derecho sobre el local comercial (arrendamiento) forma parte del fondo empresarial y, por tanto, se transfiere junto con este; empero, si respecto del inmueble existiese un derecho de propiedad del titular del fondo empresarial, entonces será transferido mediante una compraventa independiente.

b) Alcances de la transferencia: del modo y sus efectos (singular o universal)

El modo en el derecho civil francés es único, puesto que el consentimiento conlleva la transferencia de propiedad⁶⁴, y este deberá constar en escritura pública.

“Artículo 1138°.- La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes.

Ella hace al acreedor propietario y coloca la cosa bajo su riesgo desde el instante en que haya debido ser entregada, aunque no se haya hecho la tradición, a menos que el deudor esté en

⁶⁴ Código Civil francés
“Artículo 1583°.-Se perfeccionará entre las partes, y el comprador adquirirá de derecho la propiedad con relación al vendedor, desde el momento en que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado.”

mora de entregarla; en cuyo caso el riesgo de la cosa sigue a cargo de este último.”

Al respecto, Planiol y Ripert, citado por De la Puente Lavalle (1994), señalan:

El derecho francés ha abandonado el antiguo principio que imponía como necesaria la tradición para realizar la transmisión. En nuestras leyes, el contrato es, no solamente fuente de obligaciones como en derecho romano, sino también traslativo de la propiedad. Vender, es enajenar; ambas nociones eran distintas en la antigüedad; hoy se confunden. La transmisión de la propiedad se ha convertido en un efecto directo e inmediato del contrato como la misma creación de las obligaciones. El comprador, el permutante, el donatario devienen propietarios de la cosa al mismo tiempo que acreedores del enajenante; la obligación de transmitir la propiedad convenida entre las partes, es ejecutada al mismo tiempo que se forma. Este resultado se expresa diciendo que la propiedad se transmite por el mero consentimiento. (p.10)

En este contexto, el efecto de la transferencia no es a título universal sino singular, por ello es que se confecciona un inventario y si el contrato es declarado nulo se reasume la titularidad de los bienes que hubieren sido transferidos.⁶⁵

⁶⁵ Código de Comercio de Francia

“Artículo L141-5

(...)

Sólo afectará a los elementos del fondo enumerados en la venta y en la inscripción, y si no existiera designación precisa, al rótulo y nombre comercial, al contrato de arrendamiento, a la clientela y al buen nombre del fondo de comercio.

Se determinarán separadamente los precios de los elementos incorporales del fondo de comercio, el material y las mercancías.

(...)”

“Artículo L141-7

En caso de resolución judicial o amistosa de la venta, el vendedor estará obligado a retomar todos los elementos del fondo de comercio que hayan formado parte de la venta, incluso aquéllos cuyo privilegio y acción

Alfredo Morles (2007) señala:

En la doctrina francesa se afirma que el fondo de comercio es un bien mueble incorporal (Jauffret-Mestre; Reinhard; Dekeuwer-Défossez) y que a pesar de no disponer de autonomía jurídica, presenta una utilidad técnica incontrastable, al permitir al comerciante ceder, por medio de una sola operación jurídica, el conjunto de sus bienes muebles. (p. 423)

En conclusión, la compraventa del fondo de comercio se materializa mediante la celebración de un solo contrato (título único), tiene un solo modo (consentimiento en documento privado con las firmas certificadas o escritura pública) para la transferencia de su titularidad y su efecto es singular (se transfiere lo que se enumera).

c) Objeto de registro

La compraventa del fondo de comercio se inscribe en el Registro de cada uno de los intervinientes, que se entiende son comerciantes o sociedades. Es más, la falta de inscripción en el registro o su inscripción tardía fuera del plazo de quince (15) días de realizada la compraventa, acarrea la nulidad de la inscripción, no de la compraventa.⁶⁶

resolutoria correspondiente hayan caducado. Contabilizará el precio de las mercancías y del material existente en el momento en que vuelva a tomar posesión del fondo de comercio, según la tasación que haga el informe pericial contradictorio, amistoso o por orden judicial, descontando lo que se le deba por privilegio en los precios respectivos de las mercancías y del material; el excedente, si lo hubiera, deberá quedar como garantía para los acreedores inscritos y, si no los hubiera, para los acreedores no privilegiados.”

⁶⁶ Código de Comercio de Francia

“Artículo L141-6: La inscripción deberá realizarse, bajo pena de nulidad, dentro de los quince días siguientes a la fecha del documento de compraventa. Primará sobre cualquier inscripción hecha en el mismo plazo por derecho del comprador; será oponible a los acreedores del comprador en situación de suspensión de pagos o en liquidación judicial, así como a sus causahabientes.

La acción resolutoria descrita en el artículo 1654 del Código Civil deberá ser anotada y reservada expresamente en la inscripción para producir su efecto. No podrá ejercerse en perjuicio de terceros tras la extinción del privilegio. Se limitará, como el privilegio, a los elementos que hayan formado parte de la venta.”

La falta de inscripción y, en su caso, de formalización de la compraventa en escritura pública o documento privado de fecha cierta genera la pérdida del crédito privilegiado del vendedor.

En efecto, las formalidades de hacer constar la compraventa en documento que merezca fe pública a efectos de su inscripción en el registro tienen como objeto la existencia y publicidad del crédito privilegiado en favor del vendedor. Este es entendido como la preferencia que tiene a cobrar su crédito (el precio) con la garantía de los bienes que componen el fondo de comercio.

d) Publicidad

El Código de Comercio de Francia al tratar la transferencia del fondo de comercio con el objeto de asegurar que los terceros o acreedores puedan tomar conocimiento de la misma, señala que esta debe ser publicada –a pedido del comprador- dentro de los quince primeros días siguientes a su fecha de celebración mediante un extracto o aviso en un periódico habilitado para recibir los anuncios judiciales y legales en el distrito o el departamento en el que se explote dicho fondo. Luego de haber realizado la primera publicación, y habiendo transcurrido nuevamente quince días adicionales, se deberá realizar una nueva publicación en el Boletín Oficial de Asuntos Civiles y Comerciales.⁶⁷

Es menester precisar que si bien el art. L141-12 del Código de Comercio francés señala que las publicaciones deberán realizarse,

⁶⁷ Código de Comercio de Francia

“Artículo L141-12: No obstante las disposiciones relativas a la aportación en sociedad de los fondos de comercio recogidas en los artículos L.141-21 y L.141-22, cualquier venta o cesión de fondo de comercio, acordada incluso bajo la condición o la forma de otro contrato, así como cualquier adjudicación de un fondo de comercio por reparto o subasta, deberá ser publicada, excepto si se realizara en aplicación del artículo L.642-5, en los quince primeros días siguientes a su fecha de celebración, a instancia del comprador, en forma de extracto o aviso en un periódico autorizado para recoger anuncios legales en la circunscripción o el departamento en el que se explote dicho fondo y, en los quince días a partir de esta publicación, en el Boletín oficial de anuncios civiles y comerciales. En cuanto a los negocios de venta ambulante, el lugar de explotación será aquel en cuyo Registro de Comercio y de Sociedades esté inscrito el vendedor.”

luego de la celebración del contrato de compraventa, el art. L141-13 precisa que ello deberá efectuarse siempre que previamente se haya inscrito en el registro la compraventa.

Como puede apreciarse se trata del uso conjunto de dos mecanismos de publicidad: el Registro Mercantil y los medios de comunicación masiva.

e) Protección de terceros

La protección a terceros consiste en la posibilidad que, informados por las publicaciones, los acreedores puedan ejercer su derecho a oposición al pago del precio al vendedor, salvo que este garantice mediante un depósito dinerario el pago del o de los créditos respectivos.

En efecto, el mecanismo de protección previsto para los acreedores que tienen la obligación sujeta a plazo (exigible o no), pero que quieren asegurar el cobro de su obligación, consistirá en oponerse dentro de los diez (10) días de las publicaciones referidas en el punto anterior. El artículo L141-14 del Código de Comercio francés señala:

“Artículo L141-14

En los diez días siguientes a la última de las publicaciones citadas en el artículo L. 141-12, todo acreedor del propietario anterior, tanto si su crédito fuera o no exigible, podrá presentar su oposición al pago del precio, en el domicilio elegido y por simple documento extrajudicial. La oposición, bajo pena de nulidad, contendrá el importe y el origen del crédito y especificará una elección de domicilio en la circunscripción del

emplazamiento del fondo de comercio. (...)” (Subrayado agregado)

Como consecuencia de la oposición y luego de diez días de realizada, el vendedor podrá recurrir, mediante un proceso sumario, ante el presidente del Tribunal de primera instancia para obtener la autorización de cobro del precio, con la condición de depositar en la Caja de Depósitos y Consignaciones, o en manos de terceros designados a este efecto, una suma suficiente -determinada por el Juez de procedimientos sumarios- para responder eventualmente de las causas de oposición en el caso se reconociera o fuera juzgado como deudor.⁶⁸

El Código de Comercio francés prevé como mecanismo de tutela, la responsabilidad del comprador ante los acreedores del vendedor si es que aquel pagara el precio sin que se hayan efectuado las publicaciones prescritas.⁶⁹

f) Síntesis

En Francia, el objeto de la transferencia es el fondo de comercio. Esta legislación contempla que el título de la transferencia es la compraventa del fondo de comercio y contempla un modo único que constará en documento privado con firmas certificadas o escritura pública y tendrá un efecto singular. En materia registral, la compraventa del fondo de comercio se inscribe en el Registro de cada uno de los intervinientes (comerciantes o sociedades). La legislación francesa usa conjuntamente dos mecanismos de publicidad: (i) el Registro Mercantil; y, (ii) los medios de

⁶⁸ Cfr. Art. L141-15 del Código de Comercio de Francia

⁶⁹ Código de Comercio de Francia

“Artículo L141-17

El comprador que pague a su vendedor, sin haber efectuado las publicaciones en las formas prescritas, o antes de la expiración del plazo de diez días, no estará liberado con respecto a terceros.”

comunicación masiva. Finalmente, se aprecia la existencia de dos mecanismos de protección de los acreedores: (i) el derecho de oposición; y, (ii) la solidaridad (responsabilidad del comprador ante los acreedores del vendedor por falta de las publicaciones prescritas).

1.3.1.7. El caso de ITALIA

En Italia el objeto de la transferencia es la hacienda mercantil -para nosotros el fondo empresarial- que está compuesta por un conjunto de bienes organizados (muebles e inmuebles)⁷⁰ para el ejercicio de la empresa, según el art. 2555° del Código Civil italiano. También pueden incluirse las obligaciones (pasivos) en la transferencia, como explicaremos más adelante.

En este contexto, la empresa es una actividad económicamente organizada⁷¹, por ello el ordenamiento ha considerado que es la “hacienda” el objeto de la transferencia. “No se deben silenciar, sin embargo, que, según una doctrina, la hacienda sería, no un instrumento de la empresa, sino parte de ella y que, a veces, la ley emplea el término “hacienda”, siendo así que debería hablar de “empresa””. (Messineo, 1979, p. 301)

a) Título para la transferencia:

En este ordenamiento, el contrato de compraventa es el título de la transferencia. La causa de su tipicidad es la transferencia de propiedad o de cualquier otro derecho contra el pago de un precio, como lo prescribe el Código Civil italiano en su art. 1470°.

⁷⁰ “(...) mientras que la hacienda puede contener también elementos inmobiliarios.” (Messineo, 1979, p.297). Esta es la diferencia fundamental con el fondo de comercio francés.

⁷¹ Código Civil italiano

“Art. 2082° Empresario.- Es empresario quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con finalidad de producción o de intercambio de bienes o de servicios.”

“Art. 1470° Noción.- La venta es el contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa o la transferencia de otro derecho contra la compensación de un precio.”

Si conciliamos esta noción del título con la que corresponde a la hacienda (art. 2555° del Código Civil italiano) veremos que mediante su celebración se transfiere la titularidad de la misma, pues en buena cuenta, esta consiste en bienes (derechos o activos).

“Art. 2555. Noción - La hacienda es el conjunto de los bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa.”

Si perjuicio de lo mencionado, se ha previsto también la sucesión de los contratos en el art. 2558° del Código Civil italiano⁷², lo cual supone, en su caso, la transferencia de obligaciones, quedando comprometido el adquirente de la hacienda al pago de las mismas, según el art. 2560° del Código Civil italiano.⁷³

En conclusión, el título único es la compraventa, su causa objetiva es la transferencia de los derechos comprendidos en la hacienda, lo cual conlleva a su vez, por mandato legal, la sucesión de los contratos (relaciones jurídicas activas y pasivas) salvo pacto en contrario.

⁷² Código Civil italiano

“Art. 2558° Sucesión en los contratos.- Si no se ha pactado otra cosa, el adquirente de la hacienda se sustituye en los contratos estipulados para el ejercicio de dicha hacienda que no tengan carácter personal. El tercero contratante puede, sin embargo, separarse del contrato dentro de los tres meses a contar de la noticia de la transferencia si existe una justa causa, salvo en este caso la responsabilidad del enajenante. Las mismas disposiciones se aplican también respecto del usufructuario o del arrendatario por la duración del usufructo y del arrendamiento.”

⁷³ Código Civil italiano

“Art. 2560° Deudas relativas a la hacienda cedida.- El enajenante no queda liberado de las deudas inherentes al ejercicio de la hacienda cedida anteriores a la transferencia, si no resulta que los acreedores han consentido en ella. En la transferencia de un establecimiento comercial, responde de las deudas indicadas también el adquirente de la hacienda, si dichas deudas resultan de los libros de contabilidad obligatorios.”

**b) Alcances de la transferencia: del modo y sus efectos
(singular o universal)**

El Código Civil italiano, al señalar que la hacienda mercantil se encuentra compuesta por un conjunto de bienes organizados, nos remite a la idea de una universalidad de bienes, los mismos que podrían constituir relaciones jurídicas independientes, como ser transferidos en conjunto en virtud de la autonomía privada.

En ese sentido, el titular de un bien o de una universalidad de bienes (en este caso, la hacienda) puede disponer del mismo de modo pleno y exclusivo.⁷⁴

En relación a la transferencia de bienes, el Código Civil italiano señala la existencia de un modo definido y único: el consentimiento; del cual no escapa obviamente la transferencia de la hacienda mercantil.

“Art. 922° Modos de adquisición.- *La propiedad se adquiere por ocupación, por invención, por accesión, por especificación, por unión o conmixión, por usucapión, por efectos de contrato, por sucesión a causa de muerte y en los otros modos establecidos por ley.”* (Subrayado agregado)

“Art. 1376° Contrato con efectos reales.- *En los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de la cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del*

⁷⁴ **“Art. 832° Contenido del derecho.-** *El propietario tiene derecho a gozar y disponer de las cosas de modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico.”*

consentimiento de las partes legítimamente manifestado (art. 1465°)” (Subrayado agregado)

Al respecto, Messineo (1979), coincidiendo con Bonfante-Maori, explica:

Por lo que concierne a la adquisición del derecho de propiedad (y también de los derechos reales menores) están fusionados y unificados el *título de adquisición (titulus acquirendi)*, que era el *fundamento* de la adquisición, y el *modo de adquisición (modus acquirendi)*, que era el *medio* con el cual se realizaba efectivamente la adquisición, según la distinción de origen romanístico que tenía, como campo de aplicación, la adquisición de la propiedad (o de otros derechos reales) a título derivativo. Hoy se habla únicamente de *modos* de adquisición, entendiéndose que el contrato traslativo es, al mismo tiempo, el fundamento del traspaso de la propiedad (relación obligatoria, que nace del contrato traslativo) y el medio de adquisición de ella; el contrato, bajo determinados presupuestos (cfr. §133 y §136), transfiere, sin más, el derecho. (p. 331)

Como podemos apreciar, se trataría de un modo único “el contrato de compraventa” y de bienes transferidos en bloque o conjunto.

Si bien la transferencia se va a realizar en bloque, la pregunta es cómo se identifica a los bienes que están afectados a la actividad económica, vale decir, cuáles son los bienes comprendidos en el bloque. Ello requerirá de un inventario, el cual terminará delimitando los bienes y activos transmitidos; pues no observamos que al efecto haya una declaración normativa que señale que la transferencia de la empresa sea a título universal. En materia de obligaciones, el tema parece más definido en el art. 2560° del Código Civil italiano,

pues se precisa que el adquirente responde por las que están registradas contablemente.

En conclusión, en armonía con el punto anterior, podemos señalar que existe un título único (contrato de venta), un modo único (contrato de venta) y una transferencia en bloque de bienes, pero con efecto singular (comprende derechos y obligaciones afectados a la hacienda debidamente identificados).

c) Objeto de registro

El Código Civil prevé en el art. 2188° el registro de empresas, vale decir, el de empresarios que ejercen determinadas actividades económicas y de sus contratos de transferencia o constitución de derechos sobre la hacienda. Estos últimos deben constar por escrito.

Como hemos dicho, están sujetos a registro los empresarios que ejercen las siguientes actividades económicamente organizadas: la actividad industrial, la actividad de intermediación, la actividad de transporte, la actividad bancaria, entre otras auxiliares de las precedentes. (art. 2195° del Código Civil italiano)

En este contexto, resulta pertinente tener presente que el art. 2556° contempla la inscripción de contratos relacionados con la hacienda.

“Art. 2556° Empresas sujetas a registro.- En cuanto a las empresas sujetas a registro, los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad o el goce de la hacienda deben probarse por escrito, salvo la observancia de las formas establecidas por la ley para la transferencia de los bienes singulares que componen la hacienda o por la particular naturaleza del contrato.

Los expresados contratos deben ser denunciados por las partes para la inscripción en el registro de las empresas, dentro del plazo de treinta días a contar de su condición.”

Al respecto, Messineo (1979) comenta:

La ley dispone a este objeto, que los hechos cuya inscripción está prescrita, si se los inscribe, se tienen por conocidos de derecho (presunción iuris et de iure) por los terceros y, por consiguiente, son oponibles y eficaces frente a los terceros desde el momento en que se inscriben. Si no se inscriben, o porque la inscripción no se pidió o porque se canceló después de practicada (art. 2191), aquellos hechos se consideran como ignorados por los terceros y no les son oponibles (tutela del tercero de buena fe) por quien, estando obligado a pedir su inscripción, no la haya pedido; a menos que se pruebe que los terceros han tenido igualmente conocimiento de tales hechos (art. 2193°, segundo y tercer apartados; véase también art. 2198°, primer apartado; y cfr. §40, n 9) (p. 250) (Subrayado agregado)

Como puede apreciarse la compraventa de la hacienda mercantil se inscribirá en el registro de empresas.

d) Publicidad

Si bien el Código Civil italiano no prevé la existencia de anuncios en medios de prensa, sin embargo, observamos que se hacen necesarios en el contexto del Código Civil italiano, si es que se desean produzcan efectos respecto de terceros. En efecto, el tercero contratante puede separarse del contrato que ha sido objeto de sucesión en favor del adquirente “(...) dentro de los tres meses a

contar de la noticia de la transferencia (...) Las mismas disposiciones se aplican también del usufructuario o del arrendatario.” (art. 2558° del Código Civil italiano) (Subrayado agregado)

De otro lado, está la necesidad de comunicar a los terceros la cesión de los créditos relativos a la hacienda transferida. Aspecto que puede ser suplido por el registro “(...) aún en defecto de notificación al deudor (...), tiene efecto frente a terceros, del momento de la inscripción al registro de la transferencia de las empresas. (...) el deudor cedido queda liberado si paga de buena fe al enajenante.” (art. 2559° del Código Civil italiano) (Subrayado agregado)

En conclusión, no hay disposición mandatoria sobre la necesidad de efectuar algún aviso, no obstante, su utilidad; sin embargo, hay que reconocer que el registro suple muy bien este aspecto.

e) Protección de terceros

El mecanismo de protección de terceros consiste en la responsabilidad solidaria entre enajenante y transferente para el pago de los acreedores.

“Art. 2560° Deudas relativas a la hacienda cedida.- *El enajenante no queda liberado de las deudas inherentes al ejercicio de la hacienda cedida anteriores a la transferencia, si no resulta que los acreedores han consentido en ella.*

En la transferencia de un establecimiento comercial, responde de las deudas indicadas también el adquirente de la hacienda, si dichas deudas resultan de los libros de contabilidad obligatorios.”

“Art. 1294° Solidaridad entre codeudores.- Los codeudores están obligados solidariamente, si de la ley o del título no resulta otra cosa.”

En efecto, queda claro del art. 2560° que hay una responsabilidad concurrente entre enajenante y adquirente de la empresa. Es cierto que la responsabilidad del adquirente se circunscribe a las deudas registradas contablemente, pero su responsabilidad termina siendo solidaria por mandato del art. 1294° del Código Civil italiano.

“Art. 1294° Solidaridad entre codeudores.- los codeudores están obligados solidariamente si de la ley o el título no resulta otra cosa.”

Si cabe como alternativa que el acreedor o tercero se desvincule en los tres meses siguientes de la sucesión contractual de la relación jurídica con el adquirente de la hacienda, siempre que exista justa causa, sin perjuicio de la responsabilidad del enajenante que se mantendrá en favor de este acreedor o tercero; de conformidad con el art. 2558° del Código Civil italiano.

No se contempla en el articulado del Código Civil un mecanismo alternativo o complementario como el derecho de oposición.

En consecuencia, el único mecanismo de protección de tutela de los acreedores, sin perjuicio de la publicidad, es el de la responsabilidad solidaria.

f) Síntesis

En Italia, el objeto de la transferencia es la hacienda mercantil. Esta legislación contempla que el título de transferencia es el contrato de compraventa y contempla al consentimiento como modo único

que recae en el contrato de compraventa cuya transferencia se realiza en bloque de bienes con efecto singular. En materia registral, el Código Civil contempla que contratos relacionados con la hacienda se inscriban en el Registro de empresas. La legislación italiana no contempla la necesidad de efectuar publicaciones mediante avisos, no obstante, el registro suple dicha carencia. Finalmente, se aprecia la existencia de la responsabilidad solidaria entre codeudores como mecanismo de protección de los acreedores.

1.3.2. Situación en la legislación peruana

A diferencia de los códigos referidos, en nuestro país, la transferencia de la empresa no ha sido tipificada en el Código Civil vigente ni en el antiguo Código de Comercio, sino más bien figura en una ley especial, la Ley N°2259 a la que nos referiremos a continuación.

Asimismo, la transferencia de la empresa mediante el vehículo de la persona jurídica es tratada por la Ley General de Sociedades a través del mecanismo de la transferencia de acciones, sea a través de contratos que producen su enajenación o mediante los actos corporativos de reorganización societaria. También nos referiremos a esta ley con el objeto de dejar en claro que si bien es un mecanismo alternativo para transferir empresas, no soluciona el problema de las empresas unipersonales ni brinda una solución directa cuando se trata de transferir la unidad de producción.

1.3.2.1. La Ley N°2259 y los costos de transacción

La Ley N° 2259, conocida como Ley de Traspaso de Establecimientos Comerciales o Industriales, regula, propiamente la transferencia de la empresa. Es cierto que la Ley usa el término “establecimiento”, al que referiremos en esta tesis como fondo empresarial y que, en buena cuenta

solo requiere estar funcionando o en marcha para ser considerado una “empresa”.

a) Título para la transferencia:

En relación a este punto, como podrá apreciarse, la Ley N°2259 no regula título alguno, sino más bien se circunscribe a la tutela de terceros, generando un mecanismo para que se conozca la intención de traspaso (publicaciones) y estableciendo la solidaridad como instrumento de protección del crédito.

Lo cual nos permite advertir desde ya que la transferencia de empresas se está llevando a cabo mediante un contrato atípico, formado en base a la coligación o correlación de varias relaciones jurídicas, lo cual será desarrollado más adelante.

b) Alcances de la transferencia: del modo y sus efectos (singular o universal)

No se ha regulado un modo único para transferir la titularidad de la unidad de producción, téngase en cuenta. Ello resulta necesario para reducir los costos de transacción, pues de lo contrario van a existir tantos modos como bienes conformantes del establecimiento o fondo empresarial. No existe modo único.

También hemos precisado que los bienes y las obligaciones objeto de transferencia deben ser identificados, pues se trata de una transferencia con efecto singular.

En conclusión, existen varios modos (consentimiento, tradición, cesión de derechos, endoso y entrega, etc.) y un efecto singular en la transferencia.

c) Objeto de registro

No hay un registro sobre los contratos de transferencia del “establecimiento” o de la empresa. No se haya comprendido dentro del Registro Mobiliario de Contratos de la SUNARP, pues este contrato conlleva la transferencia de titularidad definitiva.⁷⁵ No se trata de la cesión temporal o de la afectación de la empresa.

d) Publicidad

La Ley N°2259, en su artículo 1°, prescribe la obligación del transferente y del enajenante, de efectuar publicaciones previamente a la transferencia por el lapso de quince días. Desde el día siguiente de la primera publicación se genera un plazo de treinta días para que los acreedores concurren al domicilio fijado en el anuncio a cobrar su crédito o a dejar constancia de la cuantía del mismo⁷⁶; delimitando con ello el universo de los créditos y la eventual responsabilidad solidaria de ambas partes en el pago de los mismos.

Como puede apreciarse se trata de quince publicaciones, una por día, lo cual, para nuestro tiempo resulta un exceso, pues se tiende a establecer como estándar tres publicaciones con intervalos de cinco días.⁷⁷

⁷⁵ Si bien podría estar comprendida la cesión temporal de algunos derechos, ello no es lo trascendente, pues lo que se busca es la transferencia definitiva de todos los elementos que lo conforman, si respecto de algunos no se tiene una titularidad perpetua, pues se cumple el requisito transmiéndola por lo que resta de su vigencia (por ejemplo, una licencia de marca o el arrendamiento de una maquinaria).

⁷⁶ **“Artículo 1°.-** El dueño de un establecimiento comercial o industrial que desee traspasarlo y el que se propone adquirirlo, deberán publicar avisos durante quince días en el periódico del lugar que esté designado como órgano oficial por la Corte Superior, notificando a los acreedores para que concurren al domicilio que se expresará en los avisos a percibir el importe de sus créditos, o a dejar constancia de su cuantía, dentro del término de treinta días, contados desde el día siguiente a la primera publicación.
La constancia de la existencia de un crédito y de su cuantía se hará por medio de carta notaria o en cualquier otra forma escrita que pueda comprobarlo”

⁷⁷ Véase los artículos 217°, 337°, 335° y 380° de la Ley General de Sociedades previstos para reducción de capital, transformación, fusión y escisión.

e) *Protección de terceros*

Los acreedores son protegidos respecto de la satisfacción de sus créditos instaurándose la responsabilidad solidaria entre el enajenante y el adquirente del “establecimiento” o empresa.⁷⁸

La publicidad logra el objetivo de comunicar la existencia de la intención de enajenar con el objeto de abrir un procedimiento bajo el cual se determinará la existencia, cuantía y exigibilidad del crédito, lo cual determina el universo de obligaciones que habrá que honrar solidariamente. Ello puede generar que algunas sean pagadas inmediatamente, garantizadas o simplemente reconocido el compromiso de pagarse en su oportunidad; sin embargo, no puede dejar de soslayarse que, aunque no haya acuerdo sobre la existencia, cuantía o exigibilidad del crédito, este procedimiento marca el universo máximo respecto del cual concurrirá la responsabilidad del adquirente. Cualquier otro crédito que aparezca después de los treinta días será solo exigible a la parte enajenante.

Cabe acotar, sin embargo, que ante la falta de publicación habrá una sanción o consecuencia para el adquirente; pues su responsabilidad solidaria ante acreencias ocultas o contingentes no tendrá límite y tendrá que responder ante cualquier deuda que pueda hallarse no anotada en los registros contables.⁷⁹

La responsabilidad es solidaria, no existe derecho de oposición, esta se extiende a los créditos no pagados y reconocidos con ocasión de la publicación o cualquiera que pudiera existir (aunque no haya sido

⁷⁸ *“Artículo 2°.- Los traspasos realizados con las publicaciones preceptuadas en el artículo anterior, constituyen responsable al adquirente, solidariamente con el enajenante, de las deudas que consten de los libros del establecimiento; y de las contraídas a favor de las personas que se hayan presentado durante el término fijado en el mismo artículo, siempre que estas deudas sean debidamente comprobadas y que se refieran a operaciones del establecimiento traspasado.”*

⁷⁹ *“Artículo 3°.- Si el traspaso se realiza sin hacer las publicaciones fijadas en el artículo 1°, el adquirente responde solidariamente con el vendedor, de todas las deudas que contraídas antes del traspaso, se refieran a operaciones del establecimiento traspasados.”*

registrado contablemente) si es que no se cumple con hacer las publicaciones conforme a ley.⁸⁰

f) Costo tributario

Si bien la tesis no tiene por objeto tratar el régimen tributario de las transferencias de empresas, no podemos dejar de advertir que existe este costo de transacción regulado de forma inequitativa, tanto en el impuesto a la renta como en el impuesto general a las ventas.

En efecto, cuando se transfiere la unidad de producción a través de la persona jurídica, usando como vehículo las acciones o participaciones correspondientes, el accionista, socio o titular, tributa con la tasa del 5% del impuesto a la renta, empero si una persona natural, titular de una empresa unipersonal, transfiere directamente su unidad de producción tributará con la tasa del 29.5% de impuesto a la renta.

De otro lado, no se brinda a la enajenación directa de empresas el mismo tratamiento que tienen las reorganizaciones societarias (que también importan la enajenación de unidades de producción) respecto del IGV. En efecto, la denominada “compraventa o traspaso de empresa” se encuentra gravada con el IGV, mientras que las transferencias de empresas a través de reorganizaciones societarias se encuentran exoneradas del IGV. Indudablemente este es un costo de transacción que se suma a la existencia de una regulación insuficiente.

g) En síntesis

Está vigente la Ley N°2259 - “Ley de Traspaso de Establecimientos Comerciales e Industriales”, regulación antigua y de inicios del siglo pasado con altos costos de transacción en materia de información y

⁸⁰ *“Artículo 4°.- La responsabilidad solidaria preceptuada por esta ley, podrá hacerse efectiva dirigiendo la acción indistintamente contra uno u otro de los responsables, o contra ambos, y embargado, en cualquiera de esos casos, el establecimiento traspasado u otros bienes de los responsables.”*

publicidad. No se observan definidos a nivel legislativo el título ni el modo de la transferencia de la empresa; tampoco está claro de qué manera opera la supletoriedad del Código Civil Peruano. El registro de comerciantes no tiene ninguna utilidad con relación a este tema. Los operadores del derecho no conocen de la vigencia de la Ley N°2259 - “Ley de Traspaso de Establecimientos Comerciales e Industriales” y, en consecuencia, ignoran como proteger a los acreedores o terceros. La regulación tributaria reduce los costos de transacción respecto de adquisiciones mediante acciones y reorganizaciones de sociedades, pero no contempla un tratamiento promotor o menos costoso para las transferencias de empresas unipersonales o mediante contratos onerosos que transfieren la unidad de producción como si fuera un bien.

Como puede apreciarse, la ley mencionada simplemente tiene cinco artículos, cuatro de los cuales regulan el mecanismo de información y responsabilidad solidaria de acreedores. El último artículo, el quinto, solamente salvaguarda el mérito ejecutivo de los títulos del enajenante en favor del nuevo titular del establecimiento.⁸¹

En otras palabras, no nos explica qué es el contrato de “traspaso de establecimientos comerciales o industriales” ni su naturaleza jurídica, ni su modo de transferencia, ni sus efectos, ni las características de las prestaciones de las partes, ni se pronuncia sobre el saneamiento ni el pacto de no concurrencia; tampoco se establece una regulación clara, general y poco costosa sobre los instrumentos de publicidad e información relacionados con el acto y proceso de transferencia; ello sin perjuicio de examinar la idoneidad del mecanismo de protección de acreedores y el tratamiento tributario correspondiente para que esta modalidad de transferencia sea una opción real y atractiva para el sector empresarial.

⁸¹ *“Artículo 5.- Los títulos ejecutivos contra el enajenante conservaran el mismo carácter contra el adquirente.”*

1.3.2.2. Proyecto Ley Marco del Empresariado

Desde hace varios años se ha venido debatiendo en el Congreso de la República el proyecto de Ley Marco del Empresariado. La etapa más intensa se suscitó entre el año 2002 al 2008⁸². El tema que más controversia ha causado es la regulación del Fondo Empresarial y su vinculación con la empresa, así como la existencia del beneficio de excusión y del privilegio de responsabilidad limitada respecto del Fondo Empresarial. Algunos veían con buenos ojos crear esta alternativa a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, en particular para la Microempresa, otros no estaban seguros de los costos de su implementación y si podía más bien generar más costos de transacción. Lamentablemente este debate tan

⁸² Dentro de la propuesta alternativa Proyecto Ley Marco del Empresariado, se señala que “mediante Ley N°26595, del 20 de abril de 1996, se creó la **Comisión Especial encargada de elaborar el Proyecto de Código de Comercio**, presidida por el Dr. Jorge Muñiz Ziches e integrada por representantes de diversas instituciones, como la Cámara de Comercio de Lima, Facultades de Derecho, Apemipe, Indecopi, Ministerio de Justicia, entre otras.

Posteriormente, por leyes N°26751 y N°26936, se ampliaron los plazos para la elaboración del Código de Comercio.

Si bien es cierto que originalmente se creó la Comisión con la finalidad de elaborar un nuevo Código de Comercio, con la Ley N°26936 se facultó a la Comisión Permanente de Congreso para aprobar el Código de Comercio o **cuerpo legal que lo sustituya**, a propuesta de la Comisión Especial (Ley General de la Empresa). Motivo de debate al interior de la Comisión fue lo relacionado con la estructura que debía tener el nuevo Código de Comercio. Algunos estimaban que éste debía reestructurarse según su texto original, es decir, recopilando todas las normas relativas al ámbito empresarial, similar al Código de Comercio de Colombia; otros, como el Delegado de la CCL, por el contrario, opinaban que debía elaborarse más bien una Ley General de la Empresa, que establezca principios de carácter general, permitiendo que las instituciones jurídicas como las sociedades, títulos valores, reestructuración patrimonial, etc. se sigan regulando por leyes especiales.

Era necesario regular un marco general para la empresa, que ha rebasado al campo comercial y que involucra a todo tipo de organizaciones económicas dedicadas a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios, con o sin fines de lucro.

Se optó finalmente por esta segunda posición, elaborándose un Anteproyecto y Exposición de Motivos, primero **Anteproyecto de Ley General de la Empresa (1998)**, publicitado por la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso; y luego, convertido en **Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado**, fue publicado el 6 de mayo de 1999, siendo ampliamente comentado y debatido por sectores del quehacer empresarial y académico, sin que prospere su promulgación.

En el período legislativo 2001, la Congresista Rosa Florián Cedrón, hizo suyo el Anteproyecto de ley Marco del Empresariado preparado por la Comisión Especial, el mismo que manteniendo su mismo texto inicial, fue presentado al Congreso como Proyecto N°220-2001-CR y fue derivado a la Comisión de Justicia, presidida por el doctor Daniel Estrada Cruz, quien lo hizo suyo, propiciando actualizar su contenido.

Los primeros días de enero de 2002, la Cámara de Comercio de Lima (...) constituyó una Comisión de Trabajo para revisar y actualizar el Proyecto N°220-2001-CR, por encargo del doctor Daniel Estrada Cruz, presidente de la Comisión de Justicia del Congreso. Esta Comisión copresidida por los doctores Pedro Flores Polo, Jorge Muñiz Ziches y Ricardo Beaumont Callirgos e integrada por reconocidos especialistas vinculados al derecho empresarial, manteniendo la esencia del Anteproyecto original, ha reformulado su estructura y modificado su contenido, atendiendo el actual desarrollo de la actividad empresarial en todos sus niveles, propiciada por la modernización económica y tecnológica que caracteriza hoy a nuestra sociedad.

El resultado de esta labor es un documento de trabajo denominado **Proyecto N°220-2001-CR, Ley Marco del Empresariado**, de la Congresista de la República Sra. Rosa Florián (...). Este documento de trabajo, con fecha 23 de abril de 2002, fue presentado por la Cámara de Comercio de Lima, como una contribución de la sociedad civil, a la Comisión de Justicia que preside el doctor Daniel Estrada Cruz.”

Recuperado

de:

http://www.perucamaras.org.pe/pdf/2/1_1_Revision_del_Proyecto_de_Ley_Marco_del_Empresariado.pdf

técnico, que debió desarrollarse fundamentalmente en una Comisión Técnica, no se dio en ese ámbito y se terminó desarrollando en Comisiones Legislativas. Asimismo, influyó el hecho que se formaran paralelamente las Comisiones Técnicas para la elaboración de una nueva Ley General de Sociedades y otra para una nueva Ley de Títulos Valores, que naturalmente no quisieron ceder ni ver absorbida su competencia por la Comisión encargada de elaborar la “Nueva Ley Marco del Empresario”.

La conclusión es que el Proyecto con sus valiosos aportes: marco general de la actividad económica, su regulación sobre Empresa Unipersonal, EIRL, el Fondo Empresarial (incluso referido en la Ley General de Sociedades: arts. 28° y el punto 3 del art. 369°), su registro, transferencia, limitación de responsabilidad, entre otros temas se quedaron sin regulación.

Para no ser infiel con la realidad la propuesta no se cristalizó en ley, no solo por el engorroso y complicado proceso que debe cumplir un Proyecto de Ley, sino porque además el debate técnico no concluyó, a pesar de los esfuerzos de los Asesores de la Comisión originaria y del aporte de la Cámara de Comercio de Lima mediante su propuesta alternativa.

Esta investigación por su objeto de estudio, justamente, pretende absolver las interrogantes pertinentes cuyas respuestas quedaron en el tintero de la Ley o, mejor dicho, en el debate técnico y doctrinario.

1.3.2.3. La transferencia de empresas en la Ley General de Sociedades

La transferencia de empresas que se hallan en la Ley General de Sociedades se manifiestan básicamente bajo dos modalidades: la cesión de las acciones de la sociedad (que puede darse a través de la compraventa, donación, adjudicación o cualquier otro título de transferencia de propiedad) y las reorganizaciones societarias.

En la Ley General de Sociedades, la titularidad de las empresas depende de alguna de las formas societarias ahí previstas, siendo el caso paradigmático el de la sociedad anónima. En ese sentido, veremos cómo la transferencia de las acciones en la sociedad puede implicar dominar y controlar la estructura societaria, cambiando a su vez (desde la entidad) la titularidad de la empresa.

De otro lado, la reorganización societaria, en lo relativo a la transferencia de la empresa se asemeja más a una suerte de permuta de la empresa por acciones de la sociedad beneficiaria (que recibe el bloque patrimonial) o, para el caso, a un aporte de la empresa a una nueva sociedad que se constituye para el efecto o que -preexistiendo- absorbe la empresa que recibe como consecuencia de la mencionada reorganización.

a) La cesión a través de la compraventa de acciones o participaciones societarias

Como puede apreciarse, la tesis ha tratado hasta ahora la transferencia de la empresa (unidad de producción) como bien; sin embargo, cabe que esta se lleve a cabo también a través del cambio de titularidad de las acciones o participaciones de la sociedad, sujeto de derecho, titular de la empresa.

Dado que la forma societaria paradigmática y más utilizada es la sociedad anónima y la forma más frecuente de enajenación es la compraventa de acciones, vamos a desarrollar este punto refiriéndonos fundamentalmente a las ventajas y desventajas de la compraventa de acciones como vehículo para transferir a su vez, la empresa.

En efecto, cuando se transfiere la mayor proporción de las acciones de una sociedad (al menos 50% más 1) o la mayor parte del paquete de una clase de acciones que (siendo minoritario) le confiere el “control de la sociedad”; se habrá, en buena cuenta, transferido la sociedad titular de la empresa.

Ello se produce mediante cualquier contrato que produzca la transferencia de las acciones en propiedad: compraventa, permuta, donación, etc.⁸³ En el caso de la compraventa, el vendedor cumplirá con transferir su tenencia accionaria recibiendo a cambio una contraprestación dineraria. El “modo”, para dar eficacia frente a la sociedad y terceros de la transferencia efectuada, consistirá en comunicar la cesión de derechos a la sociedad para su anotación en la respectiva matrícula de acciones.⁸⁴

a.1. Ventajas de esta modalidad de transferencia

1. Transferencia de la titularidad a un reducido costo de transacción. La transferencia de acciones puede ser muy simple, basta un acuerdo sobre el “bien” y su “precio”. Cuando el bien es la “unidad de producción”, hay un mayor costo en determinar su contenido (cuantos y cuales bienes y si caben obligaciones), cuando el bien es la “acción o las acciones”, el contenido está claramente definido: todos los activos y pasivos, estén o no inscritos en la contabilidad, sean o no conocidos, conforman el patrimonio de la sociedad adquirida.
2. Tiene el efecto similar de una transferencia con efecto universal de la empresa. Sin embargo, cabe resaltar que no se ha producido un cambio

⁸³ La celebración de un contrato mediante el cual se constituye un usufructo sobre un paquete de al menos 50% más 1 acción, podría configurar una transferencia del control y titularidad temporal sobre la sociedad y, por ende, de la empresa; sin embargo, este escenario no lo vamos a analizar, pues se aleja de la materia objeto de esta tesis.

⁸⁴ Ley General de Sociedades, Ley N°26887

“Artículo 93.- Comunicación a la sociedad

Los actos a que se refiere el segundo párrafo del artículo anterior, deben comunicarse por escrito a la sociedad para su anotación en la matrícula de acciones.

Cuando las acciones estén representadas por certificados, su transmisión se podrá acreditar con la entrega a la sociedad del certificado con la constancia de la cesión hecha a nombre del adquirente o por cualquier otro medio escrito. La sociedad sólo aceptará la cesión efectuada por quien aparezca en su matrícula como propietario de la acción o por su representante. Si hubiera dos o más cesiones en el mismo Certificado, la sociedad puede exigir que las sucesivas transferencias se le acrediten por otros medios, observando las formalidades establecidas en la Ley de Títulos Valores.”

Ley de Títulos Valores, Ley N°27287

“Artículo 29.- Título Valor Nominativo

“29.1 El título valor nominativo es aquél emitido en favor o a nombre de persona determinada, quien es su titular. Se transmite por cesión de derechos. Estos títulos carecen de la cláusula ‘a la orden’ y si se consigna no lo convierte en título valor endosable.

29.2 Para que la transferencia del título valor nominativo surta efecto frente a terceros y frente al emisor, la cesión debe ser comunicada a éste para su anotación en la respectiva matrícula; o, en caso de tratarse de valor con representación por anotación en cuenta, la cesión debe ser inscrita en la Institución de Compensación y Liquidación de Valores correspondiente; sin perjuicio de las limitaciones o condiciones para su transferencia que consten en el texto del título o en el registro respectivo.”

de titularidad directa y formal sobre la unidad de producción, pues la sociedad sigue siendo la misma; más bien en el sujeto (accionista) propietario de una cantidad suficiente de acciones que le permite determinar la gestión y control de la unidad de producción. En efecto, si la sociedad anónima "X" ha emitido un total de 100 acciones y se transfieren a otra persona 51 acciones, esta, al controlar la sociedad, estará ejerciendo a su vez, una titularidad efectiva sobre la empresa.

3. Pueden adecuarse las particularidades de la operación mediante la autonomía privada; los costos de formalización son bastante sencillos, sin embargo, cuando las operaciones son de mayor magnitud resultan más complejas por lo cual, nada impide pactar la exclusión de algún activo o pasivo, una cláusula de no competencia o establecer una cuenta escrow en el contrato de transferencia de acciones.

a.2. Desventajas de esta modalidad de transferencia

1. El adquirir contingencias y pasivos desconocidos. En contrapartida a la ventaja arriba señalada, la consecuencia de adquirir acciones suficientes para controlar una sociedad conlleva en realidad, adquirir la titularidad de un sujeto de derecho que viene con su propio patrimonio (activo y pasivo) siendo su principal riesgo que en el camino empiecen a aparecer o evidenciarse pasivos no considerados o de existencia desconocida.
2. El tener que incorporarse a un grupo de accionistas para compartir la dirección de la sociedad. A diferencia del contrato de compraventa de empresa, en el que se desplaza solo el bien (unidad de producción) del transferente al adquirente, sin que los sujetos varíen su estructura o composición; el contrato de compraventa de acciones o participaciones sí afecta la estructura de la sociedad, pues su composición va a variar; habrá que entenderse con personas nuevas en la Junta General y quizá en el Directorio.

Vale decir, aparecen nuevos costos de transacción relacionados con la posibilidad de coordinar y establecer acuerdos entre personas que pueden tener diferentes perspectivas, opiniones y pareceres sobre objetivos, políticas, estrategias, presupuestos, actividades relacionadas con la empresa.

3. Mayores costos de transacción para el caso de las participaciones de la sociedad. Si bien, hemos señalado que nuestro análisis se iba a centrar fundamentalmente en el caso de las acciones, no podemos dejar de advertir que a diferencia de la transferencia de acciones, para el caso de las participaciones existen mayores costos de transacción, pues deberá formalizarse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro Público; a esos costos, además, deberán agregarse las dificultades y procesos que puede conllevar el superar las limitaciones o restricciones a la transferencia de dichas participaciones (generalmente derechos de adquisición preferente o autorizaciones previas de ciertos órganos).

b) La transferencia de la empresa a través de la Reorganización Societaria

La reorganización societaria tiene su propio mundo y una serie de aspectos que exceden sobradamente a la materia de esta tesis, por ello vamos a referirnos solamente a aquellos temas o supuestos que se presentan en la transferencia definitiva de empresas y que exponen soluciones a problemas análogos; pues, una cosa es el o los actos corporativos por los cuales se van a producir una serie de consecuencias (entre ellas la transferencia de una empresa) y otra cosa es el “contrato de compraventa de empresa” que hemos optado por llamarla durante el desarrollo de la tesis “contrato de transferencia definitiva de empresa”.

Como se puede desprender de lo referido líneas arriba, la reorganización societaria, al conllevar una transferencia de bloques patrimoniales⁸⁵, puede comprender la transferencia de una empresa. En efecto, los bloques patrimoniales, objetos de transferencia, pueden conformar o formar parte de una unidad de producción. Lo cierto es que, al tratarse de una transferencia con cierta magnitud, ello va a tener una serie de implicancias en el aspecto corporativo: la intervención de diversos órganos (Gerencia, Directorio, Junta General), la modificación de sus estatutos, la modificación de sus patrimonios y por tanto, la reconfiguración de sus estados financieros, una nueva fotografía de la composición accionaria, generalmente un nuevo grupo de control, cambios en la administración y la plana gerencial, nuevas formas de operar, la desaparición de ciertas líneas o jefaturas y el aprovechamiento de sinergias.

El contrato de transferencia definitiva de empresa podría también comprender algunas de estas exigencias corporativas si se celebra entre dos sociedades; como carecer de ellas si se celebra entre dos empresarios unipersonales. Empero, incluso en estos casos, la transferencia definitiva de la empresa, tratada en esta tesis, tiene aspectos comunes con la reorganización societaria, según podemos apreciar de este texto de Garrigues, citado por Hernández (2003), cuando comenta en términos generales que el aporte de una empresa es una modalidad de transferencia de la misma.

En relación con la transferencia de una empresa **–y el aporte de empresa es una forma de transferencia–**, Garrigues señala que “Las características de la transmisión de una empresa comercial

⁸⁵ El artículo 369°, ubicado en el Título III sobre Escisión de la Sección Segunda de la Reorganización de Sociedades del Libro Cuarto: Normas Complementarias de la LGS, establece lo siguiente:

“Artículo 369.- Definición de bloques patrimoniales

Para los efectos de este Título, se entiende por bloque patrimonial:

1. *Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida;*
2. *El conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida; y,*
3. *Un fondo empresarial”.*

Este es la única norma que define el concepto de bloque patrimonial para la LGS.

son: 1°) Que no se transmite como universalidad, es decir, como un objeto único, sometido a reglas unitarias, sino como un conjunto heterogéneo de cosas, derechos y relaciones de puro hecho, cuya respectiva transferencia está sometida a reglas peculiares. 2°) Que es esencial a la transmisión la existencia de una organización y de relaciones de hecho (en otro caso no se trataría de transmitir una empresa, sino un almacén de mercaderías, o una fábrica improductiva, o las instalaciones de unas oficinas comerciales). 3°) Que, por el contrario, no es esencial la transmisión de un patrimonio mercantil (cosas, derechos), puede tratarse de una empresa cuyos elementos materiales estén destruidos o arruinados sus medios económicos". Mientras exista organización y unas expectativas, habrá empresa. (p.1213) (Resaltado agregado)

Cabe comentar que el texto de Garrigues es totalmente apropiado para los casos de reorganización simple y escisión, caracterizadas por la transferencia a título singular; más cuando se trata de una fusión, cabe precisar que sí hay una transferencia de la empresa a título universal y que, en cualquier caso, la transferencia de una empresa (que produce la concentración o absorción de una organización por otra) podría producir sinergias; aspecto que retomaremos más ampliamente líneas abajo.

Ahora bien, como es apreciable, en ambos casos, tanto en la reorganización societaria como en la transferencia definitiva de la empresa, ocurre una situación similar: hay un desplazamiento de un "bien complejo" de un sujeto a otro, pero ¿qué es lo que diferencia la transferencia mediante una reorganización societaria y el contrato de transferencia definitiva de empresa?

Sin duda, se pueden establecer muchas diferencias: actos corporativos vs un contrato de cambio (sea típico o "atípico" formado por contratos coligados), agregar que el bloque patrimonial no siempre es una "unidad de

producción”, pero consideramos que esencialmente la diferencia fundamental es que en la reorganización societaria (tanto en la fusión, como en la escisión y la reorganización simple), el bloque patrimonial (la empresa) es cambiado por acciones o participaciones⁸⁶, mientras que en la transferencia definitiva de empresas existe una contraprestación dineraria.

Habiendo establecido lo que tienen en común y lo que diferencia a las figuras que se comparan, queremos enfocarnos a continuación en las respuestas dadas por el legislador a ciertos temas que consideramos básicos para que opere la transferencia de la empresa.

De esta manera vamos a poder observar cómo el legislador -ante figuras que también conllevan la transferencia de empresas- ha resuelto los siguientes problemas: los alcances de la sucesión o transferencia patrimonial (a título singular o a título universal); cómo se publicita el acto de transferencia de empresa; como se protege a los acreedores; cuál es el objeto de registro y cuándo entra en vigencia el acto de transferencia de empresa.

b.1. Aspectos básicos de las formas de Reorganización Societaria

Para los efectos de este punto, hemos considerado mencionar y desarrollar cinco aspectos que han generado respuestas del ordenamiento jurídico con el fin de simplificar, reducir costos de transacción y neutralizar las externalidades (daños a terceros). Estos aspectos básicos nos permitirán reflexionar sobre las respuestas que hemos venido dando a este tema según nuestro marco teórico.

Dichos aspectos son los siguientes:

⁸⁶ En efecto, los nuevos paquetes de acciones emitidos, como consecuencia de la reorganización, son entregados a los accionistas tanto en la fusión como en la escisión, salvo en el caso de la reorganización simple, en que las acciones emitidas son entregadas a la sociedad que segregó su bloque patrimonial (empresa) para aportarlo a la sociedad emisora.

- **Los alcances de la transferencia (singular o universal)**

En la reorganización de sociedades se advierte que coexisten dos modos en que se transfieren las unidades de producción: una con efecto singular y otra con efecto universal. En cuanto a la primera se presenta en la escisión y la reorganización simple⁸⁷ y, la segunda, en la fusión.

La fusión es pues, un título que conlleva un modo de transferencia universal ineludible, dado que, el proceso implica vaciar patrimonialmente una o más personas jurídicas en beneficio de una sociedad, sea por incorporación o absorción⁸⁸. Este proceso conlleva una concentración patrimonial de una persona jurídica, que recibe todos los activos y pasivos de las otras, que al quedarse sin elemento patrimonial que les permita operar no tienen más remedio que extinguirse.

La fusión genera una sucesión universal en favor de la sociedad beneficiaria, semejante a la que puede tener un heredero de su causante.

Es menester precisar que los activos y pasivos transferidos a la sociedad beneficiaria comprenden no solo los que hubieren sido registrados contablemente, sino también aquellos que hubieren estado ocultos y que se descubran con posterioridad al proceso de fusión. Vale decir, la información contable no circunscribe el conjunto del bloque patrimonial transferido, sino simplemente este es referencial.

En la escisión y reorganización simple, la trasmisión del bloque/s patrimonial/es opera/n a título singular. En tal sentido, cuando en estos casos se hace referencia a un acto de transferencia patrimonial “en bloque”, ello no alude a una sucesión universal (como en el caso de la fusión), sino que en este caso se refiere a una separación o división del patrimonio “en

⁸⁷ También se presenta el título singular en el simple aporte, cuando se trata de la transferencia de una “unidad económica o fondo empresarial”. (Véase el segundo párrafo del artículo 28° de la Ley General de Sociedades).

⁸⁸ Art. 344° de la Ley General de Sociedades.

dos o más bloques”⁸⁹ (identificando a los elementos que lo componen) para ser transferidos a las sociedades que se beneficiarán de dicha operación.

En buena cuenta, la relación que se confeccione del activo y pasivo, que corresponde a cada una de las unidades económicas, circunscribirá el conjunto o elementos del bloque patrimonial que están siendo transferidos. Ni el activo ni el pasivo oculto corresponderán a la sociedad beneficiaria de la escisión o reorganización simple.

En conclusión, la transferencia definitiva de la empresa comparte con la escisión y la reorganización simple la característica de ser una transferencia a título singular. Aspecto que plantea retos a la problemática de protección a los acreedores.

- **Protección a los acreedores y terceros**

Cuando se trata de desplazamientos patrimoniales significativos, generalmente relativos a empresas o unidades de producción, el legislador ha contemplado mecanismos especiales de protección a acreedores o terceros, como: el derecho de oposición o la solidaridad para proteger a los terceros o acreedores del fraude⁹⁰.

En el caso de la fusión⁹¹ y escisión⁹² el mecanismo mediante el cual los acreedores pueden protegerse ante los efectos de los acuerdos que aprueban dichos actos, es el llamado derecho de oposición. En tal sentido, al no hallarse garantizado su crédito, el acreedor puede oponerse al referido acuerdo.

⁸⁹ El bloque patrimonial puede estar conformado por solo un activo, por un activo y un pasivo, por un conjunto de activos, por un conjunto de activos con un pasivo, por un conjunto de activos y pasivos, por un activo y un conjunto de pasivos; así como, por un fondo empresarial. No se considera solo pasivos. (Según el artículo 369° de Ley General de Sociedades)

⁹⁰ Sobre el particular, el Código Civil Peruano brinda protección a los acreedores contra el fraude de su deudor a título oneroso o gratuito. Entre estos mecanismos de defensa a favor del acreedor tenemos a: (i) La acción de nulidad del acto simulado (Art. 193°); (ii) La acción pauliana (Art. 195°); y, (iii) La acción oblicua (Art. 199°).

⁹¹ Art. 359° de la Ley General de Sociedades.

⁹² Art. 383° de la Ley General de Sociedades.

En el caso de la reorganización simple, la LGS no contempla el derecho de oposición, ni mecanismo alternativo de protección a los acreedores, bajo el supuesto que el valor del bloque patrimonial transferido (a título de aporte) a otra sociedad tiene el mismo valor que el paquete de acciones que se le está entregando en contraprestación a la sociedad. En consecuencia, se sostiene que al no existir una reducción patrimonial de la sociedad “falsamente escindida”, no procede el derecho de los acreedores a ser tutelados.

En ese sentido, la sociedad que realiza los aportes mantiene sus deudas con los terceros, solo que en el activo existe un nuevo elemento patrimonial: las acciones emitidas por la sociedad beneficiaria, cuyo valor equivaldría a los elementos patrimoniales transferidos.

No obstante lo señalado, en la doctrina han surgido posiciones que reclaman que este mecanismo de tutela igual debería contemplarse para acreedores y terceros; pues estos no intervienen en el proceso de valorización de los activos y las acciones entregadas en contraprestación pueden tener menos liquidez que los activos transferidos dificultando la satisfacción del crédito; ello sin perjuicio que se les está privando de un mecanismo que desincentiva el fraude.

En conclusión, consideramos que en la transmisión definitiva de la empresa deben contemplarse estos mecanismos de tutela a los acreedores o terceros; puesto que, al tratarse de operaciones de magnitud, se incrementa la exposición del riesgo o de fraude para los acreedores. Indudablemente la existencia de la oposición dependerá de la importancia que se otorga al registro.

- **Publicidad del acto de transferencia**

Convocatoria e información a la Junta General de Accionistas

La convocatoria informa de la existencia de un proceso que debe culminar con un acuerdo de Junta General de Accionistas o Socios, lo cual conlleva a poner a disposición de los socios, acreedores y terceros los documentos pertinentes. Estos desde el punto de vista patrimonial son: los estados financieros de las sociedades participantes, relación de bloques patrimoniales, la relación de canje entre acciones y participaciones; así como aspectos corporativos entre los que se encuentran: la modificación de estatuto, cambio de directores y gerentes, nueva composición social o accionarial con los porcentajes de acciones correspondientes.

Los requisitos para convocar a Junta General de Accionistas o Socios son similares para fusión y escisión⁹³; si bien, para el caso de reorganización simple la LGS no menciona nada al respecto, se aplican estas mismas exigencias en lo que fueren pertinentes.

En conclusión, podemos rescatar -a efectos de la transferencia definitiva de la empresa- la necesidad de entregar la información financiera e identificar los elementos patrimoniales que configuran unidades de producción que son objeto de transferencia. En este caso no será necesaria una relación de canje, puesto que la contraprestación estará dada por el dinero que va a pagar el adquirente de la empresa.

⁹³ **Fusión (Art. 350° de la LGS):** “el proyecto de fusión, estados financieros auditados del último ejercicio de las sociedades participantes, el proyecto de pacto social y estatuto de la sociedad incorporante o de las modificaciones a los de la sociedad absorbente y la relación de los principales accionistas, directores y administradores”.

Escisión (Art. 375° de la LGS): “el proyecto de escisión, estados financieros auditados del último ejercicio de las sociedades participantes, el proyecto de pacto social y estatuto de la sociedad escindida, el proyecto de pacto social y estatuto de la nueva sociedad; o, si se trata de escisión por absorción, las modificaciones que se introduzcan en los de las sociedades beneficiarias de los bloques patrimoniales, y la relación de los principales socios, directores y administradores”.

Publicación⁹⁴ del acuerdo de reorganización societaria

Tanto en la fusión⁹⁵ como en la escisión⁹⁶, hay norma expresa que dispone que los acuerdos deben ser publicados en tres ocasiones, con intervalos de cinco días entre cada publicación.

Si bien lo concerniente a la publicidad del acuerdo de reorganización simple no está expresamente regulado en nuestra LGS, podemos hacer extensivo nuevamente, el tratamiento que se les da tanto a la fusión como a la escisión, puesto que, de la misma manera, se trata de una transferencia patrimonial que pudiera ser de interés para terceros.

En nuestro concepto, este requisito resulta también adoptable en una propuesta legislativa, puesto que resulta necesario informar a los acreedores y terceros de la próxima entrada en vigencia de la transferencia de la empresa.

Aspecto trascendental para tutelar los intereses de acreedores y terceros, puesto que si el mecanismo de tutela fuere el derecho de oposición (al igual que la reorganización societaria), esta información permitirá activarlo y ejercer dicho derecho oportunamente; pero si, por otro lado, el mecanismo de tutela fuere el de la solidaridad, que vincula tanto transferente como adquirente frente a acreedores y terceros, igualmente será menester conocer desde cuando se activa la posibilidad de exigir a cualquiera de los dos (transferente o adquirente) la satisfacción de los créditos u obligaciones incumplidas.

⁹⁴ Ley General de Sociedades.

“Artículo 43.- Publicaciones. Incumplimiento

Las publicaciones a que se refiere esta ley serán hechas en el periódico del lugar del domicilio de la sociedad encargado de la inserción de los avisos judiciales.

Las sociedades con domicilio en las provincias de Lima y Callao harán las publicaciones cuando menos en el Diario Oficial El Peruano y en uno de los diarios de mayor circulación de Lima o del Callao, según sea el caso (...).”

⁹⁵ Art. 355° de la Ley General de Sociedades.

⁹⁶ Art. 380° de la Ley General de Sociedades.

- **Objeto de registro**

En materia de reorganización societaria hay dos ámbitos que se remiten al registro:

- (i) Lo referido al acto corporativo de la reorganización, que incluso puede generar, en su caso, la constitución de una nueva sociedad, un aumento o una reducción de capital, así como las modificaciones estatutarias que se inscribirán en las partidas registrales respectivas de las sociedades participantes y dentro del registro de personas jurídicas; y,
- (ii) Lo referido a la transferencia de bienes particulares que gozan de inmatriculación en el registro (como el Registro de Propiedad Inmueble⁹⁷ y el Registro de Bienes Muebles⁹⁸), serán objeto de inscripción en base al título relacionado con la reorganización societaria.

Análogamente, para la transferencia definitiva de la empresa se podría plantear: la inscripción del contrato de transferencia en el registro de personas (naturales o jurídicas) y la transferencia de elementos patrimoniales que tengan acceso al registro especial de bienes.

- **Entrada en vigencia del acto de transferencia**

En la fusión⁹⁹, escisión y reorganización simple, la materialización de dichas transferencias coincidirá con la fecha de vigencia del acuerdo de reorganización que aprueba dichos actos. Con lo cual, entendemos que la transferencia patrimonial se producirá con ocasión del consentimiento expresado por los órganos respectivos de las sociedades participantes en

⁹⁷ Dentro del Registro de Bienes Inmuebles encontramos a: (i) Registro de Predios; (ii) Registro de Concesiones para la Explotación de Servicios Públicos; y, (iii) Registro de Derechos Mineros.

⁹⁸ Dentro del Registro de Bienes Muebles encontramos a: (i) Registro de Propiedad Vehicular; (ii) Registro Mobiliario de Contratos; (iii) Registro de Naves y Aeronaves; y, (iv) Registro de Embarcaciones pesqueras y buques.

⁹⁹ Sin embargo, es de advertir que, no obstante, este carácter *ad probationem* de la formalidad que permite su entrada en vigencia en la fecha fijada en los acuerdos de fusión, sin que se hubiere elevado a Escritura Pública o producida su inscripción.

dichos actos, aun cuando quede por formalizar la entrega efectiva de algunos bienes singulares.

En el caso de la transmisión definitiva de la empresa, desde luego en el contrato se determinará la entrada en vigencia del mismo y la fecha para el cumplimiento de todas las prestaciones que hagan posible y completen la transferencia de la unidad de producción. Ello es una consecuencia que no se haya establecido un “modo único” (teoría del modo universal) sino que cada bien comprendido en la empresa mantenga su propia singularidad (teoría del modo atomista).

Sobre el particular, queda claro que el acuerdo del transferente y adquirente será el que determine la fecha de entrada en vigencia de la transferencia definitiva de la empresa, al margen de si se proponga su inscripción en registros públicos.

c) En síntesis:

- a. La transferencia de una cantidad o “paquete de acciones” que cruce el umbral del 50% más uno suscritas con derecho a voto o, en su caso de participaciones conlleva indudablemente la transferencia de la empresa de la cual es titular la sociedad.
- b. La transferencia de la empresa a través de las acciones de la sociedad parece muy sencilla y menos costosa pues consiste simplemente en celebrar uno de los contratos que conlleva la transferencia de la propiedad, por ejemplo, la compraventa y comunicar la cesión de derechos a la sociedad. Sin embargo, ello no evita que la operación pueda volverse más compleja, tanto en su etapa previa como en la de ejecución. El propio contrato puede incluso establecer exclusiones de activos y pasivos, contener cláusulas de no competencia y pactar una cuenta *escrow*.

- c. Aparentemente la transferencia de la empresa a través de las acciones parece sumamente conveniente cuando de sociedades anónimas se trata; sin embargo, cabe recordar que ello implica adquirir todas las contingencias patrimoniales y pasivos ocultos que pueda tener la sociedad.
- d. La figura de la transferencia definitiva de empresas, si bien conlleva un cambio de titularidad, tiene características propias que la diferencian de la reorganización societaria, pues no se trata de actos corporativos sino de un contrato de cambio que involucra a una unidad de producción, en la cual la contraprestación no consiste en acciones o participaciones, sino en dinero.
- e. Las tres formas de reorganización societaria establecidas en nuestra LGS pueden transferir también unidades de producción, lo cual ha obligado a establecer una serie de soluciones normativas frente a temas trascendentales que derivan de la transferencia de una empresa, tales como: los alcances de la transmisión, la protección de acreedores y terceros, la publicidad del acto de transferencia, el objeto de registro y la entrada en vigencia del acto de transferencia. Las mismas que deberán tomarse en cuenta al momento de legislar sobre la transferencia definitiva de la empresa.
- f. La LGS resuelve la problemática de la transferencia de empresas mediante la cesión de las acciones o participaciones. No se contempla la cesión global del activo y pasivo, como en la legislación española, que podría ser un mecanismo para la enajenación directa de las unidades de producción; por la especialidad de la materia regulada, tampoco hay una solución para las personas naturales que operan empresas (empresas unipersonales).

