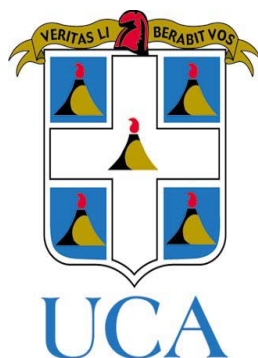


UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS



LA EMPRESA COMO OBJETO DE TRÁFICO JURÍDICO. ESPECIAL ÉNFASIS EN LOS NEGOCIOS DE TRANSMISIÓN “INTER VIVOS” DE CARÁCTER ONEROSO.

Trabajo monográfico para obtener el título de Licenciada en Derecho

Autora

María Esperanza Aráuz Rojas

Tutor

Dr. Jesús Herrera Espinoza

Managua, Julio 2010

DEDICATORIA

A Dios; por enseñarme el camino correcto de la vida, por haberme permitido alcanzar un peldaño más en mi vida, lo que me motiva a seguir formándome como profesional para servir mejor a nuestra patria.

A mis padres; quienes con sacrificio me han apoyado para alcanzar mis metas, por enseñarme que todo se aprende y que todo esfuerzo es al final recompensa, por creer y confiar siempre en mí.

A mis profesores; por la enseñanza de los conocimientos en mi carrera, sus regaños y sus consejos, en especial a mi tutor por su esfuerzo y dedicación, por su paciencia y motivación, que me permitieron culminar con mi defensa monográfica.

Y a todas aquellas personas que siempre estuvieron a mi lado para apoyarme y darme fuerzas para seguir adelante, Gracias.

CONTENIDO

OBJETIVOS

DISEÑO METODOLÓGICO

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES DE LA EMPRESA

1. Introducción
2. Noción de Empresa
3. Naturaleza jurídica de la Empresa
4. Generalidades de La Empresa
5. Elementos de La Empresa
6. Régimen jurídico de la Empresa
7. Características de la Empresa
8. Importancia de la Empresa

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS INTER VIVOS QUE TIENEN POR OBJETO LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA

1. La transmisión de la Empresa
 - 1.1. Trasmisión de deudas
 - 1.2. Trasmisión de contratos
2. Transmisión inter vivos de la Empresa
 - 2.1. Compraventa de Empresa
 - 2.1.1. Perfiles conceptuales: características, naturaleza y forma
 - 2.1.2. Los elementos del contrato de compraventa de Empresa
 - 2.1.3. Las obligaciones de las partes en el contrato de compraventa de Empresa

2.1.4. Régimen especial del contenido obligatorio del contrato

2.1.5. La compraventa de Empresa en concurso: tipicidad y régimen legal

2.2. Arrendamiento de Empresa

2.2.1. Perfiles preliminares y problemáticos del contrato: significado; funcionalidad y régimen jurídico: atipicidad, complejidad e interferencia de la legislación arrendaticia especial

2.2.2. Principios informadores del contrato

2.2.3. Contenido obligatorio del contrato

2.2.4. Extinción del contrato

2.3. Derechos reales de garantía y la Empresa

2.4. Usufructo de Empresa

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

OBJETIVOS

Objetivo General:

- ✓ Analizar críticamente la Empresa como objeto de tráfico jurídico en la Legislación Nicaragüense, poniendo particular atención en los negocios jurídicos inter vivos de carácter oneroso.

Objetivos Específicos:

- ✓ Determinar el concepto jurídico y las principales nociones generales de la empresa.
- ✓ Analizar los distintos negocios jurídicos que tienen como objeto de tráfico a la Empresa.
- ✓ Evidenciar los vacíos jurídicos, deficiencias e inconsistencias existentes en la legislación nicaragüense en materia de transmisión inter-vivos de la empresa.

DISEÑO METODOLÓGICO

El método que se emplea en el presente trabajo monográfico es, en primer lugar, Descriptivo, en el sentido de que se pretende describir e interpretar de una manera sistemática los hechos relacionados con el tema de estudio que se desarrolla.

Además se utiliza el método Analítico Crítico, al analizar detalladamente la empresa como objeto de tráfico jurídico, poniendo en evidencia los vacíos legales, deficiencias e inconsistencias existentes, en nuestro ordenamiento jurídico, en la regulación de los distintos negocios que facilitan la transmisión inter-vivos de la empresa.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES DE LA EMPRESA

1. Introducción

En este primer capítulo del presente estudio se abordan los aspectos esenciales que permiten entender el instituto jurídico de la empresa, empezando por su noción, analizando a tal efecto las distintas tesis que tratan de explicar qué es la empresa. Luego, indagamos en los elementos configuradores de la misma, las disposiciones legales que en nuestro ordenamiento jurídico giran alrededor de la empresa, las garantías de derecho que ofrece ésta, sus características e importancia. Todo esto para iniciar nuestro estudio de la empresa como objeto de tráfico jurídico.

Además, en el segundo capítulo, nos detenemos a analizar a la empresa como objeto de tráfico jurídico. A tal efecto, hemos querido poner especial atención y todos aquellos negocios jurídicos inter vivos que facilitan la transmisión de la misma, mostrando al lector los vacíos, deficiencias y contradicciones imperantes en la legislación nicaragüense de la materia.

2. Noción de Empresa

Es de mi interés hacer de su conocimiento el concepto de empresa, pues comúnmente el término empresa se ha usado sin tener una noción acabada de su contenido, inclusive se la ha confundido con otros conceptos como: negocio, persona jurídica, entidad, organización, sociedad, entre otros¹.

¹ Laureano F. Gutiérrez Falla, Derecho Mercantil, La Empresa, Tomo I, editorial astrea, De Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1985. Pág. 37.

Empresa se deriva de la palabra *emprender*².

A pesar de existe diferentes definiciones de empresa (económicas, contables y de administración); no existe, de hecho, en nuestro sistema, una definición estrictamente "jurídica" que la englobe en su complejidad.

No obstante, el artículo 12 del Código del Trabajo ofrece una definición "económica" de empresa, de modo que: "se entiende por empresa la unidad económica de producción, distribución, y comercialización de bienes y servicios. Se consideran como parte de la empresa los establecimientos, sucursales creadas para el crecimiento y extensión de sus actividades siempre que no constituyan una persona jurídica diferente".

