



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,  
PARA A OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL  
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.  
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

**1. Datos del Autor:**

Apellidos y Nombres: RODRÍGUEZ TRUJILLO DE ENRIQUE NILDA MAGDALENA

Código de alumno: 2009.1520.4.AB

Teléfono: 962846240

Correo electrónico: nildarodriguest@hotmail.com

DNI o Extranjería: 31677595

**2. Modalidad de trabajo de investigación:**

Trabajo de investigación

Trabajo académico

Trabajo de suficiencia profesional

Tesis

**3. Título profesional o grado académico:**

Bachiller

Título

Segunda especialidad

Licenciado

Magister

Doctor

**4. Título del trabajo de investigación:**

LA INSEGURIDAD JURIDICA DEL FONDO EMPRESARIAL POR VACIO NORMATIVO

**5. Facultad de: .....**

**6. Escuela, Carrera o Programa: Maestría en Derecho con mención en Derecho civil y  
comercial**

**7. Asesor:**

Apellidos y Nombres: Huamán Jaimes Alex Edgardo

Teléfono: 938218040

Correo electrónico: alexhuamanj@hotmail.com

DN.I o Extranjería: 31670792

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma:  .....

D.N.I.:

FECHA:



**UNIVERSIDAD NACIONAL**  
**“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

---

**ESCUELA DE POSTGRADO**

**LA INSEGURIDAD JURIDICA DEL FONDO EMPRESARIAL POR  
VACIO NORMATIVO**

Tesis para optar el grado de maestro  
en Derecho  
Mención en Derecho Civil y Comercial

**NILDA MAGDALENA RODRÍGUEZ TRUJILLO DE ENRIQUE**

Asesor: Dr. **ALEX EDGARDO HUAMÁN JAIMES**

Huaraz – Ancash – Perú

2018

Nº de Registro: T0649

## MIEMBROS DEL JURADO

*Doctor Wilfredo Camilo Montañez Avendaño*

Presidente

---

*Magíster Víctor Efraín Flores Leyva*

Secretario

---

*Doctor Alex Edgardo Huamán Jaimes*

Vocal

---

**ASESOR**

*Doctor* Alex Edgardo Huamán Jaimes

## **AGRADECIMIENTO**

A mi familia, por ser el soporte de mi vida.

A mis amores: Samuel, Adriana y Delmer.

## ÍNDICE

Resumen.....	viii
Abstract.....	ix
I. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Objetivos.....	3
1.2. Hipótesis.....	4
1.3. Variables.....	4
II. MARCO TEÓRICO.....	5
2.1. Antecedentes.....	5
2.2. Bases teóricas.....	5
2.2.1. Fondo Empresarial.....	5
2.2.2. El tráfico jurídico del fondo empresarial.....	13
2.2.3. El contrato de arrendamiento del fondo empresarial.....	22
2.2.4. El fondo empresarial en la legislación Peruana.....	25
2.3. Definición de términos.....	33
III. METODOLOGÍA.....	34
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	34
3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....	38
3.3. Instrumentos de recolección de la información.....	39
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información.....	40

IV. RESULTADOS .....	42
V. DISCUSIÓN.....	61
5.1. Discusión de Resultados a nivel teórico .....	61
5.2. Sobre el Fondo Empresarial .....	70
5.3. Validación de Hipótesis .....	74
VI. CONCLUSIONES .....	79
VII. RECOMENDACIONES .....	81
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	82
ANEXO .....	86



## RESUMEN

La presente investigación de carácter dogmático-jurídico, tiene por finalidad dar a conocer la figura del fondo empresarial, que es tratado de modo difuso en dos oportunidades en la ley general de sociedades, sin haber sido conceptualizado, reglamentado, ni especificado sus alcances. Este trabajo, me ha permitido desarrollar el concepto de fondo empresarial como institución jurídica autónoma en el derecho comercial y sugerir el establecimiento de procedimientos propios para la regulación de las actividades del fondo empresarial, que pese a tener tanta practicidad en el mercado, es tan poco conocido o estudiado a la actualidad. La hipótesis planteada nos lleva a la necesaria dación de un marco jurídico adecuado y especializado para eliminar el vacío legal respecto del fondo empresarial y así otorgar seguridad jurídica a las operaciones que realicen los agentes económicos en dicho ámbito. En el desarrollo del estudio, se ha empleado las técnicas de análisis documental y bibliográfica en base a la teoría de la argumentación jurídica.

**Palabras claves:** Fondo empresarial, empresa, actividad comercial, bienes y Servicios.

## **ABSTRACT**

The present investigation of dogmatic-juridical character, has as purpose to present the figure of the business fund, that is treated of diffuse way in two opportunities in the general law of societies, without having been conceptualized, regulated, nor specified its scopes. This work has allowed me to develop the concept of business fund as an independent legal entity in commercial law and suggest the establishment of own procedures for the regulation of business fund activities, which despite having so much practicality in the market, is so little known or studied to the present. The proposed hypothesis leads us to the necessary dation of an adequate and specialized legal framework to eliminate the legal vacuum with respect to the business fund and thus grant legal certainty to the operations carried out by economic agents in that area. In the development of the study, the techniques of documentary and bibliographic analysis have been used based on the theory of legal argumentation.

**Key words:** Business fund, company, commercial activity, goods and services.

## I. INTRODUCCIÓN

El problema de la presente investigación está orientado al análisis de la inseguridad jurídica de la institución fondo empresarial debido al vacío normativo existente en relación a la misma.

El trabajo de investigación tiene por finalidad, demostrar que el fenómeno económico conocido como Fondo Empresarial, no obstante su importante trascendencia en el desarrollo económico de un grupo importante de empresas, no cuenta con regulación que le otorgue seguridad jurídica y le permita hacer viable sus operaciones, por el contrario, es desarrollado de modo difuso en la Ley General de Sociedades, no cuenta con un concepto claro, ni reglamentado, ni especificado sus alcances, generando paradójicamente una ambigüedad en su concepción y desarrollo, al punto que para algunos el fondo empresarial es solo el patrimonio autónomo, para otros solo bienes, para la mayoría, el capital, lo cierto es que no hay consenso en su utilización, lo cual hace imperativo su regulación, en un solo cuerpo legislativo especializado.

Por consiguiente, la finalidad principal de la presente investigación es demostrar que la carencia de una legislación especializada que delimite y precise los alcances de un fondo empresarial, no permite que la actividad empresarial en nuestro Perú sea dinámica, resultando fundamental la aprobación de la Ley Marco del Empresariado que se encuentra con anteproyecto desde hace más de una década.

**La Formulación del problema general es como sigue:**

¿El fondo empresarial, carece de una regulación que otorgue seguridad jurídica, a los agentes económicos que recurren a ella?

**Los problemas específicos planteados son:**

1. ¿El fondo empresarial, se encuentra regulado en el sistema jurídico peruano?
2. ¿Los agentes económicos encuentran seguridad jurídica, siempre que recurren al fondo empresarial en el Perú?
3. ¿El Derecho común, es el medio adecuado para que los agentes económicos formalicen sus operaciones derivadas del fondo empresarial?

**El marco teórico**, que comprende el estudio de las bases teóricas que explican y dan sustento al trabajo de investigación, tales como la importancia, fines y trascendencia del Fondo Empresarial, para el desarrollo económico; asimismo, **la metodología**, que involucra: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis estadístico de la información. Seguidamente, **los resultados**, en donde a través de la presentación de los principales institutos jurídicos y con su interpretación técnica aspiró a contrastar las hipótesis planteadas. A continuación, **la discusión**, que consiste en determinar, a través de una apreciación crítica, si las bases teóricas, por ejemplo, concuerdan o no con la realidad o aspecto práctico; es decir si la teoría está o no funcionando convenientemente. Se

incluye, finalmente, las **conclusiones**, las **recomendaciones**, la **bibliografía** consultada y, un segmento de **anexos**.

Los objetivos considerados dentro de la presente investigación, son los siguientes:

## **1.1. Objetivos**

### **1.1.1. Objetivo general:**

Conocer cómo los agentes económicos que recurren al fondo empresarial, no encuentran seguridad jurídica dentro del sistema jurídico peruano.

### **1.1.2. Objetivos específicos**

1. Determinar si existen vacíos normativos en la legislación especial, en el tema del fondo empresarial.
2. Determinar que los vacíos legales resquebrajan la estabilidad de los agentes económicos, así como las operaciones realizadas en el ámbito del fondo empresarial.
3. Determinar cómo resulta incompatible e incompleto el derecho común para las operaciones del fondo empresarial.
4. Identificar y describir los aspectos problemáticos que presenta la regulación de un fondo empresarial.

## **1.2. Hipótesis:**

### **1.2.1. Hipótesis General.**

La dación de un marco jurídico adecuado y especializado, eliminará el vacío legal, y por consiguiente, otorgará seguridad jurídica a las operaciones que realizan los agentes económicos en el ámbito del fondo empresarial.

### **1.2.2. Hipótesis Específicas.**

1. Eliminará el vacío normativo, la dación de un marco jurídico adecuado a las necesidades de los agentes económicos.
2. Otorgará seguridad jurídica a los agentes económicos, la debida regulación del fondo empresarial.
3. Un marco jurídico coherente y especial en el sistema jurídico, fomentará las actividades económicas de los agentes.

## **1.3. Variables**

**Independiente (X):** Fondo Empresarial.

**Dependiente (Y):** Inseguridad Jurídica.

**Interviniente (Z):** Vacío normativo.

## **II. MARCO TEÓRICO**

### **2.1. ANTECEDENTES**

Revisado las bibliotecas públicas y privadas a nivel nacional y regional, se han ubicado las siguientes tesis que se refieren al tema del fondo empresarial, con matices de proyección legal:

TEJADA (1995). - Introducción al Estudio del Fondo Empresarial y su Arrendamiento, Tesis para optar por el Título profesional de Abogado. Universidad de Lima, Perú, 1995.

NEIRA (2005) - Comentarios al Proyecto de la Ley Marco del Empresariado, Tesis para optar el Título profesional de abogado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima – Perú, 2005

### **2.2. BASES TEÓRICAS**

#### **2.2.1. Fondo Empresarial**

La norma que regula la actividad empresarial en el Perú es el Código de Comercio de 1902, norma cuya emisión obedeció a circunstancias y conceptos completamente distintos a la concepción actual de empresa, tal es así que cita al que realiza la actividad económica como “comerciante” en tanto que en el contexto actual nos referimos al mismo agente como “empresario”. Razón por el cual, resulta de suma importancia adecuar nuestra legislación a las nuevas

necesidades que la actual dinámica económica plantea en el campo de la actividad empresarial, para efectos de llevar a cabo una regulación apropiada, que lejos de obstaculizar las actividades empresariales, las facilite creando un marco legislativo propicio.

En ese contexto, el reconocimiento y regulación adecuada del fenómeno denominado “fondo empresarial” constituye una obligación ineludible para el legislador, que acorde al contexto actual deberá denominar “Código de la Empresa” en vez de “Código de Comercio” como fue denominado hace más de un centenar de años, allá en el año 1902.

A fines del siglo pasado, se trató de entender a la actividad empresarial como una actividad económica ejercida con la participación de varios agentes económicos, surgiendo así la idea de la “Sociedad” en el ámbito empresarial. Es así que la ley General de Sociedades, introduce el término de Fondo Empresarial, término que tiene diversas denominaciones por la doctrina, legislación y jurisprudencia:

- En el Derecho Francés, Argentino y Venezolano, es denominado **fondo de comercio**.
- En el Derecho Colombiano, Uruguayo y Boliviano: **establecimiento de comercio**.
- En el Derecho Italiano y Chileno: **hacienda**.



