

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
ESCUELA DE POSTGRADO DE DERECHO
SECCIÓN DE POST GRADO DE DERECHO**



**LA INEXISTENCIA DE DEFINICIÓN LEGAL DE “FONDO
EMPRESARIAL” Y SU RECONDUCCIÓN DE DEFINICIÓN EN
LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA
EN DERECHO CIVIL EMPRESARIAL**

AUTOR: BACH. LILIANA REGINA SOSAYA RODRÍGUEZ

ASESOR: DR. HENRY ARMANDO CARBAJAL SÁNCHEZ

Trujillo – Perú

2016



Nº de Registro:

DEDICATORIA

A Dios

Por todo lo que me ha concedido hasta estas alturas de mi vida, y por sus bendiciones futuras.

A mi mama

Tu confiabas en mi cuando, cuando ni siquiera yo lo hacía.

AGRADECIMIENTO

Mi más sincero y eterno agradecimiento a todas y cada una de las personas que contribuyeron en la realización del presente trabajo de investigación.

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado:

Conforme al Reglamento de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada Antenor Orrego, someto a vuestra consideración el presente trabajo de investigación titulado: **“LA INEXISTENCIA DE DEFINICIÓN LEGAL DE “FONDO EMPRESARIAL” Y SU RECONDUCCIÓN DE DEFINICIÓN EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES”**, con el objetivo de obtener el grado académico de Maestra en Derecho, con mención en Derecho Civil Empresarial, el cual ha sido realizada de manera consciente y esforzada, esperando reúna los requisitos y formalidades que se exigen.

.....
BR. LILIANA REGINA SOSAYA RODRÍGUEZ

RESUMEN

La Tesis denominada “La inexistencia de definición legal de “Fondo Empresarial” y su reconducción de definición en la Ley General de Sociedades, responde a la necesidad de determinar qué ocasionará la inexistencia de una definición legal de Fondo Empresarial, en el ordenamiento jurídico nacional; analizar la normativa nacional societaria que regula a la Escisión; analizar si es necesaria la existencia de una definición legal de Fondo Empresarial en nuestro ordenamiento legal; determinar el sustento por el que en la vigente Ley General de Sociedades se considera el Fondo Empresarial como un bloque patrimonial en la Escisión y del porqué no se regulo su definición y extensión; así como analizar sí en nuestra realidad económica resulta viable definir legalmente el Fondo Empresarial, en comparación con realidades económicas de otros países.

En este sentido, la formulación de nuestro problema fue el siguiente: ¿Qué ocasionará la inexistencia de una definición legal de Fondo Empresarial en el ordenamiento jurídico nacional?, para lo cual proponemos la siguiente hipótesis: La inexistencia de una definición legal de Fondo Empresarial, ocasionará su incorrecta reconducción hacia la definición como la de los incisos 1 y 2 del artículo 369 de la Ley General de Sociedades.

En este orden de ideas, nos abocamos al estudio de la Doctrina y Legislación para demostrar dicha hipótesis, dado que en nuestra realidad económica resulta viable definir legalmente el Fondo Empresarial, en comparación con realidades económicas de otros países; toda vez que la no existencia de una definición legal de fondo empresarial en nuestro ordenamiento legal afecta la eficacia de la alternativa jurídica para conseguir la reestructuración económica de la sociedad o empresa y alcanzar su desconcentración y especialización, no pudiendo distinguirse entre un activo y el fondo empresarial propiamente dicho comprendiendo al público, clientela, imagen u otros intangibles que muy bien pueden valorizarse y cuantificarse dentro de un bloque patrimonial y no ser en cierta manera, por falta de normas expresa que lo defina, que lo diferencie, reconduciendo indebidamente hacia una

definición como la de los incisos 1 y 2 del artículo 369 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.

ABSTRACT

The thesis called "the absence of a legal definition of "Enterprise Fund" and its renewal of definition in the corporations law, responds to the need to determine what will result in the absence of a legal definition of business background, in the national legal system; analyze corporate national legislation that regulates the Division; analyze if necessary the existence of a legal definition of business background in our legal system; determine which support in the existing corporate law is considered the business background as a patrimonial block in the Division and why is not regulating their definition and extension; as well as analyzing in our economic reality is viable to legally define the Enterprise Fund, in comparison with economic realities in other countries.

In this sense, the formulation of our problem was the following: what will cause the absence of a legal definition of Enterprise Fund in the national legal system?, for which we propose the following hypothesis: the absence of a legal definition of business background, will cause its incorrect renewal towards the definition as paragraphs 1 and 2 of article 369 of the corporations law.

In this vein, we placed our attention basic to the study of the doctrine and legislation to prove this hypothesis, given that in our economic reality is viable legally define the Enterprise Fund, in comparison with economic realities in other countries; every time that the non-existence of a legal definition of business background in our legal system affects the effectiveness of the legal alternative to achieve the economic restructuring of society or company and achieve its deconcentration and specialization, not being able distinguish between an active and actual business background understanding to the public, clientele, image or other intangible that may very well be recovered and quantified within a patrimonial block and not be in a way by express lack of standards that define it, that differentiates it, redirecting improperly toward a definition as that of subparagraphs 1 and 2 of article 369 of the law N^o 26887, corporate law.

TABLA DE CONTENIDOS

PÁGINAS PRELIMINARES

1. PORTADA O CARATULA	i
2. CONTRAPORTADA O CONTRACARATULA	ii
3. DEDICATORIA.....	iii
4. AGRADECIMIENTO.....	iv
5. PRESENTACIÓN	v
6. RESUMEN	vi
7. ABSTRACT	viii
8. TABLA DE CONTENIDOS	ix

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	2
2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	5
3. JUSTIFICACIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	5
4. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	5
5. HIPÓTESIS	6
6. OBJETIVOS	6
7. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	6
8. MÉTODOS, TÉCNICAS, INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	7
9. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	10
10. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	11
11. UNIDAD DE ANÁLISIS, POBLACIÓN Y MUESTRA.....	12
12. DISEÑO DE PROCESAMIENTO	13
13. PRESENTACIÓN DE DATOS.....	13
14. JUSTIFICACIÓN	14

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

SUB CAPITULO I

LA REORGANIZACIÓN DE SOCIEDADES

1.	NATURALEZA JURÍDICA	16
1.1	ALCANCE	16
2.	LA TRANSFORMACIÓN	17
2.1	DEFINICIÓN	17
2.2	PROCEDIMIENTO	18
2.3	EFFECTOS	19
2.4	EFICIENCIA.....	19.
3.	LA FUSIÓN	20
3.1	ANTECEDENTES.....	20
3.2	MODALIDADES	20.
3.3	CARACTERÍSTICAS.....	21
3.4	PROCEDIMIENTO	22
3.5	EFFECTOS	22
3.6	VENTAJAS.....	23
3.7	EFICIENCIA	23
3.8	ESTADÍSTICAS DE LA FUSIÓN REGISTRADAS EN LOS ÚLTIMOS 10 AÑOS A NIVEL LOCAL Y NACIONAL.....	23
3.9	LA FUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	25
3.10	LA FUSIÓN COMO FORMA DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL	25
4.	LA ESCISIÓN.....	28
4.1	ANTECEDENTES.....	28
4.2	NATURALEZA JURÍDICA.....	29
4.3	MODALIDADES	30
4.4	EL BLOQUE PATRIMONIAL.....	33
4.5	CARACTERÍSTICAS	33
4.6	EL PROCEDIMIENTO DE ESCISIÓN	34
4.7	EFFECTOS.....	36

4.8 VENTAJAS	37
4.9 LA ESCIISÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	38

SUB CAPITULO II

EL FONDO EMPRESARIAL

1. EL FONDO EMPRESARIAL.....	40
1.1 DEFINICIÓN	40
1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS.....	41
1.3 NATURALEZA JURÍDICA.....	41
1.4 ALCANCES EN LA LEY MARCO DEL EMPRESARIADO.....	45
1.5 REGULACIÓN DEL FONDO EMPRESARIAL EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	47
1.6 EL FONDO EMPRESARIAL EN LA LEY MARCO DEL EMPRESARIADO	47
1.7 LA NECESIDAD DE NORMA QUE DEFINA EL FONDO EMPRESARIAL PARA HACER EFICIENTE LA ESCIISÓN	48

CAPÍTULO III

PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	51
CONCLUSIONES.....	55
RECOMENDACIÓN	57
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59
ANEXOS	60

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA; 2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN; 3. JUSTIFICACIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA; 4. ENUNCIADO DEL PROBLEMA; 5. HIPÓTESIS; 6. OBJETIVOS; 7. TIPO DE INVESTIGACIÓN; 8. MÉTODOS, TÉCNICAS, INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN; 9. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS; 10. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN; 11. UNIDAD DE ANALISIS, POBLACIÓN Y MUESTRA; 12. DISEÑO DE PROCESAMIENTO; 13. PRESENTACIÓN DE DATOS; 14. JUSTIFICACIÓN.

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA:

La vigente Ley General de Sociedades, Ley N° 26887; en su Sección Segunda, regula la “Reorganización de Sociedades”, entendida como una nueva organización de una sociedad ya existente, o también como el restablecimiento del orden en una sociedad que ha caído en desorganización, previendo hasta tres modalidades a las que las Sociedades Mercantiles pueden optar en su beneficio; así su Título I está dedicado a la Reorganización, el Título II a la Fusión, y el último Título III, a la Escisión.

Por la Transformación, regulada del artículo 333 al 343, las Sociedades Mercantiles pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú; así como que, cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas en la Ley; que la transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica; asimismo, respecto a la responsabilidad de los socios refiere que los socios que en virtud de la nueva forma societaria adoptada asumen responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, responden en la misma forma por las deudas contraídas antes de la transformación.

De igual modo, que la transformación a una sociedad en que la responsabilidad de los socios es limitada, no afecta la responsabilidad ilimitada que corresponde a éstos por las deudas sociales contraídas antes de la transformación, salvo en el caso de aquellas deudas cuyo acreedor la acepte expresamente; y, que la transformación no modifica la participación porcentual de los socios en el capital de la sociedad, sin su consentimiento expreso, salvo los cambios que se produzcan como consecuencia del ejercicio del derecho de separación.

En relación a la Fusión, regulada del artículo 344 al 366 refiere que por ésta forma de reorganización dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los

requisitos prescritos en la Ley, pudiendo adoptar la forma de Fusión por Incorporación a través de la cual dos o más sociedades se unen para constituir una nueva sociedad incorporante, originando la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o, la Fusión por Absorción, a través de la cual una o más sociedades son absorbidas por otra sociedad existente, originando la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas.

La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas; en ambos casos, los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso.

Para el Autor Elías Laroza la Escisión, tercera modalidad de reorganización, que tiene como efecto económico la desconcentración, concentración y especialización empresarial; regulada desde el artículo 367 al 390, establece que una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más “bloques patrimoniales” para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por la ley; pudiendo adoptar alguna de las siguientes formas: la división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad escindida; o, La segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez.

La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente; en ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso.

Es con respecto a los alcances y la regulación de los bloques patrimoniales señalados en el artículo 369 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887; entendidos como “Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida”; “El conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida” o “Un Fondo Empresarial”, que versa nuestra investigación y en especial con éste último, con el “Fondo Empresarial”, debido a que en la misma Ley General de Sociedades ni en otro dispositivo legal existe una definición legal de lo que debe entenderse como Fondo Empresarial, situación que consideramos una deficiencia normativa necesaria de superar.