1.3.3. Conclusiones

- a. Se han identificado los diversos tratamientos al tráfico jurídico de empresas a nivel comparado, diferenciando el tratamiento que se le brinda al objeto de la transferencia como empresa (si es que se concibe como unidad de producción) o como fondo empresarial (si es que se concibe a la empresa solo como una actividad económica).
- b. De las siete regulaciones extranjeras, dos entre las más modernas optan por definir a la empresa como el objeto del tráfico jurídico, mientras que cinco optan por referirse al fondo empresarial (sea denominándolo establecimiento, hacienda mercantil, fondo de comercio o globalmente activo y pasivo) para este efecto. La Ley N°2259 se alineó en esta última posición.
- c. En la legislación extranjera que se consideró que el objeto de transferencia era el aspecto patrimonial (establecimiento, hacienda mercantil, fondo de comercio o globalmente activos y pasivos) se consideró que la empresa era una actividad; no se ha encontrado que alguna considere que la naturaleza jurídica de la empresa sea la de un sujeto de derecho.
- d. Todas las leyes extranjeras consideran que la compraventa es el título apropiado para la enajenación sea de la empresa o del fondo empresarial; solo en el caso de España se presenta un título alternativo: la cesión global del activo y pasivo.
- e. El modo seleccionado por cuatro legislaciones estudiadas le dan ese valor a la escritura pública. Uno es con la inscripción al Registro Mercantil (de sociedades), otra es con el consentimiento y otra es el aviso comunicando el cambio de titularidad.
- f. En general, en la legislación, la transferencia definitiva de la empresa será con efecto singular; sin embargo, se encuentra al menos tres casos de transferencia de la empresa con efecto universal, en particular cuando son las sociedades las que enajenan.

- g.** En materia registral lo que se aprecia es que se publicita la enajenación de la empresa, inscribiéndola en el registro personal, el de sociedades y en el caso de Panamá no se inscribe en el registro.
- h.** Para el caso de publicidad, se usa el mismo registro personal, así como los avisos en los diarios oficiales y diarios de circulación masiva.
- i.** Se han encontrado básicamente dos mecanismos de protección: el derecho de oposición y la solidaridad.

La oposición tiene a su vez, dos variantes: una es la oposición a que se inscriba la compraventa en el registro (lo cual es útil cuando el modo está vinculado al registro) y en otro caso, la oposición es que se pague al enajenante el precio, sin haber pagado previamente ni haber brindado garantías suficientes a los acreedores.

- j.** La Ley N°2259 no regula apropiadamente el objeto de la transferencia que es la empresa mercantil. No prescribe un título específico para lograr la transferencia de la empresa, dejando en la atipicidad esta operación mercantil, asimismo, al no establecer un modo único permite la existencia de tantos modos como bienes conformantes del establecimiento o fondo empresarial, plasmándose una transferencia con efecto singular. En materia de publicidad formal no se establece un registro sobre los contratos de transferencia del “establecimiento” o de la empresa, se regula un exceso de avisos de transferencia en medios de prensa masivos. Se establece responsabilidad solidaria como mecanismo de protección de los acreedores.
- k.** La Ley Marco del Empresariado puso en el centro del sistema del derecho mercantil a la empresa, al fondo empresarial y la regulación de los actos y contratos que se relacionaban con ello; sin embargo, no se cristalizó en una norma legal, no obstante, la noción de fondo empresarial sería recogida en la Ley General de Sociedades, con

ocasión de definir lo que es un bloque patrimonial, así como su saneamiento.

- I. La Ley General de Sociedades regula dos mecanismos de transferencia de empresas: la cesión de acciones y los contratos de reorganización societaria. Estas figuras aportan una serie de elementos, mecanismos o procedimientos que son comunes con la transferencia de la empresa como unidad de producción (tales como: publicaciones, tutela de terceros, publicidad registral, formalidades), los cuales serán útiles en la elaboración de la propuesta legislativa.
- m. Sin perjuicio de lo mencionado, las personas naturales que operan empresas (empresas unipersonales) no hallan en el escenario de la LGS una solución a la problemática de la transferencia de su unidad de producción; pues, al no hallarse constituidas como sociedades no tienen acciones o participaciones que transferir.

1.4. Orientación jurisprudencial entorno a la aplicación normativa

Como se ha señalado en el estado actual de la doctrina y de la legislación peruana, existen una serie de vacíos que curiosamente se manifiestan también en la jurisprudencia. De ahí que la jurisprudencia que hemos encontrado no tenga una relación directa con el tema. En efecto, no hemos hallado producción jurisprudencial en torno a los tres temas planteados: i) concepto, naturaleza jurídica; ii) transferencia y utilidad; y, iii) propuesta normativa.

Lo que hemos tenido a nuestro alcance se relacionaba con la venta de locales comerciales, con la transferencia de acciones y no propia ni directamente con la materia que pretendemos desarrollar.

Es nuestra aspiración poder brindar los nuevos conocimientos así como el planteamiento normativo que podrían ser útiles, en su momento, para

resolver en el futuro, los conflictos en la vía judicial, arbitral o administrativa que plantee el tráfico de las empresas.



CAPÍTULO II.- TOMA DE POSTURA TESIS

2.1. Análisis, interpretación de la información

Subcapítulo I.- La empresa: Concepto y naturaleza jurídica

El primer problema principal ha sido formulado de la siguiente manera: ¿Qué es la empresa, cuál es su naturaleza jurídica y cuáles son los elementos que la integran? Ello significa tocar puntualmente los siguientes temas: i) concepto; ii) naturaleza jurídica; y, iii) elementos; los que serán desarrollados en este subcapítulo son los señalados en el punto i) y ii) y dejaremos el tratamiento del punto iii) para el siguiente subcapítulo.

En ese orden de ideas, el presente subcapítulo tiene por finalidad distinguir y esclarecer cuál es el alcance y utilidad del concepto y cuál el de la naturaleza jurídica de la empresa. Debemos advertir que el desarrollo de esta parte se ha ido madurando a través de varios trabajos publicados por el autor, basándose fundamentalmente en el artículo denominado “La naturaleza jurídica de la empresa” (2018) y, en menor medida, en el artículo denominado “Patrimonio Social - Capital y Aporte” (2003).

Cabe adelantar que el concepto nos brindará una definición de la realidad y, la naturaleza jurídica nos permitirá descubrir la categoría afín en la que puede clasificarse nuestro objeto de estudio.

¿Cuál es la utilidad de esta labor? El poder contestar y solucionar problemas bajo un marco teórico coherente.

Al esclarecer en este subcapítulo el concepto de empresa y su naturaleza jurídica, nos referiremos asimismo a su relación con el Fondo Empresarial, pues hay muchas referencias aisladas o someras al tema sin conocer realmente cómo se vincula esta institución con el fenómeno empresarial.

Cabe solo adelantar al respecto que el Fondo Empresarial es el elemento patrimonial de la empresa y como tal es ineludible su relación con la transferencia de aquella, al ser parte del todo. Sin embargo, este elemento (el Fondo Empresarial) cobra un rol protagónico y autosuficiente solo si en el ordenamiento jurídico en el cual se regula a la empresa, esta no es pasible de tráfico jurídico (al no considerársele un “bien”).

En efecto, para los sistemas jurídicos en los que la empresa es concebida como una mera “actividad”, solo es susceptible de transferencia definitiva su “elemento patrimonial”, conocido como “hacienda mercantil”, “fondo de comercio” o “Fondo Empresarial” según el Proyecto de Ley Marco del Empresariado. En cambio, en aquellos sistemas en los que la empresa es identificada con la “unidad de producción” o, mejor dicho, con la **“organización unida al elemento patrimonial”**, se entiende que la transferencia abarcará algo más importante que el elemento patrimonial, de allí que la atención se centre en el tráfico jurídico de la **empresa** (ya que el Fondo Empresarial no es más que un elemento que la conforma).

A continuación, emprenderemos la ardua tarea de esclarecer el concepto y naturaleza jurídica de la empresa y la distinción del Fondo Empresarial.

1. Concepto y características del concepto

Desde nuestro punto de vista la empresa es una organización de los recursos de capital y trabajo destinada a la producción, distribución o prestación de bienes o servicios para el mercado.

Este concepto nos conduce a tener que asumir algunas posiciones, que derivan de su propia definición, frente a varias corrientes y puntos de vista distintos; tanto en lo que corresponde a sus aspectos generales como a sus elementos esenciales. Ahora pasaremos a analizar cada una de las características del concepto:

1.1. Identidad del concepto económico y del concepto jurídico

Algunos miembros de la doctrina creen que pueden existir dos conceptos diferentes, uno en el plano jurídico¹⁰⁰ y otro en el plano económico, para un mismo fenómeno de naturaleza justamente económica.

Tal y como lo señala Garrigues (1984), ello ha llevado en España a enfrentar las posiciones de Broseta Pont con Fernández Novoa:

Por una parte, se sostiene (Broseta): 1°. Que existe un concepto jurídico unitario de la empresa, el cual no sólo coincide, sino que tiene que coincidir necesariamente con el concepto económico de la misma, si no se quiere caer en el puro conceptualismo, 2°. Que cuando los autores niegan la posibilidad de establecer un concepto jurídico unitario de la empresa, lo que hacen es confundir el problema del concepto con el de la naturaleza jurídica. En efecto, existe un concepto jurídico unitario de empresa, pero la empresa no constituye una realidad con naturaleza jurídica unitaria.

Por otra parte, se afirma (Fernández-Novoa): 1°. Que el concepto jurídico de la empresa no puede confundirse con el concepto económico de la misma, porque la ciencia jurídica no puede utilizar directamente conceptos económicos. 2°. Que existe un concepto jurídico unitario de la empresa, el cual, sin perder su unidad, ofrece tres aspectos o dimensiones distintos: dimensión subjetiva o dinámica (la empresa es la actividad del empresario), dimensión objetiva o estática (la empresa constituye un bien inmaterial resultado de la actividad del empresario), y dimensión interna o

¹⁰⁰ Según José María Codera (1982) "El concepto jurídico de empresa ha sido muy debatido. Algunos autores la han considerado como un patrimonio separado, otros como una universalidad de cosas, también se le ha considerado como una organización de bienes materiales e inmateriales, y, últimamente, como la actividad desarrollada por el empresario para obtener el fin propio de la misma. No debe confundirse con el establecimiento mercantil, ya que una misma empresa puede tener diversos establecimientos." (p. 117)

personal (la empresa es una comunidad de personas formada por el empresario y los trabajadores). (p. 175)

No consideramos que puedan existir dos conceptos: uno jurídico y otro económico. Existe un solo concepto, que es el que nos muestra la propia realidad, probablemente la ciencia económica tenga más facilidad para describir este fenómeno dada la intrínseca naturaleza del fenómeno empresarial; pero ello no puede llevar a los juristas a pretender crear en una suerte de “laboratorio” un concepto lejano a lo que la propia realidad nos muestra. Ello entraría en contradicción con uno de los métodos del Derecho Mercantil el de “atenta observación de la realidad”, tal como es denominado por Broseta Pont.¹⁰¹

En ese sentido coincidimos con Manuel Broseta Pont (1965) cuando señala:

“creemos que pueden obtenerse dos conclusiones. La primera es que si desde un punto de vista económico la empresa es *organización de capital y de trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o de servicios para el mercado*, el concepto jurídico de empresa debe coincidir necesariamente con el económico. O que, en definitiva, el mismo concepto, poseyendo análogo contenido, es válido para el Derecho. Porque *el concepto jurídico* de los entes o fenómenos de la vida social es simplemente la representación de la realidad que, a efectos de su regulación, acepta el legislador en sus disposiciones normativas. Y ¡qué duda cabe de que esta representación y su correlativo concepto ha de coincidir con lo que el fenómeno o el ente es en la realidad! Cuando el legislador se refiere a la empresa, no puede ni debe referirse a cosa distinta de lo que es ésta en la vida social. Como cuando el

¹⁰¹ Manuel Broseta (1965) señala que “GARRIGUES lo llama simplemente ‘método de observación de la realidad económica’, mientras que ROCCO lo llama ‘investigación técnica y económica’”. (p. 165)

legislador menciona a la familia, tan sólo puede referirse a lo que en la vida social de la comunidad es la familia. Por tanto, detrás de la invocación o de la mención de la empresa o de la familia en las disposiciones normativas, está presente un *concepto jurídico* de una y otra. Y este concepto no puede ni debe diferir de lo que una y otra es en la realidad”. (p. 176)

Del mismo modo, ya se había pronunciado el jurista alemán Gierke: “La doctrina debe postular un concepto jurídico que, partiendo del económico, defina y comprenda a la empresa en forma unitaria, postulando un concepto que sea válido y aplicable para todas las disciplinas jurídicas”. (Broseta Pont, 1965, p. 104)

Hay que aceptar que pueden existir diversos conceptos, pero el principal es el que viene de la realidad, en el caso de la empresa, el económico es el concepto con relevancia jurídica. Nada descarta que en base a este concepto se puedan ir creando supra conceptos, vale decir, conceptos en base a categorías jurídicas que van reemplazando a elementos de la realidad con el fin de ubicar dicha noción en conceptos cada vez más generales. ¿La utilidad de ello? El poder ubicar soluciones a los problemas que puedan surgir en la práctica. Por ejemplo: es muy útil saber que una casa es un bien inmueble y que, por lo tanto, podemos pedir un préstamo hipotecario para adquirirla gravándola con dicha garantía real.

Cuando se analiza la naturaleza jurídica uno va avanzando en supra conceptos, por ejemplo: el contrato. ¿Qué es el contrato? Es el término con que reconocemos en doctrina al acuerdo de dos o más personas para crear una relación jurídico patrimonial, pero también podemos definirlo en base a categorías jurídicas diciendo que es un acto jurídico plurilateral que crea una relación jurídica patrimonial. Uno es un concepto y el otro un supra concepto. En todo caso, la validez del supra concepto dependerá que la base (el concepto) describa adecuadamente la realidad, pues si la estructura es mala

toda la construcción jurídica puede llevar a extravíos en la doctrina, la jurisprudencia y en no pocos casos al legislador.

En conclusión, el concepto de empresa debe ser uno, no puede diferir el concepto económico del concepto jurídico. Por eso hemos adoptado un concepto que emana de la vida social y que la define como la organización de los recursos de capital y trabajo destinada a la producción, distribución o prestación de bienes o servicios valiosos para la comunidad.

1.2. Concepto totalizador: sin exclusión de la microempresa

El concepto comprende a la empresa organizada por una sola persona o por varias personas que aportan los recursos de capital y trabajo con fines productivos. Vale decir, este concepto alcanza tanto a la empresa unipersonal como a la comunidad de capital y trabajo formada por varias personas. En ese sentido, se trata de un concepto totalizador, que abarca a la empresa en todas sus magnitudes, desde la microempresa hasta la gran empresa.

1.3. Concepto universal: para cualquier sistema económico

El concepto resulta valioso tanto para un sistema económico basado en el mercado (oferta y demanda) como uno cimentado en una economía estatista (de mandos y centralizada). Si se trata de una economía de mercado serán los propios individuos a través de las decisiones de los “consumidores” los que determinen los bienes y servicios valiosos que deben ser producidos o prestados por las empresas. Obviamente si se trata de una economía de mandos, será el “Poder Jerárquico” el que determine (centralizadamente) “qué, cuánto, cómo y para quién” producir, transmitiendo estas directivas a las unidades de producción dependientes de aquél.

En nuestro tiempo con ocasión de la globalización de la economía de mercado que armoniza con el Régimen Económico establecido en la Constitución Política del Perú de 1993, y bajo la óptica de este concepto, la empresa podría definirse simplemente como la organización de los recursos de capital y trabajo destinada a la producción, distribución o prestación de bienes o servicios valiosos para el mercado.

En efecto, el mercado es la manifestación de la actividad económica libre y el consumidor su principal protagonista, pues con sus decisiones elige los bienes o servicios que producirá, distribuirá o prestará la empresa. Es decir, la comunidad de consumidores informa a través del mercado lo que es necesario o valioso para la sociedad.

En conclusión y en armonía con lo señalado, dado que esta tesis se desarrolla bajo el marco del ordenamiento constitucional peruano, nuestro concepto de empresa será el de organización de los recursos del capital y trabajo destinada a la producción, distribución o prestación de bienes o servicios valiosos para la comunidad o para el mercado. No se pretende que este concepto abarque al de la “economía dirigida” dado que ya no es la orientación en la que se mueve el mundo y pretende enmarcarse en la realidad peruana.

1.4. Concepto interdisciplinario.

Una de sus utilidades consistiría en que las diversas disciplinas jurídicas puedan recurrir a este concepto para resolver sus problemas de regulación, sin tener que crear un concepto propio. Es cierto que basadas en su “autonomía” las disciplinas jurídicas (como el derecho tributario, el derecho penal o el derecho de la competencia) igual podrían crear un concepto nuevo o hacer variaciones al existente (cuando encuentren inútil o insuficiente el concepto general) o simplemente acudir a la noción generalmente aceptada (allí donde existan vacíos en la ley especial). Por

ejemplo, en el caso del derecho tributario si el legislador no ha regulado expresamente una categoría jurídica de forma diferente, los operadores de esta disciplina se sirven del derecho común.

Un concepto interdisciplinario evitará el desorden y ahorrará los costos de información que supone manejar adecuadamente las particularidades del fenómeno empresarial.

Existiendo este concepto interdisciplinario cada disciplina podrá en su propio recorrido adoptarlo (lo más deseable), adecuarlo, introducirle precisiones o alejarse algo más pero siempre habrá un marco de referencia en la legislación (si se materializa) y en la doctrina que sustenta su punto de partida. Lo cual puede evitar además serias distorsiones o interpretaciones que compliquen el diálogo y comprensión interdisciplinaria.

1.5. Fondo empresarial: concepto disímil de la empresa

El concepto de empresa es equivalente al de “unidad de producción” o al de “fondo empresarial en funcionamiento”, conforme vamos a tratar un poco más adelante. En efecto, la empresa no es un local comercial con ciertos elementos inconexos o desorganizados, tampoco lo es el *establecimiento* con todos sus activos organizados pero sin funcionamiento (como si lo es el Fondo Empresarial).

La empresa es el conjunto de elementos materiales e inmateriales, que junto con el trabajo constituyen una organización patrimonial en “marcha”, que produce bienes o servicios. El fondo empresarial no es pues la empresa, aunque se relaciona con esta por ser uno de sus elementos; es esencialmente el elemento patrimonial del “todo” que es la empresa.

En consecuencia respondiendo parte de la primera pregunta principal, referida a cuál es el concepto de empresa, señalamos que el concepto es

la organización de recursos de capital y trabajo destinados a la producción, distribución o prestación de bienes o servicios para el mercado.

2. Naturaleza jurídica

En este punto podremos apreciar cómo es que el concepto de la empresa¹⁰², señalado en el punto precedente, puede irse sintetizando en una serie de categorías generales; así, para acercarnos a su naturaleza jurídica, podemos redefinirla de modo más abstracto como “la organización que recae sobre un patrimonio afectado a un fin económico”, para luego clasificarla como un “bien”, respondiendo de este modo a la necesidad de su tráfico jurídico. Es decir, podemos encontrar en su naturaleza jurídica una categoría específica: la de “organización patrimonial afectada a un fin económico” y otra más general: la de “bien”, pero no cualquier tipo de bien, sino uno complejo. A continuación, se plantea el fundamento de su complejidad.

2.1. La empresa como “organización patrimonial afectada a un fin económico”

Considerando que el concepto de empresa que se ha adoptado es el de “organización de recursos de capital y trabajo destinados a la producción, distribución o prestación de bienes o servicios para el mercado” vale la pena descomponer las implicancias de este concepto con el fin de apreciar si se puede sintetizar de otro modo en el plano de las categorías jurídicas. En ese sentido se pueden resaltar los siguientes aspectos:

- a. Está integrada por capital y trabajo, lo cual se traduce en elementos corporales e incorporeales. Estos tienen la naturaleza de bienes y se

¹⁰² Organización de recursos de capital y trabajo destinados a la producción, distribución o prestación de bienes o servicios para el mercado.

incorporan al patrimonio mediante relaciones jurídicas, como veremos más adelante.

- b. Se trata de una unidad económica organizada (capital y trabajo organizado), usualmente conocida como “unidad de producción”.
- c. Tiene una finalidad: producir, distribuir o prestar bienes o servicios valiosos para el mercado
- d. Tiene autonomía económica o financiera fáctica, lo que la distingue como “unidad de producción”. Ello es particularmente claro cuando se trata de una persona natural o jurídica que conduce diversas “unidades económicas organizadas” claramente distinguibles por su actividad, línea de producción y autonomía financiera. Por ejemplo: un empresario que tiene una “unidad económica organizada” para electrodomésticos, otra de línea “blanca” (cocina) y una de automóviles. En este caso se puede visualizar a un empresario con varias empresas.

Rocco (1981) sintetiza todos estos elementos en: “1° Capital, 2° Trabajo, 3° Organización del uno y del otro a fines de producción”. (pp. 236-238)

Inclusive la Ley de Impuesto a la Renta¹⁰³ en su artículo 1° define las rentas en cinco categorías: la primera y segunda relacionadas con bienes de capital; la cuarta (servicios en forma independiente) y quinta (servicios en forma dependiente) con el trabajo; y la tercera que genera una renta producto de la combinación de capital y trabajo.

En la misma lógica, el referido cuerpo legal en su artículo 28°, inciso a) tipifica la denominada renta de tercera categoría, que es en buena cuenta aquella que se origina de la unión de los factores de capital y trabajo:

¹⁰³ Texto Único Ordenado – TUO de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por Decreto Supremo N°179-2004-EF.

“Artículo 28°.- Son rentas de tercera categoría:

*g) Las derivadas del comercio, la industria o minería; de la explotación agropecuaria, forestal, pesquera o de otros recursos naturales; de la prestación de servicios comerciales, industriales o de índole similar, como transportes, comunicaciones, sanatorios, hoteles, depósitos, garajes, reparaciones, construcciones, bancos, financieras, seguros, fianzas y capitalización; y, en general, de cualquier otra actividad que constituya negocio habitual de compra o producción y venta, permuta o disposición de bienes. (...)*¹⁰⁴

En nuestra opinión todos estos aspectos pueden sintetizarse en dos elementos del concepto empresa: **organización** y **patrimonio**, los mismos que explicaremos a continuación.

2.2. La organización: el alma de la empresa.

La organización como elemento dinámico y cambiante se posesiona en el patrimonio, a través de los elementos (derechos y obligaciones) en que este se descompone para poder obtener el máximo provecho de dichos recursos.

Precisa Ferrara que la empresa no radica en el conjunto de los elementos organizados, sino en la organización de estos, es decir, “(...) en el conjunto de vínculos y tejidos funcionales que entre ellos existe” (Cit. por Valle Tejada, 1987, p.161). Agrega Valle Tejada: "Estos vínculos ligan y coordinan a todos los elementos con fines de producción, o sea que no sólo vinculan los bienes, sino también los servicios, las fuentes de aprovisionamiento, los clientes, y consisten tanto en las relaciones materiales como ideales". (pp. 161-162)

¹⁰⁴ Ley del Impuesto a la Renta. Capítulo V. De la Renta Bruta.

Quienes idean y aplican esa organización son el empresario y sus colaboradores. Si se trata de un empresario individual, como la denominada "empresa unipersonal"¹⁰⁵ su aporte en el elemento organizativo es obvio y si se trata de un empresario social (sociedad), esta se lleva a cabo a través de sus órganos administrativos (por ejemplo: en una sociedad anónima esta responsabilidad recae fundamentalmente en el directorio y la gerencia), todo ello sin dejar de lado el apoyo de los demás colaboradores que con su trabajo, observaciones, reclamos, opiniones, sugerencias y recomendaciones coadyuvan a dinamizar y perfeccionar la organización.

Obviamente en la medida que la empresa sea de mayor magnitud, la organización se despersonaliza, se objetiva y se generaliza. Vale decir, ya no depende fundamentalmente de una sola persona, de su creador original, sino de una multitud de personas. Esta diferencia se aprecia por la distinta importancia que tiene la injerencia del titular individual en su E.I.R.L. o en su empresa unipersonal a diferencia de la que puede tener un accionista mayoritario en una sociedad anónima. El primero es muchas veces el "hombre orquesta", el que tiene los "contactos" con los proveedores estratégicos y los clientes principales, es el que tiene el "know how" del negocio, la capacidad organizativa que marca la pauta. Su impronta personal es tan relevante que muchas veces con su incapacidad o muerte se extingue la empresa.

En cambio, un inversionista puede haber adquirido en la bolsa la participación mayoritaria de una sociedad anónima, tener el control de la misma, pero no conocer nada del negocio y servirse para el efecto de tecnócratas, nombrándolos en cargos directrices (directores) o ejecutivos (gerentes y funcionarios). En este caso las vicisitudes personales del accionista mayoritario de la sociedad anónima (titular de la empresa) no tendrán la misma repercusión en la organización que la del titular en una

¹⁰⁵ Se trata de la persona natural organizada empresarialmente. Lo que sería el comerciante individual dentro del Código de Comercio de 1902.

E.I.R.L; solo influirán positiva o negativamente si al cambiar de manos el control de la Sociedad Anónima, se producen cambios en los niveles tecnocráticos o se ejecutan decisiones que reduzcan el patrimonio de la empresa (ejemplo: aprobar reducciones de capital para retirar activos).

Ello lleva a distinguir dos aspectos de la organización: **la manifestación objetivada de la organización** (un establecimiento en funcionamiento, con mercaderías en almacén, trabajadores atendiendo, publicidad contratada por un año, impuestos pagados al día, un envidiable prestigio y crédito en el sistema financiero, clientes comprando y generando "caja") a través de diversas relaciones jurídicas patrimoniales y **la capacidad organizativa** que consiste justamente en la aptitud para innovar, para "reorganizar" los recursos y dirigirlos a un uso más eficiente, generando una empresa competitiva. La primera se refiere al tejido funcional actual, al orden dado, estructura, procedimientos y sistema de relaciones jurídicas en base al cual se opera, vale decir, el aspecto ya objetivado ("la empresa tiene una organización en base a la cual funciona"), la segunda al lado dinámico impulsa a la "reorganización permanente" estimulada por el mercado con el fin de ser más competitiva y lucrativa. En el éxito de la empresa jugará un rol preponderante la "capacidad organizativa", generadora del valor o *goodwill* (el valor potencial que puede llegar a tener) de la empresa.

Cuando se "compra" una empresa, en buena cuenta lo que se desea es adquirir no solo la "organización objetivada" mediante sus respectivos elementos patrimoniales, sino también esa "capacidad organizativa" (que constantemente recrea una empresa exitosa), atribuida a una persona o a un grupo de personas. En este caso, si alguien adquiere una empresa unipersonal, naturalmente buscará obtener la capacidad organizativa del ex titular, contratándolo para que gestione o asesore a la administración; si se trata de adquirir una gran empresa, el objetivo será mantener por lo menos

al personal de planta esencial o estratégico (sean creativos, técnicos, ingenieros, funcionarios, vendedores, supervisores, etc.).

Obviamente el objetivo es asegurar que la capacidad organizativa se mantenga o mejore luego de transferida la empresa.

En ese sentido, con ocasión de la transferencia, deberá cerciorarse que se efectúen todas las prestaciones necesarias para que la organización no sufra desmedro. La transferencia abarcará, naturalmente los elementos patrimoniales que la comprenden (y las relaciones fácticas que de ello pueden derivar: las relaciones personales de los gerentes, su talento, las sinergias de la organización, su reputación, etc.), pues en buena cuenta la organización se sintetiza en un conjunto de relaciones jurídicas de naturaleza real u obligacional.

Cabe observar finalmente que no se trata de toda o cualquier “organización”, tanto la que disciplina un ejército, conduce una orden religiosa o la que cohesiona un partido político sino a la que recae en una actividad económica. Como esta puede tener una variedad de manifestaciones, pues el empresario es el que decide cuál va a desarrollar y con ello determina el tipo de organización que quiere tener y que va a dar a su patrimonio. De allí que se sostenga que esta organización se sirve de un patrimonio afectado a un fin económico.

En conclusión, la organización, tanto en su aspecto objetivado como dinámico, es uno de los elementos esenciales de la empresa y se desarrolla a través del complejo de relaciones jurídicas comprendidas en el patrimonio¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Lo cual comprende tanto las relaciones actuales como las futuras que al generarse quedarán a su vez comprendidas en el patrimonio.

2.3. El patrimonio: el cuerpo de la empresa

Como hemos indicado, la organización refleja sus efectos materiales en el patrimonio, constituido por una serie de relaciones jurídicas. En ese sentido, cabe tener presente las nociones de “patrimonio” que ha desarrollado la doctrina.

Henoch Aguiar (1951) sintetiza el concepto de varios autores señalando que el patrimonio es el conjunto de los derechos y cargas de una persona, apreciables en dinero (Planiol); o el conjunto de relaciones jurídicas de una persona, que tengan una utilidad económica y sean, por ello, susceptibles de una apreciación pecuniaria (Ruggiero); o el complejo de las relaciones jurídicas de una persona con valor patrimonial (Fadda e Benza); o la totalidad de los bienes económicamente valorables que se hallan dentro del poder de disposición de una persona (Fischer).

La posición de Fischer armoniza con el art. 2312°, 2^{da} parte del Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield¹⁰⁷, el cual prescribe que *“el conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio”*; obviamente la definición incluye a objetos materiales e inmateriales. La nota al art. 2312° que se refiere a este concepto en relación con la persona precisa, además: *“la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos”*.

En base a estas definiciones cabe distinguir dos posiciones en la doctrina las que consideran que el patrimonio está constituido sólo por bienes y aquellas

¹⁰⁷ Desde 1/08/2015 ha empezado a regir el Código Civil y Comercial de la nación argentina. Ley N°26.994 derogando el Código Civil (aprobado por la Ley N°340) y el Código de Comercio (aprobado por la Leyes N°15 y N°2637).

El art. 15° del Código Civil y Comercial argentino no se pronuncia sobre el concepto de patrimonio (equiparándolo a bienes), sino simplemente refiere que los derechos individuales sobre los bienes integran el patrimonio.

“Art. 15: Titularidad de derechos. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código”.

que consideran que se encuentra comprendido por “bienes y cargas”, “derechos y obligaciones” o, mejor dicho, relaciones jurídicas tanto en su lado activo como pasivo.

Nosotros, siguiendo a la doctrina moderna nos inclinamos por aquella que comprende derechos y obligaciones.

En ese orden de ideas -como señala López Olaciregui- la expresión "el patrimonio es prenda (o garantía) común de los acreedores (...)" (Atilio Alterini, 1989, p. 280), debería formularse con mayor precisión: los bienes que constituyen el elemento activo del patrimonio del deudor sirven de garantía a las deudas que constituyen el elemento pasivo.

En consecuencia, si los recursos de capital y trabajo se representan como un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas, conforme lo hemos explicado líneas arriba, pues queda claro que el concepto de empresa goza de esta naturaleza.

Si ello es así cabría preguntarnos ¿qué es lo que hace de la empresa algo especial, algo distinto a cualquier otro patrimonio? ¿qué la caracteriza?, pues la existencia del elemento organización, que se posesiona sobre este elemento patrimonial y su afectación a un fin económico.

La "organización" como hemos explicado, le da un carácter particular al patrimonio, pues le aplica un dinamismo intenso que diferencia al patrimonio empresarial de un patrimonio familiar, ya que lo dispone u ordena permanentemente para el ejercicio de una actividad mercantil, lo instrumentaliza para intensificar el cambio y generalizar relaciones jurídicas de carácter dinámico y no estático¹⁰⁸. Es pues, una organización patrimonial en funcionamiento y en cambio constante. Y es precisamente dicho

¹⁰⁸ “Sobre la relación obligacional como medio de relaciones de carácter dinámico, movilizador de cambios en el ‘status’ a diferencia del carácter estático e inmóvil que garantiza el derecho real”, puede verse: (1) Galgano, F. (1981, p.210) ;(2) Bullard, A (1990, p. 244); (3) Morales, A. (1990, p. 100.)

dinamismo lo que genera un valor que va más allá de la mera percepción contable, nos referimos al ya mencionado *goodwill*, cuyo análisis profundizaremos en el siguiente subcapítulo.

La empresa constituye para nosotros un patrimonio organizado destinado a un fin económico (actividades mercantiles) y que por naturaleza se halla en funcionamiento, como vamos a poder apreciar a continuación. No se trata de un patrimonio que tiende a mantenerse inmovilizado, a mantener el estatus de las relaciones jurídicas existentes, como podría acontecer con un patrimonio familiar, sino de un patrimonio que integra una organización creada para el cambio en el mercado.

El desarrollo de una actividad mercantil determinada, mediante una empresa, exige pues que su elemento patrimonial se afecte, vale decir, se destine exclusivamente al desarrollo de esta. De allí, que este patrimonio organizado se encuentre afectado a un fin económico, también denominado en derecho societario como objeto social de la empresa.

Este concepto permite apreciar que esta organización patrimonial puede ser atribuida a una persona natural o a una persona jurídica. Las personas naturales podrán tener dentro de su patrimonio general una parte del mismo afectado a una o varias actividades empresariales.

Al decir de Joaquín Garrigues (1984) el patrimonio empresarial o mercantil:

Es un patrimonio autónomo, distinto del patrimonio civil del comerciante, definido por su finalidad y cerrado en sí mismo; tiene su administración propia; suele tener un nombre especial y una especial representación y tiene siempre capacidad para las relaciones jurídicas (de crédito y deuda) frente a terceros (BEKKER). El comerciante aparece como con una doble personalidad: como comerciante y no comerciante, y viene a ser titular de dos patrimonios distintos, uno de

los cuales -el patrimonio mercantil- funciona de modo semejante al peculio romano. (p. 170)

Por otro lado, la persona jurídica (una sociedad anónima, por ejemplo) podrá tener un patrimonio afectado a una actividad empresarial o varios bloques patrimoniales afectados a diferentes actividades empresariales (previstas en su objeto social).

Por ejemplo, una sociedad mercantil, llámese Daewoo del Perú S.A podría dedicar todo su patrimonio a un solo "negocio", desarrollando así su giro social (actividad vinculada al objeto social) o a más de un giro dentro de su objeto social. Así podría distinguir tres líneas empresariales: electrodomésticos, línea blanca (de cocina) y automotriz; por considerarlas tres unidades estratégicas de negocios, que dependen de la misma persona jurídica (no hay grupo de sociedades), teniendo en la práctica cada una un manejo autónomo. Es decir, cada una tiene un local propio, proveedores distintos, sus propias existencias, cuentas bancarias diferenciadas, signos distintivos diferentes (ejemplos: "Electrodomésticos-Daewoo", "Daewoo-Automotriz", "Cocina y Repostería-Daewoo"), cada local con su propia licencia de funcionamiento con el nombre comercial correspondiente, personal especializado y capacitado según la actividad, con uniformes apropiados y de diversos colores con insignias conteniendo los signos distintivos de cada unidad de negocio, es más la contabilidad se lleva en forma separada, con el fin de apreciar los ingresos y gastos, las deudas y activos afectados a cada negocio. Vale decir, negocios con manejo autónomo en la práctica aun cuando no exista jurídicamente separación de responsabilidad.

En conclusión, la empresa es la organización de un patrimonio o bloque patrimonial afectado a un fin económico. Siendo ello así, tanto personas naturales como jurídicas podrán tener una o varias empresas bajo su titularidad.

Como colofón de esta parte debemos señalar que hasta aquí hemos avanzado desentrañando la naturaleza jurídica de la empresa e identificándola con la organización recaída sobre un patrimonio afectado a un fin económico, cabe a continuación sintetizar aún más dicha naturaleza jurídica acudiendo a una categoría más general: la empresa como “bien”.

2.4. La empresa como bien

Después de analizar el concepto de empresa y situar su naturaleza jurídica, en un primer nivel, como “**organización patrimonial afectada a un fin económico**”, corresponde ubicarla dentro de una categoría más general identificándola como “**bien complejo**”. Hemos llegado a esta conclusión a través de años de estudio, reflexión, debate académico en el claustro universitario y en las comisiones legislativas que hemos tenido oportunidad de integrar.¹⁰⁹ Los que han podido leer algunos de nuestros textos o escuchar algunas exposiciones, constatarán que nuestra posición actual ya no coincide con las teorías subjetivistas de la empresa¹¹⁰, sino más bien difiere de aquéllas, reconociendo la existencia de una “organización de capital y trabajo” (organización patrimonial), pero considera que ella tiene una finalidad instrumental y objetivista que la desplaza más bien hacia la categoría jurídica de bien, alejándola de la clasificación de sujeto de derecho.

2.4.1. La empresa como bien: enfoque filosófico.

Conforme hemos adelantado, la empresa es una organización de capital y trabajo destinada a la producción, distribución o prestación de bienes o servicios para el mercado.

¹⁰⁹ El Dr. Jorge Muñoz Ziches, congresista durante el año 1996, tuvo la gentileza de solicitarnos participáramos asesorando a la “Comisión de Reforma del Código de Comercio”, constituida mediante Ley N°26595. Esta preparó el “Anteproyecto de Ley Marco del Empresariado” y dos subcomisiones designadas prepararon los Anteproyectos de “Ley de Navegación y Comercio Marítimo” y “Ley del Contrato de Seguro”.

¹¹⁰ Cfr. Morales, Alonso. (1990, pp. 114-126)

Este concepto económico significa jurídicamente que los recursos de “capital” se cristalizan en bienes, que expresan relaciones jurídicas derivadas de derechos reales o derechos de crédito. El “trabajo” es la expresión económica de los servicios y como tal es una prestación (de hacer) producto de un vínculo obligacional, pudiendo provenir de una relación societaria (si se aportan servicios como en las cooperativas de trabajadores, sociedades colectivas o bajo la modalidad de prestaciones accesorias en las sociedades de capitales) o de un contrato de cambio en el mercado, como contratos de prestaciones de servicios (locación de servicios, obra, trabajo, etc.) que finalmente también representan prestaciones de hacer y constituyen bienes.¹¹¹

La organización es producto de la actividad humana (trabajo) en su interacción con los elementos corporales e incorporeales (capital) y agentes económicos externos (proveedores, clientes, Estado).

Según Garrigues (1984):

Lo que distingue una empresa de las simples agregaciones de cosas y de derechos es la aplicación del esfuerzo personal del comerciante y de sus auxiliares para la obtención de una ganancia. La empresa es, ante todo, un círculo de actividades dirigidas por una idea: la idea organizadora. La organización es, al mismo tiempo, presupuesto racional del trabajo en la empresa y resultado de ese mismo trabajo. Una de las teorías sobre la naturaleza jurídica de la empresa destaca como su característica principal la protección jurídica al resultado del trabajo humano (MULLER-ERZBACH). Y, en efecto, el trabajo es el

¹¹¹ Sobre el particular Rocco (op. cit. p. 239) “explica que la empresa es “el conjunto de cosas (*bienes y servicios*) reunidos y organizados para ejercer el comercio; el elemento económico *capital*, jurídicamente, se traduce en el concepto ‘bien’; el económico ‘trabajo’, en el concepto de *servicios o prestación*. En rigor, a los *servicios y prestaciones* que contribuyen a constituir el establecimiento, debería agregarse el trabajo personal del empresario; pero como es el derecho-habiente de su hacienda, no puede jurídicamente tomarse en cuenta su trabajo; cabe, sin embargo, que el titular del establecimiento no lo sirva personalmente; desde el punto de vista jurídico, por lo tanto, los servicios se consideran elementos del establecimiento en cuanto se prestan por el personal adscrito a él y el titular del mismo tenga un derecho, esto es, siempre que el personal esté ligado por un contrato de trabajo o de empleo; los servicios, o, con mayor exactitud, los derechos a los servicios, también se incluyen entre la amplia clase de cosas”.

elemento que da vida a la empresa, convirtiéndola de conglomerado inerte en fuente de lucrativo ingreso. (p. 178)

Indudablemente la empresa es creación humana, su organización comprende no solo elementos materiales o intangibles estáticos, sino también actividad de personas, pero sujetas a vínculos de contenido patrimonial. Esta actividad permite su dinamismo, se expresa como una organización patrimonial o, si se prefiere, como un patrimonio organizado y en movimiento o, como un “fondo empresarial en pleno funcionamiento”.

El profesor Fernández Sessarego (1987), en su obra sobre filosofía del derecho titulada “El Derecho como Libertad” explica que en la Teoría de los Objetos existen cuatro clases de ellos: naturales, ideales, metafísicos y culturales. Entre los objetos culturales están considerados los bienes o cosas inventadas o creadas por el hombre como aquellos que tienen como soporte su propia conducta, vale decir, tanto la empresa (como expresión unitaria) como cada uno de los elementos que la conforman (los activos tangibles e intangibles, los servicios que se deben en virtud de los vínculos obligacionales existentes).

El doctor Fernández Sessarego (1987) se explica en los siguientes términos:

Los objetos culturales, llamados también bienes, son aquellos producidos por la actividad del hombre enrumada hacia valores; son reales, pues tienen existencia; están en el tiempo; poseen un “sentido”, es decir que son valiosos con signo positivo o negativo. Todo lo que el hombre crea o modifica en vista a valores, que existen en el tiempo y en el espacio, que tiene realidad, posee existencia y está en la experiencia, constituye la dimensión de la cultura. Tan objeto cultural es el hacha del hombre primitivo como el tractor contemporáneo, el papiro egipcio o Don Quijote de la Mancha (...) (pp. 47-51)

Bajo esta explicación son también objetos culturales los bienes de naturaleza intangible relacionados con la empresa como: los signos distintivos (marcas, nombres comerciales, lemas comerciales), derechos de autor o derechos de patente. Empero, los bienes culturales comprenden no solo los bienes intangibles de naturaleza estática, sino también aquellos intrínsecamente dinámicos como las conductas de los hombres (lo que en buena cuenta representa la fuerza laboral dentro de la empresa).

Los objetos culturales comprenden la vida humana en cuanto actividad o conducta que realiza valores –vida viviente- y las cosas que sustentan un sentido como huella o rastro de las actividades del hombre, como vida humana objetivada. (...)

(...) Carlos Cossio, el ilustre profesor argentino, califica de objetos mundanales a los primeros, es decir a los que son producto de la extroversión de la vida humana, a la vida humana objetivada; y objetos (geológicos) a las acciones humanas “que son los tramos o fragmentos en que se desarticula la conducta...”. Los objetos mundanales tienen como substrato del sentido una cosa cualquiera en la que la actividad humana ha dejado su rastro, injertado un sentido. Los objetivos geológicos tienen como soporte la conducta humana. (Fernández Sessarego, 1987, pp. 47-51)

Gorovtseff, citado por Bullard (1990), señala tres maneras en que puede considerarse la noción de objeto en relación con el sujeto:

- a. “La manera filosófica: es objeto todo lo que se presenta como fuera del sujeto, sean cosas materiales, acciones humanas y fenómenos inmateriales.
- b. La manera vulgar: sólo son objetos las cosas materiales.
- c. Manera jurídica y social: sólo las acciones humanas pertenecen en realidad a la noción del objeto”. (p. 52)

La segunda es la concepción clásica desprendida de las ideas materialistas de los juristas romanos, reflejada en la contraposición entre el derecho de las personas y el derecho de las cosas. Nuestra posición se encontraría entre la noción a y c; siendo la c, la más decantada, pues si son bienes las acciones humanas, estas tendrían que manifestarse en derechos para otros seres humanos. De ahí que las relaciones jurídicas tengan por objeto derechos o bienes. La tercera concepción sería la más moderna.

Estas explicaciones nos permiten considerar a la empresa como un objeto, un “objeto cultural” según Fernández Sessarego (1987). Cabe analizar a continuación qué características tiene este objeto y si es que tiene la naturaleza de un bien en el ámbito de las categorías jurídicas.

2.4.2. La empresa como bien: enfoque jurídico

En este punto resulta necesario determinar si la empresa considerada por nosotros como un “objeto cultural” que se manifiesta como organización de una o varias personas que aportan capital y trabajo con el fin de producir bienes o servicios para el mercado, tiene la naturaleza de un “bien” y por consiguiente, si esta “organización patrimonial afectada a un fin económico” es susceptible de tráfico jurídico.

Las categorías jurídicas más generales son las de “sujeto”, “bien” o “acto”. Quizá para tomar posición sería suficiente indicar que, al ser la empresa objeto de tráfico jurídico, ya que se vende, arrienda, da en usufructo, se hipoteca y hasta puede expropiarse; el tema está resuelto, su naturaleza jurídica es simplemente la de un bien que está dentro del comercio. Empero, ante la diversidad de opiniones y teorías existentes conviene que desarrollemos desde el inicio nuestra posición, pues la opinión adelantada, sobre su tráfico jurídico manifiesta una conclusión más que una explicación.

En general, como vamos a poder apreciar, la doctrina considera un bien a todo aquello que existiendo como realidad (objeto) tiene utilidad para satisfacer una necesidad o interés humano.

Sobre el particular Henocho Aguiar (1951) precisa:

Concebida la idea de un bien como todo aquello que nos reporta algún beneficio o utilidad, y que contribuye al bienestar del hombre, sea cual fuere su naturaleza, material o moral, ya que el hombre es cuerpo y espíritu, la distinción de los bienes en distintas especies, surge por sí sola. Así, al lado de ciertos bienes apreciables pecuniariamente, constitutivos de la fortuna, aparecen otros que en las sociedades civilizadas se los coloca arriba de aquéllos, atribuyéndoles un valor mucho más grande, en razón de su naturaleza moral (...)

(...) Savigny, partiendo del hecho de que tanto la propiedad como las obligaciones extienden el poder del hombre sobre el mundo exterior, más allá de los límites naturales de su ser, llama "bienes" al conjunto de las relaciones que así extienden dicho poder; y al conjunto de las instituciones que las reglan, "derecho de los bienes (...). (pp. 13-14)

El mismo profesor argentino, Henocho Aguiar (1951), aclara finalmente:

(...) toda persona puede tener el disfrute de bienes capaces de un valor en cambio, llamados bienes económicos o patrimoniales; y de otros que, no obstante carecer de ese valor, le son útiles y amables y hasta indispensables al lleno de sus fines esenciales, y que constituyen los llamados bienes morales o no patrimoniales; y que unos y otros merecen el calificativo de jurídicos, desde el momento que el derecho los protege, al armarlos de una acción para obtener la reparación del agravio que su conculcación infiere a su titular, o para impedir el daño con que se lo amenace. (p. 18)

Dice Rocco, citado por Alberto M. Etkin (1978):

Es bien todo lo que existiendo como realidad, es apto para satisfacer una necesidad humana. No son sólo las cosas consideradas en su sustancia, sino también algunos modos particulares de ser de ellas, que les confieren el carácter de determinada utilidad.

El bien es tal, en cuanto presenta el requisito de la utilidad, esto es la aptitud de satisfacer una necesidad. La utilidad (que no debe entenderse en el solo sentido económico, sino también en el moral) no es un predicado de cualidad, sino de relación, porque establece una relación entre el sujeto portador de la necesidad, y el objeto como medio de satisfacción. La utilidad es, pues, un conjunto, un concepto eminentemente subjetivo, que puede objetivarse sólo si se entiende como medida proporcional de las valoraciones individuales sobre la aptitud de una cosa para satisfacer las necesidades humanas. (p. 852)

Regina, citada por Alberto M. Etkin (1978), critica los principios de Rocco diciendo que:

(...) al concepto de utilidad como relación entre las necesidades de un sujeto y un objeto, hay que agregar las condiciones o cualidades intrínsecas del objeto, que lo hacen apto para satisfacer dichas necesidades. (p. 852)

Naturalmente cabe apuntalar la utilidad que tiene la empresa para el ejercicio de la actividad económica y el valor que se le asigna con ocasión de su transferencia, valor que naturalmente proviene de la conjunción del elemento organizacional con el elemento patrimonial (que objetiviza al primero).

En ese orden de ideas resalta Etkin (1978), citando a Savigny, que este elemento patrimonial (en el cual se posa la organización cuando se trata de

la empresa) es susceptible de valoración mediante el dinero, que es la unidad de medida del mercado.

Savigny enseña que el patrimonio se compone de bienes y de deudas, y que debe reducirse a un elemento común, el *valor*, que en la vida práctica está materialmente representado por el dinero, de modo que en el lenguaje jurídico valor y valor pecuniario son expresiones de igual significado y suelen en realidad ser empleadas la una por la otra. El patrimonio de una persona puede pues, ser reducido a una simple cantidad (...) (p. 852)

“Como puede apreciarse un bien es definitivamente un objeto valioso para las personas, pues satisface una necesidad o interés. Estos bienes pueden estar dentro o fuera del comercio. Naturalmente están fuera del comercio los bienes extrapatrimoniales (la vida, el honor, la libertad, etc.). También pueden existir bienes patrimoniales fuera del comercio como los que son de dominio público”.¹¹²

Manuel Albaladejo (1996) es más explícito, considera que existen dos categorías: "res in commercio y res extra commercium. Las primeras son las susceptibles de ser objeto de relaciones jurídicas privadas (de propiedad, de compra, de usucapión, etc.); las segundas las que están excluidas de éstas". (p. 91)

En resumen, los bienes pueden estar dentro o fuera del tráfico jurídico del derecho privado (del comercio), sea por razones naturales (las estrellas, el aire) como por razones legales (bienes de dominio público).

Fernando Mora (1982) considera que los bienes pueden ser cosas ("porciones de materia definidas en su entidad"), entidades ideales (marca,

¹¹² El Código Civil de 1936 vigente hasta 1984, sí reguló la distinción entre bienes del Estado y de particulares, de ahí que en su texto declare categóricamente:
"Artículo 823º.- Los bienes de uso público son inalienables e imprescriptibles".

nombre comercial, *know how*) y las "universitas rerum" como la empresa; pues todos gozan de "existencia autónoma, utilidad económica y susceptibilidad de apropiación". (pp. 34-36)

El doctor Manuel de la Puente y Lavalle (1999) comentando el artículo 1532° del Código Civil Peruano de 1984 considera que un bien es susceptible de venta si el bien existe o puede llegar a existir, siempre que sea determinado (identificado con precisión) o determinable (es posible su determinación futura) y exista posibilidad de tráfico jurídico (ni limitaciones naturales ni prohibición de enajenar).

En síntesis, un bien dentro del comercio será un objeto que existe o tiene posibilidad de existencia, que tiene utilidad económica y que es susceptible de tráfico jurídico. La realidad nos muestra que la empresa, como objeto cultural, reúne estos requisitos, y por tanto en el plano jurídico es un bien. Empero, de esta afirmación, surge la siguiente interrogante ¿de qué clase de bien se trata? Tal cuestionamiento, será materia de esclarecimiento en el siguiente punto.

2.4.3. La empresa como bien complejo

La doctrina considera a la empresa como un "bien complejo" porque está compuesto por varios bienes que no se integran en uno solo, sino que, manteniendo su singularidad, se hallan afectados a un fin económico, definido por el empresario. De esta manera, se produce una especie de simbiosis entre aquellos bienes de diversa índole que conforman a la empresa y que le dan precisamente su carácter de bien complejo. Obviamente estos bienes responden por el cumplimiento de las obligaciones propias del negocio. Ello les da una unidad ideal, el carácter de unidad patrimonial, que puede considerarse como un todo y ser susceptible de tráfico jurídico como si todo fuese un solo bien.

Rocco (1981) lo explica de la siguiente manera:

Todas las cosas son producto necesariamente de varios elementos; pero éstos al unirse pueden perder su individualidad de tal suerte, que la cosa integrada por ellos se considere materialmente única, y en este caso se llama una cosa simple, como, por ejemplo, un trozo de metal que consta de varios pequeños trozos reunidos íntimamente, un animal, una planta, una piedra. En cambio, cuando una cosa está compuesta de varios elementos con individualidad propia, en tal forma que, unidos, sirven para satisfacer una necesidad, pero que pueden, separados, satisfacer otras, existe una cosa compleja, como ocurre con el edificio, la nave, una joya (...)

Dos clases hay de cosas complejas: en una, los elementos que la integran están unidos materialmente, como, por ejemplo, el edificio, la nave; y otras, en que la unión es exclusivamente ideal, en el sentido de que se destinan a satisfacer una necesidad única, como por ejemplo, un rebaño, un museo de cuadros, una biblioteca, etc.; se dice en el primer caso, que hay una cosa compuesta, y en el segundo, una universalidad de cosas; en la universalidad de cosas, como quiera que la unión la determina el fin, aun permaneciendo idéntico el todo, pueden variar los elementos particulares de él, o, en otros términos, la universalidad no cambia porque varíen sus elementos, que se determinan no individualmente, sino por el hecho de pertenecer al todo. Pueden ser objeto de relaciones jurídicas mercantiles todas las cosas simples o complejas, y una de las cosas más importantes es la universalidad, esto es el establecimiento (azienda) mercantil. (pp. 234-236)

Cabe recordar que cuando Rocco (1981) se refiere a la "hacienda mercantil", "establecimiento" o "fondo de comercio", considera que en ella es también factor esencial el "elemento organización". De tal manera que para este

jurista italiano¹¹³ la hacienda mercantil no es simplemente el patrimonio empresarial, sino la empresa.

Económicamente, la hacienda no es otra cosa que una empresa en sentido económico, o sea, la reunión de varios factores de la producción organizados para ésta (...). En toda empresa, y, por tanto, en el establecimiento mercantil, hallamos tres elementos: 1º., capital; 2º., trabajo, y 3º organización del uno y del otro afines. El elemento organización, que es esencial al establecimiento, nos alumbró para apreciar en qué consiste el "aviamiento" que por lo común se estima como un factor de la hacienda. (pp. 236-237)

De igual manera Fernando Mora (1982) considera que en las "universalidades" se ha encontrado "un bien" desde la época de los romanos debido a que era un fenómeno inmaterial dentro del cual se podían encontrar los siguientes elementos: existencia autónoma, utilidad económica y la posibilidad de apropiación: era una realidad lógica.

De ahí que dicho jurista costarricense sostenga categóricamente:

La hacienda, o sea la manifestación objetiva de la empresa económica ha sido reconocida como un bien en derecho mercantil, es la resultante económica de todos los elementos objetivos de la empresa: el sustento material, el capital, el trabajo, la cuenta bancaria, los terrenos, las materias primas, las patentes, las marcas, las máquinas, los rótulos, los premios. (p. 35)

El resultado de la organización de todo ese capital y trabajo **es la hacienda**. Su sustento material lo conforman generalmente, trabajadores, maquinarias, dinero en efectivo, materia prima.

¹¹³ "Alfredo Rocco es un jurista anterior al Código Civil Italiano de 1942. Cabe agregar que en la doctrina y legislación italiana posterior a dicho Código Civil se ha optado por crear un concepto jurídico diferente al concepto económico de la empresa. Ellos en realidad consideran a la empresa una actividad económica organizada y a la hacienda un medio para ejercer esta actividad". (2018, Morales)

Fernando Mora (1982), al comentar el derecho costarricense, señala que no se excluye las deudas de este patrimonio empresarial.

(...) el artículo 478 reconoce prácticamente ese fenómeno ontológico de una universitas, de una hacienda, cuando al final del artículo dice: "la venta de un establecimiento comercial e industrial comprende todos sus elementos y cuanto forme el activo y pasivo salvo pacto en contrario". El legislador de por sí dice: independientemente de qué es lo que hay dentro de este cajón, todo lo que haya, salvo pacto en contrario, está comprendido en una venta de hacienda, es decir: eso que está allí es unitariamente un bien con todos los elementos que estén allí mezclados o acumulados. (pp. 35-36)

Como puede apreciarse, este bien complejo constituye una "universitas", comprendida por derechos y obligaciones. Justamente el hecho que esta universalidad sea considerada como un todo, permite pues valorizar los activos y detraer del valor los pasivos. Es más, puede inclusive suceder que los activos ni siquiera cubran el valor de los pasivos, pero que aun así se esté dispuesto a pagar por la empresa un precio mayor que el que puede significar ese activo, caso en el que indudablemente lo que se está valorizando es la eficacia de la organización: el "goodwill" que ha generado o puede generarse.

La doctrina ha considerado a la empresa como un bien complejo desde diversos puntos de vista. Desde nuestra perspectiva el hecho que esté comprendido por un elemento organizacional y otro patrimonial, ya de por sí lo hace complejo, pues ambos elementos terminan singularizándose en una serie de relaciones jurídicas activas y pasivas afectadas a un fin económico.

2.4.4. La calidad de bien de la empresa en el Código Civil peruano

El Código Civil peruano no reconoce a la empresa como bien dentro de su clasificación. No es posible hallarla en el inciso 10 del artículo 886°, pues en general se refiere a bienes con elementos integrados, considerados materialmente únicos, aquellos en los cuales cada uno de sus elementos “no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien”, conforme lo señalado en el artículo 887° del Código Civil).

El artículo 888° del Código Civil reconoce que puede haber bienes accesorios de otros, como los que se encuentran en un edificio, una nave o un collar de perlas; también reconoce que puede haber afectaciones a un fin económico u ornamental, pero supedita ello a que sea respecto de otro bien (lo cual supone que este es el bien principal). Esta limitante genera una laguna del derecho, pues se olvida que hay organizaciones económicas, empresas, en las cuales los bienes pueden tener igual importancia (almacén, mercadería, marca y camión de transporte) o haber más de un elemento que sea esencial o principal (contrato de franquicia, ubicación de local, prestigio de la marca, suministro de proveedores y cláusula de no competencia), lo cual hace imposible determinar cuál es el bien principal respecto del cual los demás son meros accesorios, ya que lo que los une es la idea organizadora del empresario.

En todo caso, sin perjuicio de la mencionada laguna del derecho o del tratamiento insuficiente a la universalidad de bienes en el art. 888°, queda claro que ello no resuelve el hecho que la empresa no sea considerada o clasificada como un bien. No obstante, las mencionadas insuficiencias normativas que desconocen la realidad, los operadores jurídicos, valiéndose de su autonomía privada no han dejado de tratar a su unidad de negocios (la empresa) como un todo, como un bien complejo al que incluso le suman prestaciones y obligaciones que comprenden en su transferencia, haciéndola

objeto de negocios jurídicos (herencia, “venta”, arrendamiento o usufructo, garantía).

Esta realidad que vivimos en nuestro ordenamiento jurídico tiene la misma problemática en España y el jurista Alberto Bercovitz (2003) señala:

En primer lugar, la empresa **no está considerada por el ordenamiento jurídico como un único bien con individualidad y régimen de transmisión propios**, sino que cada uno de los elementos que la integran está sujeto al régimen de transmisión que le es aplicable según su propia naturaleza jurídica. Así, los bienes inmuebles estarán sujetos a las normas de transmisión de esta clase de bienes; del mismo modo que los bienes muebles o los derechos de propiedad industrial o intelectual se deben transmitir conforme a las disposiciones legales que rigen respectivamente para ellos. Asimismo las deudas y los créditos habrán de sujetarse para su transmisión a lo dispuesto para la cesión de las deudas y de los créditos. (p. 270) (Resaltado agregado)

Ello no impide que en función de la autonomía privada se haya podido construir un “bien complejo” en el cual hay una serie de bienes singulares que son accesorios, no a otro bien principal sino a un fin económico. Este bien complejo tiene, como lo señalamos anteriormente, una unidad ideal por su afectación ideal a un fin económico. Se trata de la creación humana de una organización empresarial que puede ser jurídicamente, mediante la autonomía de la voluntad, tratada como un todo y transferida.

Al respecto, Alberto Bercovitz (2003) se refiere:

(...) hay que tener en cuenta que la autonomía jurídica de los elementos integrados en la empresa no impide que el titular de ésta, en la medida que ostenta la titularidad de los distintos elementos que la

integran, pueda realizar negocios jurídicos sobre el conjunto organizado de los mismos que es la empresa. (p. 270)

La magnitud económica ha sido importante que inclusive nuestro ordenamiento jurídico la tiene presente como unidad económica, por ejemplo, en el Código de Comercio peruano, en los artículos 5°, 182° y 192°; en el Código Civil peruano, en los artículos 302°, 426°, 438°, 448°, 846° y 1103°.

A su vez, la Ley N°2259 desde mucho tiempo atrás contempla la transferencia de establecimientos comerciales; la Ley General de Sociedades en su artículo 28° se refiere al saneamiento de la unidad económica y del fondo empresarial, en caso de aporte; el Reglamento del Registro de Sociedades en el inciso f) de su artículo 35° tipifica la efectividad del aporte de la empresa; el Decreto Legislativo N°856 sobre Los Alcances y Prioridades de los Créditos Laborales en su artículo 3° contempla el carácter persecutorio sobre los bienes de la empresa transferida o aportada; la Ley General del Sistema Concursal – Ley N°27809 en el inciso f) de su artículo 1° define a la actividad empresarial como una “actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, desarrollada con el objeto de producir bienes o prestar servicios”; la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña empresa – Ley N°28015, en sus artículos 2° y 3°, definen y señalan las características que deben contener las micro y pequeñas empresas.

Esta noción de bien complejo compuesto por una universalidad de bienes ha llevado a que la doctrina debata si se trata de una *universitas facti* o *universitas iuris*. En el primer caso, se la considera como *universitas facti* puesto que se pone de relevancia que la unidad económica de los bienes surge de la autonomía privada. Es la voluntad del empresario la que los mantiene unidos y afectados a un fin económico, siendo esa misma autonomía de la voluntad la que transfiere todos los bienes en conjunto

respetando las reglas de circulación dadas por el ordenamiento jurídico para cada uno de sus bienes singulares.

De otro lado, los que la denominan *universitas iuris* destacan el reconocimiento legislativo que existe en el ordenamiento jurídico cuando se le trata como unidad como cuando se la transfiere (contra un precio o contra el pago de acciones), se la da en garantía, se la grava tributariamente, se le trata de conservar unida (reestructuración empresarial de la Ley concursal) o se reconoce su mayor valor patrimonial como empresa en marcha al contabilizarla según las normas internacionales de contabilidad (incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico por el art. 223° de la LGS). Es decir, parte de la doctrina sostiene que, aunque haya una deficiencia técnica en la concepción de bienes en el Código Civil y el vacío grave que tiene el desconocer una realidad económica que todos los días toca nuestras vidas, desde ya no cabe duda que pese a su tratamiento fragmentado la empresa ya es considerada un bien (*universitas iuris*).

En nuestra opinión, como ya hemos referido, la naturaleza de la empresa si bien no se agota en una universalidad de bienes, su tratamiento se asemeja más al de una *universitas facti* puesto que los elementos que la componen como lo que es objeto de su transferencia está determinado fundamentalmente por lo que el empresario voluntariamente organizó y por lo que es objeto de tráfico jurídico; en buena cuenta, por la autonomía privada.

Conforme a lo mencionado, cabe tener en cuenta que la empresa puede estar comprendida por una universalidad de bienes, como también incluir obligaciones (pasivos) e inclusive actividades y prestaciones del empresario (que no necesariamente derivan de un derecho de crédito para con la empresa), por ello es que nos parece más apropiado referirnos a ella como un bien complejo.

Respondiendo parte del primer problema principal, la naturaleza jurídica de la empresa es la de organización patrimonial afectada a un fin económico considerada bien complejo y que se sintetiza en la categoría general de bien.

3. Conclusiones

- a. La empresa, conceptualmente, es la organización de los recursos de capital y trabajo destinada a la producción, distribución o prestación de bienes o servicios para el mercado. Este es el concepto económico y jurídico de la misma.
- b. Desde una aproximación filosófica, la empresa es un “objeto cultural” pero desde una perspectiva jurídica es un “bien complejo”; primero, porque está compuesto por una universalidad de bienes que no se integran en uno solo, sino que manteniendo su singularidad se hayan afectados a un fin económico definido por el empresario y, en segundo lugar, porque usualmente está integrado por los pasivos que derivan de la explotación de su actividad y en su caso, por las prestaciones del empresario (que no necesariamente provienen de un derecho de crédito para con la empresa).
- c. Su naturaleza jurídica específica es la “organización patrimonial afectada a un fin económico” donde el patrimonio es el “cuerpo” y la organización el “alma” de la empresa. Asimismo, se puede integrar en una categoría más general de “bien”.

Subcapítulo II.- Elementos, atributos y la generación de valor en la Empresa

Como adelantamos en el subcapítulo anterior, en esta parte de la tesis vamos a responder la última parte del primer problema general referido a los elementos de la empresa.

En el desarrollo de este subcapítulo encontramos que cabe distinguir y no confundir a los elementos de la empresa con los atributos de la misma; por eso, hemos convenido necesario diferenciarlos y desarrollarlos por separado. Veremos también cómo los atributos se relacionan con el valor de la misma, por ello consideramos además necesario de modo ilustrativo, exponer una selección de los métodos de valorización.

En primer lugar, trataremos específicamente aquellos elementos que necesariamente forman parte de la empresa y cómo es que aportan valor a la misma, estos son: la organización, el patrimonio empresarial (“fondo empresarial”) y los grupos de interés o *stakeholders*.

Si bien tocamos varios aspectos de la organización y del patrimonio empresarial en el primer subcapítulo (dada la necesidad de esclarecer la naturaleza jurídica de la empresa), va a ser menester que iniciemos este segundo subcapítulo volviendo a referirnos tanto a la **organización** como al **patrimonio empresarial** desde otra perspectiva; aquella desde la cual, destacando que son elementos indispensables, aportan valor para la empresa y desarrollan atributos a partir de su relación con los *stakeholders*.

En el caso particular del patrimonio empresarial se destacarán en este sus características de orden y disposición para generar una unidad económica y que han llevado a que la doctrina lo conozca como “fondo empresarial”, denominación bajo la cual desarrollaremos este subcapítulo.

En el caso particular de los *stakeholders*, cabe destacar su existencia en todas las empresas, pudiendo tener unos, mayor intensidad o importancia según la magnitud de esta. Como podrá apreciarse, la relación con estos puede surgir de la ley, de relaciones contractuales o de circunstancias fácticas (relaciones de hecho). Nos hemos separado de la corriente que considera que las relaciones con los *stakeholders* puedan deberse únicamente a “**relaciones de hecho**”, posición sumamente difundida en la doctrina del derecho mercantil para referirse a las relaciones con la clientela. Sin perjuicio de estas precisiones, indudablemente una buena relación con los *stakeholders* generará valor para la empresa.

Antes de continuar, cabe distinguir “**los elementos**” respecto de “**los atributos**”. Los primeros como ya hemos explicado son piezas o componentes necesarios para que exista la empresa, son inherentes a ella. Los atributos, por su parte, son las cualidades o características que aparecen en la empresa y pueden derivar directamente de la organización, del fondo empresarial, de los *stakeholders* o de la interrelación entre los mismos pudiendo tener diversas variantes en cada empresa. En ese sentido, una empresa puede tener *badwill*, otra *goodwill* o la adquisición de dos empresas puede generar sinergias.