Tradicionalmente, la doctrina extranjera ha denominado a este conjunto de elementos organizados como “fondo de comercio”, “establecimiento”, “negocio”, o “hacienda”. A continuación haremos un análisis de dicha terminología, comparándola con el término “fondo empresarial” que utilizaremos en razón a las siguientes consideraciones: Sobre los beneficios de utilizar el término “fondo” lo preferimos por las siguientes razones:

- a) “fondo”, según el diccionario de la Real Academia Española, significa caudal o conjunto de bienes que posee una persona o una comunidad;
- b) “fondo” es una palabra utilizada en el lenguaje común, como por ejemplo cuando decimos “no tenemos fondos” o al presentar un cheque en una ventanilla de un banco, nos informan que es un cheque “sin fondos”; y
- c) El común de la gente tiene arraigado el conocimiento que, sin “fondos”, no pueden realizar las actividades que se hayan propuesto desarrollar” TEJADA (2010).

**Definición de fondo empresarial.** - GARRIDO (2012) De esta forma podemos dar una primera definición del fondo empresarial, entendiéndolo como: “Conjunto de elementos materiales e inmateriales organizados hacia un fin productivo con un criterio de economicidad, susceptible de diversos negocios jurídicos de disposición patrimonial por parte del empresario”. Así, en la compraventa de empresas, lo que efectivamente se vende vendría a ser el fondo empresarial (no el empresario, ni tampoco la organización de los elementos como actividad que en manos del nuevo empresario puede variar).

TEJADA (2010), indica que cuando una persona natural o jurídica decide iniciar una determinada actividad empresarial, lo primero que ésta hace es reunir y organizar una serie de elementos que le van a permitir realizar la actividad que se ha propuesto. Así, dependiendo de cuál sea la actividad a la que se va a dedicar, la persona alquila un local, compra máquinas, herramientas, materias primas y mercaderías, contrata trabajadores y proveedores, tramita licencias, instala teléfonos, registra marcas, etc. Una vez que la persona ha logrado reunir y organizar todos los elementos necesarios para poder desarrollar la actividad que tiene en mente, éste empieza a poner en marcha al conjunto de elementos, dinamizándolo y convirtiéndolo con su actividad en una empresa capaz de producir o comercializar bienes o prestar servicios.

Este 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". Concepto si bien preliminarmente puede parecerse a la denominación de un bloque patrimonial definido por el artículo 369 de la Ley General de Sociedades como aquel patrimonio conformado por un activo, activo, pasivo o pasivos en sus distintas combinaciones, sin embargo, el fondo patrimonial no solo se limita al conjunto organizado de bienes, sino a los otros elementos que conforman dicho patrimonio autónomo.

Por ello, 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 se considera que la denominación "establecimiento de comercio" o "hacienda" podría llevarnos a la confusión del conjunto de elementos del empresario, como el local comercial donde éste lleva a cabo su actividad o la finca rural donde desarrolla sus actividades este empresario; mientras que la denominación "fondo de comercio" se entendería referida únicamente al conjunto de elementos de un comerciante, donde la persona sólo se dedica a la compra y venta de géneros, como así fue concebida la idea de "comerciante" en nuestro Código de Comercio de 1902 vigente hasta la fecha.

Por ello, coincidiendo con TEJADA (2010) y GARRIDO (2012), es oportuno pues utilizar la palabra "fondo", por las siguientes razones: a) "fondo", según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa caudal o conjunto de bienes que posee una persona o comunidad; b) "fondo" es una palabra utilizada en el lenguaje común, como por ejemplo, cuando decimos: "no tenemos fondos" o, al presentar un cheque en la ventanilla de un banco, nos informan que es un "cheque sin fondos"; y c) el común de la gente tiene el arraigado conocimiento que, sin "fondos", no pueden realizar las actividades que se hayan propuesto desarrollar. Así, la denominación "fondo", nos lleva a la concepción de que es aquello que es necesario para realizar una actividad, satisfactoriamente.

De otro lado, la denominación "fondo empresarial", comprende no solamente al fondo de quien se dedica a la compra y venta de géneros, como es el caso del término "fondo de comercio", sino también el fondo de la persona que se dedica a la producción de bienes o a la prestación de servicios. De esta forma, al denominar al conjunto "fondo empresarial", en vez de "fondo de comercio", se estaría comprendiendo a un mayor número de supuestos.

Es por lo antes expuesto que nuestra Ley General de Sociedades, incluyó la denominación fondo empresarial para identificar a esta organización de elementos o conjunto de elementos organizados, que sirve de instrumento al empresario para efectuar su actividad, sin embargo, no lo reguló como tal propiamente.

¿Por qué el legislador debería reconocer y regular el fondo empresarial? Porque para poder regular a la empresa es preciso que se regulen sus elementos esenciales, esto es el fondo empresarial y la actividad del empresario; así lo ha entendido la Comisión Especial y en su momento se discutía acerca de cuáles son las normas más adecuadas para regular la actividad del empresario individual y del empresario colectivo, para luego discutir acerca del fondo empresarial y su tráfico jurídico.

En efecto, si observamos atentamente cualquier tipo de empresa, nos daremos cuenta que en ellas existe siempre un común denominador: un conjunto de elementos organizados puesto en marcha por la actividad que le imprimen una o más personas. Así, no existe empresa sin actividad y/o sin fondo empresarial.

Definimos al fondo empresarial como un conjunto, por cuanto éste se encuentra conformado por diversos elementos que no están fusionados entre sí, de tal manera que cada elemento mantiene su individualidad respecto de los demás y respecto del todo que conforma el fondo empresarial. En el fondo empresarial los elementos están reunidos para alcanzar un propósito común, sin confundirse ni perderse su autonomía e independencia.

La conservación de la individualidad es una característica de los elementos que forman parte del fondo empresarial, la cual no solamente determina que puedan ser transferidos o gravados, por ejemplo, independientemente del resto de elementos, sino que, además, a cada uno de ellos se les aplique su propia regulación, atendiendo a su naturaleza jurídica.

El fondo empresarial está conformado por todos aquellos elementos necesarios para que el empresario pueda llevar a cabo la actividad empresarial que se ha propuesto desarrollar. Así, entre los elementos que componen el fondo empresarial, pueden encontrarse bienes, derechos o relaciones jurídicas, tales como locales, maquinarias, materias primas, mercaderías, nombre comercial, marcas, patentes, contratos de trabajo, contratos varios, autorizaciones administrativas, licencias, etc.

La organización de los elementos, siempre presente en un fondo empresarial, marca la diferencia entre éste y un simple cúmulo de elementos o de activos y pasivos que conforman un bloque patrimonial. La organización es llevada a cabo antes y durante el desarrollo de la actividad empresarial y consiste en

obtener todos los elementos necesarios para desarrollar la actividad propuesta, mediante la realización de una serie de actos tales como la celebración de contratos de compra venta, arrendamiento, comodato, suministro, trámites ante los organismos competentes para la obtención de licencias, autorizaciones, etc., así como disponer estos elementos de tal forma que, en cualquier momento, pueda iniciarse la actividad empresarial.

Por otro lado, como señalamos precedentemente, nuestro Código de Comercio define a aquel que realiza la actividad comercial como “comerciante”, concepto que conforme hemos visto, ya ha evolucionado, es así que a esta persona que realiza la actividad comercial hemos denominado “empresario” utilizado en el anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado que sigue rezagado en los pasillos del Congreso de la República.

En dicho anteproyecto, se define al empresario como aquella persona natural o jurídica que explota un fondo empresarial por su propia cuenta y riesgo. Así, son empresarios las sociedades anónimas, colectivas, comerciales de responsabilidad limitada, las empresas individuales de responsabilidad limitada y las personas naturales que explotan un fondo empresarial; bajo este concepto, la persona natural o jurídica sólo es considerada empresario en tanto explote un fondo empresarial, TEJADA (2010).

Por su parte, la empresa es el fondo empresarial puesto en marcha por la actividad que le imprime el empresario, de tal manera que se convierte en una

organización económica dinámica destinada a la producción y/o comercialización de bienes o a la prestación de servicios. La empresa es pues una organización constituida por la actividad del empresario y el fondo empresarial que es una organización de elementos menor que permite al empresario efectuar su actividad.

Es importante señalar en este punto que, conforme a lo antes dicho, las sociedades no son en realidad empresas sino empresarios y que debemos desterrar de nuestra mente la identificación que hacemos entre los términos empresa y sociedad. La sociedad es un empresario que puede ser titular de una o más empresas o de uno o más fondos empresariales, empero nunca es una empresa puesto que ella no está constituida por un conjunto de elementos - licencias, marcas, nombre comercial, máquinas, líneas telefónicas, etc. Puestos en marcha. TEJADA (2010)

### **2.2.2. El tráfico jurídico del fondo empresarial.**

NEIRA (2005), indica que nuestra legislación comercial necesita un cambio y aunque nos encontramos de completo acuerdo con la existencia de que el concepto económico de la empresa es el concepto jurídico unitario de ella, resulta necesario impulsar la adecuación de dichos conceptos a nuestra realidad e incluir los tres elementos esenciales de la empresa: el elemento de procedimiento que es la actividad empresarial, el elemento material que es el fondo empresarial y el elemento personal que es el empresario.

La importancia de la inclusión del fondo empresarial en el Código de la Empresa no solamente radica en que éste es la base de la empresa o el instrumento del que se vale el empresario para realizar su actividad, sino que el fondo empresarial actualmente es objeto de compras, ventas, arrendamientos, etc. y, no obstante los problemas que se presentan en la celebración de estos contratos, actualmente no existe una regulación adecuada que facilite y asegure el tráfico jurídico de los fondos empresariales.

Seguramente en este punto los lectores se estarán preguntando: ¿Cuándo hemos oído hablar de la transferencia o el arrendamiento de fondos empresariales? La respuesta es muy sencilla: Cada vez que hemos oído hablar del traspaso, transferencia o arrendamiento de una empresa o negocio, estamos hablando de un fondo empresarial.

Es por ello, que cuando se habla del traspaso o arrendamiento de una empresa, en realidad no se transfiere o se cede temporalmente la explotación de ésta, sino solamente el fondo empresarial. En efecto, considerando que no existe empresa sin fondo empresarial y/o sin actividad empresarial, no podemos hablar de un contrato sobre la empresa misma si únicamente transferimos o cedemos uno de sus elementos, siendo que, ni en el contrato de transferencia ni en el de arrendamiento se cede la actividad del empresario.

En estos contratos pues, la actividad del titular de la empresa no pasa al



comprador o arrendatario, sino que, por el contrario, cesa respecto del fondo empresarial transferido o arrendado, pasando al comprador o arrendatario sólo el fondo empresarial. Lo mismo sucede cuando hablamos de una transferencia de la empresa mortis causa ya que, en este caso, al igual que en los contratos de compra venta o arrendamiento, la actividad del empresario cesa con su muerte, transfiriéndose al heredero únicamente el fondo empresarial. En consecuencia, lo que se transfiere inter vivos o mortis causa es sólo el fondo empresarial, el mismo que puede o no encontrarse en marcha, lo que dará lugar al pago de una mayor o menor retribución, de ser el caso.

Los contratos de compra venta y arrendamiento de fondos empresariales **son contratos atípicos y mixtos**, a los cuales se les deberá aplicar, por la especial naturaleza del fondo empresarial, tantas normas como elementos conformen el fondo empresarial a arrendarse o transferirse, esto en virtud a la teoría de la combinación explicada por el profesor Enneccerus y que, en este caso resulta la más adecuada.

Así, por ejemplo, cuando transferimos un fondo empresarial conformado por un local, maquinarias, herramientas, marcas, patentes, nombre comercial y contratos, debemos aplicar al contrato de transferencia del fondo empresarial las normas sobre compra venta de bienes muebles e inmuebles regulada por el Código Civil, la transferencia de signos distintivos regulada en la Ley de Propiedad Industrial y la cesión de posición contractual regulada por el Código

Civil, respectivamente.