Es objeto de la escisión, ofrecer a la sociedad u empresa una alternativa de eficiencia en sus actividades económicas, desconcentrando sus actividades empresariales, separando, dividiendo o retirando parte o la totalidad de su patrimonio para transferirlo a otra u otras sociedades, pudiendo conservar un bloque patrimonial para seguir desarrollando su objeto social, sus actividades comerciales o bien también para realizar su extinción.

Es en el proyecto de la “Ley Marco del Empresariado”, no vigente, que se puede advertir un concepto esbozado de lo que ha de entenderse por fondo empresarial, refiriéndose como tal al “conjunto de bienes y derechos organizados por una o más personas naturales o jurídicas destinado a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios”, el mismo que a nuestro criterio no solo debe regularse en nuestro ordenamiento legal vigente, sino también extender sus alcances y comprender conceptos como a la clientela, imagen, prestigio u otros intangibles; puesto que ante la transferencia de un negocio rentable, no solo se transfiere un local, un menaje o un mobiliario, sino también la clientela cautiva, la imagen, el prestigio con el que cuenta; es justamente ésta parte de la realidad advertida por la investigadora que sustenta la investigación a fin de determinar una definición legal del Fondo Empresarial para lograr la eficiencia de la escisión y determinar si tal omisión reconduce erróneamente hacia una definición como la de los incisos 1 y 2 del artículo 369 de la Ley General de Sociedades, es decir a ser considerado como un activo o pasivo empresarial, o un conjunto de éstos.

En conclusión, la escisión es un instrumento de gran importancia en los procesos de reorganización de sociedades, que permite lograr objetivos económicos y societarios muy diversos y complejos para las personas naturales y jurídicas involucradas.

2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:

Habiendo revisado en las principales bibliotecas locales y algunas de la ciudad de Lima, no se ha evidenciado la existencia de investigaciones relacionadas al tema materia de la presente investigación.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.

Desde el punto de vista teórico, se justifica la presente investigación, ya que se plantea generar como reflexión y debate académico la necesidad de contar con una definición legal del Fondo Empresarial, bloque patrimonial considerado, regulado pero no definido en la vigente Ley General de Sociedades a efecto de viabilizar los beneficios que ofrece la escisión sea a las sociedades a que dicho bloque patrimonial ha sido traspasado o han sido absorbidos; proponiendo como profesionales del Derecho, respaldadas en las experiencias de Empresarios, Notarios Públicos y Abogados Especialistas en Derecho Comercial, las eventuales modificaciones legislativas, en procura de evitar la incorrecta reconducción del Fondo Empresarial hacia la definición como la de los incisos 1 y 2 del artículo 369 de la Ley General de Sociedades; esto es, ser considerado incorrectamente como un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida o el conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida; respectivamente.

4. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

¿Qué ocasionará la inexistencia de una definición legal de Fondo Empresarial en el ordenamiento jurídico nacional?

5. HIPÓTESIS:

La inexistencia de una definición legal de Fondo Empresarial, ocasionará su incorrecta reconducción hacia la definición como la de los incisos 1 y 2 del artículo 369 de la Ley General de Sociedades.

6. OBJETIVOS:

a) General:

Determinar qué ocasionará la inexistencia de una definición legal de Fondo Empresarial, en el ordenamiento jurídico nacional.

b) Específicos:

1. Analizar la normativa nacional societaria que regula a la Escisión
2. Analizar si es necesaria la existencia de una definición legal de Fondo Empresarial en nuestro ordenamiento legal.
3. Determinar el sustento por el que en la vigente Ley General de Sociedades se considera el Fondo Empresarial como un bloque patrimonial en la Escisión y del porqué no se regulo su definición y extensión.
5. Analizar sí en nuestra realidad económica resulta viable definir legalmente el Fondo Empresarial, en comparación con realidades económicas de otros países.

7. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es no experimental, por cuanto no existe manipulación activa de alguna variable, circunscribiéndonos a observar los fenómenos en su ambiente natural para después analizarlos.

7.1 Por su finalidad: Es básica, por cuanto está orientada a la obtención y recopilación de información agregando a la información existente.

7.2 Por su carácter: Es descriptiva, por cuanto tiene como objetivo central la descripción de fenómenos, empleando métodos descriptivos.

7.3 Por su naturaleza: Es cualitativa, por cuanto su finalidad es encontrar una teoría con la que se pueda probar, con razones convincentes, la efectividad de los datos.

El enfoque cualitativo utiliza la recolección de datos sin medición numérica, ya que las técnicas utilizadas en la investigación cualitativa es la observación no estructurada, así como la revisión de documentos.

8. MÉTODOS, TÉCNICAS, INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.

8.1 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Método es el conjunto de procedimientos que permiten abordar los problemas de investigación con el fin de lograr objetivos trazados. Los métodos empleados en la presente investigación fueron:

8.1.1 MÉTODO CIENTIFICO

La presente investigación ha sido desarrollada a través del método científico, comprendiéndose a éste como el conjunto de procedimientos destinados a verificar o refutar proposiciones referentes a hechos o estructuras de la naturaleza.

8.1.2 MÉTODOS LÓGICOS.

8.1.2.1 MÉTODO ANALÍTICO – SINTÉTICO.

Método utilizado en la presente investigación, al momento del procesamiento de la información recopilada a través de una variada documentación, en la primera etapa de la investigación, la que seleccionada, se especializó, determinó y precisó los puntos primordiales, teniendo a lo largo del proceso la hipótesis a comprobar; de igual manera se utilizó para analizar los resultados obtenidos en la presente investigación, y a su vez, al momento de elaborar los resultados, conclusiones, recomendaciones y resumen del presente trabajo de investigación.

A través del cual en la investigación se efectuó con un criterio pormenorizado y acucioso la obtención de toda la información requerida para enriquecer el marco teórico.

A través del cual en la investigación se efectuó a través de un criterio pormenorizado y acucioso que posibilita la obtención de toda la información requerida para enriquecer el marco teórico, permitiendo estudiar los antecedentes y la aplicación de la Escisión como forma de reorganización de una sociedad mercantil u empresa y dentro de ésta el contenido de los Bloques Patrimoniales.

8.1.2.2 MÉTODO HISTÓRICO.

Método utilizado al momento de realizar la búsqueda de antecedentes relacionados al tema de investigación, básicamente en trabajos de investigación previos que guarden relación con el tema.

Permite conocer e identificar los antecedentes de la institución jurídica de la Escisión y sus bloques patrimoniales que comprende.

8.1.2.3 MÉTODO INDUCTIVO – DEDUCTIVO.

Método usado en la recolección de información, así como en la elaboración del marco teórico al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular.

De igual modo, el método fue empleado en la elaboración de las conclusiones, para determinar de manera más precisa los resultados de todo el proceso de investigación.

8.1.3. MÉTODOS JURÍDICOS.

8.1.3.1 MÉTODO DOCTRINARIO.

Método empleado para seleccionar información con bases doctrinarias, seleccionando y extrayendo las diferentes posiciones y corrientes relacionadas al tema investigado, tanto de autores nacionales como extranjeros.

A través del cual en la investigación se obtuvo un análisis doctrinario de los fundamentos doctrinarios en que se sustenta la Escisión como forma de reorganización de sociedades mercantiles y de las empresas

8.1.3.2 MÉTODO INTERPRETATIVO.

Método empleado para lograr procesar, analizar y explicar lo prescrito por las normas comerciales, relacionados al tema materia de investigación.

8.2 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

8.2.1 ANÁLISIS DE DOCUMENTOS.

Técnica empleada para el análisis doctrinario de los diferentes libros doctrinarios relevantes sobre el tema materia de investigación, así como el análisis de la doctrina comparada, las que están relacionadas con el tema de investigación.

Permitió obtener y seleccionar los documentos necesarios en la investigación, recurriendo a la doctrina nacional y comparada.

8.2.2 OBSERVACIÓN.

Técnica empleada para observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis.

Permitió advertir los datos e incidencias de los asuntos propios de la investigación, permitiendo un acceso directo a los hechos que suceden en la realidad.

8.2.3 ACOPIO DOCUMENTAL.

Para obtener y seleccionar los documentos necesarios en la investigación, recurriendo a la doctrina nacional o comparada.

8.2.4 ENTREVISTA.

Técnica utilizada para obtener la información proporcionada por personas especializadas en la materia, como Empresarios, Notarios Públicos y Abogados Especialistas en Derecho Comercial.

En ésta técnica se utilizó el instrumento del dialogo, con ayuda de un cuestionario con base de preguntas.

8.2.5 EL FICHAJE.

Permite que la información recolectada u obtenida de datos sea incluida en fichas de registro y fichas bibliográficas

9. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

En la presente investigación se empleó el diseño descriptivo simple, donde **M** representa una muestra en el cual se va a realizar el estudio y **O** representa la información relevante

o de interés que recogemos de la mencionada muestra, debido a que se describe la variable, la detalla desarrollando aspectos conceptuales de las mismas, ello con la finalidad de describir los resultados de la presente investigación.

En relación y función de su naturaleza, nuestro de trabajo no busca controlar la variable sino, obtener información para resolver un problema previamente determinado.

Se puede esquematizar de la siguiente manera:



Dónde:

M = Muestra.

O = Información.

10. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.

Con la finalidad de recabar la información necesaria para el desarrollo de la investigación, se realizó las siguientes tácticas:

Primer paso: Se recurrió a las principales bibliotecas de la ciudad, como como la biblioteca central de la Universidad Privada Antenor Orrego, de la Universidad Nacional de Trujillo a fin de recabar la información materializada, comprendida por libros, artículos en la mayor cantidad posible sobre el tema materia de investigación, una vez localizada la información se procedió a su reproducción en copia fotostática.

Segundo paso: Contando con la información bibliográfica obtenida, procedimos a construir los instrumentos.

Tercer paso: Aplique las técnicas e instrumentos que permitieron obtener los resultados a fin de realizar la contrastación y comprobación de la hipótesis.

11. UNIDAD DE ANÁLISIS, POBLACIÓN Y MUESTRA.

En la presente investigación se analizó:

- Doctrina nacional.
- Legislación nacional.

Población y Muestra.

TÉCNICAS	UNIDAD DE ANÁLISIS	S.S.	POBLACIÓN	MUESTRA
ANÁLISIS DE CONTENIDO	Escrituras de Públicas de Escisión (2000 – 2015).	20	20	20
ENTREVISTAS	Notarios Públicos.	06	24	24
	Empresarios.	10		
	Abogados Especialistas en Derecho Comercial	08		
TOTAL			44	44

11.1. Tamaño de la Muestra.

Siendo que la población es reducida, la muestra abarcará a toda la población.

11.2. Selección de la Muestra.

La muestra de investigación es de característica Bietápico, al ser tanto probabilístico como no probabilística.

11.3. Requisitos de la Muestra.

Representativa: Debido a que el número de la muestra es idéntico a la población.

Confiable: Al ser válida y representativa. La muestra es confiable al ser la cantidad de unidades de análisis tomada para la muestra proporcional con el número de unidades de análisis tomadas para la población.

Válida: Al tener la muestra las mismas características que la población.

12. DISEÑO DE PROCESAMIENTO.

Respecto al procesamiento de los datos recabados en la investigación, procedimos de la manera siguiente:

Recogida la información acopiada, resultante de aplicar las técnicas de investigación a las unidades de análisis, definidas por el tamaño de la muestra, se procedió a ordenarlas empleando carpetas, las que permitieron desarrollar la tesis de manera organizada. Para luego depurar la información, empleando criterios selectivos que se reflejan en la presente investigación.

