
EL FONDO EMPRESARIAL: NOVEDAD DEL ANTEPROYECTO DE NUEVA LEY GENERAL DE LA EMPRESA

Ricardo Beaumont Callirgos

Profesor de Derecho Comercial en las universidades San Marcos, de Lima y San Martín de Porres. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada del Norte. Presidente de la Comisión Redactora de la Ley de Títulos Valores y miembro de las comisiones redactoras del Código de Comercio, Ley General de las Sociedades, Reglamento del Registro Mercantil y Ley de Grupos de Empresas. Fundador del Instituto Peruano de Derecho Mercantil.

Existe una comisión especial encargada de elaborar el anteproyecto de la nueva Ley General de la Empresa, con la idea de sustituir nuestro vetusto Código de Comercio por un nuevo cuerpo legal que se constituya como Ley Marco de la Actividad del Empresario.

Creemos que es urgente la necesidad de esta ley por cuanto es imperioso dotar al empresario de la globalización de un marco adecuado que permita facilitarle la celebración de negocios de la mano con la dinamicidad de las relaciones comerciales.

Es por esta razón que, en aras de adecuar nuestra legislación empresarial a las tendencias modernas que orientan el derecho comercial, se optó por consagrar en este anteproyecto de Ley General de la Empresa o Ley Marco del Empresariado, tanto el concepto de empresa como el de sus elementos principales, el fondo empresarial y la actividad del empresario.

En este artículo nos ocuparemos de esta novedosa institución que ha sido recogida por el legislador del anteproyecto, con el nombre de fondo empresarial.

Se ha optado por regular esta institución con el fin de reconocer una realidad que es necesario tener en cuenta en nuestro medio, como es el hecho de que existen muchas personas que ejercen actividad empresarial y que, si bien no tienen el carácter de sociedades, tendrían ahora la posibilidad de crecer y acceder al sistema financiero, sirviéndose de los distintos bienes y derechos que utilizan para ejercer su actividad comercial que, como vere-

mos más adelante, son los elementos que constituyen el denominado fondo empresarial.

1. ANTECEDENTES

El fondo de comercio se vincula con una serie de elementos integrantes de la explotación comercial.

El primer conjunto de tales elementos, que llevaría después a consideraciones más profundas, fue el llamado "fond de boutique" francés, noción que respondía exclusivamente a la idea de conjunto de mercaderías.

El concepto de fondo de comercio moderno no aparece hasta fines del siglo XVIII, cuando una resolución del Parlamento Besancon impide la calificación como inmueble de "... un fondo de boutique y un fondo de caja compuesta de objetos puramente mobiliarios, cuya naturaleza no puede ser cambiada por ninguna disposición"; asimismo, resoluciones de los tribunales del Sena y de París incluyen en 1901 a la clientela y la confianza pública dentro de la propiedad moral. Se debe observar que en esta época todavía no se aglutinaban estos conceptos bajo la denominación de fondo de comercio.

Posteriormente, ya a partir de 1838, ingresa en la Ley de Bancarrotas francesa la figura del fondo de comercio, por iniciativa del senador Cordelet, sancionándose luego, en 1909, la Ley de Transferencias de Fondos de Comercio.

En el Perú podemos ubicar el antecedente remoto de esta figura en la ley 2259 del año 1916, que regula el traspaso de locales comerciales con la intención de proteger a los terceros acreedores del local comercial.

2. CONCEPTO DE FONDO DE COMERCIO

Es conocido que el concepto de esta institución se encuentra íntimamente ligado a la noción de empresa, sin la cual carecería de significado. Para algunos autores el estudio de esta figura resulta una simbiosis, una moneda de dos caras, debido a la estrecha relación entre ambas.

A decir de Susana Galán de Rodríguez¹ el concepto de fondo de comercio no ha sido precisado en la legislación extranjera, salvo el caso del Código Civil italiano, el cual se ha limitado a proponer alguna somera noción o a enunciar los elementos que pueden constituirlo.

La legislación francesa fue la primera en consagrar la figura del fondo de comercio como "fonds de commerce" y la concebía como una figura autónoma, logrando que esta idea haya evolucionado en su origen, pasando de ser un verdadero instrumento de trabajo del comerciante para concepcuarse como un estado abstracto.