En esa línea, siempre desde el punto de vista económico, el profesor Ruiz Marquillo es quien nos brinda una definición útil de empresa: "Una empresa es una organización legalmente constituida que puede tener como propietario a una o varias personas naturales y/o jurídicas y con el concurso de recursos humanos, materiales, económicos y financieros, que tiene como finalidad producir bienes, comercializar o prestar servicios, y cuyo objetivo fundamental es la obtención de utilidad (lucro, renta, remanente, beneficio o superávit) e incremento en forma efectiva en el transcurso del tiempo"³. En tal sentido la empresa es la unidad económico-social, con fines de lucro, en la que el capital, el trabajo y la dirección se coordinan; forman un todo para realizar una producción socialmente útil, para la sociedad y la comunidad que están estrechamente vinculadas, de acuerdo con las exigencias del bien común.

En general, se entiende por empresa al organismo social integrado por elementos humanos, técnicos y materiales cuyo objetivo natural y principal es la obtención de utilidades, ganancias y lucro, o bien, la prestación de servicios a la comunidad, coordinados por un administrador que toma decisiones en forma oportuna para la

² Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario jurídico, editorial Heliasta, Argentina, 2003, pág.144.

³ Ruiz Marquillo, Darwin. "Organización y Administración de Empresas", pág. 24. Página Web: www.galeon.com, visitada al 09 de Junio del 2009.

consecución de los objetivos para los que fueron creadas, en vista de que el objetivo latente de la Empresa es el crecimiento.

En una primera aproximación jurídica, para el Derecho, la empresa es una entidad creada (generalmente aunque no necesariamente) con ánimo de lucro, y está sujeta al Derecho mercantil, relacionado con la Economía, ya que en dicha materia la empresa es la unidad económica básica encargada de satisfacer las necesidades del mercado mediante la utilización de recursos materiales y humanos⁴. Se encarga, por tanto, de la organización de los factores de producción, capital y trabajo.

La empresa es organización, actividad y conjunto armonizado de elementos materiales e inmateriales⁵. Sin embargo, hemos visto a la empresa como un objeto estático, que al actuar con agentes que operan en la misma se aprecia su dinamismo al desplegar el valor cooperación, colaboración y solidaridad.

También, el desarrollo de las actividades de la empresa, excede el marco de lo empresarial, identificado con lo lucrativo y, abarca, dentro del sector privado, actividades que se despliegan por otros actores sociales y jurídicos cuyos objetivos obedecen a intereses generales de un sector o de la sociedad.

De los distintos conceptos de empresa, se pueden obtener tres elementos⁶:

- a. Subjetivo: los titulares de la empresa, ya sea personas naturales o jurídicas y los componentes naturales que serían los funcionarios y subalternos.

⁴ Jesús Portal Castrejón, Revista Jurídica Cajamarca ¿Qué es la empresa y quien responde por los daños que causa?

⁵ De Aguinis, Ana María. La empresa como objeto del derecho económico, el derecho comercial y la economía. En LL.T.1989:B. Sección Doctrina, pág.1090.

⁶ Broseta Pont, M, Manual de Derecho Mercantil, Tomo I, 11 ed. Ed. Tecnos, S.A, España, 2003.

- b. Objetivo: Las cosas (conjunto de bienes materiales) y las actividades que realiza la empresa (el por qué de la empresa, producción y comercialización de bienes y servicios).
- c. Fin fundamental: La obtención de lucro, utilidad (aunque insistimos que no es el "fin esencial", en tanto el Derecho no exige que así sea, pudiendo existir empresas que busquen, antes que el lucro, la satisfacción de ciertas necesidades de el o los empresarios que la dirigen).

Así, se afirma que desde el punto de vista jurídico, la empresa es el conjunto heterogéneo de los elementos antes referidos, sujetos cada uno a las normas que a su naturaleza corresponde.

La empresa es, ante todo, una realidad socioeconómica. Un organismo productor de riqueza para el país, de salarios para los trabajadores, de beneficios para los empresarios e inversores, y de bienes y servicios para los consumidores y usuarios, resultado de la organización por el empresario de los factores productivos, capital y trabajo, que no está conceptualizada, ni regulada unitaria y sistemáticamente por el Ordenamiento jurídico⁷.

Pese a la significación jurídica de la empresa para el Derecho mercantil en particular, y para el Derecho económico en general, falta un "concepto jurídico" positivo de empresa en el Ordenamiento nicaragüense, que, con virtualidad unitaria y omnicompreensiva, sirva de unívoco referente conceptual normativo para regular en cada disciplina o rama del Derecho (civil, mercantil, laboral, administrativo, fiscal, etc.) aquellos aspectos y dimensiones de la empresa que tiene encomendados, el cual no es fácil inducir desde las categorías jurídicas del Derecho positivo (personas, cosas y actos), que se muestran incapaces de integrar unitariamente la realidad socioeconómica, plural y compleja de la empresa, cuya unidad básica se descompone y escinde a la hora de regular sus distintas dimensiones (subjctiva, patrimonial, funcional, institucional o pública,

⁷ Jesús Portal Castrejón, Revista Jurídica Cajamarca ¿Qué es la empresa y quien responde por los daños que causa?

laboral), aspectos organizativos (materiales e inmateriales, estáticos y dinámicos, decisionales y relacionales) y situaciones jurídicas relevantes, con la consiguiente pérdida de unidad y comprensividad sistemática que debe presidir el Ordenamiento jurídico⁸.

No obstante, la doctrina jurídica ha estado empeñada en elaborar un concepto de empresa y en determinar su naturaleza jurídica, para así poder sujetarla a un régimen jurídico unitario:

1. En un primer momento los juristas intentaron el encuadramiento de la empresa en las categorías jurídico-patrimoniales reconocidas desde el pasado por el Derecho (personas, cosas, y actos), a fin de preservar su unidad básica, sometiéndola entonces al régimen jurídico propio de la categoría jurídica propuesta. Así, la empresa se ha concebido como una persona jurídica, patrimonio autónomo, universalidad de derechos y cosas, actividad, organización, bien inmaterial, etc. Sin embargo, todas estas propuestas doctrinales adolecen de una comprensión parcial de la realidad institucional, económica y jurídica de la empresa, pues sólo se ha considerado su aspecto o dimensión patrimonial y, además, ninguna ha sido reconocida expresa y absolutamente por el legislador.

2. Por ello, otros autores, partiendo de la esencia natural de la empresa, que es una realidad económica, han adoptado como jurídico el concepto económico de empresa, conforme al cual la empresa es una organización de factores productivos (capital y trabajo) para la producción e intermediación de bienes y servicios destinados al mercado. Sin embargo, este concepto económico de

⁸ Constituyendo el patrimonio, desde un punto de vista jurídico, el conjunto de relaciones activas y pasivas pertenecientes a una persona que poseen un valor económico. Díez Picazo, Sistema de Derecho Civil, Tecnos, Madrid 1978, Pág. 433.

empresa resulta irrelevante como concepto normativo ordenador de su régimen jurídico patrimonial⁹.