13. PRESENTACIÓN DE DATOS.

La presentación de la información recabada en el transcurso de la investigación, se revelan y presentan en 3 Capítulos, los mismos que forman parte de la tesis y son los siguientes:

Capítulo I: Conteniendo la Realidad problemática, Antecedentes del problema de investigación, Justificación de la realidad problemática, Enunciado del problema, Hipótesis, Objetivos, Tipo de investigación, Métodos, técnicas, instrumentos de investigación, Diseño de contrastación de la hipótesis, Tácticas de recolección de información, Unidad de análisis, población y muestra, Diseño de procesamiento, Presentación de datos y Justificación

Capítulo II: Marco Teórico: La reorganización de sociedades, La Transformación, La Fusión, La Escisión, El Fondo Empresarial.

Capítulo III: Presentación y Discusión de Resultados, Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía y Anexos.

14. JUSTIFICACIÓN

✓ Punto de vista Jurídico:

El tema materia de investigación constituye un problema para la Ciencia del Derecho, ante la falta de norma que conceptualice y regule el “Fondo Empresarial” en nuestro ordenamiento jurídico para efectivizar la institución legal de la Escisión que paradójicamente si está regulada en la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887.

Consideramos que, la no existencia de una definición legal de fondo empresarial en nuestro ordenamiento legal afectaría la eficacia de la alternativa jurídica para conseguir la reestructuración económica de la sociedad o empresa y alcanzar su desconcentración y especialización, no pudiendo distinguirse entre un activo y el fondo empresarial propiamente dicho que como lo señalamos puede estar referido al público, clientela, imagen u otros intangibles que muy bien pueden valorizarse y cuantificarse dentro de un bloque patrimonial y no ser en cierta manera, por falta de normas expresa que lo defina, que lo diferencie, reconduciendo indebidamente hacia una definición como la de los incisos 1 y 2 del artículo 369 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

SUB CAPITULO I

LA REORGANIZACIÓN DE SOCIEDADES

1. NATURALEZA JURÍDICA: 1.1. ALCANCE; 2. LA TRANSFORMACIÓN: 2.1. DEFINICIÓN, 2.2. PROCEDIMIENTO, 2.3. EFECTOS, 2.4 EFICIENCIA; 3. LA FUSIÓN: 3.1 ANTECEDENTES, 3.2 MODALIDADES, 3.3 CARACTERISTICAS, 3.4 PROCEDIMIENTO, 3.5 EFECTOS, 3.6 VENTAJAS, 3.7 EFICIENCIA, 3.8 ESTADISTICAS DE LA FUSIÓN REGISTRADAS EN LOS ÚLTIMOS 10 AÑOS A NIVEL LOCAL Y NACIONAL, 3.9 LA FUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA, 3.10 LA FUSIÓN COMO FORMA DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL; 4. LA ESCISIÓN: 4.1 ANTECEDENTES, 4.2 NATURALEZA JURÍDICA, 4.3 MODALIDADES, 4.4 EL BLOQUE PATRIMONIAL, 4.5 CARACTERISTICAS, 4.6 EL PROCEDIMEINTO DE ESCISIÓN, 4.7 EFECTOS, 4.8 VENTAJAS, 4.9 LA ESCISIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

LA REORGANIZACIÓN DE SOCIEDADES

1. NATURALEZA JURÍDICA.

1.1 Alcance.

Conforme lo señala el autor Enrique Elías: *“La Sección Segunda del Libro Cuarto de la Ley regula, en forma novedosa y moderna, el tema de la reorganización de las sociedades en particular y de las personas jurídicas en general; además de mejorar y modernizar la normativa que la anterior Ley regulaba solo a la transformación y fusión, contiene una regulación nueva y completa para las escisiones y, finalmente un capítulo adicional que se refiere a otras operaciones, que, no estando comprendidas tradicionalmente entre las tres anteriores, representan igualmente formas distintas de reorganización de las sociedades. Adicionalmente, la actual Ley no solamente contempla mecanismos de reorganización aplicables a todas las sociedades entre sí, sino también con los otros tipos de personas jurídicas, no societarios, existentes en la legislación peruana.*

Avanzando un paso más con respecto a las legislaciones más modernas, la nueva Ley engloba a todas las operaciones que implican reorganización societaria bajo ese título y las divide en cuatro capítulos: transformaciones, fusiones, escisiones y otras formas de reorganización. En ese último rubro se contemplan: (i) Las segregaciones patrimoniales simples, que no tienen categoría de escisión; (ii) Las operaciones combinadas de reorganización múltiple; (iii) Las operaciones simultáneas; (iv) Las reorganizaciones de sociedades constituidas en el extranjero; y (v) Las reorganizaciones de sucursales de sociedades constituidas en el extranjero.”

Reorganizar significa “organizar una cosa de manera distinta y de forma que resulte más eficaz”. Es un término que comprende a la integridad de las operaciones societarias que se refiere a la adopción de organizaciones integrales y muchas veces múltiples, que resulten más eficaces, y no solamente a cambios de estructura, de forma, de especie, de modelo o de sustancia. Son mutaciones que comprenden todo ello y no solamente uno o más de esos aspectos.

2. LA TRANSFORMACIÓN.

2.1 Definición.

La transformación es un fenómeno jurídico por medio del cual una Sociedad Mercantil cambia su estructura originaria por otra de las reconocidas por la legislación, conservando su personalidad jurídica inicial.

La transformación no implica la desaparición de la sociedad, sino, simplemente el cambio de naturaleza jurídica de un tipo de sociedad a otro, con los nuevos derechos y obligaciones que de tal cambio se deriven.

Como ya se ha explicado la transformación está igualmente legislada como la fusión de sociedades. Puede afirmarse que para el legislador, los intereses de terceros son fundamentales, tanto en la fusión, como en cuanto en la transformación.

Esto es explicable si se toma en consideración que ambas situaciones pueden implicar un cambio en la estructura jurídica que afecte la garantía y posibilidades de recuperación de los saldos a favor de los acreedores.

En otro terreno, como el financiero, las transformaciones son aconsejables cuando cierto tipo de sociedad no responde a los intereses de los propios socios, u ofrece limitaciones de expansión económica al negocio. Las necesidades de financiamiento a través de emisión de obligaciones y acciones amortizables, así como la posible colocación de acciones entre el público, son algunas de las causas financieras que aconsejan la transformación de sociedades de personas o mixtas en sociedades de capital.

Para Antonio Brunetti quien, citando a Berto, refiere respecto al proceso de transformación de las sociedades: *“La transformación consiste en el sucesivo cambio jurídico realizado en la esfera de las relaciones que han sido objeto de un determinado tipo negocial por el que, por voluntad del sujeto, se vienen a establecer un conjunto de relaciones de naturaleza distinta, que pueden ser de modificación, extinción y constitución, manteniéndose, no obstante, la situación jurídica final de la misma especie que la inicial”*.

Es de indicar que los artículo 334 al 343 de la actual Ley General de Sociedades, contemplan disposiciones sobre temas que van más allá de una modificación estatutaria y que son los siguientes: a) Las transformaciones que originan cambios en la responsabilidad de los socios, b) La situación en que quedan las participaciones y derechos de los socios, c) Los requisitos y formalidades especiales del acuerdo de transformación, d) El derecho de separación de los socios, e) Los requisitos especiales del balance y de la escritura pública de transformación, f) La fecha de entrada en vigencia de la transformación, g) La transformación de sociedades en liquidación y, h) La nulidad de un proceso de transformación inscrito en el registro.

2.2 Procedimiento

- Aprobación: La transformación debe ser aprobada por el órgano social que es competente para autorizar la modificación del pacto social y el estatuto de la persona jurídica.
- Publicación.- luego de su aprobación, el acuerdo de transformación se deberá publicada por tres veces, con cinco días de intervalo entre cada aviso.
- Derecho de Separación: El acuerdo de transformación da lugar al derecho de separación de los accionistas.
- Balance de transformación: La sociedad deberá preparar un balance de transformación al día anterior de la fecha de la escritura pública, el cual deberá ser puesto a disposición de los accionistas y de los terceros interesados.
- Entrada en vigencia: La transformación entrará en vigencia al día siguiente del otorgamiento de la escritura pública, sujeto a que la misma quede inscrita en la partida de la sociedad del Registro de Personas Jurídicas de los Registro Públicos.
- Pretensión de nulidad: Cualquier persona con legítimo interés puede interponer una demanda de nulidad del acuerdo de transformación contra la sociedad dentro de los seis meses siguientes a la fecha de inscripción del acuerdo de transformación en los Registros Públicos.

2.3 Efectos.

Toda transformación de una persona jurídica al tiempo de representar una forma de reorganización, conlleva una variación de importancia en la organización societaria.

Dentro de los efectos a considerar, estas se refieren a las relaciones entre los socios o entre las sociedad y terceros, en la responsabilidad de los socios, de igual forma en la administración social y en las distintas variables de su estructura.

Dentro de los puntos y efectos más significativos tenemos:

- Las transformaciones que conllevan a cambios en la responsabilidad de los socios.
- El estado en que quedan las participaciones y derechos de los socios.
- Los requisitos y formalidades especiales del acuerdo de transformación.
- El derecho de separación de los socios.
- Los requisitos especiales del balance y de la escritura pública de transformación.
- La transformación de sociedades en liquidación.
- La fecha de entrada en vigencia de la transformación.
- La nulidad del proceso de transformación inscrito en el registro.

2.4 Eficiencia.

De conformidad al artículo 333 de la Ley General de Sociedades: *"Las sociedades reguladas por esta ley pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú. Cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por esta ley. La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica"*.

Además que, el acuerdo de transformación se publica por tres veces, con cinco días de intervalo entre cada aviso.

3. LA FUSIÓN.

3.1 Antecedentes:

Cuando en 1904, Alfonso XIII inauguró la Caja de Pensiones para la Vejez, ninguno de los asistentes podía suponer que aquel acontecimiento era la cuna de una Institución popular que llegaría a ser en 15 años la primera entidad de ahorros de España.

Pero tampoco nadie hizo mención a un detalle singular: en el proceso complejo, largo y costoso que la Comisión Organizadora de la Caja de Pensiones tuvo que desarrollar en 1903, se hizo patente la imposibilidad de continuar luchando para la fundación de aquella caja de retiros para obreros sin un capital Idóneo. Ferrer-Vidal y Moragas i Barret, en un momento dado, consideraron la posibilidad de traspasar el proyecto -que venía discutiéndose desde 1902, cuando Moragas lo presentó- a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona, y así lo hicieron saber a sus dirigentes, que optaron entonces por declinar la oferta, "debido a las muchas dificultades en el modo como venía propuesto".

Aquel precedente sin duda originó un distanciamiento entre las dos instituciones privadas que las llevaría por caminos distintos que, 85 años después se han vuelto a unir.

3.2 Modalidades

La fusión se presenta de dos modalidades, se trata de las formas clásicas señaladas por la doctrina y sancionadas por el derecho comparado:

3.2.1 Fusión por Absorción.

Es la más usual en la práctica. Consiste en que una absorbe a la otra, generando la extinción de la sociedad absorbida.

El traspaso del patrimonio de la sociedad absorbida se realiza en bloques y a título universal. Cada una es un conjunto integral y único de activos y pasivos.

La fusión por absorción considera: (i) La absorción por parte de una sociedad (absorbente) de los patrimonios integrantes de otra u otras sociedades (absorbidas), con el fin de formar uno sólo; (ii) La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas; (iii) El traspaso de los patrimonios de la sociedad o sociedades absorbidas se

realiza en bloque y a título universal, pues cada uno es un conjunto integral y único de activos y pasivos; y, (iv) Los socios o accionistas de las sociedades absorbidas reciben, a cambio de las que tenían en éstas, acciones o participaciones de la sociedad absorbente, salvo casos de excepción.