Es necesario un tratamiento conjunto de los elementos (“organización”, “fondo empresarial”, “*stakeholders*”) y atributos para evaluar cómo desde cada uno de ellos y en relación con los demás generan valor para la empresa. De ahí que concluyamos el presente subcapítulo con los “métodos de valorización de la empresa”; lo cual indudablemente facilitará el tratamiento posterior del tráfico jurídico de la empresa.

En otras palabras, lo que pretendemos con este subcapítulo es presentar los pilares que sostienen o, mejor dicho, los faros que iluminan el tema central de esta investigación: la transferencia definitiva de la empresa; de tal modo que se pueda evidenciar la diferencia entre la organización objetivada y

capacidad organizativa, delimitar el contenido del fondo empresarial, los intereses que mueven a los *stakeholders* a relacionarse con la empresa, así como presentar en qué consisten los atributos de la empresa: el *goodwill*, el *badwill*, las sinergias y, finalmente estudiar cuál es la mejor manera de medir el valor de la empresa (que métodos existen).

1. Elementos de la empresa

A continuación, desarrollaremos como elementos de la empresa a la organización, el fondo empresarial y los *stakeholders*, y puntualizaremos su rol en la generación de valor para la misma.

1.1. Organización de la empresa

Si bien este elemento ha sido analizado ampliamente con ocasión del desarrollo de la naturaleza jurídica de la empresa, queremos referirnos a él brevemente en este subcapítulo y tratarlo con los otros elementos que le dan valor a la empresa, así como su manifestación en las cualidades.

En primer lugar, como hemos dicho, en la organización puede encontrarse dos manifestaciones de esta: la organización objetivada y la capacidad organizativa que genera cambios, innovaciones y perfeccionamientos eficientes de la misma para mantener a la empresa en un buen nivel competitivo.

La organización objetivada, la encontramos preliminarmente y en forma muy básica en el primer orden que se le da al fondo empresarial, pero aparece en su verdadera y gran dimensión con la explotación del fondo y el desarrollo de las actividades de la empresa. Ello hace que exista una lista de contactos, de proveedores, de clientes, una forma de presentación del producto, un público objetivo determinado, una estrategia de precios y publicidad, un sistema de distribución, de administración, de operaciones, de procedimientos, de atención al cliente y servicio postventa. Esta

organización que forma parte de su cultura empresarial en base a la cual se conduce la empresa día a día, como si estuviera en piloto automático, es la organización objetivada. Esta configura la “organización en marcha” y de esta deriva fundamentalmente su prestigio y reputación.

La capacidad organizativa toma esta organización objetivada y la cuestiona, la reta, la innova, la ajusta a los cambios, la lleva a nuevos mercados o busca ampliarla en su posicionamiento y poder de mercado tratando de construir día a día barreras de eficiencia respecto de su competencia. Es decir, se trata de la aptitud para innovar, para "reorganizar" los recursos y dirigirlos a su uso más eficiente; derivando de esta su proyección al futuro, su existencia y sostenibilidad en el largo plazo. De esta deriva fundamentalmente, las expectativas de ventas y éxito. Es la proyección al futuro, que es en buena cuenta lo que le interesa al que quiere comprar una empresa.

En conclusión, la organización se desdobra en: tanto la “**organización objetivada**” como la “**capacidad organizativa**” y ambas tienen una influencia directa en la generación de valor y la transferencia de la empresa; la primera permite transferir una organización en marcha y el prestigio (fama) actual de la empresa, mientras que la segunda permite transferir las expectativas de ventas y por tanto, de futuros beneficios.

1.2. El fondo empresarial

Al tratar profundamente “El Patrimonio: el cuerpo de la empresa” pusimos de relieve en aquella oportunidad que el concepto de este patrimonio tiene una característica especial: su manifestación en forma ordenada y dispuesta para su explotación como unidad económica.

De ahí que en este subcapítulo pretendemos profundizar, más que en las nociones generales de patrimonio, en esas características particulares que lo

han llevado a ser denominado como “El fondo empresarial” y cómo es que este produce valor para la empresa. Asimismo, su mayor desarrollo nos permitirá abordar con una visión más amplia los alcances de la transferencia definitiva de la empresa en el siguiente subcapítulo.

1.2.1. Definición

El fondo empresarial es, como hemos dicho, el patrimonio de la empresa; pero no se trata de cualquier activo o pasivo que pueda pertenecer a un empresario sino de aquel que tiene una particularidad: su orden o disposición para poder ser explotado inmediatamente.

En esa línea, la doctora María Isabel Tejada (1997) define al fondo empresarial como aquel:

(...) conjunto de elementos organizados por la persona natural o jurídica, que sirve de instrumento para llevar a cabo la actividad empresarial propuesta, es a lo que nosotros denominamos el “fondo empresarial” y que, en la doctrina y legislación extranjera, se conoce con el nombre de “fondo de comercio”, “establecimiento de comercio” o “hacienda”. La denominación fondo empresarial es nueva, es el nombre con el que nosotros hemos bautizado a este conjunto de elementos y que, evidentemente, ha sido derivada de la denominación “fondo de comercio” utilizada en la legislación francesa y argentina. ¿Por qué no denominamos a este conjunto de elementos organizados “establecimiento de comercio”, “hacienda” o “fondo de comercio” como lo hace la doctrina y legislación de otros países? Porque consideramos que la denominación “establecimiento de comercio” o “hacienda” podría llevarnos a la confusión del conjunto de elementos del empresario, con el local comercial donde este lleva a cabo su actividad o la finca rural, respectivamente, mientras que la denominación “fondo de comercio” se entendería referida únicamente al conjunto de

elementos de un comerciante: la persona que solo se dedica a la compra y venta de géneros. (pp. 76-77)

En esa misma línea, el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado señala que fondo empresarial es pues “el conjunto de elementos ordenados y dispuestos por una o más personas naturales o jurídicas, destinado a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios, el cual una vez registrado limita la responsabilidad del empresario.”¹¹⁴

Israel Llave y Filomeno Ramírez (2003) coinciden, en tal sentido:

El concepto de fondo empresarial, entonces, va estrechamente ligado a la idea de unidad económica o de producción que de acuerdo a algunas legislaciones y no pocos autores debe ser el único supuesto permitido de segregación patrimonial vía escisión. Así, entre los elementos que componen el fondo empresarial pueden encontrarse bienes, derechos o relaciones jurídicas que, organizados por el empresario, están en aptitud para dar lugar a una actividad económica de producción o comercialización de bienes o prestación de servicios. Es de notar que, si bien cada uno de los elementos que conforman el fondo empresarial puede ser valorado económicamente de forma individual, el fondo mismo puede ser también objeto de valoración económica como un todo autónomo. Este valor, obviamente, será mayor a la sumatoria del valor individual de cada uno de sus elementos, dado que el factor organización que forma parte del concepto de fondo empresarial le otorga un valor agregado a los elementos escogidos, que llegan a formar una línea de negocio en aptitud de ser explotada inmediatamente. (p. 1187)

Sobre este particular, Juan Luis Hernández Gazzo (2003) manifiesta que:

¹¹⁴ Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado.1998. Disposiciones Complementarias, Definiciones. Cfr. Proyecto 2002.

Este concepto de fondo empresarial no hace más que recoger lo que en doctrina y legislación comparada se ha llamado hacienda mercantil, fondo de comercio o establecimiento.

Empero, al no existir a la fecha una definición legal de fondo empresarial en el Perú y tomando en cuenta lo que el proyecto señala, así como lo que se conoce como hacienda mercantil, fondo de comercio o establecimiento en doctrina y legislación comparada, consideramos que este tercer supuesto de bloque patrimonial, en términos latos, puede ser reconducido hacia una definición como la de los incisos 1 y 2 del artículo 369 de la LGS, pero complementada con la idea de que esos activos y pasivos, según sea el caso, estén vinculados entre ellos y afectados a la realización de una línea de negocio, actividad empresarial o unidad de producción, comercialización o servicios. (pp. 1215-1216)

No vaya a pensarse que, por la mención del fondo empresarial en la Ley General de Sociedades, su existencia depende de una persona jurídica. Veamos el ejemplo de un pequeño empresario que decide explotar una farmacia y ha utilizado sus recursos en alquilar un local, obtener la licencia de funcionamiento, registrar el signo distintivo de su negocio ante Indecopi, inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes (RUC), obtener autorización para emitir comprobantes de pago, tener un contador y sus registros contables, generar relaciones y compromisos con proveedores, tener alguna línea de crédito, POS¹¹⁵ o pasarela de pagos para tarjetas de crédito y débito, conocer el mercado, tener sus góndolas, estantes y vitrinas con productos ordenados según su especialidad (colocando a la vista los productos que no requieren receta médica), en tener un químico farmacéutico y personal contratado en diferentes turnos incluso para servicio de entrega a domicilio (“delivery”), contar con la Autorización Sanitaria de la

¹¹⁵ POS: que es la abreviatura de la frase en inglés “Point Of Sale”, alude a un establecimiento que tiene los dispositivos para el uso de las tarjetas de crédito y débito como medio de pago de los clientes.

Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas- DIGEMID (Órgano del Ministerio de Salud), contar con un software para administrar su empresa (control de stocks, pedidos en curso, entregas, manejo de personal, etc.), en general muebles, enseres, vehículos relacionados con el objeto del negocio. Es decir, un establecimiento ordenado y listo para ser explotado por una persona natural.

Del ejemplo anterior se desprende que el fondo empresarial, como bien complejo¹¹⁶, es un gran activo que le da valor a la empresa desde antes de ponerla en funcionamiento. El hecho que no se hubiese comenzado a explotar (o hubiere dejado de ser explotado) no significa que no exista un orden en sus elementos que permita comenzar a operarlo para el fin elegido por el empresario. De este modo pues, podemos ver a diversas empresas desarrollar la actividad metal mecánica, cultivar grandes extensiones de caña de azúcar para producirla industrialmente o venderla a un ingenio, producir o distribuir electricidad, desarrollar la actividad farmacéutica antes referida y cualquier otra actividad económica no prohibida.

Como puede apreciarse, el fondo empresarial es un bloque patrimonial ordenado y listo para funcionar sea porque la actividad empresarial **recién se va a iniciar** o porque conserva aún el orden que tuvo al **cese de actividades**. En estos dos momentos es cuando su presencia aparece nítida, pues durante su explotación es absorbido por la noción de “**empresa**”, ya que se suma al fondo empresarial el “alma de la empresa”, constituyéndose en otra cosa: una organización patrimonial permanente, dinámica y funcional hacia el mercado.

1.2.2. Normativa aplicable

En materia normativa, el fondo empresarial se halla comprendido tanto en la Ley General de Sociedades como en el Reglamento del Registro de

¹¹⁶ Son bienes complejos: la empresa, el fondo empresarial y en general, las universalidades de bienes.

Sociedades¹¹⁷. Ambos cuerpos normativos tienen en común referirse al fondo empresarial con ocasión del tratamiento de **los aportes**.

Ley General de Sociedades-Ley N°26887:

“Artículo 28.- Saneamiento de los aportes

El aportante asume ante la sociedad la obligación de saneamiento del bien aportado.

*Si el aporte consiste en un conjunto de bienes que se transfiere a la sociedad como un solo **bloque patrimonial, unidad económica o fondo empresarial**, el aportante está obligado al saneamiento del conjunto y de cada uno de los bienes que lo integran.”*

Si el aporte consiste en la cesión de un derecho, la responsabilidad del aportante se limita al valor atribuido al derecho cedido pero está obligado a garantizar su existencia, exigibilidad y la solvencia del deudor en la oportunidad en que se realizó el aporte”. (Resaltado agregado)

Reglamento del Registro de Sociedades-Res. N°200-2001-SUNARP/SN:

“Artículo 35.- Efectividad de la entrega de los aportes

En los casos de constitución de sociedades, aumentos de capital o pagos de capital suscrito, la efectividad de la entrega de los aportes se comprobará ante el Registro en las siguientes formas:

(...)

¹¹⁷ Res. N°200-2001-SUNARP/SN, publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 27 de julio del 2001.

f) Tratándose del aporte de una empresa, de un establecimiento comercial o industrial o de servicios, de un fondo empresarial o de un bloque patrimonial, se adjuntará la declaración del gerente general, del administrador o de la persona autorizada de haberlos recibido. El bien materia del aporte deberá ser identificado con precisión que permita su individualización; además, si incluye bienes o derechos registrados, deben indicarse los datos referidos a su inscripción registral. Adicionalmente, se indicará el valor neto del conjunto o unidad económica objeto de la aportación. Son aplicables, según corresponda, las disposiciones de los incisos que preceden” (Resaltado y subrayado agregados)

Nótese que en el caso del Reglamento de Registro de Sociedades hay hasta tres (3) términos que aluden al fondo empresarial, el primero como “empresa” (ya hemos dicho que es el fondo empresarial en funcionamiento), el segundo “establecimiento” (que es la forma como la doctrina española y parte de la latinoamericana se refiere al fondo empresarial), y finalmente la expresión propiamente dicha de “fondo empresarial”.

Sin perjuicio de lo mencionado, también lo encontramos específicamente aludido como una especie de “bloque patrimonial” en el artículo 369¹¹⁸ de la Ley General de Sociedades, y si bien se halla ubicado en materia de escisión, sirve como marco de referencia para la fusión, reorganización simple y también para ser considerado como un aporte. El análisis de este artículo nos permitirá apreciar desde un punto de vista societario al fondo empresarial.

¹¹⁸ **Ley General de Sociedades-Ley N°26887:**

“Art. 369.- Definición de bloques patrimoniales.

Para los efectos de este Título, se entiende por bloque patrimonial:

a. Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida;

b. El conjunto de activos de la sociedad escindida; y,

c. Un fondo empresarial”

Al respecto Israel Llave y Filomeno Ramírez (2003) destacan que, aunque no exista una definición de fondo empresarial en el ordenamiento positivo, resulta claro que ello no impide reconocerlo como una modalidad o especie de bloque patrimonial (ordenado y destinado al desarrollo de una actividad económica). En ese sentido, afirman:

Aun cuando el concepto de fondo empresarial no se encuentra acogido en nuestro ordenamiento positivo, creemos que su consideración como modalidad de bloque empresarial no se ve afectada en términos prácticos, dado que el fondo, al estar compuesto por activos y pasivos, puede ser asimilado en cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 369 de la LGS. (p. 1188)

Elías Laroza (1999), a su vez explica que la definición de bloque patrimonial (dentro del que se encuentra el fondo empresarial) que va a ser materia de escisión no necesariamente requiere estar organizado como “empresa” (“unidad económica” o “unidad empresarial”), pues basta para cumplir con el proceso de escisión que se traten de elementos patrimoniales que pueden ser separados de un patrimonio mayor para ser trasladados a otra persona jurídica.

Estas definiciones de bloques patrimoniales son objetivas y simples. Evitan cualquier duda en cuanto a su aplicación. La doctrina, en los debates que se han producido durante el periodo evolutivo del instituto de la escisión, exigió, en no pocos casos, que un bloque patrimonial susceptible de ser denominado como tal, en una escisión, debía cumplir con el requisito de ser una “unidad económica” o una “unidad empresarial. (p. 798)

En buena cuenta, si este bloque patrimonial llega a estar ordenado como fondo empresarial y adicionalmente se halla en funcionamiento

constituyendo por ello una empresa, la puesta en marcha simplemente generará un mayor valor o mejor apreciación de dicho “bloque patrimonial”.

De estos comentarios, nos queda claro que para los autores de la Ley General de Sociedades bajo el concepto de “bloque patrimonial” se hallaban comprendidos meras fracciones de un patrimonio sin ningún tipo de orden o relación entre sus elementos, los fondos empresariales y las empresas. En este contexto, al legislador le quedó claro la diferencia que había entre un mero fondo empresarial (sin funcionamiento) y otro con funcionamiento (la empresa).

La empresa funciona –y toda empresa deja de serlo, en cuanto deja de funcionar- (...). La empresa es pues, un concepto dinámico, así como el patrimonio de la empresa es un concepto estático. La empresa en marcha es, en suma, un conjunto dinámico de elementos heterogéneos: cosas corporales, derechos y relaciones materiales de valor económico que no son cosas ni derechos.

(...) Y, en efecto, el trabajo es el elemento que da vida a la empresa, convirtiéndola de conglomerado inerte en fuente de lucrativo ingreso. (Joaquín Garrigues, 1984, pp. 177-178)

En efecto, ser una empresa requiere de una permanente explotación de los activos y correcta administración de los pasivos¹¹⁹, así como una constante reorganización e innovación, dado que se encuentra operando en el mercado. En buena cuenta, el fondo empresarial **en funcionamiento** es la empresa, lo que coloquialmente y contablemente se denomina “*empresa en marcha*”.

¹¹⁹ Cabe destacar que no todos los elementos patrimoniales de la empresa pueden tener expresión contable en los estados financieros. Por ejemplo: un arrendamiento de un local comercial a diez años no aparece como activo (salvo que los arrendamientos hayan sido pagados por adelantado), lo mismo que la contratación de una figura popular para promocionar los productos de la empresa.

Las Normas Internacionales de Contabilidad, incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 223° de la Ley General de Sociedades¹²⁰, tratan de reflejar en los estados financieros, el fondo empresarial en funcionamiento, que es lo que llaman “la empresa en marcha” o para nosotros, simplemente, “la empresa”.

Ello es fundamental dado que resulta fácil de entender que el valor de la empresa resulta superior al de un conglomerado patrimonial, pues esta ha sido organizada y está siendo explotada para generar beneficios económicos y los estados financieros deben expresar razonablemente esta realidad.

En ese orden de ideas, el balance de una empresa refleja la situación del patrimonio a una fecha determinada, los Estados de Resultados, los Ingresos y Gastos, en el intervalo de un ejercicio económico (como por ejemplo lo señalan las NIC 2 – Existencias; NIC 7 – Estados de Flujos de Efectivo; Políticas Contables, Cambios en las Estimaciones Contables y Errores; NIC 10 – Hechos Posteriores a la Fecha del Balance; etc.). Empero, lo fundamental es que los registros contables deben tratar de reflejar que este patrimonio corresponde al de una empresa en marcha, vale decir, se trata de reflejar, que no es un patrimonio estático, sino más bien dinámico, que no está inerte, sino con vida, y que este por tanto es cambiante porque hay movimiento o actividad en el mismo.¹²¹

¹²⁰ **“Artículo 223.- Preparación y presentación de estados financieros**

Los estados financieros se preparan y presentan de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y con principios de contabilidad generalmente aceptados en el país”

¹²¹ De lo anterior que la NIC 1, en sus puntos 23 y 24, expresa lo siguiente:

“23. Al elaborar los estados financieros, la dirección evaluará la capacidad que tiene la entidad para continuar en funcionamiento. Los estados financieros se elaborarán bajo la hipótesis de empresa en funcionamiento, a menos que la dirección pretenda liquidar la entidad o cesar en su actividad, o bien no exista otra alternativa más realista que proceder de una de estas formas. Cuando la dirección, al realizar esta evaluación, sea consciente de la existencia de incertidumbres importantes, relativas a eventos o condiciones que puedan aportar dudas significativas sobre la posibilidad de que la entidad siga funcionando normalmente, procederá a revelarlas en los estados financieros. En el caso de que los estados financieros no se elaboren bajo la hipótesis de empresa en funcionamiento, tal hecho será objeto de revelación explícita, junto con las hipótesis alternativas sobre las que hayan sido elaborados, así como las razones por las que la entidad no puede ser considerada como una empresa en funcionamiento.

24. Al evaluar si la hipótesis de empresa en funcionamiento resulta apropiada, la dirección tendrá en cuenta toda la información que esté disponible para el futuro, que deberá cubrir al menos, pero no limitarse a, los doce meses siguientes a partir de la fecha del balance. El grado de detalle de las consideraciones dependerá de los hechos que se presenten en cada caso. Cuando la entidad tenga un historial de

En conclusión, en el sistema positivo se puede sostener que se han diferenciado las nociones de bloque patrimonial, fondo empresarial y empresa. El fondo empresarial es el patrimonio o bloque patrimonial ordenado y listo para ser explotado, cuando se inicia su explotación (entra en funcionamiento) aparece la empresa, adquiriendo generalmente un mayor valor. Esta es el resultado dinámico de la simbiosis de patrimonio y organización.

1.2.3. Elementos del Fondo Empresarial

Siguiendo en parte a Garrigues, tenemos que los elementos del patrimonio empresarial (es decir, el fondo empresarial), se dividen en elementos tangibles e intangibles.

Entre los elementos tangibles tenemos a los locales y los bienes corporales, y entre los intangibles tenemos a los derechos intelectuales, ciertos derechos personales y otros cuya existencia se manifiesta a través de la parte corporal del fondo empresarial:

- a. El local en el que a menudo se explota la empresa.-** El cual puede pertenecer o no al empresario. Vale decir, la explotación puede provenir de un arrendamiento. Es obvio que, si bien el local es necesario como base física de toda empresa, en ciertas ocasiones, o clases de comercio, su emplazamiento tiene la máxima importancia. La calidad y la cantidad de la clientela se determina muchas veces por el sitio (calle de mucho tráfico, o caracterizada por aquel género de comercio, o habitada por el público objetivo al que se quiere llegar, etc.)¹²²

explotación rentable, así como facilidades de acceso a recursos financieros, la conclusión de que utilizar la hipótesis de empresa en funcionamiento es lo apropiado, podrá alcanzarse sin realizar un análisis en profundidad. En otros casos, la dirección, antes de convencerse a sí misma de que la hipótesis de continuidad resulta apropiada, habría de ponderar una amplia gama de factores relacionados con la rentabilidad actual y esperada, el calendario de pagos de la deuda y las fuentes potenciales de sustitución de la financiación existente.” (Subrayado agregado)

¹²² Incluso en España, Garrigues (1984) da cuenta de legislación que protege a los arrendatarios de locales comerciales por considerarse un elemento estratégico del negocio y por el *goodwill* que la organización

En la medida que las operaciones van creciendo, no hallaremos un solo local con estas características sino varios ubicados en diferentes áreas o zonas cuya ubicación estratégica fomentará la presencia de clientela.

b. Otros bienes corporales.- La doctrina y el tratamiento contable suelen referirse a estos activos como las existencias (mercaderías), maquinarias y equipos, vehículos, muebles y enseres e inmuebles. Es cierto que la doctrina más tradicional separa de los inmuebles a los locales comerciales para mostrarlos en forma separada y resaltar como es que su ubicación puede aportar valor a la empresa; como puede apreciarse, hemos seguido esta tendencia en la presente clasificación.

En ese orden de ideas, Joaquín Garrigues (1984) nos muestra una clasificación similar:

“Forman cuatro categorías: el material, las mercaderías, el utillaje y los inmuebles. Desde el punto de vista jurídico la contraposición importante es entre cosas muebles y cosas inmuebles, por su distinto tratamiento jurídico (adquisición, transferencia, derechos de garantía, etcétera). Pero desde el punto de vista del tráfico, se distingue entre el material del negocio (cosas muebles por naturaleza que no son mercaderías y no están destinados a la venta, sino que se utilizan por el comerciante de un modo accesorio en la explotación –material de oficinas, elementos de transporte, etc.-), las mercaderías (destinados a un fin específico de comercio), el dinero, el utillaje (máquinas destinados a la fabricación o transformación de los productos) y los inmuebles cuyo valor depende de la explotación de la empresa (v. gr.: fábricas de funcionamiento). De todas estas cosas corporales, aptas para una dominación jurídica en todos sus aspectos, hemos de destacar por su importancia específica en

empresarial ha desarrollado al aprovechar “la ubicación del local para el desarrollo de su actividad empresarial”. (pp.179-181).

Derecho mercantil las mercaderías y el dinero, completando su estudio con el de las disposiciones legales protectoras de ese tráfico mercantil en punto a mercaderías”. (pp. 182-183).

c. Derechos incorporales

Se trata de bienes que por contraposición a los bienes corporales carecen de materialidad y no están incorporados a un único bien material. Dentro de este género deben distinguirse dos especies: i) los derechos personales y, ii) los derechos sobre intangibles.

c.1. Derechos personales

Los derechos personales, también conocidos como derechos de crédito u obligaciones pueden consistir en la entrega de una cosa (prestaciones de dar), en la realización de un hecho (prestaciones de hacer) y en la abstención de un hecho (prestaciones de no hacer).

Es decir, pueden consistir en entregar inmuebles o cosas en propiedad, uso o usufructo o, simplemente entregar dinero en calidad de comprador o mutuante. También se puede ser acreedor de un servicio o prestador del mismo, sea como locador, contratista, trabajador o mandatario. De otro lado, el empresario puede ser acreedor y beneficiario de un pacto de no competencia en su área geográfica o que un agente reciba una contraprestación por no trabajar o brindar asesorías a un tercero.

Los derechos personales suelen ser transmitidos mediante la cesión de derechos o si conllevan una obligación (un activo y un pasivo), mediante la cesión de posición contractual.¹²³

¹²³ En materia de cesión de derechos véase del artículo 1206° al 1217° y en materia de cesión de posición contractual véase del artículo 1435° al 1439° del Código Civil peruano.

c.2. Derechos intangibles

En materia de derechos sobre intangibles tenemos a los derechos intelectuales, a los derechos personalísimos y otros intangibles singulares o derivados de la organización.

Los derechos intelectuales en particular brindan la posibilidad de una reproducción ilimitada mediante licencias o franquicias y tienen en muchos casos una protección bastante completa mediante monopolios legales, que cautelan su exclusividad.

En ese orden de ideas, agrega Alberto Bercovitz (2003):

(...) pueden considerarse (...) “las ideas o elementos ilimitadamente reproducibles, que como tales pueden ejecutarse un número ilimitado de veces, que tienen autonomía suficiente frente a sus creadores para permitir su transmisión independiente y su explotación económica por parte del tercero adquirente”. (p. 143)

De otro lado, tenemos los derechos personalísimos que son bienes sumamente explotados y tranzados en el mercado tecnológico, en los mercados generados por la sociedad del ocio que explotan la imagen, la voz o el nombre de personas con relevancia pública (artistas, deportistas, rostros de televisión, voces de radio); así como las noticias, como bienes valiosos en esta sociedad de la información y que constituyen el negocio de los medios de comunicación social.

Como va a notarse, estos bienes inmateriales pueden tener una protección más absoluta o completa, o más bien relativa y menos completa; pues algunos intangibles gozan de una protección absoluta, materializada en un derecho de explotación exclusivo reconocido por la ley, oponible *erga omnes*; mientras en otros casos, la protección

derivará de una cláusula contractual con alcance particular o del simple hecho de respetar la reserva o el secreto que se cierne sobre la información que no se desea revelar, manteniéndola en el ámbito privado la mayor cantidad de tiempo posible.

c.2.1. Derechos intelectuales

Este punto, Joaquín Garrigues (1984) lo refiere como los derechos de propiedad industrial, literaria y artística:

“Dentro del patrimonio de la empresa se integran derechos de diversa índole, entre ellos los llamados derechos sobre bienes inmateriales, entendidos estos últimos como aquellas creaciones intelectuales, fruto del trabajo humano, que se separan de la persona de su creador y se individualizan de tal forma que son aptas para constituirse en objeto de derechos. Entre los derechos sobre bienes inmateriales se incluyen principalmente los derechos de propiedad industrial y los derechos de propiedad literaria y artística”. (p. 181)

Se trata de los derechos intelectuales que comprende los derechos sobre signos distintivos (marcas, lemas comerciales y nombres comerciales), conocimientos y derechos de autor (obras literarias, artísticas y científicas, programas de ordenador o *software*, películas, letras y composiciones musicales, emisiones radiofónicas, producciones audiovisuales).

En general estos derechos derivados de la propiedad industrial tales como el caso de marcas, lemas comerciales, derechos de

patente, entre otros¹²⁴, tienen una protección absoluta, pues tienen implícito el derecho de proscribir que haya alguien no autorizado explotando dicho bien. En ese sentido, el artículo 6 de la Ley de Propiedad Industrial, aprobado mediante Decreto Legislativo N°1075, señala:

“Artículo 6.- Exclusividad de los derechos de propiedad industrial

Los derechos de propiedad industrial otorgan a su titular la exclusividad sobre el objeto de protección y su ejercicio regular no puede ser sancionado como práctica monopólica ni como acto restrictivo de la competencia.”

Los derechos de propiedad industrial llegan a ser oponibles frente a terceros, toda vez que existe la presunción de que todos los individuos tienen conocimiento del Registro de Actos sobre los que versan las transferencias, licencias, modificaciones de los derechos de propiedad industrial. Veamos el artículo 7° de la Ley de Propiedad Industrial:

¹²⁴ **Ley de Propiedad Industrial, aprobado mediante Decreto Legislativo N°1075**

“Artículo 3.- Elementos constitutivos de la propiedad industrial

Para efectos del presente Decreto Legislativo, constituyen elementos de la propiedad industrial:

- a) Las patentes de invención;*
- b) Los certificados de protección;*
- c) Las patentes de modelos de utilidad;*
- d) Los diseños industriales;*
- e) Los secretos empresariales;*
- f) Los esquemas de trazado de circuitos integrados;*
- g) Las marcas de productos y de servicios;*
- h) Las marcas colectivas;*
- i) Las marcas de certificación;*
- j) Los nombres comerciales;*
- k) Los lemas comerciales; y*
- l) Las denominaciones de origen.”*

“Artículo 7°.- Registro de actos.

Las transferencias, licencias, modificaciones y otros actos que afecten derechos de propiedad industrial podrán inscribirse en los registros de la Propiedad Industrial.

Los actos y contratos, a que se refiere el párrafo anterior surtirán efectos frente a terceros a partir de su inscripción, salvo las licencias que afecten registros sobre signos distintivos.

Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones efectuadas en los registros correspondientes, los cuales se presumen ciertos mientras no sean rectificadas o anuladas. La Dirección competente establecerá la forma de organización de sus respectivos registros y dictará las disposiciones de inscripción que sean necesarias.” (Subrayado agregado)

Ahora bien, es preciso definir como autor a la persona que crea una determinada obra¹²⁵, ya sea literaria, artística, científica o cualquier otro tipo de obra; a su vez, el autor encuentra protección legal de su creación dentro de la normativa nacional a lo que se le denomina “derechos de autor”. Veamos lo prescrito por el artículo 18° de la Ley sobre el Derecho de Autor, aprobado mediante Decreto Legislativo N°822:

¹²⁵ **Ley sobre el Derecho de Autor, aprobado mediante Decreto Legislativo N°822:**

“Artículo 2.- A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

(...)

17. Obra: Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.

(...)”

“Artículo 18.- *El autor de una obra tiene por el sólo hecho de la creación la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en la presente ley.”*

En conclusión, tanto los derechos de propiedad industrial como los derechos de autor dotan de exclusividad a su titular, siendo estos derechos oponibles frente a terceros. Ahora bien, quedará a discrecionalidad del titular de estos derechos la decisión de transferirlos o cederlos a un tercero para su uso o explotación, lo cual podría darse, por ejemplo, mediante licencias sobre signos distintivos, cesión de derechos, registro de contratos de transferencia de tecnología, entre otros.

c.2.2. Derechos personalísimos: derecho a la imagen, la voz, la intimidad y al nombre

Un intangible que también está siendo aprovechado en el comercio es el derecho de imagen o de “buena imagen” que tienen personalidades intelectuales, artistas famosos, deportistas, personajes de la televisión o del periodismo, entre otros.

El uso de la imagen de estas personas puede ser destinado a fines comerciales (avisos publicitarios o *merchandising*) si es que se cuenta con la autorización de las mismas, adquiriendo un mayor valor, la exclusividad de la misma. Lo señalado sobre la imagen resulta también aplicable para el uso de la voz, la intimidad e inclusive para el uso del nombre de una determinada persona.

El Código Civil peruano de 1984 trata estos temas en sus artículos 14°, 15°, 27° y 28°:

“Derecho a la intimidad personal y familiar

Artículo 14.- La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.” (Subrayado agregado)

“Derecho a la imagen y voz

Artículo 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden.” (Subrayado agregado)

“Nulidad de convenios sobre el nombre

Artículo 27.- *Es nulo el convenio relativo al nombre de una persona natural, salvo para fines publicitarios, de interés social y los que establece la ley.”* (Subrayado agregado)

“Indemnización por usurpación de nombre

Artículo 28.- *Nadie puede usar nombre que no le corresponde. El que es perjudicado por la usurpación de su nombre tiene acción para hacerla cesar y obtener la indemnización que corresponda.”*

En ese mismo orden de ideas, agrega Alberto Bercovitz (2003):

En definitiva, por tanto, cabe hablar de la existencia de unos bienes inmateriales vinculados a la personalidad que tienen en la actualidad una gran relevancia dentro de la actividad económica en el mercado. Si bien es cierto que la titularidad de esos bienes no puede transmitirse, si se puede otorgar consentimiento o autorización para su uso en una actividad mercantil, lo cual se hará normalmente bien a través de un contrato de licencia, o preferentemente de mercadeo o “merchandising”. (p. 145)

No cabe duda de que, estos derechos a la imagen pueden ser muy importantes para campañas publicitarias, para la venta de libros, películas, piezas musicales, vestimenta (tanto deportiva como no deportiva), artículos de perfumería y belleza, atuendos formales e informales, automóviles, servicios turísticos (hoteles, restaurantes, viajes) y hasta cigarrillos, cervezas y licores. Asimismo, estos artículos podrían tener la reproducción de

imágenes, voces, parte de la intimidad e inclusive el uso de los nombres de estos personajes. Se trata de intangibles con un valor significativo en la actividad empresarial.

c.2.3. Otros intangibles

Existen también una serie de intangibles generados por la sociedad de la información como “las noticias”, cuyo mayor valor está simplemente en mantenerlo en reserva, su explotación será intensa y de vida corta, hasta comunicarla como primicia. Logrado ese objetivo (ser el primero en difundirla), su valor se va perdiendo siendo efímero con el transcurso del tiempo.

Hay otra información o conocimiento, que no es el producto final, sino un insumo que se aplica en la empresa y se manifiesta a través del proceso productivo (fórmulas, insumos esenciales, adquisición de ciertos bienes y manejo de equipos especiales, etc.), a través de sus planes de mercadeo, de su manejo administrativo (estructura de costos) o de sus procedimientos para gestionar riesgos; información sobre líneas de crédito, listas de proveedores, listas de clientes o compradores, bases de datos; todo lo cual constituye información confidencial. Esta información, “conocimiento técnico” o “*know how*” no es lo suficientemente novedoso o no tiene las características para gozar de un uso exclusivo y, por lo tanto, no es patentable ni puede ser reconocido como un monopolio legal, empero sí tiene valor para la empresa, por lo que es protegido como “secreto empresarial” imponiendo cláusulas de confidencialidad para los que tienen acceso a este.

En efecto, su protección más eficiente en este contexto, aunque débil, consiste en mantener la reserva lo más prolongada posible, sin perjuicio de contemplar las ya señaladas cláusulas contractuales de confidencialidad.

En ese sentido, el ordenamiento jurídico no reprime el que el conocimiento o la información sean adquiridos investigando o que hayan sido descubiertos casualmente, sino el acceso indebido o uso no autorizado (cuando hubo compromiso de confidencialidad), tal como lo prevé el artículo 13 de la Ley Represión de Competencia Desleal, aprobado mediante Decreto Legislativo N°1044¹²⁶.

Como puede apreciarse, tan intangibles como las noticias o los conocimientos técnicos son los diseños de moda, los formatos de los programas de televisión, de espectáculos artísticos, de competencias deportivas, las concesiones públicas o privadas, los derechos de franquicia, el derecho de exclusividad territorial, el personal calificado y capacitado, las campañas publicitarias, los servicios postventa, etc. Sin embargo, estos tienen una protección aún más débil, pues, con ocasión del ejercicio de la actividad empresarial cualquiera puede tomar conocimiento legítimo de estos intangibles y proceder a imitar estas iniciativas explotándolas económicamente.

En efecto, en una economía social de mercado la imitación de iniciativas empresariales es una conducta permitida. El derecho a imitar constituye una de las manifestaciones de la libertad

¹²⁶ **“Artículo 13.- Actos de violación de secretos empresariales.-**

Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, lo siguiente:

- a) *Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso legítimamente con deber de reserva o ilegítimamente;*
- b) *Adquirir secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo”.*

empresarial prescrita en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, este derecho tiene dos limitaciones: i) no afectar los derechos intelectuales protegidos; y, ii) no afectar la diferenciación generando confusión sobre el origen empresarial del producto.¹²⁷

Como puede apreciarse, hay una serie de intangibles que pueden ser contabilizados o no contabilizados, incluidos en un registro o no, tener una mayor o menor protección jurídica, pero todos comparten una característica: le dan valor a la empresa.

d. Obligaciones

Los pasivos u obligaciones no son inherentes a un fondo empresarial que se quiere transferir (pues si este es transferido sin obligaciones, obviamente puede ser explotado y funcionar sin inconvenientes), se incorporan por el mutuo acuerdo del transferente y adquirente.

No obstante lo mencionado, el transferirlo con obligaciones puede permitir un menor desembolso del precio al contado para, no obstante, asumir los costos financieros, gozar de un plazo mayor para el pago.

El inconveniente cuando se incorpora dentro del bien objeto de transferencia está en la necesidad de pedir el asentimiento del acreedor para poder transferir la obligación si es que se quiere liberar de esta al transferente del fondo empresarial en funcionamiento. Este costo de transacción puede ser reducido si se atribuye al silencio una manifestación positiva de voluntad en un plazo determinado o si del mismo modo es interpretada la falta de ejercicio del derecho de oposición (que pueda estar regulado) en un plazo determinado. Empero, para ello se requiere normativa expresa que brinde ese efecto de manifestación de voluntad positiva al silencio.

¹²⁷ Véase Resolución N°119-2013/CCD-INDECOPI del 29 de mayo de 2013, numeral 4.1.

Lo que queda claro es que este es el único elemento que no constituye un activo del fondo empresarial, sino más bien un pasivo que según como se contemple la tutela del acreedor podría terminar transferido al adquirente (ante la ausencia de oposición) o, más bien, ser objeto de responsabilidad solidaria, pudiendo ser exigido tanto al transferente como al adquirente. La existencia de una u otra situación redundará en el precio.

Hasta aquí hemos enumerado y presentado ordenadamente a los elementos que la doctrina considera forman parte del fondo empresarial; con relación al mismo tema (los elementos del fondo empresarial) el referido anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, en su artículo 1, establece lo siguiente:

“El fondo empresarial puede estar conformado, entre otros, por los siguientes elementos:

- a. Los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles que formen parte del activo corriente y el activo fijo de la empresa.*
- b. Las sumas de dinero.*
- c. Los derechos patrimoniales de propiedad intelectual y los derechos sobre otros bienes intangibles.*
- d. Los contratos, derechos y obligaciones relacionados con la actividad empresarial.*

Los elementos del fondo empresarial conservan su individualidad. Los actos o contratos que se celebran respecto a dichos elementos se rigen por la ley de la materia, en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en esta ley.”¹²⁸

En síntesis, el fondo empresarial es el patrimonio de la empresa; pero no se trata de cualquier activo o pasivo que pueda pertenecer a un empresario sino de aquel que tiene una particularidad: su orden o disposición para poder

¹²⁸ Anteproyecto de Ley Marco del Empresariado. Libro I, De la Empresa, Sección Primera, Del Fondo Empresarial, T I, Disposiciones Generales. Art. 1°.

ser explotado inmediatamente. En el orden normativo se encuentra recogida la noción de bloque patrimonial y el fondo empresarial como una modalidad de este; siendo que el fondo empresarial es el patrimonio o bloque patrimonial ordenado y listo para ser explotado, cuando se inicia su explotación (entra en funcionamiento) aparece la empresa, adquiriendo generalmente un mayor valor. Esta es el resultado dinámico de la simbiosis de patrimonio y organización, así como de la interrelación con los *stakeholders*; aspectos que deberán que ser tenidos en cuenta con ocasión de su valorización.

En conclusión, el fondo empresarial es un bloque patrimonial conformado por diversos elementos activos y pasivos, tangibles e intangibles, ordenados y que constituyen parte esencial de una línea de negocio o, en el mayor de los casos, constituyen todo el patrimonio de una empresa. Ello sin perjuicio de que sus elementos conserven su singularidad respecto de los demás elementos y del conjunto que conforma el fondo empresarial. En este contexto, los métodos de valorización deberán tener en cuenta también la existencia de los intangibles, en particular cuando no están registrados contablemente pero que indudablemente le brindan valor al patrimonio empresarial.

1.3. Los Stakeholders o Grupos de Interés

La empresa, como hemos explicado en el primer subcapítulo, es un fenómeno socioeconómico y siendo una organización de personas, genera una serie de relaciones internas (directas) y externas (indirectas) o jurídicas y de hecho que permiten apreciarla como un centro de intereses para los agentes económicos.

Los puntos anteriores han permitido diferenciar a la persona titular de la empresa misma, y al hacer ello detectar, a su vez, que la empresa no tiene a su titular como único y exclusivo interesado. La empresa,

como tal, es un centro de “intereses” no solo diversos sino de naturaleza diferente. (Torres y Torres Lara, 1997, p.32)

Edward Freeman define a los grupos de interés (*stakeholders*) como: “*aquellos que pueden afectar o ser afectados por el logro de los propósitos de la organización.*” (Business school, 2009)

Si nos detenemos a observar el concepto de empresa y lo leemos una y otra vez, saltarán a la vista algunos de los grupos de interés que se visualizan inmediatamente a través de su definición: aquella organización de los recursos de trabajo y capital que son destinados a la fabricación, distribución, comercialización de bienes o prestación de servicios valiosos para la comunidad.

En efecto, aparecen nítidamente como grupos de interés: los inversionistas (que aportan recursos de capital), los trabajadores, los consumidores o clientes de la empresa (a quienes se dirigen los bienes o servicios) y la comunidad como aquella entidad que representa a los seres humanos que se relacionan con el fenómeno empresarial. Otros grupos de interés también son los proveedores (acreedores), el Estado, los tecnócratas (administradores u organizadores de la gestión empresarial), etc.

Estos agentes a los que la doctrina comparada ha optado por denominar *stakeholders* son para nuestro ordenamiento jurídico “grupos de interés”. Como se advierte de su propia nomenclatura, se trata de diversos conjuntos de personas, pertenecientes al ámbito privado y público, quienes tienen un interés legítimo con relación a las actividades que desarrolla la empresa.

La doctrina ha llegado a distinguir dos clases de grupos de interés:

Un grupo primario, definicional, restringido que comprende a aquellos con los que la empresa es directamente interdependiente (titulares o socios inversionistas, trabajadores, clientes o consumidores, proveedores, gerentes

y directores), estos dependen de la empresa y, la empresa depende directamente de ellos. La empresa tiene en general, relaciones económicas y jurídicas contractuales con ellos.

Otro grupo secundario, instrumental, incluido dentro de un concepto más amplio con quienes tiene relaciones externas (se benefician o sufren externalidades), relaciones de hecho o deberes impuestos por la ley; son los que pueden afectar o resultar indirectamente afectados por la actividad empresarial. Estos son el Estado, la comunidad, la competencia, los medios de comunicación, etc.

Al respecto, Edward Freeman presenta también una distinción entre varios tipos de *stakeholders*, según sea su influencia directa o indirecta sobre la empresa: los 'primarios' o 'definicionales' y los 'instrumentales'.

Los primarios son vitales para el crecimiento continuo y sobrevivencia de cualquier empresa, mientras los stakeholders instrumentales están en el entorno amplio de la empresa y son aquellos que pueden influenciar a los primarios (activistas, competidores, ambientalistas, medios de comunicación). (Business school, 2009)

Francisca Urroz (2010), siguiendo a Edward Freeman, lo explica de la siguiente manera:

Primarios: Los stakeholders son fundamentales para operar de una organización. Este grupo incluye a quienes tienen alguna relación económica con el negocio, como por ejemplo, los accionistas, los clientes, los proveedores y los trabajadores.

Secundarios: Los stakeholders son aquellos que no participan directamente en el intercambio con una empresa, pero que sí pueden afectar o verse afectados por las acciones de ésta. En esta categoría

están los competidores, los medios de comunicación y las ONG's, entre otros.

Como puede apreciarse, hay grupos de interés que son más interdependientes que tienen una influencia directa, y hay otros que tienen una influencia indirecta y son afectados en una forma más mediata. Con algunos hay solo relaciones de hecho y con otros, relaciones jurídicas de índole contractual o de fuente legal.

A continuación, unas breves líneas respecto de los grupos de interés y cómo es que la empresa durante su desenvolvimiento llega a afectarlos en particular y en su entorno.

1.3.1. Los inversionistas

Aquellos que proveen de recursos de capital, por lo general dinerarios, sea en calidad de aporte o de préstamo; mediante títulos de participación en el patrimonio (como acciones) o a través de créditos o adquiriendo títulos representativos de obligaciones (papeles comerciales y bonos).

Si participan directamente en el riesgo de la empresa su condición será generalmente la de un socio o accionista, si conceden un crédito podrá ser la de un prestatario o bonista.

Cuando participan como socios o accionistas a través de una sociedad de capitales, terminan gestionando la empresa en función de sus intereses. En efecto, la dirigen en función al capital aportado, se apropian de los beneficios en esa misma proporción y asumen el riesgo de la misma manera.

El modelo societario apropiado para este tipo de actuación sería el de la sociedad anónima. Si se va a producir la enajenación de la empresa, el adquirente tendrá un especial interés en conocer todos los pormenores y

alcances que vaya a tener la transferencia de la empresa, pues naturalmente tiene una expectativa de ganancia en su explotación.

1.3.2. Los trabajadores

En general, son los prestadores de servicios que tienen una condición de dependencia con la empresa a la cual consideran su centro de trabajo. Su pretensión principal es cumplir con su trabajo y recibir su remuneración y los beneficios laborales que puedan corresponderles. No participan del riesgo del negocio, sin embargo, podrían llegar a tener una participación en las utilidades¹²⁹, no obstante, ello no altera su interés principal: su remuneración y demás beneficios laborales.

Sus posibilidades de negociar mejoras económicas residen en su conocimiento, especialización u organización colectiva; alcanzando su máxima expresión a través de su organización sindical.

Una variante sería, que la fuerza de trabajo se organice empresarialmente y asociándose en función del aporte de sus servicios puedan constituir una cooperativa de trabajadores o una sociedad civil de profesionales. En cuyo caso la dirección del negocio, la participación en las utilidades y los riesgos se relacionarán directamente con los servicios aportados.

También ha sido una forma de salvataje de las empresas durante los años ochenta el transferirlas al colectivo de los trabajadores y reflotarlas mediante el aporte de los beneficios laborales para que puedan lograr solvencia. Lo cual, si bien prolongaba la vida de la empresa, no necesariamente producía un salvataje exitoso, puesto que una cosa es ser un buen trabajador o un

¹²⁹ Si bien el artículo 29° de la Constitución reconoce además el derecho a la participación y la gestión en las utilidades, estos prácticamente tienen una escasa o casi nula aplicación práctica. Situación diferente fue el estatus laboral de los años ochenta, contexto que Carlos Torres y Torres Lara describía del siguiente modo: *“Es así como al grupo trabajadores, cada vez se le reconoce más derecho, particularmente sobre la gestión de las empresas con dirección a la cogestión, a la participación en los resultados y a mejorar sus condiciones de la organización del trabajo. En algunos casos, incluso, se personaliza de tal manera el interés, que llega a formalizarse con el nacimiento de otras personas jurídicas que reclaman parte de los derechos sobre la empresa: el Sindicato o la Comunidad Industrial son buenos ejemplos de ello.”*

líder sindical y otra tener las condiciones personales de un empresario eficiente.

En buena cuenta, en su actuación como dependientes (sin perjuicio del valioso aporte de su fuerza laboral) al hallarse vinculados al empresario mediante contratos de trabajo, su crédito laboral presenta a los trabajadores como un tipo de acreedor privilegiado; pues sus créditos tienen una preferencia en el cobro respecto del patrimonio de la empresa¹³⁰.

Una transferencia de empresa naturalmente tiene consecuencias sobre este grupo, pues el adquirente podría pretender conservarlos (según su carácter estratégico para el negocio) o sustituir a varios de los trabajadores. Si se trata de una fusión incluso podría aprovechar las sinergias de la fuerza laboral que ya tenía contratada y prescindir de todo o parte de la fuerza de trabajo. En este contexto, de ceses, una preocupación natural es poder cobrar los beneficios laborales y el mayor temor sería ser objeto de un fraude laboral.

En conclusión, este grupo de interés se verá de todos modos afectado con ocasión de la transferencia de la empresa, pues al menos estará sujeto a evaluación por parte del adquirente, quien indudablemente pretenderá conservar a los que tienen un carácter estratégico, pues ellos son los que le dan valor a la empresa y prescindir de aquellos que no se adecuan a sus planes de dirección o que exceden de las necesidades de la empresa. En contrapartida, ello puede activar mecanismos de ceses colectivos y el reclamo de compensaciones y beneficios laborales que tendrían que ser negociados y contemplados con ocasión de la transferencia.

¹³⁰ El artículo 24° de la Constitución expresamente indica que el pago de remuneración y beneficios sociales del trabajador tienen prioridad por encima de cualquier otra obligación del empleador. Asimismo, el artículo 42, inciso 1 de la Ley de Procedimiento Concursal, sobre la prelación en los créditos, expresa que tienen el primer lugar en la preferencia del pago de créditos *“las remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administradas por la Oficina de Normalización Previsional, Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse”*. Con todo ello se observa la Importancia que se le da a los trabajadores quienes, para efectos de lo mencionado, vienen a ser acreedores de primer orden.

1.3.3. La clientela: Los Consumidores o Usuarios

Sin duda alguna, uno de los principales grupos de interés que todos los días se relaciona con la empresa, desde que esta inicia sus operaciones, son sus clientes. Cuando la empresa comienza a prestar sus servicios o a distribuir sus productos, hay toda una masa de personas quienes, mediante técnicas de mercadeo y publicidad se informan sobre aquello que la empresa tiene para ofrecerles. Ello lleva a que se establezcan relaciones jurídicas frecuentes o duraderas a través de compras al contado o a plazo, pudiendo identificarse además a un público objetivo que **de hecho** forma parte de una colectividad fidelizada con la marca y las prestaciones del establecimiento.

Alberto Bercovitz Rodriguez-Cano (2003) menciona al respecto:

La clientela es el conjunto de personas, identificadas individualmente o no, que adquieren los bienes o servicios producidos y ofrecidos por la empresa en el mercado.

Sin clientela no puede existir una empresa y a través de ella se manifiesta la implantación y el éxito de la empresa en el mercado. (p. 265)

Joaquín Garrigues (1984) trata a la clientela como parte de las relaciones de hecho (el hábito de frecuentar o tratar con la empresa); no obstante, que este grupo de interés puede hallarse también fidelizado a través de relaciones jurídicas de largo plazo (tarjetas de descuento, créditos directos, vales de consumo, etc.). A continuación, la definición de este jurista:

Clientela: es el conjunto de personas que, de hecho, mantienen con la casa de comercio relaciones continuas por demanda de bienes o de servicios (ROTONDI). Lo que caracteriza al cliente es la participación habitual en el círculo de ventas o de suministros varios de la empresa. Esta participación se ve desde el punto de vista de la empresa, por

ejemplo: la clientela de una fonda de estación ferroviaria no está compuesta por las mismas personas siempre: no hay clientes individualmente considerados. Pero la clientela, como conjunto integrado por los viajeros, es siempre la misma, aunque varíen las personas. (p. 193)

Una buena organización que ha buscado una excelente ubicación de local, que simultáneamente al lanzamiento de la publicidad tiene el producto en el punto de venta, que cuenta con un personal que brinda información relevante y una buena atención al momento de la venta como en la atención de reclamos (servicio postventa) y que ha prestigiado con ello su marca, tiene pues todas las cualidades para generar y fidelizar a la clientela.

Los clientes se pueden dividir en consumidores intermedios o consumidores finales. Son estos últimos, así como los microempresarios los que tienen un régimen especial de tutela fundamentalmente en materia de información. En ese contexto se exige al proveedor cumpla con el deber de entregar información relevante, se impone el carácter obligatorio de oferta al público, se establece la regla pro-consumidor para la interpretación de cláusulas contractuales o de normas jurídicas, se establece la inversión de la carga de la prueba para que sea el proveedor el que acredite que cumplió con su deber de información e idoneidad en el cumplimiento de su prestación¹³¹.

Hay empresas que son tan conocidas por los clientes que de advertirse un cambio en el empresario que la gestiona, generarán de manera inmediata una expectativa de que el producto o servicio se mantenga o mejore en cuanto a calidad y precio. Por ello, la transferencia definitiva de la empresa

¹³¹ El Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571), en su artículo 18 indica que: “Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado. Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor. “

representa un hecho muy significativo para los consumidores. En tal sentido, Carlos Torres y Torres Lara (1986) menciona lo siguiente:

En cuanto al grupo de los usuarios, debe señalarse que el derecho positivo se orienta a conceder a los consumidores facultades también crecientes para demandar calidad y adecuados precios sobre los productos o servicios que ofertan las empresas. Quedan superados así los tiempos en que todo control quedaba sujeto a la aceptación o rechazo que haría el consumidor en relación con los productos o servicios ofertados (...) (p. 34)

Los clientes, en tal sentido tienen un especial interés en la continuidad o mejora de los productos que pretenden seguir adquiriendo, no tanto en las técnicas de gestión y administración de la empresa transmitida a otro titular. Es decir, un cliente que durante años recibió un servicio de mantenimiento de sus máquinas de construcción, esperará que dicho servicio se mantenga o mejore en cuanto a eficiencia y precio; y no que su adquisición produzca alguna merma o deficiencia en el mismo.

La clientela es, por tanto, un elemento de la organización que genera un valor a nivel económico y relaciones estables con la empresa.

Puesto que el beneficio a que tiende la empresa como organización de fuerzas económicas se consigue a través de la clientela, la importancia de ésta mide la importancia de la empresa. La clientela es un valor económico y una noción jurídica. Pero no existe un derecho a la clientela, porque esta no es una cosa susceptible de dominación jurídica. Si se habla de una protección jurídica de la clientela es en el sentido de que se protegen los elementos patrimoniales de la empresa (nombre comercial, marca, etc.), a los cuales va ligada la clientela como resultante económica imponderable. (Joaquín Garrigues, 1984. p. 193)

Podría discutirse esta afirmación en el caso de los denominados “consumidores intermedios”, ya que son clientes que pueden mantener pactos de compra exclusiva con el titular de la empresa y ser por ello susceptibles de transferencia vía cesión de posición contractual. Aunque también podría contra argumentarse que al requerir la cesión de posición contractual el consentimiento del cliente, este podría rehusarse a mantener una relación con el nuevo titular de la empresa.

Como puede apreciarse la clientela es el grupo de interés en el cual se refleja el valor de la empresa, pues los flujos que es capaz de producir generan que esta sea apreciada y reputada en el mercado. Ese valor la hace más visible (a la clientela) como grupo de interés; sin embargo, ello no reduce la importancia de los demás grupos de interés.

Vale decir, el incremento y fidelización de la clientela incentivan las relaciones óptimas con los otros grupos de interés porque los inversionistas querrán invertir más, los trabajadores tendrán la oportunidad de mejorar sus remuneraciones, los proveedores o acreedores verán satisfechos sus créditos, el Estado cobrará más tributos y la armonía con la comunidad hará más sostenible la empresa. Si bien la clientela a través del derecho del consumo ha desarrollado mejores mecanismos para informarse y adquirir bienes y servicios más satisfactorios, ello simplemente retará la viabilidad de la empresa, que deberá generar una organización más eficiente que fidelice a sus clientes y se cuide de la competencia.

1.3.4. La comunidad

Resulta importante referirnos a la comunidad desde diversas perspectivas. Si bien, no todos somos acreedores, consumidores o trabajadores de una empresa, toda persona en algún momento se verá afectada por su entorno y las empresas, sin duda alguna, forman parte de este. Sea que nos refiramos a la vida urbana o rural, las actividades que realizan las empresas siempre

acaban por afectar el entorno. Ello puede apreciarse fundamentalmente en tres aspectos: el medio ambiente, el mercado y las normas.

En relación con la comunidad, grupo de interés, puede resaltarse que, desde ya hace un buen tiempo, son frecuentes en el panorama social los grupos de interés referidos a la protección del medio ambiente y la calidad de vida ciudadana; la explotación sin límites de los recursos naturales (...) Las leyes que en algunos casos otorgan a la comunidad (Municipio) el derecho de aceptar o rechazar una actividad empresarial; de regular su funcionamiento y operaciones; de exigir la compensación de los daños o la capitalización en beneficio de la comunidad (por ejemplo, la obligación de reforestar); llevan a que la propia comunidad tenga cada vez un poder más efectivo sobre la actividad e, incluso, los beneficios de la empresa. (Joaquín Garrigues, 1984. pp. 34-35)

En efecto, el medio ambiente siempre se ve afectado por las actividades empresariales (en unos casos más que en otros), por lo cual sus titulares dentro de una buena política ambiental deberán procurar atenuar o neutralizar sus efectos negativos.

El mercado siempre se verá afectado con la aparición de nuevas empresas, así como con la extinción de otras. No podría concebirse un sistema económico en competencia sin la intervención constante de empresas que desarrollen sus actividades en concurrencia con otros proveedores.

No obstante que la competencia es positiva para el consumidor, pues genera más bienestar y accesibilidad a bienes y servicios, lo cierto es que también puede generar una sobreproducción y desperdicio de recursos, abusando del medio ambiente.

Una legislación que regule de manera eficiente las materias económicas y empresariales, afrontando las “fallas del mercado” de manera proporcionada sin incrementar innecesariamente los costos de transacción permitirá a las empresas desenvolverse dentro de un ambiente de eficiencia y seguridad jurídica.

1.3.5. El Estado

El Estado, con relación a la empresa, puede manifestar su actuación de diversas maneras, sin embargo, hay fundamentalmente tres modalidades en las que se aprecia con nitidez su rol de *stakeholder*: una como Empresario, otra como regulador y otra como Autoridad Fiscal (Administración Tributaria)¹³².

En efecto, el Estado puede actuar como empresario, en forma directa o indirecta, convirtiéndose en el titular de la empresa; sin embargo, nuestro régimen económico constitucional le ha puesto un límite, un rol subsidiario respecto de la actividad privada. Esta actuación subsidiaria, según el art. 60¹³³ de la Constitución, debe cumplir tres requisitos para que sea armonioso con la Carta Magna: i) que sea autorizada por Ley expresa, ii) subsidiariedad económica¹³⁴ y, iii) que sea de alto interés público o de conveniencia nacional.

¹³² Definitivamente el Estado tiene muchas otras maneras de afectar la vida de las empresas, por ejemplo, la regulación de los servicios públicos, el otorgamiento de concesiones para la explotación de recursos naturales, el otorgamiento de licencias de funcionamiento municipales y la zonificación para realizar actividades industriales, comerciales o realizar prestaciones de servicios, entre otros.

¹³³ Conforme el art. 60° de la Constitución Política del Perú.

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

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

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

¹³⁴ **“Se requiere delimitar primero el mercado relevante en el cual participa la empresa o entidad estatal, luego de lo cual se evaluará el carácter subsidiario de la actividad empresarial bajo alguno de los siguientes escenarios:**

i) Concurren con la empresa o entidad estatal dos o más empresas privadas no vinculadas: En este escenario se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente”. (...)

ii) En el mercado relevante participan una empresa privada y una empresa estatal: En este escenario no opera la presunción de oferta privada suficiente (...)

iii) Solo participa la empresa o entidad estatal: En este escenario no existe oferta privada, por lo que se evaluará la presencia de barreras a la entrada. (...)” (Resolución N°3134-2010/SC1-Indecopi 29/11/2010)

Vale decir, que el Estado solo podrá realizar actividad empresarial en aquellos sectores económicos en los cuales los privados no estén interesados en intervenir o intervengan de manera insuficiente (v.g. servicios de saneamiento y electricidad en zonas rurales).

La segunda modalidad muestra al Estado como un regulador en particular de servicios públicos en el que asume un rol técnico para dictar precios y estándares de calidad. Este rol le exige establecer estas condiciones no con criterios políticos sino asumiendo técnicamente cómo hubieran reaccionado las empresas reguladas si tuvieran competidores y no una posición monopólica.

Como puede apreciarse en este caso una actuación ineficiente del estado puede trasladar a los consumidores productos caros o estándares de calidad bajos o afectar seriamente la viabilidad de la empresa.

Esta actividad le ha sido conferida al Consejo de Ministros, tal y como lo señala el artículo 119° de la Constitución Política del Perú:

“Dirección y gestión de los Servicios Públicos

Artículo 119.- La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.”

A su vez, los artículos 2° y 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos - Ley N°27332 señalan la naturaleza y funciones de los organismos reguladores en nuestro país:

“Artículo 2.- Naturaleza de los Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores a que se refiere el artículo precedente son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera.”

“Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;

b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios”;

“Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión,

bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador”.

d) “Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

3.2 Estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.”
(Subrayado agregado)

La tercera modalidad en que el Estado manifiesta su rol de *stakeholder* es a través de su rostro de “Autoridad Fiscal”, ejerciendo su potestad de Administración Tributaria. Su incidencia en la empresa se aprecia porque las tres principales fuentes de tributación: operaciones en el mercado, ganancias y patrimonio, se encuentran taxativamente gravados por el Impuesto General a las Ventas (IGV), el Impuesto a la Renta (IR) y el Impuesto Temporal a los Activos Netos respectivamente. Nadie puede negar la afectación que produce la tributación en la empresa, este sobre costo puede incluso sacarla del mercado. De allí la necesidad que la autoridad se

sujete a los principios de: “Reserva Legal”, “Igualdad”, “No Confiscatoriedad” y “Respeto a los Derechos Fundamentales”.¹³⁵

Refiriéndose a su actuación como entidad tributaria y eventualmente como empresario, el Dr. Torres y Torres Lara (1986) precisa lo siguiente:

Para referirse al grupo de interés Estado, es suficiente pronunciar la palabra “tributación”. A su amparo, el Estado se juzga interesado no solo en los resultados económicos de las empresas, de los que participará a veces por encima de la proporción de los titulares, sino que en algunos casos reclamará, según las nuevas orientaciones del derecho positivo, la facultad de controlar que las actividades de la empresa se orienten de tal manera que su participación sea predominante, sin perjuicio de llegar al eventual proceso expropiatorio de la actividad empresarial, y sin desmedro de que continúe operando en otro giro la persona jurídica que fue titular de la empresa expropiada. (p. 35)

En conclusión, destacan en este grupo de interés tres modalidades de su actuación: como empresario, como regulador y como Autoridad Fiscal. La primera se refiere a la provisión de bienes y servicios, delimitado a un rol subsidiario. La segunda para establecer precios y estándares de calidad a las empresas de servicios públicos. Y la tercera como Autoridad Fiscal, con el objeto de administrar, recaudar e impedir la evasión de impuestos por parte de las empresas.

¹³⁵ Conforme el art. 74° de la Constitución Política del Perú.

“Artículo 74.- Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”.

1.3.6. Los acreedores

Dentro de las operaciones que realiza la empresa, es cotidiano que el empresario asuma obligaciones crediticias, con cargo a su patrimonio, con otros agentes económicos interesados en financiar su actividad empresarial. Estos pueden ser los bancos o proveedores y hasta los mismos clientes que brindan adelantos antes de la entrega o cumplimiento de la prestación. Esto genera en la empresa una deuda y un crédito en favor del proveedor o cliente.

En este contexto, no resulta difícil imaginar el motivo por el que dicho grupo de interés se encontrará especialmente atento a un acuerdo tan trascendental como es la transferencia definitiva de la empresa. Evidentemente, al transmitirse la empresa a otro titular (que se convierte en el nuevo empresario) surgirá el interés de los acreedores de asegurar que sus derechos de crédito sean efectivamente solventados y, especialmente querrán prevenir algún supuesto indeseable de fraude que burle el pago de sus acreencias.

1.3.7. Los tecnócratas

Dentro de la estructura de la empresa, existen determinadas personas que ocupan un cargo de especial relevancia, cargos de dirección, gerenciamiento, representación y administración en general. Los caracteriza el tener información, experiencia y conocimiento en aspectos estratégicos del negocio; así como el ostentar facultades de representación, y disposición de ciertos activos. Dentro de este grupo de interés, ubicamos a los directores, gerentes de la compañía, administradores, abogados, contadores, entre otros.

Caracteriza el interés de los tecnócratas, su compromiso y afán de lograr el crecimiento y la puesta en valor de la empresa, compartiendo los beneficios

no solo mediante ingresos fijos sino mediante bonos o premios por los objetivos y resultados alcanzados.

Cuando se produce la transferencia de la empresa lo usual es que su interés sea el de mantener o mejorar sus expectativas y línea de carrera en la misma.

También es interesante resaltar el incremento del poder de la tecnocracia como grupo de interés, que viene adquiriendo una mayor porción del poder y beneficios económicos, a partir de su propia capacidad de control de la empresa, en base al monopolio creciente que asume sobre la información y los conocimientos técnicos. (Torres y Torres Lara, 1986, p. 33)

La importancia de los tecnócratas dentro de la empresa radica en su intervención (directa o indirecta), justamente, para la ejecución de decisiones de gran trascendencia para la compañía, entre las que se encuentra paradójicamente la transferencia definitiva de la empresa.

La posición de poder que muchos de ellos tienen para disponer de los activos de la empresa y en representación de su titular, de asumir obligaciones, ha generado que la doctrina jurídica observe y regule sus deberes fiduciarios; ya que actuando con eficiencia y honestidad en el manejo de estos recursos ajenos se debe anteponer los intereses del empresario ante sus intereses personales, las desviaciones de este fin han generado los llamados “problemas de agencia” y “conflictos de interés”.

1.3.8. En síntesis

El punto referido a los *stakeholders* o grupos de interés ha reconocido la existencia de: los inversionistas (que aportan recursos de capital); los trabajadores; los consumidores o clientes de la empresa (a quienes se dirigen los bienes o servicios) y la comunidad como aquella entidad que

representa a los seres humanos que se relacionan con el fenómeno empresarial. Otros grupos de interés también vienen a ser los proveedores (acreedores), el Estado, los tecnócratas (administradores u organizadores de la gestión empresarial), etc.