3. De nuevo, otro sector doctrinal, partiendo de la escisión del aspecto subjetivo e inmaterial (constituido por el empresario, como sujeto creador y organizador, y su actividad o modo de actuar) del objetivo o material (constituido por el patrimonio organizado dispuesto para la explotación o actividad), ha distinguido la empresa del establecimiento mercantil. La empresa es un modo de actividad mientras que el establecimiento mercantil es el instrumento al servicio de esa actividad. Sin embargo, también este intento de conceptualización estrictamente jurídica de la empresa, al fragmentar y, por tanto, renunciar a su unidad básica, sólo consigue ofrecer una comprensión parcial de la empresa.

4. Otros, ante la imposibilidad de construir un concepto jurídico unitario e integrador de la empresa, han defendido que en el actual sistema de Derecho positivo, la empresa sólo puede considerarse, a efectos de su protección y tráfico jurídico, atomísticamente (doctrina atomista), esto es, descompuesta en la diversidad de grupos de sus elementos simples que la componen, regulados con arreglo al régimen jurídico que a cada uno de éstos corresponda según su naturaleza jurídica particular (muebles, inmuebles, propiedad industrial, comercial, créditos, deudas, relaciones contractuales, clientela, fondo de comercio, etc.).

5. Frente a esa doctrina se intenta, en última instancia, salvar jurídicamente la unidad básica de la empresa cuando es objeto de tráfico jurídico (venta, arrendamiento, usufructo, etc.): reconózcase, se dice, que, aun cuando falte un reconocimiento legal de su unidad jurídica, los operadores económicos trafican con ella considerándola como una unidad funcional, lo que significa que un único negocio (compraventa, arrendamiento, etc.), genera la obligación de transmitir todos y cada uno de los elementos esenciales de la empresa, cuya entrega efectiva se realizará, no obstante, de forma individual a tenor de la ley de

⁹ Basta con revisar en este sentido el precitado artículo 12 del Código del Trabajo.

circulación propia de cada uno de ellos. Ahora bien, y aun cuando el Derecho positivo reconoce de forma aislada y asistemática la unidad funcional o económica de la empresa, no llega a establecer una nueva categoría patrimonial clasificadora de esta unidad económica de explotación. Se trata, en definitiva, de una posición doctrinal intermedia de espera y compromiso en tanto se produce el tránsito del viejo al nuevo Derecho mercantil, que camina al compás de la progresiva constitucionalización de la empresa, hacia su efectiva juridificación (estatuto jurídico de la empresa), lo que ha de conducir a su conceptualización legal como nuevo objeto jurídico unitario.

Efectivamente, éste es el difícil reto del progresivo proceso de juridificación de la empresa que aspira a que se reconozca un estatuto jurídico propio para ésta, en el que se ha de: a) evitar toda escisión de los aspectos subjetivos (empresario y su actividad), objetivos (establecimiento mercantil) y prestacionales (bienes y servicios producidos), e incluso la fragmentación de la regulación de los distintos grupos de intereses en juego, funciones o "poderes" que, en su funcionamiento, son o pretenden ser ejercitados (por empresarios, socios o inversores, trabajadores, Estado, consumidores y usuarios); b) integrar y adecuar la combinación de todos sus aspectos y dimensiones al modelo jurídico-constitucional de empresa que ha de inspirar el concepto amplio o político-jurídico de empresa (supraconcepto), válido para todas las disciplinas jurídicas y económicas; c) deducir de este concepto amplio o político-jurídico de empresa el concepto jurídico-estricto que tipifique la empresa como una nueva categoría patrimonial, es decir, la empresa debe constituir un nuevo tipo de bien o valor patrimonial de explotación económica, sustentado sobre tres soportes fundamentales: el empresario (sujeto organizador), el establecimiento (objeto organizado) y la organización. La empresa en sentido jurídico-patrimonial será la resultante patrimonial (valor de explotación) o suma de conjuntos (y subconjuntos) factoriales conexos a esos soportes; y d) delimitar y regular jurídicamente el

establecimiento mercantil como objeto patrimonial organizado e instrumento primordial de la actividad empresarial¹⁰.

Con un poco más de precisión, podemos afirmar que se han tratado de implementar diferentes teorías que tratan de explicar lo que es la empresa, pero se han tenido que rechazar por diferentes motivos. A continuación exponemos algunos ejemplos de estas¹¹:

A) La empresa como persona jurídica¹²:

La empresa como persona jurídica tiene sus atributos propios y posee plena independencia respecto del empresario ("primer servidor de la empresa")

Dicha tesis confunde la empresa con la sociedad, auténtica persona jurídica. Y no explica cómo la empresa, cuando es objeto de tráfico, puede ser al propio tiempo sujeto y objeto de Derecho.

B) La empresa como patrimonio autónomo¹³:

Concibe a la empresa como un patrimonio autónomo que, por su concreta destinación o finalidad, su sistema específico de administración, contabilidad y representación, y su propio nombre, se diferencia del patrimonio personal o civil del empresario¹⁴.

¹⁰ Broseta Pont, M, Manual de Derecho Mercantil, Tomo I, 11 ed. Ed. Tecnos, S.A, España, 2003.

¹¹ Manual de Derecho Mercantil, José René Orúe Cruz, 2da edición. Ed. Hispamer 2008. pág. 73-75.

¹² Idem.

¹³ Idem.

¹⁴ Tampoco la denominada empresa individual (no societaria) de responsabilidad limitada (como el *Antaltr* en Liechtenstein), en la que se forma y delimita notarialmente un patrimonio separado y de afectación a la actividad y responsabilidad de la empresa, permite satisfacer la tesis patrimonialista de la empresa, no sólo porque se silencia el elemento de la actividad empresarial, sino además porque, en última instancia, el concepto de empresa no puede construirse solo con una mera "técnica" de limitación de responsabilidad empresarial. En cualquier caso, el patrimonio de afectación empresarial sólo puede configurarse como una categoría subempresarial, al estilo de las conocidas en el Derecho comparado (azienda, fonds de commerce,

Se critica porque:

1°. No puede explicarse la existencia de una empresa o patrimonio empresarial sin sujeto jurídico relevante; y,

2°. Los ordenamientos jurídicos no reconocen verdadera autonomía patrimonial al conjunto de bienes que forman la empresa. Queda así sometida al principio de unidad patrimonial respecto de su titular.