3.2.2 Fusión por Incorporación.

Consiste en la unión de los patrimonios integrales de dos o más sociedades.

Con el objeto de formar uno solo; la transmisión de los patrimonios se realiza para constituir o incorporar, una nueva sociedad, que los recibe; se extingue la personalidad jurídica de todas las sociedades incorporadas; el traspaso de los patrimonios de las sociedades que se extinguen se realizan en bloques, a título universal, pues cada una es un conjunto integrado y único de activos y pasivos.

La fusión por incorporación consiste en: (i) La reunión de los patrimonios integrales de dos o más sociedades, con el objeto de formar uno sólo; (ii) La transmisión de los patrimonios se realiza para constituir, o incorporar, una nueva sociedad, que los recibe; (iii) Se extingue la personalidad jurídica de todas las sociedades incorporadas; (iv) El traspaso de los patrimonios de las sociedades que se extinguen se realiza en bloque, a título universal, pues cada uno es un conjunto integral y único de activos y pasivos; y, (v) Los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben, a cambio de las que tenían en éstas, acciones o participaciones de la nueva sociedad incorporante, salvo casos de excepción.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso.

3.3 Características.

Aunque tenga dos formas de ejecución, la fusión es una operación que tiene una única esencia, y como mecanismo complejo presenta las siguientes características:

- a) La transmisión en bloque y a título universal, de los patrimonios de las personas jurídicas que se extinguen.
- b) La creación, como resultado de cualquier fusión, de un organismo social que, en su conjunto resultante, es enteramente nuevos, como forma acabada del vínculo entre las sociedades que participan en la fusión.
- c) La extinción de la personalidad jurídica (y no la disolución sin liquidación), de las sociedades absorbidas o incorporadas.
- d) La compenetración o agrupación de los socios y de las relaciones jurídicas de todas las sociedades que participan en la fusión, salvo excepciones.
- e) La variación de la cifra del capital de la sociedad absorbente o incorporante, salvo excepciones.

3.4 Procedimiento.

La fusión se acuerda con los requisitos establecidos por la ley y el estatuto de las sociedades participantes para la modificación de su pacto social y estatuto.

No se requiere acordar la disolución y no se liquida la sociedad y sociedades que una se extingue por la fusión.

El activo y pasivo de estas sociedades se traslada en bloque a la sociedad absorbente o incorporante, según sea el caso.

3.5 Efectos

En la responsabilidad de los socios, es aplicable a la fusión cuando origine cambio en la responsabilidad de los socios o accionistas de alguna de las sociedades participantes los socios de la nueva forma societaria adoptada asumen responsabilidad ilimitada por las deudas sociales responden en la misma forma por las deudas contraídas antes de la fusión.

En la declaración de nulidad; la declaración de nulidad no afecta la validez de las obligaciones nacidas después de la fecha de entrada en vigencia la Fusión.

Todas las sociedades que participaron en la Fusión son solidariamente responsables de tales obligaciones frente a los acreedores.

3.6 Ventajas:

- Disminución considerable de los gastos de operación y/o producción, al reducirse el personal.
- Cese de la rivalidad y la competencia, leal o desleal, que les impide un mayor poder económico y la realización de mayores beneficios.
- Mayor rentabilidad, porque los instrumentos de producción son más convenientemente utilizados cuando son manejados bajo una gestión única o se encuentran concentrados en un mismo espacio, reduciéndose consecuentemente los costos.
- La Sociedad absorbente se convierte en una sociedad más sólida, con disfrute de mayor crédito comercial.
- Garantiza una administración más metódica y una fiscalización más centralizada.

3.7 Eficiencia.

Las fusiones y adquisiciones de empresas en el Perú generan transacciones hasta por 10,000 millones de dólares al año por el crecimiento económico y el mayor flujo de inversiones, señaló hoy Activas Partners, empresa de servicios de consultoría en negocios, finanzas corporativas y gestión de inversiones. (Andina).

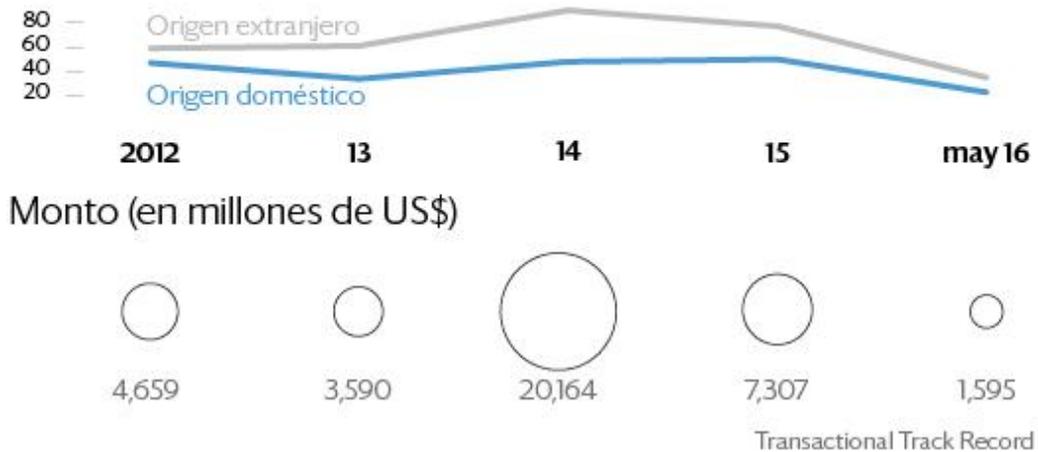
3.8 Estadísticas de las fusiones registradas en los últimos 10 años, a nivel local y nacional.

Aumentan las operaciones de M&A en el país por la mayor participación de extranjeros y de sectores vinculados a la demanda interna.

Las transacciones de extranjeros vienen sosteniendo el crecimiento del mercado de M&A peruano. A mayo se registran 58 operaciones, por US\$1,595 millones, y los extranjeros participaron en 35 de ellas (ver gráfico). “El Perú sigue siendo un receptor de inversionistas”, dice Daniel Hernández, analista de la consultora española TTR. Los inversionistas de Chile, Estados Unidos y México sumaron nueve transacciones, agrega.

Evolución del número y monto de las transacciones

En número de transacciones



Ante la creciente clase media que demanda infraestructura y servicios —no cubiertos por la oferta local—, varias empresas buscan socios estratégicos para financiar expansiones, explica Inés Baca, socia del estudio EcheCopar.

Por ello los sectores con exposición a la demanda interna, como los de alimentos y servicios, registraron más operaciones. En el sector de alimentos se realizaron 14 operaciones. Por ejemplo, la estadounidense Vanguard Group y el fondo Blue Road Capital compraron indirectamente el 100% de Agrícola Challa pampa y de Corporación Agrícola Milagritos. En el rubro de servicios, el private equity L Catterton adquirió una participación minoritaria de Bodytech por US\$ 42 millones, y en abril Inversiones Centenario y el grupo salvadoreño Agrisal acordaron una asociación por S/.166 millones para construir y operar cinco hoteles Holiday Inn Express.

En minería se realizaron siete transacciones. Ante los menores ingresos por la caída de los precios de los metales, algunas empresas vendieron activos no estratégicos para reducir su endeudamiento, comenta Borja Díaz, gerente sénior de asesoría financiera de Deloitte.

“Las mineras apuntarán a la transferencia de participaciones minoritarias, pues los inversionistas no están tan dispuestos a ingresar a operaciones de exploración, que tienen períodos de recuperación largos”, añade Baca.

En abril Votorantim aumentó de 60% a 80% su participación en Milpo por S/.577 millones.

En el segundo semestre del 2016, el número de operaciones subiría, y la venta de los activos de China Fishery y de Odebrecht tendrá un impacto importante.

3.9 La fusión en la legislación comparada.

La fusión es una de las instituciones más importantes del derecho societario, por lo cual conviene en esta sede realizar el correspondiente estudio y debemos precisar que se encuentra regulada en Argentina, España, México, Perú, entre otros estados.

3.10 La fusión como forma de concentración empresarial.

Como refiere el Enrique Elías Laroza; *“La concentración empresarial es uno de los fenómenos económicos más importantes del siglo XX, aunque tiene antecedentes de gran envergadura en el siglo anterior. Por múltiples razones, algunas veces hasta contradictorias entre sí, las empresas procuran lograr una concentración de capitales, organizaciones, tecnologías, esfuerzos y socios que les permita conseguir estructuras más adecuadas a sus necesidades de desarrollo o que las hagan más aptas para responder al reto de la competencia o para mejorar su posición en el mercado. La fusión es quizás la forma más completa creada por el derecho para contribuir a la consecución de las concentraciones empresariales.*

La fusión no es el único método de lograr la concentración de empresas. Existen otros mecanismos que conducen al mismo resultado (y que algunos autores califican como “fusiones impropias”), siendo los principales, los siguientes:

- a) La formación, por parte de un grupo afín de socios, de una sociedad “holding” (o sociedad inversora en acciones o participaciones societarias) que adquiere el control de dos o más sociedades existentes, con lo que estas últimas pasan a formar una unidad, con la misma dirección y administración.*
- b) La tenencia, por parte de un mismo grupo de socios, de acciones o participaciones de diversas sociedades, en cantidad suficiente para controlarlas a todas, en forma tal de conseguir darles también una dirección y administración únicas.*
- c) Cualquier otra forma de “unión de sociedades” o “grupos empresariales” en los cuales, mediante la adquisición del control, directo o indirecto, de todas las*

sociedades integrantes, por parte de un mismo grupo dominante, se logre la toma uniforme de las decisiones por parte de este último.

- d) La transmisión global de todo el activo y el pasivo de una sociedad a otra, quedando la primera como dueña de acciones de la segunda, o adjudicándolas a sus accionistas por venta, reducción de capital o disolución y liquidación. Estas son formas similares a la fusión, aun cuando difieren en que la sociedad transferente mantiene su personalidad jurídica independiente, después del traspaso.*
- e) La creación de una sociedad-gerente, común a un grupo de sociedades, que controla la dirección y administración de las mismas.*
- f) En algunos casos, ciertas escisiones de sociedades, que implican concentración de actividades empresarial.*

La fusión no es el único método para la concentración empresarial, sin embargo es uno que tiene sus propios móviles y ventajas; así Antonio Brunetti, refiere: *“Económicamente, la fusión sirve para impulsar el fenómeno beneficioso de la concentración de las empresas, o, para decirlo mejor, es una de las formas que sirven para realizar las concentraciones. De la reunión de varias empresas en una sólo se deriva una mayor unidad de dirección, mayor solidaridad patrimonial y un más intenso ritmo productivo. La concentración – escribe Mossa – tiene múltiples ventajas económicas y sociales que, una no breve experiencia, ha demostrado. En la primera floración tumultuosa de las anónimas ha servido para frenar los abusos de la competencia y los escándalos que hicieron famosos los engaños del burgués accionista. Ha servido para mejorar la fama de la sociedad anónima y reforzar la confianza del capital. En el período agudo del capitalismo ha jugado su papel frente a las formas de concentración y de cártel. Se ha afianzado sobre todo en las industrias de seguros y de navegación. Disciplina naturalmente la competencia, unifica gastos, asegura el conocimiento perfecto de las condiciones económicas y aquella unidad de mando que es la piedra angular de las grandes empresas”.*

La doctrina señala objetivos que se logran en forma mejor a través de las fusiones que mediante las otras formas de concentración empresarial como:

- a) El objetivo de reducción de costos se logra de manera más acabada a través de un proceso de fusión, que permite la eliminación total de las estructuras jurídicas de varias sociedades y la subsistencia de una sola. Lo mismo puede decirse con respecto a un mejor funcionamiento de los procesos productivos y societarios, a través de una sola estructura de órganos sociales, de toma de decisiones y de unidad de mando.
- b) Se elimina el problema de los sistemas de garantías mutuas, siempre costosos, que son indispensables en los grupos de sociedades o en el manejo a través de holdings.
- c) Se elimina la necesidad de invertir ingentes recursos propios en la adquisición directa de acciones o participaciones, necesarias para adquirir el control societario en las concentraciones en que subsiste la independencia de las personas jurídicas.
- d) En la sociedad fusionada no se producen las incompatibilidades y conflictos propios de los miembros de los órganos sociales de las distintas sociedades de un grupo.
- e) Con la fusión, al desaparecer la diversidad de las personas jurídicas, se evitan problemas de incumplimiento formal de las disposiciones de libre competencia. Sin embargo, las fusiones tienen su propio tendón de Aquiles, que es su extrema dependencia del problema fiscal que, en muchos casos, determina hasta la imposibilidad económica de su realización.