2. Atributos de la empresa

Habiéndonos referido a los elementos de la empresa: organización (organización objetivada y capacidad organizativa), fondo empresarial (aspecto patrimonial que comprende los elementos tangibles e intangibles) y *stakeholders* (grupos de interés directa o indirectamente vinculados a la empresa); cabe resaltar ahora otros aspectos inmateriales que son el resultado de la organización o reorganización empresarial y que se manifiestan como atributos o cualidades de la misma que transmiten un mayor valor a su estructura patrimonial.

Los atributos “son cualidades de la empresa que la valorizan como resultantes de una adecuada organización. Carecen de sustantividad jurídica: no son cosas ni derechos. No pueden ser transmitidas con independencia de la empresa, ni ser objeto de derechos reales”. (Joaquín Garrigues, 1984, p. 193)

En efecto, la organización que recae sobre los elementos materiales e inmateriales y que aprovecha las sinergias, genera un *goodwill*, mientras que, en contrapartida una mala organización puede llevarla a un *badwill*.

Debo advertir que parte que este tema ha sido tratado por la doctrina como “relaciones de hecho”; considero que más apropiado es el tratamiento que estamos brindando, pues el buen porvenir de la empresa es producto de una serie de factores y de relaciones positivas con los *stakeholders* (no solo con la clientela), conforme hemos desarrollado en el segundo punto del presente subcapítulo. Además, no en todos los casos se puede hablar de “relaciones

de hecho” con la clientela como con cualquier otro *stakeholder*, pues muchas son más bien jurídicas (contractuales); así como tampoco resulta apropiado señalar que la empresa tiene una “relación de hecho” con su reputación (sea esta buena o mala) o con su plusvalía. Se trata más bien de atributos.

De ahí que en este subcapítulo que hemos denominado “Elementos, atributos y la generación de valor de la empresa”, a diferencia de otras posiciones doctrinarias hemos agrupado a la clientela con los otros *stakeholders* y al *goodwill* con los otros atributos (*badwill* y sinergias). Como puede apreciarse hemos enfocado el tema desde otro punto de vista, desechando el *nomen iuris* de “relaciones de hecho”.

Toca desarrollar en este punto los atributos de la empresa: el *goodwill*, el *badwill* y las sinergias.

2.1. El Goodwill

El *goodwill* es uno de los conceptos cuya definición más trabajo ha dado a la presente investigación, pues es denominado de diversas maneras: aviamiento¹³⁶, derecho de llave¹³⁷, fondo de comercio¹³⁸, *chance*¹³⁹ y *achandalage*¹⁴⁰. Desde ya, la elección de uno de estos nombres no está exenta de un margen de arbitrariedad. En nuestro caso, nuestra selección oscilaba entre plusvalía y *goodwill*, hemos optado por este anglicismo para hacer presente que se trata de una plusvalía particular, la que tiene que ver con el tráfico jurídico de la empresa.

De otro lado, su invocación alude a una variedad de aristas, atributos o elementos; por ejemplo: se le identifica con la clientela, con la reputación, como “activo intangible” o como plusvalía (el valor de la empresa superior al

¹³⁶ En Italia.

¹³⁷ En Costa Rica, Argentina y Uruguay.

¹³⁸ En España.

¹³⁹ En Alemania.

¹⁴⁰ En Francia.

de la expresión contable de su patrimonio): producto de la reputación, producto de la valorización de los intangibles, o producto de la organización empresarial.

Queda claro desde nuestra perspectiva, que el *goodwill* es un atributo o cualidad de la empresa o, en su caso, del fondo empresarial. Discrepamos de aquellos que creen que es un elemento, puesto que no tiene independencia o singularidad, sino que se expresa a través del conjunto de bienes tangibles o intangibles que mediante la organización constituyen una unidad funcional: una unidad de producción.

A continuación, vamos a presentar las posiciones doctrinarias que identifican al *goodwill* con uno u otro de los *nomen iuris* arriba referidos.

2.1.1. Reputación

Hay una parte de la doctrina que destaca que el *goodwill* es fundamentalmente reputación y que esta generaría el mayor valor de la empresa.

En ese orden de ideas, Álvarez Gómez (2011) opina lo siguiente:

El Good-Will traduce “clientela o **buen nombre**”, los clientes se dirigen voluntariamente a este establecimiento debido a la calidad del servicio prestado y a su **reputación**. Es el factor específico de un negocio que ha sabido labrarse un nombre, un puesto, una clientela y una red de relaciones corresponsales de toda clase, sin que tales elementos puedan materializarse. Al Good-Will de los clientes se agrega el favor o confianza de los proveedores, empleados y el conjunto de quienes mantienen relaciones con el establecimiento. (7mo párr.)

Asimismo, Lajo Estrada (2013) señala que:

La función condensadora de goodwill se aprecia de manera evidente en el caso de las marcas notorias por su especial posicionamiento y **prestigio en el mercado**. Esta cualidad hace referencia a la **buena reputación** con la que cuenta una marca y que lleva a los consumidores a optar por los productos o servicios a los que está asociada y no a otros, por considerarlos superiores.

Pero así como la reputación de una marca puede ser positiva, la misma puede devenir en un desprestigio o mala fama. (pp. 28-29)

A mayor abundamiento, se señala que:

El Goodwill es un anglicismo que significa o hace referencia al buen nombre de una empresa, producto, servicio, persona, etc.

El buen nombre o prestigio que tiene una empresa o establecimiento frente a terceros, es un activo de gran valor, puesto que ese buen nombre le permite obtener clientes, proveedores, créditos, etc.

El buen nombre, coloca a una empresa en posición ventajosa frente a la competencia, facilitándole su incursión o sostenimiento en el mercado. Permitiéndole también, mejores ventas y en muchos casos, a precios un poco más altos, puesto que el consumidor siempre está dispuesto a pagar un poco más por tener un producto de “marca”, lo que indudablemente le permite tener una mejor rentabilidad.

El Goodwill, es un intangible, que puede ser estimado en dinero en la medida en que se pueden medir los beneficios futuros de su prestigio y buen nombre. (Anónimo, 2017)

Desde nuestro punto de vista, reducir el *goodwill* a la reputación o considerarlo elemento central, resulta sumamente sesgado. Es cierto que una buena organización empresarial (“organización objetivada”) produce una

buena reputación que se comunica o expresa a través de sus signos distintivos, pero la buena reputación ganada, no garantiza ganancias futuras; es más bien, la capacidad y eficiencia de la organización empresarial (“capacidad organizativa”) recaída sobre sus elementos tangibles e intangibles las que producen expectativas que estas (las ganancias) se seguirán repitiendo y proyectando en el tiempo.

En realidad, la buena reputación como sinónimo de *goodwill* aparece nítidamente cuando lo que se transfiere es solo una marca. Un empresario podría pedirle al titular de la marca (que no la explota), que se la venda, pues bajo su dominio podría aprovecharla mejor. Obviamente la única razón para tener interés en comprar una marca en desuso es porque a pesar de ello está adquiriendo un “buen recuerdo” o, mejor dicho, un posicionamiento en la mente de ciertos consumidores o usuarios; en términos más simples, está adquiriendo la clientela que le tiene lealtad a la marca y la clientela potencial que podría ser tentada por su reaparición en el mercado.

Cabe observar que si la marca se hallare formando parte de los activos que explota actualmente la empresa, vale decir, se trata del distintivo de una empresa en marcha, no cabe duda que la buena fama del signo distintivo se debe a la organización empresarial que está viva y que está en capacidad de producir beneficios; en este escenario una venta de la marca independiente de su unidad de producción debe afectar su valor, ya que la marca no ha obtenido su reputación de la nada, la que ha generado su reputación es la organización empresarial, solo que el elemento visible en el mercado de esa organización resulta ser la marca.

En conclusión, la reputación por sí sola no puede explicar completamente el *goodwill* de la empresa, pero si puede integrar o complementar una definición del mismo. La buena reputación alude a una buena performance de la empresa en el pasado, pero no abarca necesariamente las expectativas de ganancias futuras que produce la organización empresarial.

2.1.2. Clientela

Sobre el concepto de clientela podemos reiterar con Bercovitz (2003) que es

el conjunto de personas, identificadas individualmente o no, que adquieren los bienes o servicios producidos por la empresa en el mercado. Sin clientela no puede existir una empresa y a través de ella se manifiesta la implantación y el éxito de la empresa en el mercado. La clientela puede estar constituida por empresarios, otros operadores económicos o por consumidores. (p. 264)

Este punto es importante porque parte de la doctrina¹⁴¹ y en particular la más antigua, consideran que el *goodwill* es sinónimo de clientela.

En ese orden de ideas, la doctrina italiana que denomina al “*goodwill*” como “aviamiento” explica este punto de vista a través de Ferrara (1950):

Pero veamos cual es como según los autores el concepto de aviamiento. Enseña VIVANTE (...) que el aviamiento no es sino la clientela, que es una “res” un bien que constituye un bien importante de la hacienda, si no esencial (como el mismo autor afirmó en otra época), siendo, desde luego, consustancial de ello. La clientela está compuesta por elementos corporales e incorporales. Están, de un lado, “los registros nominales de los clientes, sus fichas, de acuerdo con las épocas, necesidades y crédito de cada uno; las inserciones en los diarios, manuales, guías, circulares; los sistemas de la más ingeniosa publicidad literaria y artística”. De otra parte, “las relaciones jurídicas establemente fundadas para conservar y aumentar la clientela, los contratos de abono con los clientes, las cláusulas de renovación tácita, las bonificaciones y plazos otorgados a quienes renuevan las compras, los contratos de exclusiva concedidos a los representantes en las

¹⁴¹ Si bien hemos citado a Alberto Bercovitz Rodríguez Cano, tomando de él su explicación sobre la clientela, este jurista no se encuentra entre los que identifican al “*goodwill*” con la clientela.

diferentes zonas de venta, los contratos de comisión concedidos a los agentes que obtienen clientes, las ventajas otorgadas a determinadas clases sociales (estudiantes y obreros), el intercambio convenido de clientes entre haciendas (entre empresas) similares, los contratos concertados con las agencias de información, etc. (pp. 120-121)

Ferrara (1950) cita a Rotondi quien a su vez objeta esta posición de Vivante indicando que:

(...) esto no es la clientela. Se trata más bien de diferentes medios para conservar u obtener la afluencia de la clientela, medios que jurídicamente se consideran como cosas (así los registros, ficheros, etc.) o como relaciones (...) Sin embargo, opina GRECO (...): la clientela no es la masa de los clientes, porque es ingenuo pensar que pueda darse un derecho sobre la misma sino que es más bien una situación económica determinada por la constante afluencia de una corriente de demandas hacia un ejercicio mercantil, y tal corriente de negocios constituye cabalmente una cosa, un bien incorporal, porque (...) tiene un valor económico. (p. 121)

Concluye Ferrara señala que la mayor parte de la doctrina disiente de esta posición que identifica a la clientela con el *goodwill* (aviamiento):

(...) lo cierto es que la doctrina dominante rechaza la identificación del aviamiento con la clientela, aun admitiendo íntimas relaciones sobre ambos fenómenos. La clientela –se ha dicho- es un efecto del aviamiento, una de sus manifestaciones, que, a su vez, se convierte en un coeficiente del propio aviamiento, ya que extendiendo el nombre de la empresa entre el público, lo estimula en virtud de la imitación a engrosar la fila de los clientes. (Ferrara, 1950, p. 123)

Considerar que el *goodwill* es exclusivamente la clientela es atribuirle el valor de la empresa al “efecto” o “consecuencia” de una buena organización, o quizá a solo uno de sus elementos integrados en la organización.

En efecto, cabe recordar que el valor de la empresa es generado por una serie de acciones que incrementan los ingresos y que reducen los costos. De ahí que este se encuentre comprendido en: la unidad de producción - tangibles e intangibles-, su capacidad organizativa para generar ventas futuras y traducida en una organización eficiente, sus buenas relaciones con sus *stakeholders* (trabajadores, proveedores, Estado, comunidad, ejecutivos, técnicos, inversionistas, clientes). Por ejemplo, una buena administración en las relaciones con los proveedores, trabajadores y disminución de problemas de agencia con los administradores genera una reducción de costos y con ello un mayor valor de la empresa.

En ese orden de ideas, tan importante como una buena base de datos de clientes, puede ser una base de datos de buenos proveedores; o también, un personal capacitado y especializado puede generar más ventas y aportar mayor valor que un personal sin conocimiento ni experiencia, que puede causar más bien gastos y pérdidas.

La clientela es pues, uno de los *stakeholders* (no el único) que le da valor a la empresa, sin embargo su presencia impacta directamente en la misma, pues se relaciona inmediatamente con la cuenta de ingresos y la cuenta de caja; pero olvida que el valor de la empresa proviene no solo de la generación de ingresos sino también de la reducción de costos; estos dos aspectos nos conducen a las relaciones con los grupos de interés y a la capacidad organizativa con que se conduce el fondo empresarial.

2.1.3. Activo intangible

La doctrina y la ciencia contable han encontrado coincidencia en que el *goodwill* es un activo intangible, por ello es que incrementa el valor de los elementos patrimoniales.

En efecto, sea que se llame al *goodwill*: plusvalía, llave, fondo de comercio o aviamiento y sea cual fuere la fuente que se considere la genera: clientela, capacidad organizativa, expectativas de ganancia o solo los bienes intangibles; lo cierto es que la doctrina coincide en que refleja un mayor valor que el que corresponde al patrimonio neto.

Cabe también precisar que si bien el *goodwill* adquiere regularmente su registro contable con ocasión del precio de la transacción comercial que conlleva su enajenación, ello no significa -como es evidente- que recién exista el *goodwill* sino que recién se ha hallado un valor cierto que puede ser tomado del mercado. De ello se desprende que existan dos tipos de *goodwill*, veamos:

El **Goodwill formado**, es el que toda empresa ha forjado con el transcurso de los años, el cual es más difícil de calcular, puesto que no se ha invertido dinero en forma directa para la formación del Goodwill, sino que ha sido el producto, ha sido la consecuencia indirecta del trabajo de toda la empresa.

El **Goodwill comprado**, es el que es adquirido por la empresa a otra empresa. Fue un tercero quien desarrolló y forjó el buen nombre y el prestigio de determinada marca, que luego es adquirida por la empresa. En este caso, la determinación de su valor es muy sencillo, puesto que se pagó un determinado monto por ello. (Anónimo, 2017)

La doctrina argentina, específicamente Jorge Zunino, utiliza dos palabras diferentes para referirse al **goodwill formado** (“llave”) y distinguirlo del

goodwill comprado (“valor de llave”); lo que no existe para el *goodwill* ni para la palabra plusvalía o fondo de comercio, pues estas palabras evocan dos acepciones y se usan indistintamente para referirse al atributo o cualidad (no contabilizada) como al activo intangible contabilizado.

La llave en sí es una cualidad del establecimiento; en este sentido no debe ser contabilizada, como tal, en el balance, ni aún si quiera por medio de sus componentes clásicos (nombre, marca, prestigio, posibilidad de crédito, etcétera) (...). No ocurre lo mismo con el valor de llave, o sea cuando este es cobrado como precio por la transferencia del establecimiento. Aunque el vendedor no lo tenga contabilizado, el adquirente que ha pagado un precio por la llave, deberá incluirlo en el balance “como activo del negocio y por la suma abonada”; esta es la opinión generalizada. (Jorge Zunino, 1982, p. 218)

En ese orden de ideas, para los contadores, la definición de *goodwill* es muy sencilla y se obtiene de una simple operación matemática, pues es la diferencia entre el valor de venta de la empresa y el valor patrimonial de la misma (según registros contables). Esta diferencia derivada del valor superior que se encuentra en el precio de venta o valor de transferencia genera un activo intangible dentro de los activos no corrientes, el cual se irá amortizando con el tiempo. Esta cuenta comúnmente conocida como *goodwill*, dependiendo de los países es reconocida por otros términos como por ejemplo en España “Fondo de comercio”¹⁴² y en Perú “Plusvalía”¹⁴³.

¹⁴² Según la cuenta N°204 del Plan General de Contabilidad aplicable a España, forma parte del activo inmovilizado intangible, la identificada como fondo de comercio consiste en lo siguiente:
“Fondo de comercio.- Es el exceso, en la fecha de adquisición, del coste de la combinación de negocios sobre el correspondiente valor de los activos identificables adquiridos menos el de los pasivos asumidos. En consecuencia, el fondo de comercio sólo se reconocerá cuando haya sido adquirido a título oneroso, y corresponda a los beneficios económicos futuros procedentes de activos que no han podido ser identificados individualmente y reconocidos por separado.”

¹⁴³ Según la cuenta N°347 del Plan Contable Empresarial General publicado por el Ministerio de Economía y Finanzas del Perú¹⁴³, forman parte de las cuentas del activo inmovilizadas dentro de las cuentas intangibles, la identificada como plusvalía que consiste en lo siguiente:

Al respecto, el jurista español Bercovitz (2003) señala:

El fondo de comercio hace referencia al mayor valor que tiene el conjunto organizado que es la empresa y que excede de la suma de los valores que corresponden a los elementos patrimoniales que integran la empresa aisladamente considerados.

(...)

El fondo de comercio no es, por tanto, ningún elemento autónomo de la empresa sino el valor que está dispuesto a pagar un adquirente de la empresa por la organización empresarial en sí misma considerada tal como está implantada en el mercado, y que excede del valor de los elementos individuales integrados en la empresa.

Por ello, el fondo de comercio es una partida contable que debe figurar en el balance y que solo puede comprender el precio que por ese fondo de comercio haya pagado el adquirente de la empresa (art. 39.6 CCom).

(...)

Ahora bien, mientras no haya habido una transmisión onerosa de la empresa en la que se haya pagado una parte del precio atribuyéndola al fondo de comercio, éste no puede contabilizarse en el balance.

Esto no significa que ese sobre valor que el fondo de comercio significa no exista antes de una enajenación onerosa de la empresa. Existe, pero no puede contabilizarse. (pp. 262-263)

“Plusvalía mercantil.- Corresponde al exceso en la fecha de adquisición, del costo de combinación de negocios sobre el valor razonable de los activos identificables adquiridos menos el de los pasivos asumidos”

Garrigues (1984) considera que son la clientela y las expectativas de ganancia, que derivan de una buena organización, "(...) las que otorgan a la empresa un valor superior a la suma de sus elementos patrimoniales (el llamado precio de 'traspaso' como sobreprecio que se paga por el negocio en marcha)" (p. 193)

El abogado Fernando Torres (2009), citando a Ribo Durán y Fernandez Fernández menciona que ambos:

(...) precisan que uno de los elementos inmateriales integrantes de la empresa constituido por la clientela y las expectativas negociales; es decir, el activo inmaterial de la empresa, que no puede ser utilizado sin cesión de la misma (sic). Con la expresión goodwill (buena consideración o voluntad) se pretende significar el lado espiritual o inmaterial de la empresa como negocio, que es núcleo del fondo de comercio. (...) además que su valor, como activo inmaterial, sólo aparece reflejado en la contabilidad cuando es el resultado de una adquisición onerosa. Su valorización extracontable se obtiene mediante la capitalización de la diferencia entre el beneficio obtenido por la empresa y el beneficio normal en la rama productiva.

El abogado Gustavo Tarazona (2012) menciona que:

(...) se origina lo que contablemente se conoce como "plusvalía", concepto que tiene su origen en un proceso de adquisición de negocios y se determina por la diferencia existente entre el monto que paga el adquirente (en nuestro ejemplo la empresa "B") y el "valor razonable" de los activos netos del negocio adquirido. (p. 302)

A su vez coincide Sergio Bravo (2012),

El valor agregado que se genera por encima del valor de tasación de los activos es conocido con el anglicismo de goodwill del negocio, que

podría definirse como aquel valor adicional o plusvalía que la gerencia genera por explotar los activos y convertirlos en flujos comerciales, en flujos de dinero. Es decir que el goodwill o valor añadido es fruto de las expectativas que el mercado establece acerca de la posibilidad de que el negocio genere utilidades. Las utilidades actualizadas establecen ese valor agregado. (p. 15)

En conclusión, el *goodwill* de una empresa se aprecia en el mayor valor que esta tiene una vez deducido su valor en libros. Tan real es su existencia que las empresas se transfieren frecuentemente en el mercado a un valor superior al de la suma de sus elementos activos deducidos los pasivos (patrimonio neto). El reconocimiento de este mayor valor pagado en la transferencia se registra en la contabilidad del adquirente como un nuevo activo; un activo intangible solo susceptible de ser registrado contablemente cuando se ha pagado por él en una transacción de mercado. Hay una característica adicional: no es un intangible independiente, susceptible de ser transferido singularmente, pues su transferencia forma parte del conjunto patrimonial, de lo que hemos llamado el fondo empresarial en funcionamiento (“empresa en marcha”).

2.1.4. Expectativa

Otra parte de la doctrina alude al *goodwill* como una expectativa positiva. Es por ello que, en la medida que la capacidad organizativa coadyuve a que la empresa alcance los niveles de eficiencia esperados, se proyectarán flujos de caja futuros y, por tanto, valdrá la pena pagar más por la empresa que por la simple suma de los elementos patrimoniales (bloque patrimonial) que la conforman.

El *goodwill*, entonces, puede apreciarse como el conjunto de aquellas expectativas por vender más, por tener una mayor clientela, por obtener mejor rentabilidad (aunque derive de una mejora de costos o una mejora de

precios o de una mejora a nivel macroeconómico). En buena cuenta, se trata de poder proyectar un mejor flujo de caja, de allí que ello sea apreciado a través del método de valorización de la empresa denominado “flujo de caja neto descontado”.

En síntesis, *goodwill* es:

(...) esperanza de obtener en lo sucesivo ciertos beneficios por la mejor organización de la empresa, por las cualidades personales del comerciante y sus auxiliares, por el emplazamiento favorable del negocio, por la favorable coyuntura de venta, por la baratura del precio de coste, por la extensión del círculo de la clientela, por la eliminación de la concurrencia, por mil circunstancias, en fin, que determinan una mayor o menor certidumbre en la venta de los productos o en el suministro de los servicios. (Garrigues, 1984, p.194)

(...) en términos monetarios, la idoneidad de la empresa para actuar exitosamente en el mercado. Se trata de un valor económico real, resultado de la combinación de medios materiales e inmateriales y prácticas empresariales, producido por el esfuerzo, la inventiva, la habilidad, la seriedad, etc., que el empresario despliega, merced a la utilización de dichos medios, durante la gestión de su empresa de negocios. (Antillón W. y Cappella G., 1999, p. 40)

En pocas palabras, el *goodwill* se aprecia en el valor superior que tiene la empresa como conjunto, en comparación con la valorización individual de sus elementos. Este (el *goodwill*) refleja, a valor presente, las expectativas de ganancias futuras que se tiene respecto de la misma.

Así pues y según esta posición, el *goodwill* consiste en las expectativas que derivan de la organización empresarial complementada por el conjunto de activos tangibles o intangibles que se han ido produciendo con ocasión de la

eficiencia de la empresa o por externalidades positivas que han propiciado que el negocio se encuentre en mejor posición de producir ganancias.

En efecto, la organización va creando, va mejorando, va incrementando, va haciendo más eficiente el uso de ciertos recursos; por ejemplo, la base de datos de clientes o proveedores debidamente segmentada, la ubicación de los locales, el costo de los arrendamientos, la duración de los contratos, las cláusulas de no competencia, las buenas relaciones con los *stakeholders*, los secretos empresariales, la capacitación del personal y el nivel de sus habilidades, las maquinarias y equipos con la tecnología adecuada para el nivel de producción, el buen liderazgo de sus tecnócratas (directores y gerentes) y la reputación que deriva y se retroalimenta de la eficiencia de la empresa en el tiempo.

Cabe resaltar que el valor de la organización y sus elementos tangibles e intangibles pueden ser beneficiados con externalidades como que sus productos puedan haberse beneficiado de un tratamiento preferencial o sin el costo de aranceles para ingresar a mercados más amplios, como el mexicano, el brasilero, el indio, el norteamericano, el chino, etc. O que, habiendo iniciado sus operaciones, como pionero, en un área comercial emergente, luego con el transcurso del tiempo su ubicación se halle integrada a un emporio comercial.

Ahora bien, es importante señalar que los economistas cuando se refieren al *goodwill* aluden necesariamente a expectativas producto de una organización empresarial que tiene en cuenta a los intangibles de la empresa y la reputación que ha obtenido. No tratan de derivar las expectativas de un solo elemento como la organización, por ejemplo; pues ellas pueden ser hasta subjetivas y diferir de un empresario a otro (según las perspectivas que tengan del negocio o las sinergias que puedan producir respecto del que ya tienen bajo su titularidad) o simplemente verse influidas por externalidades.

Hasta aquí, queda claro que la organización impregnada en el fondo empresarial ha generado una capacidad para crear flujos de caja. Esta capacidad organizativa se va retroalimentando con sus innovaciones, con sus nuevos intangibles, con su reputación y se puede beneficiar también de ciertas externalidades (como el entorno).

Como puede apreciarse, hay un *goodwill* que existe independientemente de si la empresa ha sido o no objeto de transferencia y al margen de si puede o no registrarse contablemente. Desde luego, cuando la empresa es transferida y alguien ha pagado por ella un valor superior al patrimonial, la existencia de esta plusvalía se hace visible.

No obstante, lo referido, no es exacto que ese mayor valor pagado, con ocasión de una transferencia de la empresa esté solo y siempre reflejando el valor de la organización, sus intangibles y su reputación; puesto que, el adquirente puede estar pagando también por las sinergias que la unidad de producción adquirida genera en su empresa. En este caso el precio pagado va a reflejar también la armonía, complementariedad o afinidad entre organizaciones o elementos patrimoniales.

En conclusión, el *goodwill* es el mayor valor que genera una empresa en relación a su valor patrimonial, derivado de las expectativas de ganancias que produce su capacidad organizacional, las características de sus elementos tangibles e intangibles, su reputación, otras circunstancias o externalidades; pudiendo incrementarse con ocasión de una transferencia al observarse sinergias con la organización empresarial del adquirente.

2.1.5. Diferencias entre el goodwill del fondo empresarial y de la empresa

Cabe preguntarse si cabe la existencia del *goodwill* en un fondo empresarial recién formado, o es que solo está presente en la empresa -fondo empresarial en funcionamiento- que es la que produciría la clientela.

En realidad, la marcha de la empresa, su explotación, la capacidad de su organización recaída en sus elementos tangibles e intangibles, es la que va produciendo en su contexto el *goodwill* al que nos hemos referido líneas arriba; sin embargo, sí resulta posible que la suma de los elementos patrimoniales y su orden o disposición para explotar la actividad, así como la misma ubicación de su local o establecimiento pueda generar un mayor valor, aún antes de empezar a funcionar.

Nos explicamos, el hecho de ordenar nuestros bienes (tangibles o intangibles) para empezar a operar como arrendar un local con buena ubicación para un comercio al menudeo o un almacén cerca a los terminales terrestres o aéreos con una licencia apropiada para la actividad que se quiere realizar, la adquisición de un mobiliario para las oficinas administrativas, sistemas: para el control de inventarios, despacho de mercaderías y facturación; contratación de personal seleccionado y calificado para la operación; registro de una marca y una campaña publicitaria contratada para el próximo inicio de operaciones; pero sin haber empezado a operar o funcionar, naturalmente deben generar un mayor valor que un conjunto de activos sin ningún orden ni armonía con un fin económico.

Es más, hasta podríamos decir que la sola ubicación del local y la licencia municipal de funcionamiento compatible con el giro del negocio ya genera un mayor valor para el conjunto de bienes ordenados.

En ese orden de ideas, Ascarelli (1950) menciona al aviamiento o *goodwill* del fondo empresarial:

(...) como la plusvalía que presenta los bienes de la hacienda en virtud de su unión que les permite alcanzar una finalidad común. (p. 124)

Es cierto que lo más probable es que las expectativas de ganancia sean mayores cuando hay una explotación de ese fondo empresarial que acredita flujos y beneficios.

De otro lado, cabe destacar que hay bienes del patrimonio que van adquiriendo un mayor valor y que resultará incluso independiente y separable del éxito que tendría el negocio. En efecto, pueden distinguirse algunos elementos patrimoniales de la empresa que le dan valor a la misma, nutriéndola o incrementándola con valores singulares o individuales de ciertos elementos corporales o incorporeales que al margen o a pesar de la actividad empresarial alcanzaron un mayor valor. Por ejemplo, un depósito que se hallaba fuera del área urbana y que hoy se encuentra en zona de expansión urbana, teniendo por metro cuadrado un valor que no ha derivado de la explotación del negocio y que más bien se relaciona con una plusvalía inmobiliaria.

En conclusión, el fondo empresarial puede tener un mayor valor que el conjunto de sus elementos patrimoniales, pues en buena cuenta, el orden necesario que lo prepara para su funcionamiento le da de hecho un carácter unitario que le brinda ese atributo, un valor incipiente y generalmente inferior al de una empresa en marcha.

2.2. El *Badwill*

El *badwill* tiene su causa más frecuente en malas prácticas empresariales, sea porque son contrarias a la ley, a los principios de buen gobierno corporativo o a la buena fe empresarial; en ese sentido, estas prácticas

pueden afectar a proveedores, clientes, trabajadores, inversionistas (accionistas o bonistas), al Estado o a la comunidad.

Cuando estas prácticas se hacen públicas y su impacto trasciende lo transitorio, entonces, generan desconfianza en los *stakeholders* y tiene un efecto reputacional nocivo con su consecuente impacto patrimonial. Por ejemplo, si se enfrentan algunas acusaciones de índole regulatoria por infracciones cometidas (actos de corrupción pública y privada, contaminación medioambiental irresponsable, venta de productos con características engañosas, realizar transacciones ficticias con valores mobiliarios) su repercusión podría dar inicio a una crisis que solo concluya con la liquidación de la empresa o su transferencia a un valor por debajo del patrimonial.

El *badwill* puede impactar de forma negativa en una empresa, disminuyendo considerablemente sus ingresos o afectándolo patrimonialmente. Esto puede tener como efecto no solo los costos de asumir la responsabilidad frente a las autoridades estatales, sino también la pérdida de proveedores estratégicos, de ejecutivos talentosos, de clientes en general, la caída de la cotización de las acciones de la empresa, el despido de trabajadores y el desprestigio de la marca.

Este concepto ha sido sumamente controvertido a nivel contable y tributario con ocasión de las adquisiciones y fusiones de empresas. Para evidenciar ello, recurriremos a algunos extractos de la ponencia de Mur Valdivia y Tuesta Madueño en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario, respecto al ámbito de aplicación de impuesto a la renta:

(...) complicado es resolver a partir de nuestra legislación el tema de las ganancias por adquisición de negocios o empresas, donde podría surgir un “crédito mercantil negativo” si el adquirente paga por ellos

un precio menor al del valor neto de los activos que la conforman.
(s.f., p.2)

Este crédito mercantil negativo, es en buena cuenta, el denominado *badwill*, un detrimento del valor de la empresa. Una empresa con este tipo de carga negativa no es capaz de generar clientela y con ello un flujo creciente de caja. Por consiguiente, se puede perder su clientela y también generarse una corriente de flujo de caja decreciente. Es pues, la contrapartida del *goodwill*.

Al respecto, la Administración Tributaria expresa su postura (criticada por Mur Valdivia y Tuesta Madueño) acerca del *badwill*:

La Administración Tributaria a través del Informe No. 302-2003-SUNAT/28000 ha opinado que la (...) “plusvalía mercantil negativa” constituye una renta gravable. Para ello se sustenta en la Norma Internacional de Contabilidad 22 y el artículo 3 de la Ley del Impuesto a la Renta. (s.f., p.11)

Por otro lado, Mur Valdivia y Tuesta Madueño exponen:

A partir de las normas reglamentarias recientemente aprobadas, se ha puesto en evidencia que el texto del artículo 3 de la Ley del Impuesto a la Renta no es adecuado para la incorporación de ciertas ganancias al Impuesto, pues aplicando literalmente se arriba a situaciones insospechadas o se induce a la precipitación tributaria de ingresos.
(Consulta del 29 de octubre de 2013, p.2)

Apartándonos del interés de la Administración Tributaria que pretende considerar que existe renta cuando la empresa es adquirida por debajo de su valor patrimonial (producto del *badwill*), aspecto tributario que no vamos a tratar porque se aleja de nuestro tema; lo interesante es que la posibilidad de que una empresa genere *badwill* es una realidad y la práctica comercial nos

indica un hecho que no es posible ignorar: la eventualidad que una empresa solo proyecte un flujo de efectivo decreciente.

En ese sentido, el *badwill* resulta ser una situación contraproducente para la empresa ya que genera una disminución de su valor, dado su mal rendimiento comercial, que le impide proyectar flujos de caja positivos.

Ahora bien, si el mercado estima que no se está generando –y no se han de generar- las utilidades suficientes, se dice entonces que la gerencia está produciendo una reducción de valor o *badwill*. Esto es, el valor económico de los activos está por debajo de su valor sustancial, lo que afecta negativamente el patrimonio de los accionistas. (Bravo, S., 2002, p. 16)

En este contexto el método de valorización recomendable para transferir una empresa no sería el de “flujo de caja neto descontado”, sino más bien el de “liquidación”; partiendo de esta visión, podemos afirmar que para que un fondo empresarial pueda ponerse en marcha y efectuar sus operaciones correctamente, la organización que se ocupe de tal tarea debe poder pronosticar qué políticas a seguir generarán dichos flujos de caja positivo, el transcurso del tiempo demostrará si estas fueron efectivas o no y qué consecuencias tendrá en la imagen de dicha empresa a efectos de su valorización.

Indudablemente, una empresa que genera *badwill*, requiere un cambio radical en su gestión pues queda claro que la situación actual solo conduce a menores beneficios, sino es que a ninguno, para su titular (o los socios que la integran, si se trata de una sociedad). Y en ello consiste la importancia de prevenirlo, no solo porque representa una disminución del valor que pueda tener la empresa, sino también porque de la correcta gestión que se realice sobre la misma, dependerá la futura credibilidad de esta para con sus inversionistas y la apreciación que tenga en el mercado.

Tarazona Ospina (2012) menciona que:

Tomando en consideración el concepto de valor razonable, si es que el monto pagado por el adquirente reflejado en el rubro “inversiones” del Balance General es mayor a este “valor razonable”, aparecerá en los Estados Financieros de dicho adquirente una plusvalía deudora o “Goodwill”. Si es menor, nos encontraremos ante una plusvalía negativa, llamada también minusvalía o “Badwill”. (p. 30)

En síntesis, el *badwill* es la contrapartida del *goodwill*, mientras este último significa una expectativa de flujos futuros positivos o crecientes, el primero significa una expectativa de flujos futuros negativos o decrecientes. El origen del mismo puede deberse a no haber seguido buenas prácticas empresariales.

2.3. Las Sinergias

De acuerdo con la Real Academia Española, la sinergia es: “*acción de dos o más causas cuyo efecto es superior a la suma de los efectos individuales*”.

Tal como lo señala Ronald Gilson y Bernard Black, la sinergia es la otra cara de la moneda de la suma del valor de dos empresas. Es decir, la sumatoria del valor de dos empresas presupone que si el valor individual de cada una es de dos, el valor adherido de ambas equivale a cuatro; la sinergia propone que el resultado de dicha suma es de cinco. (Ferrero, G., 2003, p.17)

Sinergia procede de un vocablo griego que significa “cooperación”. El concepto es utilizado para nombrar a la acción de dos o más causas que generan un efecto superior al que se conseguiría con la suma de los efectos individuales.

Suele considerarse que la sinergia supone la integración de partes o sistemas que conforman un nuevo objeto. Por lo tanto, el análisis de este nuevo objeto difiere del análisis de cada una de las partes por separado. Dos elementos que se unen y generan sinergias ofrecen un resultado que maximiza las cualidades de cada uno de los elementos. El concepto, por este motivo, es muy popular en el *management*, el *marketing* y la economía, ya que se destacan las ventajas del trabajo asociado para conseguir objetivos. (Pérez, J. y Gardey, A., 2010, 1er, 2do y 3er párrs.)

Consideramos que dichas definiciones expresan correctamente nuestra posición con respecto al valor agregado que el elemento organizacional confiere a la empresa.

En ese orden de ideas, podemos encontrar la sinergia al interior de la empresa si se adoptan decisiones o acciones respecto de sus elementos que producen un mayor valor que al que antes existía, como también puede aparecer nítidamente en la adquisición o fusión de dos empresas distintas pero que juntas tienen tal complementariedad que su valor aumentará significativamente.

En la práctica empresarial se reconocen algunas formas determinadas en las que se manifiesta la sinergia:

Sinergia empresarial de ventas

Pensemos en el departamento de ventas de una empresa, si ésta es suficientemente grande o cuenta con diferentes líneas de negocio, es común encontrarnos con que hay distintos equipos de ventas, marketing o distribución para cada una de las líneas de negocio, nos encontraríamos ante un caso de sinergia de ventas si se aprovecharan

los mismos canales de distribución, los mismos equipos de ventas y/o los costes de publicidad.

Sinergia empresarial de producción

Realizando una buena planificación de la producción en la empresa, es posible disminuir los costes directos o aumentar la producción a cambio del mismo coste si reutilizamos el personal para las distintas líneas de productos o beneficiándonos de las economías de escala que podemos conseguir gracias a una buena planificación en el tiempo de la actividad de la empresa, dando lugar a lo que se conoce como una sinergia de producción.

Sinergia empresarial de inversión

Se crea una sinergia de inversión cuando se comparte un espacio de trabajo, naves, transporte, maquinaria, etc. Es decir, el uso de cualquier medio que haya requerido una inversión previa, para su utilización en distintas tareas.

Como podemos ver es un concepto que puede aplicarse a cualquier área de la empresa, ya que no es más que la utilización de los mismos recursos disponibles para obtener más a cambio. Así pues, podemos encontrarnos con sinergias de gestión, cuando las habilidades o conocimientos de un equipo se aplican a nuevas situaciones o mercados, sinergias de dirección, de promoción, etc. (...) (Anónimo, 2013)

Algunos ejemplos de esta llamada sinergia son las políticas empresariales de reducción de costos que a largo plazo generen una mayor ganancia; la complementariedad en las actividades realizadas por cada área de la empresa, supliendo las fortalezas de unas, en las otras y viceversa.

Asimismo, la ubicación geográfica en la que se encuentra emplazado el establecimiento de la empresa, tomando en cuenta a las demás empresas en dicha área geográfica, de manera que haciendo un estudio acerca de los intereses de cada empresa colindante, puedan incluso hallar intereses comunes que les permitan trabajar en equipo o, valga la redundancia, aprovechando sus sinergias.

Teresa Tokushima (2011) destaca la sinergia en las fusiones, que para el caso explica bastante bien la sinergia obtenida por el adquirente de la empresa:

las motivaciones más comunes que generan sinergias para las empresas participantes en el proceso de fusión, se encuentran, por ejemplo, (i) en la concentración horizontal: la reducción de costos operativos o administrativos, la creación de nuevos productos, el aprovechamiento de mejores canales de distribución de los productos o de la cartera de clientes de la sociedad absorbida; (ii) en la concentración vertical, por ejemplo: la mejora en la gestión de todo el proceso productivo, la reducción de los costos de transacción que anteriormente la empresa absorbente tenía que afrontar cuando negociaba con su proveedor (ahora empresa absorbida); (iii) incluso algunas motivaciones pueden tener de trasfondo un aspecto de carácter tributario, como por ejemplo, el hecho de que la transferencia patrimonial con motivo de la fusión no se encuentra afecta al impuesto general a las ventas ni al impuesto a la renta en el Perú, el mejor aprovechamiento de un crédito fiscal de la sociedad absorbida o el goce de algún otro beneficio tributario. (p.6)

El abogado Guillermo Ferrero Álvarez Calderón (2003), coincide con Teresa Tokushima en cuanto a las sinergias en la integración horizontal y vertical,

a. Integración Horizontal

La Integración horizontal se da cuando dos o más empresas de un mismo mercado o sector se fusionan. Un ejemplo hipotético sería una fusión entre Cola-Lima y Cola-Trujillo en el mercado de bebidas gaseosas. Las razones detrás de tal integración horizontal podrían ser múltiples, como por ejemplo, el interés en lograr economías de escala en la producción, reducir gastos de ventas por duplicidad de canales de distribución o ganar porcentajes de participación en el mercado frente a la competencia para ejercer posiciones de dominio o guerra de precios.

b. Integración Vertical

La integración vertical se da cuando se fusionan dos o más empresas que, si bien no pertenecen a un mismo mercado, dependen verticalmente la una de la otra por desarrollar actividades relacionadas. Según Robert M. Grant, la integración vertical puede darse en dos modalidades: (i) hacia atrás (backward integration), cuando una empresa adquiere la propiedad y el control de la producción de sus propios insumos y materias primas y (ii) hacia adelante (forward integration), cuando una empresa adquiere la propiedad y el control de sus clientes o canales de distribución. La finalidad principal de este tipo de fusión es la de reducir los “costos de transacción”, es decir, costos tales como redactar y negociar contratos, supervisar que la contraparte cumpla con los términos del mismo y demandar el cumplimiento de sus cláusulas por la vía arbitral o judicial, entre otros. (p.218)

En conclusión, la sinergia significa la posibilidad de conseguir un alto rendimiento de la capacidad empresarial existente en una empresa o en dos o más empresas (si estas se adquieren o fusionan) sea disponiendo o complementando sus elementos de la manera más eficiente.

2.4. En síntesis

- a. El *goodwill* es el mayor valor que genera una empresa en relación a su valor patrimonial derivado de las expectativas de ganancias que produce su capacidad organizacional, las características de sus elementos tangibles e intangibles, su reputación, otras circunstancias o externalidades; evidenciándose con ocasión de una transferencia e incorporándose incluso en el precio de transferencia, el valor de las sinergias con la organización empresarial del adquirente.
- b. Cabe resaltar también que incluso el fondo empresarial, que no llega a ponerse en marcha o que cesa en su funcionamiento, puede llegar a generar un *goodwill* o mayor valor que la suma de los elementos patrimoniales que la componen, pues en buena cuenta, hay un orden necesario que lo prepara para su funcionamiento y le da de hecho un carácter unitario que genera ese mayor valor; puede ser incipiente y seguramente inferior al de una empresa en marcha, pero es un mayor beneficio para aquel que generó esta primera organización patrimonial.
- c. Por otro lado, el *badwill* -contrapartida del *goodwill*- es una minusvalía mercantil, es decir, resulta ser una situación contraproducente para la empresa, ya que le genera una disminución de su valor provocado por su mal rendimiento comercial y que le impide proyectar flujos de caja positivos.
- d. La sinergia es la posibilidad de obtener un alto rendimiento de la capacidad empresarial existente en una empresa o en dos o más empresas (si estas se adquieren o fusionan) sea disponiendo o complementando sus elementos de la manera más eficiente.

3. Metodologías de valorización

Este punto plantea la problemática de cómo valorizar una empresa. Cuando se trata este tema inmediatamente viene a la mente un establecimiento vivo, operando, vendiendo, con clientela; es decir en el fondo empresarial en

funcionamiento (y que para nosotros es la empresa) y que otros denominan perogrullescamente “empresa en marcha”.¹⁴⁴

Lo lógico sería asumir que si no hay operatividad, ya que el fondo empresarial no está en marcha, su valor debería ser fundamentalmente patrimonial. Bajo ese marco, habrá que evaluar si la disposición de sus elementos, al estar el establecimiento ordenado y listo para funcionar (por ejemplo, un local en el que operará u operó un cine, un supermercado o una estación de servicios) le brinda algún mayor valor (aún está “aviado”); si ello no es así aún queda por analizar si el valor patrimonial como unidad o bloque es superior al valor que se puede obtener vendiendo los bienes individualmente (como si fuera una liquidación).

Es pertinente también tener presente las variantes que pueden irse presentando sobre el valor de la empresa, pues el hecho de ser empresa (“en marcha”) no en todos los casos significará que ella pueda alcanzar un valor mayor que el de la suma de sus elementos, pues ya hemos explicado que podría ser igual al valor en libros o el *badwill* podría reducir su apreciación por debajo del valor patrimonial.

Los métodos de valorización tratan de ser objetivos y obviamente intentan expresar o aproximarse al valor de mercado de la empresa, el cual, como sabemos se forma de la interacción entre la oferta y la demanda, la cual también contiene elementos subjetivos, como: las expectativas o relativos como las sinergias.

La valorización de la empresa aporta información tanto para el enajenante como para el adquirente, lo cual, naturalmente facilita la negociación de su transferencia. Dicho proceso debe realizarse necesariamente bajo determinados lineamientos o metodologías que permitan tanto al “adquirente” como al “enajenante” conocer un valor estimado de la empresa.

¹⁴⁴ Insistimos que la denominación suficiente es empresa, pues el hecho de serla implica que se halla en actividad (en marcha) ya que si careciera de funcionamiento sería tan solo un fondo empresarial.

Los métodos mencionados a continuación son los más utilizados en la práctica:

3.1. Método de valor patrimonial

Este es el método más conocido y se recoge del balance, si bien nos da una idea inicial su alcance es limitado. Al respecto, Manuel Pereyra (2008) señala:

Como su nombre lo indica, se tratan de métodos que procuran determinar el valor de la empresa a través de la estimación del valor del patrimonio. Así, a través del balance, se determinará el estado de situación económico financiero de una organización en un momento específico del tiempo. Constituye entonces un método estático de valoración, y en consecuencia posee grandes debilidades en un mundo dinámico como el que nos movemos. (p.6)

También conocido por el método de valor en libros, debido a que la valorización de una empresa se encuentra reflejado en los libros contables de una sociedad, pudiendo encontrar dentro de ellos, el balance general, el estado de resultados, el flujo de caja, entre otros. Sin embargo, este método presenta un par de aristas a ser resueltas, en ese sentido, el autor Guillermo Ferrero Álvarez Calderón (2003) menciona:

La primera es que tan solo refleja valores históricos, es decir, pasados y en algunos casos presentes, mas no proyecta el potencial de crecimiento futuro del valor de una empresa (...)

De otro lado, este método, está sujeto a las NIC's y por ende a usos discrecionales, abusivos o incorrectos de los principios de contabilidad generalmente aceptados, tales como el

ocultamiento de pasivos (off balance sheet finance), el uso arbitrario de los métodos de depreciación de activos tangibles o del tratamiento del costo de los inventarios (...) (p.230)

En conclusión, este método en principio nos muestra el valor de los activos al valor de adquisición (a valores históricos). No nos muestra todos los activos intangibles, sino solo aquellos que han sido adquiridos en una transacción de mercado. En general, el balance incorpora titularidades y propiedad, y derechos de uso pagados por adelantado ("arrendamientos pagados por adelantado", pero no valoriza la existencia de contratos de arrendamiento en sí, cláusulas de no competencia o contratos de servicios). Se trata de un método bastante estático y limitado.

3.2. Método de valorización de las utilidades netas

El desempeño en las operaciones de la empresa genera un valor denominado contablemente como utilidad o beneficio, el cual se evalúa conforme a cada ejercicio anual en el estado de ganancias y pérdidas.

Según este método, muy utilizado en empresas cotizadas, el valor de la empresa se obtiene multiplicando el beneficio neto anual por un coeficiente llamado PER (del inglés price earnings ratio). Resulta de utilidad para realizar juicios rápidos sobre la sobrevaloración o infravaloración de una empresa. (anónimo, 2008, p.18)

En buena cuenta la utilidad neta es un resultado de carácter contable y no necesariamente efectivo; mientras que el flujo de caja privilegia lo netamente efectivo.

3.3. Método de “fondo de comercio”

Es un método mixto, e integra los dos métodos arriba referidos. Consiste en la valorización de la empresa partiendo del patrimonio neto de la misma, dentro del cual, en los activos se considera el valor que poseen los intangibles -que solo aparecen en los registros contables cuando son adquiridos en el mercado y no cuando son creados por el propio empresario- y sobre esta base, calcular las ganancias futuras. En ese orden de ideas, esta metodología mixta intenta darle un valor contable a estos intangibles e intenta medir los beneficios futuros.

Este método toma dos aspectos: el elemento estático reflejado en el patrimonio y el elemento dinámico de medir beneficios futuros. En ese sentido, Franciso Barrionueva (2014) señala:

Estos métodos se aplican mediante un enfoque mixto. Es decir por un lado llevan a cabo una valoración estática de los activos de la empresa y a la vez tratan de cuantificar el valor que la empresa va a generar en el futuro. Básicamente, estos métodos tratan de determinar el valor de la empresa mediante la estimación del valor total de sus activos, más una ganancia de capital resultante del valor de sus ganancias futuras. **En efecto, comienzan por una valoración de los activos de la empresa y luego se añade una cantidad relacionada con las ganancias futuras.** (p. 28) (Resaltado agregado)

Coincide Pablo Fernández (2008),

Estos métodos parten de un punto de vista mixto: por un lado, realizan una valoración estática de los activos de la empresa y, por otro, añaden cierta dinamicidad a dicha valoración porque

tratar de cuantificar el valor que generará la empresa en el futuro. A grandes rasgos, **se trata de métodos cuyo objetivo es la determinación del valor de la empresa a través de la estimación del valor conjunto de su patrimonio más una plusvalía resultante del valor de sus beneficios futuros:** comienzan con la valoración de los activos de la empresa y luego le suman una cantidad relacionada con los beneficios futuros. (p. 12) (Resaltado agregado)

De lo referido en las citas anteriores, se aprecia que el enfoque estático de la empresa alude al patrimonio neto de la misma dentro del cual, se considera en la cuenta de los activos tanto al conjunto de tangibles –los mismos que son materializados de forma directa dentro del balance general- como de intangibles –los mismos que serán medidos para poder ser materializados en el balance general; en pocas palabras, el activo de la empresa toma en cuenta también a los intangibles.

Por otro lado, el enfoque dinámico apunta al valor que la empresa generará en el devenir futuro de su actividad económica; es decir, en base a este enfoque, al patrimonio neto de la empresa (considerando intangibles) se le debe agregar el valor futuro que la misma generará. Para el cálculo de los beneficios futuros, este método asume que la última utilidad se mantendrá constante de forma infinita, y sobre esa base se debe aplicar una tasa de descuento tomando en cuenta los riesgos a los que la empresa podría enfrentarse.

Este método considera, como lo mencionamos anteriormente, tanto el valor patrimonial presente de la empresa como el reflejo que esta tendrá a futuro (expectativas). Este rendimiento esperado, es el objetivo que el presente método desea alcanzar plasmándolo en

diversas fórmulas matemáticas; sin embargo, pese a su desarrollo, actualmente no son los más seguidos.

Figura 2

| | Valor de la empresa |
|--|---|
| Método de valoración "clásico" | $V = A + (n \times B)$ para empresas industriales, o $V = A + (z \times F)$ para el comercio minorista A = valor del activo neto; n = coeficiente comprendido entre 1,5 y 3; F = facturación B = beneficio neto; z = porcentaje de la cifra de ventas. |
| Método simplificado de la "renta abreviada del goodwill" o método de la UEC simplificado | $V = A + an (B - iA)$ A = activo neto corregido; an = valor actual, a un tipo t, de n anualidades unitarias, con n entre 5 y 8 años; B = beneficio neto del último año o el previsto para el año próximo; i = rentabilidad de una inversión alternativa. $a_n (B - iA)$ = fondo de comercio o goodwill. (B - iA) se suele denominar <i>superbeneficio!</i> |
| Método de la Unión de Expertos Contables Europeos (UEC) ¹⁶ | Si se despeja $V = A + a_n (B - iV)$, se obtiene: $V = [A + (a_n \times B)] / (1 + i a_n)$ |
| Método indirecto o método "de los prácticos" | $V = (A+B/i)/2$ que también puede expresarse como $V = A + (B-iA)/2i$ i suele ser el tipo de interés de los títulos de renta fija del Estado a largo plazo. B es muchas veces el beneficio medio de los últimos tres años. Tiene muchas variantes, que resultan de ponderar de manera distinta el valor sustancial y el valor de capitalización de los beneficios. |
| Método anglosajón o método directo | $V = A + (B - iA) / t_m$ La tasa t_m es la tasa de interés de los títulos de renta fija multiplicada por un coeficiente comprendido entre 1,25 y 1,5 para tener en cuenta el riesgo. |
| Método de compra de resultados anuales | $V = A + m (B - iA)$ El número de años (m) que se suele utilizar es entre 3 y 5. El tipo de interés (i) es el tipo de interés a largo plazo. |
| Método de la tasa con riesgo y de la tasa sin riesgo | $V = A + (B - iV)/t$ despejando $V = (A + B/t) / (1 + i/t)$ i es la tasa de una colocación alternativa sin riesgo; t es la tasa con riesgo que sirve para actualizar el superbeneficio y es igual a la tasa i aumentada con un coeficiente de riesgo. La fórmula es una derivación del método de la UEC cuando el número de años tiende a infinito. |

Estas fórmulas, básicamente difieren del valor patrimonial en darle valor a los elementos intangibles no contabilizados. En ese momento se logra un valor patrimonial total de tangibles e intangibles. A ese primer valor se le agregará el valor de los beneficios futuros. He aquí, en este último aspecto (el de beneficios futuros), una de los principales aspectos que ha generado su desuso.

En efecto, como hemos adelantado en el punto anterior, no resulta apropiado tomar de referencia a las utilidades netas como base de cálculo de este método, pues este último es un resultado de ajustes contables y no refleja el efectivo o caja con que la empresa dispone. Esta explicación es una razón fundamental por lo que hoy en día este método no es aplicado.

Es así que, para calcular el beneficio futuro se usa la utilidad neta, la cual considera como ingresos netos: ítems como la depreciación y las ventas. Esto último supone que se considera como ingresado a lo facturado; cuando no todo lo facturado o vendido es necesariamente cobrado. Este es un aspecto que ha hecho del método de flujo de caja neto descontado, uno más apreciado, pues resulta más exacto calcular sobre lo cobrado.

Es fácil apreciar que este método mixto, en cuanto al cálculo de beneficios futuros, adolece del mismo problema de la metodología de la utilidad neta al hallarse sumido en ficciones contables, lo que aunado a lo complejo y relativo que podría resultar el cálculo de intangibles no transados en el mercado, es de esperar su poca o casi nula utilización.

El método del fondo de comercio es una metodología europea propia de los años 80's. Actualmente, poco usada, pues son de preferencia los métodos de flujo de caja neto descontado y el de comparación. Según Manuel Pereyra (2008), a este método también se le puede identificar como:

El valor llave, fondo de comercio, o goodwill en inglés, es el valor que recibe la empresa por encima de su valor contable ajustado y corresponde a un conjunto de fortalezas de la firma, que no se ven reflejados en la contabilidad ajustada. En este concepto agrupará aspectos como la ubicación estratégica que repercutirá en el flujo futuro de ingresos, o por la adquisición de un valor mayor por un cambio externo (por ejemplo, una instalación de un centro comercial frente a una gasolinera en un balneario), y demás aspectos que no se perciben en la contabilidad como la calidad de la cartera de clientes, el

liderazgo de la marca, el posicionamiento, las alianzas estratégicas, entre otros. (p. 18)

Sobre la cita del profesor Manuel Pereyra, tenemos que hacer algunos alcances y precisiones. En efecto, debemos partir por discernir tres acepciones sobre “el fondo de comercio” para evitar confusiones: **uno es el de la metodología** denominada el fondo de comercio, que estamos tratando en este punto y que tiene el mérito de reconocer que en el patrimonio hay intangibles no valorizados por la contabilidad tradicional (salvo que sean transados en el mercado) y **el otro es el del nombre de la cuenta** denominada “fondo de comercio”, “*goodwill*”, “plusvalía” o “precio de llave” con que se registra el mayor valor que tiene la empresa respecto del patrimonio neto o valor en libros. Este último registro contable, como ya hemos explicado es recogido cuando se produce una transferencia (sea por venta o reorganización empresarial) y puede recoger el mayor valor de la empresa brindado por cualquier metodología, tales como: la del fondo de comercio, la del flujo de caja neto descontado, el valor de comparación, el valor de transacciones comparables, el valor de reemplazo, etc. que se haya usado o que no se haya usado para fijar el precio.¹⁴⁵ En ese sentido, no es exacto decir que cualquier valor que supere el “patrimonio neto” está recogiendo solo la metodología de valorización denominada “fondo de comercio”.

Por último, **la tercera acepción** que hemos comentado en esta tesis **es la identificación del concepto de fondo de comercio con el fondo empresarial**, como estructura patrimonial, comprendida por tangibles e intangibles, ordenada y lista para ser explotada empresarialmente.

¹⁴⁵ Cuando el precio es simplemente producto de la pura negociación.

Finalmente, concluimos señalando que el método del fondo de comercio es un método de carácter contable y no financiero. En la práctica, los negocios se miden en una rentabilidad y potencialidad a futuro, tomando como base para ello la proyección de flujos de caja (efectivo), aspecto que el método de fondo de comercio no considera.

3.4. Método de valor de comparación

Este método consiste en valorar a una empresa en relación a otra similar existente en el mercado, que cuente con el mismo tamaño, productos y antigüedad similar, y cuente con una organización parecida a la primera. Es decir, se trata de hallar su valor por analogía al de otras empresas comparables.

Este método permite hallar el valor de las empresas sea que coticen o no en bolsa. En el caso de las que no cotizan ofrece información sobre un valor por analogía de otras empresas, y si cotizan, ofrecen información sobre la infra o sobrevaloración de la empresa.

Es decir, se puede valorizar el patrimonio de una compañía sobre la base del valor patrimonial de compañías comparables. Guillermo Ferrero (2003) señala:

(...) para fijar el valor de las compañías en cuestión se utilizan ratios financieros de la compañías comprables, cuyos promedios (considerados independientemente) se multiplican por las ventas como utilidades netos y valor en libros de la compañía a ser valorizada. (p.232)

Roberto Hernández, señala:

Para ello se calculan algunos ratios que muestren la relación entre el valor de cada una de esas empresas y alguna medida de su resultado financiero. Esta ratio posteriormente se aplica a la misma medida del resultado financiero de la compañía objeto de valoración, obteniendo así una valoración comparativa.

Así tenemos:

- 1) Análisis de la empresa objetivo,
- 2) Análisis y selección de las empresas comparables,
- 3) Cálculo y selección de los múltiplos de cotización,
- 4) Aplicación de los resultados a la empresa objetivo,
- 5) Selección de un rango de valoración para la empresa objetivo.

Se debe utilizar en cada caso el ratio de margen operativo normalmente utilizado en el sector objeto de estudio. Generalmente el múltiplo más utilizado es el de valor de la empresa/EBITDA. Los analistas típicamente revisan la media de cualquiera de los ratios que seleccionan. (s.f.)

El uso de estas ratios ha llevado a que también sea conocida como la metodología de valorización en base a los múltiplos. Guillermo López (2004) se refiere:

“El método de los múltiplos de cotización consiste en valorar una empresa con objeto de hallar su valor de mercado por analogía con el valor de mercado de otras compañías comparables. (...) Dicho esto, se considera como adecuado

incluir en el análisis alrededor de diez empresas, lo que en la práctica no siempre es posible. Sin embargo, es aconsejable partir de un gran número de compañías, para posteriormente ir eliminándolas del estudio si los múltiplos resultantes se alejan demasiado de los restantes de la muestra. Pueden analizarse los resultados históricos de las compañías comparables y de la empresa objetivo (como ventas, margen operativo, margen neto, tasa de crecimiento de beneficios para los últimos cinco años, apalancamiento, etc.) para determinar cuáles son las más adecuadas. Sin embargo, los criterios que se siguen para acotar el estudio en el caso de contar con un número demasiado elevado de empresas variarán en función del sector objeto de análisis. (pp.2 y 4)

Como puede apreciarse, uno de los aspectos más relevantes de este proceso consiste en saber seleccionar a las empresas que van a permitir obtener el valor por comparación. En esta línea, Roberto Hernández propone los siguientes factores selectos para la elección de empresas comparables:

- a) Compañías cotizadas en bolsa,
- b) Realizar la misma actividad que la empresa objetivo,
- c) Tener un mismo mix de negocio y/o productos,
- d) Ser de un mismo país o región,
- e) Tener un tamaño similar,
- f) Similares perspectivas de crecimiento de beneficios,
- g) Equipo de dirección de categoría similar,
- h) Rentabilidad similar,
- i) Posición competitiva parecida,
- j) El mismo grado de integración vertical (activos),
- k) Estructura y volumen de gastos I+D y marketing similares. (s.f.)

No obstante lo señalado, este método es muy referencial y “lo similar” parte de seleccionar solo algunos aspectos de la empresa

sin considerar otros que pueden gravitar significativamente en su valor.

Ahora bien, Labatut Serer (2005) señala:

Evidentemente, aunque no hay dos empresas iguales, para poder aplicar estos métodos con cierta garantía hay que identificar y seleccionar empresas que puedan ser comparables. Para ello, se toman empresas que pertenezcan al mismo sector y cuota de mercado, tamaño, estructura financiera, diversificación de productos, expectativas de venta, márgenes, rentabilidades, etc.

En cualquier caso, el valor obtenido por estos métodos debe ser interpretado con cautela debido a las diferencias entre empresas comparables, lo que provoca la necesidad de utilizar conjuntamente otro método de valoración alternativo.

Así pues, el valor calculado a partir de los métodos comparativos únicamente podrá ser considerado como referencia. (p. 27)

Guillermo Ferrero (2003) agrega algunas limitaciones:

En primer lugar, resulta frecuente que las compañías de un mismo rubro o sector no sea necesariamente comparables, debido a razones tales como: (i) la estructura misma del mercado (monopolio u oligopolio con tan solo dos empresas compitiendo); (ii) los ingresos, utilidades, valores contables y de mercado de las mismas son extremadamente dispares y, por ende, no comparables; o, (iii) la falta de empresas del sector que coticen en algún mecanismo centralizado de negociación de valores que permitan tener información

financiera sobre las compañías a ser utilizadas en la comparación. En segundo lugar, esta metodología no considera las primas por control o las sinergias que una fusión puede traer a las empresas que se unen o integran. (pp. 323-324)

Además de lo explicado existe otra dificultad, no resulta fácil encontrar la información que permita dilucidar qué empresas son comparables; pues se tendría que tener acceso a información reservada (proveedores, clientes, volúmenes de stock, volúmenes de ventas, flujo de caja, estados financieros, etc.); y es muy difícil encontrar dicha información de pequeñas, medianas y hasta grandes empresas; salvo el caso de aquellas que están inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores y cotizan en bolsa.

En conclusión, este método nos ofrece una idea del valor promedio de una “empresa comparable”; sin embargo, las empresas comparables no son fáciles de hallar por la disparidad de su información y la concentración de algunos sectores del mercado. Además, esta metodología adolece de dos limitaciones significativas: (i) la información para esta valuación es escasa, salvo para las Sociedades Anónimas que cotizan en bolsa y, (ii) omite en la valorización algunos aspectos o atributos relevantes.

3.5. Método de las transacciones comparables

Este método consiste en valorar a la empresa en base a una transacción ya realizada en el mercado. Es decir, este método valora el precio pagado por una adquisición llevada a cabo en una empresa de similar envergadura que aquella que se pretende valorizar. Guillermo Ferrero (2003) comenta:

(...) es bastante similar al de compañías comparables, con la diferencia de que a efectos de valorizar el patrimonio de una compañía se mide el valor que se pagó en “transacciones similares”. Es decir, la diferencia radica en que: (i) bajo este método se comparan transacciones comparables y no compañías comparables y (ii) que al estar comparando transacciones la valorización incluye el valor pagado una vez concluida la operación, es decir, incorpora el valor de la prima de control más la sinergia. (p. 324)

En buena cuenta, se trata de tomar transacciones pasadas, no muy antiguas, teniendo en cuenta que el precio que hallamos incluye, además del valor de la empresa, aspectos como la prima por toma de control y las sinergias. Es decir, los aspectos menos inherentes a la empresa y más relativos a quien quiere adquirirla; por ello, este método puede brindar valores superiores para la empresa que desea adquirirse frente a los métodos de valorización de empresas comparables o de flujos de caja neto descontado.

Con el objeto de poder distinguir mejor este método del de empresas comparables, a continuación, presentamos algunos pasos descritos por Alberto Valor (2005), que se deben tener presentes al momento de utilizarlo:

Algunos de los aspectos importantes a tener en cuenta a la hora de escoger transacciones precedentes son:

- Cuanto más tiempo haya pasado desde esa transacción, menos relevante será esta para la valoración hoy.
- El precio acordado en transacciones precedentes dependerá de si la operación fue amistosa u hostil.

- El precio acordado en transacciones precedentes también dependerá del ciclo de vida en el que se encontrase el negocio en ese momento.
- Deben escogerse alrededor de quince o veinte transacciones precedentes para luego ir reduciendo ese número y aumentando la adecuación de esas operaciones pasadas con la que vamos a realizar. (p.33)

En cuanto a las ventajas y desventajas de este método, Alberto Valor, citando a Pablo Fernández (2005) señala lo siguiente:

Como ventajas se puede destacar que las transacciones recientes que se han producido en un mismo sector representan la demanda y oferta del mercado, y además, nos permiten establecer un rango de valores que se vayan a cumplir de forma probable. En cuanto a las desventajas cabe destacar que las empresas involucradas en transacciones precedentes son difícilmente comparables, que mucha información en las operaciones de fusiones y adquisiciones es confidencial y que los rangos de valoración son amplios. (pp. 33-34)

Este método de valorización no resulta ser preciso o exacto, pues como señalamos en el anterior método, solo sirve como una referencia del valor que tuvo una empresa en un determinado momento e incorpora elementos relativos al adquirente como el sobreprecio que se paga para adquirir control y las sinergias que genera esta adquisición con la empresa que conduce actualmente. Incluso, si se quiere valorizar una empresa con una fecha actualizada se tendrán que tomar en cuenta nuevas transacciones para poder medirla, ya que nos encontramos frente a una realidad

cambiante dentro del mercado y por ende, los precios fijados dentro de este, se transforman.