C) La empresa como universalidad¹⁵:

La empresa concebida como universalidad pretende ser considerada como un objeto jurídico indivisible que, al integrar todos sus elementos patrimoniales singulares (bienes y derechos), se sobrepone a éstos como derechos reales¹⁶.

Se crítica esta tesis porque no hay un reconocimiento legal de una universalidad que tenga por contenido el sustrato patrimonial de la empresa. Todos los elementos patrimoniales de la empresa reciben (según su específica naturaleza -muebles, inmuebles, créditos, deudas, etc.-) un tratamiento jurídico particular y diverso.

Gesehaetfí): complejo objeto jurídico, fruto de la proyección patrimonial de la actividad empresarial e instrumento esencial de ésta. Véase en este sentido el artículo 2082 del Codice Civile italiano.

¹⁵ Manual de Derecho Mercantil, José René Orúe Cruz, 2da edición. Ed. Hispamer 2008. pág. 73-75.

¹⁶ Font Galán, El Empresario Mercantil, notas características que conforman la noción de empresario, Ed. Ariel, España, 2000. Por otra parte, el reconocimiento jurídico de situaciones de sobrevivencia o continuidad de la empresa y sus relaciones contractuales o crediticias, aun después de la muerte del empresario, no es razón suficiente para convertir a la empresa en persona jurídica.

D) La empresa como actividad¹⁷:

Desarrollada en Italia: es una concepción de la empresa como actividad económica del empresario, donde el legislador distingue tres conceptos conectados entre sí: *el empresario*; la *"impresa"*; y la *"azienda"*.

No es admisible en nuestro medio porque:

- 1°. Carece de apoyo jurídico positivo; y,
- 2°. Ofrecer sólo una comprensión parcial de corte dinámico espiritualista de la compleja realidad de la empresa. *La actividad crea la empresa, pero no es la empresa.*

E) La empresa como organización:

Retoma el concepto económico de organización referida a la aptitud funcional y resultado eficiente del conjunto de elementos personales, patrimoniales y espirituales o inmateriales que forman parte de la empresa, y a su disposición para realizar negocios y obtener ganancias¹⁸.

Se crítica porque:

- 1°. Carece de apoyo jurídico positivo.
- 2°. Incurrir en el mismo defecto de las otras concepciones doctrinales, es decir, la parcial comprensión de la realidad de la empresa.

¹⁷ Manual de Derecho Mercantil, José René Orúe Cruz, 2da edición Ed. Hispamer 2008. pág. 73-75.

¹⁸ Ello encontraría justificación en tanto que la empresa "se aquilatan ideas creadoras y esfuerzos intelectuales y materiales, imagen y prestigio, expectativas, clientela, cuotas de mercado, capacidad de competencia, calidad en los análisis comparativos de sus productos o servicios, premios, estructuras de producción y comercialización, sistemas de financiación y de administración del riesgo, y, en suma, todos los diversos elementos que contribuyen a su funcionalidad económica. Font Galán, El empresario mercantil, notas características que conforman la noción de empresario, Ed. Ariel, España, 2000.

Como podemos ver se han planteado todos estos conceptos y ninguno ha sido aceptado por diferentes motivos, de modo que, como concepto jurídico de empresa, podríamos ofrecer el siguiente:

Modalidad de "riqueza" productiva, constitutiva de un bien o valor patrimonial de explotación, resultante de la materialización de la iniciativa creadora del empresario, de la proyección patrimonial de su labor organizadora de los distintos factores productivos, facultades, "poderes" y técnicas jurídicas, y de la actividad de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado a través del establecimiento mercantil¹⁹.

Habiendo desarrollado de manera sucinta la noción de empresa concluimos que la empresa no es sino la unidad económica y jurídica formada por el conjunto de recursos humanos, materiales, económicos y financieros, para el ejercicio de actividades económicas en beneficio de su propietario que puede ser una persona natural o jurídica.

Es más, nos parece que no debe de perderse de vista, que la empresa constituye hoy en día un nuevo tipo de bien o valor patrimonial de explotación económica, sustentado sobre tres soportes fundamentales: el empresario (sujeto organizador), el establecimiento (objeto organizado) y la organización.

3. Naturaleza jurídica de la Empresa

Como ya dijimos, desde el plano económico, la empresa aparece como una organización de capital y trabajo para el ejercicio de una actividad productora o de intercambio. La organización es el vínculo económico que liga y coordina entre sí a la serie de elementos dispares y de distinta naturaleza integradores del establecimiento. El Derecho, que no opera con conceptos económicos, ha tratado de fijar la naturaleza jurídica de este organismo, construyendo al efecto las más variadas teorías (tal como hemos tenido oportunidad de apreciar en el apartado

¹⁹ Font Galán, El empresario mercantil, notas características que conforman la noción de empresario, Ed. Ariel España, 2000.

anterior de este estudio). Así, para explicar jurídicamente la unidad de ese fenómeno económico-social de organización se ha recurrido a sostener la personalidad jurídica del establecimiento, a considerarlo como patrimonio autónomo destinado a un fin, a considerarlo como *universitas facti o iuris*, etc.

Posteriormente se ha explicado por la vía del moderno concepto de la institución. Entendida la institución como una organización de elementos materiales y personales en función de un fin de orden superior a todos ellos y, por tanto, estable y duradero, el establecimiento aparece como una particular forma de organización jerarquizada de bienes y servicios personales, que, a medida que crece en importancia, incluso se va independizando del poder de disposición del empresario para quedar sometido en buena parte al control de los poderes públicos, que por razones económicas y sociales de orden superior ponen trabas unas veces a la creación o expansión de los establecimientos y otras a la desintegración o desaparición de los mismos. Naturalmente, la institucionalización de los establecimientos depende en buena medida del grado de organización conseguido y de la importancia económica de los mismos; pero, en cualquier caso, el proceso de institucionalización es claramente visible en los grandes establecimientos, sobre todo a medida que avanzan las ideas socializadoras por el camino de la cogestión de los colaboradores con el empresario y de la participación de aquéllos en los beneficios de la empresa²⁰.

Pero, especialmente en los últimos años, se está asentando la idea de que el "establecimiento", en su unidad, constituye un bien distinto de los elementos que lo componen, susceptible de ser objeto de negocios jurídicos unitarios.

²⁰ Laureano F. Gutiérrez Falla, Derecho Mercantil, La Empresa, tomo I. editorial astrea, De Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1985.