4. LA ESCISIÓN.

4.1 Antecedentes.

Conforme lo refiere el autor Enrique Elías Laroza: *“El origen de las escisiones no es siempre el resultado de una previa concentración empresarial, que exige una posterior desconcentración o reorganización. La escisión es una operación compleja, cuyos motivos son múltiples y cuyos objetivos son, también, de una gran variedad. Puede provenir igualmente de una necesidad de concentrar empresas, de separar grupos económicos o de conseguir objetivos de racionalización o especialización.*

La escisión es una institución jurídica de reciente aparición en el derecho societario.

Su primer antecedente legal, fue en la Ley de Sociedades de Francia de 1966. Pero, como ha ocurrido en casi todas las legislaciones, inclusive ese caso, precursor de la regulación societaria francesa, fue antecedido por otras normas de carácter fiscal sobre escisiones.

En efecto a partir de la década de los cuarenta y de los cincuenta, el legislador francés, por razones económicas, fue extendiendo las ventajas tributarias que existían para las fusiones en favor de ciertas operaciones de división o desmembración de empresas, lo que hizo cada vez más necesaria la dación de una normativa estrictamente societaria de las escisiones, proceso que culminó en la citada Ley de 1966”.

El mismo autor; refiere que por su parte Justino F. Duque Domínguez, señala: *“Los procesos de escisión o división de sociedades, surgidos en la práctica del derecho de la reestructuración de empresas en el derecho francés, se remontan a los años 1949 y 1952”.*

Los primeros antecedentes legislativos sobre la escisión no han sido de carácter societario. En los distintos países donde la escisión tiene una regulación legal de derecho societario ella ha sido casi siempre precedida por alguna norma fiscal vinculada al régimen tributario de las fusiones, escisiones o divisiones de sociedades. Este fenómeno ha ocurrido también en nuestro país.

En la anterior Ley General de Sociedades no existieron normas sobre la escisión. Sin embargo, antes de la actual Ley sí encontramos en nuestra legislación normas tributarias que regularon los efectos fiscales de las escisiones.

4.2 Naturaleza Jurídica.

La naturaleza jurídica de la escisión también ha sido materia de una interesante evolución en la doctrina. La primera corriente consideró que se trataba de un instituto que pertenecía al grupo de las fusiones, o, si se requiere, el fenómeno exactamente inverso o contrario a la fusión.

Tratadistas como Justino F. Duque Domínguez han sostenido que la escisión no es otra cosa que una operación inversa de la fusión o una fusión al revés. En tal sentido, el citado autor considera que la escisión debe ser clasificada como un cambio fundamental en la sociedad, que entra en la categoría de las modificaciones de estatutos.

Por su parte José Sánchez Olivan, comentando la escisión total, señala las razones por las cuales hay diferencias entre la fusión y escisión, pero no las suficientes para negar radicalmente su naturaleza de operaciones similares e inversas: *“Puede apreciarse que, en líneas generales, se trata de una operación inversa a la fusión; así como en ésta, mediando la extinción de una o de todas las sociedades afectadas, se producía la integración en bloque de sus patrimonios y además normalmente la agrupación de todos los socios en una sola entidad, en la escisión total se extingue una sociedad cuyo patrimonio se disgrega en partes que se atribuyen en bloque, bien a sociedades de nueva creación, bien preexistentes. En estos dos aspectos de la escisión su carácter de operación opuesta a la fusión queda perfectamente marcado, aunque luego las distintas posibilidades que ofrece en la escisión la incorporación de socios a las sociedades beneficiarias permita matizar el carácter antitético entre fusión y escisión, pero no negarlo radicalmente”*.

Estas posiciones originales han sido superadas por la doctrina, pues pocos dudan, hoy en día, de las profundas diferencias que existen entre una operación de escisión y una modificación de estatutos o una fusión de sociedades.

Modernamente, al igual que en la fusión, la doctrina debate si la escisión es un contrato entre las sociedades participantes (tesis contractualista) y los que consideran que es un acto especial y complejo de naturaleza corporativa (tesis de la decisión corporativa).

La tesis contractualista sostiene, en resumen, que la escisión es sustancialmente un contrato entre sociedades, que tiene por objeto acordar la transferencia de porciones

patrimoniales de unas sociedades a otras, asignando a los socios de las escidentes las acciones o participaciones que puedan generarse en las beneficiarias. La tesis contractualista emana del principio de que la sociedad misma es un contrato.

4.3 Modalidades.

Los artículos 367 y 368 de la Ley General de Sociedades, establecen el concepto, las formas y las características esenciales respecto a las operaciones de escisión. Tales normas culminan una extensa polémica sobre lo que, en concepto de la doctrina, podría ser considerado o no como una escisión; siendo la escisión una figura jurídica de reciente regulación legislativa es un instituto en plena evolución.

Constituye un acierto de la actual Ley General de Sociedades establecer opciones legislativas que se adecuan a las necesidades prácticas del quehacer societario.

En concordancia con las tendencias más modernas, nuestra legislación no utiliza los términos de “división” o “desmembramiento”; si nos atenemos al significado en castellano del término “escisión”, vemos que es el de “rompimiento, desavenencia, extirpación, rotura en porciones”. El de “escindir” es “cortar, dividir, separar”. En consecuencia, escisión tiene un significado más genérico, que engloba los de dividir, desmembrar o separar. Es cada una de esas cosas, pero también es todo ello. La escisión se realiza siempre mediante división o desmembramiento (en ambos casos, de patrimonios) pero es mucho más que dividir o desmembrar patrimonios.

a) Escisión Propia o Total.- Esta forma de escisión, está regulada en el primer inciso del artículo 367 de la Ley General de Sociedades y conlleva la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad escidente; de ahí su denominación de “total”.

La totalidad del patrimonio de la sociedad escidente se fracciona o divide en dos o más bloques patrimoniales que, todos ellos, se transfieren a favor de otras sociedades, beneficiarias de la escisión.

La personalidad jurídica de la sociedad escidente se extingue como resultado de la escisión. Las sociedades que reciben los bloques patrimoniales pueden ser sociedades nuevas, sociedades existentes o ambas cosas a la vez.

Si la sociedad receptora de un bloque patrimonial es nueva, su capital social tendrá un monto igual al valor neto adjudicado al bloque patrimonial que recibe y emitirá acciones o participaciones por ese importe, aplicándose la relación de canje acordado. Nada impide que, simultáneamente, esa sociedad nueva reciba aportes de otros socios, si fuese el caso.

Si la sociedad receptora de un bloque patrimonial es preexistente, aumentara su capital social por una cifra igual al valor neto adjudicado al bloque patrimonial que recibe y emitirá acciones o participaciones por ese importe aplicándose la relación de canje acordado. Nada impide que dicha sociedad reciba simultáneamente aportes de otros socios, si fuese el caso.

Las acciones o participaciones que emite la sociedad nueva o la sociedad preexistente, en su caso, se entregan a los socios de la sociedad escidente, en la misma proporción que éstos tenían en el capital de esta última, salvo pacto en contrario que establezca otras proporciones en cada sociedad beneficiaria. El pacto puede, inclusive, disponer que uno o más socios reciban acciones o participaciones de una o más de las sociedades beneficiarias, permitiendo así el reagrupamiento de socios en estas últimas.

Cuando las sociedades que escinden son dos o más (o sea en el caso de escisiones múltiples), nada impide que las distintas sociedades beneficiarias de la escisión, sean nuevas o preexistentes, reciban dos o más bloques patrimoniales, provenientes de distintas sociedades escidentes, fuera de otros aportes, si ello es materia de pacto. Además, en la misma operación múltiple, las propias sociedades beneficiarias preexistentes pueden, a su vez, escindir.

b) Escisión impropia o parcial.- Esta segunda forma de escisión se encuentra regulado en el segundo inciso del artículo 367 de la Ley General de Sociedades y es “parcial” porque la sociedad escidente no se extingue y mantiene en su poder una de las porciones patrimoniales en que se fracciona la escidente.

Se denomina impropia en razón que no cumple con uno de los caracteres que se consideraba en el pasado como esencial en una escisión: La extinción de la sociedad escidente.

La totalidad del patrimonio de la sociedad escidente se fracciona en dos o más bloques patrimoniales, uno de los cuales queda en poder de la escidente, la que de esta manera no se extingue y conserva su personalidad jurídica; los demás bloques patrimoniales se transfieren a otra u otras sociedades beneficiarias de la escisión con el correspondiente ajuste del capital de la sociedad escidente.

Las sociedades que reciben los bloques patrimoniales pueden ser, nuevas, preexistentes o ambas cosas a la vez.

En caso la sociedad receptora de un bloque patrimonial es nueva, su capital social tendrá un monto igual al valor neto adjudicado al bloque patrimonial que recibe y emitirá acciones o participaciones por ese importe, aplicándose la relación de canje acordada; en el caso la sociedad receptora de un bloque patrimonial es preexistente su capital social aumentara por una cifra igual al valor neto adjudicado al bloque patrimonial que recibe y emitirá acciones o participaciones por ese importe, aplicándose la relación de canje acordada. Nada impide que dicha sociedad reciba simultáneamente aportes de otros socios, si fuese el caso.

Las acciones o participaciones que emite la sociedad nueva o la sociedad preexistente, en su caso, se entregan a los socios de la sociedad escidente, en la misma proporción que éstos tenían en el capital de esta última, salvo pacto en contrario que establezca otras proporciones en cada sociedad beneficiaria. El pacto puede, inclusive, disponer que uno o más socios no reciban acciones o participaciones de una o más de las sociedades beneficiarias, permitiendo así el reagrupamiento de socios en estas últimas.

4.4 El Bloque Patrimonial.

Conforme lo refiere Enrique Elías Laroza, el artículo 369 de la Ley General de Sociedades, culmina la definición de las principales características de la escisión estableciendo el concepto de “bloques patrimoniales”, en forma práctica y novedosa.

Para los efectos de la Ley General de Sociedades, 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,
3. Un fondo empresarial.

A decir del referido autor, estas definiciones son objetivas y simples, evitan cualquier duda en cuanto a su aplicación; la doctrina en los debates producidos durante el período evolutivo del instituto de la escisión, exigió, en no pocos casos, que un bloque patrimonial susceptible de ser denominado como tal, en una escisión, debía cumplir con el requisito de ser una “unidad económica” o una “unidad empresarial”.

En algunas oportunidades, como en la Ley de Sociedades de España del año 1989, esta exigencia ha sido recogida como norma. El artículo 253 de la misma exige que, en la escisión parcial, el bloque patrimonial que se segregue debe constituir una “unidad económica”.