3.6. Método del valor de reemplazo

Esta metodología asume que el valor de una empresa está dado por lo que costaría reemplazar los activos. No consiste solo en la adquisición de activos similares, sino que estén en la disposición, adaptación o adecuación necesaria que permitan la explotación del negocio tal como es explotado al momento de su valorización. Naturalmente hay que restar el valor de los pasivos exigibles. Guillermo Ferrero (2003) señala:

Este método propone que el valor patrimonial de la empresa está dado por el valor de reemplazo de sus activos, menos el pasivo. Es decir, el valor que un comprador pagaría por los activos si es que éstos se fuesen a vender a la fecha en que se hace la valorización. Este método es utilizado para valorizar a (...) empresas cuya posibilidad de generación de flujos de caja positivos en el futuro es limitada o nula. (p. 321)

Pablo Fernández (2008) agrega:

El valor sustancial representa la inversión que debería efectuarse para constituir una empresa en idénticas condiciones a la que se está valorando. También puede definirse como el valor de reposición de los activos, bajo el supuesto de continuidad de la empresa, por oposición al valor de liquidación. Normalmente no se incluyen en el valor sustancial aquellos bienes que no sirven para la explotación (terrenos no utilizados, participaciones en otras empresas, etc.). (p.5)

Como puede apreciarse, existen dos perspectivas o variantes en esta metodología: aquella que busca simplemente encontrar el valor de reposición de los activos de una empresa deduciendo los pasivos y otra que busca encontrar el valor de reposición, encontrando no solo el valor actual de los activos a reponer (menos su pasivos) sino adicionando además algunos intangibles como el costo de conocimiento, experiencia, capacitación o competencias de su personal, así como el prestigio o reputación de su empresa.

Sobre el particular, existen dos perspectivas: “reposición de activos sin intangibles” y “reposición de activos con intangibles”.

1. Reposición de activos sin intangibles: Esta perspectiva busca básicamente un valor patrimonial que permita transferir el patrimonio por bloques patrimoniales a otras empresas o, si ello no es posible, liquidarla. Fernando Jaramilo (2011) se refiere:

Valor de reposición: el valor de reposición expresa el valor de los activos y pasivos a precios de nuevo. Esto mejora la identificación del valor patrimonial de la compañía puesto que va a estar expresado a precios cercanos al mercado. Con los valores de los activos y pasivos ajustados para hacerlos equivalentes a su valor de mercado se obtiene el valor contable ajustado (VCA) que será, para este caso, el valor patrimonial. Explicando con mayor detalle, el valor de reposición consiste en la determinación de cuánto costaría reemplazar los activos de la compañía, en el momento presente, por los activos de precio equivalente a nuevo. Es decir, el concepto se basa en una norma básica y técnica de tipo contable que consiste en estimar la cantidad de unidades monetarias que se necesitarán para reemplazar los activos (...)

Como precisa Beatriz Avolio (2010) “El valor de reposición se basa en los precios corrientes del mercado y toma en cuenta el uso de los bienes y su correspondiente desgaste. Su cálculo requiere generalmente de una tasación”.

En buena cuenta, este método trata de encontrar el valor de reposición de los activos deduciendo el pasivo exigible.

Esta metodología ha sufrido críticas severas tales como: a veces el valor de reposición resulta más alto que organizar la empresa desde el inicio, hay dificultades de cálculo sobre bienes obsoletos, no tiene en cuenta el valor de los intangibles, etc.

En ese orden de ideas, Beatriz Avolio (2010) precisa:

El valor de reposición como método de valorización presenta las siguientes limitaciones:

1. No guarda relación con el potencial de la empresa para generar beneficios económicos con sus activos.
2. Es difícil determinar los precios de reposición de los activos o, en tal caso, estos precios pueden resultar poco confiables ante la estimación del desgaste y de su correspondiente depreciación. Esta dificultad es mayor cuando se trata de calcular valores de reposición de activos que ya no existen o cuyas tecnologías son obsoletas.
3. No incluye el valor de los activos intangibles ni contempla las posibles sinergias que pueden surgir si, por ejemplo, la empresa es adquirida por otra como socia estratégica del negocio. Mediante este método, el valor de la

empresa es considerado simplemente como la suma total del valor de cada uno de sus activos.

4. El valor obtenido con este método resulta estático y poco representativo, mientras que el valor de una empresa es un concepto dinámico. (párr. 35-37)

2. Reposición de activos con intangibles: Esta perspectiva parte del escenario de valorizar la empresa como una “empresa en marcha” tratando de valorar también la reposición de sus intangibles.

Si para valorizar se parte del supuesto o ficción de obtener una reproducción de la empresa en marcha, el tope máximo de lo que cualquier adquirente estará dispuesto a pagar será aquel importe que no exceda del costo de organización que tendría que asumir si lo hiciera directamente. Beatriz Avolio (2010) comenta:

Se dice que el valor de reposición es el valor máximo que un comprador potencial estaría dispuesto a pagar por la empresa. La única razón por la que un comprador pagaría un precio mayor al valor de reposición sería el costo del tiempo, ya que si en lugar de adquirir la empresa debe fundarla, tendría que considerar el periodo dedicado a la constitución, puesta en marcha e ingreso al mercado. (párr. 33)

Lo positivo de este método es que trata de valorar ciertos intangibles, por ejemplo: cuánto me cuesta volver a obtener o encontrar personal con las habilidades, capacidades, experiencia y conocimientos. ¿Cuánto tengo que gastar en capacitación y

desarrollo de destrezas o cuánto me cuesta un personal equivalente en el mercado?

Si se trata de la reputación habrá que evaluar cuánto me cuesta construirla hasta alcanzar el nivel actual de posicionamiento en el mercado; cuánto hay que invertir en técnicas de mercadeo y publicidad o cuánto me costará obtener las calificaciones, certificaciones, premios por reconocimientos que ostenta la empresa.

Obviamente valorar estos aspectos tiene muchas dificultades, sobre todo de información, pues se trata de conocer cuánto cuesta reponer y alcanzar estos aspectos positivos de los intangibles.

Una crítica que se le hace a esta metodología es que resulta siendo puramente patrimonial y no mide beneficios futuros. Incluso desde el punto de vista patrimonial, podría resultar excesivamente sobrevalorada en relación a lo que el mercado estaría dispuesto a pagar por la unidad de producción.

3.7. Método de valor de liquidación

Este método aplica cuando generalmente los flujos son negativos o neutros, lo cual conduce naturalmente a un proceso de disolución y liquidación de una empresa. Valls Martínez (2001) señala:

Es el valor que resulta, tras proceder al cierre de la empresa, de la venta de sus bienes y el pago de sus deudas, así como de los gastos necesarios para la liquidación. Salvo para empresas que desaparezcan no tiene especial utilidad. Ahora

bien, para aquellas empresas que permanezcan en funcionamiento podemos calcular un valor aproximado de liquidación, llamado valor liquidativo, que será la cantidad por debajo de la cual no puede descender el valor de la empresa, ya que éste representa el valor mínimo de enajenación. (pp.50-52)

Se considera a esta metodología como el valor mínimo que puede pagarse por los activos de una empresa que ya no está en marcha y que lo más probable es que se vendan desmembrados. A diferencia de otras valorizaciones patrimoniales esta tiene en cuenta algunas variables, la necesidad de vender los activos no en el mejor momento sino dentro del plazo conferido para la liquidación, vale decir, a un valor de realización inmediato o en un corto plazo; tiene en cuenta también la deducción de los pasivos exigibles y los gastos de liquidación (retribución de liquidadores, costos y gastos de ventas, beneficios o indemnizaciones laborales, tributos, gastos de abogados, peritos y tasadores, gastos del proceso concursal si fuere el caso, etc.)

En buena cuenta si tuviéramos que reducir a una fórmula, aplicaríamos lo señalado por Francisco Lodeiro (2015):

$$VL = \text{Valor de Mercado de los Activos} - \text{Deuda Total} - \text{Gastos de Liquidación}$$

(...)

Un problema que debemos afrontar a la hora de calcular el Valor de Liquidación es que los gastos de liquidación no suelen ser conocidos de antemano, pudiendo variar por diversas circunstancias. Por lo tanto, es aconsejable combinar el cálculo

del valor de liquidación con un análisis de escenarios para no llevarnos sorpresas desagradables en el futuro. (párr. 4-6)

Como puede apreciarse, toda metodología tiene su utilidad y también su problemática en el cálculo. Esta metodología permite determinar en realidad cuál es el valor mínimo del patrimonio de una empresa. Vale decir, valoriza solo el “cuerpo de la empresa” y no considera al “alma de la misma” (“la organización”); por cierto, ello podría llevar a la conclusión que no se está valorizando a la empresa sino simplemente a su estructura patrimonial, a un “cuerpo sin alma”. A su vez, Pablo Fernández (2008) señala:

Lógicamente, la utilidad de este método está restringida a una situación muy concreta, como es la compra de la empresa con el fin de liquidarla posteriormente. Pero siempre representa el valor mínimo de la empresa, ya que normalmente el valor de una empresa suponiendo su continuidad es superior a su valor de liquidación. (p.5)

En conclusión, es una metodología que calcula el valor residual de una empresa -solo en su aspecto patrimonial- incorporando algunas deducciones propias del desmembramiento y liquidación de la empresa, de ahí que sea considerada para determinar el valor mínimo de una empresa.

3.8. Método de flujo de caja neto descontado

Bajo este método, la empresa es valorada conforme a la evaluación de los flujos de efectivo (caja) que se producirán en el futuro, para luego pasar a descontarlos en base a una tasa ajustada según el nivel de riesgo que pudieran tener dichos flujos. Pablo Fernández (2008) señala:

(...) se considera a la empresa como un ente generador de flujos de fondos, y para obtener el valor de la empresa se calcula el valor actual de dichos flujos utilizando una tasa de descuento apropiada. El valor de las acciones de una empresa –suponiendo su continuidad- proviene de su capacidad para generar dinero (flujos) para los propietarios de las acciones. (p.14)

Como puede apreciarse, el valor de la empresa bajo este método supone una especial observación en la condición creadora de efectivo del negocio, vale decir una constante y progresiva generación del flujo de caja, incluyendo los ingresos y egresos en el estado de ganancias y pérdidas. Asimismo, Pablo Fernández (2008) agrega:

Los métodos de descuentos de flujos se basan en el pronóstico detallado y cuidadoso, y para cada periodo, de cada una de las partidas financieras vinculadas a la generación de los cash flows correspondientes a las operaciones de la empresa, como por ejemplo, el cobro de ventas, los pagos de mano de obra, de materias primas, administrativos, de ventas, etc., y la devolución de créditos, entre otros. Por consiguiente, el enfoque conceptual es similar al del presupuesto de tesorería. En la valoración basada en el descuento de flujos se determina una tasa de descuento adecuada para cada tipo de flujo de fondos. La determinación de la tasa de descuento es uno de los puntos más importantes. Se realiza teniendo en cuenta el riesgo, las volatilidades históricas y, en la práctica, muchas veces el tipo de descuento mínimo lo marcan los interesados (compradores o vendedores no dispuestos a

invertir o a vender por menos de una determinada rentabilidad, etc.) (p.11)

Esta metodología tiene como particularidad proyectar al futuro los flujos de caja que la empresa es capaz de generar, para ello suele seleccionar un periodo de tiempo del pasado, en base al cual hace sus cálculos y lo proyecta a futuro; lo ajusta descontando el valor del capital (deudas y aportes de los socios), y en base a ciertos cálculos matemáticos trae lo proyectado a valor presente.

Se entiende que los flujos de caja que la empresa es capaz de generar se debe a la organización (la que está objetivada, así como la capacidad organizativa) recaída en tangibles e intangibles que son generadores de ingresos y, por tanto, de valor.

Lo valioso pues, es la capacidad de la empresa de generar estos flujos que no es más que la capacidad de vender, volviendo líquidas sus existencias y cobrando sus facturas, de pagar deudas y generar beneficios en forma estable para los accionistas o el titular de la empresa.

Podemos afirmar que el mencionado método es probablemente el que más se acomoda para la valorización de una empresa cuya explotación está proyectada a largo plazo, justamente por las expectativas que se tiene respecto del desarrollo de los flujos de caja. En ese sentido, José Vidarte (2009) se refiere:

Con base en lo anterior se concluye que en la actualidad el método del flujo de caja descontado es el de mayor utilización porque constituye el único método de valoración conceptualmente correcto, pues considera la empresa como un ente generador de flujos de fondos, y para obtener el valor

de la empresa se calcula el valor actual de dichos fondos utilizando una tasa de descuento apropiada, de acuerdo con el riesgo y las volatilidades históricas. Pero en la práctica la tasa de descuento mínimo la determinan los interesados, compradores o vendedores, lo que conduce a valores subjetivos que dependen de la parte interesada. (p. 109)

En buena cuenta, este método de valorización es el más eficaz para mostrar la potencialidad de una empresa pero a su vez resulta relativo y particular para cada adquirente, pues incorpora las sinergias y ventajas de la posición en el mercado que pueden tener sus compradores (por ejemplo: una transnacional que puede adquirir insumos o materias primas a mejores costos que un empresario nacional); ello generará que cada adquirente pueda encontrar un valor diferente a la empresa, ofreciendo por ella precios diferentes.

Desde luego, esta metodología adolecerá de la crítica que puede hacerse a todos los métodos de valorización que tratan de proyectarse hacia el futuro; pues esta dependerá de elementos y circunstancias que se encuentran fuera del control de la empresa.

3.9. Método de valorización según la legislación

En nuestro país, existe también una metodología regulada mediante la Resolución Ministerial N°172-2016 – Resolución Ministerial que aprueba el Reglamento Nacional de Tasaciones del Perú¹⁴⁶ y es de aplicación obligatoria cuando sea solicitada por entidades o empresas estatales de derecho público o privado.

Dicho reglamento, en su artículo 130° nos describe qué es lo que comprende **en general** la tasación de una empresa:

¹⁴⁶ Publicado en el Diario Oficial el Peruano con fecha 23 de julio de 2016.

“La tasación de una empresa comercial o industrial comprende a todos sus bienes tangibles e intangibles, así como a las demás partidas y otros elementos que puedan integrar su activo y pasivo; debiendo el perito agregar las observaciones que estime convenientes sobre la idoneidad de los bienes para la industria que lo ocupa.”

Como puede apreciarse, se trata de una definición básicamente contable.

Luego, el Reglamento lleva a pensar que hay una metodología de valorización más específica cuando se refiere a empresas en marcha, lo cual es especificado en el artículo 147°:

“Artículo 147.- Determinación del Valor Directo de la empresa en marcha

147.1 La determinación del Valor Directo de una empresa en marcha resulta de la diferencia entre los valores del activo y del pasivo, es decir el valor actual de todos los bienes y los derechos de la empresa, menos el valor actual de todas sus obligaciones.

147.2 Además, se pueden considerar los valores intangibles que posea la empresa, en concordancia con la reglamentación específica sobre la tasación de intangibles señalada en el Capítulo VI del Título VI del presente Reglamento.”

Como puede apreciarse, la determinación del valor sigue siendo contable, solo que sus activos pueden ser ajustados a los criterios que establece el presente Reglamento y también establece una metodología para hallar el valor de aquellos intangibles que son susceptibles de transferencia.

Cabe recordar, que en general los intangibles solo son valorizables en la medida que se haya producido una transacción en el mercado que haya podido determinar su precio; valor de adquisición que es tomado a efectos de su registro contable. El presente Reglamento permite hallar el valor de estos intangibles, que podrían no haber sido objeto de transferencia alguna y permite reconocerles un valor.

No comprende entre los intangibles aquellos que no pueden ser independizados del fondo empresarial como: prestaciones de hacer (prestaciones de servicios), prestaciones de no hacer (cláusula de no competencia en su favor), experiencia y cualidades profesionales de su personal, redes de distribución y aprovisionamiento, contratos de exclusividad, sistemas y tecnologías de la información desarrollados específicamente para esta empresa, ubicación de local beneficioso para el negocio, años de experiencia de la empresa, posicionamiento en el mercado, relaciones armoniosas con la comunidad y, en general, las sinergias que pueda tener con la empresa adquirente.

Como puede apreciarse, solo en materia de valorización de intangibles, esta metodología tiene serias limitaciones. Sin perjuicio de lo mencionado, el artículo 141° del Reglamento, agrega algunos elementos que deben ser considerados en el proceso de la tasación:

“La tasación de una empresa en marcha comprende:

- 1. Descripción del proceso.*
- 2. Capacidad e idoneidad del sistema empleado, de los equipos, construcciones usados y de la administración adoptada.*
- 3. Producción en los últimos años.*

4. *Estudio de los mercados y posible producción futura.*
5. *Utilidades obtenidas en los últimos años, recomendándose no menos de tres años.*
6. *Medidas aconsejadas para mejorar y aumentar la producción y los beneficios de la industria.*
7. *Apreciación de los costos y utilidades probables futuras.*
8. *Valor definitivo de la industria.”*

Esta lista de recomendaciones permitiría suponer una cierta flexibilidad en el método patrimonial de valorización. Sin embargo, aun así, hallamos limitaciones en el proceso, fundamentalmente dos aspectos:

1. Parecen básicamente relacionarse con costos y determinación de utilidades, lo cual nos mantiene dentro de un parámetro contable, y con valorizaciones sumamente relativas, puesto que como hemos visto, los criterios para determinar utilidades son más relativos y menos exactos que los utilizados para determinar flujos de caja.¹⁴⁷
2. No se explica en el Reglamento bajo qué mecanismo o metodología las recomendaciones antes brindadas resultan finalmente incluidas en la valorización de la empresa. Su simple enunciación pareciera significar que luego de hallar por cierto, un valor contable ajustado de activos y pasivos que muestran a su vez un patrimonio neto ajustado o revalorizado; las recomendaciones acompañarían como información anexa al valor contable hallado; haciendo ver seguramente que la empresa tiene

¹⁴⁷ Cabe recordar que para determinar utilidades se consideran una serie de activos que no necesariamente van a generar un ingreso o ser realizables. Por ejemplo “el *goodwill* contabilizado” no es transferible sin el conjunto de la unidad empresarial y, no todas las cuentas por cobrar son siempre pagadas.

estudios de mercado y que se proyectan mayores estimaciones de ventas para los próximos años o que estas podrían mejorar con algunos ajustes en sus procesos, que la idoneidad de sus equipos permite incrementar la producción y responder a una mayor demanda o que las utilidades de los tres últimos años han sido positivas; todo ello en un escenario positivo por cierto.

Empero, como puede apreciarse, lo mencionado solo acredita las limitaciones de esta metodología obligatoria para las entidades y empresas del estado, cuyo uso entendemos permitirá tener un valor conservador o de refugio de la empresa valorizada más no necesariamente el valor óptimo de la misma. Ello llevaría a complementar esta metodología con, por ejemplo, la del flujo de caja neto descontado.

En conclusión, básicamente el Reglamento establece el uso de una metodología contable, introduciendo criterios para una actualización y mejor valorización de las partidas contables, sobre todo del activo, dejando fuera una serie de intangibles no transferibles; lo cual va a permitir obtener el valor de una empresa que en general podría ser sumamente conservador; pues, además de excluir ciertos intangibles de su valorización, no incluye las expectativas de ingreso futuro ni las sinergias que puede generar en el adquirente.

3.10. Método del valor en bolsa

Este método de valorización aplica solo para aquellas que cotizan sus valores en bolsa, lo cual significa que dado que los costos de transacción para inscribir los valores en el registro Público del Mercado de Valores (RPMV) y luego listarlos en bolsa, son significativamente altos, las pequeñas y medianas empresas (pyme) quedarían prácticamente excluidas de esta metodología.

Guillermo Ferrero (2003) comenta:

La valorización de la empresa bajo este método se calcula multiplicando el valor de cotización de las acciones en un mecanismo centralizado de negociación (ej., la Bolsa de Valores de Lima) por el número de acciones emitidas en circulación (...)

No obstante ser este método un buen referente para determinar el valor de una empresa (...), dicho precio no necesariamente refleja el valor real de la acción. Es decir, para que este método por sí solo fuera suficiente para valorizar una compañía, deberíamos presumir la validez de la Teoría del Mercado Eficiente (Efficient Market Theory) que plantea que los precios [de las acciones] en todo momento reflejan íntegramente la totalidad de la información disponible [en el mercado]. (p. 322)

Este método de valorización lo podemos encontrar en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades (Ley N°26887) y es usado para determinar el valor de reembolso de las acciones cuando los accionistas deciden ejercer su derecho de separación. En ese sentido, cuando la sociedad y el accionista no llegan a un acuerdo, *“(...) las acciones que tengan cotización en bolsa, se reembolsarán al valor de su cotización media ponderada del último semestre”*.

Como puede apreciarse, en este caso el valor bursátil no se determina en base a la última cotización del valor mobiliario, sino en base a un promedio establecido respecto de la cotización del último semestre.

En conclusión, el método de valor en bolsa se refiere a la cotización tomada de este mecanismo centralizado de negociación, pudiendo utilizarse el último valor de cotización como un promedio del mismo, tal como lo prescribe el artículo 200° de la Ley General de Sociedades.

4. La relatividad de los métodos de valorización

Decir que los métodos de valorización son relativos resulta de la evidencia que cada uno de ellos privilegia un aspecto o una parte de la realidad de la empresa para efectuar sus cálculos de valorización y, lo segundo, es que ninguna de dichas metodologías puede asegurar que la exitosa realidad actual de la empresa pueda proyectarse fehacientemente hacia el futuro. Ello se traduce, por consiguiente, en expectativas con variadas proyecciones, según el optimismo de quien las adquiere, haciendo más ostensible la relatividad de la valorización.

De ahí que hay una general divergencia entre el precio finalmente pactado y el valor resultante del método de valorización aplicado a la empresa. Lo cual sería una lógica consecuencia no solo de lo arriba explicado sino del hecho que los métodos de valorización no pretenden ser exactos, sino razonables.

En efecto, como hemos mencionado existen diversos métodos de valorización porque cada uno de ellos da mayor preeminencia a un aspecto específico de la realidad (uno lo da al patrimonio, otro a los flujos de caja, otro a los ingresos netos, etc.), podría pensarse que el problema será solucionado seleccionando el método que más se ajuste a cada caso determinado si es que nuestra elección fuese infalible.

Sin embargo, aun cuando la elección fuese acertada, los métodos de valorización de la empresa parten a su vez de algunas bases¹⁴⁸, las cuales pueden ser relativas, presumidas o presupuestas, y por ello es que podrían no necesariamente repetirse en el futuro.

A mayor abundamiento, el economista Sergio Bravo (2013), señala lo siguiente:

La valorización de una empresa –para adquirirla, por ejemplo- es una típica decisión de inversión, y, por lo tanto, se sustenta también en expectativas de flujos futuros. Puesto que es una esperanza de valor, puede variar de acuerdo con las decisiones que se tomen y con la evolución del mercado. Si bien los inversionistas no pueden saber a ciencia cierta cómo evolucionarán los mercados de productos e insumos de las empresas analizadas, estos sustentan sus expectativas en su confianza en que los administradores de estas empresas, ante situaciones semejantes a las que enfrentaron en el pasado, por lo menos repetirán su actuación. Por lo tanto, deberían generar un retorno esperado similar o previsto que tenga como base lo ocurrido antes, en función de los datos históricos de la empresa. Las proyecciones de los flujos esperados se sustentan en la proyección de los flujos de la empresa o de empresas similares ocurridos en periodos anteriores, para luego, sobre esa proyección inercial, establecer las diferencias que puedan originar al aplicar estrategias distintas de

¹⁴⁸ Un claro ejemplo de aquellas bases, lo propone el economista Martin Reaño A., cuando señala, respecto a la venta de un restaurante, lo siguiente: "(...) *Más allá de los criterios financieros habituales: utilidades, flujo de caja, etc. hemos encontrado que hay siete variables que marcan la diferencia y que terminan influyendo de manera significativa en el valor de un restaurante. (1) Ubicación: visibilidad, parqueo. (2) Características del contrato de alquiler: plazo, reajustes y condiciones de salida. (3) Posibilidad de replicar el negocio en otras locaciones. (4) Poder de la marca: antigüedad, recordación ámbito de influencia. (5) Factibilidad de migrar hacia un concepto diferente y costo de la migración. (6) Estado de conservación de los muebles y equipos. (7) Orden y veracidad de la información financiera. (...) Cada una de estas siete variables son activos intangibles de singular valor. Para los restaurantes exitosos, estos intangibles valen mucho más que las mesas, sillas y fogones. Junto con la calidad de la comida y servicio, constituyen el alma del negocio y sustentan su valor en el mercado. El reto, en estos casos, consiste en asignarle un valor a cada uno de estos intangibles y poder determinar el valor del restaurante. Y, por si acaso, no hay nada de magia para hacer esto.*" Reaño A. Martin. "¿Cuánto Vale Un Restaurante? La clave está en los intangibles". Columna extraída de: Diario El Comercio. *Suplemento Día 1*. Lunes 5 de Mayo de 2014. p.8.

generación de ingresos o esquemas de reducción de costos. (pp. 21-22)

Sobre la distinción entre el valor de la empresa y el precio de la misma, el economista Julio del Castillo (2005) lo explica del modo siguiente:

Valor es el potencial de creación de riqueza de un activo. El valor de una empresa es el intento de encontrar un valor justificable para una entidad económica mediante la utilización de un modelo de valorización. **El precio** de una empresa es la cantidad en la que el vendedor y comprador acuerdan realizar una operación de compra/venta de un negocio y que no tiene que coincidir exactamente con el valor que se ha determinado en la valorización. (Resaltado agregado) (p. 13)

A mayor abundamiento a lo afirmado por estos economistas cabría resaltar la evidencia que el valor de una empresa cambia constantemente a través del tiempo conforme a las estrategias de gestión y desarrollo empresarial que implemente la gerencia. El valor del patrimonio aumentará siempre que los rendimientos de las inversiones y de las operaciones sean positivos, mientras que si las decisiones ocasionan pérdidas a la empresa, dicho valor disminuirá.

En conclusión, las metodologías estudiadas si bien dentro de su rigor científico pretenden alcanzarnos un valor, son de advertir que todos sus resultados son relativos, pues privilegian una parte de la realidad que proyectan hacia el futuro (siempre incierto) y que puede diferir de comprador a comprador dadas las diferentes expectativas y sinergias que cada adquisición puede generar.

Respondiendo al último aspecto del primer problema principal, son elementos de la empresa, la organización, el fondo empresarial y los

stakeholders. Los atributos no son elementos de la empresa sino más bien, reflejan sus cualidades: *goodwill*, *badwill* y sinergias. La valorización de la empresa debe tener en cuenta todos los elementos y atributos de la misma y la manera en que se interrelacionan.

5. Conclusiones

- a. Los elementos son piezas o componentes necesarios para que exista la empresa, son inherentes a ella. Está comprendido por la organización (organización objetivada y capacidad organizativa), el fondo empresarial y los *stakeholders*.
- b. Los atributos, por su parte, son las cualidades o características que aparecen en la empresa y pueden derivar directamente de la organización, del fondo empresarial, de los *stakeholders* o de la interrelación entre los mismos pudiendo tener diversas variantes en cada empresa.
- c. Una empresa puede tener *badwill*, otra *goodwill* o la adquisición de dos o más empresas puede generar sinergias; lo cual se relaciona no solo con la eficiencia de cada organización para generar ganancias o pérdidas sino también en cómo cada una es percibida en su desempeño (capacidad para generar ventas, ahorrar costos y sumar eficiencias organizativas). No son elementos de la empresa sino atributos o cualidades de la misma.
- d. Medir la eficiencia y capacidad de generar beneficios es, en gran parte, la problemática de tasar el valor de la empresa. Su valorización aporta información tanto para el enajenante como para el adquirente sobre su valor estimado, lo cual, naturalmente facilita la negociación de su transferencia. Empero, debe tenerse en cuenta su carácter relativo, pues pese a su rigor científico privilegian una parte de la realidad que proyectan hacia el futuro (siempre incierto) y que puede diferir de comprador a comprador dadas las diferentes expectativas y sinergias

que cada adquisición puede generar. De ahí que no debe extrañar la usual divergencia entre los “valores estimados” y los “precios” bajo los cuales se producen las adquisiciones.



Subcapítulo III.- Transferencia de Empresa

En este subcapítulo vamos a responder el segundo problema principal referido en qué consiste la transferencia de la empresa (como unidad de producción, títulos, modos, efectos, prácticas usuales, distinciones con otros contratos, función del registro público, costo tributario) y cuál es su utilidad para esta tesis.

1. La complejidad de la transferencia de la empresa como bien

Como ya hemos mencionado en el primer subcapítulo de esta investigación, la empresa es la organización de los recursos de capital y trabajo destinada a la producción, distribución o prestación de bienes o servicios valiosos para la comunidad. Es decir, se trata de una unidad de producción o, como ya hemos mencionado, de un fondo empresarial en funcionamiento.

El ser justamente una unidad de producción o “empresa en marcha” genera una serie de manifestaciones complejas que retan a nuestras instituciones jurídicas tradicionales demandando una respuesta apropiada de derecho.

Algunas de estas complejidades son resaltadas por la doctrina:

En esa línea Amado y Viedma (2008), resaltan:

La empresa en sí es una unidad económica. Una organización de capital y de trabajo utilizada por el empresario para realizar una actividad económica. La empresa como unidad económica, posee normalmente un valor superior al que resulta de la suma de valores de sus componentes. No es extraño, pues, que la empresa sea frecuentemente transmitida, tanto inter vivos como mortis causa. La transmisión de una empresa plantea una serie de problemas que pueden conllevar un **complejo entramado jurídico**. La explotación de una empresa genera **créditos y deudas**, así como **una serie de**

contratos. Se hace necesario fijar en la transmisión de la misma, el alcance de dicha transmisión. (Resaltado agregado) (p.99)

Por ejemplo, Salvador del Rey Guanter (2007) propone no solo respetar la unidad sino la identidad de la empresa y que cuando esta se transfiera a un nuevo titular, las relaciones jurídicas continúen en su personalidad:

(...) se considerará transmisión (...) la de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un **conjunto de medios organizados**, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio. Esta definición tiene por objeto garantizar la **continuidad de las relaciones laborales** existentes en el marco de una entidad económica, con independencia de un cambio de propietario. (Resaltado agregado) (p. 457)¹⁴⁹

De otro lado, Ángel Ballesteros Fernández (2006) resalta que no debe perderse de vista el carácter unitario de la empresa, la necesidad de capturar las relaciones jurídicas a través de un solo título que genere su transferencia y simplemente aceptar que existirá una pluralidad de modos:

(...) La **transmisión de empresa** es un fenómeno que se vuelve **factible a través de distintos negocios jurídicos**, con diverso alcance y que se caracteriza porque su objeto –la empresa– está constituido por un conjunto de bienes organizado para lograr una finalidad económica. Esta particularidad en el bien transmitido determina dos consecuencias fundamentales: **1) la transmisión tiene que afectar a un establecimiento empresarial en su conjunto o a una parte del que constituya (...) una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada y 2) la transmisión responde normalmente al principio de unidad de título y diversidad**

¹⁴⁹ Debe resaltarse que lo que se produce en la transferencia definitiva de empresas, es un cambio de titularidad de la empresa. Vale decir, que el adquirente de esta se convierte en el nuevo titular o empresario, quien debe continuar con la misma o con una mejor operatividad de la actividad empresarial respectiva.

de modos en atención a las peculiaridades de los **distintos bienes que integran el conjunto organizado objeto de transmisión.**

(Resaltado agregado) (p.817)

Además, Amado y Viedma (2008) resaltan la necesidad que las relaciones jurídicas sean asumidas automáticamente por el adquirente, de lo contrario, el costo de transacción de negociar la transferencia o cesión de posición contractual resultaría excesivamente oneroso.

(...) el empresario que transmite una empresa, es con seguridad titular de multitud de contratos estipulados con terceros, contratos que son vitales para el funcionamiento de la empresa –entre ellos contratos de arrendamiento, suministro de materias primas, licencias, patentes, etc. Se hace necesario fijar si en el caso de transmisión de una empresa, los **contratos celebrados por el transmitente se transfieren automáticamente al adquirente.** (Resaltado agregado) (p.100)

En efecto, como propone la más autorizada doctrina española, la **empresa no es solo un local comercial** o industrial en el cual se realiza actividad económica, es **también: actos, contratos, relaciones jurídicas, derechos, obligaciones, cultura organizacional, relaciones con sus stakeholders (como con los proveedores y la clientela), posicionamiento del mercado, reputación empresarial, etc.** Por lo tanto, la transferencia de todo ese conjunto de elementos de tipo tangible como intangible no puede realizarse, por ejemplo, con la simple entrega (tradición) de los bienes corporales conforme la materia civil, pues lo más probable es que ello sea tan solo una parte de toda la compleja operación que implica la transferencia de una empresa. Amado y Viedma (2008) señalan:

Tampoco está resuelto el problema en nuestro derecho positivo. Tan sólo señalar que el cambio de sujeto en una relación contractual sólo

puede producirse con el consentimiento expreso de la otra parte contratante, salvo que la Ley o el otro contrato disponga otra cosa. Sólo **en determinados casos**, la **transmisión de una empresa** supone la **cesión automática** al adquirente de los **contratos** realizados por el transmitente y ello por imperio de la Ley (relaciones laborales). (Resaltado agregado) (p.100)

Queda claro entonces que, al referirnos a la empresa como objeto de tráfico jurídico, no estamos solamente abarcando el aspecto patrimonial, como elemento estático de la empresa, sino también el aspecto organizacional de la misma. Así, al efectuarse la transferencia definitiva, no solo se le estará asegurando al adquirente la simple titularidad de un bloque patrimonial (como pudiera ocurrir en fusiones o escisiones), sino de un fondo empresarial en pleno funcionamiento, con sus respectivos atributos (*goodwill*, *badwill* y sinergias), en pocas palabras: la condición de titular de la empresa.

Como puede apreciarse la transferencia de una empresa tiene una excepcional complejidad que conlleva los siguientes fundamentos e interrogantes:

- 1.1 **¿Uno o varios títulos?.-** Se trata de dilucidar si la transferencia de la empresa se efectúa a través de un solo título o se requerirían varios títulos.
- 1.2 **¿Contrato típico o atípico?.-** Una vez dilucidado si se trata de un título o de varios títulos habrá que dilucidar si aquel o el conjunto de estos títulos generan un contrato atípico.

En efecto, el título podrá estar regulado o no regulado en nuestra legislación. Asimismo, cabrá preguntarse si tratándose de varios títulos, estos están coligados por una función económica que

trasciende a los mismos y que genera una sola operación económica; lo cual podría conducir por cierto a un “contrato atípico”.

En otras palabras, lo que está de por medio es saber cuál es “el contrato” capaz de transmitir el bien complejo (la empresa).

- 1.3 El modo: ¿uno o varios?.-** ¿Es posible que el “modo” que perfecciona la transferencia de los derechos dependa de un único acto (por ejemplo, el simple “acuerdo”), reputándose producido al contraerse la obligación (como en el caso de los inmuebles) o más bien, serán necesarias varias prestaciones (dar, hacer y no hacer) según la naturaleza de los bienes particulares que lo componen? ¿Es posible reducir costos de transacción sintetizando todo a un solo modo? O irremediablemente, ¿existirán tantos modos como la naturaleza de los bienes requieran?
- 1.4 ¿Transferencia con efecto universal o singular?.-** Cabe también interrogarse si el título y el modo acarrearán una transferencia de activos y pasivos con efecto universal o singular, vale decir si la transferencia es equiparable con los efectos de una fusión o más bien con los de una escisión por segregación.
- 1.5 Costos y externalidades.-** la existencia de costos de información a favor de terceros (publicaciones), así como de externalidades (como que el deudor deje de ser titular de la unidad de producción o que ahora el tercero tenga como nuevo deudor al adquirente de la empresa) deberían ser regulados adecuadamente para no limitar la sucesión automática de los contratos y las relaciones jurídicas en favor del adquirente.

El hecho de ser, la transferencia definitiva de la empresa una operación de mayor complejidad que la transferencia de un bien a título singular, exige reducir los costos de transacción y neutralizar las “externalidades negativas” (perjuicios a terceros) que esta operación puede generar. Pues hasta el

momento, no se ha desarrollado un tratamiento legislativo, que responda a la necesidad de un título típico, un modo único, los tipos de efectos (singular o universal), la transferencia de activos y pasivos, la prevención del fraude y el perjuicio a terceros.

En otras palabras, se requiere una legislación que logre cumplir simultáneamente las exigencias de simplicidad, seguridad jurídica, eficiencia y reducción de costos de transacción que demanda el mercado de nuestro país.

2. ¿Transferencia temporal o definitiva?

En este punto, cabe circunscribir cuál es el objeto central de nuestra investigación: ¿la transferencia definitiva o la temporal? Vale decir, aquella por la cual se deja de ser empresario o titular de la misma definitivamente (por ejemplo: por herencia o por compraventa de la empresa), o solo temporalmente (por arrendamiento) para luego retomar la condición de titular. Hemos optado por circunscribirnos al primer tema: **la transferencia definitiva intervivos y a título oneroso**, dada la complejidad de la materia. Estamos seguros de que resolviendo varias de sus cuestiones facilitaremos la solución de las que pueden plantearse también en la transferencia temporal de la empresa o la transferencia definitiva a título gratuito.

En tal sentido, por motivo de enfocarnos adecuadamente en nuestro tema, “la transferencia definitiva de la empresa”, no vamos a distraernos en temas aislados como la transferencia de un simple bloque patrimonial. Ello por cuanto este trabajo no se circunscribe a una parte o aspecto de la empresa (solo patrimonial) ni a un derecho temporal sobre la misma, sino a la transferencia definitiva del universo integral y completo de elementos que, manteniendo su singularidad, conforman una operación en marcha (empresa o unidad de producción).

Dejaremos para un análisis posterior y profundo “el arrendamiento de la empresa”, es decir, la cesión temporal del manejo, administración y explotación de la empresa; la cual, si bien tiene aspectos afines con la transferencia definitiva, también tiene sus particularidades y plantea otros problemas. Sin duda, los problemas comunes en ambas figuras (tanto en la transferencia definitiva como en la temporal) serán resueltos en este trabajo.

En cuanto al tráfico del “fondo empresarial” (o “patrimonio empresarial”) dispuesto y ordenado para explotar la actividad empresarial, lo consideramos implícito en el desarrollo de la “transferencia de la empresa”¹⁵⁰, no solo porque esta es más compleja, sino porque es parte inherente de la misma, por algo la doctrina denomina también a la empresa como fondo empresarial “en funcionamiento” o “en marcha”.

3. Diferencia entre el título y modo

La transferencia definitiva de un bien dependerá, obviamente, de cuál sea la fuente (acto jurídico) que origine dicho efecto. Fuente que se particulariza en un “título”.

¿Cuáles son las fuentes susceptibles de generar títulos de transferencia definitiva? El testamento, la donación, la compraventa y la permuta son actos jurídicos, los cuales producen esa traslación.

Respecto a este punto, Joaquín Garrigues (1984) sostiene:

Todas las construcciones jurídicas sobre la empresa tienden a explicar, en definitiva, su aptitud para ser objeto¹⁵¹ de tráfico. La empresa se vende, se hereda, se da en usufructo, en prenda, en arrendamiento.

Para todos estos actos rigen las normas del derecho civil. Pero estas

¹⁵⁰ Ruth Rojas señala que “(...) Pero la realidad del tráfico demuestra que, a veces, se denomina compraventa de empresa a supuestos en los que lo que se transmite no es una verdadera empresa”. (2010, p. 50)

¹⁵¹ Aquí es evidente que el sentido de la palabra “objeto” empleado por el autor hace referencia a la empresa como bien, vale decir, que no se está refiriendo al objeto del contrato (tema sobre el cual pasaremos a analizar más adelante), sino a la empresa como “aquello” que va a ser transferido.

normas resultan, en ocasiones, contradichas por la voluntad expresa o presunta de los interesados. En efecto: nuestras leyes desconocen el concepto de la empresa como universalidad, aunque contengan algunas alusiones a la empresa como objeto de tráfico. Ejemplo: el art. 928 del Código de Comercio, que prevé el traspaso de la empresa, y el 1532 del C.C., que puntualiza la extensión de la obligación de saneamiento en el caso de venta en globo de la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos. Esto no obstante, el hecho es que las empresas son objeto de múltiples negocios contractuales (cesión en arrendamiento, constitución en usufructo o prenda, transmisión a título de venta). En todos estos supuestos **la voluntad de las partes es considerar la empresa como un conjunto cuyos elementos siguen el mismo destino. Pero la voluntad de los interesados no puede, sin apoyo legal, crear nuevos objetos de derechos reales. No cabe, por tanto, ni un derecho de dominio, ni una acción reivindicatoria, ni una posesión, ni una defensa posesoria, ni una adquisición por usucapión. El dominio o la posesión se refieren a las cosas aisladas susceptibles de aquel derecho y que integran la empresa.** (Resaltado agregado) (pp. 194-195)

En este contexto, cabe recordar la distinción entre título y modo¹⁵². Vale decir, entre el acto que origina la transferencia y el elemento fáctico (prestación) que la efectiviza y de alguna manera, publicita esta transferencia (tradición, escritura pública, registro público, etc.).

A propósito del título y el modo, Manuel de la Puente y Lavalle (1999) nos explica cómo se consolidó esta yuxtaposición del “título” y “modo” para transferir propiedad:

¹⁵² En la legislación holandesa, el comprador no adquiere la propiedad del objeto vendido, sino después de que este le ha sido entregado; por lo que el acto transmisorio de la **propiedad** no coincide con el consentimiento contractual, sino con el hecho de la entrega de la cosa. (Diego Monje, 2015)

El Código Civil de 1984 se elaboró cuando la doctrina reconocía, como sigue reconociendo mayoritariamente, dos grandes sistemas de transmisión de la propiedad por compraventa: el de “separación del contrato” que requiere que el contrato obligacional de transferencia vaya unido a un contrato real de transmisión de la propiedad; y el sistema de la “unidad del contrato”, según el cual el acuerdo para la transmisión de la propiedad está ya contenido en el contrato de transferencia. (p.12)

(...) La conjunción de estos criterios dio lugar a la sustitución de la compraventa traslativa de la propiedad por la compraventa generadora de obligaciones recíprocas. La compraventa se perfecciona por el mero hecho del consentimiento y para transmitir la propiedad ha de ir seguida de la tradición de la cosa. (p.13)

(...) Así entendido el sistema español, ha sido considerado como una modalidad del sistema de la unidad del contrato, llamada “principio de yuxtaposición de los sistemas de unidad y de la tradición”, que concede al contrato de compraventa la aptitud para transferir al comprador el título sobre la cosa pero que requiere la tradición de ésta para que el comprador adquiera el derecho de propiedad. (p. 19)

En esa misma línea, Ricardo Ruiz Serramalera (1981) propone con respecto al régimen del sistema español en esta materia:

Adopta nuestra legislación, en materia de adquisición derivativa por contrato de los derechos reales, el sistema romanista inspirado en la teoría del título y el modo, según el cual la propiedad o cualquier otro derecho real no se adquieren sino por la concurrencia de dos requisitos esenciales: por una parte, la causa jurídica de la adquisición –llamada título-, y por otra parte, la transmisión efectiva de la posesión de la cosa o tradición –llamada modo-; si faltare cualquiera de éstos requisitos no

se produce la adquisición del derecho, puesto que el contrato (título) sólo origina un vínculo obligacional, dirigido en éstos casos, precisamente, a la entrega de la cosa (contenido de la prestación), y el modo (tradición) no es suficiente tampoco para la validez y eficacia de los negocios jurídicos, sino que es preciso que la entrega tenga un fundamento anterior, sin el cual sólo se produce, como máximo, el nacimiento de la posesión (por ser el resultado, únicamente, de una situación de hecho).

En nuestra legislación, por lo tanto, hay que distinguir, cuando la adquisición de la propiedad o de los demás derechos reales que se realice a través de un contrato, dos elementos distintos de los que surgen respectivamente, un derecho de crédito (a la entrega de la cosa) y un derecho real (sobre la misma cosa), estando condicionado el nacimiento de este último a la validez del título transmisivo y a la realidad de la tradición o entrega. (p. 29)

En perspectiva de Carlos Ferdinand Cuadros (1994):

(...) el título sería la causa remota, y el modo la causa inmediata. De antiguo origen la diferencia, está destinada sobre todo a establecer en que momento nace el derecho. Si cuando se ha constituido el título, o cuando se ha realizado el modo adquisitivo de ese título. El asunto cobra importancia en los sistemas que no se basan en la consensualidad para la adquisición de inmuebles sino que, como el alemán, reclaman la formalidad de la inscripción. No nacerá el derecho mientras no se haya inscrito. Pero, en sistemas como el francés, del cual nos viene, en homenaje a la libertad contractual, adquirir derecho de propiedad sobre los inmuebles por mero consentimiento, la diferencia pierde importancia. (p.170)

En nuestro concepto, en nuestro Código Civil está vigente la teoría del título y del modo. Queda claro que el artículo 1529° del Código Civil crea la obligación de transferir la propiedad y que el modo se presenta a través de la “tradición” (para muebles) o de la corroboración que existe una “obligación de transferir propiedad” exigible (para inmuebles). Son dos elementos: la causa fuente y el acto que efectiviza la transferencia de propiedad. En el caso de muebles se presentan como sucesivos y en el caso de inmuebles, simultáneos, pero siempre hay dos actos.

Esclarecido este marco teórico, cabe a efectos de nuestro tema y en este primer momento, aproximarnos y dilucidar todo lo concerniente al título confrontando su teoría con la realidad de la universalidad de bienes de diferente naturaleza (y en su caso, obligaciones) que existen en la empresa para luego afrontar la posibilidad de contar con un modo o simplemente resignarnos a la existencia de tantos modos como bienes pudieran existir.

4. El título

4.1. *¿Un título o varios títulos?*

En este numeral corresponde esclarecer si la transferencia definitiva de la empresa se produce mediante el uso de varios títulos o de un solo título.

Esta interrogante tiene que confrontarse con la realidad: la concurrencia usual de una venta de existencias, la cesión del uso o el subarrendamiento del local alquilado, la cesión de la marca, la cesión de derechos de crédito, la licencia de una patente, la prestación de asesoramiento técnico, la entrega de la base de datos de los clientes y proveedores, etc.; pueden ser estipulaciones regulares en un contrato de transferencia de empresa, lo que hay que determinar es si ello se haya tipificado en un contrato o es obra de varios contratos.

Fácilmente se podrá sostener que no existe la unidad sino la pluralidad de títulos a los que acuden los operadores de derecho para lograr la transferencia de la empresa.

Una variante de esta posición podría ser que sin perjuicio de ser varios títulos deberían tratarse como uno solo, pues pretenden lograr un objetivo económico: la transferencia de una operación, la transmisión de todos aquellos bienes que permiten trasladar la titularidad de una empresa y, en su caso, obligaciones para mantenerla en marcha.

En todo caso, cabe más bien dilucidar si esta figura se encuentra ya regulada en un solo título o si, por el contrario, existe la necesidad de diseñar y adoptar ese título, vale decir, darle tipicidad a un solo vehículo y reconocer un solo contrato típico para transferir todas esas titularidades en que se diversifica este bien complejo y, que, por ello, exige reducir los costos de transacción.

Corresponde entonces dilucidar este punto teniendo presente si ¿la realidad actual en el sistema peruano es típica o atípica? y ¿cuál es la propuesta legislativa que debe proponerse en torno al título?

En conclusión:

1. En relación a la tipicidad corresponderá determinar si en nuestro ordenamiento jurídico existe un contrato singular típico o se trata simplemente de una suma de contratos típicos que conservan su singularidad.
2. En relación a la atipicidad corresponderá determinar si se trata de un contrato atípico singular o de varios contratos coligados que por su función económica configuran también un contrato atípico.

3. Cabe también determinar si es viable una propuesta legislativa en la que sea un contrato de naturaleza singular (y no coligados) el que produzca la transferencia definitiva de la empresa.

4.2. *¿Cuándo estamos frente a un contrato atípico?*

Referirnos a la tipicidad de una figura del derecho implica que la ley desarrolle en modo particular su forma y regule sus efectos, por lo que la atipicidad implicaría la ausencia de un desarrollo legislativo especial sin perjuicio de la sujeción a las normas generales.

En efecto, Díez Picazo (1988) coincide:

Son atípicos aquellos contratos que carecen de reconocimiento legal y de disciplina normativa (v.gr.: hospedaje, edición, educación, garaje, portería, etc.). Son contratos típicos aquellos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa (v.gr.: compraventa, arrendamiento, sociedad, préstamo, etc.). (p. 252)

Asimismo, dicho jurista (1988) señala que los contratos atípicos tienen un problema relacionado a la normativa que le debe ser aplicada y la solución del mismo radica en la previa fijación del objeto que los contratantes han perseguido con su celebración; el autor sostiene además, que todos los pactos establecidos por los contratantes dentro del contrato serán decisivos, y en todos aquellos casos en los que no se haya previsto supuestos de hecho se aplicarán los usos, y las leyes, así como también la buena fe.

Por su parte, Messineo (1979) explica:

Se los llama también atípicos, precisamente porque se separan de las figuras de los contratos **nominados** que están **dotados de una causa típica** que caracteriza la respectiva disciplina; en los contratos **innominados, la causa es precisamente atípica**, porque es nueva y

diversa, respecto de cada una de las que son propias de los contratos nominados. (Resaltado agregado) (p.450)

En doctrina se denomina contrato típico a aquel que tiene regulada su causa objetiva, vale decir la razón general por la cual los operadores del derecho acudirían a esta categoría jurídica y no otra para efectuar una operación económica. El contrato atípico existiría en los usos y costumbres, pero esta causa del contrato carecería de regulación.

La doctrina más difundida sostiene que para llegar a determinar si una figura contractual es típica o no se debe recurrir al estudio de la causa del contrato y determinar si es típica o no. (Sékula, 1992, p.59)

La razón económica que caracteriza a un contrato distinguiéndolo de otro se denomina causa objetiva, por ejemplo, si se desea un acuerdo para transferir propiedad de un bien a cambio de una suma de dinero me encuentro ante una compraventa, si deseo cambiar un bien por un bien (no dinerario) me encontraré ante una permuta, si deseo facilitar o entregar en uso un bien se presentará un arrendamiento (si es a título oneroso) o un comodato (si fuera a título gratuito). Una de estas opciones permite formalizar el acuerdo al que han arribado las partes que quieren cambiar algo en el mercado.

Esta modalidad de cooperación privada es canalizada por los operadores del derecho (abogados o juristas) hacia alguna de las figuras cristalizadas en la ley, se trata de seleccionar aquel contrato tipificado por el legislador, justamente para facilitar su celebración y el cambio en el mercado, en la seguridad que ello aliviará los costos de transacción y hará previsible los efectos y consecuencias que derivan del acto jurídico elegido.

Determinada la causa objetiva y no hallándose tipificada legalmente, pero si reconocida en alguna conducta social típica, la frecuencia o recurrencia al

acto jurídico obligará al legislador a regular la relación jurídica, la singularidad de sus prestaciones y sus efectos principales.

En el Código Civil Peruano, todos los contratos típicos y atípicos se sujetan a las disposiciones generales de contratación (normas sobre celebración del contrato con prestaciones recíprocas, contratos preparatorios, lesión, excesiva onerosidad de la prestación, saneamiento, etc.), naturalmente los típicos además se sujetan a sus normas particulares, lo que no ocurre con los atípicos pues se caracterizan por carecer de las mismas.

Esta suerte de paradoja por la cual hasta los contratos atípicos gozan de cierta regulación general en el Código Civil se debe a que el artículo 1353° del referido cuerpo normativo recoge el *“principio de integridad de los contratos al establecer la sujeción de todos los contratos a las reglas generales de la contratación sin importar que estos se encuentren tipificados en el ordenamiento jurídico vigente y sin importar su naturaleza civil o comercial.”* (Sékula, 1992, p.56)

En efecto el artículo 1353° del Código Civil prescribe lo siguiente:

*“Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”.*¹⁵³

En buena cuenta siendo ello así lo que distingue a los contratos típicos de los atípicos es que aquellos por su uso reiterado se les ha consagrado una regulación, que tipifica su causa objetiva y se traduce en una normatividad relativamente extensa, dependiendo de la complejidad y problemática que muestra la práctica con ocasión de la ejecución del contrato.

¹⁵³ Código Civil Peruano. Libro VII Fuentes de las Obligaciones. Sección I Contratos en General. Título I Disposiciones Generales.

Resulta pues que la causa se presenta según Lohmann (2005) como un elemento esencial del acto jurídico regulado por el Código Civil Peruano de 1984:

(...) así como las formalidades servían para tipificar un determinado negocio jurídico en la Roma Antigua, y atribuirles determinados efectos y consecuencias, así la causa objetiva del negocio como función y efectos típicos del mismo- sustituye hoy a tales formalidades. (p.75)

Desde luego, cuando solo nos referimos a la causa objetiva no excluimos la existencia de la causa subjetiva en cada contrato, lo que acontece es que solo importa para efectos de tipificar (cristalizar normativamente) aquella razón de ser general, que tienen en común todos los contratos del mismo tipo.

Al respecto, aclara Lohmann (2005):

La causa subjetiva o finalidad común y compartida por las partes en un determinado negocio, siempre habrá de coincidir con una causa objetiva o legal con determinadas consecuencias de derecho. Es decir, que la finalidad de los intereses que las partes regulan al obligarse, encuentra su cauce y marco adecuado en una causa legal que la recoge y la regula.

(...) se recurre a la teoría objetiva de la causa cuando se discute la existencia de la misma en la relación creada por un negocio, en cambio, la teoría subjetiva del bien se utiliza cuando se trata de comprobar su licitud, no el motivo de cada parte. (p. 75)

Queda claro, pues, para que un contrato sea típico no es suficiente que la ley lo nombre en alguna norma legal, ni que se refiera a algunos aspectos adjetivos o requisitos administrativos que deban cumplir los operadores para su ejecución; de lo que se trata es que su causa objetivo se halle regulada;

es decir, que exista un contrato que tenga por objeto transferir la empresa (“bien complejo”) en forma definitiva contra una prestación dineraria. Este será el análisis que se haga a continuación.

4.2.1. ¿El título en este caso es una compraventa?

Podría pensarse que al denominarse en otras legislaciones¹⁵⁴ a la “transferencia definitiva de la empresa” como “contrato de compraventa de empresa”, entonces la tipicidad de esta figura debiera hallarse recogida en el Libro VII, Sección Segunda, Título I, artículo 1529° del Código Civil, sobre compraventa. Ruth Rojas (2010) señala:

Doctrinalmente es considerado como un contrato especial, por la complejidad de su objeto, la empresa, de ahí deriva su atipicidad en la mayoría de las legislaciones inclusive la nicaragüense.

La empresa es frecuentemente objeto del contrato de compraventa. Su finalidad es transmitir al comprador de modo definitivo la titularidad de cada una de las relaciones jurídicas que ligan al empresario vendedor con cada uno de los elementos que integran la empresa, de forma que aquél pueda suceder a éste en su explotación. (p. 50)

Vale decir, la compraventa contemplada en el Código Civil sería el contrato fuente, el que recoge la causa objetiva, sin necesidad de recurrir a algún otro acto jurídico o a varios contratos típicos con el fin de transferir una unidad económica.

Dilucidar si la compraventa referida da lugar al título que corresponde a la transferencia definitiva de la empresa, será tarea de este punto.

¹⁵⁴ El Código de Comercio de Costa Rica nomina y regula la compra-venta del establecimiento mercantil o industrial entre los artículos 478° y 489°. Ellos han optado por regular la compraventa del fondo empresarial, como el género, pues, si este se encuentra en operaciones, obviamente incluye la “empresa”. El artículo 792° Código de Comercio de Honduras nomina al contrato como compraventa y reenvía su regulación a las disposiciones típicas del contrato de compraventa, dejando a criterio del operador del derecho “lo pertinente” de su aplicación.

Empero, para determinar si el “título” que viabiliza la transferencia definitiva de la empresa es realmente el contrato de compraventa, primero debemos partir por analizar los alcances y efectos de dicho contrato en la doctrina en general y en particular en nuestro ordenamiento jurídico.

Con ese objeto vamos a circunscribir, de momento, nuestra atención a este contrato que tiene la particularidad de ser el vehículo para la transferencia de propiedad de un bien contra una prestación dineraria, lo que lo hace, en buena cuenta, el contrato más utilizado en el tráfico patrimonial y el que, tentativamente, permitiría la transferencia definitiva de la empresa.

El contrato de compraventa está regulado en el artículo 1529° de nuestro vigente Código Civil, el cual expresamente señala:

“Art. 1529.- Por la compraventa, el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad de un bien y este a pagar su precio en dinero.” (Subrayado agregado)

Como podemos apreciar, la definición de este contrato, que describe la causa¹⁵⁵ objetiva del mismo, tiene fundamentalmente tres elementos:

- a. Un bien
- b. Obligación de transferir propiedad
- c. Contraprestación en dinero

De estos tres, nos vamos a quedar con la noción de los dos primeros elementos: “obligación de transferir propiedad” y “un bien”, pues sobre la contraprestación en dinero no hay objeción alguna.

¹⁵⁵ En términos simples, la causa es la función económica del contrato cristalizada en una norma. Para efectos de un contrato de compraventa, la causa es “transferir la propiedad de un bien”, aunque, históricamente, bajo el marco del Código Civil de 1936, se trataba de “la transferencia de propiedad de una cosa corporal”. Esta noción es históricamente conocida y aceptada en nuestra doctrina, así como perfectamente verificable en nuestra legislación civil.

A continuación, vamos a presentar las principales inconsistencias internas que existen en la regulación del contrato de compraventa y cómo es que estas, sumadas a las particularidades del acto que debe corresponder a la transferencia de la empresa, terminarían por concluir que la compraventa no es el título típico que permite vehiculizar la transferencia definitiva de una empresa.

Para tal fin, por una cuestión de orden, nos referimos primero a la noción: “un bien” para luego referirnos al contenido de la noción “transferencia de propiedad”.

a) “Un bien”

Sobre el particular las principales observaciones que pueden hacerse son las siguientes:

- Esta noción hace notar que el contrato ha sido previsto para la transferencia de bienes singulares y no para “bienes complejos” como universalidades de bienes que son los que justamente pueden conformar una empresa.

Como hemos descrito en el subcapítulo I de esta investigación, “el cuerpo de la empresa” está conformado por una especie de bloque patrimonial (“el fondo empresarial”) que contiene activos o bienes de diversa naturaleza.

- No queda claro si el legislador ha querido comprender dentro de la noción de bien a los llamados “derechos de crédito”.

En efecto, se suele referir doctrinariamente que la noción “bien” comprende tanto a los bienes corporales como los bienes incorporeales, y dentro de estos últimos se describe a los intangibles (como signos

distintivos, derechos de patente, etc.) y a los derechos personales o de crédito.

Esta correspondencia deberíamos encontrarla en los artículos 885 y 886 de nuestro Código Civil que con rango de ley describen cuales son los bienes para nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, solo en el artículo 886 (relativo a bienes muebles) inciso 7 hay una referencia específica a un tipo de crédito personal: “*las rentas o pensiones de cualquier clase*”.

La referencia del inciso 5 que dice: “*Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o derechos personales*”, se refiere obviamente a los créditos incorporados en soportes de papel como los títulos valores singulares o a los títulos valores nominativos¹⁵⁶ o mobiliarios (instrumentos de largo o corto plazo¹⁵⁷).

¹⁵⁶ **Ley de Títulos Valores – Ley N°27287**

“Artículo 257.- Acción

257.1 La Acción se emite sólo en forma nominativa. Es indivisible y representa la parte alícuota del capital de la sociedad autorizada a emitirla. Se emite en título o mediante anotación en cuenta y su contenido se rige por la ley de la materia.
(...)”

¹⁵⁷ **Ley del Mercado de Valores – Decreto Legislativo N°861**

“Artículo 86.- Definición.- La oferta pública de valores representativos de deuda a plazo mayor a un año sólo puede efectuarse mediante bonos, sujetándose a lo dispuesto en la presente ley y a las disposiciones sobre emisión de obligaciones contenidas en la Ley de Sociedades. Pueden emitir bonos de acuerdo a dichas disposiciones incluso las personas jurídicas de derecho privado distintas a las sociedades anónimas.

Lo dispuesto en el primer párrafo no es de aplicación a las empresas bancarias o financieras. La emisión de bonos u otros valores representativos de deuda a plazo mayor a un año por tales empresas se sujetará a lo señalado en la Ley General.” (Subrayado agregado)

Concordancia con el numeral 264.1 del art. 264° de la Ley de Títulos Valores.

“Artículo 98.- Oferta Pública de Instrumentos de Corto Plazo.- Los instrumentos de corto plazo son valores representativos de deuda emitidos a plazos no mayores de un año y pueden ser emitidos mediante títulos o anotaciones en cuenta. Pueden utilizarse como instrumentos de corto plazo los pagarés, letras de cambio u otros valores representativos de deuda que determine CONASEV, la cual, asimismo, podrá establecer las características de estos últimos, pudiendo exceptuarlos de los requisitos previstos en la Ley de Sociedades u otras normas que resulten aplicables.

En caso de endoso de los pagarés y las letras de cambio objeto de oferta pública, no existe responsabilidad para el endosante.

De estar representados por anotaciones en cuenta, deberán transferirse del modo previsto para los títulos nominativos y se rigen adicionalmente por lo dispuesto en el Capítulo I del Título VIII de la presente ley.

En los casos que corresponda, será de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 88 a los instrumentos de corto plazo que se emitan por oferta pública.” (Subrayado agregado)

Concordancia con el numeral 264.2 del art. 264° de la Ley de Títulos Valores.

En ese sentido resultaría sintomático que solo el inciso 7 relativo a rentas o pensiones sea el único que considere bien a ciertos créditos personales.

Esta objeción quedaría salvada con lo previsto en el inciso 10: “*Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885*”. Con esta referencia genérica, podría afirmarse que bajo la noción de bien estarían comprendidos los créditos personales.

Tratamiento legislativo que no deja de ser extraño, puesto que si el legislador peruano tenía la intención de comprender dentro de la noción de “bien” al “crédito personal” ¿por qué dejó de hacerlo expresamente?

La situación se va a tornar más problemática y menos pacífica cuando haya que vincular la noción de bien (incluido el crédito personal) con la noción “transferencia de propiedad”.

Como podrá comprenderse, dado que la empresa se manifiesta en su lado activo mediante una universalidad de bienes de diversa naturaleza (derechos de propiedad, derechos de usufructo, derechos de marca, derechos intelectuales, derechos de crédito, etc.), resultaría indispensable tener la seguridad que el contrato de compraventa es el vehículo idóneo para transferir derechos de crédito.

- El siguiente problema que se presenta es si resulta posible introducir bajo la noción de “un bien” a “las obligaciones” que también son objeto de transferencia dentro del universo que conforma una empresa¹⁵⁸. Evidentemente el concepto de bien, al cual se refiere nuestra legislación civil es el de derechos, que comprende tanto a los corporales como a los incorporales. En ese orden de ideas y al referirse el artículo 1529° del

¹⁵⁸ Vale la pena referir que en la compraventa de la empresa del Código de Comercio de Costa Rica sí se incluyen los pasivos. Ello se encuentra en la denominada compra-venta de Establecimiento Mercantil o Industrial.

Código de Comercio de Costa Rica

“ARTÍCULO 478.- (...) *La venta de un establecimiento comercial o industrial comprende todos sus elementos, y cuanto forme el activo y pasivo, salvo pacto expreso en contrario.*” (Resaltado agregado)

Lo propio ocurre con el Código de Comercio de Honduras y Guatemala, en sus artículos 649 y 660, respectivamente.

Código Civil, que por la compraventa “... se obliga a transferir al comprador la propiedad de un bien...” no es posible sostener que mediante este título sea posible la “transferencia de propiedad de una obligación” puesto que “un bien” o es igual a cosa o es igual a derecho, pero no es lo mismo que “una obligación”.¹⁵⁹

- La variedad de prestaciones que implica la transferencia de la empresa representa otro cuestionamiento a su tipicidad. Como hemos podido apreciar, la naturaleza de “bien complejo” de la empresa exige para su transferencia la ejecución de una serie de prestaciones consistentes en un dar, hacer y no hacer. Entre estas últimas existe la generada por el “pacto de no competencia”, implícita a todo contrato de transferencia de empresa, ya que en correspondencia con el principio de buena fe en la ejecución del contrato; el transferente no debería perturbar el valor de la empresa que acaba de transferir.

En efecto, la compraventa clásica, como hemos mencionado, se caracteriza por la prestación de dar, lo cual haría obvia la diferencia (al no comprender prestaciones de hacer y no hacer) y evidencia su insuficiencia y los vacíos regulatorios del Código Civil Peruano que le impiden responder a las necesidades de la transferencia de la empresa.¹⁶⁰

Sin perjuicio de lo mencionado, se podría controvertir este punto de vista, indicando que incluso en la clásica compraventa, la prestación de dar puede ser complementada por otras prestaciones de hacer y no hacer¹⁶¹. Ello

¹⁵⁹ No obstante lo mencionado, es válido decir que la obligación o “el pasivo” podría introducirse en el acto jurídico (la compraventa) como un cargo o modo. Vale decir, como una prestación accesoria que debe cumplir el comprador. Por ejemplo, cuando se pacta un arrendamiento con cargo a que el arrendatario se ocupe de pagar los impuestos prediales y de alcabala del edificio; cuando se compra un edificio con cargo a que el comprador se encargue de pagar el débito por mantenimiento; que al comprar una casa el comprador la adquiera con cargo a que pague la deuda por impuesto predial del anterior propietario (el vendedor). Como puede apreciarse, estas son prestaciones accesorias a la transferencia de la propiedad. Sin embargo, esta noción está pensada como una prestación que no altera la importancia o naturaleza del objeto de la prestación principal: “el bien”.