La falta de una regulación apropiada de estos contratos hace pues que la transferencia o arrendamiento del fondo empresarial se complique, al tener que aplicársele al contrato de transferencia o arrendamiento distintas normas, dependiendo de los elementos que conformen el fondo empresarial. En ese sentido el legislador debe regular los contratos sobre fondos empresariales, de tal forma que se establezca una forma única para la transferencia, arrendamiento, gravamen, etc. de estas organizaciones.

Otra de las complicaciones que se presenta en la actualidad cuando se transfiere un fondo empresarial es que, si en él se encuentran incluidos una serie de bienes registrables, el comprador deberá realizar el trámite de inscripción de la transferencia en las partidas registrales de cada uno de los bienes transferidos. Así por ejemplo, si se transfiere un fondo empresarial que está destinado a la extracción, procesamiento y comercialización de productos hidrobiológicos y, en consecuencia, se encuentra conformado por locales, embarcaciones pesqueras, marcas de productos y automóviles, entre otros elementos, el comprador tendrá que velar porque la transferencia de cada uno de estos bienes sea registrada en las partidas correspondientes del Registro de la Propiedad Inmueble del lugar donde se encuentren ubicados los predios, en el Registro de Embarcaciones Pesqueras, en el INDECOPI y en el Registro de Propiedad Vehicular, respectivamente. Creo que este inconveniente se podría superar

mediante la creación de un registro de fondos empresariales, en el que se pueda anotar la primera de dominio, las sucesivas transferencias, arrendamientos, gravámenes y otros actos sobre el fondo empresarial, de tal manera que la inscripción de cualquier acto en este registro sería suficiente para que el registrador de éste curse de oficio una comunicación al resto de registros para que inscriban los actos.

En ese sentido, el legislador debería considerar la posibilidad de convertir a los fondos empresariales en organizaciones autónomas, es decir, organizaciones con características similares a las de un patrimonio autónomo, separando al fondo empresarial del patrimonio general del titular.

De esta forma, el titular del fondo empresarial tendría un patrimonio general y uno o varios "patrimonios especiales" afectados a determinadas actividades empresariales. Así, los activos del patrimonio especial sólo responderían por los pasivos relativos a la actividad empresarial a que se ha destinado, sin que los activos del patrimonio general u otros patrimonios especiales respondan por los pasivos de este patrimonio especial.

Empero para que el empresario pueda ser titular de una organización autónoma con las características anteriormente expuestas, es necesario que se establezcan una serie de requisitos y excepciones que protejan a los acreedores del patrimonio general y el patrimonio especial. Ello implicaría pues, la creación de un **registro constitutivo de fondos empresariales como organizaciones autónomas**, en el cual se inscriba todo lo referente a la

conformación del fondo empresarial, su titular, los actos que los afecten y los contratos que se celebren sobre ellos.

La creación del registro de los fondos empresariales como organizaciones autónomas es un asunto sumamente complejo, pero que vale la pena intentar regular, puesto que ofrece muchas ventajas, siempre que éste sea un registro ágil y seguro. Entre las ventajas que se obtendrían con la creación de un registro de fondos empresariales como organizaciones autónomas encontramos las siguientes:

En muchos casos, el valor que posee un fondo empresarial es bastante mayor que la suma del valor de cada uno de sus elementos conformantes. Esta realidad permitiría al empresario acceder a un monto mayor de crédito, garantizando el cumplimiento de sus obligaciones con el gravamen del fondo empresarial que se inscribiría en el registro de fondos empresariales.

Son muchas las personas naturales que, buscando una limitación en la responsabilidad de su actividad empresarial, constituyen no solamente Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, sino que también constituyen Sociedades Comerciales de Responsabilidad Limitada y Sociedades Anónimas. Esta constitución de sociedades que, con la inscripción en el Registro de Personas Jurídicas, dan lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica, con su propio reglamento de vida (los estatutos), un número de R.U.C., libros de Actas de Junta General y Directorio y que debe cumplir con las normas de la Ley General de Sociedades en cuanto a la celebración de Juntas Generales,

transferencia de acciones o participaciones, disolución y liquidación de la sociedad, etc., podría eliminarse con la creación de organizaciones autónomas que tengan el mismo efecto que la constitución de una sociedad: limitar la responsabilidad, pero que simplifican su manejo.

Imaginemos, por ejemplo, un Grupo X que tenga en mente dedicarse a distintas actividades empresariales: Producir cerveza y bebidas gaseosas, prestar servicio de transporte de cerveza y bebidas gaseosas, comercializar cerveza y bebidas gaseosas.

Para efectos de limitar su responsabilidad y deslindar resultados económicos, este Grupo X seguramente constituirá tantas sociedades anónimas como actividades desee realizar. Mientras que, en el caso de crearse el registro de fondos empresariales, podría sólo existir una sociedad anónima titular de uno o más fondos empresariales, independientes todos entre sí. De tal forma que sólo habría una Junta General, un Directorio, un Gerente y, por ejemplo, varios subgerentes para manejar la explotación de cada uno de los fondos empresariales.

El registro de los contratos de transferencia, arrendamiento, usufructo, anticresis, etc. daría mayor seguridad jurídica al tráfico de los fondos empresariales, al igual que se protegería de manera más eficaz los derechos de los acreedores respecto de ese fondo empresarial.

Con respecto a los efectos tributarios, consideramos que la creación de estas organizaciones autónomas sería conveniente para la administración tributaria, puesto que el monto de recaudación sería el mismo, sin embargo, habría una reducción en el universo de contribuyentes, haciendo más fácil la fiscalización tributaria: Sólo se fiscalizaría al titular de los fondos empresariales.

El registro especial del fondo empresarial podría ser llevado mediante la técnica del folio real, que actualmente es utilizada en el Registro de la Propiedad Inmueble y mediante la cual la inscripción se efectúa tomando como base la unidad inmobiliaria y no la persona propietaria de la misma. En este caso se tomaría como base al fondo empresarial, anotándose la titularidad del mismo, su composición, su ubicación, los actos jurídicos de los que es objeto, etc. Así, en opinión de algunos autores extranjeros como el profesor García Coni de Argentina, el sistema peruano del folio real es particularmente útil para la anotación dominial y la transferencia de fondos empresariales.

El registro podría ser llevado mediante la asignación de un número determinado a cada fondo empresarial que se inscribe. Con la asignación de numeración, cada fondo empresarial contaría con un número determinado que lo identifica y distingue de los demás y que permanece intacto, aunque los elementos componentes del fondo varíen. Adicionalmente, podría contarse con índices de titulares, ubicación del fondo y de ramo o actividad, de tal forma que se facilitaría el acceso a la información. Asimismo, se indicaría en el asiento

registral correspondiente si el fondo empresarial se encuentra en marcha, ha cesado su explotación, o aún no ha sido explotado; además de inscribirse los actos jurídicos de los que son objeto el fondo empresarial y los elementos del mismo.

La inscripción de la "primera de dominio" podría hacerse mediante una primera declaración del empresario titular del fondo, la cual debe ser un acto unilateral, contenido en una escritura pública o en un documento con firma legalizada, en el que conste el nombre de los titulares, el tipo de actividad a que se destina el fondo empresarial, los elementos que lo conforman, la ubicación, etc. A continuación, en esa misma partida registral se inscribirían todos los actos, contratos y gravámenes de que es objeto el fondo empresarial y sus elementos.

Se debería pues, contar con un registro especial en el que se pueda realizar la inscripción del fondo empresarial con efectos constitutivos, normando el trámite de la inscripción del fondo empresarial y los actos que se realicen sobre él, para que ésta se produzca de la forma más segura y rápida posible. Este registro estaría interconectado con el resto de registros (propiedad inmueble, vehicular, embarcaciones pesqueras, prenda industrial, etc.) de tal manera que cualquier inscripción que se efectúe en el registro del fondo empresarial se lleve a cabo también en la partida registral del elemento y, viceversa, cualquier acto que se registre en la partida del elemento sea inscrito en el registro de fondos empresariales.

### **2.2.3. El contrato de arrendamiento del fondo empresarial.**

Al referirse a empresa, TEJADA (2010), indica que tanto el concepto jurídico como el económico son idénticos puesto que, en primer lugar existe un concepto jurídico unitario de empresa que es válido para todas las disciplinas; en segundo lugar que este concepto jurídico coincide necesariamente con el concepto económico de la empresa. Y, finalmente, que cada disciplina jurídica regula una parte del total del fenómeno económico que es la empresa. Y, lo cree así porque el derecho se nutre de la economía, a la que corresponde regular, por tanto difícilmente podrá postular el derecho un concepto de empresa distinto al económico.

En nuestro país, hoy en día se celebran un número considerable de contratos de compra venta de fondos empresariales, más conocidos en nuestro medio como los "Traspasos de Negocio". Esta afirmación la podemos corroborar realizando una somera revisión de diarios y revistas en los que incluso se dedican secciones especiales a los avisos de "Traspaso de Negocio".

La incapacidad de una sucesión para explotar el fondo empresarial heredado, la imposibilidad temporal del titular de un fondo empresarial de continuar explotando el mismo, por viaje, enfermedad, etc., el desgaste producido por la agotadora labor de explotar, por ejemplo, un restaurante o una discoteca y el cambio del giro del negocio son algunos de los motivos que obligan actualmente a los titulares de fondos empresariales a transferir los mismos.



La transferencia de un fondo empresarial implica la cesión definitiva de su titularidad y explotación, en favor del adquirente. Así, en la transferencia del 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 de 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. El contrato de arrendamiento de fondo empresarial puede ser pues una alternativa eficaz para la solución de los problemas antes planteados.

La utilización del contrato de arrendamiento de fondos empresariales puede generar, además, una serie de ventajas como las siguientes: a) La unión o desconcentración de capitales, pudiendo incluso ser utilizado el contrato para probar el éxito de una futura fusión o escisión de sociedades; b) Los arrendatarios de fondos empresariales pueden aprender a realizar una determinada actividad empresarial, ahorrando el capital necesario para instalar en el futuro su propio negocio; y, c) La creación de fondos empresariales para arrendamiento puede convertirse en una rentable inversión, la cual no solamente redundaría en beneficio del arrendador, sino del arrendatario y de los trabajadores que ocupen los nuevos puestos de trabajo.

Cabe entonces realizarnos la siguiente pregunta: ¿Por qué el contrato de arrendamiento de fondo empresarial es una figura contractual tan poco utilizada

en nuestro país? Pensamos que, al respecto, existen dos causas: la primera, el desconocimiento del contrato en nuestro medio y, la segunda, la ausencia de una regulación adecuada que facilite el arrendamiento de estas organizaciones, no solamente desde el punto de vista del derecho mercantil, sino también del tributario, laboral, procesal, entre otros, los cuales motivan a los titulares de los fondos empresariales a hacer uso de varias figuras legales para poder transferir un fondo empresarial.

Por ello, consideramos que una legislación y difusión apropiadas del contrato de arrendamiento de fondos empresariales, podría dar lugar a una mayor utilización de esta figura contractual, constituyendo seguramente una alternativa a ser tomada en cuenta por parte de los titulares de los fondos empresariales.

El fondo empresarial, su constitución, inscripción, conservación, transferencia, gravamen, fusión, arrendamiento, etc. requieren de una regulación especial en el nuevo Código de la Empresa o Ley General de la Empresa. En ese sentido, el legislador deberá incluir en dicho cuerpo de leyes, únicamente las normas necesarias para evitar conflictos, facilitar el tráfico jurídico del fondo empresarial, proteger la unidad de sus elementos conformantes, así como los derechos de las partes en los contratos que se celebren sobre estas organizaciones y, especialmente el derecho de los terceros, TEJADA (2010).