4.5 Características.

La escisión, es una operación de caracteres complejos, aún mayor que los de la fusión. Los mecanismos de la escisión, de esencia eminentemente societaria, tienen caracteres propios que los individualizan y distinguen de los de cualquier otro acto estructural de la persona jurídica.

La escisión presenta las siguientes características:

- a) La transmisión de patrimonios en bloque, de las sociedades escidentes a las beneficiarias, bajo la forma de “bloques patrimoniales”, lo que no significa sucesión a título universal con respecto a éstos últimos.
- b) La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad escidente, en la escisión total o propia, sin que ello importe disolución ni liquidación de la misma.

- c) La subsistencia de la persona jurídica escidente, en la escisión parcial o impropia, con el consiguiente ajuste de su capital, salvo en casos de excepción.
- d) La formación del capital social de las sociedades beneficiarias de la escisión, cuando se trata de sociedades nuevas. Y el aumento de capital de las sociedades beneficiarias preexistentes, con excepciones.
- e) La entrega de las acciones o participaciones que sean emitidas por las sociedades beneficiarias.

4.6 El procedimiento de Escisión.

El procedimiento a seguir para la aplicación de esta forma de reorganización, se encuentra detallado en quince artículos de la Ley, así tenemos:

4.6.1. Aprobación del proyecto por el Directorio. Según el artículo 371 de la Ley General de Sociedades, el proyecto de escisión debe ser aprobado por el directorio de cada una de las sociedades mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros.

Así mismo, para el caso de las sociedades que no tengan directorio, el proyecto de fusión será aprobado por la mayoría absoluta de las personas encargadas de la administración de la sociedad.

4.6.2. Abstención de realizar actos significativos.

Una vez aprobado el proyecto de escisión por sus administradores, se pone en marcha el procedimiento legal de escisión, naciendo la obligación de abstenerse a la realización de cualquier acto o contrato (por parte de las sociedades participantes), que pueda comprometer la aprobación del proyecto o alterar significativamente la relación de canje según lo señala el artículo 373 de nuestra Ley General de Sociedades.

4.6.3. Convocatoria. El Directorio o de ser el caso sus administradores, están obligados a convocar a Junta o Asamblea de socios para cuya consideración será sometido el proyecto de escisión (artículo 374 de la Ley General de Sociedades).

La convocatoria debe hacerse mediante aviso publicado con no menos de 10 días de anticipación a la fecha de celebración de la junta o asamblea.

De no ser tratado y aprobado en las Juntas Generales o Asambleas de las sociedades participantes, dentro de los plazos previstos, se extinguirá de pleno derecho, así como también perderá vigencia, si en defecto del plazo previsto por las partes, transcurren tres meses desde que fue acordado por el Directorio.

4.6.4. Acuerdo de escisión. La Junta General o Asamblea de cada sociedad participante debe aprobar el proyecto de escisión, en todo aquello que no sea expresamente modificado por todas ellas, fijándose entre todas las sociedades, una fecha común de entrada en vigencia de la escisión (artículo 376 de la Ley General de Sociedades).

A su vez, si existieran variaciones significativas en el patrimonio de las sociedades participantes, desde la fecha en que se estableció la relación de canje en el proyecto de escisión, los administradores o directores están en la obligación de comunicarlo a la sociedad antes de la toma del acuerdo.

4.6.5. Publicación de los acuerdos. El artículo 380 de la Ley General de Sociedades, señala que cada uno de los acuerdos de escisión se publican durante tres veces con intervalo de cinco días entre cada aviso.

Así mismo, deja a la libre opción de las sociedades participantes, decidir si se publican los acuerdos en forma independiente o conjunta.

4.6.6. Derecho de separación. La Ley General de Sociedades, en su artículo 385 recoge el derecho de separación que tienen sus socios para el caso de escisión de sociedades.

Siendo así, el socio que desee ejercer su derecho de separación, deberá hacerlo dentro de los diez días contados a partir del día siguiente al último aviso de publicación del acuerdo de escisión, siguiendo lo establecido por el artículo 200, debiendo además, plantearlo ante la sociedad escindida de la cual es socio o accionista.

Cabe resaltar, que la aplicación de este derecho no libera al socio de la responsabilidad personal que le corresponda por las obligaciones sociales contraídas antes de la toma del acuerdo de escisión.

4.6.7. Balances. Todas las sociedades participantes en el proyecto de escisión formularán según el artículo 379 de la Ley General de Sociedades, un balance de su situación al día anterior de la fecha de entrada en vigencia de la escisión.

Por su parte, la sociedad incorporante debe formular un balance de apertura al día de entrada en vigencia del acuerdo.

Ahora bien, existirá un plazo máximo para la formulación de todos estos balances y es dentro de los treinta días, contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la escisión. No haciéndose necesaria, su inserción en la escritura pública.

Finalmente, el directorio, gerente o en su defecto, el órgano de administración correspondiente, deberá aprobar los balances de su sociedad, colocándolos en su domicilio social, a disposición de los socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, por no menos de sesenta días, computados a partir del vencimiento de los treinta días que existen para su formulación.

4.6.8. Escritura pública de escisión. Según el artículo 381 de la Ley General de Sociedades, la escritura pública de escisión es obligatoria, debiendo otorgarse una vez vencido el plazo de treinta días contado a partir de la fecha de la publicación del último aviso del acuerdo de escisión.

Sin embargo, de existir un derecho de oposición planteado y notificado ante la sociedad, la escritura pública, quedará supeditada al levantamiento de la suspensión o conclusión del proceso donde se declare infundada la oposición.

4.7 Efectos.

La escisión constituye un proceso inverso o diferente al de la Fusión, pues en aquella agrupa patrimonio y socios, extinguiéndose la personalidad jurídica de todas las sociedades participante, en tanto que la escisión, las sociedades escidentes distribuyen sus patrimonios entre otras personas, y generalmente separan el grupo original de socios.

La fusión implica una concentración de empresas. Pero debemos entender que la escisión es un acto que conlleva la desmembración del patrimonio de las sociedades escidentes.

Pero a diferencia de la fusión que conlleva su término en el acto mismo de la consolidación de los patrimonios; en la escisión, el destino de los distintos bloques patrimoniales que se apartan de la sociedad escidente, pues dichos bloques pueden ser asignados a personas jurídicas recién constituidas o a otras ya existentes.

Además, en la escisión la sociedad escidente puede extinguirse o subsistir; y esta última posibilidad, también puede recibir bloques patrimoniales de otra u otras sociedades, cuando la escisión tiene carácter múltiple.

De lo expresado, se concluye que la escisión es un instrumento de gran importancia en el proceso de reorganización de sociedades que permite lograr objetivos económicos y societarios muy diversos para las personas naturales o jurídicas que participan.

4.8 Ventajas.

- Creación de nuevas empresas sin recurrir a nuevas aportaciones de capital social o la liquidación de la sociedad existente.
- Las sociedades escindidas cuentan, al momento del inicio de operaciones, con una organización social experimentada, lo que representa una ventaja con relación a las empresas de nueva creación.
- El dividir las actividades productivas y lograr una máxima eficiencia en cada una de ellas.
- Al efectuarse la escisión no se ven afectados los intereses de los acreedores de la escidente, debido a que las deudas son respaldadas con el patrimonio social de las escindidas, reservándose para los acreedores, el derecho de oposición.

4.9 La Escisión en la legislación comparada La Escisión es una de las instituciones más importantes del derecho societario, por lo cual conviene en esta sede realizar el correspondiente estudio y debemos precisar que se encuentra regulada en Argentina, México, Perú, entre otros Estados.

SUB CAPITULO II

EL FONDO EMPRESARIAL.

1. EL FONDO EMPRESARIAL; 1.1 DEFINICIÓN, 1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS, 1.3 NATURALEZA JURÍDICA, 1.4 ALCANCES EN LA LEY MARCO DEL EMPRESARIADO, 1.5 REGULACIÓN DEL FONDO EMPRESARIAL EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL, 1.6 EL FONDO EMPRESARIAL EN LA LEY MARCO DEL EMPRESARIADO, 1.7 LA NECESIDAD DE NORMA QUE DEFINA EL FONDO EMPRESARIAL PARA HACER EFICIENTE LA ESCISIÓN.

EL FONDO EMPRESARIAL

1. El Fondo Empresarial

1.1. Definición.

Es de destacar que al definir el fondo empresarial a partir de un conjunto de elementos, la norma pretende incorporar no sólo bienes sino derechos y relaciones jurídicas, necesarios para poder realizar determinada actividad empresarial.

Es todo el patrimonio de la empresa, el capital social o es un patrimonio autónomo; pues, es nada menos que un patrimonio autónomo registrable, integrado por 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".

Entendemos por "elementos" que constituyen el Fondo Empresarial 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, bienes muebles en general, relaciones jurídicas de cualquier naturaleza y los derechos derivados de las actividades propias del titular.

Este Fondo Empresarial como patrimonio autónomo es inscribible en los Registros Públicos y su finalidad es limitar la responsabilidad del empresario al mismo. Como podemos apreciar es distinto al capital y a los bienes personales del empresario.

Estimamos que la regulación integral del fondo empresarial como un bien complejo de mayor valor que el de los bienes que lo conforman aporta, fundamentalmente al empresario pequeño y mediano, un conjunto susceptible de negociación o de garantía y, hasta en su día de negociación en el mercado de valores.

Las experiencias todavía iniciales en materia de titulación de activos apuntan en esa dirección.

Por ahora, quisiéramos que el titular de un taller o el comerciante en un mercado supieran que su fondo empresarial le da un conjunto de ventajas; que su inscripción le permite la

limitación de responsabilidad y que en él tiene un conjunto patrimonial susceptible de ofrecer en garantía en busca de financiamiento.

1.2. Antecedentes históricos y legislativos.

En todo trabajo de investigación se debe estudiar los antecedentes para poder ubicarnos en el tiempo y así comprender la institución jurídica económica en el tiempo.

En tal sentido a continuación revisaremos los principales antecedentes del fondo de comercio en el derecho extranjero y nacional. Los principales antecedentes del fondo de comercio son la ley de bancarrotas francesa de 1838, y en 1909 se consagra en dicho país o Estado la ley de transferencia de fondos de comercio.

Al igual que también debemos tener en cuenta la ley 11.867 argentina, es decir, el derecho positivo argentino en este aspecto es más desarrollado que el derecho peruano. En tal sentido sin ir muy lejos podemos obtener mucha bibliografía sobre esta importante institución jurídica. En el derecho peruano encontramos un anteproyecto titulado anteproyecto de ley del empresariado, en el cual se regula el fondo de comercio pero no se encuentra vigente, por lo cual es claro que el mismo no se puede tener en cuenta para efectos de aplicación sino sólo para efectos de estudio.

Además en la doctrina como antecedente debemos tener en cuenta el trabajo argentino de Jorge ZUNINO, titulado “Fondo de Comercio”, el cual constituye un trabajo de investigación publicado como libro y que es dedicado sólo a este tema.

1.3. Naturaleza Jurídica.

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.

Conjunto, en el sentido de que este “se encuentra conformado por diversos elementos que no están fusionados entre sí, de tal manera que cada elemento mantiene su individualidad frente a los demás y respecto del todo que conforma el fondo empresarial”.

Sin embargo nuestro concepto de fondo empresarial es todavía imperfecto.

Al estar compuesto por elementos tan heterogéneos, es necesario delimitar su naturaleza jurídica. Esto es de vital importancia para el derecho con miras a los diversos negocios jurídicos tanto de disposición (como el arrendamiento) como de transmisión, ya sea mortis-causa o inter-vivos (de los cuales el más importante es la compraventa) de los que puede ser objeto el fondo empresarial.