¹⁶¹ Algunos podrían sostener que este tipo de prestaciones de dar, hacer y no hacer son naturales a cualquier acto jurídico, puesto que una modalidad del mismo lo constituyen los “cargos” o “modos” que podrían imponerse. No obstante lo mencionado, en nuestro ordenamiento jurídico no podríamos darle esa categoría (de cargo o modo) a las prestaciones introducidas accesoriamente en una compraventa, dado que estas son propias de un acto jurídico a título gratuito. En efecto, el artículo 187° del Código Civil señala que: “*El gravado con el cargo no está*

permite regular el contrato esencialmente por las normas de compraventa, sin menoscabo de acudir subsidiariamente a normas que podrían corresponder a otros tipos de contratos -y que regulan, por ejemplo, prestaciones de hacer- o simplemente acudir a las normas del régimen general de obligaciones.

En efecto, se pueden ejemplificar los casos de compraventas que también son acompañadas por prestaciones de hacer y no hacer y no dejan por ello de ser lo que son (por ejemplo, cuando se celebra una compraventa de mercadería para ser entregada a distancia, lo cual obliga a contratar un servicio de transporte y uno de seguro, vale decir: prestaciones de hacer). Ello puede llevarse a cabo tanto en una compraventa nacional como internacional. También podría aseverarse que hay compraventas con prestaciones de no hacer, como el compromiso por el cual solo se le puede vender a alguien ciertos artículos (exclusividad en la venta), quedando prohibida la transferencia de bienes semejantes a otro agente económico. El carácter accesorio de esas prestaciones es el que impide que la figura contractual deje de ser una compraventa y se produzca el salto cualitativo hacia otra figura jurídica (típica o atípica). Vale decir la accesoriedad impide que se haga la diferencia.

En resumen, el contrato típico de compraventa se caracteriza por la prestación de dar que corresponde al bien (singular) que se pretende transferir en propiedad. Si bien ocasionalmente pueden introducirse algunas prestaciones de carácter accesorio (de dar, de hacer y no hacer), ellas no forman parte de los elementos que configuran a la compraventa, pues se trata de prestaciones que corresponden a otros contratos y que se estipulan en un solo acto jurídico por conveniencia de las partes.

obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad”, pues justamente este exceso de onerosidad caracterizaría a dicho cargo o modo, más bien, como una contraprestación onerosa y correlativa a la que pretendía ser gratuita.

En el contrato de transferencia de empresa, las diversas prestaciones (de dar, hacer o no hacer) **pueden ser indispensables** para lograr la transferencia definitiva de la empresa. Incluso puede producirse un escenario en el que las prestaciones de dar por sí solas, no conlleven una “transferencia de propiedad”, pero sí contribuyan junto con otras prestaciones a la transferencia definitiva. Por ejemplo: si existe una empresa que tiene un local arrendado, que usa una marca licenciada, que tiene mercadería en consignación, con equipos, muebles y enseres en leasing, podría transferir su operación subarrendando los locales que ocupa, sublicenciando las marcas, cediendo su posición contractual en los contratos de consignación y de leasing, obligándose a capacitar al personal, informando sobre la lista de proveedores y clientes, así como comprometiéndose a no competir para no disminuir las preferencias de la clientela fidelizada al negocio.

Como puede apreciarse, en dicha operación prácticamente las prestaciones de dar no conllevan transferencias de propiedad singular, sino que se suman a las otras prestaciones para lograr el objetivo de transferir definitivamente la empresa.

b) Obligación de transferir propiedad

- Otro elemento que corresponde analizar es la **noción de propiedad** en la tipicidad de la compraventa, pues su obligación de transferirla es parte de la causa objetiva de dicho contrato, ello con el objeto de determinar si es ese el mismo derecho que surge de la transferencia definitiva de una empresa.
- La más elemental noción de propiedad referida en el artículo 923° de nuestro Código Civil, es aquella que la caracteriza como un derecho real que vincula a un sujeto con una **cosa**.

“La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.”

Siendo ello así, una de las formas más clásicas que contempla nuestro ordenamiento civil para transferir propiedad se lleva a cabo mediante la compraventa, en la que se genera una relación jurídica patrimonial entre el titular de la misma y un tercero.¹⁶²

- En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha coincidido que la noción de propiedad del derecho civil se circunscribe al ámbito corporal, mientras que la Constitución admitiría una noción más general.

Bajo el marco constitucional, el derecho de propiedad se equipararía a la noción de titularidad que recae sobre cualquier bien (cosa, intangible o derecho de crédito). Efectivamente, en los considerandos de la Sentencia del Expediente N°0008-2003-AI/TC, se recoge el criterio del caso “Campbell vs. Holt”¹⁶³ en los cuales se hace una diferenciación entre el concepto de propiedad en materia civil y en materia constitucional.

“(…) el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aun, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil.

Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda enclaustrada en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad in totum de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por

¹⁶² **Código Civil Peruano**

“Artículo 1529°.- Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.”

¹⁶³ Caso norteamericano sobre privación al derecho de propiedad, en contravención a la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

ende, son susceptibles de apreciación económica”. (Fundamento 5-a del expediente N°0008-2003-AI/TC) (Resaltado agregado)

Aceptar esta posición que equipara la noción de propiedad a la de titularidad sobre cualquier derecho tiene una serie de implicancias, probablemente no previstas en todos los ámbitos por el legislador y que tendrán que irse decantando y armonizando. En ese orden de ideas, las interrogantes que saltan a la vista son las siguientes:

- a. Si la noción de propiedad equivale a titularidad, entonces podríamos hablar de propiedad para todos los bienes incorporeales como marcas, derechos de patente y derechos de autor; así como sobre un crédito personal. Ello conduciría a la interrogante si cuando el Estado afecta un crédito personal (suprimiendo cobros adicionales, limitando arrendamientos, forzando la renovación de plazos o vaciando de contenido un derecho de crédito) ¿sería aplicable el artículo 70° de la Constitución que declara que la propiedad es inviolable y que excepcionalmente procede la expropiación?

*“El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.”*¹⁶⁴

¹⁶⁴ Art. 70° de la Constitución Política del Perú de 1993.

- b. Si el artículo 70° fuera aplicable a los créditos personales entonces ¿cómo conciliarlo con el artículo 62° de la Constitución? ¿le quedaría alguna aplicación práctica?

El artículo 62° de la Constitución señala lo siguiente:

“Artículo 62°.- *La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”¹⁶⁵

La doctrina ha señalado que este artículo prescribe la “santidad de los contratos” vale decir que los acuerdos entre las partes no pueden ser alterados o modificados por el Estado. Por ello, no se puede suprimir, cambiar, modificar o extender los plazos de los derechos de crédito, ello corresponde solo a las partes.

En buena cuenta los artículos estarían superpuestos, pues ambos tratan de proteger el respeto a una “titularidad” cuyo contenido sería el crédito personal.

En conclusión, la posición del Tribunal Constitucional es que la noción de propiedad es más amplia en el derecho constitucional (con todas las

¹⁶⁵ Art. 62° de la Constitución Política del Perú de 1993.

implicancias antes aludidas), mas no en el derecho civil, pues la refiere circunscrita a cosas.¹⁶⁶

- Frente a esta posición tradicional y a la noción del Tribunal Constitucional, nos corresponde tomar una posición haciendo un examen y exégesis de los artículos de dicho cuerpo normativo (el Código Civil) para deducir o corroborar a que se está refiriendo con la noción de derecho de propiedad.

Atendiendo a ello, presentamos a continuación referencias a los artículos del Código Civil, tanto en compraventa como en transferencia del derecho de propiedad:

a. En el Título I - Compraventa

“Artículo 1530.- Gastos de entrega y transporte

Los gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento son de cargo del comprador, salvo pacto distinto.”¹⁶⁷

“Artículo 1532º.- Bienes susceptibles de compra - venta

Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no este prohibida por la ley.”¹⁶⁸

¹⁶⁶ A diferencia de lo establecido en el **Código Civil Italiano** (en el cual el contrato de compraventa tiene como causa la transferencia de **derechos en general**), **nuestro Código Civil** hace mención exclusivamente al **derecho de propiedad**, pensando naturalmente en la transferencia de propiedad de bienes corporales sobre los cuales recae dicho derecho real. Por lo tanto, la función económica cristalizada en la norma concerniente al contrato de compraventa (art. 1529 del Código Civil peruano) es la transferencia de propiedad de un bien corporal, ni más, ni menos. Siendo pues, la propiedad un derecho real, y dado que los derechos reales recaen exclusivamente sobre cosas, consideramos acertada la postura que define a la compraventa en el ordenamiento jurídico peruano como la fuente o causa jurídica (particularizada en un “título”) concebida para transferir el dominio de bienes corporales.

¹⁶⁷ Código Civil Peruano. Artículo 1530°. El artículo bajo mención se refiere expresamente a la entrega en sí; al transporte y al lugar en que será efectuada dicha entrega. Se tiene así un acto (compuesto por el transporte y la entrega) y un espacio (que es el lugar pactado para la entrega); de lo cual se concluye que el bien a ser entregado es eminentemente corpóreo.

“Artículo 1533°.- Perecimiento parcial del bien antes de la venta

Si cuando se hizo la venta había perecido una parte del bien, el comprador tiene derecho a retractarse del contrato o a una rebaja por el menoscabo, en proporción al precio que se fijó por el todo.”¹⁶⁹

“Artículo 1535°.- Riesgos de cuantía y calidad

Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia. Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio.”¹⁷⁰

“Artículo 1548°.- Precio por peso neto

En la compraventa en que el precio se fija por peso, a falta de convenio, se entiende que se refiere a peso neto.”¹⁷¹

Como puede apreciarse, en nuestro Código Civil, no hay texto normativo expreso que regule la transferencia de titularidad de los bienes inmateriales o intangibles, sino solamente para bienes corporales (cosas).

¹⁶⁸ Código Civil peruano. Artículo 1532°. Respecto a este artículo, nuestra Jurisprudencia indica en la Ejecutoria Suprema 28-06-95 que, en defecto de acuerdo sobre la cosa, tampoco existe contrato de compraventa que dé lugar a escrituras de transferencia y subsiguiente cancelación. Puede apreciarse que lo textualmente mencionado en el artículo como “bienes existentes o que puedan existir” es concebido por nuestro ordenamiento como una cosa, de lo cual se desprende su corporeidad.

¹⁶⁹ Artículo 1533° del Código Civil Peruano, se observa el uso del término “perecimiento” o “menoscabo” del bien como una cosa susceptible de ser dañada en sí misma, en su integridad material, de lo cual se infiere su existencia corpórea.

¹⁷⁰ Art. 1535° del Código Civil Peruano, sin duda, los criterios de cuantía y calidad son inherentes propiamente los bienes materiales.

¹⁷¹ Art. 1548° del Código Civil Peruano, se menciona al peso como un criterio para la determinación del precio del bien, lo cual induce a pensar en la existencia física, tangible, del bien que es objeto de la compraventa.

b. En el Título II – Propiedad – Subcapítulo IV – Transmisión de la propiedad

Sobre la regulación de los modos de transferencia de propiedad, nos encontramos en el Código Civil en los artículos 947° y 948° con la referencia exclusiva a la tradición de cosas. El artículo 949° no aporta nada porque se refiere a inmuebles, y hemos señalado que los créditos personales son muebles.

“Artículo 947°.- Transferencia de bien mueble

La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.”

“Artículo 948°.- Adquisición a non dominus de bien mueble

Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo.

Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.”

“Artículo 949°.- Transferencia de bien inmueble

La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.”

Como puede apreciarse, ningún artículo del referido texto normativo indica expresamente que el modo de la transferencia de propiedad de los derechos sea la cesión de derechos.¹⁷²

- Si correlativamente planteamos la exégesis de algunas leyes especiales que nos remiten a la noción de “derecho de propiedad” para referirse a bienes incorpóreos (como ocurre con la Ley de Propiedad Industrial), observaremos que el poder jurídico es más bien aludido como “titularidad”.

Es más, puede apreciarse que ni la ley de propiedad industrial, ni la Ley de Derechos de Autor (Decreto Legislativo N°822 y Decreto Legislativo N°823¹⁷³), ni la Ley del Mercado de Valores (Decreto Legislativo N°861¹⁷⁴) sobre la transferencia de valores mobiliarios desmaterializados, ni la Ley de Títulos Valores (Ley N°27287¹⁷⁵), ni la propia Ley General de Sociedades (Ley N°26887¹⁷⁶) ofrecen una regulación sobre el contrato por

¹⁷² Si bien Manuel de la Puente y Lavalle sostiene que la cesión de derechos es el modo de la transferencia de titularidad de los créditos, no hay una vinculación normativa de este modo de transferencia definitiva de derechos personales con el derecho de propiedad.

¹⁷³ Por ejemplo, la Ley de Propiedad Industrial, cuando se refiere a la transferencia definitiva de la titularidad de un signo distintivo o derecho de patente o modelo de utilidad (patentes de invención, certificados de protección, modelos de utilidad, diseños industriales, secretos industriales, marcas de productos y de servicios, marcas colectivas, marcas de certificación, nombres comerciales, lemas comerciales y denominaciones de origen) se regula como medio la figura de la “cesión” y se establece la figura de la licencia para el uso o autorización temporal. Podría sostenerse que esta ley se refiere al “modo” que es la figura de la cesión para su transferencia definitiva (véase arts. 7° y 8° del Decreto Legislativo N°823), entonces cabría preguntarse por qué no se reguló o desarrolló las características particulares de una compraventa de un bien intangible o derecho incorporal sujeto a esta ley especial.

¹⁷⁴ **“Artículo 213.- Suscripción y Transmisión.-** Los suscriptores y titulares de valores representados por anotaciones en cuenta tienen derecho a que las primeras inscripciones sean practicadas a su favor, libres de gastos.

La transmisión de los valores representados por anotaciones en cuenta opera por transferencia contable. La inscripción a favor del adquirente produce los mismos efectos que la tradición de los títulos y es oponible a terceros desde el momento en que se efectúa.” (Subrayado agregado)

¹⁷⁵ **“Artículo 29.- Título Valor Nominativo**

29.1 El título valor nominativo es aquél emitido en favor o a nombre de persona determinada, quien es su titular. Se transmite por cesión de derechos. Estos títulos carecen de la cláusula **a la orden** y si se consigna no lo convierte en título valor endosable.

29.2 Para que la transferencia del título valor nominativo surta efecto frente a terceros y frente al emisor, la cesión debe ser comunicada a este para su anotación en la respectiva matrícula; o, en caso de tratarse de valor con representación por anotación en cuenta, la cesión debe ser inscrita en la Institución de Compensación y Liquidación de Valores correspondiente; sin perjuicio de las limitaciones o condiciones para su transferencia que consten en el texto del título o en el registro respectivo.” (Subrayado agregado)

¹⁷⁶ **“Artículo 93.- Comunicación a la sociedad**

Los actos a que se refiere el segundo párrafo del artículo anterior, deben comunicarse por escrito a la sociedad para su anotación en la matrícula de acciones.

Cuando las acciones estén representadas por certificados, su transmisión se podrá acreditar con la entrega a la sociedad del certificado con la constancia de la cesión hecha a nombre del adquirente o por cualquier otro medio escrito. La sociedad sólo aceptará la cesión efectuada por quien aparezca en su matrícula como

el cual opera la “transferencia de propiedad” de los bienes inmateriales o intangibles. Simplemente se refieren a la cesión o a la transmisión.

No cabe duda de que podría uno remitirse -en su caso- a la legislación de propiedad intelectual. Sin embargo, más que definirse a la propiedad intelectual como un derecho real de propiedad, se la clasifica bajo la noción de “derechos intelectuales”. Vale decir, no obstante llamarse “propiedad intelectual”, lo que en buena cuenta se está haciendo es alejarla de la noción histórica de derecho de propiedad. En ese sentido, lo que queda claro es que nuestro Código Civil ha regulado básicamente derechos reales sobre cosas y de alguna manera la legislación especial no ha creado “compraventas especiales” para transferir bienes incorporales.

- ¿Se puede hablar de transferencia de propiedad de obligaciones? Evidentemente, el contrato que por excelencia obliga a transmitir propiedad es el de compraventa. Sin embargo, el artículo que lo tipifica en el Código Civil habla expresa y únicamente de bienes (lo cual, naturalmente, incluye cosas y derechos), pero no así de obligaciones. Por ello, no resulta difícil llegar a la conclusión de que no es posible transmitir la “propiedad” de una obligación. Evidentemente, esto no quiere decir que una obligación no pueda ser transmitida, pero en definitiva no es a través de una transferencia de propiedad (compraventa), sino en todo caso mediante algún otro modo que se adecue al tipo de obligación a transferir.

Inclusive, la jurista nicaragüense Rojas Mercado (2010) que llama a este contrato compraventa de empresa coincide con nosotros en que no cabe la “transferencia de propiedad” sino la “transferencia de titularidad”.

propietario de la acción o por su representante. Si hubiera dos o más cesiones en el mismo Certificado, la sociedad puede exigir que las sucesivas transferencias se le acrediten por otros medios, observando las formalidades establecidas en la Ley de Títulos Valores.” (Subrayado agregado)

“El título jurídico que liga al empresario con su empresa no se puede reducir de un modo absoluto y simplista al que proviene de un derecho real de propiedad sobre la empresa. La naturaleza especialmente compleja de este objeto jurídico empresarial, obliga a hablar de *titularidad de la empresa* más que de *propiedad de la empresa* para explicar la naturaleza o título de relación del empresario con su empresa. De aquí que por la compraventa de empresa se transmite al adquirente la *titularidad* de cada uno de los elementos y relaciones fácticas y jurídicas que ligan al empresario transmitente con cada uno de los elementos que conforman el complejo objeto jurídico empresarial”. (p.57)

Con todo lo ya expuesto, concluimos que el contrato de compraventa del Código Civil Peruano no permite responder a la transferencia de empresa pues tanto el concepto de “bien” como la noción de “derecho de propiedad” tienen limitaciones conceptuales y prácticas para vehicular la transferencia de la empresa. Está concebido para bienes singulares, no tiene regulación específica para bienes incorporeales, prestaciones de hacer y no hacer (como el pacto de no competencia), ni tampoco para la transmisión de obligaciones. En buena cuenta el contrato de compraventa, tal como está regulado, no es el título adecuado para lograr la transferencia definitiva de la empresa.

En consecuencia, no existe un título de transferencia típico para la empresa, por lo cual corresponde que pasemos a analizar si los contratos usualmente empleados para enajenar una empresa constituirían una suerte de contrato atípico, ya que coincide su finalidad económica con la causa objetiva que coliga a estos contratos: la transferencia de la titularidad.

4.2.2. Contratos coligados: formando un contrato atípico

Normalmente un contrato atípico contiene en un solo cuerpo, estipulaciones y prestaciones correspondientes a varios contratos. Todo lo cual, nos obliga

a coincidir con la idea de Messineo – apropiadamente sintetizada por Sékula (1992),

un contrato se considerará innominado si contiene prestaciones distintas de aquellas que configuran figuras típicas o prestaciones que aun siendo conocidos en el sistema jurídico están acumuladas de diverso modo –en un mismo contrato- por lo que a menudo una parte se ve obligada a efectuar varias prestaciones. (p.60)

Habiendo llegado a la conclusión, en el punto anterior, que no hay un contrato o título único que vehiculice, en nuestro ordenamiento jurídico, la transferencia de la empresa entonces corresponde analizar si el conjunto de contratos singulares tiene una función económica que los ligue y que haga que sus prestaciones sean interdependientes o correlativas al pago de un precio. En buena cuenta, si al cumplir con el objetivo, que es hacer realidad que la empresa haya cambiado de titularidad, estas prestaciones han generado la reciprocidad en el pago del precio.

En efecto, mientras que un vendedor tiene la obligación de cumplir con entregar el bien objeto de venta en el caso de la venta de empresa, **el transferente** tiene la obligación de entregar una variedad de bienes de diversa naturaleza (muebles o inmuebles, tangibles o intangibles) que se encontraban bajo su propiedad (prestaciones de dar), de asesorar al titular o sus directores y funcionarios de confianza, así como capacitar al personal (prestaciones de hacer), también gestionar y lograr la cesión de los contratos de arrendamiento, licencias de uso de derechos de propiedad industrial (signos distintivos, patentes, *know how*), pasar comunicaciones o efectuar visitas a los proveedores y clientes acompañando al adquirente, publicar avisos anunciando la transferencia (prestaciones de hacer), no usar los mismos o semejantes signos distintivos, así se tuviera derecho para ello (licitud de cláusula de no competencia), no explotar un negocio con

semejantes características en la zona de influencia de la empresa transferida (prestaciones de no hacer).

Cabe observar también que esta necesaria vinculación entre las prestaciones generaría que el incumplimiento de alguna de ellas pueda generar que la transferencia se frustre y, como tal, no se active la correspondiente obligación del adquirente en pagar el precio; pues podrá sostener que no se ha cumplido con la entrega de la empresa o con ponerlo en la condición de titular.

Naturalmente de no mediar el hecho que se trata **de una sola fuente** de la relación jurídica, de la existencia de un **criterio de unidad y organización** se podrá asumir que se tratan de varios tipos de contratos.

Como puede apreciarse, el conjunto de prestaciones que hacen viable la transferencia de la empresa proviene de un conjunto de contratos que singularmente observados no tienen más causa objetiva que la prevista por la ley, pero vistos en conjunto tienen una causa más integral; pues forman parte de una gran prestación que conduce a “entregar la empresa”.

La constante práctica jurídico mercantil nos ha demostrado que la transferencia de empresas es una realidad en el mercado, y hemos de referirnos al contrato que vehiculiza esta transferencia como una figura atípica, sin mayor regulación al respecto, pero existente, y con razón, merecedora de un tratamiento acorde con su complejidad. Esto en base al dato de la realidad que permite observar una sola voluntad de transferir una empresa (“fin práctico unitario”) a través de un conjunto de contratos coligados (por ejemplo: compraventa de mercadería, licencia de marca, cesión de derechos sobre la base de datos de proveedores y clientes, subarrendamiento de local comercial, cesión de derecho de patente, cesión de posición contractual de contrato de trabajo, etc.), que persiguen una finalidad económica, el gran objetivo de transferencia de titularidad.

Para que se entienda bien lo que queremos decir con contratos coligados o relacionados, vamos a citar a Luis Diez-Picazo (1998),

Denominamos contratos coligados a aquellos casos en que las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos una finalidad empírica que persiguen o que pretenden. Por ejemplo, se concierta un arrendamiento y se estipula una opción de compra a favor del arrendatario; se concede un préstamo y se constituye hipoteca a favor del prestamista. (p.254)

En consecuencia, en una transferencia onerosa y definitiva de la empresa cabe aplicar en primer término las normas de compraventa de empresa, sin excluir las de prestación de servicios, cesión de posición contractual, garantías y cualquier otra que pueda concurrir en su aplicación.

Algunos autores, partiendo de la idea de que cada uno de los contratos yuxtapuestos conserva su propia fisonomía (préstamo e hipoteca, arrendamiento y opción), entienden que existe una pluralidad de contratos, cada uno de los cuales jugaría separado y sometido a su propio régimen. Sin embargo, lo cierto es que **el fenómeno jurídico constituye una auténtica unidad económica, puesto que obedece a una unidad de interés y de función que exige que el fenómeno sea considerado como una unidad jurídica** y que, por consiguiente, **se entienda que existe un solo contrato**. Ello no es obstáculo para distinguir dentro de la unidad contractual diferentes partes en su contenido y calificar a cada una de ellas como esencial o no esencial, lo que puede tener una evidente repercusión práctica en orden a la posible nulidad parcial o a las consecuencias de la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones, pero ello no es una característica específica de este tipo de contratos, sino que, como ya hemos visto, se produce

en toda clase de contratos. (Diez Picazo, 1998, p.255) (Resaltado y subrayado agregados)

En conclusión, en la actualidad y para nuestro ordenamiento jurídico no existe tipificado un título único para lograr la transferencia definitiva de la empresa, ya que la compraventa prevista en el Código Civil Peruano no cumple dicha función económica, pues su causa objetiva es insuficiente para lograr dicho objetivo. En ese sentido, se requieren una serie de contratos coligados para lograr la sucesión intervivos de la empresa, de los que en buena cuenta se puede afirmar, dan lugar a un solo contrato atípico.

4.2.3. Del contrato atípico al contrato típico: su necesidad e importancia

Habiendo advertido que no hay un contrato típico de transferencia definitiva de la empresa y sí una suerte de “gran contrato atípico” (conformado por el conjunto de contratos coligados), conviene precisar las razones por las que es conveniente proponer su tipicidad regulando el contrato de transferencia de empresa.

1. Para facilitar la información sobre los alcances y contenidos del contrato: las posibles prestaciones que pueden integrarse al mismo, cuáles de estas pueden ser sustanciales y cuáles solamente accesorias, si la formalidad del contrato es *ad probationem* o *ad solemnitatem*.
2. Para facilitar la operatividad del contrato: una cosa es buscar su texto en cada uno de los contratos típicos reconstruyendo con incertidumbre la normativa aplicable y cuál es la prioritaria y, otra es encontrar resuelto este problema en un solo texto; evitando además los problemas de interpretación. Ello reduce la litigiosidad, pues existirán normas supletorias a las cuales acudir en forma inmediata, evitando los problemas interpretativos o de integración analógica.

En efecto, la situación particular de los contratos coligados puede conducirnos a la dificultad de interpretar o integrar adecuadamente cuáles son las normas aplicables por analogía: ¿las de compraventa?, ¿las de prestación de servicios?, ¿las de licencias de marcas?

Incluso Sékula (1992) sugiere que estos contratos deben ser interpretados de la forma siguiente:

No necesariamente la integridad de un contrato atípico pueda o deba ser regulado por un contrato típico análogo, considerando que lo atípico resulta de la diversidad de la sustancial jurídica “causa” entre el contrato atípico y el típico; por lo que la analogía puede aplicarse a aspectos parciales, elementos del contrato; incluso, algunos de estos podrían ser regulados por normas de un contrato y otros por normas de otro tipo contractual, siempre y cuando ello no implique una desnaturalización del contrato en cuestión. (p.61)

La tipicidad del contrato evita o reduce la incertidumbre de la norma aplicable, de su interpretación o de la integración analógica.

3. Permite brindar una solución normativa pronunciándose básicamente sobre los siguientes aspectos:
 - 3.1. Singularidad o universalidad de la transferencia.
 - 3.2. Transferencia de pasivos y asunción automática de las deudas por el nuevo titular.
 - 3.3. Reglas sobre la información de la transferencia a terceros y acreedores.
 - 3.4. Reglas de protección de fraude para terceros y acreedores.
 - 3.5. Definición de un modo o varios modos en la “entrega de la empresa”.
 - 3.6. Definición de los alcances del saneamiento de la empresa.

3.7. Incentivos legales para promover la formalidad y desincentivar la informalidad del tráfico jurídico de la misma.

Como puede apreciarse en buena cuenta las razones son: reducir los costos de transacción (información y normas supletorias) y evitar las externalidades (falta de transparencia, informalidad y fraude a terceros).

5. El modo

Habiendo tratado la diferencia entre el título y el modo en nuestro ordenamiento jurídico, corresponde responder a una pregunta muy concreta ¿existe realmente un solo modo para transferir todos los derechos y, en su caso, las obligaciones que conlleva la transferencia de una empresa? Para responder a esta interrogante debemos examinar las teorías que han sido planteadas por la doctrina y evaluar las conveniencias de optar por una u otra.

- **La teoría del modo único** propone que diversos bienes de distinta naturaleza pueden ser transferidos en un solo acto y en bloque bajo un solo modo. Esta teoría, si bien es adecuada para los casos de transferencias de cosas o de derechos (vale decir, de bienes), debería también ser vehículo para la transferencia de obligaciones cuando estas forman parte del bloque patrimonial puesto que, como hemos ya mencionado a lo largo de esta investigación, la empresa es un bien complejo justamente por contener cosas, derechos incorporales y obligaciones.

De esta manera, el modo permitiría -mediante un solo acto- la transferencia de una universalidad de bienes y obligaciones (como ocurre, por ejemplo, con las reorganizaciones de las sociedades).

Sin embargo, no existe ley que haya establecido este modo único para la transferencia definitiva de empresas realizada mediante un solo contrato o varios contratos coligados.

- **La teoría del modo atomista**, por otro lado, consiste en que habrá tantos modos como bienes de diversa naturaleza hayan de ser transferidos. Esto quiere decir que la empresa, al estar conformada por diversos bienes (cosas y derechos) y obligaciones (gravámenes, pasivos, etc.), podrá ser transmitida a través de diversos actos. Así, cada uno de los bienes y obligaciones serán transferidas por separado, según su título y modo respectivos.

Esta es la teoría que por defecto y teniendo en cuenta nuestra regulación actual, se aplica para los efectos de transferir una empresa, pues no se ha establecido una regulación especial para un “bien complejo” (universalidad de bienes y obligaciones en su caso).

“En caso de empresas o negocios, mientras no se contemple en nuestra legislación la posibilidad de su enajenación como un todo y en solo acto, será necesario cumplir todos los actos y trámites necesarios para formalizar la transferencia de los diversos bienes y deudas que los integre”. (Manual societario, 2041, p. 70)

En conclusión, no hay un solo “modo” para transferir bienes y obligaciones a la vez, como tampoco hay un solo “título” típico por el momento.

Queda claro que lo que propone la teoría del modo único es reducir los costos de transacción a un solo modo. La interrogante es si este ideal es realmente factible o si, a semejanza de lo que ocurre con el aporte, resulta

necesario cumplir finalmente con el modo que corresponde a cada bien volviendo indirectamente al planteamiento de la teoría atomista.¹⁷⁷

Es sintomática la posición de Peña Gonzáles, quien llega a reconocer que la transferencia de empresa podría regularse mediante un solo título, pero no propone un modo único sino más bien le parece natural el modo atomista.

Al respecto, Francisco Peña y Luis Casals (2004) añaden:

(...) El título de adquisición directa de un establecimiento mercantil es único: será el de compraventa, permuta, aportación no dineraria, dación en pago, etc. Transmitente y adquirente prestan su consentimiento para la adquisición directa del establecimiento mercantil como una unidad; lo cual no impide que la entrega o tradición de esa unidad haya de hacerse conforme a los requisitos y formalidades

¹⁷⁷ **Reglamento del Registro de Sociedades – Resolución SUNARP N°200-2001**

“Artículo 35.- Efectividad de la entrega de los aportes

“En los casos de constitución de sociedades, aumentos de capital o pagos de capital suscrito, la efectividad de la entrega de los aportes se comprobará ante el Registro en las siguientes formas:

a) Si el aporte es en dinero, deberá insertarse en la escritura pública el documento expedido por una empresa bancaria o financiera del sistema financiero nacional, donde conste su abono en una cuenta a nombre de la sociedad;

b) Si el aporte es de títulos valores o documentos de crédito a cargo del socio aportante, mediante el abono de los fondos en la cuenta de la sociedad, lo que se acreditará conforme al inciso anterior.

Cuando el obligado principal no es el socio aportante, el aporte de títulos valores o documentos de crédito se acreditará con la constancia expedida por el gerente, el administrador o la persona autorizada de haberlos recibido debidamente transferidos o endosados a favor de la sociedad;

c) Si el aporte es de bienes registrados, con la inscripción de la transferencia a favor de la sociedad en el registro respectivo. Si los bienes están registrados en la misma Oficina Registral del domicilio de la sociedad, un Registrador se encargará de la calificación e inscripción simultánea en los distintos registros, siempre que el sistema de Diario lo permita.

Si el aporte es de bienes registrados en un registro distinto al del domicilio de la sociedad, deberá inscribirse previamente la transferencia en aquél registro.

Lo dispuesto en este inciso se aplicará también en el caso que el aporte verse sobre otros derechos reales inscritos;

d) Si el aporte es de bienes inmuebles no registrados, bastará la indicación contenida en la escritura pública que son transferidos a la sociedad. En este caso, deberá indicarse la información suficiente que permita su individualización;

e) Si el aporte es de bienes muebles no registrados o cesión de derechos, se requerirá la certificación del gerente general o del representante debidamente autorizado de haberlos recibido. En este caso, deberá indicarse la información suficiente que permita la individualización de los bienes;

f) Tratándose del aporte de una empresa, de un establecimiento comercial o industrial o de servicios, de un fondo empresarial o de un bloque patrimonial, se adjuntará la declaración del gerente general, del administrador o de la persona autorizada de haberlos recibido. El bien materia del aporte deberá ser identificado con precisión que permita su individualización; además, si incluye bienes o derechos registrados, deben indicarse los datos referidos a su inscripción registral. Adicionalmente, se indicará el valor neto del conjunto o unidad económica objeto de la aportación. Son aplicables, según corresponda, las disposiciones de los incisos que preceden.” (Subrayado agregado)

establecidos por la ley para la transmisión de cada uno de los elementos que la integran. (p. 247) (Subrayado agregado)

En parte de nuestro sistema jurídico, por ejemplo, si bien con la sola obligación de enajenar (surgida del consentimiento) se transfiere la propiedad inmobiliaria,¹⁷⁸ ello deja pendiente y difiere a un momento posterior el hecho que el vendedor complete su tarea (como la entrega física del inmueble y la posterior formalización de su transferencia, escriturándola e inscribiéndola en Registros Públicos).

Como puede apreciarse entonces, ni siquiera en nuestro sistema la coincidencia del título y modo releva a las partes de estos costos de transacción (que, aunque no sean llamados “modos”, exigen prestaciones adicionales como: la escritura pública y la inscripción para asegurar el ejercicio eficiente de la titularidad).

Ello lleva a preguntarnos entonces si tiene algún sentido o utilidad la coincidencia, en un solo momento, del título y el modo (por ejemplo, en el “consentimiento”). ¿Es ello eficiente?

Quizá solo podríamos hallar una respuesta si nos planteamos la interrogante de si ello brinda al adquirente una mayor seguridad jurídica y mejor posición para exigir al transferente el cumplimiento de todas las prestaciones que le permitan explotar la empresa que ya es “suya” o, por el contrario, si ello pusiera al adquirente en una posición débil al tener que pagar el precio, ya devengado, antes que el transferente haya concluido con la totalidad de sus prestaciones.

En realidad, no consideramos que la definición de un solo modo o de varios modos vaya a ser crucial para la operación, en tanto el adquirente difiera o

¹⁷⁸ **Código Civil Peruano**
“**Artículo 949.**- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.”

reserve para el final una parte sustancial del precio, haciendo coincidir este momento con el cumplimiento de la última prestación o más aun colocando una parte del precio en una cuenta (generalmente denominada “*escrow account*”) que garantiza luego de la “entrega” (el cumplimiento de todas las prestaciones pactadas) el saneamiento de la transferencia; pues hay algunas prestaciones que requieren un tiempo para evidenciar su cumplimiento idóneo o sus efectos, como por ejemplo, el pacto de no competencia.

Como podemos apreciar, el modo pretende publicitar y asegurar con la obtención de la prestación principal la titularidad del adquirente, lo cual resulta difícil de determinar cuando se trata de un bien complejo, como la empresa. Visto lo cual, adoptar uno u otro sistema no aporta mayor seguridad al titular, por lo cual, podría aceptarse que subsista el sistema de tantos modos como bienes singulares puedan existir hasta en tanto y en cuanto la doctrina y el ordenamiento jurídico definan si cabe institucionalizar el registro de la empresa, en cuyo caso, este podría considerarse el modo idóneo.

En efecto, el registro podría informar de la nueva titularidad, facilitar la inscripción de los bienes singulares registrados y daría publicidad de los bienes entregados, de la situación patrimonial y, en todo caso, de las prestaciones pendientes. De esta manera, el registro sí aportaría lo esencial del modo: publicidad y seguridad.

Como puede apreciarse, no nos estamos refiriendo a la inscripción de la sociedad o persona jurídica, sino a la inscripción de la transferencia de la unidad de producción o del fondo empresarial en funcionamiento.

6. Transferencia con efecto singular o universal

Una transferencia con efecto singular significa que el acto está generando el cambio de titularidad respecto de un bien determinado y singular, cuando es con efecto universal se trata de la transferencia de universalidades, las que referidas a una persona pueden consistir en bloques patrimoniales o en todo su patrimonio, en estos escenarios se podrán comprender también las deudas.

Lo característico de una transferencia con efecto universal es que su sola invocación significa que se han transferido en forma global o genérica todos los activos o pasivos que podía tener un sujeto de derecho, sean conocidos o desconocidos (activos o pasivos ocultos). Las figuras más aceptadas en nuestro ordenamiento jurídico son la de la sucesión *mortis causa* y los supuestos de fusión en derecho societario.

En la ley peruana no existe una disposición que establezca que la transferencia de una empresa -fuera del mecanismo de fusión- pueda realizarse con efecto universal. Es más, la propia Ley General de Sociedades cuando se refiere en el artículo 28° al aporte de la unidad económica como un solo bloque patrimonial ni siquiera está considerando que sea con efecto universal, puesto que la Ley no es expresa ni precisa en que ese sea el efecto querido y buscado por el legislador.

Aporte del activo y pasivo de una empresa: es de notar que el artículo 28 segundo párrafo, regula el saneamiento de un conjunto de bienes aportados a la sociedad “como un solo bloque patrimonial como unidad económica o fondo empresarial”. Esta norma establece indirectamente la posibilidad del aporte del activo y pasivo de empresas o de una línea de actividad de las mismas. En tal caso, se entiende que los elementos patrimoniales transferidos son independientes funcionando económicamente, por lo que integran un todo o unidad

patrimonial. Mas ello no implica que pueda transferirse en un solo acto y en bloque, lo cual es propio de la transmisión particular a título universal, no contemplada en nuestra legislación para este caso. (Manual societario, 2014, p.70) (Subrayado agregado)

Y es que lo particular de una transferencia con efecto universal no es solo que exista un solo título o un modo único, sino que su efecto sea el transferir todo lo listado o inventariado así como aquello que no ha sido incluido en esa relación, vale decir, incluye activos y pasivos ocultos. Esta particularidad hace que la transferencia con efecto universal no sea sustituible por una extensa relación de activos y pasivos a transferir; pues se necesita que la ley posibilite el cambio de titular de aquello que no nació expresamente previsto ni consentido por las partes. No objetamos que el sustento de este mecanismo es el principio de integridad de la empresa, pero si ello no está en una ley no se producirá ese efecto jurídico. En buena cuenta pues, ni el inventario exhaustivo de un conjunto de bienes a transferir ni una multiplicidad de transferencias a título singular hacen el efecto de una transferencia con efecto universal.

En nuestro ordenamiento jurídico, encontramos en el derecho societario los mejores ejemplos de estas dos modalidades de transferencia: (i) la transferencia con efecto universal la hallamos en la fusión por incorporación o por absorción (artículo 344° de la Ley General de Sociedades) y, (ii) la transferencia con efecto singular de unidades de producción o bloques patrimoniales la hallamos en la escisión, de ahí la necesidad de identificar y hacer una relación de los elementos del activo y pasivo, que en su caso correspondan a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión (punto 3 del artículo 372° de la Ley General de Sociedades).

En conclusión, la situación en nuestro ordenamiento jurídico es que no están regulados el título y el modo único, así como tampoco el efecto universal de

la transferencia definitiva de una empresa, salvo el proceso de fusión previsto en la Ley General de Sociedades.

7. Prácticas usuales en la transferencia de empresa

Para lograr una negociación eficiente entre el adquirente y el transferente respecto de la empresa objeto de transferencia y lograr, posteriormente, que esta negociación se materialice en un contrato de transferencia de empresa, será necesario considerar algunas prácticas, actos o acuerdos que van a permitir se realice la operación.

7.1. Actos preliminares al contrato de transferencia de la empresa

En la práctica mercantil existen actuaciones diligentes que se observan previamente a la celebración del título o conjunto de contratos coligados que darán origen a la transferencia de una empresa.

7.1.1. Memorándum de Entendimiento

Denominado también como MOU por sus siglas en inglés “*Memorandum Of Understanding*”. Es el acuerdo previo a la ejecución del contrato o contratos definitivos (correlacionados) que va a regular aspectos esenciales de la etapa de negociación como: intención de ambas partes de tratar la transferencia de la empresa, definir las etapas y procedimiento de la negociación, quienes van a negociar, la entrega de información, el *due diligence*, el plazo de la negociación, la declaración de buena fe durante este proceso y hasta el establecimiento de la jurisdicción arbitral en caso justamente se quebranten las reglas de buena fe, los pactos de confidencialidad y de exclusividad o cualquier otro que tenga carácter obligatorio.

Como puede apreciarse, el memorándum de entendimiento lo que pretende es determinar un derrotero por el cual deben transcurrir las negociaciones,

estableciéndose algunos pasos o etapas sin que ello signifique acuerdos definitivos sobre los contratos de transferencia aun cuando se puedan establecer algunas obligaciones en esta etapa preliminar en aras de garantizar la buena fe bajo la cual se enmarcan las negociaciones.

Agrega Jorge Zúñiga (2011) lo siguiente:

El MOU es un acuerdo de entendimiento sin llegar a ser un contrato preparatorio al carecer de los elementos esenciales del contrato definitivo; asimismo, es -a nuestro entender- un acto jurídico bilateral que crea y regula una relación jurídica entre las partes por lo que obliga a los firmantes según lo expresado en el mismo acuerdo de entendimiento; de ahí que nada impide que la parte afectada por el incumplimiento de la contraparte del MOU pueda ser resarcido por los daños causados por la inejecución de obligaciones previstas en el MOU, por lo antes expuesto se recomienda negociar los términos de estos acuerdos de entendimiento bajo el mismo cuidado y diligencia que el contrato preparatorio y definitivo. (p.4) (Subrayado agregado)

La definición del MOU propuesto por el autor nos ayuda a diferenciarlo de una Carta de Intención (o "*Letter of Intent*"), pues este último es considerado como una oferta o acto jurídico unilateral mediante el cual una persona expresa su intención de adquirir la empresa al titular de la misma, bajo ciertos términos y condiciones. El MOU pues, es una declaración plurilateral y consensuada, y en lo pertinente obliga a las partes.

Aunque no necesariamente exista "como etapa" una Carta de Intención, lo cierto es que esta iniciativa de una de las partes puede impulsar la celebración del MOU.

7.1.2. Acuerdo de confidencialidad

Denominado también “*Non-Disclosure agreement*”, es un contrato preliminar mediante el cual, tanto el transferente y el adquirente se obligan a guardar reserva sobre la información que se intercambia entre las mismas para poder lograr la transferencia de la empresa. También puede pactarse como una cláusula dentro del Memorándum de Entendimiento.

En efecto, Jorge Zúñiga (2011) resalta el carácter accesorio del convenio de confidencialidad respecto del MOU:

(...) el MOU es un entendimiento bilateral (comprador-vendedor) que contempla los lineamientos base y las condiciones mediante las cuales se desarrollarán las negociaciones y la eventual operación, incluido el pacto de confidencialidad y de ser el caso el precio y la forma de pago, aunque este último pueda que sea definido más adelante o surta variaciones según el resultado del Due Diligence. (p.3)

Es importante precisar durante cuánto tiempo debe mantenerse la confidencialidad y dado que se trata de un acuerdo importante, cabe asegurarse que en el contrato que lo incluya se le sujete a la competencia arbitral.

Este acuerdo de confidencialidad es una herramienta sumamente necesaria para impedir la divulgación de datos sensibles de la empresa frente a terceros y de ese modo, perjudicar o generar inconvenientes a la propia empresa o a la negociación en curso sobre la transferencia de la misma. La celebración de este acuerdo, bajo el marco de la buena fe, busca desincentivar el costo de oportunidad que va a tener el presunto adquirente de usar en su beneficio o divulgar la información respecto de terceros, razón por la cual, su objetivo es la seguridad jurídica para las partes que lo pactan.

7.1.3. Due diligence

Una vez que el adquirente ha iniciado las negociaciones con el transferente respecto de la transferencia de la empresa, el primero buscará tener una noción clara e integral de la situación legal, económica y financiera de la empresa que va a adquirir, razón por la cual, realizará una investigación de la misma para conocer su situación real, teniendo en cuenta los potenciales riesgos a los que pudiera estar expuesta. En ese sentido, se van a corroborar las titularidades (derechos de propiedad, usufructo, arrendamientos, licencias, autorizaciones, concesiones), se van a evaluar las cuentas por cobrar (periodicidad y oportunidad en el pago, tolerancias en el retraso, moras, provisiones y castigos no efectuados), activos contingentes y sujetos a litigio, la modernidad u obsolescencia de las maquinarias y equipos, así como las tecnologías, la búsqueda y detección de pasivos no declarados (contingencias tributarias, laborales, responsabilidades contractuales y extracontractuales, evaluación de litigios y procesos judiciales, procedimientos administrativos sancionadores, etc.).

En ese sentido, Iván Restrepo (2008) se refiere al *due diligence*:

En síntesis, la “Due Diligence” es un proceso de investigación y análisis cuya finalidad es conocer el negocio financiero, tecnológico, organizativo y jurídico con el objetivo de proporcionar información relevante que guíe y soporte la decisión de la empresa compradora.

Se efectúa, normalmente, después de que las partes interesadas han llegado a la conclusión de que el negocio es factible desde el punto de vista financiero y después de que se ha logrado un entendimiento preliminar, pero antes de que se firmen los documentos que legalizan la compra del negocio. (p.266)

Generalmente se forma un equipo multidisciplinario compuesto por abogados, contadores y economistas, o ingenieros si fuere necesario para ejecutar esta labor conocida como *due diligence*.¹⁷⁹

Para llevar a cabo este proceso se debe contar con el consentimiento del transferente, ya que la investigación de la empresa trae consigo un análisis minucioso de cada una de las áreas que la componen, teniendo en cuenta los documentos, el personal, los instrumentos que cada una posea, entre otros.

Lógicamente el convenio de confidencialidad debe haber abarcado la información de este proceso.

7.1.4. La cuenta escrow

Las “*escrow accounts*” (por sus siglas en inglés), también denominadas cuentas de depósito en garantía son mecanismos empleados en la adquisición de empresas, para este efecto parte del precio queda depositado en garantía; tienen por objeto proteger al comprador de manifestaciones inexactas del vendedor que generen al primero reclamos, contingencias o pérdidas, pero también sirven para proteger al vendedor cuando este ha pactado un cobro del precio en un plazo diferido; en este caso, el *escrow account* le asegura el cobro del precio pendiente.

¹⁷⁹ Asimismo, debemos señalar que si la empresa (objeto de transferencia) tiene valores inscritos en el RPMV, se deberá informar a la SMV mediante hecho de importancia el inicio del proceso del *due diligence*.

Reglamento de Hechos de Importancia e Información Reservada, aprobado por Resolución SMV N° 005-2014-SMV/01

“Artículo 5.- Información que por su naturaleza puede calificar como hecho de importancia

5.1. En el Anexo que forma parte del presente Reglamento, se incluye una lista enunciativa de hechos, actos, acuerdos y decisiones, que tiene como finalidad facilitar al Emisor la identificación, calificación y clasificación de la información que podría calificar como un hecho de importancia.

(...)”

“ANEXO I

(...)”

29. Inicio de un proceso de *due diligence* o similar solicitado por un accionista o por terceros, o dispuesto por el propio emisor.

(...)”

Ahora bien, estas cuentas *escrow* se aperturan a raíz de un contrato convenido entre las partes que lo pactan. En ese sentido Dan Nakamura (2009) señala:

En ese sentido, podemos afirmar que el contrato de cuenta Escrow consiste en uno mediante el cual se constituyen o depositan fondos en una cuenta determinada, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación. Dichos fondos se encuentran custodiados por un tercero, el cual, de acuerdo a las instrucciones recibidas, se encargará de realizar una serie de pagos a favor de un beneficiario y, luego de cumplidas ciertas condiciones.

En general una cuenta Escrow se crea para la custodia de activos por una persona imparcial, (denominado Agente Escrow) quien retiene dichos activos hasta que se cumplan las condiciones legales predeterminadas en el Contrato Escrow. (p.289)

El autor destaca la actuación del Agente *escrow* como custodio de los activos depositados en la cuenta *escrow* con el objeto de preservar los referidos activos hasta que se cumpla todo lo pactado por las partes dentro del contrato de cuenta *escrow*.

7.2. Actos inherentes al contrato de transferencia de la empresa

7.2.1. Pacto de no competencia

7.2.1.1. Aspectos generales

Es importante situar este pacto de no competencia en su contexto. El transferente debe cumplir con transferir la empresa en su integridad, lo cual incluye uno de sus atributos más apreciados que es el *goodwill*; vale decir, esa cualidad de la empresa de producir flujos de caja a través de la clientela ya adquirida y de su potencial hacia el futuro.

Ello implica desde luego, prestaciones de dar, hacer y no hacer¹⁸⁰ para cumplir ese objetivo, ya hemos explicado cómo es que para el efecto se transferirán o licenciarán signos distintivos, se entregarán listas o bases de datos relacionados con el perfil de los clientes, sus datos personales y sus preferencias; se visitará a los clientes y se presentará al adquirente o se les comunicará la transferencia efectuada; asimismo, para completar la idoneidad de la transferencia se impondrá una obligación de no hacer: la prohibición de competencia.

Manuel Broseta Pont (1968) sostiene que la prohibición de competencia tiene una finalidad doble:

(...) Su justificación es clara y persigue una doble finalidad. En primer lugar, impedir que el transmitente detraiga la clientela ya adquirida, la cual debe transmitirse con la empresa. En segundo lugar, impedir que el transmitente obstaculice la obtención de la nueva clientela que puede captar la empresa transmitida mediante el grado de organización que ésta tenía en el momento de la cesión. (p.74)

No hay que olvidar que el mayor valor que se paga por la empresa (sobre el valor patrimonial) proviene justamente de estas expectativas de ganancias esperadas por el comprador, por lo cual no perturbarlas con actos propios del transferente resulta una regla natural al contrato que materializa el principio de buena fe. Esta sería en principio la naturaleza del pacto de no competencia, una manifestación de la buena fe en la ejecución del contrato con el objeto de no reducir los atributos o cualidades de su prestación, disminuir su valor o hacer inútil la transferencia del bien.

¹⁸⁰ Broseta (1968) lo explica así:

(...) han impuesto tradicionalmente al empresario que transmite una empresa, dos obligaciones fundamentales: 1. Una obligación de hacer o de dar, en virtud de la cual debe entregar todos los documentos y listas que pongan al adquirente en una situación que le permita conocer la clientela normal de la empresa. Por ello mismo a veces se le impone el deber de comunicar a su clientela la transmisión efectuada. 2. Una obligación negativa de no hacer, que impone al empresario transmitente una abstención de la misma actividad que ha venido desarrollando con la empresa hasta el momento de su transmisión. (...) (p.74)

Cabe agregar, la necesidad de circunscribir los efectos de la cláusula respecto de productos, actividades, área geográfica y tiempo de vigencia. Ello es importante pues, determinar los mercados específicos cada día es más difícil, sin olvidar que actualmente hay productos digitales que se comercializan en todo el mundo (*e-commerce*).

Sin perjuicio de lo mencionado, no podemos soslayar que existen una serie de explicaciones u otros fundamentos que también han impactado a la doctrina y entre los preponderantes (junto con el arriba explicado) se identifican cinco posiciones acerca de la naturaleza jurídica del pacto de no competencia: la de competencia desleal, la del abuso del derecho¹⁸¹, la del uso de comercio (derivado de un principio equitativo), la del “saneamiento por evicción” y la de afectación al principio de buena fe.

Sobre el particular, Broseta Pont (1968) señala:

(...) es necesario que nos detengamos brevemente en el análisis de cuál es su fundamento jurídico. Y así, para Ascarelli -antes de la promulgación del Código civil italiano vigente- la prohibición de competencia se basaba en un **principio general** que impone que los contratos deben ser interpretados y ejecutados **de buena fe**. Para otros, esta prohibición es una simple aspiración de un **principio equitativo** que se integra en un verdadero **uso de comercio**. Para Auletta, la competencia realizada por el transmitente al adquirente de la empresa constituye un supuesto de **competencia desleal**. Por el contrario, la doctrina francesa fundaba la prohibición de competencia en la **obligación de garantía por evicción** que grava al enajenante de una empresa. (pp. 74-75) (Resaltado agregado)

¹⁸¹ Establecido en el artículo 103° de la Constitución Política del Perú
“**Art. 103:** (...) *La Constitución no ampara el abuso del derecho*”
Establecido en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil Peruano
“**Artículo II.-** *La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho.*”

La referencia a Ascarelli tiene dos alcances importantes: (i) explica la cláusula de no competencia a partir del principio general de buena fe; y, (ii) su explicación parte de una realidad jurídica en la cual no existía norma positiva que estableciese la cláusula de no competencia (pues se refiere al escenario normativo anterior al Código Civil Italiano); contexto similar al de nuestro ordenamiento jurídico actual.

7.2.1.2. La teoría del abuso del derecho

Antes de hablar del abuso del derecho, es importante distinguir la diferencia existente entre un derecho objetivo y un derecho subjetivo. Sobre el particular, Enrique Cuentas (1997), señala:

(...) La Filosofía del Derecho distingue dos fases en el fenómeno jurídico: la objetiva y la subjetiva, lo que nos conduce a distinguir dos aspectos de ese fenómeno, el **derecho subjetivo** o sea el conjunto de facultades para ser o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establecen en favor del sujeto de derecho; y el **derecho objetivo** o sea el conjunto de normas para ejercitar dichas facultades (...) (p.464) (Resaltado agregado)

Definido lo que es el derecho subjetivo, hay que identificar la naturaleza de este abuso, que el jurista Carlos Fernández Sessarego (1999) lo califica de antisocial por afectar el valor solidaridad:

(...) el fenómeno jurídico conocido como “**abuso de derecho**” consiste en una conducta que, **sustentándose en un derecho subjetivo**, se convierte en **antisocial** al trasgredir en su ejercicio, o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el **valor solidaridad**. Ello origina un específico sui generis acto ilícito que no es materia de la responsabilidad civil. Lo antisocial es lo “**irregular**”, lo “**anormal**”, es

decir, contrario a la solidaridad y, por ende, de la moral social. (p.163)
(Resaltado agregado)

Sobre el particular, Juan Espinoza (1990) sostiene que no cabe aplicar la teoría del abuso del derecho a la naturaleza de la cláusula de no competencia por no existir un derecho subjetivo sobre la clientela.

El abuso del derecho se produce cuando existe una colisión entre un derecho subjetivo –mejor decir, situación jurídica subjetiva o típica- y un interés no protegido jurídicamente como un derecho subjetivo –situación atípica jurídicamente-. **Sobre la clientela**, por su especial naturaleza, **no se puede ejercer ningún tipo de derecho**. Es obvio que existe un interés sobre la clientela; pero ésta no es un elemento de la hacienda sino un modo de ser de la misma. (pp.68-69) (Resaltado agregado)

En esa misma línea, el Tribunal de Defensa de la Competencia sostiene que efectivamente no hay un derecho subjetivo sobre la clientela. La Resolución N°006-1998/CCD-INDECOPI expedida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, señala:

*“(...) Sobre el particular, la Comisión considera necesario dejar en claro que, en una economía de mercado, **no existe un derecho de propiedad de las empresas sobre sus clientes o sobre los consumidores**; por el contrario, estos son libres de contratar con aquellos proveedores que ofrezcan mejores servicios y mejores condiciones de venta. (...)”* (Resaltado agregado)

Asimismo, la Resolución N°191-2005/TDC-INDECOPI, expedida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, señala:

“(...) En efecto, no todo daño causado a un competidor en el mercado es de por sí desleal. Por el contrario, existen daños naturales,

consecuencia de la concurrencia, que son lícitos siempre y cuando se enmarquen dentro de los límites de la buena fe comercial y de las normas de corrección que deben regir las actividades económicas, tales como la pérdida de clientes ante mejores precios, calidades o condiciones de venta de los competidores.

La pérdida de trabajadores o clientes ante ofertas más atractivas es un riesgo natural y previsible. En principio, éstos son libres de optar por el agente que les ofrezca las mejores condiciones. Así, las empresas que concurren en el mercado no sólo compiten para captar mayor clientela, sino que también compiten para captar a los mejores trabajadores, siendo esto último lícito y beneficioso para el desarrollo de una economía social de mercado. (...)” (Resaltado agregado)

No consideramos que el abuso del derecho sobre la clientela sea la categoría más apropiada para explicar el pacto de no competencia, pues como ya hemos visto no existe un derecho subjetivo sobre la misma, no hay una titularidad sobre ella de la cual se pueda abusar, empero, cabe preguntarse si el abuso podría estar recayendo entonces sobre el derecho de competir.

7.2.1.3. La teoría de la Competencia Desleal

Como puede apreciarse la institución del abuso del derecho supondría pues, que el transferente ejerza su derecho a competir al punto que su actividad perturbe la propia prestación ofrecida al adquirente, que consiste justamente en una empresa en marcha con una clientela actual y potencial; sin embargo, puede advertirse que lo perturbador **no es el mecanismo o tipo de conducta** que al emplearse en el ejercicio de la competencia (engaño, confusión, denigración, sabotaje) configura la competencia desleal sino que lo prohibido está en el hecho de competir en sí; vale decir, la

competencia es en sí el elemento perturbador y no la manera en que esta se lleva a cabo.

Obsérvese que la clientela puede ser sustraída por cualquier competidor, ya que no existe titularidad sobre la misma, incluso puede ser sustraída por el mismo transferente luego de un plazo determinado (de haber cumplido idóneamente con su prestación). ¿Dónde está el problema? En la perturbación de una prestación específica ejecutada por el transferente de la empresa en un periodo de tiempo próximo a la transferencia, en un acto propio que le quita contenido a lo ofrecido.

Vale decir, no se trata de una mala conducta o mala práctica institucional utilizada para sustraer clientela en el mercado y que afecta el principio de buena fe¹⁸² empresarial (“cláusulas generales de competencia desleal”); sino que es el ejercicio mismo de la competencia que mediante su desarrollo natural y normal, exento de malas prácticas, termina desmejorando la prestación particular de un determinado contrato de transferencia de empresa.

7.2.1.4. La teoría de la Competencia Prohibida y el Saneamiento Contractual

Indudablemente, de la colisión flagrante entre la prestación ofrecida y el interés propio surge el deber de abstención. Este se encuentra contemplado en una serie de disposiciones normativas como por ejemplo, en los artículos 180° y 287° de la Ley General de Sociedades prohíben que los administradores de las sociedades participen de actividades que compitan con la sociedad, pues se podrían anteponer los intereses particulares al interés social, generando un claro conflicto de intereses. Veamos:

¹⁸² “Sobre el particular la Comisión considera que, dentro del modelo de economía social de mercado, se entiende por buena fe empresarial aquello que caracteriza a la competencia que se sustenta en la eficiencia de las prestaciones que se brindan a los consumidores, como son ofrecer mejor calidad de productos y servicios, poner a disposición de los clientes bienes a precios competitivos y brindar servicios post-venta eficientes y oportunos.” (Resolución N°225-2010/CCD-INDECOPI)

“Artículo 180.- Conflicto de intereses

Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de ésta.

(...)” (Resaltado agregado)

“Artículo 287.- Administración: gerentes

La administración de la sociedad se encarga a uno o más gerentes, socios o no, quienes la representan en todos los asuntos relativos a su objeto. Los gerentes no pueden dedicarse por cuenta propia o ajena, al mismo género de negocios que constituye el objeto de la sociedad. Los gerentes o administradores gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal por el solo mérito de su nombramiento. Los gerentes pueden ser separados de su cargo según acuerdo adoptado por mayoría simple del capital social, excepto cuando tal nombramiento hubiese sido condición del pacto social, en cuyo caso sólo podrán ser removidos judicialmente y por dolo, culpa o inhabilidad para ejercerlo”. (Resaltado agregado)

También existen prohibiciones absolutas como la prevista para los magistrados y jueces en el artículo 14° del Código de Comercio¹⁸³:

¹⁸³ Ello concuerda con numeral 4 del art. 40° de la Ley de la Carrera Judicial (Ley N°29277), tal y como ha quedado interpretado por la Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º 0019-2009-PI/TC, en su considerando N°43:

“43. En ese sentido, el Tribunal considera que debe declararse la constitucionalidad del artículo 40, inciso 4, de la Ley de la Carrera Judicial, debiendo interpretarse la expresión “socio, accionista (a excepción de adquirirse tal condición por sucesión hereditaria o antes de la asunción al cargo)” en el sentido que ello es así siempre y cuando la persona no tenga la dirección o gestión de la empresa, y en caso de presentarse el supuesto de un

“Artículo 14º.- Incompatibilidades para ejercer el comercio

No podrán ejercer la profesión mercantil por sí ni por otro, ni tener cargo ni intervención directa, administrativa o económica, en sociedades mercantiles o industriales, dentro de los límites de los departamentos, provincias o pueblos en que desempeñen sus funciones:

1) Los magistrados, jueces y funcionarios del Ministerio Fiscal en servicio activo.

(...)”

La jurisprudencia de INDECOPI ha considerado que la perturbación de la cláusula específica que prohíbe la competencia constituye más bien un caso de competencia prohibida y no de competencia desleal. En efecto, INDECOPI ha distinguido supuestos en los que la ley o acuerdos expresos consideran que la competencia no debe darse; puesto que se afectan principios de buena fe vinculados a deberes de función, fiduciarios, de lealtad, éticos o de buena conducta entre partes contratantes.

La Resolución N°566-2005/TDC-INDECOPI, expedida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, lo explica en su calidad de Precedente de Observancia Obligatoria:

“(...)”

2. La competencia prohibida es una situación excepcional que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Para que se configure la competencia prohibida, la sola concurrencia en el mercado debe encontrarse negada

interés directo o indirecto con la empresa en la que participa económicamente, éste deberá abstenerse de resolver, bajo sanción, conforme a las reglas generales de la inhibición y la recusación aplicables en la judicatura”.

y ser ilícita, no teniendo relevancia si la actividad realizada en el mercado se encuentra ajustada o no a la buena fe comercial.

(...)"

Ciertamente la noción de "competencia prohibida", permite descartar una vez más a la institución de la "competencia desleal" como el origen de la cláusula de no competencia.

Queda claro que, si el transferente no acata la obligación referente al pacto de no competencia estipulada dentro del contrato, puede el adquirente recurrir al saneamiento del contrato, que en nuestro concepto se trata del saneamiento por hecho propio y no al saneamiento por evicción¹⁸⁴.

En ese sentido, coincide Juan Espinoza Espinoza (1990):

Como observamos anteriormente, si en el contrato se estipula la obligación de no concurrencia y, si esta se incumple, se producirá el saneamiento por el hecho propio del transferente. El sexto punto del informe de la Segunda Instancia, del caso Melazo C. Bruno, que comenta Goldschmidt, se pronuncia en el sentido que <<La obligación de no restablecimiento debe tener un límite en el espacio, en el tiempo o en el ramo de comercio; pero si es ilimitada [...] siempre habrá límites lógicos y razonables que debe respetar el vendedor, correspondiendo a los tribunales determinar si tales límites han sido o no ultrapasados>>. (p.70)

¹⁸⁴ La evicción viene a ser una situación en la cual, el adquirente pierde total o parcialmente el objeto comprado debido a que un tercero ha ganado en vía judicial el derecho de propiedad del objeto comprado, el mismo que fue anterior a la transferencia realizada a favor del adquirente; sobre la evicción, existirá un saneamiento que debe ser asumido por el transferente. Veamos lo señalado por el Código Civil

Código Civil Peruano

"Artículo 1485.- En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor".

"Artículo 1491.- Se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia."

Sin embargo, la interrogante continúa ¿por qué razón el legislador podría establecer al regular la transferencia de empresas la prohibición de competencia por parte del transferente¹⁸⁵? o, ¿por qué razón las partes ante el silencio legislativo la pactarían expresamente? o, ¿por qué razón ante la ausencia de pacto, el adquirente se sentiría con derecho a reclamar la abstención del transferente?

7.2.1.5. La teoría de la buena fe

Nos queda claro que el pacto de no competencia estipulado expresamente, obliga al saneamiento por hecho propio (pues está infringiendo una cláusula prohibida). Entonces, cabría preguntarse: ¿Cuáles serían las razones para extender este saneamiento si es que la no competencia carece de estipulación expresa?

En primer término, debemos partir del principio rector en todas las etapas del contrato, contemplado en el artículo 1362 del Código Civil Peruano:

¹⁸⁵ **Código Civil Italiano**

“Artículo 2557. Prohibición de competencia.- Quien enajena la hacienda debe abstenerse durante el período de cinco años desde la transferencia, de iniciar una nueva empresa que, por el objeto, la ubicación u otras circunstancias, sea idónea para desviar la clientela de la hacienda cedida.

El pacto de abstenerse de la competencia en límites más amplios de los previstos por el apartado anterior es válido, siempre que no impida toda actividad profesional del enajenante. Dicho pacto no puede exceder en su duración de cinco años a contar de la transferencia.

Si en el pacto se indica una duración mayor o la duración no se encuentra establecida, la prohibición de competencia vale por el período de cinco años a contar de la transferencia.

En el caso de usufructo o de arrendamiento de la hacienda la prohibición de competencia dispuesta por el primer apartado vale respecto del propietario o del arrendador por la duración del usufructo o del arrendamiento.

Las disposiciones de este artículo se aplican a las haciendas agrícolas sólo en cuanto a las actividades conexas a ellas, cuando respecto de éstas sea posible una desviación de clientela.”

Código Civil de Honduras

“Artículo ° 423: Son válidos los pactos que restrinjan la actuación mercantil de un comerciante respecto a una plaza o región y una especie determinada de comercio, si no tienen duración superior de diez años”.

Código Civil de Guatemala

“ARTICULO 663. Prohibición de concurrencia.

Quien enajena una empresa debe abstenerse, durante los cinco años siguientes a la transmisión, de iniciar una nueva que, por su objeto, ubicación y demás circunstancias, pueda desviar la clientela de la empresa mercantil transmitida, constituyendo una competencia desleal, salvo pacto en contrario.