Con un poco más de precisión, reiteramos que a nosotros nos parece que la empresa constituye hoy en día un nuevo tipo de bien o valor patrimonial de explotación económica, sustentado sobre tres soportes fundamentales: el empresario (sujeto organizador), el establecimiento (objeto organizado) y la organización.

En otras palabras nos encontramos frente a un instituto jurídico *sui generis* no reconducible a las categorías jurídicas tradicionales si no que, antes bien, tiene sus notas características bien diferenciadas.

4. Generalidades de La Empresa

I. Iniciación de la Empresa²¹

La existencia de la empresa individual, requiere una actividad objetiva por parte del empresario, No siendo suficiente la mera intención de constituir una empresa, ni la apariencia de esta, mas para poder comprender las doctrinas hoy vigentes en la materia es necesario distinguir, siendo la terminología expuesta por *Franceschelli*²², la actividad preparatoria (acto de organización) de la actividad de gestión (acto de la organización).

Basados en dicha distinción, encontramos distintas tendencias en relación con la actividad necesaria para la creación de la empresa.

En primer lugar, siguiendo a *De Gregorio*²³, una rama de la doctrina sostiene que aquel que organiza una empresa para después operarla, desarrolla una actividad económica que, por su complejidad y duración y por la relaciones con proveedores, acreedores, obreros, etc., no es menos intensa que aquella que desarrollara posteriormente al operarla.

²¹ Laureano F. Gutiérrez Falla, Derecho Mercantil, La Empresa tomo 1, editorial astrea, De Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1985.

²² Franceschelli, imprese e imprenditori, Págs. 79, nota, 1, 99, 129 y siguientes.

²³ Ghidini, corso de diritto commerciale. Imprenditore. Societa, segunda ed., Milano, 1965, Págs. 71 y siguientes.

Esta actividad organizativa, siempre que reúna las características de intensidad antes señaladas, debe considerarse una actividad de empresa, sometida, por ende, a la especial disciplina de la empresa comercial²⁴.

En su más reciente manifestación²⁵, se ha afirmado que el nacimiento de la empresa debe buscarse, no oponiendo énfasis en la repetición habitual de actos inherentes al objeto de la empresa (actos de la empresa), sino en la complejidad organizativa de actos potencialmente proyectados a terceros, o sea actos de organización cualificados por su conexión y complejidad. Por tanto aun las empresas mercantiles, si el requisito de complejidad del elemento organizativo del núcleo económico se cumple, aun cuando la característica de sistematicidad de su actividad no parezca *ab origen*.

En aplicación de dicha tesis, toda vez que los actos de organización, siempre que fuese suficientemente complejos, fueran considerados aptos para dar nacimiento a la empresa, el empresario que a través de su actividad organizativa se encontrase en una situación de suspensión de pagos, estaría sujeto a la quiebra y no al concurso, aun cuando nunca hubiese ofrecido bienes o servicios al público.

Podríamos distinguir las distintas empresas respecto a diversos criterios; que a continuación hago referencia:

1. Atendiendo a la titularidad de la empresa y la responsabilidad legal de sus propietarios:

Empresas individuales: si sólo pertenece a una persona. Esta puede responder frente a terceros con todos sus bienes, es decir, con responsabilidad ilimitada, o sólo hasta el monto del aporte para su constitución, en el caso de las empresas individuales de responsabilidad limitada o EIRL. Es la mayoría de los sistemas

²⁴ En igual sentido Ghidini, cit. Por Minirvini, L' Imprenditori, P.36.

²⁵ Verrucoli, reforma tributaria ed evoluzione del concetto di empresa, Pág. 410 y siguientes.

jurídicos es la forma más sencilla de establecer un negocio y suelen ser empresas pequeñas o de carácter familiar.

Empresas societarias o sociedades: constituidas por varias personas. Dentro de esta clasificación están: la sociedad anónima, la sociedad colectiva, la sociedad comanditaria y la sociedad de responsabilidad limitada

Las cooperativas u otras organizaciones de economía social.

2. Atendiendo a la titularidad del capital:

1. Empresa privada: si el capital está en manos de accionistas particulares (empresa familiar si es la familia, empresa autogestionada si son los trabajadores, etc.)
2. Empresa pública: si el capital y el control está en manos del Estado.
3. Empresa mixta: si la propiedad es compartida.

II. Funciones generales de la empresa

Podríamos tomar en cuenta que la empresa en una economía de mercado cumple con las siguientes funciones generales:

- a) Organiza y dirige básicamente el proceso de producción, si bien, a veces, se le marcan o regulan ciertos aspectos y líneas de actuación de su actividad por los organismos estatales de planificación y dirección económica.
- b) Asume ciertos riesgos técnico-económicos inherentes a la anterior función, riesgos que se matizan por los principios de responsabilidad y control de la empresa.

III. Riesgo de la empresa

El riesgo se ve atenuado, entre otras, por las causas siguientes:

1. El progreso de las técnicas de gestión, permitiendo mejorar la planificación, programación, presupuesto y control.
2. La posición de privilegio de la empresa en el mercado.
3. La dispersión del riesgo al aplicar los fondos financieros a explotaciones diversificadas.
4. La constitución de empresas multinacionales, así como acuerdos y conciertos de actuación con las mismas. El desarrollo de la actividad empresarial supone el desempeño de numerosas tareas, muchas de las cuales se han convertido en campos especializados del conocimiento. A estas áreas de trabajo especializadas también se les suele denominar "funciones empresariales". Las funciones empresariales genéricas más importantes son las siguientes:

La dirección de empresas: define los objetivos, los recursos y la organización de la empresa a largo, medio y corto plazo.

La gestión económica y financiera: se encarga de los temas relacionados con la contabilidad, las finanzas y los temas fiscales.

La comercialización: entre otras cuestiones se dedica a la investigación de mercados, la gestión de ventas y el marketing.

La dirección de producción: que diseña el producto, el proceso para realizarlo, y controla la calidad de los materiales y procesos utilizados.

La dirección de recursos humanos: que se encarga, entre otras cuestiones, de seleccionar y formar al personal y de las relaciones laborales. Cada empresa las define y las lleva a cabo de una forma determinada. Así, en una empresa pequeña, puede que una persona absorba varias funciones (por ejemplo, el gerente de una pequeña empresa puede asumir las funciones de dirección y la gestión económica y financiera).