A partir de ahí es que legislaciones como la italiana, alemana, y en América Latina, la argentina, colombiana y la hondureña, optaron por recoger esta figura en sus respectivos cuerpos legales.

Existe mucha discusión en la doctrina sobre el significado del término fondo de comercio. La llamada doctrina elemental atribuye análogo significado a la idea de hacienda mercantil, establecimiento o fondo de comercio; entendiéndose por estos tres conceptos el conjunto de bienes cor-

1 GALÁN DE RODRÍGUEZ, Susana. *El fondo de comercio y la empresa comercial*. Buenos Aires: Editora Córdova, 1986.

porales e incorporales de que se sirve el comerciante o empresario para el buen y mejor desempeño de su profesión. También existe otro grupo de autores que distingue entre casa de comercio, la cual conciben como el conjunto de personas que dedica su actividad al funcionamiento de la hacienda, y el llamado fondo de comercio, que vendría a ser el conjunto de bienes materiales e inmateriales que integra dicha casa de comercio. El maestro Garrigues,² por su parte, señala que la empresa comercial recibe el nombre de establecimiento y que esta palabra goza de dos significados: se le concibe como acto de establecerse, vale decir, de dedicarse a una actividad estable, en armonía con la permanencia de la empresa a pesar del cambio de elementos y, una segunda definición, como lugar donde habitualmente se ejerce una industria mercantil. También menciona que de ninguna manera debe confundirse empresa con establecimiento, atribuyendo a éste un carácter estático respecto de la organización en su faz dinámica, mientras que la empresa sería aquella organización en su faz dinámica, es decir un organismo de producción vivo.

En resumen, se puede ver que no hay acuerdo en la doctrina respecto de la denominación del llamado fondo de comercio, hay quienes consideran identificados los términos empresa y hacienda, imputando al primero la categoría de una denominación moderna del segundo, pasando por quienes entienden que la hacienda es el patrimonio de la empresa. Para terminar hay otro grupo de autores que valora la hacienda como un conjunto de bienes materiales e inmateriales a que echa mano el comerciante, industrial o empresario para

poder llevar a cabo su cometido, o sea, su actividad empresarial. Es precisamente esta definición la que se da al fondo empresarial en el anteproyecto de nueva Ley General de la Empresa.

3. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO EMPRESARIAL

Así como existe una diversidad de denominaciones en la doctrina para esta figura, son también diversas las teorías que buscan desentrañar su verdadera naturaleza jurídica.

Existen, por un lado, posturas tendientes a afirmar que la suma de todos los elementos conformantes del fondo hace constituir un nuevo valor jurídico, es decir, reconocen esta figura como una realidad jurídica, por lo tanto, admiten su existencia. Éstas son las llamadas corrientes positivas.

Por otro lado, están las llamadas corrientes negativas, cuyos representantes propugnan que el complejo haciendal no puede ser considerado como un conjunto unitario, por entender que el conjunto vale como un complejo de bienes, pero la utilidad de dicho complejo presupone la utilidad de los elementos particulares que lo componen.

Entre la teorías positivistas destacan:

- *La teoría de la personalidad jurídica.* Esta teoría señala que al consistir el fondo de comercio en la organización de una serie de elementos para la actividad económica, crea un nuevo sujeto jurídico, un organismo con vida propia, titular de sí mismo con capacidad para obligarse y adquirir derechos, el cual tiene asignado un domicilio, puede tener acreedores y deudores, etc. Esta teoría ha sido defendida por maestros como Ripert y Durnad en Francia y por autores alemanes como Hassenpflug y Edemann.

² GARRIGUES, Joaquín. *Tratado de derecho mercantil*. Tomo I. Bogotá: Temis, 1987, pp. 56-57.

Si bien esta teoría tuvo un gran desarrollo por estos pensadores, ha sido objeto de críticas por cuanto se cuestiona el que esta figura sea al mismo tiempo sujeto y objeto de derecho o cómo puede transmitirse este sujeto de derecho a sí mismo.