En caso de usufructo o de arrendamiento de una empresa, la prohibición de concurrencia es válida frente al propietario o el arrendante, por el tiempo que dure el usufructo o el arrendamiento”.

“Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

De modo refractario a este marco, el empresario estaría afectando el cumplimiento de su propia obligación y estaría perjudicando la idoneidad de su “prestación” (en realidad del grupo de prestaciones que permiten transferir la empresa con todos sus atributos) si es que inmediatamente se reorganiza empresarialmente y compite con el adquirente de su empresa anterior. Esta actuación en contra de sus mismos actos estaría afectando la buena fe con la que debe cumplir su contrato y genera, por tanto, la obligación de sanearlo. De ahí que el saneamiento sea una consecuencia del desmejoramiento de la prestación causada por la afectación al principio de buena fe.

La doctrina señala que aun cuando no se hubiere previsto dicha estipulación dentro de un contrato se la podría considerar implícita basándose justamente en el principio de buena fe, también presente en la ejecución contractual, pues resulta evidente que la competencia del transferente perturbaría la propia obligación de transferir la empresa, la cual, como ya ha sido explicado comprende no solo el bloque patrimonial sino las expectativas de las ganancias y clientela fidelizada a la unidad de producción transferida.

En torno a la cláusula implícita, Juan Espinoza Espinoza (1990) señala:

En el caso que la cláusula de no concurrencia no está incluida en el contrato, pensamos, en consonancia con la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, que ésta **operará de pleno derecho**, porque de lo contrario **se estaría mermando la finalidad** para la cual fue adquirida la hacienda, **basada en la buena fe de las partes** contratantes. (p.70)
(Resaltado agregado)

En realidad, la buena fe impone conductas que obligan a una actuación positiva o conllevan un deber de abstención. Manuel De La Puente y Lavalle (1983), lo explica de la siguiente manera:

(...) el deber que la lealtad impone al enajenante de no perturbar al adquirente en el goce del derecho que le ha transmitido no es aquel deber general que pesa sobre todos los hombres de no perturbar lo ajeno, sino un **deber especial de abstención que emana del contrato**. Por ello, la violación de ese deber general dará lugar a una obligación ex delicto, pero **la violación de este deber especial originará una responsabilidad ex contractu**. (p.348) (Resaltado agregado)

Ascarelli sostiene también que el origen del pacto de no competencia se hallaría en un uso comercio que deriva del principio equitativo. Este argumento encierra dos afirmaciones como pues, el uso alude a la norma consuetudinaria, que vuelve obligatoria la conducta de no competir y ello deriva de no quebrar el principio equitativo. Entendemos que este principio se refiere al carácter conmutativo de las prestaciones, vale decir, que las partes cuando las pactaron consideraron a estas como equivalentes y que el ejercicio del derecho de competencia estaría rompiendo esta equivalencia¹⁸⁶.

Obsérvese, sin embargo, que la afectación de esa equivalencia se encuentra justamente en la afectación de la buena fe en la ejecución del contrato. En efecto, la equivalencia de las prestaciones puede haber sido afectada por un supuesto de excesiva onerosidad en la prestación (teoría de la imprevisión) o por la lesión; sin embargo, en este caso se trata de una acción posterior a

¹⁸⁶ De la Puente y Lavalle (2011) explica la teoría de la reciprocidad de las prestaciones tomando como referencia a Hugo Taranto y citando a Giovanni Pacchionni:

“Es la teoría más difundida y se basa en la necesidad de mantener el equilibrio tanto entre las obligaciones recíprocas (sinalagma genético) cuanto entre las recíprocas prestaciones (sinalagma funcional), pero destacando que es en este último sinalagma cuando el comportamiento de las partes puede provocar la actuación de la excepción. Según dice Pacchionni, cuando dos personas concluyen un contrato bilateral, ellas asumen obligaciones recíprocas y correspectivas, que establece una absoluta paridad de situación jurídica, la cual se vería alterada si una de las partes debiera cumplir la propia obligación, independientemente de haber la otra cumplido la suya o estar dispuesta a cumplirla contemporáneamente” (p. 319)

la celebración del contrato y a cargo de una de las partes que configura una perturbación a la buena fe en la ejecución contractual.

7.2.1.6. Conclusiones

1. El pacto de no competencia consiste en una prestación de **no hacer**, vale decir, una abstención del antiguo empresario (transferente) de realizar actos de competencia con el nuevo empresario (adquirente), de manera que no obstaculice el desarrollo de su actividad económica recién emprendida.
2. Consideramos que la no competencia es una cláusula implícita en toda transferencia de empresa, su naturaleza jurídica se encuentra en el principio de buena fe contractual y su perturbación obliga al saneamiento por hecho propio; cuando se estipula expresamente el pacto de no competencia, su infracción configura además un supuesto de competencia prohibida y no de competencia desleal. No podemos dejar de soslayar que este es uno de los elementos característicos e inherentes a la transferencia definitiva o inclusive temporal de la empresa. No se concibe el tráfico de la empresa sin que su extitular, deje de realizar la misma actividad con posterioridad a su transferencia.

7.2.2. Asistencia técnica

Cuando la empresa que se transfiere ha sido explotada exitosamente, ha venido generando buenos rendimientos (gracias a su dirección general) o ha tenido algunos aspectos o áreas con un manejo sumamente eficiente (por ejemplo, un manejo inteligente en atención al cliente, recursos humanos o relaciones comunitarias), el adquirente buscará conservar en la empresa dichas cualidades o atributos, lo cual obligará a preservar el personal estratégico o contratar la asistencia técnica del titular anterior de la empresa

si es que este hubiere sido el elemento clave para generar una organización eficiente con dichas cualidades.

Este servicio de asistencia técnica¹⁸⁷ podría manifestarse de diversas maneras, sea mediante un contrato de prestación de servicios de asesoría y capacitación o mediante pactos anexos, si se ofreció al transferente la gerencia o la presidencia del directorio. El plazo de la asistencia técnica se puede convenir en el contrato específico o en el contrato de transferencia de empresa.

El abogado Ricardo Guevara Bringas (2015) señala algunos servicios que podría comprender la asistencia técnica:

“(i) Servicios de ingeniería. Estos servicios incluyen la ejecución y supervisión del montaje, instalación y puesta en marcha de las maquinas, equipos y plantas productoras; la calibración, inspección, reparación y mantenimiento de las maquinas, equipos; y la realización de pruebas y ensayos, incluyendo el control de calidad, estudios de factibilidad y proyectos definitivos de ingeniería y arquitectura”.

“(ii) Investigación y desarrollo de proyectos. Estos servicios incluyen la elaboración y ejecución de programas pilotos, la investigación y experimentos de laboratorios; los servicios de explotación y la planificación o programación técnica de unidades productoras”.

¹⁸⁷ Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta – Decreto Supremo N° 122-94-EF

“Artículo 4-A.- RENTAS DE FUENTE PERUANA

Para efectos de lo establecido en el Artículo 9 de la Ley, se tendrá en cuenta las siguientes disposiciones:

(...)

c) Se entiende por Asistencia Técnica a todo servicio independiente, sea suministrado desde el exterior o en el país, por el cual el prestador se compromete a utilizar sus habilidades, mediante la aplicación de ciertos procedimientos, artes o técnicas, con el objeto de proporcionar conocimientos especializados, no patentables, que sean necesarios en el proceso productivo, de comercialización, de prestación de servicios o cualquier otra actividad realizada por el usuario.

La asistencia técnica también comprende el adiestramiento de personas para la aplicación de los conocimientos especializados a que se refiere el párrafo anterior.

(...)”

“(iii) Asesoría y consultoría financiera. Se trata de la asesoría en valoración de entidades financieras y bancarias y en la elaboración de planes, programas y promoción a nivel internacional de venta de las mismas; asistencia para la distribución, colocación y venta de valores emitidos por entidades financieras”.

Ahora bien, la asistencia técnica puede llevarse a cabo en forma presencial o no presencial (vía telefónica, vía electrónica, etc.) dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso.

En buena cuenta, la asistencia técnica consiste en la transmisión de conocimientos especializados relacionados con la organización, producción o prestación y, en general, ejecución de una actividad de manera eficiente y competitiva; siendo este uno de los elementos que le ha dado valor a la empresa, la estipulación de la asistencia técnica resulta ineludible.

8. Otros contratos relacionados con el tráfico de la empresa

8.1. *Diferencia con el Arrendamiento o Usufructo de Empresa*

A estas alturas del presente trabajo, queda claro que mediante el contrato de transferencia definitiva de la empresa se transfiere la titularidad de la misma en forma permanente. El transferente se desprende de la explotación de la empresa, enajena la organización patrimonial y pone al adquirente en la condición de titular definitivo de la empresa.

A la transferencia temporal de la misma se le conoce como arrendamiento o usufructo de la empresa. Esta puede extenderse por un plazo de 5, 10, 20 años¹⁸⁸ o más, periodo dentro del cual, el arrendatario o usufructuario se presentará en el mercado como el titular de dicha empresa, es decir, como el empresario con derecho a explotar dicha unidad de producción.

¹⁸⁸ Los contratos de arrendamiento tienen un plazo máximo de 10 años, los contratos de usufructo pueden durar hasta 30 años. Sin embargo, debe considerarse que la cesión temporal de la empresa podría considerarse una naturaleza jurídica diferente al del arrendamiento o usufructo, en cuyo caso estos límites temporales no le serían aplicables.

Si tuviéramos que hacer una analogía, podríamos decir que la compraventa de una cosa es a la transferencia definitiva de la empresa como el arrendamiento de una cosa es a la transferencia temporal de la misma.

María Isabel Tejada (1997), quien considera a la empresa como un fondo empresarial en funcionamiento, explica esta figura de la siguiente manera:

La transferencia del fondo empresarial, implica la cesión definitiva de su titularidad y explotación, en favor del adquirente. Así, en la transferencia de fondo empresarial, el titular se desvincula por completo del negocio y pierde toda posibilidad de recuperar su explotación una vez superada la causa que motivó su transferencia. En cambio, el contrato de arrendamiento del fondo empresarial sólo obliga al titular del mismo a ceder temporalmente su explotación en favor del arrendatario, manteniendo su titularidad y la posibilidad de continuar con la explotación del fondo una vez concluido el contrato de arrendamiento. (pp. 91-92)

El objetivo de este contrato está constituido por la explotación temporal de una unidad de producción o empresa en marcha y, eventualmente, un fondo empresarial listo para funcionar.

En opinión de Jairo Medina Vergara (2011):

(...) el establecimiento debe funcionar en un local. Pero no es necesario que dicho local pertenezca al titular del establecimiento. Bien puede éste ser un simple tenedor, con sus derechos derivados de un contrato de arrendamiento. El local del negocio, como inmueble, no forma parte de los bienes del establecimiento de comercio (muebles). Sólo forman parte de éste los derechos derivados del contrato de arrendamiento. Por otra parte, no debe confundirse el contrato de arrendamiento de local de negocio con el

contrato de arrendamiento de un establecimiento de comercio. Mediante el primero solo se obtiene la tenencia de un local. En el caso del segundo, se da en arrendamiento una explotación, o varias, que se enlazan en el establecimiento, con todos los elementos materiales e inmateriales necesarios para aprovechar el negocio (enseres, marcas, patentes, mobiliario, instalaciones, mercaderías, clientela, etc.). En realidad, lo que se arrienda es el mismo negocio, montado y funcionando, o listo para funcionar. (p.193)

Esta transferencia temporal tiene algunas particularidades, a saber:

1. El acto jurídico conlleva generalmente la transferencia en propiedad de ciertas existencias o mercaderías, las mismas que deberían ser restituidas al final del contrato o al menos en su valor.
2. Existe la obligación de mantener o incrementar el *goodwill* que genera que la empresa valga más que su valor patrimonial.
3. La indemnización en caso de que el valor de la empresa se haya visto reducido y, a su vez, afectada la clientela.
4. La cláusula de no competencia impuesta al “arrendador” durante la cesión temporal de la empresa y la que se impone al “arrendatario” después de cesar el arrendamiento de la empresa.
5. La contraprestación podría ser fija o variable, según se haya pactado.

Como puede apreciarse, este contrato aun cuando guarda algunas semejanzas con la transferencia definitiva de la empresa, presenta una serie de particularidades (como las expresadas líneas arriba) que obligan a un tratamiento especial del legislador.

No corresponde que nos extendamos en el tratamiento de este tema ni a la solución legislativa, pues corresponden a otro trabajo de investigación. Sin embargo, estamos seguros que varios de los aportes de este trabajo serán útiles para una posterior investigación en dicha materia.

8.2. Diferencia con el Gravamen de la Empresa

En realidad, parece evidente la diferencia entre la traslación de la titularidad y el gravamen de este bien complejo, lo cual indudablemente nos llevaría analógicamente a la clásica distinción entre un derecho real pleno y un derecho real de garantía; aquel (el derecho real pleno) confiere al titular todos los atributos (posesión, uso, disfrute y disposición) sobre una cosa, mientras que la garantía ofrece el poder de realizar un bien ajeno para pagar una acreencia.

La doctrina ha planteado conceptualmente la posibilidad de la “hipoteca de la empresa” o de la “prenda de la misma”; la primera, ha sido contemplada en el artículo 1103¹⁸⁹ del Código Civil y la segunda puede estructurarse a través del Decreto Legislativo N°1400, que aprueba el régimen de Garantía Mobiliaria. Ambos escenarios requerirían regulación pues, la hipoteca de la unidad de producción o empresa no ha sido desarrollada y la otra opción, el gravarla a través de la garantía mobiliaria, exigiría ajustes a su formato actual como la posibilidad de ampliar el conjunto de bienes que la comprenden y de su remate o venta global forzosa. Una tercera opción implicaría combinar ambos gravámenes para lograr el objetivo de una afectación global de la empresa y diseñar un procedimiento para el remate o venta conjunta de sus bienes.

8.3. Diferencia con el contrato de Franquicia

Este punto tiene por objetivo distinguir el contrato de franquicia del contrato de transferencia definitiva de empresas, pues si bien tienen algunas similitudes no tienen el mismo objeto o función económica.

¹⁸⁹ **“Artículo 1103°.- Hipoteca de unidad de producción**
Los contratantes pueden considerar como una sola unidad para los efectos de la hipoteca, toda explotación económica que forma un conjunto de bienes unidos o dependientes entre sí.”

En pocas palabras, el contrato de franquicia tiene por objeto lograr que la parte franquiciada pueda reproducir o “clonar” la unidad de producción del franquiciador o franquiciante.

El franquiciador o franquiciante generalmente es el titular de la empresa que tiene una performance exitosa en el mercado lograda en base a su organización, lo que implica una forma particular de hacer, presentar, distribuir o entregar el bien o servicio. Lo central es que esta “forma particular de hacer las cosas” pueda estandarizarse, pueda sintetizarse en un manual de operaciones y que pueda ser transmitida a través de una serie de prestaciones de dar, hacer y no hacer.

En efecto, el contrato de franquicia se caracteriza por una serie de prestaciones económicas por el lado del franquiciador o franquiciante que pueden consistir en el suministro de insumos o materia prima, la asesoría en la adquisición de activos fijos como maquinarias, equipo inmobiliario, la ubicación del local, la licencia de signos distintivos y el licenciamiento del *know how*, información sobre proveedores y sobre el público objetivo (clientes), entrega de manuales de operaciones, capacitación y asistencia técnica, así como una cláusula de exclusividad en una área geográfica determinada; lográndose finalmente “reproducir a una empresa” sin que la original haya sido transmitida por el franquiciador o franquiciante.

En otras palabras, el contrato de franquicia no genera ningún cambio de titularidad, sino que autoriza a un nuevo empresario a imitar plenamente la organización del franquiciador.

En ese sentido, Laura García Gutiérrez (2010) sostiene que:

(...) Si quisiéramos describir de una manera sencilla qué es un contrato de franquicia, podríamos definirlo como un contrato de reproducción de empresa, pues se trata al fin y al cabo de la reiteración de un éxito

comercial. En la franquicia, un empresario consolidado, que goza de cierto éxito y prestigio en el mercado, el franquiciador, cede a otro, el franquiciado, el conjunto de bienes inmateriales que componen su sistema propio de comercialización de productos o servicios y que han sido determinantes para su consolidación en el mercado. (p.250)

Cristhian Northcote (2008) señala:

Consideramos que el contrato de franquicia es aquel por el cual una empresa denominada franquiciante, concede a otra, llamada franquiciado, una licencia que le permite realizar la explotación de un negocio en un determinado territorio, tal como lo haría el propio franquiciante, dotándolo para tal efecto de los conocimientos, bienes y derechos necesarios para poner el negocio en marcha, a cambio del pago de una regalía que suele estar fijada como un porcentaje sobre las ventas. (p. VIII-1)

Walter Aguirre (2014) señala:

El formato de negocios por el cual el Franquiciante concede al Franquiciado, por un tiempo y para un territorio determinado, el derecho de usar una marca o nombre comercial, transmitiéndole los conocimientos técnicos necesarios que le permitan instalar, operar y comercializar bienes o servicios con métodos uniformes a cambio de contraprestaciones previamente convenidas. (p.15)

Luego, Verdera y Tuells (2000: 19) destaca que “(...) *en los acuerdos de franquicia se produce la transmisión para su explotación de un método comercial completo (...)*” que se acostumbra denominar paquete de franquicia o *franchising package*, en el cual es fundamental la constante capacitación del franquiciador o franquiciante.

En la misma línea, Hernando Gimenez (2000) sostiene que:

(...) la ulterior actualización de éste paquete le corresponde al franquiciador, quien para ello tendrá en cuenta, entre otros extremos, la información que le comunique el franquiciado sobre el desarrollo del negocio (desarrollo de canales de comunicación recíprocos). (...) Para que el franquiciado pueda conocer al detalle el modus operandi del franquiciador y seguir así fielmente sus pasos, éste le suele entregar un manual operativo, el manual de explotación de la franquicia”. (p.238)

Max Arias Schreiber (1999) señala:

(...) tratándose de la compraventa (en buena cuenta, la transferencia de empresa) radica en que los bienes objeto del know how no son susceptible de apropiación y, por lo mismo, no existe transferencia de derecho de propiedad alguno. La demostración de éste hecho está en que los conocimientos objeto del contrato pueden ser explotados simultáneamente por el licenciante y el licenciado, lo cual no sería posible si se tratase de bienes cuya propiedad se transmitiese. (p.243)

No hay una renuncia por parte del empresario franquiciador a continuar con la gestión de su empresa; en tal sentido, lo único que se produce es un suministro de determinados bienes de la empresa franquiciadora (insumos, licencias, signos distintivos), en favor de la empresa franquiciada, así como una capacitación del personal de la misma. Mientras que en la transferencia definitiva de la empresa, dicho desprendimiento resulta ser absoluto, vale decir, que el empresario, quien pretende transferir su empresa, lo hará de manera total e íntegra, sin conservar ninguna intención de continuar con la actividad económica realizada durante su gestión, de tal manera que le permita al nuevo empresario, adquirente de dicha empresa, realizar tal actividad económica de un modo eficiente y que le permita introducirse al mercado como titular de la empresa.

En conclusión, mediante el contrato de franquicia, el franquiciador brinda una serie de prestaciones con contenido corporal e incorporal con el objeto de que el franquiciado pueda reproducir una empresa similar a la del franquiciante o franquiciador, pero ello no conlleva la transferencia de la empresa o de algunos elementos patrimoniales u organizacionales de la misma. Vale decir, el franquiciador o franquiciante no se desprende de su condición de empresario titular de la empresa, este continuará gestionando, asumiendo el riesgo y obteniendo los resultados económicos del ejercicio de su empresa.

9. La Empresa y el Registro Público

En este punto vamos a determinar el rol que tiene un registro jurídico para el caso de la transferencia de empresa y gravamen sobre la misma, quedando descartado para dichos efectos que este sea un mero registro administrativo. Determinaremos, asimismo, la relación del registro personal con las transferencias definitivas o temporales de la empresa; así como la relación del registro de bienes inmuebles y el mobiliario de contratos con el gravamen de las empresas.

9.1. El Sistema Registral y los tipos de Registro

Un registro es un sistema organizado de información que permite acceder a ciertos datos relevantes seleccionados por el legislador y que se hacen públicos a través de su difusión. En general, reduce costos de transacción, al hacer accesible la información, y en ciertos casos inclusive, al brindar seguridad jurídica a los actos celebrados de buena fe por los usuarios que se sirvieron de la información puesta a disposición por el Registro.

En ese orden de ideas, es importante distinguir dos clases de registros: uno de “información administrativa” (SUNAT, SMV, etc.) y uno de “seguridad

jurídica” (SUNARP, Propiedad Intelectual de INDECOPI, Padrón Minero Nacional del INGEMMET, etc.).

Lo que se entiende por “registro de seguridad jurídica” o “registro jurídico” es aquel que tiene por función principal generar certidumbre respecto de las situaciones y relaciones jurídicas de los particulares a quienes está destinado dicho registro. En ese sentido, se trata de un registro que dota de una existencia (*iuris et de iure*) y una validez (*iuris tantum*) frente a terceros de aquellas situaciones jurídicas relevantes creadas principalmente por los particulares. La “seguridad jurídica” a la que se hace alusión en la denominación de este tipo de registro constituye una garantía que el derecho otorga a los usuarios del registro de ver conservados y respetados sus derechos ante cualquier tipo de afectación y que, de producirse dicho daño, se vean debidamente reparados.¹⁹⁰

Al respecto, comenta Pablo Segre (2007):

El efecto de inscribir un acto o hecho jurídico en el Registro Público de la Propiedad es dar certeza y conocimiento público respecto de dicho acto o hecho y hacerlo oponible a terceros, es decir, es el medio por el cual un acuerdo privado celebrado entre dos personas puede generar una obligación de respeto y de reconocimiento por parte de terceros que no fueron parte de dicho trato. (p.11)

Por otro lado, tenemos al “registro de información administrativa” o “registro administrativo” denominado así dada la utilidad práctica a que se encuentra dirigido: dotar de información a la administración pública para el desarrollo

¹⁹⁰ En este punto, mostramos las ideas del jurista Roca Sastre, desde la perspectiva del sistema registral alemán (...). Aunque el Registro pueda publicar una situación jurídica que no concuerda con la realidad extrarregistral, el sistema inmobiliario registral alemán presume que el contenido del Registro es exacto y mantiene a veces sus pronunciamientos como absolutamente exactos, en cuanto se refieran a materia jurídica.
Para ello parte el criterio práctico de que normalmente hay concordancia entre el Registro y la realidad, de suerte que es hasta cierto punto excepcional su discordancia.
El Registro con efecto de exactitud de lo registrado en el sistema alemán, solamente se presume en beneficio de todo titular registral, por el solo hecho de tener la posición de tal titular según el Registro; en beneficio del adquirente que confió en el Registro e inscribió su adquisición la exactitud del Registro no se presume sino que vale como exacto en definitiva. (Sastre, 2000, p.60)

de sus diversas actividades. En ese caso, podemos decir que un registro será administrativo en la medida que su utilidad práctica sea principalmente a favor de la Administración Pública, el Estado y el sector público en general. Juan Antonio Leyva (1989) señala:

En los Registros administrativos prima el interés general o público. Por ser la actividad registral de los Registros administrativos desarrollada por entes públicos conforme a un régimen de Derecho público, con objeto de satisfacer una necesidad general o interés público (...) (p. 274)

Si bien podemos inferir que todos los registros pueden tener afinidades y similitudes en ciertos aspectos, es importante observar que cada registro tiene, en principio, una utilidad práctica dirigida a satisfacer un interés determinado (sea público en el caso de los registros administrativos, o privado en el de los registros de seguridad jurídica). Es evidente que todo registro debe cumplir unos fines de económicos, así como de seguridad jurídica. Al respecto, Juan Antonio Leyva (1989) comenta:

Los registros convierten público lo que es privado; pero, frente a la publicidad de los Registros administrativos, meramente informativa, publicidad de anuncio, contrasta la publicidad sustantiva de los Registros Jurídicos. Sustantividad equivale a eficacia jurídica, y es nota esencial de los Registros jurídicos. La inscripción da vida legal a lo inscrito, convierte las inscripciones en declaraciones de derechos privados. El valor jurídico de lo inscrito marca los derechos y obligaciones de los terceros, con efectos declarativos o constitutivos de las relaciones jurídicas.

La publicidad, por tanto, de los Registros jurídicos y administrativos es diferente; la primera sustantiva, la segunda informativa. (p.299)

A su vez, Leonor Rams (2008), citando a Pau Pedrón, señala:

La accesibilidad propia de los Registros de información administrativa no coincide con la cognoscibilidad que caracteriza a los Registros de seguridad jurídica. (...) El derecho de acceso a los Registros de la Administración tiene su base en razones jurídico-públicas: el principio de transparencia administrativa y de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, el derecho de los representantes públicos y de los informadores a conocer los presupuestos de la actuación administrativa. El conocimiento del contenido de los registros de seguridad jurídica tiene un fundamento jurídico-privado: la necesidad del ciudadano de adquirir certeza sobre determinadas situaciones, como presupuesto para entablar relaciones jurídicas. (pp. 328-329)

En nuestro país, por ejemplo, existen registros organizados que se hallan bajo la administración de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP): el Registro de Propiedad Inmueble; el Registro de Bienes Muebles; así como el Registro de Personas Naturales y el Registro de Personas Jurídicas. También, existe aquel administrado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI): Registro de Propiedad Industrial (dentro del cual se incluyen a las patentes, marcas y signos distintivos). Estos serían ejemplos de los denominados registros que brindan "seguridad jurídica".

También existen los que tienen una utilidad administrativa y más que brindar seguridad jurídica son principalmente informativos tanto para la administración como para terceros; por ejemplo, el Registro Único de Contribuyente (RUC) identifica al contribuyente, sus tributos, su gerente y sus accionistas de la persona jurídica. Dicha información (que coincide en algunos extremos con el Registro de Personas Jurídicas de SUNARP) no brinda la seguridad jurídica, pues no es ese su objetivo. También pueden ser ejemplos de registros administrativos, los registros de infracciones a cargo

de las instituciones del Estado (INDECOPI, SBS, SMV, OEFA, SUNASS, SUTRAN, OSIPTEL, OSINERGMIN), así como el Registro de Proveedores del Estado (RNP), Registro Sanitario para Productos Farmacéuticos (DIGEMID), Registro Sanitario de Alimentos (DIGESA), Registro de Antecedentes Penales, entre otros.

9.2. ¿Registrar a las empresas o registrar las operaciones sobre las mismas?: del registro de bienes al registro de personas

9.2.1. El registro de bienes

Hemos dicho que la empresa es un bien complejo, tiene una magnitud y un valor económico y es objeto de tráfico jurídico (“vende”, “arrienda” y se le da en “garantía”); ello permitiría pensar que la situación tiene una fácil solución, simplemente hay que identificar a la empresa como un “bien” y abrirle su partida registral como “tal”. Vale decir, hay que inscribirla en el registro de bienes.

Empero, cuando se profundiza y se quiere implementar el sistema, nos encontramos que aquello que se reputa como un “bien”, está realmente compuesto por una variedad de titularidades sobre bienes individuales, materializadas a través de una serie de prestaciones de dar, de hacer o de no hacer, que conformando una unidad expresan a su vez, cualidades o atributos que le dan valor. Para agregar dificultad a este asunto, cabe advertir que además una buena parte de sus bienes (activo negociable: como dinero, cuentas por cobrar, existencias, etc.), sino a veces todos, están en constante cambio, sustitución o transformación en otros bienes y prestaciones, logrando con ello: incrementar su valor, solo mantenerlo o incluso perderlo.

Esta característica de la unidad de producción, que además debe advertirse, está constituida no solo por activos (bienes) sino también por pasivos en mutación constante, ha llevado a pensar en la poca utilidad que tiene su

registro como “bien”, pues al poco tiempo podría ser otra cosa; lo cual permite concluir que su permanente mutabilidad atenta contra su identificación.

Quizá por ello, ni siquiera las sociedades (titulares de pequeñas a grandes empresas) han exigido la inscripción de sus unidades de producción (detallando su contenido) en el registro de bienes; solo se deja constancia en el registro personal de ciertos actos relevantes relacionados con dicha unidad de producción como por ejemplo: el que se le organice a través de aportes que conllevan un valor (asignación de capital), el que los beneficios o nuevos aportes se capitalicen o, en contrapartida, que la mala *performance* de la organización implique la desvalorización de la unidad de producción y la consecuente reducción del capital; también se da cuenta en el registro de su fusión (con otras unidades) o de su escisión (en varias unidades) a través de mecanismos de reorganización de sociedades. O finalmente, que la unidad de producción sea desintegrada a través de una liquidación patrimonial. Todo ello a través de actos inscribibles en el registro personal y no en el de bienes.

9.2.2. El registro personal

Siendo entonces que la unidad de producción, en sí, no cumple con el requisito de identificabilidad *per se* para darle acceso a través de un registro de bienes, no quedaría más que descartar esta modalidad y reorientar la inscripción hacia el registro personal. Este nos permitirá una identificación subjetiva del “bien complejo”, en función del titular de este patrimonio (en constante cambio) y la inscripción de los actos relevantes que pueden recaer sobre la “unidad de producción”.

No obstante lo mencionado, la inscripción de este “bien complejo” en función del titular requerirá al menos una identificación de sus elementos y una

asignación de valor al momento de la primera inscripción como al de su transferencia.

Queda claro entonces que la única forma cierta de identificar a una unidad de producción es en función a quien es su titular, puesto que la identificación de su contenido y valor es solo momentánea, ya que desde el instante de su inscripción el “patrimonio empresarial” puede empezar a variar, si es que dicho fenómeno no se ha producido antes. Ello nos lleva a proponer la necesaria inscripción de los actos relevantes que se producen respecto de la empresa a través de un registro personal, sin perjuicio de los ajustes normativos que haya que formular para dicho fin.

Tenemos entonces que las tareas pendientes son: (i) generar que el Registro de Personas Naturales de acceso al asiento de una partida registral en la que consten los actos que recaen sobre su unidad de producción (transferencia definitiva o temporal); y, (ii) regular que el título registral deberá identificar también los bienes y obligaciones que la puedan comprender, así como el valor asignado a la unidad de producción con ocasión de la operación celebrada.

Los actos relevantes serán los relacionados a las transferencias. Esta puede producir una enajenación definitiva o simplemente una cesión temporal. La enajenación definitiva puede tener su origen en una suerte de “compraventa” o de aporte a una sociedad o persona jurídica. Esto debe inscribirse en el registro personal del comerciante individual, así como en el registro de sociedades.

En efecto, el registro de sociedades solo contempla las inscripciones de las reorganizaciones societarias, vale decir, la enajenación de empresas en la que la contraprestación consiste en acciones o participaciones. No ha contemplado la posibilidad de inscribir la enajenación de una empresa (con

efecto singular o universal) teniendo como contraprestación **el pago de dinero**, como corresponde a la compraventa de un bien.

Obsérvese pues que la magnitud económica del tráfico de la empresa (transferencia temporal o definitiva) gatilla la necesidad de publicitarla a través del **registro personal**, la complejidad y mutabilidad del “bien” nos llevan a descartar la utilidad de un **registro de bienes**. El gravamen de empresas merecerá un tratamiento diferente que será objeto de comentario aparte.

En conclusión, como puede apreciarse, lo que se propone es inscribir en el Registro Personal las operaciones de transferencia temporales o definitivas de las empresas, tanto en el Registro de Personas Naturales (Sección comerciantes o empresarios individuales) y en el Registro de Personas Jurídicas (sección sociedades o Empresa Individual de Responsabilidad Limitada).

9.2.3. ¿Por qué razones inscribir las operaciones sobre las mismas?

La magnitud económica de la operación obliga a incentivar la entrega de información no solo entre las partes contratantes sino también respecto de sus *stakeholders* (acreedores, proveedores, trabajadores, Estado, clientes, etc.); asimismo, el pasar por la calificación registral permitirá verificar que ha sido objeto de transferencia una “unidad de producción” y que respecto a los procedimientos (que cuidan los intereses de acreedores o terceros) ha permitido generar el efecto jurídico de la cesión de obligaciones en favor del adquirente del negocio.

En otras palabras, el registro puede reducir los costos de transacción relacionados con la transparencia (identificación de un bien complejo y de sus externalidades) y respecto de la operación (facilitar la transmisión de las relaciones jurídicas).

En ese sentido, la inscripción va a marcar un *deadline* sobre la información que debió haber sido entregada a las partes y a los terceros con anterioridad, también permitirá publicitar la transferencia de una unidad de producción (al verificarse en el título la certificación pericial), confirmar la transferencia de pasivos (al corroborar el Registrador que no hubo oposición) y si estos corresponden a un efecto universal o singular.

Vale decir, la inscripción hace transparente la operación, brinda certeza sobre ciertos hechos y efectos jurídicos entre las partes y terceros.

9.2.4. ¿Qué aspectos califica el registrador?

Varios de los requisitos formales de la transferencia pasarán por la verificación del registrador, tales como los siguientes:

1. La publicación del aviso, que permitirá informar sobre la puesta en marcha de la transferencia de la empresa y activar el derecho de oposición de los acreedores.
2. La documentación relacionada con el ejercicio del derecho de oposición, acreditando mediante declaración jurada del vendedor que no se ejerció o, si se ejerció, acreditando mediante resolución judicial la constitución de garantía a satisfacción del juez o en su defecto que se ha constituido una fianza bancaria o que se ha aceptado el desistimiento del acreedor.
3. La corroboración que se transfirió una unidad de producción, mediante el informe de un auditor externo con el objeto de brindar a esta operación empresarial de magnitud el reconocimiento de renta de segunda categoría del impuesto a la renta (artículo 24° del T.U.O. de la Ley del Impuesto a la Renta) y la inafectación del Impuesto General a las Ventas (inciso c) del artículo 2° del T.U.O. de la Ley del Impuesto General a las Ventas e

Impuesto Selectivo al Consumo) aplicables a las operaciones de reorganización societaria.¹⁹¹

Obsérvese que el derecho de oposición es vital para los acreedores si es que la empresa es transferida con efecto universal (y el enajenante se disuelve y liquida), pues les permite obtener el pago, una garantía o enterarse quién adquirió la empresa y, por tanto, la responsabilidad de satisfacer esta obligación que pudo haber correspondido a una sociedad que quizá ya esté extinguida.

Cuando la transferencia solo tenga efecto singular (y no se ha ejercido la oposición) brindará la información de quién es el titular de la deuda y corresponsable de su pago junto con el transferente.

Como puede apreciarse, el Registro está vinculado a la facilitación de información (transparencia), a brindar seguridad jurídica de que lo que se transfiere es una empresa y a verificar el proceso de tutela de acreedores.

9.2.5. ¿Por qué un proceso registral diferente para el gravamen?

En relación a la empresa, nuestro planteamiento podría llevar a exigir que se cree un registro único de gravamen para la misma, pues esta puede estar compuesta tanto por bienes muebles como por inmuebles.

Frente a esta propuesta, sin embargo, podría ofrecerse una solución más sencilla y sin forzar el estado actual de las cosas.

Se observa que nuestro sistema registral en materia de garantías está descansando sobre dos pilares: la hipoteca inmobiliaria y el registro mobiliario de contratos.

¹⁹¹ Nuestra propuesta consiste en brindar a la transferencia de la empresa el tratamiento de rentas de segunda categoría del régimen del impuesto a la renta con el objeto de que la tasa que grava la ganancia de su transferencia genere un tratamiento equitativo y no implique un costo excesivamente oneroso y desproporcionado. Más adelante, se expondrá la propuesta normativa, así como su exposición de motivos.

El registro mobiliario de contratos compatibiliza con el acceso personal y sus características bien podrían ser absorbidas por el registro personal (comerciantes y sociedades). Este registro ha sustituido al tratamiento tradicional que se daba a la prenda con desplazamiento y sin desplazamiento (con entrega jurídica), ampliando sus alcances respecto de una serie de activos indeterminados como: cesión de créditos o derechos (flujos de bienes presentes y/o futuros), así como respecto de derechos reales diferentes al de propiedad (fideicomiso) o incluso respecto de derechos de crédito (como arrendamientos).¹⁹²

Este registro podría ser válidamente una opción para el gravamen de la empresa. Sin embargo, habría que hacer ajustes como: incluir algunos bienes, identificar a la unidad de producción, otorgar un valor en conjunto, resolver la problemática de la falta de inclusión de los inmuebles (porque solo está pensado para muebles) y la necesidad de una venta extrajudicial o remate como unidad de producción.

9.2.5.1. Aprovechando la institución de la hipoteca

La otra opción es aprovechar la regulación de la hipoteca y completándola, generar la inscripción del gravamen de la empresa. La problemática actual es que la hipoteca mantiene un tratamiento tradicional: solo cabe imponerla respecto de bienes inmuebles registrados en propiedad del deudor hipotecario.¹⁹³

La primera opción sería convertir a la hipoteca en la institución del gravamen de la empresa. Ello llevaría a confrontarla con tres escenarios: (i) aquel en que la actividad principal se desarrolla sobre un inmueble propio; (ii) aquel en el que la actividad principal se desarrolla en un inmueble arrendado, pero

¹⁹² Decreto legislativo N° 1400, que aprueba el régimen de Garantía Mobiliaria.

¹⁹³ Código Civil Peruano

“Art. 1099.- Requisitos de validez

Son requisitos para la validez de la hipoteca:

1. *Que afecte el bien del propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.*
(...)”

se posee en propiedad un inmueble para fines complementarios (un depósito); y, (iii) aquel en que el desarrollo de la actividad principal y cualquier otra se llevan a cabo en inmuebles arrendados.

En los dos primeros supuestos podría aceptarse la hipoteca de la empresa y una ejecución global de la misma. En efecto, nada impide una valorización en conjunto de todos los bienes y ejecutarlos en dos o tres oportunidades como una unidad y solo, si ello no fuera posible, irlos desintegrando del conjunto para su venta individual. El tercer escenario implicaría una revolución total de la institución: el crear una hipoteca para un conjunto de bienes en el que no exista inmueble de propiedad del empresario. Si ello no fuera aceptado por desnaturalizar la hipoteca, podría plantearse, en este último caso, la inscripción en el registro mobiliario de contratos, del conjunto de bienes muebles que conforman la unidad.

9.2.5.2. Aprovechando fundamentalmente el registro mobiliario

Otra figura es que se plantee una combinación de gravámenes, aprovechando el registro mobiliario y la institución de la hipoteca para crear una afectación global y prescribir su ejecución global.

Nos explicamos, el hecho que la hipoteca no haya evolucionado ni se haya implementado el art. 1103° del Código Civil, muestra que el enfoque del sistema registral es muy tradicional sobre su uso y se prefiere solo hipotecas de inmuebles (y no de unidades económicas) en este registro de bienes.

En ese contexto, proponemos que la hipoteca grave solo los inmuebles de la unidad de producción y todo el resto de los bienes de la unidad de producción sea afectado a través del registro mobiliario de contratos. En cada inscripción, tanto en el registro mobiliario de contratos como en el inmobiliario, se dejaría constancia de la existencia de una afectación que junto con la que se halla inscrita en su registro complementario,

configurarían una afectación global hasta un valor determinado, para el efecto, habría una referencia mutua y recíproca en el asiento respectivo de cada partida (serían partidas correlacionadas); dejándose constancia de su ejecución global bajo dicho valor. A efectos de cada inscripción, formaría parte del título de presentación, un informe de valorización (tasación) del conjunto de bienes considerando los inmuebles, dado que todos forman parte de una unidad de producción.

La ejecución global conllevaría que se realice la venta o remate del conjunto de muebles e inmuebles, como un todo y en un procedimiento único. En este trámite se podría contemplar un máximo de tres fechas para lograr el objetivo de su venta conjunta.

10. Externalidades

La transferencia de un bloque patrimonial de valor significativo puede afectar las relaciones con los *stakeholders*, sean los inversionistas, sean los trabajadores, los clientes, y en particular, todos aquellos que están financiando (brindando crédito al empresario). El que tiene una cuenta por cobrar ha extendido un voto de confianza al empresario a su solvencia y en general, a la capacidad de generar flujos de caja que tiene su organización.

Un cambio en la titularidad de la empresa pone a ese acreedor o tercero en una encrucijada: tener que elegir en mantenerse como acreedor del ex titular o seguir a la empresa transferida y considerar que el titular adquirente sea su acreedor. Vale decir, hay una disección entre el titular y su empresa que producirá los flujos para pagar los créditos.

Frente a esta tremenda encrucijada que podría ser usada en algunos casos para producir un fraude en los acreedores, se han sugerido dos grandes alternativas: derecho de oposición o solidaridad.

El derecho de oposición a su vez ha tenido sus variantes, pues, se ha manifestado como un mecanismo para impedir la operación o simplemente para exigir el pago previo o garantía suficiente de los créditos existentes.

La solidaridad se ha manifestado como el mecanismo para que tanto transferente como adquirente de la empresa respondan por las obligaciones que no sean honradas por el transferente. En algunos casos se precisa que la responsabilidad del adquirente es hasta el límite de los activos recibidos con ocasión de la transferencia de la empresa.

Entre estas figuras, también hay otras variantes, como considerar que la transferencia debidamente formalizada produce el efecto de la transferencia de los pasivos al adquirente y que el derecho de oposición consiste en que el transferente no quede liberado de la responsabilidad del pago.

De otro lado, también se han presentado supuestos en los que la legislación plantea que exista por un plazo determinado la solidaridad (dos meses o un año), frente a lo cual el acreedor podrá optar por aceptar que la solidaridad se extinga al finalizar dicho plazo o que manifestando su desacuerdo, se oponga y subsista la solidaridad por todo el plazo de vigencia de la obligación.

En conclusión, la tutela de los acreedores tiene una regulación en la cual se opta por la oposición a la transferencia o al pago del precio (hasta que se brinde garantía suficiente a los acreedores) o solidaridad entre adquirente y transferente; también se suelen combinar ambas figuras jurídicas, por ejemplo estableciendo la solidaridad por un periodo determinado que podrá extinguirse, salvo que medie la oposición, en cuyo caso la solidaridad subsistirá hasta que se extinga la obligación.

11. La problemática del costo tributario

Si bien no es objeto de esta tesis el desarrollo del régimen tributario para la transferencia de la empresa, no podemos soslayar su incidencia en la realización de transacciones comerciales y considerar que una mala regulación puede llegar incluso a desincentivarlas.

En este contexto es que hemos apreciado un tratamiento inequitativo en materia de impuesto a la renta e impuesto general a las ventas, por lo que nos atrevemos a proponer dos beneficios muy puntuales, basados en nuestra experiencia profesional, que podrían equiparar el tratamiento tributario de las pequeñas empresas, concretamente de la empresa unipersonal con el resto de las personas jurídicas gravadas, contribuyendo inclusive a su formalización y a ampliar la base tributaria.

11.1. El caso del impuesto a la renta

Hemos observado que cuando el titular de una E.I.R.L. transfiere su única participación en la misma, lo que equivale a transferir en términos reales: su unidad de producción resulta tributando el impuesto a la renta a la tasa del 5%, simplemente como una renta de segunda categoría (“ganancia de capital”), cuando en realidad ha transferido todo su negocio.

No podría señalarse que la realidad económica del titular era la de un rentista que actuaba pasivamente y de forma independiente al manejo de su empresa; más bien su actuación es la misma que el de la persona natural que opera como empresa unipersonal. Es más, en un país en que más del 90% de las personas jurídicas son microempresas¹⁹⁴, la mayor parte de los socios o accionistas mayoritarios de las S.R.L., S.A.C. o S.A.

¹⁹⁴ En el 2017, el Ministerio de la Producción ha señalado que las micro, pequeña y mediana empresa “representa el 99,5% del total de empresas formales en la economía peruana –el 96,2% son microempresas, 3,2% pequeña y 0,1% mediana–. De las cuales el 87,6% de ellas se dedican a la actividad de comercio y servicios, y el resto (12,4%) a la actividad productiva (manufactura, construcción, agropecuario, minería y pesca)”. Recuperado de: <http://oqeiee.produce.gob.pe/index.php/shortcode/estadistica-oe/estadisticas-mipyme>

son los gerentes, gestores u operadores de sus empresas; sin embargo, si estos transfieren sus empresas mediante acciones o participaciones tributan con la tasa del 5% como renta de segunda categoría.

En buena cuenta, las transferencias de las empresas cuestan menos, tributariamente, si se realizan a través de las transferencias de acciones o participaciones de las sociedades o de la “**única participación indivisible**” de la E.I.R.L.¹⁹⁵; pues la transferencia de la unidad de producción operada por una persona natural y denominada empresa unipersonal se grava con la tasa del 29.5% del impuesto a la renta.¹⁹⁶

La diferencia que existe entre la carga tributaria que representa el 5% y el 29.5%, resulta excesiva para la empresa más pequeña del universo empresarial peruano y obviamente entre los incentivos perversos para efectuar transferencias informales o simplemente abandonar una empresa que podría seguir siendo explotada mediante otros agentes que están en mejor capacidad de operar en el mercado y sacarle mayor provecho.

De ahí que nuestra propuesta sea establecer que si la persona natural (empresa unipersonal) transfiere su unidad de producción se le aplique la tasa del 5% del impuesto a la renta como pago definitivo. Asimismo, consideramos que este mismo trato podría darse al accionista o socio

¹⁹⁵ La Ley de la E.I.R.L. - Ley N° 21621 denomina a esta suerte de participación en el capital como el “**derecho del Titular sobre el capital de la empresa**” y lo considera un bien mueble, pudiendo ser transferido mediante contratos traslativos de dominio, como la compraventa.

“**Artículo 25°.-**El derecho del Titular sobre el capital de la Empresa tiene la calidad legal de bien mueble incorporal.

Este derecho no puede ser incorporado a títulos valores.”

“**Artículo 27°.-** El derecho del Titular puede ser transferido por acto inter vivos o por sucesión mortis causa.”

“**Artículo 28°.-** La transferencia del derecho del Titular por actos inter vivos será hecha a otra persona natural mediante compra-venta, permuta, donación y adjudicación en pago.”

La propuesta de denominar participación a este derecho del titular se halla contenida en el Proyecto de Ley Marco del Empresario.

“**Artículo 56°. - Régimen Del Titular.-** El derecho del Titular sobre el capital está representado en una **participación indivisible.**

Dicha participación se puede transferir del modo que establezca el acto de constitución y a falta de estipulación, por cualquier acto jurídico al que se aplicará las reglas del Código civil” (Subrayado y resaltado agregado).

¹⁹⁶ Las tasas del 5% y el 29.5% están establecidas en los artículos 52°-A y 55°, respectivamente, del T.U.O. de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por el Decreto Supremo 179-2004-EF y modificatorias.

persona natural de una sociedad, cuando sin transferir sus acciones, recibe el pago directamente por la transferencia de la empresa.

En efecto, este último caso supone que la persona jurídica (sociedad) transfiere toda su unidad de producción a título universal a una o más personas naturales o jurídicas; siempre y cuando la transferente se extinga y el precio sea pagado directamente al socio o accionista persona natural. El mismo trato puede recibir el titular de la E.I.R.L. que en forma análoga al accionista o socio persona natural recibe la contraprestación dineraria.

No nos atrevemos a extender indiscriminadamente este tratamiento a todos los casos de transferencia de la empresa contra una prestación dineraria, puesto que hay que evaluar mejor su impacto en la gran empresa y los incentivos que podría generar para desarrollar prácticas elusivas. Empero, esta no es la finalidad de este trabajo de investigación, sino intentar una propuesta que tendrá que ser debatida en todas sus aristas hasta que quede definitivamente decantada; lo que no puede seguir sucediendo es que la transferencia de la empresa a través de la compraventa tenga un trato inequitativo frente a otras modalidades, alcanzando su máxima expresión en el caso de la transferencia efectuada por la empresa unipersonal; promoviendo así una oportunidad para la informalidad o para el desperdicio de recursos.

11.2. El caso del impuesto general a las ventas

Consideramos necesario dar el mismo tratamiento que se brinda a las transferencias de empresas bajo el mecanismo de reorganización societaria a las transferencias de empresas que se realizan mediante un vehículo menos complejo, como un contrato de transferencia definitiva o de “compraventa de la empresa”.

En efecto, como ya ha sido explicado en esta tesis, las transferencias de empresas tienen en común buscar eficiencias, sinergias o salir de la operación sin tener que pasar por un proceso de liquidación, desintegrando la empresa, afectando a los *stakeholders* y reduciendo la competencia.

No tiene sentido pues este tratamiento diferenciado, más aún si entre las pequeñas empresas puede acontecer que una persona natural (empresa unipersonal) transfiera su operación a otra persona natural que quiere entrar al mercado o que quiere acrecentar su operación un poco más sin cambiar su forma jurídica; casos en los cuales, obviamente no cabe hablar de reorganización societaria, como tampoco si la persona natural transfiere su empresa a una persona jurídica a cambio de una suma de dinero.

Todos estos casos merecen el mismo tratamiento y no ser gravados con IGV, pues lo más lógico es pensar que quien está transfiriendo es justamente quien está saliendo definitivamente de la operación y esta última será continuada por quien adquiere la empresa.

En conclusión, proponemos por eso que la exoneración del IGV alcance también a las transferencias de las unidades de producción, realizadas mediante contratos de transferencia definitiva, conocidos como compraventas de empresas; modificándose para ello el inciso c) del art. 2° del T.U.O. de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo.

11.3. Mecanismos para evitar la elusión

Dado que hemos previsto este beneficio exclusivamente para las transferencias de empresas, hemos considerado que una sociedad auditora deberá verificar a través de una certificación que el bien, objeto

de transferencia, es una unidad de producción y no un simple bloque patrimonial. Vale decir, debe tratarse de un fondo empresarial en funcionamiento, realmente una empresa; con ello se evitará que cualquier transferencia de activos pueda pretender beneficiarse de estos dos beneficios tributarios.

En este contexto, la sociedad auditora tendrá una responsabilidad patrimonial si su certificación fue realizada con carácter fraudulento, dolo o negligencia inexcusable.

Ello mismo impondrá la ineludible responsabilidad solidaria del transferente y adquirente por los impuestos que se dejaron de pagar.

12. La utilidad de su regulación

En general, regular la transferencia de un bien, para el caso la transferencia de la empresa, significa facilitar su tráfico en el mercado; lo que económicamente equivale a trasladarla de las manos que la consideran menos valiosa a las que la consideran más valiosa.

La transferencia de unidades de producción requiere de la reducción de costos de transacción con el objeto de crear un mercado secundario de estas, cuyos beneficiarios serían los titulares de empresas unipersonales (pequeñas empresas) y las personas jurídicas que quieran transferir sus unidades de producción sin utilizar los mecanismos de reorganización societaria o de transferencia de acciones; todo ello sin perjudicar a los *stakeholders* con la extinción de la empresa o con una eventual transferencia fraudulenta.

Crear un mercado secundario de empresas supone brindarle liquidez a los que quieren salir de sus empresas o dejar de explotarla, pudiendo utilizar sus recursos para otra actividad empresarial sin que ello implique la desmembración o liquidación de la empresa que se está transfiriendo; en

ese sentido, permite mantener la empresa organizada y en operaciones, aunque en manos de un nuevo titular para beneficio de sus *stakeholders*.

13. En síntesis

Respondiendo al segundo problema principal ¿en qué consiste la transferencia de la empresa? y ¿cuál es su utilidad? Diríamos que la transferencia de la empresa consiste en el tratamiento jurídico que se da al desplazamiento de la empresa de un titular hacia otro titular. Este tratamiento jurídico tiene en cuenta que la empresa, como unidad de producción, es un bien complejo y ello lleva a diversas soluciones jurídicas: varios títulos o un título, varios modos o un modo, varios efectos (singular o universal) y varias modalidades de transferencia (temporal o definitiva), así como las externalidades y el costo tributario.

Es útil porque se crea un mercado secundario de transferencias para las pequeñas empresas (empresas unipersonales) y se crea una alternativa dentro de este mercado secundario (adicional a la compraventa de acciones o participaciones y reorganizaciones societarias) para el resto de empresas organizadas como personas jurídicas. Ello permite no desperdiciar recursos valiosos organizados a través de una unidad de producción, cuya desmembración sería ineficiente y afectaría a los grupos de interés.

De ahí que la respuesta jurídica debería consistir en el diseño de un vehículo legal que permita su transferencia al menor costo posible con eficiencia y reduciendo las externalidades (fraude a terceros).

14. Conclusiones

- a. La legislación debe resolver los problemas que plantea la transferencia de una unidad de producción (empresa) y, dado su carácter de bien complejo, tendrá que responder sobre el título, el modo, sus efectos

(carácter universal o singular de la transferencia), forma, publicidad e información, así como prevención de externalidades como fraude y tutela de terceros, ello bajo el marco de reducir los costos de transacción actualmente vigentes.

- b.** Al referimos a la empresa como objeto de tráfico jurídico, se entiende que esta abarcará tanto el aspecto patrimonial como el organizacional, de este modo, y al realizarse la transferencia definitiva de la empresa se transferirá el fondo empresarial en pleno funcionamiento y no solo un bloque patrimonial.
- c.** Este trabajo de investigación se direcciona a “la transferencia definitiva de la empresa” y no a la transferencia temporal de la misma (arrendamiento), es decir, la cesión temporal del manejo, administración y explotación de la empresa que, si bien tiene aspectos afines con la transferencia definitiva, también tiene sus particularidades y plantea otros problemas.
- d.** La diferencia entre título y modo -dentro del contexto de la transferencia definitiva de la empresa- radica en que el primero viene a ser el acto que origina la transferencia de la empresa, mientras que el segundo viene a ser el elemento fáctico que efectiviza dicha transferencia.
- e.** Dentro del contrato de transferencia de empresa, las diversas prestaciones (de dar, hacer o no hacer) pueden ser indispensables para lograr la transferencia definitiva de la empresa. En ese sentido, el contrato de compraventa del Código Civil Peruano no permite responder a la transferencia de empresa, pues se encuentra concebido para bienes singulares y no tiene regulación específica para bienes incorporales, prestaciones de hacer y no hacer, ni tampoco para la transmisión de obligaciones; en buena cuenta, no existe un título de transferencia típico para la empresa.
- f.** La transferencia de empresas es una realidad fáctica en el mercado y el contrato que vehiculiza esta transferencia está catalogado como una figura atípica. No obstante, este contrato debe recibir un tratamiento

acorde con su complejidad, esto en virtud que la realidad nos muestra la voluntad de transferir una empresa (“fin práctico unitario”) a través de un conjunto de contratos coligados que persiguen una finalidad económica: la transferencia de titularidad de la empresa.

Asimismo, se propone crear una figura típica para regular la transferencia definitiva de la empresa, esto en razón de lograr: reducir los costos de transacción (información y normas supletorias) y evitar las externalidades (falta de transparencia, informalidad y fraude a terceros).

- g.** Una negociación eficiente entre el adquirente y el transferente de una empresa objeto de transferencia y la posterior concreción del contrato de transferencia, requiere de una serie de actos característicos: por un lado, tenemos a los actos preliminares al contrato, y por otro lado tenemos a los actos inherentes al contrato de transferencia.

Dentro de los actos preliminares al contrato de transferencia tenemos al memorándum de entendimiento (MOU), el acuerdo de confidencialidad, el *Due Diligence*, la cuenta *escrow*.

Dentro de los actos inherentes al contrato de transferencia tenemos al pacto de no competencia y la asistencia técnica.

- h.** El contrato de transferencia definitiva de la empresa transfiere la titularidad de esta, en forma permanente, es decir que el transferente se desprende de la explotación de la empresa, enajena la organización patrimonial y pone al adquirente en la condición de titular definitivo de la empresa. Por su parte, el contrato de arrendamiento o usufructo de empresa significa la transferencia de la explotación de la misma en forma temporal, por un plazo determinado, periodo dentro del cual, el arrendatario o usufructuario se presentará en el mercado como el titular de dicha empresa.

- i. El contrato de transferencia definitiva de la empresa confiere la titularidad de la misma y es análoga al derecho de propiedad sobre una cosa, mientras que, el gravamen de la empresa se refiere a la garantía que ofrece el poder de realizar un bien ajeno para pagar una acreencia. El Código Civil plantea la posibilidad de hipotecar una “unidad de producción”; a su vez, el Decreto Legislativo N°1400, que aprueba el régimen de la Garantía Mobiliaria, plantea la posibilidad de gravar una serie de activos que podrían conformar un fondo empresarial. Ambas figuras tendrían que ser perfeccionadas o utilizarlas combinadas para lograr el gravamen de una empresa y sujetarla a una ejecución integral o global en un procedimiento de venta extrajudicial o remate de la misma. Tratamiento que excede de esta tesis.
- j. Por el contrato de franquicia no se transfiere una empresa ni en forma temporal ni definitiva, sino que el franquiciante o franquiciador brinda una serie de prestaciones de dar, hacer o no hacer al franquiciado, con el objeto de lograr que este reproduzca u organice una unidad de producción similar a la del franquiciante, pero que en el mercado parezca ser idéntica.
- k. A efectos de inscribir la transferencia definitiva o temporal de la empresa basta el registro personal (del comerciante y el de persona jurídica). La inscripción permitiría controlar que la operación haya sido transparente, que se haya informado a los acreedores y terceros, que estos hayan podido oponerse, asimismo, corroboraría que lo que se transfiere es una unidad de producción y brindaría efectos a la cesión de posición contractual o a la transferencia de obligaciones en favor del adquirente de la empresa.
- l. Para inscribir el gravamen de la empresa se podrían considerar dos escenarios: (i) la inscripción de la unidad de producción en la partida de un inmueble en que exista derecho de propiedad; o, (ii) solo inscribir hipotecas sobre inmuebles y complementar la afectación con un registro de garantías mobiliarias. En cualquiera de los dos escenarios sino

hubiere un inmueble en propiedad dentro la unidad de producción, esta debería registrarse como bloque solo en el registro mobiliario de contratos.

- m. Las externalidades consisten en las afectaciones que se producen en los *stakeholders*. La información permite prevenir alguno de estos riesgos, en particular, la tutela de los acreedores permite neutralizar el fraude a los mismos, con dicho fin, se suelen utilizar los mecanismos de derecho de oposición, la solidaridad o una combinación de ambos.
- n. En materia tributaria, observamos un tratamiento inequitativo en materia de impuesto a la renta e impuesto general a las ventas, proponiéndose una tasa del 5% para la ganancia derivada de la transferencia de la unidad de producción y una exoneración del impuesto general a las ventas respecto de dicha operación.
- o. La transferencia de la empresa es útil, pues permite transferir su titularidad y crear así, un mercado secundario para las pequeñas empresas (empresas unipersonales) y para aquellas personas jurídicas que desean transferir directamente la unidad de producción, no acciones ni participaciones, ni usar los mecanismos de reorganización societaria.

2.2. Presentación de la propuesta de solución del problema

Como puede apreciarse de todo lo desarrollado y analizado, la solución del problema no puede ser otra sino una propuesta legislativa que aborde los cuestionamientos sobre: vacíos legislativos y costos de transacción derivados de la ausencia de un concepto general de la empresa, su naturaleza jurídica, su tipicidad contractual para la transferencia de la empresa, las externalidades que puede producir su falta de transparencia en la información o en la activación oportuna de los mecanismos de tutela para acreedores o terceros que, fáctica o jurídicamente, se relacionan con la empresa; así como los sobrecostos legales que pueden provenir de un tratamiento normativo irracional o inequitativo.

Durante el desarrollo de la tesis hemos sido rigurosos en no utilizar la denominación “compraventa de empresa” sino simplemente la de transferencia definitiva, dado que nuestro ordenamiento jurídico no admite ni contempla dicho término para distinguir una operación de esta naturaleza.

No obstante, lo mencionado, dado que la ley puede crear una nueva realidad positiva y modificar nuestro ordenamiento jurídico, es que estamos proponiendo la regulación y reconocimiento de la compraventa de empresa, empezando desde el origen del problema: la necesidad de darle al contrato de compraventa un concepto amplio que comprenda no solo la transferencia del derecho de propiedad, sino que sea también el vehículo para la transferencia definitiva de otros derechos. Por esta razón es que, en el proyecto, que se detalla más adelante, se denomina a la transferencia definitiva de la empresa como compraventa de empresa.

De este modo, se propone una solución definitiva a la problemática de su falta de nominación y regulación, estableciendo un título único (superando así la figura del contrato atípico coligado), estableciendo la escritura pública como modo único (superando su atomicidad); prescribiendo el efecto

singular o universal (dependiendo de quién transfiere: persona natural o jurídica); considerando entre los mecanismos de transparencia e información a los portales webs del Diario Oficial El Peruano y de un diario de mayor circulación nacional, las páginas webs del comprador y del vendedor, así como los registros públicos. Por último, se contemplan los mecanismos de oposición y solidaridad para prevenir el fraude de acreedores o terceros.

Se ha propuesto también, una regulación tributaria equitativa y acorde con la realidad económica con el objeto de incentivar la subsistencia de la empresa en manos del adquirente antes que su liquidación a cargo del titular.

Transitar por el desarrollo de la transferencia definitiva de la empresa implica cruzar o tocar al paso algunos temas relacionados (como la transferencia temporal o el gravamen de la empresa), así como las materias que requieren ser tratadas por su convergencia con el tema central de esta tesis. Obviamente el proyecto de ley termina regulando estos aspectos complementarios solo en lo estrictamente pertinente. En ese sentido, puede apreciarse que:

- a) En relación a la transferencia temporal de la empresa, hemos referido que cuando ella se produce, se acuda supletoriamente a las disposiciones del Código Civil en lo que fuere pertinente; si bien ello no modifica la regulación existente de los contratos de arrendamiento o comodato, al menos llena un vacío normativo.

Obviamente queda a cargo de los operadores jurídicos y de otros investigadores, el desarrollo tanto práctico como teórico de las particularidades de la “transferencia temporal de la empresa” para poder hacer una propuesta seria sobre una modificación detallada del Código Civil y proponer las nuevas disposiciones complementarias.

- b) En relación al gravamen de la empresa, tema tocado para diferenciarlo del que estamos desarrollando, no hemos tomado la iniciativa de proponer su regulación, pues excede de los alcances del presente trabajo. Ello debe ser evaluado con mayor profundidad en otra investigación, razón por la cual no hay una propuesta legislativa sobre esta materia en la presente tesis.
- c) En relación al registro, se ha introducido la normativa necesaria para publicitar el acto de transferencia y garantizar la operatividad del mecanismo de tutela a los acreedores.

En resumen, presentamos una propuesta suficientemente desarrollada en materia de transferencia definitiva de la empresa (tipicidad del título, unicidad del modo, efectos de la transferencia, publicidad, formalidades, tutela de acreedores, aspectos registrales, incentivo tributario), una remisión normativa a las normas que fueren pertinentes del Código Civil respecto de la transferencia temporal y una omisión deliberada respecto del tratamiento legislativo del gravamen de la empresa; la razón en relación a estos dos últimos puntos haya su justificación en que su materia excede los alcances de este trabajo de investigación.

Proyecto de Ley para regular la transferencia de Empresas

1. Exposición de Motivos

Sobre la “transferencia definitiva de la empresa”, se ha regulado poco en nuestro país, quedando relegada esta operación a una ley antigua, obsoleta pero vigente, la Ley N°2259 “Ley de Traspaso de Establecimientos Comerciales e Industriales”. El Estado parece haber olvidado que esta puede ser la fórmula más eficiente para que el pequeño empresario pueda “salir” de un negocio sin liquidarlo, contando con un “mercado secundario de empresas”. Mercado secundario que funcionará eficientemente y dentro de la ley si los costos de transacción no son altos, pues de lo contrario se

producirían transferencias informales (con el riesgo de fraude a terceros) o, lo que es más grave, la inmovilización o pérdida de recursos lo cual, en un país pobre no solo resulta ineficiente sino injusto.

El tráfico jurídico de la empresa es una manera de facilitar la salida del mercado de aquellos empresarios que no desean continuar con su actividad, en vez de desintegrar los elementos de la empresa y liquidar su activo. La empresa puede transferirse y seguir existiendo en el mercado bajo la titularidad de otro empresario, lo cual redundaría en beneficio de los trabajadores, proveedores, consumidores y demás grupos de interés que no sufrirán la reducción de sus opciones de bienes y servicios en el mercado.

Es una manera de simplificar también la reorganización entre empresarios que no se encuentran organizados mediante personas jurídicas (Sociedades, Cooperativas, E.I.R.L); por ejemplo, la transferencia de negocios entre dos personas naturales que después desean constituir una sociedad; también facilita la reorganización de un negocio si se transfiere directamente de una persona natural a una sociedad.

Es por estos motivos que la elaboración de una ley que regule de manera suficiente el tráfico jurídico de la empresa se hace necesaria, para brindarles a los empresarios la posibilidad de acceder a un sistema de transferencia definitiva o temporal, eficiente, poco costoso, transparente y brindando una seguridad jurídica equilibrada en la tutela de los intereses de las partes y de los terceros.¹⁹⁷

El conocido traspaso o transferencia de empresa ha hallado su tipicidad en la compraventa de la empresa, cuando se trata de una enajenación definitiva, regulándose además de la tipicidad del título, la unicidad del modo, los efectos de la transferencia, la publicidad, las formalidades, la

¹⁹⁷ Por los alcances de este trabajo de investigación que ha sido calificado como dogmático-jurídico, no contamos con un estudio que acredite el impacto económico positivo de una propuesta como esta, no obstante, que la doctrina uniformemente argumenta sobre sus efectos positivos en el mundo empresarial; por esta razón no se ha desarrollado en la exposición el análisis costo-beneficio de la norma.

tutela de acreedores, los aspectos registrales, el incentivo tributario. De otro lado, se ha hecho solo una referencia a la transferencia o cesión temporal de la empresa para remitirla a las normas pertinentes del arrendamiento o usufructo del Código Civil. Naturalmente, ello ha obligado a proponer algunas modificaciones a dicho cuerpo normativo.