La doctrina ha elaborado diversas teorías sobre la naturaleza y los alcances del fondo empresarial, sobre todo para poder resolver la cuestión si es tan solo un conglomerado de elementos independientes entre sí, que están sólo accidentalmente reunidos para los propósitos de una operación económica única; o si esta finalidad común convierte al fondo en una “res” o cosa distinta y mayor a la simple suma de sus elementos.

A. Atomistas. La primera teoría que propone la doctrina para resolver esta cuestión es la ATOMISTA; según la cual el fondo empresarial es un simple conjunto de los elementos que lo componen integrado accidentalmente.

Este conjunto no supone una unidad jurídica y por lo tanto para el derecho los elementos son independientes entre sí.

Sustentan su tesis en el hecho de que, en la práctica cuando se realiza una compraventa de fondo empresarial lo que aparece en el contrato es la lista de los distintos bienes que posee la empresa.

Lo que se vende no es un fondo empresarial sino los bienes de la empresa que estaban destinados accidentalmente a una misma producción o fin económico.

Una crítica que se hace a esta teoría es el hecho de que se puede vender una empresa en su totalidad pero no un fondo empresarial. Lo que significa que para vender un fondo empresarial debo vender los elementos suficientes para que el nuevo dueño pueda continuar con la actividad empresarial.

Por otro lado, si vendo la totalidad de los elementos que conforman una empresa pero de forma separada y sin un fin productivo; no estaremos hablando de compraventa de fondo empresarial sino de la totalidad de los bienes que poseía el empresario.

B. Unitarios. Los que defienden esta tesis consideran que la naturaleza del fondo empresarial es de una unidad o universalidad integral que se genera por el mismo fin económico que tienen los elementos que la componen.

De esta forma definen al fondo empresarial como una *universitas bonorum*, o universalidad de bienes.

Existen dos tipos de *universitas*, la *universitas facti* -entendidas como “mera yuxtaposición física de varias cosas, generalmente homogéneas, como un rebaño” y la *universitas iuris* - “generada por la común destinación de una pluralidad de cosas, y a veces también derechos, a un fin común”.

Atendiendo a que el fondo empresarial supone un conjunto de elementos materiales e inmateriales organizado hacia un fin productivo, y en virtud de esta común destinación económica que se hace, entendemos que su naturaleza jurídica se acerca más a lo que es una *universitas iuris* o universalidad de derecho.

Por esto nos inclinamos por esta teoría, debido a que si bien los elementos del fondo son heterogéneos, éstos se integran en una unidad productiva que es completamente diferenciable como una cosa o “res” de cualquier otro fondo empresarial (aunque en su mayoría posean los mismos elementos materiales) en virtud de la común destinación económica y especial organización que se hace de los elementos.

Por lo que el Fondo viene a ser una verdadera universalidad de derecho, estudiada por el ordenamiento jurídico por su capacidad de ser objeto de negocios jurídicos, ya sea algún elemento que lo compone o como un todo.

Es la organización la que produce esta unidad productiva, dando como consecuencia que el fondo empresarial (que se presume en actividad) sea objeto de interés en el mercado para la realización de una serie de negocios jurídicos.

Como nos dice ROJO; “*La buena organización de los elementos dota al conjunto de un valor superior a la suma de los valores individuales de cada elemento*”.

Siendo este valor superior consecuencia de la mayor potencialidad económica que posee el fondo empresarial al estar organizado y en actividad.

De esta forma la posición unitaria concluye definiendo al fondo empresarial 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, ya sea de cada elemento que lo conforma o como un todo*”.

C. Espiritualistas. Los que defienden esta tesis consideran la empresa -y por lo tanto al fondo empresarial- como un bien inmaterial, en el sentido de que es la actividad empresarial la que le da su especial valor económico, y la hace susceptible de transmisión.

De esta forma acercan al fondo empresarial a una especie de Derecho de Propiedad Intelectual, dándole más importancia a la actividad organizativa que realiza el empresario sobre los elementos materiales que a éstos mismos.

Anteriormente hemos visto que el aspecto organizativo de la empresa no es el único que compete al Derecho, y menos al momento de analizarla para su transmisión patrimonial.

Si bien la empresa es principalmente organización, no es fruto de una mera actividad intelectual del empresario.

Esa organización se hace sobre unos elementos idóneos para alcanzar un fin productivo.

Así, el fondo empresarial es, un “*conjunto de elementos organizados*”; al decir organizados dichos elementos “*se encuentran en actividad y se transmiten en actividad*”.

Por tanto, considerarlo como un bien inmaterial sería limitado al ignorar que la actividad intelectual está íntimamente unida a los bienes que organiza (ya que ambos ámbitos del fondo empresarial son esenciales a éste).

No se puede hablar de fondo empresarial sin organización, como si fuera una mera “idea” ya que una idea organizativa empresarial por sí misma no es empresa (sin la cual sería tan solo un “conjunto estático de bienes”), ni tampoco sin los bienes materiales y personales

(ya que estos son los que permiten la producción de los bienes y servicios que en definitiva comprende la actividad empresarial).

D. Eclécticos: Consideran que el fondo empresarial “no es unidad, no es una verdadera “res”, pero el Derecho, o las partes cuando contratan para transmitirla, la consideran jurídicamente como una unidad funcional”.

Esta teoría comete el error de tratar de abstraer el fondo empresarial de su realidad económica. Una empresa es una unidad productiva económica y el derecho no puede ignorar esto.

No habría una ficción jurídica acerca de la unidad de la empresa, sino que esta es la realidad que recoge el Derecho y a la cual le da distintas consecuencias jurídicas amparando su totalidad como una “res” y manteniendo la independencia material de los elementos que la componen.

1.4. Alcances en la Ley Marco Del Empresariado En la exposición de Motivos del Proyecto de La Ley Marco de **Criterios Diferenciadores en el Proyecto Empresariado**, en el Libro II del Proyecto se regula al empresario como titular de la empresa, y ahí encontramos una clara diferenciación entre empresa y sociedad, tal es así que señala: - *El titular de una empresa puede ser una persona natural o jurídica es decir un empresario individual o un empresario social (SOCIEDAD), es decir distingue a la empresa de la sociedad en su relación de **sujeto de derecho y objeto de derecho.***

Por tanto la Sociedad como persona jurídica y/o empresario social es la titular de la empresa y en ningún caso la empresa puede ser persona jurídica.

La ley admite que la titularidad corresponda a una persona natural o jurídica.

En este último caso, adoptando la posición casi unánime de la doctrina se le otorga a la persona jurídica, como sujeto de derecho que es, la calidad de empresario.

Es importante poner énfasis en el distingo que la doctrina mercantil ha efectuado desde hace varias décadas entre empresario y empresa y específicamente entre sociedad y empresa.

Si tuviéramos que partir de una explicación coloquial diríamos que la empresa es el negocio y el empresario el titular o quien lo conduce.

Así el Proyecto expresa algunos ejemplos para distinguir al empresario de la empresa, tales como:

Si A es dueño de una botica.

La botica es la empresa y A es el empresario. Si ocurriera que A es una sociedad, la regla es la misma: la botica es el negocio y A Sociedad Anónima es el empresario.

De ello se desprende que la empresa constituye un conjunto de "elementos" organizados.

En tal virtud, es objeto de derecho y no sujeto de derecho. Es el empresario el que, en su condición de sujeto de derecho, crea, modifica, regula o extingue relaciones jurídicas. Lo que sí es evidente es que, en la actividad empresarial participan más sujetos de los que le dieron inicio, por ejemplo como accionistas al constituir la sociedad anónima titular de la empresa. Los trabajadores y la administración son parte de la empresa y no de la sociedad.

Asimismo al establecer el proyecto que la empresa puede ser materia de transferencia, se habla de diversas formas de transferencia del fondo empresarial, pudiéndose advertir el contenido de la diferenciación que la ley propone:

a. Si A vende a B su fondo empresarial: un nuevo empresario sustituye a otro en la conducción de la misma empresa.

b. Si los accionistas de una sociedad venden sus acciones: la misma sociedad (o sea, el mismo empresario) sigue conduciendo la empresa.

Cambian los accionistas, pero empresario y empresa no varían.

c. Si se produce una fusión una nueva sociedad sustituye a otras o una absorbe a la otra: En tal caso, un nuevo empresario conduce las mismas empresas o el absorbente, agrega a su patrimonio la empresa preexistente de diferente titular.

1.5. Regulación del Fondo Empresarial en la Legislación Nacional.

En el derecho peruano no se encuentra regulada esta institución jurídica por lo cual es claro que constituye un importante vacío legislativo, en consecuencia amerita la regulación correspondiente.

Sin embargo, es claro que en el mismo debemos tener en cuenta el anteproyecto de la ley del empresariado, el cual contiene algunos artículos sobre este tema, sin embargo dicho anteproyecto no se encuentra aprobado por lo cual no se encuentra vigente.

Pero además es necesario tener en cuenta que la ley de garantía mobiliaria permite otorgar en garantía todos los bienes muebles e incorporeales a través de la garantía mobiliaria, en consecuencia para estudiar este tema debemos tener en cuenta esta ley, la cual para algunos constituye un gran o notable avance legislativo, mientras que para otros constituye lo contrario, es decir, para otros constituye un retroceso, en todo caso es un tema que ha atraído u originado el debate por parte de los estudiosos que por cierto no son sólo abogados y juristas, sino también otros profesionales, todo lo cual debe ser materia de estudio por parte de los tratadistas.

1.6. El Fondo Empresarial en la ley Marco del Empresariado.

1.6.1 Ley Marco del Empresariado.-

Finalmente, esta es la denominación que se adoptó, si bien es cierto tiene sus pro y contra, pero se llegó a la conclusión que es la más apropiada, ya que en ella no sólo se incluye principios generales, sino a la vez se da toda una envoltura a la actividad empresarial, pudiéndose incluir nuevas figuras y al mismo tiempo dando una regulación general al tema empresarial.

1.6.2 ¿Por qué la Necesidad de una Ley Marco del Empresariado en Nuestra Legislación?

Esta es una pregunta por la que se han hecho muchos estudios en nuestro país.

Nuestro viejo Código de Comercio ya no cubre las expectativas, se ha vuelto obsoleto, no es aplicable a la realidad comercial de nuestro país, ha soportado el paso de varias constituciones, y de cambios no sólo jurídicos, sino también sociológicos y económicos, la realidad que vivimos ahora no es la misma que la de hace más de cien años, cuando se promulgó.

Mucho se ha especulado sobre la derogatoria del Código de Comercio, aunque debemos mencionar que no todo el código será derogado, pues aún tenemos instituciones el Comercio Marítimo, el Contrato de Seguros y los Contratos de Agencia y Comisión Mercantil que tendrán plena vigencia, pues no existen leyes que amparen su regulación.

Una Ley Marco del Empresariado ayudaría a unificar nuestra regulación empresarial, fijando un derrotero para este tipo de actividad, trayendo nuevas figuras como el Fondo Empresarial que resultan útiles a los nuevos tiempos que se vienen desarrollando y sobretodo, ya que la nueva ley dejaría vigentes algunos artículos del Código de Comercio, sus comentarios al Proyecto de Ley Marco del Empresariado promulgación propiciaría que se inicien los trabajos para promover los Anteproyectos de Ley del Contrato de Seguros que fue publicado en el Diario “El Peruano” el 24 de junio de 1998 y, del Contrato de Comercio Marítimo y Navegación publicado en el mismo diario el 22 de abril de 1999, llevando varios años de estancamiento.

También podría impulsar se la elaboración de una Ley sobre los Contratos de Agencia y Comisión Mercantil, llegando así, de una vez por todas, a tener una legislación acorde a nuestra realidad.