Al no haberse podido dar respuesta a estas interrogantes, esta teoría –por ser incompleta– ha sido rechazada.

- *Teoría del patrimonio autónomo.* Esta postura plantea el hecho de que si bien el fondo de comercio no es un sujeto de derecho, entonces, puede ser considerado como un núcleo patrimonial autónomo. Se le otorga así a esta figura una parcial autonomía del restante patrimonio del comerciante, autonomía respecto del todo, en virtud del destino común que se le imprime al conjunto de bienes para el ejercicio del comercio; se le exige también una administración y contabilidad independiente.

A esta teoría se le critica su similitud con la teoría de la personalidad jurídica; se señala que si bien no se genera un nuevo sujeto de derecho, se da la separación del patrimonio del comerciante distinto a su patrimonio civil. Para efectos prácticos, el hecho de que los elementos constitutivos de este patrimonio afectado a un fin determinado y separado del resto del patrimonio, hace que éste se cierre sobre sí y pase a tener un nombre propio, administración, representante y capacidad para relacionarse jurídicamente, lo que determinará, a fin de cuentas, que los efectos sean semejantes a los de la teoría de la personalidad.

- *Teoría de la universalidad.* Esta teoría parte de la idea de concebir el fondo de comercio como un objeto jurídico en cuanto es considerado un bien susceptible de tener valor económico.

En este orden de ideas, el fondo de comercio constituiría una universalidad de derecho, con vida propia y distinta del propietario, formado por un patrimonio activo y pasivo propio. Esta idea de universalidad de derecho es defendida principalmente por autores alemanes; sin embargo, representantes de las escuelas italiana y francesa opinan que más que una universalidad de derecho esta figura tendría la naturaleza de una universalidad de hecho.

Existe un segundo grupo de teorías que reciben el nombre de negativas, justamente porque niegan al fondo de comercio su significación jurídica. Bajo éstas destaca la llamada teoría atomista, que señala que los bienes destinados a una explotación mercantil conservan cada uno su autonomía. Se da una unificación que sólo responde a la organización de carácter o de necesidad económica otorgada por su titular, careciendo de trascendencia en el plano jurídico. En resumen, se considera a cada uno de los bienes del fondo de comercio separadamente, negándosele existencia jurídica.

En este orden de ideas, en caso de arrendamiento del fondo de comercio, éste se resolvería en una pluralidad de negocios en relación con los elementos singulares que lo componen, de donde pueden tenerse efectos distintos según la especie de los elementos.

Esta teoría ha sido desechada por la doctrina mayoritaria, por considerarla incompleta y parcial, pues choca con la realidad económica e incluso con una serie de normas que reconocen al fondo de comercio como un bien con un valor de susceptibilidad económica de mayor significancia que la consideración individual y separada de cada uno de los elementos que conforman esta institución.

4. EL FONDO DE COMERCIO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE LA EMPRESA

La institución del fondo de comercio ha sido recogida en el anteproyecto de Ley General de la Empresa con el nombre de "fondo empresarial".

Tal como comenta María Isabel Tejada Álvarez³ "... la denominación de fondo empresarial es nueva, es el nombre con el que la Comisión ha bautizado a este conjunto de elementos y que ha sido derivada de la denominación 'fondo de comercio' utilizada en la legislación francesa y argentina".

Este concepto ha surgido de una especie de fusión de lo que se entiende como fondo de comercio y lo que diversos autores han venido denominando como fondo empresarial. La Comisión ha creído conveniente utilizar este término ya que es el más sencillo y el más indicado para diferenciar las ideas de fondo empresarial y de actividad empresarial, instituciones entre las que existen diferencias fundamentales. El resultado de disponer los elementos para explotarlos es la existencia del fondo empresarial. La actividad empresarial, por su parte, consiste en la explotación del fondo empresarial. En este orden de ideas, el resultado de la explotación del fondo empresarial es la empresa.

Por tanto, la actividad de organizar un fondo empresarial es un requisito previo e indispensable para realizar la actividad empresarial.