Al elaborar el proyecto se ha tenido en cuenta que para regular la transferencia de la empresa se requiere, en primer lugar, tener claro un concepto de la misma y que sea coincidente con su realidad económica, asumir que su naturaleza jurídica es la de un bien (comprendido por bienes tangibles e intangibles y ocasionalmente, por obligaciones); implicando por lo mismo, que la transferencia sea una operación con cierta complejidad.

El proyecto también comprende la transferencia del fondo empresarial (o establecimiento mercantil), pues aun cuando no se halle en operaciones o en funcionamiento para ser considerado empresa, podría acontecer que el orden dado a sus componentes o ciertas circunstancias fácticas (ubicación del local o marca reconocida), le brinden un valor como unidad mayor al de sus elementos desmembrados; incentivando con ello a efectuar la transferencia en conjunto como una universalidad de bienes, en otras palabras, también como un bien complejo.

Estas operaciones complejas, tanto la de la empresa como la del fondo empresarial, requieren una formalidad como la escritura pública, pues se tratan de operaciones con cierta magnitud económica.

Ello no tiene porqué significar que las microempresas de muy pequeña magnitud tengan que asumir este costo de transacción (el de escritura pública) para cualquier transferencia; puesto que para operaciones de escasa magnitud, lo más probable es que se requiera solo un contrato de compraventa o de usufructo o quizá una cesión de posición contractual o cualquier modalidad contractual que permita transferir uno u otro activo que

cumpla con poner la operación en manos del microempresario adquirente del negocio. Por ejemplo, si se trata de transferir un servicio de taxi (transferencia del vehículo más alquiler de estacionamiento y recomendación de alguna aplicación) o quizá la transferencia de un carrito emolientero o de una carretilla de helados con la presentación o recomendación al proveedor de los mismos.

En los casos mencionados no se requiere de la transferencia de una universalidad de bienes, prestaciones o pasivos, o incluir un pacto de no concurrencia. No se requiere tampoco cumplir con las formalidades previstas para una compraventa de empresa o conducir y regir esta operación bajo el marco normativo previsto en este proyecto de ley; bastará para algunos casos, con un simple contrato de compraventa (o arrendamiento o cesión de posición contractual) y quizá la inclusión de uno o dos pactos a lo mucho, rigiéndose básicamente por la normativa pertinente del Código Civil (consentimiento e informalidad del contrato y las reglas comunes relativas al modo con ocasión de la transferencia de propiedad).

Obviamente en estos casos en los que la operación es sencilla, las partes no elegirán regirse por las reglas propuestas en este proyecto legislativo para el contrato de compraventa de empresa que exige requisitos de transparencia, información, publicidad y un régimen de tutela de acreedores; tampoco querrán elevarla a escritura pública ni pagar a una sociedad auditora, pues probablemente el valor de la operación o el costo tributario no justifique el procedimiento que se propone en este proyecto de ley.

El proyecto de ley tiene en cuenta que el empresario como operador económico racional va a evaluar el valor que aporta a su organización los activos que están en operación y si ello lo justifica, va a considerar desde luego, el valor de la formalidad como la escritura pública y otros mecanismos de publicidad, así como el informe de la sociedad auditora que se está transfiriendo una unidad de producción con el objeto de lograr la

transparencia, seguridad, menores externalidades y reducir sus costos tributarios (menor tasa de imposición del impuesto a la renta y exoneración del impuesto general a las ventas).

Cuando el empresario considera a esta operación como una de mayor magnitud optará por sujetarla a las normas del contrato nominado de la compraventa, lo cual conlleva, entre otras formalidades, elevar el contrato a escritura pública; asimismo, hemos optado por conferir a dicho documento público la formalidad *ad solemnitatem*, la cual permitirá acreditar la existencia del contrato, el momento desde el cual surte efectos, así como el cumplimiento del modo que genera la transferencia de la titularidad.

En efecto, hemos identificado el “modo” (que define la transferencia de titularidad de la empresa) con el otorgamiento de la escritura pública, ello ha implicado que se haya establecido una norma especial y distinta a la prevista en los artículos 947° (tradicción para bienes muebles) y 949° (la sola obligación de enajenar para inmuebles) del Código Civil.

Además, se han regulado los mecanismos de publicidad que se contemplan más completos, habiéndose previsto no solo las publicaciones en los diarios (diario Oficial El Peruano y otro de mayor circulación nacional) a través de sus portales web, sino también en las páginas webs de las partes, así como la publicidad registral a través del “Registro de Personas”. Se ha contemplado asimismo un mecanismo eficiente de tutela de los acreedores, dependiendo de estos el que la obligación recaiga exclusivamente en el nuevo adquirente del negocio o que se mantenga como solidaria entre las partes.

Se ha introducido en el proyecto de ley beneficios tributarios respecto del Impuesto a la Renta y el Impuesto General a las Ventas. En el caso del IGV, se ha extendido a las compraventas de empresas, el tratamiento que se ha dado a las reorganizaciones de sociedades, puesto que en materia de

transferencia empresarial existe esencialmente una operación económica similar.

En relación al tratamiento del impuesto a la renta, se está estableciendo una tasa del 5% a la ganancia derivada de su transferencia directa, como unidad de producción, dándole un tratamiento similar al que tiene la transferencia de la “única participación” del titular de la E.I.R.L. (también denominado “derecho del titular sobre el capital de la empresa”) o de las acciones o participaciones de las sociedades mercantiles; dado que finalmente se trata del mismo fenómeno económico. Sobre el particular, se han distinguido dos escenarios comprendidos en la propuesta normativa: a) el de la persona natural que transfiere su unidad de producción (empresa unipersonal) a otras personas (naturales o jurídicas); y, b) el de la persona jurídica que transfiere todo su patrimonio a otras personas (naturales o jurídicas) y se extingue, recibiendo la contraprestación dineraria (precio) sus socios (si se trata de una sociedad) o el titular (si se trata de una E.I.R.L.).

De esta manera, se supera una injusticia ya que actualmente solo las grandes empresas, transferidas contra el pago en acciones, tienen un tratamiento menos costoso que la transferencia de pequeñas empresas. Se objeta que puede ser difícil determinar cuándo nos encontramos frente a la transferencia de una unidad de producción, puesto que podría abusarse de la figura para transferir simples bloques patrimoniales que sí deberían estar gravados en el régimen general; para evitar esta controversia se ha introducido la certificación mediante una sociedad auditora con el fin de que deje constancia que se está llevando a cabo la transferencia de una empresa (fondo empresarial en marcha).

Desde luego, la propuesta legislativa no desconoce la existencia de otras figuras jurídicas que pueden lograr el mismo fin, como la enajenación de acciones a través de la compraventa de las mismas, las fusiones, escisiones o reorganizaciones simples que en general conllevan la transferencia de

unidades de producción o de otras modalidades contractuales con el mismo efecto; empero, este régimen podría ser aplicado supletoriamente en lo que fuere pertinente, en virtud de lo establecido en el artículo IX del título preliminar del Código Civil.

2. Proyecto de Ley

Proyecto de Ley de modernización del régimen de la transferencia de empresas

Artículo 1°: Modifíquese el art. 1529° del Código Civil.

“Artículo 1529°.- Definición

Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien o la titularidad de otros derechos al comprador y este a pagar su precio en dinero.”

Artículo 2°: Incorpórese el Capítulo Décimo Segundo en el Título I de la Sección Segunda del Libro VII del Código Civil, los artículos 1601-A° al 1601-M° al Código Civil.

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO – De la compraventa de la empresa

“Artículo 1601-A°.- Concepto y naturaleza de la empresa

La empresa es una organización de capital y trabajo con el fin de producir bienes o servicios para el mercado. Tiene la naturaleza de un bien.

Las referencias a unidad de producción, establecimiento mercantil en operaciones o fondo empresarial en funcionamiento se entenderán referidas a la empresa.”

“Artículo 1601-B°.- Contrato de compraventa de empresa

Se podrá celebrar la compraventa de una empresa, comprendiendo bienes tangibles e intangibles, e incluyendo en su caso, obligaciones.

Se regirán también por estas disposiciones el fondo empresarial o establecimiento mercantil.”

“Artículo 1601-C°.- Bienes que comprende la unidad de producción

Toda compraventa celebrada sobre una empresa, que no exprese los elementos que de ella se han tenido en cuenta, comprenderá:

- 1. Signos distintivos de la empresa.*
- 2. Las patentes de invención, secretos de fabricación y del negocio.*
- 3. Los contratos de arrendamiento.*
- 4. El mobiliario y maquinaria.*
- 5. Los contratos laborales.*
- 6. Las mercancías, créditos y los demás bienes y valores similares.*
- 7. Las bases de datos de los clientes, proveedores, colaboradores y trabajadores, comunidad, Estado, tecnócratas, inversionistas.*
- 8. Los estudios de mercado.*
- 9. La publicidad contratada.*
- 10. Información financiera.*
- 11. Concesiones, licencias, permisos, o autorizaciones transferibles.*
- 12. Los contratos de consignación, distribución, concesión mercantil, suministro y franquicias, en caso corresponda.*
- 13. Y en general, lo que comprenda el fondo empresarial y todas las relaciones jurídicas y fácticas de la empresa con sus grupos de interés, entre ellas: clientela, proveedores, colaboradores y trabajadores, comunidad, Estado, tecnócratas, inversionistas.*

Si se trata de transferencia con efecto singular, solo por pacto expreso se podrán incluir o excluir otro tipo de bienes o elementos de la empresa. De la misma manera, podrán también determinarse las obligaciones objeto de transferencia, ello sin perjuicio del efecto posterior que pudiera generar lo previsto en el art. 1601-J°.”

“Artículo 1601-D°.- Formalidad y modo del contrato

La compraventa de empresa se hará constar en escritura pública para que produzca efectos entre las partes. Cumplida esta formalidad no solo queda celebrado el contrato sino ejecutados todos los actos traslativos respecto de los elementos del fondo empresarial, sean estos derechos sobre cosas, intangibles, servicios y en general prestaciones de dar, hacer o no hacer, tanto activos como pasivos, sin que ello contravenga las responsabilidades previstas en el art. 1601-J°.

Si los bienes fueran registrados se deberá consignar en la escritura pública, los datos de la partida registral y oficina registral en que se encuentren inscritos.

Sin perjuicio del efecto traslativo producido por el otorgamiento de la escritura pública, según lo indicado en el párrafo anterior, el vendedor no queda eximido de cumplir con las formalidades particulares que permitan acreditar la titularidad de activos y pasivos adquiridos por el comprador.”

“Artículo 1601-E°.- Información obligada a entregar al comprador

En los actos preparatorios las partes podrán declarar su interés o celebrar actos que faciliten la entrega de información contable, estados financieros, documentos societarios, entre otros; a través de un memorándum de entendimiento, carta de intención, pactos de

confidencialidad, due diligence, asistencia técnica, u otros actos de efecto equivalente.”

“Artículo 1601-F°.- Publicidad de avisos

Los avisos de compraventa de empresa se publicarán en el portal web habilitado por el Diario Oficial El Peruano y, en uno de los diarios de mayor circulación nacional, por tres veces, con intervalo de cinco días entre cada aviso.

Dicho aviso deberá indicar:

- 1. La celebración del contrato de compraventa*
- 2. La identificación de las partes.*
- 3. La identificación de la empresa o fondo empresarial objeto de la transferencia: los bienes, elementos y en su caso, las obligaciones que la comprenden.*

Esta información deberá ser incluida en la página web corporativa del vendedor y del comprador o, en su caso, en sus respectivas páginas en redes sociales, generando que la noticia aparezca accesiblemente a través de los buscadores de internet, en las oportunidades y plazos previstos en el primer párrafo del presente artículo.”

“Artículo 1601-G°.- Notificación domiciliaria de acreedores para informarles sobre sus créditos

Sin perjuicio de lo anterior, el vendedor deberá notificar a los acreedores, cuyos créditos sean transferidos, en los domicilios que tuviere identificados, físicos o virtuales, sea a través de los contratos vigentes, últimas facturas, o, en los domicilios fiscales, la información prevista en el art. 1601-F°, a efectos de que estén mejor informados

sobre la existencia de la operación de venta. La notificación se entenderá hecha en cualquiera de los domicilios antes señalados.”

“Artículo 1601-H°.- Inscripción al registro de personas

La inscripción de la compraventa de la empresa se realizará en el registro de personas que corresponda a cada una de las partes; si se tratara de comerciantes individuales, este se inscribirá en el Registro de Comerciantes y, si se tratara de personas jurídicas, se inscribirá en el Registro de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada o en el Registro de sociedades, cooperativas o en el registro de cualquier otra persona jurídica, según sea el caso.

El título inscribible consistirá en el parte notarial de la escritura pública de compraventa de la empresa, en el cual se adjuntará:

1. Constancia suscrita por vendedor declarando bajo juramento que se han efectuado las publicaciones de los avisos virtuales a que se refiere el artículo 1601-F°.
2. Constancia suscrita por el vendedor en donde declare bajo juramento que ha cumplido con la notificación a los acreedores a que se refiere el art. 1601-G°.
3. Informe realizado por una sociedad auditora dando cuenta que es objeto de la transferencia: una unidad de producción.

Las inscripciones efectuadas en los mencionados registros solo tendrán por finalidad otorgar publicidad y oponibilidad a los contratos de compraventa de la empresa frente a los acreedores y terceros, sin que dicha inscripción sustituya las inscripciones que puedan efectuarse en registros jurídicos de bienes ni la eventual modificación del capital de las personas jurídicas, que se regirán por las normas generales que le son aplicables.”

“Artículo 1601-I°.- Facilidades en la inscripción de bienes registrados

Si el efecto traslativo de derechos recae en bienes registrados y estos estuvieren inscritos en la misma oficina registral del domicilio del empresario o sociedad adquirente, un registrador se encargará de la calificación e inscripción simultánea en los distintos registros, siempre que el sistema del diario lo permita. Empero, si el sistema del diario no lo permite o si el fondo empresarial transferido comprende bienes registrados en un registro distinto al del domicilio del empresario o sociedad adquirente o, si se tratare de un registro fuera de la competencia de la SUNARP, deberá inscribirse previamente la transferencia en aquel registro.”

“Artículo 1601-J°.- Responsabilidad solidaria

El vendedor y, según el caso, los socios de la persona jurídica que hubieren recibido una contraprestación dineraria, así como el comprador o los compradores de una o más unidades de producción responderán solidariamente de todas las obligaciones que sean objeto de la transferencia, entendiéndose por tales a las que hubieren sido identificadas en el contrato de compraventa.

La responsabilidad solidaria del vendedor, y si fuera el caso, la de los socios de la persona jurídica que hubieren recibido una contraprestación dineraria, cesará transcurridos dos meses desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el registro personal del vendedor, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

- 1. Que se haya dado aviso de la enajenación a los acreedores por medio de cualquiera de las comunicaciones previstas en el art. 1601-G°.*

2. Que se hayan efectuado las publicaciones previstas en el art. 1601-F°, mediante los portales web de los Diarios y la página web corporativa de cada una de las partes.

3. Que dentro del término indicado en el presente artículo no se haya inscrito en el registro personal del vendedor, la oposición de algún acreedor de aceptar al adquirente como su deudor.

La obligación solidaria no resultará de aplicación a aquellas transferencias con efecto universal y que impliquen la extinción de la persona jurídica vendedora.”

“Artículo 1601-K°.- Ejercicio del derecho de oposición

El acreedor podrá ejercer el derecho de oposición e inscribirlo dentro de los dos meses de inscrita la compraventa en el registro personal del vendedor. Para ejercer el referido derecho, el acreedor deberá cursar una carta notarial dirigida al vendedor y al comprador indicando su desacuerdo con que el vendedor quede liberado de su condición de responsable solidario en el pago de la deuda.

La carta notarial y su constancia de entrega será el título de inscripción del derecho de oposición en el registro personal del vendedor.

Vencido el plazo señalado en el primer párrafo sin que se hubiere inscrito la oposición, el acreedor se entenderá vinculado exclusivamente con el comprador, quedando liberado el vendedor de aquella obligación.”

“Artículo 1601-L°.- Del efecto singular o universal de la compraventa

La compraventa puede tener efecto singular o universal, según se trate de los casos siguientes:

- 1. Si el transferente fuere una persona natural su efecto será singular, quedando circunscrito el objeto de la transferencia a lo expresamente pactado.*
- 2. Si el transferente fuere una persona jurídica su efecto podrá ser singular o universal; en este último caso, la transferencia incluirá todos los activos y pasivos contraídos hasta ese momento por la persona jurídica, lo cual incluye los que no figuran registrados contablemente, así como los activos y contingencias que puedan materializarse posteriormente.*

Si la transferencia la realiza una persona jurídica con efecto universal, la contraprestación podrá ser recibida total o parcialmente por esta persona jurídica o por sus socios o accionistas. En caso de que la persona jurídica no recibiere ninguna contraprestación dineraria se extinguirá.

Las transferencias de personas jurídicas podrán regirse supletoriamente por las normas sobre reorganización societaria contenidas en la Sección Segunda del Libro IV de la Ley General de Sociedades, en lo que fuere pertinente.”

“Artículo 1601-M°.- Pacto de no competencia

Quien vende una empresa debe abstenerse, durante los cinco años siguientes a la transferencia, de iniciar una nueva actividad empresarial que, por su objeto, ubicación y demás circunstancias pueda desviar la clientela de la empresa vendida, salvo pacto distinto.”

“Artículo 1601-N°.- Cláusula de saneamiento

El saneamiento por vicios ocultos, redhibitorios y por hecho propio se regirán por las disposiciones del Código Civil, aplicables a universalidades de bienes.”

“Artículo 1601-O°.- Transferencia del riesgo

El riesgo queda transferido al comprador con el documento de la escritura pública de compraventa de la empresa.”

Artículo 3°: Modifíquese el numeral 3 y agréguese el numeral 4 del artículo 2025° del Código Civil.

“Artículo 2025°.- Inscripción en los libros de personas jurídicas

(...)

3. *La compraventa y la transferencia temporal de la empresa o del fondo empresarial.*
4. *La disolución y liquidación”.*

Artículo 4°: La transferencia temporal la empresa se regirá por los mismos requisitos de la compraventa de empresa en cuanto le fuera aplicable. En tal supuesto, se podrá pactar la venta de las existencias, su devolución en especie o en dinero, vencido el plazo del contrato, así como una indemnización en caso de la pérdida del *good will* de la empresa.

Serán supletoriamente aplicables las disposiciones del usufructo o del arrendamiento prescritas en el Código Civil, según fueren pertinentes.

Artículo 5°: Modifíquese el artículo 21° del Código de Comercio.

“Artículo 21.- Datos para la inscripción y actos inscribibles

En la hoja de inscripción de cada comerciante, empresa individual de responsabilidad limitada o sociedad se anotarán:

- 1) Su nombre, razón social o título.*
- 2) La clase de comercio u operaciones a que se dedique. Se anotará también la compraventa y la transferencia temporal de la empresa o del fondo empresarial.*

(...)”

Artículo 6°: Modifíquese el artículo 16° de la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, aprobado mediante Decreto Ley N°21621.

“Artículo 16.- La constitución de la Empresa y los actos que la modifiquen, así como la compraventa y la transferencia temporal de la unidad de producción o del fondo empresarial, deben constar en escritura pública, debiendo inscribirse en el Registro Mercantil dentro del plazo de treinta (30) días de la fecha de otorgamiento de la respectiva escritura.

(...)”

Artículo 7°: Agréguese un último párrafo en el artículo 24° del T.U.O. de la Ley del Impuesto a la Renta.

“Artículo 24°.-

(...)”

Adicionalmente, se considerará renta de segunda categoría, la renta obtenida por la compraventa o transferencia onerosa de empresas, siempre y cuando:

- (i) Se trate de la transferencia de la empresa de una persona natural que califica como empresa unipersonal a otra persona natural o persona jurídica a cambio de una prestación dineraria a favor del transferente; o,*
- (ii) Se trate de la transferencia de la empresa de una persona jurídica - que por esta causa se extingue- a una o más personas naturales o jurídicas, si es que la contraprestación dineraria se imputa a favor del titular de la E.I.R.L. que hace la transferencia, o a favor de los socios o accionistas personas naturales de la sociedad que hace la transferencia.”*

Artículo 8°: Modifíquese el inciso c) del artículo 2° del T.U.O. de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo.

“Artículo 2°.- Conceptos no gravados

No están gravados con el impuesto:

(...)

c) La transferencia de bienes que se realice como consecuencia de la reorganización. Asimismo, las compraventas o transferencias onerosas de empresas, siempre que, la renta generada con motivo de esta operación califique como renta de segunda categoría para efectos del Impuesto a la Renta.

(...)”

Artículo 9°: Modifíquese el último párrafo del artículo 18° de la Ley N°29733, Ley de Protección de Datos Personales.

“Artículo 18°.- Derecho de información del titular de datos personales

El titular de datos personales tiene derecho a ser informado en forma detallada, sencilla, expresa, inequívoca y de manera previa a su recopilación, sobre la finalidad para la que sus datos personales serán tratados; quiénes son o pueden ser sus destinatarios, la existencia del banco de datos en que se almacenarán, así como la identidad y domicilio de su titular y, de ser el caso, del o de los encargados del tratamiento de sus datos personales; el carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas al cuestionario que se le proponga, en especial en cuanto a los datos sensibles; la transferencia de los datos personales; las consecuencias de proporcionar sus datos personales y de su negativa a hacerlo; el tiempo durante el cual se conserven sus datos personales; y la posibilidad de ejercer los derechos que la ley le concede y los medios previstos para ello.

(...)

Si con posterioridad al consentimiento se produce la transferencia de datos personales por fusión, adquisición de cartera, compraventa o transferencia temporal de la empresa o del fondo empresarial, o supuestos similares, el nuevo titular del banco de datos debe establecer un mecanismo de información eficaz para el titular de los datos personales sobre dicho nuevo encargado del tratamiento”.

Artículo 10°: Las normas anteriormente previstas son aplicables, en lo que fuere pertinente, a las organizaciones de personas no inscritas, tales como: las sociedades irregulares, asociaciones civiles y demás

organizaciones no inscritas consideradas como sujeto de derecho por la ley.

Artículo 11°: Deróguese la Ley N°2259, Ley de traspaso de establecimientos comerciales e industriales.



CAPÍTULO III.- CONSECUENCIAS

3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta (El proyecto de Ley)

3.1.1. Consecuencias jurídicas:

a) Tratamiento unitario y eliminación del vacío legislativo. Se brinda una propuesta normativa resolviendo los problemas de la falta de un tratamiento positivo unitario del: concepto de empresa, la naturaleza jurídica, el título, el modo y los efectos patrimoniales de la transferencia, sus externalidades, publicidad, garantía de acreedores y reducción de costos tributarios inequitativos.

El nuevo marco regulatorio promoverá el uso de la compraventa de la empresa, pues prevé una reducción de los costos de transacción al contar con normas supletorias y normas imperativas.

b) Cambios normativos múltiples. Otra consecuencia es que va a producir un cambio legislativo en el Código Civil de 1984 aprobado mediante Decreto Legislativo N° 295, Código de Comercio de 1902, Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada aprobada mediante Ley N° 21621, T.U.O. de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF, T.U.O. de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo aprobado mediante Decreto Supremo N° 055-99-EF, Ley de Protección de Datos Personales aprobado mediante Ley N° 29733. Estas modificaciones motivarán que conceptualmente o legislativamente estos conceptos sean compartidos por la legislación comercial, societaria, de competencia, protección al consumidor, laboral, tributaria, concursal, del mercado de valores, penal, etc.

- c) Se revaloriza el registro mercantil dándole una nueva funcionalidad como es la inscripción de la compraventa de la empresa tanto para el caso del comprador como del vendedor. Esta funcionalidad se extiende también para el registro de personas jurídicas, como el caso de E.I.RL, sociedades, cooperativas, etc.

3.1.2. Consecuencias económicas:

- a) Mercado secundario. La primera consecuencia económica que crea un mercado secundario para la salida del mercado, transferencia o continuidad de empresa en vez de liquidarla.
- b) Reorganización empresarial. La segunda consecuencia económica es que crea un mecanismo que permite incorporar a las empresas unipersonales dentro de un proceso de reorganización más complejo. Es decir, podría combinarse un proceso de reorganización societaria con la compraventa de una o más empresas unipersonales, ya no sería la falta de regulación o de tratamiento tributario inequitativo, un obstáculo.
- c) La inscripción en el registro de personas naturales – comerciantes y en el de personas jurídicas genera un mecanismo que, mediante la información, hace viable al mercado secundario de transferencias de empresas.

3.1.3. Consecuencias sociales:

- a) Impacto en los *stakeholders*. Indudablemente, el cambio de titularidad supone que el bien transferido pasa de las manos del que lo considera menos valioso al adquirente que se supone lo considera más valioso. Ello genera una nueva forma de relacionarse con los *stakeholders* (inversionistas, trabajadores, proveedores, consumidores, comunidad, acreedores en general, competidores, Estado, etc.). No solo hay cambios jurídicos, sino también en la

manera de relacionarse socialmente, que pueden encontrarse en políticas de buen gobierno corporativo o de responsabilidad social empresarial.

- b) Sustitución de las publicaciones a través de los medios de prensa escrita por las publicaciones virtuales y a su vez, hay una complementación de la información virtual de los medios de prensa sobre la información brindada por las páginas web y redes sociales del vendedor y comprador de la empresa.

3.1.4. Consecuencia académica:

Un camino abierto para nuevas investigaciones. En lo académico, la investigación y el estado de su regulación será reto y posta para nuevos investigadores quienes quedarán invitados a desarrollar fundamentalmente dos materias:

- i) el marco dogmático y normativo de la transferencia temporal de la empresa, definiendo al menos su naturaleza jurídica, el título de la transferencia y si corresponde a un contrato de arrendamiento de empresa o a uno de usufructo de empresa. Si se sigue un trayecto similar al nuestro deberán establecerse también reglas de transparencia, tutela de acreedores, la valorización de la empresa antes de su arrendamiento y a la conclusión de su arrendamiento, así como un tratamiento tributario equitativo.

- ii) el evaluar la naturaleza jurídica del gravamen de la empresa y si debe desarrollarse una propuesta legislativa a partir de la categoría “hipoteca de la empresa” o “garantía mobiliaria de la empresa” o quizá una mixtura de ambas figuras; lo cual ha sido sugerido en forma preliminar como una posible solución a esta temática que deberá estudiarse con mayor profundidad.

3.2. Beneficios que aporta la propuesta

3.2.1. Beneficios jurídicos:

a) Tratamiento unitario y eliminación del vacío legislativo: reducción de costos de información y transacción. El beneficio para los operadores jurídicos será que podrán usar conceptos y referencias jurídicas uniformes. En este contexto, se contará con el vehículo jurídico tipificado para la transferencia con efectos, formalidades, consecuencias, limitaciones, plazos y control de externalidades. Ello ahorrará los costos de transacción en materia de información y evitará conceptos contrapuestos en las leyes. En ese sentido, tanto el legislador como el juez como el abogado como el funcionario público de cualquier agencia de competencia o de regulación económica sectorial podrá identificar claramente lo que es una empresa y el vehículo de su transferencia.

En ese sentido, la uniformidad que se producirá por la influencia de las normas y leyes especiales vinculadas al derecho empresarial generará que, por ejemplo, cuando se hable de empresas o grupo de empresas, tendremos un concepto claro para el operador jurídico del derecho societario como para el operador jurídico del mercado de valores como para el operador jurídico que tiene que tener presente los costos de una adquisición o fusión de empresas. La diferencia entre una grande y una mediana empresa podrá ser sin duda definida en torno a la magnitud de la misma (ingresos, activos, número de trabajadores, etc.) y no en conceptos disímiles como si en una hay una comunidad de trabajo y en otra, solo una actividad individual.

b) Reducción de la incertidumbre. Es claro que para un agente económico, la incertidumbre puede bloquear una operación

económica y una adecuada regulación puede incentivarla, puesto que el asesor legal está en posición de poner en su conocimiento todos los posibles escenarios en los que puede derivar el uso de una figura jurídica tipificada o no. La inseguridad jurídica es muy costosa, el beneficio de la propuesta es que la incertidumbre queda despejada y, en todo caso, los costos jurídicos son susceptibles de valorización y predictibilidad. Ello permite al agente económico, tomar la decisión teniendo en cuenta la tipicidad propuesta para la transferencia.

- c)** Un ecosistema normativo virtuoso. El beneficio es que este conjunto de normas, al hallarse alineados en todos sus aspectos, permitirá que el vehículo jurídico propuesto cumpla eficientemente con el objeto de transferir la titularidad de la empresa; puesto que, dichas leyes constituyen una suerte de ecosistema y sus efectos y formalidades son complementarios, si alguno de ellos falla, puede frustrar la transferencia. Por ejemplo, su existencia se relaciona con el contrato entre las partes y sus formalidades, el registro de la transferencia se relaciona con su publicidad, esta se relaciona a su vez, con la tutela de los acreedores y la viabilidad de la operación se relaciona con sus costos tributarios, etc. Este alineamiento normativo tiene como beneficio la reducción de los costos legales de transacción para lograr su eficacia jurídica.
- d)** La inscripción en el registro de personas naturales – comerciantes y en el de personas jurídicas, tiene la utilidad de permitir determinar objetivamente el inicio del cómputo de plazo de dos (2) meses para que los acreedores puedan ejercer su derecho de oposición a la desvinculación del transferente como obligado solidario.

3.2.2. Beneficios económicos:

- a)** Continuación de la empresa a través del mercado secundario: esta es una facilidad para los empresarios, puesto que en vez de ingresar a un largo y costoso proceso de liquidación (con pérdidas en tiempo y dinero) en el cual, generalmente, el valor de liquidación es menor que el valor de empresa en marcha; se podrá optar por este vehículo jurídico y transferir la empresa a un mejor valor, ahorrando tiempo y no asumiendo los costos de transacción de un complejo proceso concursal.
- b)** Continuidad mediante reorganización empresarial. Al quedar regulado este mecanismo, se abre un nuevo mecanismo y consiste en combinar la transferencia de la empresa con un proceso de reorganización de sociedades. Será una manera de simplificar la reorganización entre empresarios que no se encuentran organizados mediante personas jurídicas como la sociedad, la cooperativa o la E.I.R.L. Por ejemplo: i) la transferencia de una empresa unipersonal como parte de la reorganización con otras sociedades; ii) la transferencia de negocios entre dos personas naturales que después desean constituir una sociedad; o, iii) como una manera de facilitar la reorganización de un negocio que se transfiere directamente de una persona natural a una sociedad.
- c)** La inscripción en el registro de personas naturales – comerciantes y en el de personas jurídicas genera información y la pone a disposición de los agentes de manera fácilmente accesible y al menor costo posible. Información sobre existencia, frecuencia de compraventa de empresas, así como los precios y condiciones en que se transfieren; también, se podrá conocer con qué habitualidad ejercen los acreedores el derecho de oposición.

3.2.3. Beneficios sociales:

- a) Sostenibilidad de la empresa con los *stakeholders*. Este mecanismo, además, genera un beneficio no solamente para el empresario que transfiere su empresa sino también para los *stakeholders*. En efecto, el empresario que no quiere continuar con su actividad, no solo va a evitar la desmembración de los elementos de su empresa y la liquidación de su activo, sino también, permitirá mantener vigentes la relación con los *stakeholders*, quienes se beneficiarán en el tiempo con la sostenibilidad de la empresa. Ello redundará en beneficio de los trabajadores, proveedores, consumidores y demás grupos de interés que no sufrirán la reducción de sus opciones de bienes y servicios en el mercado.
- b) Nueva cultura empresarial. Esta genera nuevas formas de relacionarse con los *stakeholders*. Si se entiende la transferencia como una operación para desarrollar la empresa, se esperará la implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo y de responsabilidad social empresarial, bajo este marco existirán nuevas políticas en el pago de dividendos, en las relaciones laborales, en la atención y pago a proveedores, en el relacionamiento con los consumidores o clientes, con la comunidad y en la forma de relacionarse en el mercado con la competencia; ya que no se trata de un simple cambio de vestido sino propiamente de la identidad del nuevo titular de la empresa, que trae su propia visión, misión, principios y prácticas.
- c) Las publicaciones a través de medios virtuales permite difundir más eficazmente la información; se está pasando de un sistema formal de información a un sistema eficiente y con mayor alcance, lo cual, facilita a los terceros y acreedores a ejercer sus derechos con ocasión de la transferencia.

3.2.4. Beneficios académicos:

- a) Habiendo establecido legislativamente lo que es la empresa, su naturaleza jurídica, y habiendo desarrollado exhaustivamente la parte normativa de la compraventa de la empresa, las investigaciones posteriores podrán adoptar nuestro concepto de empresa, su naturaleza jurídica y tomar lo que les resulte conveniente o útil para implementar el mecanismo de regulación de la transferencia temporal de la empresa o del gravamen de la misma. En buena cuenta, el beneficio será que la comunidad de investigadores tendrá cimientos y el campo despejado para poder desarrollar propuestas sobre temas no investigados.
- b) La inscripción en el registro de personas naturales – comerciantes y en el de personas jurídicas, permite obtener información a efectos de investigar sobre las características de los contratos de compraventa de empresa, sus dificultades, cómo perfeccionar el régimen legislativo y también, visualizar si la tutela a acreedores y terceros está siendo efectiva.

CONCLUSIONES

1. El concepto de la empresa la describe como una organización de capital y trabajo con el fin de producir bienes o servicios para el mercado; este concepto económico puede sintetizarse en un patrimonio organizado o fondo empresarial en funcionamiento, cuya naturaleza jurídica es la de un “bien complejo” susceptible de tráfico jurídico (transferencia definitiva, temporal o sujeta a gravamen).
2. La transferencia definitiva de la empresa, que trata esta tesis, consiste en el proceso mediante el cual se enajena la titularidad de la misma a otro empresario, quien a cambio de una contraprestación dineraria continuará con la gestión de la empresa.
3. La naturaleza jurídica del título de transferencia de la empresa es la de un contrato atípico conformado por una serie de contratos coligados ya que el contrato de compraventa del Código Civil no tiene como causa objetiva la transferencia de la titularidad de los diversos bienes corporales e incorporeales que la empresa puede comprender; así como, las obligaciones que se vayan a transferir ni contempla la cláusula de no competencia característica de este tipo de contrato.
4. Dado que la empresa está conformada por una diversidad de bienes, podemos afirmar que se trata de un bien de naturaleza compleja, tratado como un todo por la autonomía privada de las partes, no porque el ordenamiento jurídico le de ese reconocimiento ni porque haya contemplado un modo único. Esta situación obliga que para su transferencia se sigan tantos modos como bienes particulares conformen la unidad de producción. Empero, la solución pasa por una opción legislativa que contemple un modo único para la transferencia de la unidad económica conformada por bienes heterogéneos.

5. Los elementos de la empresa son los siguientes: organización, fondo empresarial y *stakeholders* o grupos de interés. Sus atributos son: el *goodwill*, el *badwill* y las sinergias, todos los cuales determinan el valor de la empresa y pueden ser objeto de métodos de valorización que permiten corroborar -en general- que el valor del todo no es igual a la suma de sus partes.
6. La regulación adecuada de esta operación mercantil permitirá reducir los costos de transacción de la transferencia de la empresa (falta de normas supletorias, formalidades, transparencia, tutela de terceros), beneficiará al mercado y mantendrá en competencia una empresa para beneficio de sus grupos de interés (trabajadores, proveedores, clientes, Estado e inversionistas) sin tener que recurrirse a su liquidación.
7. La transferencia definitiva de la empresa a cambio de una contraprestación dineraria podría ser asimilado a una compraventa de empresa si es que se le tipifica mediante una reforma legislativa. Esta figura es independiente de la compraventa de acciones o participaciones de una sociedad (titular de una unidad de producción) y difiere de las modalidades de reorganización de sociedades como la fusión, escisión o reorganización simple que en buena cuenta permutan las unidades de producción por la entrega de acciones o participaciones de sociedades.
8. Una adecuada regulación permitirá abordar la problemática de la transferencia de empresas en por lo menos los siguientes escenarios:
 - 8.1. Transferencia de persona natural a persona natural, cuando la contraprestación es dineraria.
 - 8.2. Transferencia de persona natural a persona jurídica, cuando la contraprestación es dineraria.

- 8.3.** Transferencia de persona jurídica a persona jurídica, cuando la contraprestación es dineraria y no se quiere usar la figura de transferencia de acciones.
- 8.4.** Transferencia de persona jurídica a persona jurídica, cuando la contraprestación dineraria es a los accionistas o socios de la primera persona jurídica y esta se extingue.
- 9.** Las legislaciones comparadas a nivel de Latinoamérica y Europa sobre tráfico jurídico de la empresa parten en algunos casos del concepto unidad de producción o se aproximan indirectamente aludiendo al “fondo de comercio”, “establecimiento de comercio” o “hacienda mercantil”; y aunque en doctrina tienen sus matices, una vez que están en marcha u operando, hacen alusión a un mismo fenómeno: la empresa. Todas establecen regulaciones sobre mecanismos de transparencia y publicidad, así como de mecanismos de tutela de acreedores.
- 10.** La implementación de la propuesta de esta tesis generará una serie de consecuencias jurídicas (uniformidad, eliminación del vacío legislativo actual, así como cambios legislativos múltiples), económicas (creación de mercado secundario y facilidades para la reorganización con empresas unipersonales), sociales (impacto en los *stakeholders* y nuevas formas de relacionarse con el titular) y académicas (nuevas investigaciones sobre la transferencia temporal de la empresa y el gravamen de la misma).
- 11.** El estudio desarrollado y la regulación propuesta será útil para los empresarios, en particular, para los pequeños que esperan reglas claras sobre lo que se transfiere; será útil para los grupos de interés que se ven afectados en una transferencia; será útil para los docentes que pueden instruir a sus alumnos con elementos más precisos y modernos sobre la materia; y, finalmente será útil para los operadores

del derecho, pues permitirá predecir la solución legal para un tema que no es ordinario y que para los involucrados, es de indudable trascendencia económica.



RECOMENDACIONES

1. Desde un punto de vista jurídico y económico, es recomendable legislar sobre el tráfico jurídico de la empresa, en particular, la transferencia definitiva, a fin de dar una opción legislativa que reduzca costos de transacción para que las pequeñas empresas puedan salir del mercado y los titulares puedan recuperar, en lo posible, su inversión, sin perjudicar los derechos de terceros.
2. Desde un punto de vista académico y docente, sería adecuado orientar a los alumnos a desarrollar los temas de investigación pendientes como: (i) la transferencia temporal de la empresa; y, (ii) la naturaleza jurídica del gravamen de la empresa y, si debe desarrollarse una propuesta legislativa a partir de la categoría “hipoteca de la empresa” o “garantía mobiliaria de la empresa” o quizá una mixtura de ambas figuras.
3. Desde un punto de vista social e institucional, cabe dar muestras de la existencia de un régimen jurídico que trata de evitar externalidades como la exposición al fraude de sus grupos de interés (trabajadores, proveedores, Estado, clientes) a través de mecanismos de transparencia y tutela.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiar, H. (Ed) (1951) *Hechos y Actos Jurídicos en la Doctrina y en la Ley*. Buenos Aires, Argentina: Tipográfica Editora Argentina.

Aguirre, W. (2014) *El contrato de franquicia: multiplicador de negocios exitosos*. Pp. 13-21 Recuperado de: <https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=14&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj4576Y-ZnYAhVGFZAKHTeLDHY4ChAWCDUwAw&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Factualidadmercantil%2Farticle%2Fdownload%2F13573%2F14197&usq=AOvVaw1LFcFOOBjHv6n7FjBTLod>

Álvarez, G. (2011) *Para qué y cómo valorizar una empresa*. Recuperado de: <http://www.gestiopolis.com/para-que-y-como-valorar-una-empresa/>

Amado, J. y Viedma, J. (Ed) (2008) *La transmisión de empresas en España*. España: M&A Fusiones y Adquisiciones S.A. Autogestión Fiscal.

Anónimo (2017) *Goodwill*. Recuperado de <http://www.gerencie.com/goodwill.html>

Anónimo (s.f.) *Propuesta alternativa Proyecto Ley Marco del Empresariado*. Recuperado de: [http://www.perucamaras.org.pe/pdf/2/1_1_Revision del Proyecto de Ley Marco del Empresariado.pdf](http://www.perucamaras.org.pe/pdf/2/1_1_Revision%20del%20Proyecto%20de%20Ley%20Marco%20del%20Empresariado.pdf)

Antillon, W. y Cappella, G. (Ed) (1999) *Derecho de llave: derecho de aviamiento*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.

Arias-Schreiber, M. (Ed) (1999) *Los Contratos Modernos*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Avolio, B. (2010) *Métodos de valorización de empresas*. Escuela de negocios: CENTRUM, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: Enlace web: <http://www.cyta.com.ar/ta0903/v9n3a3.htm>

Ballesteros, A. (Ed) (2006) *Manual de Administración Local*. 5ta Edición. España: La Ley.

Barrionuevo, F. (2014) *Método de valoración de empresas*. Recuperado de: <http://franciscobarrionuevo.eu/files/2015/03/ENSAYO-M%C3%89TODOS-DE-VALORACI%C3%93N-DE-EMPRESAS.pdf>

Bercovitz, A. (Ed) (2003) *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra, España: Aranzadi S.A. Navarra.

Bravo, S. (2002) *Fundamentos de la Valorización de Empresas*. Material Didáctico N°1 ESAN, pp.21-22. Recuperado de: <http://www.esan.edu.pe/paginas/pdf/Material1.pdf>

Broseta, M. (Ed.) (1965) *La Empresa, la Unificación de Obligaciones Civiles y Mercantiles*. Madrid, España: Tecnos.

Broseta, M. (Ed.) (1968) La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento. (Ed.) *Revista de Derecho Mercantil*, (N°107). Pp.59-106. Madrid, España: Tecnos.

Bullard, A. (Ed) (1990) *La Relación Jurídico Patrimonial - reales vs. Obligaciones*. Lima, Perú: Ara Editores.

Bullard, A. (1991) Un mundo sin propiedad. *Ius Et Veritas*, (N°45), pp. 131-157. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6160/61>

Bulgarelli, W. (Ed) (1984) *A Teoría Jurídica da Empresa*. Sao Paulo, Brasil: Impressao Rumo Grafica Editora.

Business School. University of Navarra. (2009) Newsletter N°5. Recuperado de:

http://www.iese.edu/es/files/La%20evaluaci%C3%B3n%20del%20concepto%20de%20stakeholders%20seg%C3%BAn%20Freeman_tcm5-39688.pdf

Centros Europeos de Empresas Innovadoras de la Comunidad Valenciana (2008) *Valoración de empresas*. Recuperado de: <http://www.comunidadilgo.org/portal/manualespyme/Valoraci%C3%B3n%20de%20Empresas.pdf>

Código Civil peruano. 1984. Recuperado de: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>

Código Civil de Colombia. 1887. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_colombia.pdf

Código Civil de España. 1889. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Código Civil de Francia. 1804. Recuperado de: https://www.academia.edu/35741110/C%C3%B3digo_civil_franc%C3%A9s_Edici%C3%B3n_biling%C3%BCe

Código Civil de Guatemala. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_guatemala.pdf

Código Civil de Honduras. 1906. Recuperado de: http://www.oas.org/DIL/ESP/Codigo_Civil_Honduras.pdf

Código Civil de Italia. 1942. Recuperado de:
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/2014/07/05/codice-civile-italiano-de-1942/>

Código Civil de Panamá. 1916. Recuperado de:
<https://docs.panama.justia.com/federales/codigos/codigo-civil.pdf>

Código de Comercio de Perú. 1902. Recuperado de:
<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3c0d35804d90aee08507f5db524a342a/C%C3%B3digo+de+Comercio.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3c0d35804d90aee08507f5db524a342a>

Código de Comercio de Colombia. 1971. Recuperado de:
<https://arrincondelparque.com/images/documentos/codigo-comercio.pdf>

Código de Comercio de España. 1885. Recuperado de:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>

Código de Comercio de Francia. 1807. Recuperado de:
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000005634379

Código de Comercio de Guatemala. 1877. Recuperado de:
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/gt/gt010es.pdf>

Código de Comercio de Honduras. 1899. Recuperado de:
<https://honduras.eregulations.org/media/codigo%20del%20comercio.pdf>

Código de Comercio de Panamá. 1916. Recuperado de: <https://www.corro-fernandezlawfirm.com/images/downloads/codigo-comercio-republica-panama.pdf>

Constitución Política del Perú. 1993. Recuperado de:
https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf

Cuentas, E. (1997) El abuso del derecho. En: *Revista de Derecho PUCP*. N°51. Pp. 463-484. Recuperado de:
https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjY5_HStdRWAhVEQiYKHR0gDFoQFggkMAA&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5085322.pdf&usq=AOvVaw1YS_pp4vgnxD7kFb-UXIEO

De la Puente, M. (Ed) (1983) *Estudios de contrato privado*. Tomo II. Lima, Perú: Cultural Cuzco S.A.

De la Puente, M. (Ed) (2011) *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. T. II. Lima, Perú: Palestra.

De la Puente, M. (Ed) (1999). *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica Editores S.R.L.

De la Puente, M. (1994) El contrato con efectos reales. *Ius Et Veritas*, (N°9), pp. 9-16. Recuperado de:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15442/15894>

Del Rey Guanter, S. (Ed) (2007) *Sociedad Mercantil y Relación Laboral*. España: La Ley. España.

Del Castillo, J., Meneses, H. y Osorio, A. (2005) *Valorización de Negocios e Intangibles y Creación de Valor*. Lima, Perú: Fondo de Desarrollo Editorial, Universidad de Lima.

- Diez-Picazo, L. (Ed) (1998) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. S.A. Vol. I. Madrid, España: Tecnos.
- Elías, E. (Ed) (1999) *Derecho Societario Peruano*. Trujillo, Perú: Normas Legales S.A.C., Trujillo.
- Espinoza, J. (1989) *La naturaleza jurídica de la empresa*. (Tesis de pregrado) Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- Espinoza, J. (1990) El Patrimonio de la Empresa. En: *Debate Civil*. Año I. N°1. Lima, Perú.
- Etkin, A. (Ed) (1978) *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires, Argentina: Driskill S.A.
- Ferrara, F. (Ed) (1950) *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*. Madrid, España: Revista de Derecho Privado.
- Ferrero, G. (2003) Aspectos económicos y financieros de las fusiones en el Perú. En: *Revista Advocatus* (N°9). Lima, Perú.
- Ferdinand, C. (Ed) (1994) *Derechos Reales*. T.I. Segunda Edición. Lima, Perú: Cultural Cuzco S.A.
- Fernández, C. (Ed) (1999) *Abuso del Derecho*. 2da Edición. Lima, Perú: Grijley.
- Fernández, P. (2008) Métodos de valoración de empresas. En: *Documento de Investigación por la CIIF (Centro Internacional de Investigación Financiera)-IESE Business School en la Universidad de Navarra*. Recuperado de: <https://es.slideshare.net/maartamonroy/pablo-fernandez-valoracin-de-empresas>

- Ferrara, F. (Ed)(1950) *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*. Madrid, España: Revista de Derecho Privado.
- Galgano, F. (Ed) (1981). *Historia del Derecho Mercantil*. Barcelona, España: Laia.
- García, L. (2010). Los Contratos de Franquicia Internacional. En: *Revista de Derecho Mercantil*. Núm. 275. Madrid, España.
- Garrigues, J. (Ed) (1984) *Curso de Derecho Mercantil*. México: Porrúa S.A.
- Guevara, R. (2015) La tributación en el Perú de la asistencia técnica en los contratos internacionales. En: *Revista France Affaires Perú de la Cámara de Comercio e Industria Peruano-Francesa*. Recuperado de: <http://www.rgbavocats.com/es/la-tributacion-en-el-peru-de-la-asistencia-tecnica-en-los-contratos-internacionales/>
- Hernando, A. (Ed) (2000) *El contrato de franquicia de empresa*. Madrid, España: Civitas. p. 238.
- Hernández, J.L. (Ed) (2003) *Apuntes Sobre La Reorganización Simple en la Legislación Peruana*. En: Tratado de Derecho Mercantil. T.I. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Hernández, R. (s.f.) *¿En qué consiste la valoración de empresas por múltiplos de cotización?* Recuperado de: <http://control-costes.com/en-que-consiste-la-valoracion-de-empresas-por-multiplos-de-cotizacion/>
- Israel, L. y Filomeno, A. (Ed) (2003) La Fusión y la Escisión en la Nueva Ley General de Sociedades En: *Tratado de Derecho Mercantil*. T.I. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Jaramillo, F. (2011) *Valoración de empresas*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
Recuperado de:

https://books.google.com.pe/books?id=jtvDDQAAQBAJ&pg=PT409&lpg=PT409&dq=diferencia+entre+valor+patrimonial+y+valor+de+reemplazo+de+una+empresa&source=bl&ots=TXzTm2eq3j&sig=VVRiKf6MPthJcU_057IAqFQ8CCo&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiHyJH18IHTAhXMFJAKHaM4AmMQ6AEIKzAD#v=onepage&q=reposici%C3%B3n&f=false

Labatut, G. (2005) *El valor de las empresas: Métodos de valoración tradicionales y comparativos (múltiplos)*. Artículo publicado por el Departamento de Contabilidad de la Universidad de Valencia. Recuperado de: <http://marioabambari.info/wp-content/uploads/sites/705/2015/06/El-valor-de-las-empresas-Serrat.pdf>

Lajo, S. (2013) *Análisis de las principales prohibiciones absolutas en el registro marcario: los signos genéricos, descriptivos y usuales*. (Tesis de pregrado) Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada aprobada por Decreto Ley N° 21621. Recuperado de: https://mep.pe/intranetvirtual/Constitucion-y-Fomalizacion/MEP_Constitucion_TramitesLegales_Ley-Empresa-Individual-Responsabilidad-Limitada-EIRL-N21621.pdf

Ley de Traspaso de Establecimientos Comerciales o Industriales, Ley N°2259. 1916.

Ley Marco de Empresariado. Recuperado de: http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1998/r_codigos/codigo31.htm

Ley General de Sociedades, Ley N°26687. Recuperado de: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pe/pe061es.pdf>

Ley de Títulos Valores, Ley N°27287. Recuperado de: <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27287.pdf>

Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N°861. Recuperado de:
<https://www.smv.gob.pe/uploads/PeruLeyMercadoValores.pdf>

Ley N°3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Recuperado de:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614>

Ley 2272003, de 9 de julio, Concursal. Recuperado de:
<https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-13813-consolidado.pdf>

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Recuperado de:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>

Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. Recuperado de:
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8328

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. Recuperado de:
<https://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-23093-consolidado.pdf>

Leyva, J.A. (Ed) (1989) *Planteamiento general de los Registros públicos y su división en Registros administrativos y Registros Jurídicos*. En: Revista crítica de Derecho Inmobiliario. N°591. Madrid, España. Ed. San José. S.A.

Lizarraga, F. (1991) *El fondo de comercio y su aviamiento en el Perú*. (Tesis de pregrado) Universidad de Lima, Lima.

Lodeiro, F. (2015) *Valor de liquidación: Concepto, cálculos y ejemplos*. Recuperado de: <http://www.academiadeinversion.com/valor-de-liquidacion-concepto-calculo-y-ejemplos/>

Lohmann, G. (Ed) (2005) *El Negocio Jurídico*. Lima, Perú: Grijley.

López, G. (2004) *Métodos de valuación de empresas basados en comparables (“múltiplos”)*. Pp.1-33. Recuperado de: http://www.ucema.edu.ar/u/gl24/Slides/Valuacion_por_comparables.pdf

Medina, J. (Ed) (2011) Teoría de la empresa. Operaciones sobre el local de negocio y el establecimiento de comercio. El arrendamiento del local del negocio. En: *Derecho Comercial Parte General*. Cuarta Edición. Lima, Perú: Themis.

Messineo, F. (Ed.) (1979) *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. (2014) *Manual Societario*. Lima, Perú: Economía y Finanzas.

Ministerio de la Producción. Estadística MIPYME. Recuperado de: <http://ogeiee.produce.gob.pe/index.php/shortcode/estadistica-oee/estadisticas-mipyme>

Monje, D. (2015) El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisionomía. Recuperado de: <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/el-contrato-de-compraventa/pubData/source/El-contrato-de-compraventa-consensual.pdf>

Mora, F. (Ed) (1982) *Introducción al Estudio del Derecho Comercial* (Teoría de la Empresa en el derecho comercial costarricense). San José, Costa Rica: Juricentro S.A.

Morales, A. (1989) *La empresa y la unificación de las Obligaciones y los Contratos Civiles y Mercantiles*. (Tesis de pregrado) Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Morales, Alonso. (Ed) (1990). *Los Grandes Cambios en el Derecho Privado Moderno*. Lima, Perú: Revista Peruana de Derecho de la Empresa.

Morales, A (2003) El patrimonio social – capital y aporte. *En: Tratado de Derecho Mercantil*. T. I. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/21819676/6150813-TRATADO-DE-DERECHO-MERCANTIL-TOMO-I-LEY-GENERAL-DE-SOCIEDADES-1>

Morales, A. (2018) *La naturaleza jurídica de la empresa*. Recuperado de: <http://agnitio.pe/articulo/la-naturaleza-juridica-de-la-empresa/>

Morles, A. (Ed.) (2007) *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas, Venezuela: Ed. Universidad Católica Andrés Bello.

Mur, M. y Tuesta, M. *Ámbito de Aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú – La Ganancia Proveniente de la Adquisición de Negocios ¿Está Gravada con el Impuesto a la Renta?* *En: VIII Jornadas de Derecho Tributario*. Recuperado de: <http://www.ipdt.org/editor/docs/TrabajosVIIIJorIPDT.htm>

Nakamura, D. (2009) El Escrow. *En: Revista Derecho y Sociedad*. N° 33. 2009. Pp.288-297 Recuperado de: <http://www.nakamura.pe/wp-content/uploads/2015/06/EI-Escrow-Dan-Nakamura-DYS.pdf>

NCS Software. *Norma Internacional de Contabilidad n° 1 (NIC 1) Presentación de estados financieros*. Recuperado de: <http://www.normasinternacionalesdecontabilidad.es/nic/pdf/NIC01.pdf>.

Northcote, C. (2008) El contrato de franquicia. *En revista: Actualidad Empresarial*. N°157. Pp. VIII-1 – VIII-2. Recuperado de <https://www.yumpu.com/es/document/read/28228518/el-contrato-de-franquicia-revista-actualidad-empresarial>

Peña, F. y Casals, L. (Ed) (2004) *Régimen Jurídico de las Adquisiciones de Empresas*. Navarra, España: Arazandi.

Pereyra, M. (2008) *Valoración de empresas: Una revisión de los métodos actuales*. Facultad de Administración y Ciencias Sociales - Universidad ORT Uruguay. Recuperado de: <http://www.ort.edu.uy/facs/pdf/documentodetrabajo41.pdf>

Pérez, J. y Gardey, A. (2010) *Definición de Sinergia*. Recuperado de: <http://definicion.de/sinergia/>

Rams, L. (Ed) (2008) *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. España, Madrid: Ed. Reu S.A.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Real Decreto 1784/1996 por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil español. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-17533>

Régimen de Garantía Mobiliaria, aprobado mediante Decreto Legislativo N°1400. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-aprueba-el-regimen-de-garantia-mobil-decreto-legislativo-n-1400-1689445-5/>

Restrepo, I. (2008) DUE Diligence Financiera, una forma para garantizar la toma eficiente de decisiones en la adquisición de empresas. *En: El Cuaderno – Escuela de Ciencias Estratégicas*. Vol. 2. N°4. Medellín, Colombia. Pp.263-278. Recuperado de: <https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd>

[=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjkmq3v1cDWAhUGwiYKHe9AAhoQFggvMAI&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2991251.pdf&usq=AFQjCNGz_56A2JErxafQ2WR6mszNdX97VA](https://www.unirioja.es/~dialnet/articulo/2991251.pdf)

Rocco, A. (Ed) (1981) *Principios de Derecho Mercantil: Parte General*. México: Editora Nacional.

Rojas, R. (2010) *La empresa como objeto de negocios jurídicos: Énfasis en la compraventa de empresas*. Revista de Derecho N°13. 2010. Pp.9-62
Recuperado de:
<http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/1011/834>

Rubio, T. (Ed) (1993) *Contrato de Compraventa y Transmisión de la Propiedad*. España: Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España.

Ruiz, R. (Ed) (1981) *Derecho Civil*. Madrid, España: Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones.

SanPer Asesores. (2013) *Sinergia Empresarial: concepto, tipos y posibilidades*. Recuperado de:
<http://www.sanperasesores.es/blog/sinergia-empresarial-concepto-tipos-posibilidades/>

Sastre, R. (Ed) (2000) *Derecho Registral*. Doctrina de Roca Sastre: Ed. Azul Grana Editores.

Segrera, P. (2007) *La seguridad jurídica en el Registro Público de la Propiedad*. Proyecto de investigación aplicada. Pp. 1-59. Recuperado de:
<https://repositorio.itesm.mx/bitstream/handle/11285/629163/33068001048252.pdf?sequence=1>

Sekula, L. (1992) *Análisis jurídico del Contrato de Concesión Mercantil*. (Tesis de pregrado) Universidad de Lima, Lima.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 0008-2003-AI/TC. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Tarazona, G. (2012) *Goodwill y badwill en las combinaciones empresariales y el impuesto a la renta*. Revista N°52. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario.

Tejada, M. (1995) *Introducción al Estudio del Fondo Empresarial y su Arrendamiento*. (Tesis de pregrado) Universidad de Lima, Lima.

Tejada, M.I. (Ed) (1997) El fondo empresarial en el Código de la Empresa. En: *Revista Peruana de Derecho de la empresa*. Lima. Lima, Perú: Asesorandina SRLTDA.

Texto Único de Procedimiento Administrativo de SUNARP, aprobado por Decreto Supremo N°008-2004-JUS y sus modificatorias. Recuperado de: <https://www.sunarp.gob.pe/seccion/institucional/tupa/docs/tupa.PDF>

Texto Único Ordenado del Código Tributario, Decreto Supremo N°133-2013-EF. Recuperado de: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/codigo/>

Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por el Decreto Supremo N°179-2004-EF y modificatorias. Recuperado de: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/ley/fdetalle.pdf>

Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo aprobado por el Decreto Supremo N°055-99-EF. Recuperado de: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/igv/ley/fdetalle.htm>

- Torres, F. (2009) *Fondo de comercio en el derecho mercantil*. Recuperado de: <http://www.gestiopolis.com/fondo-de-comercio-en-el-derecho-mercantil/>
- Torres y Torres, C. (Ed) (1986) *Derecho de la Empresa. Teoría de la Empresa y Materiales de Trabajo*. Lima, Perú: Lima.
- Tokushima, T. (2011) Algunas consideraciones societarias sobre las fusiones internacionales. En: *Revista I+T Tax & Legal KPMG-Perú*. Año I, N°07.
- Uroz, F. (2010) ¿Qué son los stakeholders? Recuperado de <http://www.guioteca.com/rse/que-son-los-stakeholders/>
- Valle, J. (Ed) (1987) *La autonomía del Derecho Comercial y su crisis*. 1987. Lima, Perú: Cultural Cuzco S.A.
- Valls, M.C. (2001) *Métodos Clásicos De Valoración De Empresas*. Vol 7, N° 3, pp.49-66. Recuperado de: <http://www.aedem-virtual.com/articulos/iedee/v07/073049.pdf>
- Valor, A. (2005) *Análisis de los diferentes métodos de valoración financiera aplicados al caso de Ferrovial S.A.* Universidad Pontificia ICAI ICADE – Comillas, Madrid, pp.1-49. Recuperado de: https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/3879/TFG_001120.pdf?sequence=1
- Verdera, E. (Ed) (2000) Prólogo a Hernando Giménez. *El contrato de franquicia de empresa*. Madrid, España: Civitas.
- Vidarte, J. (2009) El flujo de caja descontado como la mejor metodología en la determinación del valor de una empresa. En: *Revista Gestión & Desarrollo*. Universidad de San Buenaventura Cali – Colombia. Vol. 6.

(No. 2.) Pp.103-110. 109 Recuperado de:
http://www.usbcali.edu.co/sites/default/files/flujodecaja_josevidarte.pdf

Zúñiga, J. (2011) Algunas consideraciones para la adquisición de empresas.
En: Artículos estudiantiles. Recuperado de:
http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2011/Articulos_estudiantiles/02-2011_ALGUNAS_CONSIDERACIONES_PARA_LA_ADQUISICION_DE_EMPRESAS.pdf



ANEXOS

Anexo I.- Cuadro Legislación comparada sobre transferencia de empresa

| | TÍTULO PARA LA TRANSFERENCIA | MODO | EFFECTO | REGISTRO | PUBLICIDAD | PROTECCIÓN A TERCEROS |
|------------------|--|---|--|--|---|--|
| HONDURAS | Título único: CV empresa. | Dos modos: EEPP para bienes muebles y la inscripción en registro para inmuebles. | Universal: para PJ. Singular: para PN y PJ. | Registro Público de Comercio: CV empresa. Registro de la propiedad: bienes inmuebles. | Registro Público de Comercio y publicaciones por medios de prensa masivos. | Oposición y solidaridad (al concluir los contratos después de la subrogación). |
| GUATEMALA | Título único: CV sobre empresa. | Dos modos: EEPP para bienes muebles y la inscripción en registro para inmuebles. | Universal: para PJ. Singular: para PN y PJ. | Registro Mercantil: CV empresa. Registro de la propiedad: bienes inmuebles. | Registro Mercantil y publicaciones por medios de prensa masivos (Diario Oficial y otro de mayor circulación). | Oposición. Continuidad de responsabilidad del enajenante por 1 año. Solidaridad (al concluir los contratos después de la subrogación). |
| PANAMÁ | Título único: CV del establecimiento mercantil. | Publicación de aviso indicando transferencia de la titularidad del establecimiento. | Singular (no hay remisión a normas de fusión) | No se ha recogido el Registro para la transferencia del establecimiento. | Medios de prensa masivos (periódico Oficial y en uno de la localidad donde se halle establecimiento). | Pago inmediato del crédito con el "precio de la transferencia". Oposición a la enajenación para adquirir la empresa por acreedores. |
| COLOMBIA | Título único: CV del | EEPP o documento privado otorgado ante un funcionario competente. | Singular (pasivos que figuren en libros contables) | Registro Mercantil: registro de personas. | Registro Mercantil y los medios de comunicación masiva: (i) en un aviso en | Responsabilidad solidaria: a) Regla general: solidaridad |

| | | | | | | |
|---------------|---|----------------------------------|------------------|---|---|---|
| | establecimiento de comercio. | | | | radiogramas o cualquier prueba escrita; ii) en aviso en diario de amplia circulación de la Capital de la República; iii) en aviso en un diario local, si lo hubiere). | <p>por las obligaciones contraídas hasta el momento de la transferencia y que sean exigibles hasta 2 meses posteriores a la inscripción de la enajenación del establecimiento.</p> <p>b) Excepción: acreedor manifiesta su "oposición" a que el adquirente sea su deudor. Dos efectos:</p> <p>b.1) Solidaridad se extienda más allá del plazo de 2 meses respecto de las obligaciones contraídas hasta el momento anterior a la transferencia.</p> <p>b.2) Que las obligaciones a plazo sean garantizadas, caso contrario serán exigibles inmediatamente.</p> |
| ESPAÑA | <p>Compraventa de Establecimiento o empresa regida por el Derecho Común.</p> <p>Aplicable</p> | No existe modo único (atomista). | Efecto singular. | No existe registro de empresa ni se inscribe su transferencia en la hoja personal del empresario individual o de la sociedad. | Se informa específicamente a los trabajadores y a los acreedores en un proceso concursal. | <p>No hay transferencia de las deudas de los acreedores, salvo caso cesión de posición contractual.</p> <p>Solo hay solidaridad en materia</p> |

| | | | | | | |
|----------------|--|---|-------------------|---|--|---|
| | fundamentalmente a PP.NN. desde el 4/4/2009. | | | | | laboral y tributaria. |
| | <p>Contrato de Cesión Global del activo y pasivo. Regida por la Ley N°3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.</p> <p>Aplicable a PP.JJ. que transfieren a PP.NN. y PP.JJ. desde 4/4/2009.</p> | Si existe modo único: inscripción en el Registro Mercantil. | Efecto universal. | Se inscribe la transferencia tanto en la hoja personal de la sociedad cedente como de la sociedad cesionaria. | Se publica un anuncio: (i) en el Boletín Oficial del Registro Mercantil; y, (ii) en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social de la sociedad cedente. | Doble mecanismo: derecho de oposición y solidaridad. |
| FRANCIA | <p>Compraventa fondo de comercio (incluye cesión de arrendamiento de inmueble).</p> <p>Si se trata de transferir la</p> | Consentimiento en documento privado con las firmas certificadas o EEPP. | Efecto singular. | Se inscribe en el Registro personal de cada una de las partes. | El Registro Mercantil y los medios de comunicación masiva (un aviso en un periódico habilitado para recibir los anuncios judiciales y legales; y, en el Boletín Oficial de Asuntos Civiles y Comerciales). | Derecho de oposición al pago de un precio; y solidaridad, en caso no se efectúen las publicaciones. |

| | | | | | | |
|---------------|--|---|------------------|---|---|--|
| | propiedad del inmueble, se requiere compraventa adicional. | | | | | |
| ITALIA | Compraventa de hacienda mercantil. | Consentimiento en el contrato de compraventa | Efecto singular. | Se inscribe en el Registro de empresas. | Registro. No hay disposición que obligue notificación de transferencia, sí hay incentivos para hacerlo con el objeto de que el acreedor pueda separarse de la transferencia de la empresa. | Responsabilidad solidaria como codeudores. |
| PERÚ | No hay título único, pero se materializa en base de contratos coligados. | Varios modos (consentimiento, tradición, cesión de derechos, endoso y entrega, etc.). | Efecto singular. | No existe registro. | Quince publicaciones, una por día, previo a la transferencia en medios de prensa masivos. | Responsabilidad solidaria. |

Anexo II.- Diagrama compraventa de empresa en Proyecto de Ley