#### **2.2.4. El fondo empresarial en la legislación peruana.**

Al respecto, solo se tiene los siguientes artículos de la Ley General de Sociedades N° 26887, en los que se menciona el término fondo empresarial, más no precisa su concepto:

*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.*

*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, Un fondo empresarial.*

Al respecto tenemos el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, que de manera específica se ha referido al Fondo Empresarial al precisar:

*ARTÍCULO 1º: DEFINICIÓN DE EMPRESA. - Empresa es la organización económica destinada a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios.*

*Son elementos esenciales de la empresa el fondo empresarial y la actividad empresarial. No existe empresa sin fondo o actividad empresarial.*

*ARTÍCULO 2º: DEFINICIÓN DE FONDO EMPRESARIAL. - Fondo Empresarial es el conjunto de elementos organizados por una o más personas naturales o jurídicas, destinado a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios.*

*Una misma persona podrá ser titular de varios fondos empresariales y a su vez un solo fondo empresarial podrá tener como titulares a varias personas.*

*ARTÍCULO 3º: DEFINICIÓN DE ACTIVIDAD EMPRESARIAL. - Actividad empresarial es el conjunto de operaciones que lleva a cabo una persona natural o jurídica, directamente a través de sus representantes, para explotar un fondo empresarial.*

*ARTÍCULO 4º: ELEMENTOS. - Son elementos del fondo empresarial, entre otros, los siguientes:*

*Los bienes inmuebles.*

*Las sumas de dinero, materias primas, productos en elaboración, mercaderías en almacén y todo aquello que constituya activo corriente del empresario.*

*Los derechos de propiedad industrial e intelectual*

*Las máquinas, herramientas y bienes muebles en general. Las relaciones jurídicas de cualquier naturaleza.*

*Los derechos y obligaciones derivados de las actividades propias del titular, excluyendo las personales.*

*ARTÍCULO 5°: CARACTERÍSTICAS DE LOS ELEMENTOS. - Los elementos del fondo empresarial conservan su individualidad. Los actos o contratos que se celebran respecto a los elementos de un fondo empresarial se rigen por su ley particular, en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en esta ley.*

*ARTÍCULO 6°: CUALIDADES. - Son cualidades que inciden en el valor del fondo empresarial, entre otras, las siguientes:*

*La clientela.*

*La ubicación estratégica del local donde se lleva a cabo la actividad empresarial.*

*La buena calidad de las materias primas y mercaderías.*

*El prestigio de los signos distintivos.*

*La eficiente organización de los elementos del fondo empresarial. Puede accederse a las cualidades enumeradas mediante la cesión del fondo empresarial o sus elementos.*

*ARTICULO 7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIALES. - El fondo empresarial*

*responde por las obligaciones del empresario, sin perjuicio de la responsabilidad personal en aquellas formas empresariales que así lo contemplan.*

*ARTÍCULO 8°: REGISTRO DEL FONDO EMPRESARIAL. - Créase el Registro del Fondo Empresarial que estará a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) y se regirá por las disposiciones de la presente ley, su reglamento y las disposiciones generales contenidas en el Libro IX del Código Civil.*

*ARTÍCULO 9°: ACTOS INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO. - Son inscribibles en el Registro del Fondo Empresarial del departamento o provincia donde habitualmente se lleva a cabo su explotación:*

*La titularidad del fondo empresarial.*

*Los actos y contratos que constituyan, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos sobre fondos empresariales.*

*Los contratos preparatorios.*

*Los pactos de reserva de titularidad del fondo empresarial y de retroventa.*

*El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.*

*Las restricciones en las facultades del titular*

*Los contratos de arrendamiento*

*Las medidas cautelares y demandas verosíblemente acreditadas.*

*Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.*

*Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre fondos empresariales.*

*El reglamento indicará los casos en que los actos o contratos a que se refiere este artículo son materia de anotación preventiva.*

*ARTÍCULO 11: EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN. - La inscripción de un fondo empresarial en el Registro correspondiente es declarativa y no limita la responsabilidad de su titular en el ejercicio de su actividad empresarial.*

*ARTÍCULO 12: CONEXIÓN ENTRE REGISTROS. - Las inscripciones que se efectúen en el Registro del Fondo Empresarial deberán efectuarse también en la partida registral de los elementos del fondo empresarial que se encontraren inscritos y, viceversa, cualquier inscripción que se efectúe en la partida registral de un elemento del fondo empresarial, deberá ser registrada en la partida registral del fondo empresarial.*

*Para efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior, el titular deberá solicitar al registrador la inscripción en los registros correspondientes*

*ARTÍCULO 13: FORMALIDAD DE ACTOS Y CONTRATOS. - Los actos y contratos que se celebren sobre un fondo empresarial deberán constar necesariamente por escrito y contener una relación de los elementos que lo conforman.*

*Para efectos de la inscripción del acto o contrato en el Registro correspondiente, será necesario que el acto o contrato conste en documento que, de acuerdo a las leyes particulares de los elementos que conforman el fondo empresarial, reúna la mayor formalidad.*

*ARTICULO 20.- EL FONDO EMPRESARIAL OBJETO DE TRÁFICO JURÍDICO. - El fondo empresarial puede ser objeto de compra venta, arrendamiento, usufructo, anticresis y cualquiera otro acto o contrato que transfiera limite o modifique su titularidad o el derecho a explotarlos., con los requisitos y bajo las sanciones de los artículos 12, 21 y 22 de este título.*

*ARTICULO 21. - TRANSFERENCIA DEL FONDO EMPRESARIAL. - La titularidad del fondo empresarial puede ser transferida a título gratuito u oneroso mediante la celebración de contratos de compra venta., permuta, donación o cualquiera otro acto jurídico no prohibido por la ley.*

*ARTICULO 22.- PUBLICIDAD DE LA TRANSFERENCIA. - El titular que se proponga transferir un fondo empresarial deberá publicar en el diario oficial y en otro de amplia circulación por tres veces con intervalos de cinco días, un anuncio que contenga la siguiente información.*

- 1.- El nombre denominación o razón social de los contratantes.*
- 2.- La naturaleza del acto jurídico a celebrarse respecto del fondo empresarial.*
- 3.- El domicilio donde los acreedores podrán remitir sus comunicaciones o apersonarse.*



*El acreedor del título aun cuando su crédito esté sujeto a condición o a plazo, tiene derecho de oponerse a la transferencia del fondo empresarial, si su crédito no se encuentra adecuadamente garantizado.*

*El ejercicio del derecho de oposición caduca el plazo de 30 días de la fecha de la última publicación de los avisos a que se refiere el primer párrafo de este artículo. Es válida la oposición hecha conjuntamente por dos o más acreedores; si se plantean separadamente se deben acumular ante el juez que conoció la primera oposición.*

*La oposición se tramita por el proceso sumarísimo, suspendiéndose la transferencia hasta que el titular pague los créditos o los garantice a satisfacción del juez, quién procede a dictar la medida cautelar correspondiente. Igualmente, la transferencia podrá ejecutarse tan pronto se notifique al acreedor que una entidad sujeta al control de la Superintendencia de Banca y Seguros ha constituido fianza solidaria a favor del acreedor por el importe de su crédito intereses comisiones y demás componentes de la deuda y por el plazo que sea necesario para que caduque la pretensión de exigir su cumplimiento.*

*La transferencia del fondo empresarial podrá tener lugar transcurridos los 30 días desde la última publicación en el caso en que se lleve a cabo un proceso sumarísimo y al día siguiente de haber notificado al acreedor en el caso de constitución de fianza bancaria.*

*ARTÍCULO 24.- ARRENDAMIENTO DEL FONDO EMPRESARIAL. - Por el*

*arrendamiento el titular se obliga a ceder temporalmente la explotación del fondo empresarial al arrendamiento a cambio de una renta convenida.*

*ARTÍCULO 25.- NOMBRE COMERCIAL. - Salvo pacto en contrario el arrendatario debe explotar el fondo empresarial bajo el nombre comercial que lo distingue. El incumplimiento de esta obligación por el arrendatario facultará al titular a resolver el arrendamiento sin perjuicio de la indemnización por los daños causados.*

*ARTÍCULO 26.- SESIÓN TEMPORAL DE LA EXPLOTACIÓN DEL FONDO EMPRESARIAL. - Las normas de esta sección son de aplicación al usufructo y a cualquier otro acto o contrato que implique la sesión temporal de la explotación de un fondo empresarial.*

*ARTÍCULO 27- GRAVAMEN DEL FONDO EMPRESARIAL. - El fondo empresarial podrá ser objeto de gravamen a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asuma su titular. ARTÍCULO 28.- REQUISITOS DE VALIDEZ. - Son requisitos para la validez del gravamen del fondo empresarial:*

*Que afecte el fondo empresarial el titular o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.*

*Que se cumplan con las formalidades dispuestas por los artículos*

*12, 21, 22, y 37 de este Título.*

*Que se asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.*

*Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el Registro de Fondos Empresariales.*

### **2.3. Definición de términos.**

**Actividad Empresarial.** - Es el conjunto de operaciones que lleva a cabo una persona natural o jurídica, directamente a través de sus representantes, para explotar un fondo empresarial, TRELLES (2012).

**Empresa.** - Es la organización económica destinada a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios. Son elementos esenciales de la empresa el fondo empresarial y la actividad empresarial. No existe empresa sin fondo o actividad empresarial, TRELLES (2012).

**Fondo Empresarial.** - Es el conjunto de elementos organizados por una o más personas naturales o jurídicas, destinado a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios. Una misma persona podrá ser titular de varios fondos empresariales y a su vez un solo fondo empresarial podrá tener como titulares a varias personas, TRELLES (2012).

### III. METODOLOGÍA

#### 3.1. Tipo y diseño de investigación

##### **Tipo de investigación**

Correspondió a una Investigación Dogmática – Jurídica, que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el estudio respecto a la necesidad de legislar de modo especializado el Fondo Empresarial, con la finalidad de otorgarle seguridad jurídica.

##### **Diseño de investigación.**

Correspondió al denominado **No Experimental** debido a que carecerá de manipulación intencional de la variable independiente, además no existió un grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, ROBLES (2012).

**Diseño General:** Se empleó el diseño Transversal, cuya finalidad será recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está delimitado temporalmente para el periodo 2016.

##### **Métodos de Investigación**

Los métodos específicos que se emplearon en la investigación fueron:

- **Método Dogmático.** - Encaminada al estudio e investigación de la doctrina

con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), y pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El Derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

El Método Dogmático se empleó en el análisis e interpretación de nuestra normatividad peruana referido a los aportes que tiene dentro del Derecho Económico, la regulación adecuada del Fondo Empresarial.

- **Método hermenéutico.** La hermenéutica jurídica presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman la ciencia del Derecho. Los aplicadores del derecho tienen la enorme, pero a la vez honrosa responsabilidad de otorgar sentido, a través de sus disposiciones fiscales, a la voluntad soberana del pueblo. En sentido amplio, éste método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En ese sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible

de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

Existen muchos métodos de interpretación (sistemático, histórico, funcional, restrictivo exegético, sociológico, etcétera) empero, la solución correcta a la dicotomía debe ser siempre congruente y compatible con los anhelos e ideales de la sociedad de que se trate para que de esa forma se obtenga un sistema jurídico válido y a la vez eficaz (válido en cuanto no contraría la norma fundamental y eficaz en cuanto a que se respeta y cumpla) capaz de garantizar la vigencia del Estado de Derecho; por ello la interpretación hermenéutica niega la posibilidad de significados múltiples y contrastantes; en todo caso, la coherencia depende de la conformidad de la interpretación con el todo el sistema normativo que se presume integro, sin lagunas jurídicas; por ello el intérprete del derecho dispone con anticipación del sentido que constituyen la tradición jurídica que persiguen los sentimientos de una nación.

El Método hermenéutico fue empleado en la interpretación tanto de la dogmática y doctrina jurídica que respaldan nuestra tesis; expresados en el estudio del derecho económico, particularmente a la referida al Fondo Empresarial.