5. Elementos de La Empresa

Algún sector de la doctrina distingue dos elementos esenciales de la empresa mercantil: el elemento subjetivo y el objetivo. Componen el elemento subjetivo: el empresario y el personal; el objetivo está integrado por elementos patrimoniales y las relaciones jurídicas que se requieren para la consecución de los fines de la empresa²⁶.

Y de esto se desglosan los elementos de la empresa los cuales para el Derecho son tres:

- I. Empresario: las organizaciones empresariales requieren de un sujeto al cual le sean jurídicamente atribuidos los derechos y obligaciones que emanan de la empresa, y que vengan investido del poder jurídico que permita su ejercicio. Donde hay una empresa ha de haber un empresario. Pero habida cuenta que la empresa es actividad y además organización de medios no solo materiales e inmateriales sino, también, personales, cualquiera sea el tipo de organización jurídica (persona individual, persona jurídica) siempre hay un sujeto de la actividad empresarial: un empresario, es decir, siempre ha de haber un centro de imputabilidad²⁷.

Para fines ilustrativos, vale la pena comentar que la particularidad del Derecho español permite afirmar la existencia de empresarios mercantiles (comerciantes) al lado de otros empresarios de los que no puede predicarse su mercantilidad como lo son los empresarios públicos, los artesanos, los agricultores. Además, se consideran como empresarios civiles a los pequeños empresarios, que realizan una actividad económica en nombre

²⁶ Bauche García Diego, La Empresa, Porrúa, México, 1977, pág. 53.

²⁷ Girón Tena, apuntes de Derecho Mercantil, La Empresa, Tecnos, 1977- Madrid, 1978, págs. 57-58.

propio sin disponer de una verdadera empresa, los elementos agrícolas individuales, aunque si ejercitan esta actividad a través de una sociedad anónima o de Responsabilidad Limitada se convierten en mercantiles²⁸. Así, permite la diferencia de los empresarios públicos, configurado por entidades estatales que ejercen una actividad empresarial de prestación de productos o servicios para el mercado.

Por su parte, el artículo 6 de nuestro Código de Comercio establece el concepto legal de comerciante, entendiéndose por éstos "los que se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones que corresponden a esta industria". A esta definición hay que añadir el requisito de gozar de la capacidad civil plena o capacidad legal, o sea ser mayor de edad, y tener la libre disposición de sus bienes (Art. 278C). No establece nuestra legislación acápites excluyentes de los artesanos o agricultores como sujetos empresariales a los cuales se les salve de la aplicación del régimen mercantil; claro está que en el caso de los empresarios públicos se rigen por normas de orden público y en lo que les será aplicable las normas mercantiles se utilizarán éstas de manera complementaria.

No obstante, siempre existirá la identificación del sujeto comerciante (empresario) por la utilización de criterios subjetivos como aquel que se ocupa ordinaria y profesionalmente de operaciones que son consideradas estrictamente mercantiles (constituidos éstos ya sea como empresarios individuales o como sociales debiendo de cumplir determinadas obligaciones para su constitución) y siendo su actividad empresarial dirigida a la ejecución de actos de comercio (o empresariales en un mejor sentido).

²⁸ Broseta Pont, M, Manual de Derecho Mercantil, Tomo I, 11 ed., Ed. Tecnos, S.A, España 2003. cit. Págs. 64-65.

La atribución a una persona natural o jurídica de la condición de empresario comporta el sometimiento a un estatuto especial que, por el contrario, no es de aplicación a quienes no ostentan esa condición. Este estatuto está integrado por dos deberes legales: 1) la llevanza de una contabilidad ordenada, y 2) el deber de inscripción del propio empresario (lo cual es medio de prueba, estableciéndose como una presunción iuris tantum de mercantilidad sobre el sujeto) y de determinados actos en el registro²⁹.

En la actualidad se ha creado un nuevo concepto, el de "operador económico", el cual se entiende como toda persona que realiza operaciones de mercado, tanto desde el lado de la oferta, como desde el lado de la demanda, busque o no busque un lucro con su actuación y tenga o no tenga una organización para participar en el mercado.

Este concepto trata de superar el término empresario por un concepto más amplio y fresco. Por consiguiente, los consumidores serían también operadores económicos. Es importante el hecho de considerar operadores económicos a las personas jurídicas que actúan en el mercado; tanto si actúan con ánimo de lucro, como si actúan exclusivamente desde el lado de la demanda. En definitiva, por tanto, se parte de la idea de que las normas legales que rigen el mercado deben aplicarse a todos los que participan en él, es evidente que su ámbito subjetivo ha de ser no sólo el de los empresarios, sino el de los operadores económicos en general. Y este ámbito subjetivo tiene especial trascendencia, como acaba de señalarse, para incluir en él a todos los operadores personas jurídicas, esto es, no sólo las sociedades mercantiles, sino también, asociaciones y otras personas jurídicas que actúan en el mercado³⁰.

²⁹ Rojo Ángel, El empresario I, concepto, clases y responsabilidades, el establecimiento mercantil, en curso de derecho mercantil, I, 1999, Pág. 101.

³⁰ Bercovitz Rodríguez, Apuntes de Derecho Mercantil, España 2003, cit. Págs. 128-129.

- II. Establecimiento: en una primera aproximación, por establecimiento mercantil se alude tanto a la "tienda" como al "almacén" abiertos al público en los que el empresario ejercita el comercio al por menor o al por mayor. Sin duda alguna, en esa expresión está presente una doble idea extraída de la experiencia: de un lado, la idea del comerciante ambulante que se hace estable; de otro, la idea de auxiliar dependiente que, independizándose del comerciante, se establece, es decir, inicia la profesión mercantil en nombre propio, abriendo al público un negocio o una casa de comercio. En este sentido, el establecimiento tiene como presupuesto un local: sin local no existe establecimiento, aunque el establecimiento se componga de más elementos que ese local (instalaciones, mercancías, etc.).

No obstante, en sentido jurídico, establecimiento o establecimiento mercantil significa el conjunto de elementos materiales y personales organizados por el empresario individual o por la sociedad mercantil para el ejercicio de una o de varias actividades empresariales. Desde esta perspectiva, establecimiento equivale a empresa en sentido objetivo.

Y es que en efecto, el empresario o la sociedad mercantil no pueden desarrollar su actividad sin el auxilio instrumental de un conjunto de bienes y servicios. El establecimiento mercantil es el medio o instrumento mediante el cual el empresario ejercita la actividad empresarial. Entre el establecimiento y la actividad a la que se dedica profesionalmente el empresario, existe pues, una relación de medio a fin. El establecimiento es al empresario comercial, industria o de servicio lo que la explotación es al empresario agrícola o al agricultor.