Tal como también comenta la doctora Tejada, se optó por denominar esta institu-

ción como fondo empresarial debido a que el término establecimiento de comercio o hacienda podría llevarnos a la confusión del conjunto de elementos del empresario, con el local comercial donde éste lleva a cabo su actividad o la finca rural, respectivamente; mientras que la denominación fondo de comercio se entendería referida únicamente al conjunto de elementos de un comerciante, la persona que sólo se dedica a la compra y venta de géneros cuando, como veremos más adelante, esta figura incluye un supuesto adicional.

En la parte del glosario, el legislador del anteproyecto ha optado por esbozar una definición de la figura del fondo empresarial, se señala que éste es:

El conjunto de bienes organizados por una o más personas naturales o jurídicas, destinado a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios, el cual una vez registrado limita la responsabilidad del empresario.

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.

De esta definición podemos ya ir vislumbrando los particulares caracteres que el anteproyecto atribuye a esta novedosa figura:

- Esta institución comprende no solamente el fondo de quien se dedica a la compra y venta de bienes, sino también al fondo de la persona que se dedica a la producción de bienes o a la prestación de servicios.
- La posibilidad de que una persona goce de la titularidad de varios fondos o que un fondo pueda ser objeto de una múltiple titularidad.

Esto debido a que en el libro segundo, dedicado al empresario, se establece la novedad de que no sólo las personas jurídicas constituidas como tales pue-

3 TEJADA ÁLVAREZ, María Isabel. "El fondo empresarial en el Código de la Empresa". *Revista de Derecho de la Empresa* 46, 1996.

dan tener la posibilidad de limitar su responsabilidad, sino también que personas naturales que cuenten con un fondo empresarial puedan limitar su responsabilidad al valor del fondo del que sean titulares, con el solo registro de su fondo empresarial en un registro especial a crearse. Esto también sin quitar la posibilidad de que personas jurídicas puedan constituir varios fondos empresariales.

- Se desprende de lo anterior la necesidad de un registro con el fin de que el empresario pueda limitar su responsabilidad.

Creemos que la opción del legislador del anteproyecto de dar una definición sobre esta institución nos parece acertada, a diferencia de la legislación argentina donde a decir de Jorge Zunino⁴:

... no existe un concepto jurídico unitario del fondo de comercio, sólo una definición parcial, que se puede desprender de la regulación de esta institución en la ley 11867 que se refiere únicamente al aspecto de su transferencia.

Efectivamente, no existe en este país un sistema general relativo al fondo de comercio, la ley a la que se hace referencia sólo se limita a reglamentar la transmisión de los establecimientos comerciales e industriales por medio de la venta o cualquier otro título oneroso o gratuito, señalando los elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio.

En dicho país la doctrina y la jurisprudencia han sido los encargados de ir definiendo los alcances de esta figura.

El anteproyecto también ha optado por enumerar algunos de los elementos comu-

nes más destacables que pueden conformar el fondo empresarial, que se enumeran en el artículo 1 del anteproyecto; entre éstos se consideran a) los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles; b) las sumas de dinero, materias primas, productos en elaboración, mercaderías y todo aquello que constituya activo corriente del empresario; c) los derechos de propiedad intelectual, y d) las acciones y participaciones no adquiridas a título personal.

Asimismo, se ha regulado lo referido a las cualidades que incidirán en el mayor valor del fondo, atributos tales como 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 y la eficiente organización de los elementos del fondo empresarial.

Se prevé asimismo la posibilidad de transferir el fondo empresarial, así como también arrendarlo e hipotecarlo; actos que, sujetos a una clara regulación, contribuirán a dotar esta figura de un mayor dinamismo.

Finalmente, debemos indicar que es acertado que el legislador del anteproyecto de la Ley General de la Empresa haya optado por regular la figura de la empresa y sus principales elementos, tales como el fondo empresarial y la actividad empresarial; esto, sin lugar a dudas, será de gran ayuda no sólo para el empresario sino que sobre todo colocará nuestro país a la vanguardia de las más modernas tendencias en materia de derecho comercial.

⁴ ZUNINO, Jorge. *Fondo de comercio. Régimen legal de su transferencia*. Buenos Aires: Astrea, 1982.