- **Método de la Argumentación Jurídica.**- La argumentación jurídica es el medio con el cual se sustenta el Derecho. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la

eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo. En los procesos judiciales es necesario establecer por medio de la argumentación jurídica, el que se pueda probar los hechos, valiéndose de ciertos medios o indicios, que a menudo se contraponen unos a otros. La argumentación jurídica infiere, de los indicios, la existencia o inexistencia de otros hechos que son considerados, por la experiencia, como la única explicación práctica posible de tales indicios.

El Método de la argumentación nos permitió esbozar la fundamentación teórica-doctrinal y dogmática referido al Fondo Empresarial.

- **Método Exegético.**- Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará el estudio de la casi inexistente regulación del Fondo Empresarial como objeto de investigación.

El Método exegético fue empleado en la interpretación literal de las normas relacionadas a las actividades económicas realizadas por los agentes económicos que se sujetan al Fondo Empresarial.

### **3.2. Plan de recolección de datos de la información y/o diseño estadístico**

Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas Textuales y de Resumen.

- Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica.
- Para la obtención de información de la presente investigación se hizo a través del enfoque cualitativo lo que permitirá recoger información sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina.

#### **Análisis e interpretación de la información**

Cuyos pasos a seguir fue:

- a) Selección de la comunicación que será estudiada.
- b) Selección de las categorías que se utilizarán.
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del sistema de recuento o de medida

**Criterios:** Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.



- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

### **3.3. Instrumentos de recolección de la información**

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogimos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicó la ficha de análisis de contenido para poder realizar la doctrina y jurisprudencias sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que tiene la institución objeto de la presente investigación, para lo cual se delimitará áreas para la recopilación de información que reflejen la situación actual de discusión. Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

Finalmente, para la validación de las hipótesis, se empleó la argumentación e interpretación jurídica como método, en el contexto de la denomina validación teórica de la hipótesis.

### **Contexto.**

El lugar donde se desarrolló la investigación es en la ciudad de Huaraz, durante el año 2017, abarcando a los hombres de derecho que se encuentran involucrado en el que hacer de las actividades jurisdiccionales y administrativas dentro del ámbito del Derecho Comercial.

### **Unidad de Análisis o informantes**

La unidad de análisis en la presente investigación estará conformada por:

**Documentales:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.

La estructura de la unidad de análisis estará conformada por:

- **Unidad temática:** consiste en el tema del contenido que se va a analizar.
- **Categorización del tema:** esta es una de las partes esenciales de la metodología, ya que establece y especifica las categorías dentro del análisis.
- **Unidades de registro:** en esta etapa se delimitan y dan curso al análisis de categorías. Aquí se cuentan las apariciones de las referencias, las que estarán delimitadas según los objetivos.

### **3.4. Plan de procesamiento y análisis estadísticos de la información**

Los datos que se obtuvieron con los instrumentos fueron evaluados en base a la teoría de la argumentación jurídica, toda vez que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste básicamente en argumentar.

La habilidad para presentar buenos argumentos a fin de justificar una postura; el fin básico de la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino recordarles a los juristas lo que ya saben, pero orientándoles siempre a la mejora continua de su actuar, siempre en beneficio de la sociedad.

## IV. RESULTADOS

### 4.1. TRABAJO DE CAMPO

Se empleó la técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogimos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

El trabajo consistió en un análisis teórico e interpretación literal de las normas relacionadas a las actividades económicas realizadas por los agentes económicos que se sujetan al Fondo Empresarial. Lo que permitió recoger información sobre el problema planteado, facilitando la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina. Se tuvo por finalidad el estudio dogmático sobre el tema de investigación: “*La inseguridad jurídica del Fondo Empresarial por vacío normativo.*”

A continuación, presentamos los resultados obtenidos:

#### a) A Nivel Normativo.

Sobre el particular, al ser nuestra investigación, un tema sobre vacío normativo, y como quiera que hayamos señalado que el sistema jurídico peruano no regula de manera clara, respecto al fondo empresarial, resumiremos algunas normas que sirvan para el tratamiento normativo de nuestro tema.

Así a nivel normativo y la que sustenta toda la regulación de la empresa y dentro de ello al fondo empresarial se sustenta en la regulación constitucional en los siguientes artículos.

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

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

Esta es el marco normativo constitucional que sustenta toda la base de la regulación de la empresa y por qué no decirlo del fondo empresarial, son estas libertades, así como la protección a la propiedad tanto individual como colectivamente regulado en materia de propiedad, las que dan base legal a la regulación del fondo empresarial.

Ya que sin iniciativa privada, es difícil pensar en la regulación de un fondo empresarial que le dé agilidad y libertad para reglar todo su patrimonio empresarial.

Según la constitución política del Estado, la libertad de empresa consiste en la posibilidad de crear libremente personas jurídicas dedicadas a actividades lucrativas, en las distintas formas que ellas asumen. Dice (Ballesteros, 2012) A través de este principio, la Constitución permite que se discuta la constitucionalidad de las normas que, de una u otra manera, atenten contra aquel, así que como no impiden su regulación, pero sí excluye las normas y procedimientos que interfieran con el libre establecimiento y desarrollo de las empresas.

A nivel legislativo nacional, encontramos a la Ley General de Sociedades N° 26887, en los que se menciona el término fondo empresarial, más no precisa su concepto:

***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.*

***Artículo 369.-** Definición de bloques patrimoniales. - Para los efectos de este Título, se entiende por bloque patrimonial:*

*I. 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*

Es decir, a nivel normativo, las únicas referencias al fondo empresarial de manera textual, la encontramos en esos dos artículos de la Ley.

Lo que nos permite sostener que en nuestro sistema jurídico falta regular de manera adecuada y completa al fondo empresarial, que si bien es cierto, existe un anteproyecto de ley denominada ley Marco del Empresariado, sin embargo, hasta la fecha no se ha discutido el tema en las comisiones o en el pleno del congreso, existiendo en cambio un total desinterés de parte de nuestros legisladores respecto de regular el fondo empresarial.

#### **b) A Nivel Doctrinario.**

Maurice Duverger en su Manual sobre las Instituciones Políticas (63) agrupa a las libertades económicas dentro del ámbito de libertades del siguiente modo: (...) b) Libertades económicas: Comprenden especialmente el derecho de propiedad, la libertad de empresa, la libertad de comercio y de industria o "libre concurrencia", la libertad en la circulación de productos, etc. Todos estos principios que definen la llamada economía liberal, tienen como fin principal reservar a la iniciativa privada toda la actividad económica.

La libertad de empresa no se trata de cualquier derecho, sino de aquel que trasciende la finalidad de proveer, bienes y servicios necesarios para atender la subsistencia y desarrollo integral de las personas, (Fernandez Sessarego, 1984).

Es decir, a nivel doctrinario, podemos encontrar que el estudio de las libertades y dentro de estos de la libertad de empresa, de iniciativa privada, son los que dan fundamento y sostenibilidad al fondo empresarial, incluido el tipo de economía que adopta un determinado país, pues en nuestro caso, la economía social de mercado, regulado en el artículo 58 de la Constitución son las que dan fundabilidad para la regulación del fondo empresarial.

**c) A nivel Jurisprudencial.-**

El tribunal Constitucional en el expediente n° 0008-2003-AI/TC sobre Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, señaló lo siguiente:

**4.2. Economía social de mercado**

16. A modo de conjunción de los principios expuestos, e ingresando de manera más concreta en la determinación solidaria y social en la que se inspira el régimen económico de la Constitución, el artículo 58° de la Carta preceptúa que aquél se



ejerce en una economía social de mercado. La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. De allí que L. Herhård y Alfred Muller Armack afirmen que se trata de un orden “en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles [...]” (*El orden del futuro. La economía social de mercado*. Universidad de Buenos Aires, 1981).

Alude, pues, a la implantación de una mecánica en la que "el proceso de decisión económica está descentralizado y la coordinación de los múltiples poderes individuales se hace a través de las fuerzas automáticas de la oferta y demanda reguladas por los precios". (Juergen B. Donges. *Sistema económico y Constitución alemana*. En: *Constitución y Economía*, Madrid: 1977).

Es decir, tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado se opone también a la economía del *laissez faire*, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico.

“La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una “tercera vía” entre el capitalismo y el

socialismo [...]” (Peter Häberle. *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*. En: *Pensamiento Constitucional*. Año. N.º IV. N.º. 4, Lima 1997, pág. 25). Y es que, dado el carácter "social" del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

#### **4.3. Libre iniciativa privada**

17. Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58º de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2º del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.

Como expone Marcial Rubio Correa, dicho derecho tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica, cuya expresión es “que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener

los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización” (*Estudio de la Constitución Política de 1993*, PUCP, Fondo Editorial, 1999).

18. La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como “privativo” de la autodeterminación de los particulares.

#### **4.4. Libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico**

26. Tras la sumaria reseña de los principios fundamentales sobre los que debe inspirarse el ejercicio hermenéutico aplicado al marco económico establecido en nuestra Carta Fundamental, cabe ahora detenerse en las libertades económicas reconocidas en el mismo texto.

En efecto, el modelo económico consignado en la Constitución exige el reconocimiento y defensa de una pluralidad de libertades de carácter patrimonial, cuya configuración binaria y simultánea es la de derechos subjetivos y garantías institucionales.

##### a) El derecho a la propiedad

Establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar,

disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando éstos habilitados para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa.

Tal como se estableció en el histórico caso “Campbell vs Holt”, el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, 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 ende, son susceptibles de apreciación económica.

Al respecto, Gregorio Badeni (*Instituciones de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ad-Hoc,1997) comenta que “incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que puede poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles [...] los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de si mismo, al margen de su vida y libertad de acción”.

En lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo “su” ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial.

Ahora bien, la referencia al bien común establecida en el artículo 70° de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad.

El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de

terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía.

Tal como refiere Haberle, (*El Estado Constitucional*, México: UNAM, 2001) “en la democracia pluralista, el bien común –idéntico al interés público- es indispensable”. Incorporando la necesaria referencia al bien común en el desarrollo de la institución de la propiedad, dicha libertad fundamental se convierte en parte integrante del interés público.

Ahora bien, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un “instituto” constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria.

Pablo Ramella (*Los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1980) precisa que “la función social de la propiedad se traduce constitucionalmente en limitaciones al ejercicio de este derecho y en obligaciones a cargo del propietario, impuestas unas y otras en beneficio del bien común”. Dicho concepto obliga a que se armonice el interés del propietario con el de la comunidad; procediéndose, para tal efecto, a que el Estado modere su ejercicio a través de la reglamentación.

La exigencia de funcionalidad social surge de la aplicación del principio de justicia; es decir, dentro del Estado democrático y social de derecho, la propiedad no se agota en un cometido individual, sino que se despliega hasta lograr una misión social, por cuanto ésta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común.

El propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar; y el deber de encauzar el uso y disfrute del mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC/37/1987, ha precisado que: “La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura como haz de facultades individuales, pero también y al mismo como un conjunto de deberes y obligaciones

establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamado a cumplir (...).”.

En efecto, en el sistema constitucional personalista -caso de nuestra Constitución- la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestos por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho.

La doctrina del reconocimiento de la propiedad como una garantía institucional, ha sido también defendida por el Tribunal Constitucional en el Caso Colegio de Notarios de Junín, en la cual argumentó que “el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico [...]. Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución le reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y generar, a partir de la seguridad jurídica que la



oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho [...].

Por cierto, la concepción de la propiedad privada como una garantía institucional, no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho. Y es que, al igual que la gran mayoría de derechos fundamentales, la propiedad no mantiene más la condición de derecho absoluto. Al respecto, Jorge Avendaño (*El derecho de propiedad en la Constitución*. En: *Thémis*, N.º 30, Lima, 1994) sostiene que “la propiedad tiene limitaciones, impuestas por diversas razones. Las limitaciones a la propiedad son hoy tan importantes, como crecientes en extensión y número, y ello en relación directa de la estimación del interés público y del concepto social del dominio”.