Ahora bien, el establecimiento mercantil no es sólo un conjunto de elementos materiales y personales: es fundamentalmente una organización, es decir, un conjunto organizado por el empresario para la producción o

distribución de bienes o de servicios en el mercado. Esos elementos no están meramente yuxtapuestos, sino que forman un todo orgánico. Y esa disposición, esa organización, no es estática, sino dinámica, y ello no sólo porque, en la mayor parte de los casos, los elementos que componen el establecimiento se sustituyen, o pueden ser sustituidos, por otros o asumen nuevas funciones dentro del conjunto, sino porque la organización se encuentra, real o potencialmente, en constante refacción. La actividad de organización que realiza el empresario no se agota en el momento de crear el establecimiento, sino que continúa a lo largo de la vida de ese conjunto orgánico de elementos materiales y personales³¹.

- III. Organización: Una organización es un conjunto de personas que emplean unos medios materiales para conseguir un fin común. Las organizaciones se pueden clasificar de muchas formas. Si se emplea como criterio de clasificación el número de sus componentes, tendremos organizaciones pequeñas, medianas y grandes. También se pueden clasificar por el fin que persiguen. Así, tendríamos las que persiguen un beneficio económico en su actividad, como una sociedad anónima, y las que no persiguen un beneficio económico. Con la palabra organización también se describe la forma en que se han de ordenar los medios humanos y materiales de que se dispone para conseguir mejor el fin. Una misma palabra (organización) se puede emplear para hablar de una organización (empresa) o de las reglas de funcionamiento de esa misma organización (lo que es organizar)³².

Así mismo, algunos autores consideran que existen otros elementos necesarios para formar una empresa, los cuales son: Patrimonio, capital, trabajo, administración, necesidad.

³¹ Rojo Ángel, el establecimiento mercantil Tomo I, Ed. Civitas Ediciones, S.A, España, 1999, Págs. 100-101.

³² www.soloeconomia.com/empresa escrito por: Gabriela del Rio. Visitada el día, 24 de marzo del 2010.

i. PATRIMONIO³³:

Conjunto de elementos patrimoniales que pertenecen a la empresa; conjunto de bienes materiales e inmateriales organizados por ésta; bienes y medios con los cuales se desenvuelve una actividad económica y se consigue el fin de la empresa.

ii. CAPITAL³⁴:

El capital es el elemento de la empresa que se encuentra conformado por lo invertido en ésta. Es decir, el capital es el conjunto de los aportes que pueden ser dinerarios o no dinerarios, registrables o no registrables, registrados o no registrados. Este elemento es fácil de diferenciar, sin embargo, en algunos supuestos se presentan problemas de aplicación por parte de personas que no tienen dominio del derecho empresarial, por ejemplo cuando se presentan embargos puede embargarse la empresa o los bienes de la empresa. En consecuencia si se desea embargar en contra de la empresa es necesario embargar a la empresa y a los bienes de la misma a fin de evitar que se burle el crédito. Sin el capital es claro que la empresa no puede existir porque no hay que invertir, sin embargo, que el capital no siempre es propio de la empresa sino que puede solicitarse un mutuo que podría tratarse de un mutuo bancario. Es decir, puede iniciarse una empresa con un mutuo o crédito bancario.

iii. TRABAJO³⁵:

El trabajo es el elemento inmaterial de la empresa que se genera a partir de la actividad desarrollada por todos los trabajadores, que pueden ser empleados y obreros, por ejemplo es un trabajador el conserje, un asistente, una secretaria, un vigilante, entre otros. Es decir, son trabajadores los que están sujetos a subordinación y dependencia, por lo cual es necesario precisar que esto no ocurre siempre con todos los que prestan servicios en una empresa, en este orden de

³³ Página web: www.soloeconomia.com/empresa visitada el día 9 de junio del 2009.

³⁴ Página web: www.soloeconomia.com/empresa visitada el día 9 de junio del 2009.

³⁵ Página web: www.soloeconomia.com/empresa visitada el día 9 de junio del 2009.

ideas también prestan servicios, pero no como trabajadores, los que han celebrado un contrato de locación de servicios.

iv. ADMINISTRACIÓN³⁶:

La administración es el elemento inmaterial de la empresa que irradia a partir de la actividad de dirección que llevan a cabo los administradores de ésta, que pueden ser directores, gerentes, sub gerentes, entre otros. La administración se separa del derecho de propiedad de la empresa con más notoriedad en las empresas de grandes capitales.

v. NECESIDAD³⁷:

Para que pueda tener éxito una empresa no bastan estos elementos sino que tiene que existir una necesidad del bien o servicio brindado por la misma, y, en consecuencia, en muchos casos se segmenta el mercado a efecto de poder dirigir el bien o servicio brindado por la empresa, para poder determinar antes de invertir si existe o no la suficiente necesidad del bien o servicio en concreto, y así evitar el fracaso de la empresa. Dicha característica es muy importante ya que sin la necesidad suficiente la empresa tiende a fracasar o cerrar. En consecuencia, es claro que no se debe invertir por invertir, sino que previamente debe determinarse si existe la necesidad del bien o servicio producido o distribuido por la empresa.

6. Régimen jurídico de la Empresa

Cabe señalar que el régimen jurídico tendente a regular a la empresa en Nicaragua es un régimen asistemático y fragmentario. Así, la regulación de la empresa en nuestro país tutela a la misma desde muy distintas perspectivas, de

³⁶ Página web: www.soloeconomia.com/empresa visitada el día 9 de junio del 2009.

³⁷ Página web: www.soloeconomia.com/empresa visitada el día 9 de junio del 2009.

modo que es posible hablar de un: Derecho laboral de la empresa; Derecho constitucional de la empresa; Derecho mercantil de la empresa; Derecho tributario de la empresa; entre otras ramas del derecho.

Así, la empresa tiene un derecho aplicable que es un conjunto de disposiciones que se aplican a la misma, entre las cuales podemos citar: las disposiciones en materia de sociedades mercantiles contenidas en el Código de Comercio; la ley general de títulos valores; la ley del mercado de capitales; la constitución económica; algunas disposiciones del Código civil; el Código de comercio en general; el Código penal, al menos en lo que atañe al denominado "Derecho Penal Económico", entre otras.