1.7 La necesidad de norma que defina el fondo empresarial para hacer eficiente la escisión

Básicamente pues, se entiende por escisión al proceso por el cual una sociedad decide fragmentar su patrimonio desdoblar su personalidad jurídica, transmitiendo su patrimonio fraccionado en bloques a otras sociedades y reflejando (en principio) la composición societaria de la sociedad escindida en cada una de las sociedades beneficiarias.

En ese sentido, tipifican a la figura de escisión:

- La fragmentación en una o más partes del patrimonio de la sociedad constituyendo «bloques patrimoniales.
- La transmisión de cada una de esas partes del patrimonio (bloques patrimoniales), en favor de una o más sociedades (preexistentes o constituidas para tal fin).
- La presencia de los socios de la sociedad escindida en la composición societaria de las sociedades beneficiarias.

Para el autor Enrique Elías Laroza en su obra Derecho Societario Peruano, al momento de desarrollar y comentar los bloques patrimoniales materia de la escisión y en específico al “fondo empresarial” reconoce la ausencia de una definición legal al respecto, por el contrario señala “*Un fondo empresarial, cuya definición corresponderá a la ley de la materia, cuando ella sea promulgada (La Ley de la Empresa)*”.

CAPÍTULO III
PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS
CONCLUSIONES
RECOMENDACIONES
BIBLIOGRAFIA
ANEXOS

PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

- 1) La escisión, brinda a la sociedad u empresa una alternativa de eficiencia en sus actividades económicas, desconcentrando sus actividades empresariales, separando, dividiendo o retirando parte o la totalidad de su patrimonio para transferirlo a otra u otras sociedades, pudiendo conservar un bloque patrimonial para seguir desarrollando su objeto social, sus actividades comerciales o bien también para realizar su extinción.
- 2) De las Escrituras Públicas de Escisión, otorgadas en el periodo del año 2000 al 2015 que constituyen parte de la muestra y que sustentan la presente investigación; y, que dadas su naturaleza de reservadas no se pueden revelar mayores evidencias, se advierte que en todas el activo y pasivos constituyen los bloques patrimoniales de las personas jurídicas escindidas.
- 3) De las entrevistas realizadas a Notarios Públicos del Distrito Notarial de la Libertad que constituyen parte de la muestra y que sustentan la presente investigación; y, de las que contando con autorización se adjuntan como anexos, se advierte:

3.1 La totalidad de ellos, cien por ciento (100%), tienen noción de la institución jurídica de la “Escisión” regulada en la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887.

3.2 El ochenta por ciento (80%) considera que nuestro ordenamiento jurídico brinda alcance y/o definición de cada bloque patrimonial dentro de la Escisión.

3.3 El cien por ciento (100%), considera que en nuestro país debe existir una definición legal de “Fondo Empresarial”.

3.4 El ochenta por ciento (80%) considera que la inexistencia de una definición legal de “Fondo Empresarial” conduce a que sea confundido como activos, pasivos o la combinación de éstos.

3.5 El cien por ciento (100%), no ha participado en su ejercicio laboral y profesional en una Escisión en el que el Bloque Patrimonial segregado haya sido un “Fondo Empresarial”, considerándose con predominio el sustento de ser ello consecuencia a falta de una definición legal de dicho fondo Empresarial.

4) De las entrevistas realizadas a Abogados Especialistas en Derecho Comercial, que constituyen parte de la muestra y que sustentan la presente investigación; y, de las que contando con autorización se adjuntan como anexos, se advierte:

4.1 La totalidad de ellos, cien por ciento (100%), tienen noción de la institución jurídica de la “Escisión” regulada en la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887.

4.2 El cien por ciento (100%) considera que nuestro ordenamiento jurídico no brinda alcance y/o definición de cada bloque patrimonial dentro de la Escisión.

4.3 El cien por ciento (100%), considera que en nuestro país debe existir una definición legal de “Fondo Empresarial”.

4.4 El cien por ciento (100%) considera que la inexistencia de una definición legal de “Fondo Empresarial” conduce a que sea confundido como activos, pasivos o la combinación de éstos.

4.5 El cien por ciento (100%), no ha participado en su ejercicio laboral y profesional en una Escisión en el que el Bloque Patrimonial segregado haya sido un “Fondo Empresarial”.

5) De las entrevistas realizadas a Empresarios de la ciudad de Trujillo, que constituyen parte de la muestra y que sustentan la presente investigación; y, de las que contando con autorización se adjuntan como anexos, se advierte:

5.1 El setenta por ciento (70%), tienen noción de la institución jurídica de la “Escisión” regulada en la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887.

5.2 El cien por ciento (100%) refiere desconocer si nuestro ordenamiento jurídico brinda alcance y/o definición de cada bloque patrimonial dentro de la Escisión.

5.3 El cien por ciento (100%), considera que en nuestro país debe existir una definición legal de “Fondo Empresarial”, pero no por su esencia en sí, sino por cuanto debe existir una regulación de toda institución legal.

5.4 El cien por ciento (100%) considera que la inexistencia de una definición legal de “Fondo Empresarial” conduciría a que sea confundido como activos, pasivos o la combinación de éstos.

5.5 El cien por ciento (100%), no ha participado en su ejercicio laboral y profesional en una Escisión en el que el Bloque Patrimonial segregado haya sido un “Fondo Empresarial”.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La inexistencia de una definición legal de Fondo Empresarial, contenido en el inciso 3 del artículo 369 de la Ley N° 26887 Ley General de Sociedades ocasiona su incorrecta reconducción hacia la definición como la de los incisos 1 y 2 del referido artículo.

SEGUNDA. La Ley N° 26887, Ley General de Sociedades regula a la Escisión como la institución jurídica que tiene como efecto económico la desconcentración, concentración y especialización empresarial; estableciendo que una sociedad o persona jurídica, divide su patrimonio en dos o más “bloques patrimoniales” para luego ser transferidos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, observando requisitos y formalidades que la Ley General de Sociedades establece, sea con la división total de su patrimonio en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez.

TERCERA. Como se advierte en la discusión de resultados, no solo es necesaria la existencia de una definición legal de Fondo Empresarial en nuestro ordenamiento jurídico, sino también extender sus alcances y comprender conceptos como el conjunto de bienes y derechos destinados a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, así como los conceptos de clientela, imagen, prestigio u otros intangibles; puesto que ante la transferencia de un negocio rentable, no solo se transfiere un local, un menaje o un mobiliario, sino también la clientela cautiva, la imagen, el prestigio con el que cuenta.

CUARTA. La Ley N° 26887, Ley General de Sociedades considera al Fondo Empresarial como bloque patrimonial al representar una “unidad económica” o una “unidad empresarial”, reconociéndose en contraste a su innovadora inclusión en la legislación societaria, la ausencia de su definición legal, constituyendo un vacío legal de perfectible superación.

QUINTA. Sí, en nuestra realidad económica resulta viable definir legalmente el Fondo Empresarial, en comparación con realidades económicas de otros países; toda vez que la no existencia de una definición legal de fondo empresarial en nuestro ordenamiento legal afecta la eficacia de la alternativa jurídica para conseguir la reestructuración económica de la sociedad o empresa y alcanzar su desconcentración y especialización, no pudiendo distinguirse entre un activo y el fondo empresarial propiamente dicho comprendiendo al público, clientela, imagen u otros intangibles que muy bien pueden valorizarse y cuantificarse dentro de un bloque patrimonial y no ser en cierta manera, por falta de normas expresa que lo defina, que lo diferencie, reconduciendo indebidamente hacia una definición como la de los incisos 1 y 2 del artículo 369 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.

RECOMENDACIÓN

Como alternativa de cambio, se formula la siguiente modificación legislativa del artículo 369 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.

PROYECTO DE LEY

“MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 369 DE LA LEY N° 26887, LEY GENERAL DE SOCIEDADES”

Visto:

El proyecto de ley presentado por el Ilustre Colegio de Abogados de la Libertad, suscrito por su decano Dr. Luis Saldaña Ruidias en virtud a la facultad de iniciativa legislativa prevista en el artículo 107° de la Constitución Política del Perú relacionado con la “Modificación del Artículo 369 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades” que establece una definición legal de Fondo Empresarial, regulado en el mismo artículo como el tercer bloque patrimonial al que está referido la institución legal de la Escisión.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley N° 26887 se promulgó la nueva Ley General de Sociedades, la misma que contiene innovaciones jurídicas como la regulación de diversas instituciones de corte empresarial como la Escisión.

Que, la Escisión trae como efecto económico la desconcentración, concentración y especialización empresarial; estableciendo que una sociedad o persona jurídica, divide su patrimonio en dos o más “bloques patrimoniales” para luego ser transferidos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, observando requisitos y formalidades que la Ley General de Sociedades establece, sea con la división total de su patrimonio en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez.

Que, la Ley N° 26887 Ley General de Sociedades en su artículo 369 establece la definición de bloques patrimoniales entendiéndose como tal a Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida; el conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida; y, Un fondo empresarial; siendo que nuestra legislación regula una definición legal de los dos primeros bloques patrimoniales, mas no así con respecto al Fondo Empresarial.

Qué; como se reitera en la legislación peruana no se encuentra regulada la institución jurídica de Fondo Empresarial, haciendo la salvedad que si bien se encuentra considerado en el proyecto de la futura Ley Marco del Empresariado, como propuesta modificatoria del Código de Comercio de 1902, aún no en vigencia; es claro que constituye un importante vacío legislativo, que amerita su regulación correspondiente.

Qué, lo antes señalado es necesario a fin de evitar una indebida reconducción de la definición de Fondo Empresarial a la definición de Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida; el conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida.

Estando a lo expuesto y, de conformidad a la Constitución Política del Estado.

SE RESUELVE:

Artículo Primero: Modifíquese el artículo 369 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades; quedando redactado de la siguiente manera:

“Artículo 369. Definición de bloques patrimoniales.

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

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

Entiéndase por Fondo Empresarial al conjunto de bienes y derechos destinados a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, así como los conceptos de clientela, imagen, prestigio u otros intangibles; puesto que ante la transferencia de un negocio rentable, no solo se transfiere un local, un menaje o un mobiliario, sino también la clientela cautiva, la imagen, el prestigio con el que cuenta”.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LEGISLACIÓN NACIONAL VIGENTE.

Constitución Política del Perú de 1993.

Ley N° 26887, Ley General de Sociedades

DOCTRINA.

1. BEAUMONT, Ricardo. (2004). *Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades*. Lima. Gaceta Jurídica.
2. BEAUMONT, Ricardo. (1998). *Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades*. Lima. Gaceta Jurídica.
3. ELIAS, Enrique (1999). *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Lima. Editorial Normas Legales.
4. ELIAS, Enrique (1999). *Ley General de Sociedades Comentada*. Trujillo. Editorial Normas Legales.
5. ELIAS, Enrique (2000). *Derecho Societario*. Trujillo. Editorial Normas Legales.
6. HERNANDEZ, Juan L. (2003). *Apuntes sobre reorganización simple en la Legislación Peruana*. Lima. Gaceta Jurídica.
7. ISRAEL LLAVE, Luz y FILOMENO RAMIREZ, Alfredo. (2003). *La Fusión y la Escisión en la Nueva Ley General de Sociedades: Algunas aproximaciones*. Lima. Gaceta Jurídica.
8. PNUD. Informe Especial: La Escisión de Sociedades: O Reorganización de empresas por fragmentación – división. <http://www.caballerobustamante.com.pe/plantilla/profe/sociedades081207.pdf> (25 de agosto de 2016).