Evidentemente, dicha función social tan sólo es aplicable a los bienes de producción o a los bienes de servicio público, mas no así a los bienes de consumo o a los bienes de utilidad estrictamente privada, en los que sólo es reconocible una utilidad estrictamente personal, en cuyo caso bastará abstenerse de aplicar la propiedad en perjuicio de la comunidad.

El ejercicio del derecho a la propiedad no es absoluto, e importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar:

§ El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.

§ El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.

§ El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

d) La libertad de empresa

Consagrada por el artículo 59º de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.

La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar.

Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley - siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce.

e) La libertad de comercio

Establecida en el artículo 59° de la Constitución, se trata de la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Debe ejercerse con sujeción a la ley.

Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal.

f) La libertad de industria

Establecida en el artículo 59° de la Constitución, es la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.

§7. Estado vigilante, garantista y corrector

35. Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe

existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.

Este Colegiado, en tal sentido, conviene con Pedro de Vega cuando puntualiza que “el mercado no funcionó nunca sin los correctivos y los apoyos del Estado”, y que, “ante la amenaza de conflictos sociales que el mercado no puede resolver ni soportar, y ante el riesgo permanente del caos interno, nada tiene de particular que se haga imprescindible recurrir al Estado como instrumento de regulación y control, por ser la única instancia capaz de crear las condiciones para que el sistema económico obtenga la mínima “lealtad de las masas”. (*Neoliberalismo y Estado*. Op. cit., pág. 34-35).

36. La función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58° de la Constitución, cuyo tenor es que "la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura [...]" Por su parte, el artículo 59° establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria.

37. Asimismo, el artículo 61° confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. De esta forma, nuestro texto fundamental no admite que un solo productor satisfaga la demanda

de todos los consumidores o usuarios, pues ello, en los hechos, le permitiría determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, a costa de extraer recursos del consumidor o usuario.

El Estado debe, asimismo, evitar la instauración de posiciones dominantes, esto es, la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente, es decir, con opción de prescindencia de sus competidores, compradores y clientes o proveedores en función a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las peculiares características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico, etc.

En coherencia con tales imperativos se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia.

38. De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, la función orientadora del Estado tiene como propósito el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución.
39. Dicha función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características: a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar

los fines planteados por el Estado; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.

40. El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las "reglas de juego", configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y catalizador de los procesos económicos".

## V. DISCUSIÓN

### 5.1. Discusión de Resultados a nivel teórico

#### 5.1.1. Fundamentos doctrinarios

##### **De la realidad peruana.**

Si revisamos la Constitución, no vamos a encontrar a la Seguridad Jurídica. Pero al revisar las sentencias del Tribunal Constitucional si encontramos que las mismas tratan y fundamentalmente regulan a la Seguridad Jurídica.

##### **Respecto a la seguridad jurídica: la experiencia comparada.**

Acaso convenga comenzar estas líneas, aunque sea con un mero afán comparativo, revisando la experiencia comparada que existe sobre la materia. Si de establecer comparaciones con nuestro modelo actual se trata, nada mejor que acudir al ordenamiento español. Así encontramos que, en cuanto a la seguridad jurídica, en el ordenamiento constitucional español se realiza en el art. 9.3 de la Constitución Española: *“La Constitución garantiza el principio de o de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

Por su parte, la realidad del Derecho en Chile, nos informa que el fin del Estado es el bienestar de los ciudadanos. En la consecución de dicho fin, el derecho juega

un rol principalísimo, en cuanto generador de seguridad, paz y orden para alcanzar la justicia. De acuerdo a la concepción liberal imperante, corresponde al Estado la creación (poder legislativo), ejecución (poder ejecutivo) y aplicación (poder judicial) de las normas jurídicas necesarias para promover una convivencia pacífica y benéfica entre los miembros de la comunidad. La aspiración de los hombres de convivir pacíficamente precisa la existencia de un sistema de normas que, en algunos casos como complemento de su voluntad y otras por sobre ella, preestablezcan los derechos y obligaciones que entre los sujetos y respecto del Estado corresponde, a unos y otros, en justicia. La seguridad jurídica debe entenderse como un complemento para el logro de la justicia y, por tanto, del bienestar social. Como dice Antonio Enrique Pérez-Luño: “si se parte de que las necesidades humanas constituyen el soporte antropológico de todo valor, no entraña dificultad llegar a inferir que la lucha por la satisfacción de la necesidad de seguridad ha sido uno de los principales motores de la historia jurídica”. El Derecho brinda seguridad a los sujetos, al permitirles conocer cómo serán entendidas sus acciones y las de los demás, según ello lo preestablece la ley.

La seguridad jurídica desde el punto de vista ahora del sujeto de derecho aparece como la certeza que los demás miembros de la comunidad se comportarán de un modo preestablecido como contrapartida de que él mismo se comporte de ese modo frente a la misma situación. Las normas jurídicas constituyen una determinación previa del comportamiento de los individuos, lo que permite a



éstos conducirse en la fe que no sólo sus acciones sino las de los demás miembros de la comunidad seguirán ciertos derroteros y no otros. O al menos, que de seguir caminos diversos a los preestablecidos probablemente serán sancionados. De lo contrario, los sujetos sentirán inseguridad de cómo será tasado su comportamiento, o todavía libertad para transgredir el ordenamiento jurídico, todo lo cual se traduce en obtener seguridad ya no en base a un sistema de normas orientadas hacia la justicia, sino con base en el poder. La seguridad que otorga el ordenamiento jurídico, que se traduce en certeza desde el punto de vista de sus destinatarios, es necesaria para el logro de una convivencia pacífica, es decir, para permitir desarrollar los intereses personales en armonía con los de los demás miembros de la comunidad.

### **Vacío normativo.**

#### **En el Derecho Peruano.**

Nuestro Ordenamiento Civil, dentro de su sistemática o estructura tiene como parte introductoria sus diez artículos que constituyen del Título Preliminar, que son normas rectoras de todo el Ordenamiento Civil que está integrado por sus 2,122 artículos. Asimismo, cabe destacar que cada uno de los artículos del T. P. implica no sólo un mandato rector que debe ser cumplido, sino también en su conjunto son normas de un alto contenido principista que sumado al carácter preponderante y a la trascendencia del Derecho Civil determinan orientaciones que deberán cumplirse para que el derecho sea respetado y evitar la vulneración del orden protegido en cada una de las normas contenidas en el Código Civil.

Sin embargo, dentro del principio de la relatividad social tenemos que admitir que efectivamente nuestro ordenamiento civil está protegido por normas y preceptos regulados en los denominados principios, que protegen la regularidad normativa. No obstante, existen normas que muchas veces no se las entiende, no se las pueda interpretar en el sentido estricto que el legislador pretendió al momento de proponer o votar en la sesión de la aprobación, es allí donde resulta los denominados vacíos o lagunas de la ley o en todo caso cuando una ley por el tiempo se puede decir que ha envejecido.

De acuerdo a estas afirmaciones veamos qué son lagunas (leyes) en si no se aleja del progreso de la sociedad por lo que puede afirmarse que las leyes también avanzan o más bien diremos que deben seguir parejas con la evolución de la sociedad en la medida que las leyes se dictan para resolver y controlar los actos y costumbres de las personas, ya naturales o ya jurídicas. Todo dentro del contexto de la evolución técnica y científica y sobre todo ahora las leyes deben responder a esta época de la era del conocimiento. Sin embargo, por más evolución que exista, y como es natural; siempre orientada a la perfección, la persona es persona y como tal es pasible de errores y dentro de estos se encuentran las lagunas legales.

Laguna es la ausencia de la norma legal en el ordenamiento jurídico que permita resolver un conflicto o una incertidumbre con relevancia jurídica, precisamente, porque la ley no ha sido creada, porque no existe ley aplicable al caso concreto que se debate o, porque existiendo ley por su estructura y finalidad no es aplicable

al caso concreto del debate por lo tanto resulta con un concepto restringido o tal vez porque la ley por el transcurso del tiempo ha envejecido, es decir no se ajusta a la realidad de la sociedad vigente del momento que se juzga la vulneración del acto humano social que puede o no estar codificado, es decir legislado. Ahora bien, de la exposición se puede advertir que las leyes que existen como normas reguladoras de la conducta de la sociedad, no son eternas, sino que nacen con la promulgación y publicación y terminan con la derogación.

Dentro de este dilema siempre aparece la ley para regular los diversos conflictos y ámbitos de la realidad social en general, mantener la convivencia social dentro de un ambiente de paz, es así como surge el derecho como facultad, a través de la ley, la cual como acto humano tiene sus propias características que se amoldan al comportamiento del hombre y de la sociedad en su conjunto, y en este sentido dichas normas tienen inmersas dentro de sí, las expectativas del hombre, con relación a la tutela de sus valores sin dejar de lado los defectos que compulsados hacen la convivencia pacífica que tanto anhela la sociedad. Empero, la persona no es perfecta por lo tanto la creación y elaboración de sus actos tampoco son absolutamente perfectos y como uno de esos actos son la elaboración de las leyes, estas leyes como actos humanos también resultan imperfectas, oscuras y difíciles de entender; generándose las incertidumbres y dificultades para aplicarlas, precisamente porque la sociedad en su contexto también avanza y que por el impulso de la natural evolución, la ley creada y elaborada resulta desubicada e inaplicable, porque la moral social de la sociedad vigente en ese momento por el

avance de la tecnología y la ciencia también ha cambiado haciendo una historia del presente muy diferente a la del pasado. Por lo que se puede afirmar que “por más esfuerzos que haga el legislador a fin de contener en la ley el supuesto de hecho, general y abstracto que constituye la ley, inevitablemente la creación de la ley siempre será superada por la realidad.

En nuestra legislación nacional, no obstante contar con un marco normativo constitucional acorde a una economía liberal de mercado, de tipo social, a nuestra ley general de sociedades le falta la regulación del fondo empresarial en los siguientes aspectos.

- a) No se ha regulado sobre el concepto o definición de lo que significa el fondo empresarial, limitándose a mencionarlo, dejando a los usos y costumbres empresariales el tratamiento de este tema.
- b) No se ha regulado, cuáles son los elementos que conforman el fondo empresarial, las características de éstas, como es el tratamiento en el tema de seguridad, si pueden ser objeto de inscripción registral o no, si es necesario cambiar el reglamento de la SUNARP.

### **En el Derecho Español.**

En la doctrina europea occidental de Derecho Público, la española parte tradicionalmente del principio de la plenitud del ordenamiento y, en consecuencia, considera la existencia de vacíos normativos como una anomalía del sistema. El concepto de “vacío normativo” no se confunde con cualquier

ausencia de normación expresa, sino sólo con aquélla que no puede ser integrada mediante una normación implícita que se juzga en todo caso necesario. Quedan, pues, al margen los supuestos en que la anomia es consecuencia de la legítima voluntad de creación de un espacio libre de la ordenación normativa y aquéllos en que la inexistencia de una norma formal específica sólo es condición implícita para la aplicación de una norma subsidiaria.

La necesidad de la norma ausente es determinante en el concepto de vacío normativo y el juicio sobre su concurrencia es siempre el resultado de la interpretación de las normas superiores del ordenamiento, esto es, de aquéllas de las que cabe deducir un mandato de normación dirigido a quienes están llamados a producir normas jerárquicamente inferiores.

Las anomalías reprochables al legislador son, por tanto, ausencias de normación percibidas como vacíos por el intérprete de la Constitución, quien identifica en ésta un mandato de legislación desatendido por el legislativo. Se distinguen así de las lagunas, que son vacíos advertidos por el intérprete de la ley al aplicarla en los términos que cabe deducir racionalmente de la voluntad de un legislador sistemático y con cuyo remedio mediante una normación ad casum no se pretende contradecirla, sino, justamente, realizarla.

En un sentido muy amplio, ciertamente, toda inexistencia de una norma específica para un caso concreto necesitado de normación constituiría un supuesto de vacío. A partir de ahí, la lógica del sistema normativo y sus

mecanismos de integración pueden suplir esa carencia por medio de la aplicación de otras normas; sean normas expresas previstas para supuestos distintos pero cuya aplicabilidad al caso resulta de la dinámica propia del régimen de remisiones inherente al sistema normativo; sean normas implícitas deducidas por el aplicador del Derecho a partir de normas formales. Sólo si la integración es imposible aparece el vacío como problema para la indemnidad de un ordenamiento perfecto. Es en este punto donde la conceptualización y la taxonomía de los vacíos dan lugar a la mayor diversidad dogmática. Así, la calificación del vacío como “laguna”, “omisión” o “regulación deficiente” es fruto en última instancia de una convención en los conceptos no siempre compartida por todos los autores. Por lo que hace a las omisiones legislativas, la doctrina iuspublicista española se ha centrado en el fenómeno de la llamada “inconstitucionalidad por omisión”, circunscribiendo así el interés de los vacíos normativos a los que traen causa del incumplimiento de un mandato constitucional de legislar y ciñéndose a las posibilidades de su remedio jurisdiccional, es decir, encuadrando la problemática de los vacíos normativos en el de la definición de la competencia del Tribunal Constitucional.

### **5.1.2. Fundamentos Jurisprudenciales, Respecto a la seguridad jurídica.**

#### **En el Perú.**

En el expediente judicial número 00016-2002-AI/TC; fundamento 4, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente; “(...) la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma

Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, párrafo a) “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; y otra de alcance más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, párrafo d) “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa in equívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”; y 139º, inciso 3, “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación”.

### **En la justicia española.**

Así lo entiende el Tribunal Constitucional Español al señalar reiteradamente que la seguridad jurídica (art. 9.3) aparece reconocida como «un principio general del ordenamiento jurídico y (...) un mandato dirigido a los poderes públicos pero sin configurar derecho alguno en favor de los ciudadanos<sup>1</sup>»

«Que pueda interesarse en el proceso constitucional de amparo conforme al art.

---

<sup>1</sup>STC: 325/1994, de 12 de julio, recordando también la 122/1987, de 14 de julio.

53.2 CE y al art. 41.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>2</sup>». Todo ello, sin perjuicio de que dicho principio, en cuanto denominador común de numerosas categorías jurídicas y exigencia objetiva del ordenamiento que se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado, entre en conexión con otros derechos constitucionales que si son susceptibles de amparo constitucional (por ejemplo, con el derecho a la inmodificabilidad de las sentencias firmes, o a la ejecución de las resoluciones firmes)<sup>3</sup>, o aparezca imbricado en una relación de medio a fin con respecto a los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho<sup>4</sup>.

## **5.2. Respeto al Fondo Empresarial.**

- **En el Perú.**

### **Realidad fáctica del fenómeno del fondo empresarial.**

La realidad peruana, nos informa que en materia legal, son dos los cuerpos legales que en alguna medida tendrían que avocarse al desarrollo del tema referido al Fondo Empresarial; sin embargo y como ya hemos referido precedentemente, encontramos que la Ley General de Sociedades número 26887, es la única que hace mención a la temática, empero, de manera vaga, genérica e incompleta, pues únicamente los artículos 28 – referida al saneamiento de los aportes consistentes en un conjunto de bienes provenientes,

---

<sup>2</sup>SSTC: 3/2002, de 14 de enero; 26/2001.

<sup>3</sup>STC: 3/2002, de 14 de enero; 231/1991.

<sup>4</sup>STC: 104/2000, de 13 de abril.



entre otros, al Fondo Empresarial -; y 369 - referido a la definición de bloques patrimoniales, considerando como una modalidad de bloque patrimonial al fondo empresarial -; por su parte el Código de Comercio vigente desde el 01 de julio de 1902 no hace ninguna insinuación sobre el particular, en este contexto, resulta gravitante que el Fenómeno del Fondo Empresarial, muy vigente en el contexto fáctico, por consiguiente de extrema necesidad de contar con una legislación especializada que aborde desde sus aspectos más esenciales hasta las relaciones más complejas, y de esta manera resolver la necesidad de contar con dicha figura jurídica, dentro de un contexto de seguridad jurídica, y no como el que coexiste en la actualidad.

**a) Iniciativas Legislativas.**

Ahora bien, en cuanto se refiere a las iniciativas legislativas atinentes al fenómeno socio jurídico del Fondo Empresarial, se han gestado algunas, pero que por alguna razón no han tenido un final feliz, tal es el caso de la ley 26595, por la que se creó la Comisión Especial encargada de elaborar el proyecto del Código de Comercio, integrada con representantes del Poder Legislativo y diversas instituciones como son la Cámara de Comercio de Lima, Facultades de Derecho, APEMIPE, CONASEV, INDECOPI, Ministerio de Justicia, entre otros.

Posteriormente, por Ley 26751, se amplió el plazo para la elaboración del Código de comercio, en un término de trescientos sesenta y cinco días. Asimismo, por Ley 26936 del 28 de marzo de 1998, nuevamente se prorroga el plazo para la elaboración del Código de comercio, en razón de que si bien la

Comisión había avanzado su trabajo en un ochenta por ciento, las subcomisiones se encontraban trabajando paralelamente proyectos de ley complementarios a la reforma.

La Comisión Reformadora del Código de comercio consideró que era una ocasión propicia para realizar una revisión y concordancia de diversas normas del derecho privado, particularmente al realizarse en simultáneo los trabajos de la comisión encargada de estudiar las enmiendas del Código Civil y el código de comercio. A su vez, se pretendieron que los trabajos ya concluidos de la Comisión que reformó la Ley General de Sociedades, sean perfectamente concordantes con los criterios de la reforma que planteaban y que lo mismo ocurra con los trabajos sobre la Ley de Títulos Valores. En lo relativo al Código de comercio, la Comisión apuntó a restituir la característica original del derecho mercantil, en su distinción subjetiva del derecho civil. En efecto, el derecho mercantil surgió históricamente como el derecho de los comerciantes, estableciendo reglas propias a la actividad de éstos e inclusive una jurisdicción especial y privativa. La codificación napoleónica, al mantener un tratamiento dual en el Código civil y en el Código de comercio, optó por una visión objetiva, introduciendo la noción de acto de comercio y sometiendo a las reglas del derecho mercantil a todo acto que se definiera como tal, independientemente de quien lo realizara.

### **b) Influencia de los códigos civiles.**

Nuestro Código de Comercio ha soportado la presencia de tres códigos civiles: el de 1852, luego el de 1936 y actualmente nuestro Código de 1984, este último tiene una visión muy diferente a la realidad en la que se elaboró el Código de Comercio de 1902; esa es una de las razones por las que nuestra legislación mercantil debe renovarse y estar acorde con la realidad de nuestro país. Si bien es cierto, que el actual Código Civil tiene más de 30 años de vigencia y se elaboró en el marco de la Constitución Política de 1979 y que, actualmente está sometido a permanente supervisión, ese no es un obstáculo para reemplazar nuestra legislación comercial, darle un rostro acorde con la realidad y luego hacerlo propio con nuestra legislación civil que es más actual. Sabemos que siempre se ha tomado al Derecho Comercial como una rama del Derecho Civil o se le ha tratado como un derecho de carácter excepcional. Por ello Luis Dayviere; señala que “Las Leyes Comerciales suponen la existencia de leyes civiles, son una excepción de ellas y parten de antecedentes ya prescritos en el Derecho Común”.

### **c) El derecho societario en el Perú.**

Nuestra legislación Societaria, se enriqueció en tres fechas que marcan hitos de suma trascendencia, así tenemos, en 1902, 1966 y 1998. La primera corresponde a nuestro Código de Comercio de 1902, que entró en vigencia el 1 de julio de ese año; la segunda se refiere a la Ley de Sociedades Mercantiles (cuyo nombre fue cambiado con posterioridad, por el de Ley General de Sociedades, sin variar su

contenido esencial), la que adquirió vigencia el 12 agosto de 1966; y, la tercera es la actual Ley General del Sociedades, vigente desde el 1 de enero de 1998. La Ley General de Sociedades es otra de las normas que estaría dentro del radio de acción de la Ley Marco del Empresario, pues regula uno de los sectores más importantes de la actividad empresarial, estando íntimamente ligada a figuras como empresa, empresario, contratos asociativos, y a la novedosa figura del fondo empresarial, por lo que creemos es una de las normas que ayudarán a la consolidación de la Ley Marco del Empresario sin llegar a promulgarse a corto plazo.

### **5.3. Validación de las hipótesis.**

#### **5.3.1. DE LAS HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.**

**De la Primera hipótesis específica:** *Eliminar el vacío normativo, con la dación de un marco jurídico adecuado a las necesidades de los agentes económicos.*

Esta hipótesis queda validada con los resultados obtenidos en el curso de la presente investigación; donde notamos que en el actual sistema normativo, se cuenta con una legislación incompleta, vaga y genérica en relación al Fondo Empresarial, que genera inestabilidad e ineficacia jurídica a la figura jurídica misma, así como a las operaciones realizadas por los agentes económicos. Esto señalado se verifica en la Ley General de Sociedades, donde sólo se menciona el término “fondo empresarial”, más no se precisa su concepto, y menos un desarrollo normativo de su tratamiento. Pese que nuestra norma constitucional

ha asumido la doctrina de la iniciativa privada de la actividad empresarial y economía social de mercado.

Por otro lado, con los resultados obtenidos, también podemos afirmar que con la dación de una legislación adecuada y garantista, se eliminaría el vacío normativo originado, permitiendo que se brinde seguridad jurídica, y eficacia a las operaciones económicas de los agentes sujetos al Fondo Empresarial. Una medida adecuada vendría a ser, contar con un registro especial en el que se pueda realizar la inscripción del fondo empresarial con efectos constitutivos, normando el trámite de la inscripción del fondo empresarial y los actos que se realicen sobre él, para que ésta se produzca de la forma más segura y rápida posible. El registro de los contratos de transferencia, arrendamiento, usufructo, anticresis, etc. daría mayor seguridad jurídica al tráfico de los fondos empresariales al igual que se protegería de manera más eficaz los derechos de los acreedores respecto de ese fondo empresarial, como así se pretendía regular en el anteproyecto de la ley marco del empresariado.

**De la Segunda hipótesis específica:** *Otorgar seguridad jurídica a los agentes económicos, en sus operaciones derivadas del fondo empresarial.*

Es necesaria la dación de una legislación idónea a fin de otorgar seguridad jurídica a las operaciones propias de los agentes económicos sujetos al Fondo Empresarial, desterrando cualquier estado de inseguridad jurídica.

El fondo empresarial actualmente es objeto de compras, ventas, arrendamientos, etc., no obstante, los problemas que se presentan en la celebración de estos

contratos, actualmente no existe una regulación adecuada que facilite y asegure el tráfico jurídico de los fondos empresariales. El legislador debe regular los contratos sobre fondos empresariales, de tal forma que se establezca una forma única para la transferencia, arrendamiento, gravamen, etc. de estas organizaciones, lo cual puede proveer de seguridad jurídica.

**De la tercera hipótesis específica:** *Un marco jurídico coherente y especial en el sistema jurídico, fomentará las actividades económicas de los agentes.*

La actual situación de vacío normativo respecto al Fondo Empresarial, generado por la falta de regulación adecuada por la ley N° 26887, si bien puede resolverse a través de la aplicación de los criterios de interpretación e integración normativa; sin embargo, esta práctica por su naturaleza excepcional sigue generando inseguridad jurídica, por lo que se hace necesario eliminar el vacío normativo.

El fondo empresarial, su constitución, inscripción, conservación, transferencia, gravamen, fusión, arrendamiento, etc. requieren de una regulación especial en un nuevo Código de la Empresa o Ley General de la Empresa. En ese sentido, el legislador deberá incluir en dicho cuerpo de leyes, únicamente las normas necesarias para evitar conflictos, facilitar el tráfico jurídico del fondo empresarial, proteger la unidad de sus elementos conformantes, así como los derechos de las partes que celebren el contrato.

Además, sería de mucha importancia la inclusión del fondo empresarial en un

Código de la Empresa, pues, como se puede verificar, en ella radica la base de la empresa o el instrumento del que se vale el empresario para realizar sus actividades económicas.

### **5.3.2. DE LA HIPÓTESIS GENERAL**

*La dación de un marco jurídico adecuado y especializado, eliminará el vacío legal, y por consiguiente, otorgará seguridad jurídica a las operaciones que realizan los agentes económicos en el ámbito del fondo empresarial.*

La validación de las hipótesis específicas nos conlleva a precisar fehacientemente según argumentos de orden fáctico, jurídico, doctrinario y jurisprudencial, que el actual estado de inseguridad jurídica en la que se encuentran sometidas las operaciones de los agentes económicos que conforman el Fondo Empresarial, producto del vacío normativo generado por el sub sistema del derecho privado en general y de manera específica por la ley 28667 - Ley General de Sociedades; por lo que se hace imperativo contar con una legislación idónea que otorgue inseguridad jurídica y garantice la sostenibilidad, viabilidad, eficacia y continuidad del fondo empresarial como institución jurídica, así como de sus operaciones y actividades.

Además, la validación de las hipótesis específicas nos conduce metodológicamente en la comprobación de la hipótesis general por lo que nuestra hipótesis general está corroborada o demostrada.

A continuación, planteamos algunas consideraciones que corroboran lo afirmado en la discusión de resultados que nos permite validar nuestra hipótesis general y plantear la propuesta de dación de una legislación idónea que garantice la sostenibilidad, viabilidad, eficacia y continuidad del fondo empresarial como institución jurídica, de los operadores económicos, superando las consecuencias lesivas por el vacío legal actual.



## VI. CONCLUSIONES

1. La investigación dogmática jurídica nos permite afirmar que la actual situación de deficiencia normativa, resta seguridad jurídica a los agentes económicos que hacen uso del fondo empresarial sin conocerlo como tal, contrariándose la esencia misma del Derecho que es otorgar seguridad jurídica a la comunidad económica del país. Así tenemos que nuestro Código de Comercio ha soportado la presencia hasta de tres códigos civiles, y actualmente nuestro Código de 1984, tiene una visión muy diferente a la realidad en la que se elaboró el Código de Comercio de 1902; esa es una de las razones por las que nuestra legislación mercantil debe renovarse y estar acorde con la realidad de nuestro país, donde el concepto de “comerciante” ha mutado al concepto de “empresario”.
2. Si bien es cierto, que el actual Código Civil tiene más de 30 años de vigencia y se elaboró en el marco de la Constitución Política de 1979 y que, actualmente está sometido a permanente supervisión, ese no es un obstáculo para reemplazar nuestra legislación comercial, darle un rostro acorde con la realidad y luego hacer lo propio con nuestra legislación civil que es más actual. Por cuanto, si bien las Leyes Comerciales suponen la existencia de leyes civiles, sin embargo, son una excepción de ellas y parten de antecedentes ya prescritos en el Derecho Común.
3. Finalmente, en los ámbitos de la economía donde opera el Fondo Empresarial, las actividades, patrimonio, derechos y obligaciones atribuidas a aquel centro de

imputación, se ven seriamente relativizadas, por efectos del vacío normativo ocasionado por la ley 26887, lo cual nos permite afirmar que “urge la dación de un marco normativo que regule la Figura del fondo empresarial como tal”, que bien podría ser la aprobación del Anteproyecto de la ley marco del empresariado que hasta la fecha ha sido postergado su debate en el congreso.

## **VII. RECOMENDACIONES**

El estudio realizado nos permite afirmar que es indispensable que el Poder Legislativo prevea la dación de un cuerpo legal que regule de modo íntegro, el fenómeno jurídico denominado fondo empresarial, figura que se encuentra desarrollada en el anteproyecto de la Ley N° 26595 – Ley Marco del Empresariado- con cuya aprobación y publicación se superaría el vacío normativo existente en nuestro país.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- CAMPOS BERMUDEZ, JOSE ANTONIO. (2018). “*La Responsabilidad civil de bancos en compras financiadas en planos de inmuebles y en operaciones por internet*”. Instituto Pacifico, Lima.
- CHIPANA CATALÁN, JHOEL Y OTRO. (2018). “*Los Precedentes de Observancia Obligatoria del Tribunal Registral*”, Gaceta Juridica, Lima.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. (2016). “*La Responsabilidad Extracontractual*”, Ara Editores (1-2), Lima.
- GALVEZ VILLEGAS, TOMAS ALADINO. (2015). “*Decomiso, Incautación y Secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*”. Editorial Ideas, Lima.
- GONZALES BARRON, GUNTHER HERNAN. (2017). “*El Fraude Inmobiliario Problemas y Soluciones*”, Jurista Editores, Lima.
- GONZALES BARRON, GUNTHER HERNAN. (2016). “*Manual Práctico de Sociedades*”, Gaceta Juridica, Lima.
- GONZALES BARRON, GUNTHER HERNAN. (2018). “*Teoría General de la Propiedad y del Derecho Real*”, Gaceta Jurídica, Lima.

- HERNANDEZ SAMPIERI, ROBERTO Y OTROS. (2010). “*Metodología de la Investigación*”, Editorial McGrawHill, México.
- LEDESMA NARVAEZ, MARIANELLA. (2016). “*Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*”, Gaceta Jurídica, Lima.
- LUIS MARIA, OLAZO J. (2007). “*Curso de Introducción al Derecho*”, Universidad Católica Andres Bello. Caracas.
- NEIRA LÚCAR, MELISSA JUDITH. (2005). “*Comentarios al Proyecto de la Ley Marco del Empresariado*”, Tesis UNMSM, Lima – Perú.
- NINZMANCCO CÓRDOVA, FORT. (2018). “*Jurisprudencia Civil Vinculante de la Corte Suprema Análisis de todos los plenos casatorios civiles*”, Gaceta Jurídica, Lima, 2018.
- MURO ROJO, MANUEL Y OTRO. (2017). “*La Práctica Contratual en sus modelos y documentos*”. Gaceta Jurídica, Lima, 2017.
- PASCO ARAUJO, ALAN. (2017). “*Derechos Reales Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema*”, Gaceta Jurídica. Lima, 2017.
- POLANCO GUTIERREZ, CARLOS. (2016). “*Arrendamiento y Desalojo*”, Adrus Editores, Arequipa, 2016.
- QUIROZ SALAZAR, WILLIAM F. (1998). “*La Investigación Jurídica*”. Editorial Insergraf. Lima.

- RAMIREZ CRUZ, EUGENIO MARIA. (2017). “*Tratado de Derechos Reales Teoría General de los Derechos Reales*”, Gaceta Jurídica, (1-3), Lima, 1996-2017.
- ROBLES TREJO, LUIS Y OTROS. (2012). “*Fundamentos de la investigación científica y jurídica*”, Editorial Fecatt, Lima.
- RONQUILLO PASCUAL, JIMMY J. (2018). “*La Resolución de los Contratos, Problemas Legislativos y Jurisprudenciales del incumplimiento Contractual*”. Gaceta Jurídica, Lima, 2018.
- SALAS SANCHEZ, JULIO. “*El Valor neto negativo del bloque patrimonial que se transfiere en los procesos de reorganización societaria*”. [revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/.../16621](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/.../16621).
- SOLÍS ESPINOZA, ALEJANDRO. (1991). “*Metodología de la Investigación Jurídico Social*”, Lima.
- TEJADA ÁLVAREZ, MARÍA ISABEL. (2010). “*El Fondo Empresarial en el Código de la Empresa*”, Portal legal Grupo TYTL, Lima.
- TEJADA ÁLVAREZ, MARÍA ISABEL. (1995). “*Introducción al Estudio del Fondo Empresarial y su Arrendamiento*”. Tesis para optar por el Título profesional de Abogado. Universidad de Lima. Lima. 1995.
- TRELLES GARRIDO LECCA, CARLOS ARTURO. (2012). “*El Fondo*

*Empresarial y la Compraventa de Empresas*”, en: *Revista de Estudiantes Italus Esto*, Piura – Perú, 5-12-2012.

- ZELAYARAN DURAND, MAURO. (2000). “*Metodología de la investigación jurídica*”, Ediciones Jurídicas, Lima, 2000.
- Ley N° 26595 – Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado.  
[http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1998/r\\_codigos/codigo31.htm](http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1998/r_codigos/codigo31.htm).

# **ANEXO**



### ANEXO 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

#### TITULO: LA INSEGURIDAD JURIDICA DEL FONDO EMPRESARIAL POR VACIO NORMATIVO

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	ASPECTOS METODOLÓGICO
<p><u>GENERAL:</u></p> <p>¿El fondo empresarial, carece de una regulación que otorgue seguridad jurídica, a los agentes económicos que recurren a ella?</p> <p><u>ESPECÍFICOS:</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. ¿El fondo empresarial, se encuentra regulado en el sistema jurídico peruano?</li> <li>2. ¿Los agentes económicos encuentran seguridad jurídica, siempre que recurren al fondo empresarial en el Perú?</li> <li>3. ¿El Derecho común, es el medio adecuado para que los agentes económicos formalicen sus operaciones derivadas del fondo empresarial?</li> </ol>	<p><u>OBJETIVO GENERAL</u></p> <p>Conocer cómo los agentes económicos que recurren al fondo empresarial, no encuentran seguridad jurídica dentro del sistema jurídico peruano.</p> <p><u>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Determinar que existe un vacío normativo sobre el fondo empresarial, que resquebrajan la estabilidad de los agentes económicos que recurren a ella.</li> <li>b) Determinar cómo resulta incompatible e incompleto el derecho común para las operaciones del fondo empresarial.</li> <li>c). Identificar y describir los aspectos problemáticos que presenta la regulación de un fondo empresarial.</li> </ol>	<p><u>HIPÓTESIS GENERAL</u></p> <p>La dación de un marco jurídico adecuado y especializado, eliminará el vacío legal, y por consiguiente, otorgará seguridad jurídica a las operaciones que realizan los agentes económicos en el ámbito del fondo empresarial.</p> <p><u>HIPÓTESIS ESPECÍFICOS:</u></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Eliminará el vacío normativo, la dación de un marco jurídico adecuado a las necesidades de los agentes económicos.</li> <li>2. Otorgará seguridad jurídica a los agentes económicos, la debida regulación del fondo empresarial.</li> <li>3. Un marco jurídico coherente y especial en el sistema jurídico, fomentará las actividades económicas de los agentes.</li> </ol>	<p>Variable Independiente (X): Fondo Empresarial</p> <p>Variable Dependiente (Y): Inseguridad Jurídica</p> <p>Variable Interviniente (Z): Vacío normativo.</p>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</u> Dogmática-Jurídico</p> <p><u>TIPO DE DISEÑO:</u> No Experimental</p> <p><u>DISEÑO GENERAL:</u> Transversal</p> <p><u>DISEÑO ESPECÍFICO:</u> Explicativa</p> <p><u>MÉTODOS ESPECÍFICOS:</u> Exegético, Hermenéutico, Dogmático, Argumentación jurídica.</p> <p><u>UNIDAD DE ANÁLISIS:</u> Estará será DOCUMENTAOL conformada POR LA Doctrina, Normatividad y jurisprudencia.</p> <p><u>PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Identificación y registro de las fuentes de información.</li> <li>▪ Recojo de información en función a los objetivos y categorías.</li> <li>▪ Análisis y evaluación de la información.</li> <li>▪ Sistematización de la información</li> </ul> <p>Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo.</p> <p><u>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</u></p> <p>Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido.</p> <p><u>VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS:</u> Método de la argumentación jurídica.</p>