7. Características de la Empresa

La empresa, para cumplir sus objetivos y desarrollar el conjunto de sus actividades, ha de disponer de unos medios o factores, que podemos reunir en dos grandes grupos: personas o factores activos; bienes económicos o factores pasivos. Los segundos, son denominados restrictivos, por ser factores en sí mismo limitados. Los primeros, forman la dinámica de la empresa, actuarán sobre los factores pasivos para intentar alargar sus límites y mejorar sus resultados. La empresa precisa de una organización, impuesta por quien posee la facultad de dirigir: el empresario. Genéricamente, la clasificación de los elementos constituyentes de la estructura de la empresa sería la siguiente: El grupo humano o las personas. Dentro del grupo humano podemos señalar la existencia de grupos diferenciados por sus intereses y relaciones con los grupos restantes, estos son:

- Los propietarios del capital o socios.
- Los administradores o directivos.
- Los trabajadores o empleados.

Entre los dos primeros grupos, y básicamente en el segundo, surge la figura del empresario tal y como hoy se le concibe. Los bienes económicos se suelen clasificar en inversiones o duraderos, y en corrientes o no duraderos, según su vinculación al ciclo productivo de la explotación, ya que si los mismos no se consumen o transforman en el mismo estaremos ante el primer caso. Por su parte la organización aparece como el conjunto de relaciones de autoridad, de coordinación y de comunicación que forman la actividad del grupo humano entre sí y con el exterior. Esta estructura organizativa es definida por el empresario³⁸.

El establecimiento, en sentido amplio, es una característica muy importante para poder constituir una empresa ya que el establecimiento es el local donde se ubica la empresa el lugar donde se instala y desarrolla su actividad mercantil. Produce importantes efectos jurídicos:

- a. Determina la competencia judicial y registral, en los negocios en que la empresa interviene.
- b. Determina el domicilio fiscal de las personas físicas o morales de acuerdo al lugar donde se encuentre el asiento principal de sus negocios.

Elementos integrantes del establecimiento:

- Bienes muebles e inmuebles
- De propiedad industrial y comercial etc.
- Corporales e incorporales
- Consumibles y no consumibles
- Derechos reales y de crédito

³⁸ Instituto Americano de desarrollo empresarial, Universidad Americana (UAM)/ www.infopyme.com/Dcs/NI/offline/ visitada el día 9 de junio del 2009.

Satisfacen una finalidad común: El servicio a la actividad de producción o de cambio en el mercado.

8. Importancia de la Empresa

Como hemos venido sosteniendo, desde la perspectiva económica la empresa es una unidad organizativa que, mediante la combinación de los factores de producción (capital, trabajo y materias primas), tiene por objeto la obtención de un beneficio. Para poder funcionar, toda empresa precisa de unos medios humanos (directivos y empleados), recursos financieros, y medios técnicos y económicos.

No cabe duda que la empresa genera importantes beneficios para el empresario o los socios y, porque no decirlo, para la sociedad.

Y es que, en las economías de mercado como la nuestra, la empresa es uno de los motores principales de la economía, en tanto genera empleos; contribuye con el cumplimiento de los fines del Estado a través del pago de sus tributos; y en ocasiones contribuye con la comunidad a través de las actividades propias de la denominada "responsabilidad social corporativa"; entre muchos otros beneficios que, sin lugar a dudas, permiten sostener la enorme importancia que la empresa tiene en el seno de cualquier sociedad actual.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS INTER VIVOS QUE TIENEN POR OBJETO LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA

1. La transmisión de la Empresa

Por ser la empresa una "cosa mercantil", se considera su transmisión como un acto de comercio, y este concepto no sólo abarca la trasmisión del dominio y posesión de dicho bien, sea por actos inter vivos o mortis causa, sino a su vez el traspaso de la tenencia de la misma, como sería el caso del usufructo.

Siendo la empresa un bien, puede enajenarse o cederse por cualquiera de los medios reconocidos por el derecho, siendo el más frecuente el de la compraventa.

Como ya hemos señalado, no existe en el Derecho mercantil un concepto jurídico de empresa unívoco. Sucede que el Derecho positivo, anclado en categorías jurídicas del pasado histórico y carente de una idónea para reconocer, abarcar e integrar unitariamente la realidad económica, plural y compleja, de la empresa, descompone y escinde la unidad básica de esta a la hora de regular sus distintas dimensiones, aspectos organizativos y situaciones jurídicas relevante con la pérdida consiguiente de la unidad y comprensividad sistemática que debe presidir el ordenamiento jurídico³⁹.

Así, reiteramos que la única definición con la que cuenta nuestro ordenamiento, la cual no es completamente concentradora de todas las expectativas que sobre esta noción acarrea cualquier acercamiento jurídico mercantil, es la determinada en el código del trabajo, artículo 12: "Se entiende por empresa la unidad económica de producción, distribución, y comercialización de bienes y servicios. Se considera como parte de la empresa los establecimientos, sucursales creadas para el

³⁹ Jiménez Sánchez, Lecciones de derecho Mercantil, MCGRAW-HILL, España, 2004. Cit. Pág.67

crecimiento y extensión de sus actividades siempre que no constituyan una persona jurídica diferente." Así, dicha noción es más económica que jurídica.

Dejando, a un lado la noción de la empresa, y en atención a los objetivos planteados en el presente estudio, la primera gran cuestión sobre la que deseamos interrogarnos es ¿si cabe la transmisión de la empresa en el ordenamiento jurídico nicaragüense? A tal pregunta cabe responder que, pese a que no tenemos regulación específica en la materia, nos parece que dicha transmisión es posible con fundamento en el principio de la "Autonomía de la voluntad contractual", reconocido en nuestro sistema en el art. 2437C⁴⁰.

Empero, para tener una visión más acabada de los aspectos que deben tenerse en cuenta para procurar la transmisión de la empresa, y dada su cercanía con nuestro sistema jurídico, haremos una breve revisión de la legislación Hondureña de la materia.

Aquí corresponde preguntarse ¿qué se trasmite al ceder el dominio, posesión o tenencia de una empresa mercantil?

En tal sentido, el legislador Hondureño establece que se transmiten:

- a) Sus elementos, incluyendo los contratos y créditos pero sin limitarse a ellos.
- b) Las deudas contraídas por el anterior titular.

Como regla general, el legislador Hondureño, partiendo de la base de que la empresa mercantil es una universalidad, una cosa mercantil que tipifica un bien económicamente complejo, cuya universalidad es lógica y legal, mas no ontológica, como ya dijimos, y cuyos elementos, por tanto, se encuentran unidos por ley, en protección de su interdependencia funcional y no por su propia naturaleza, por lo que cada uno de estos guarda, para cierto efectos legales, su

⁴⁰ "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

propia individualidad (art. 648), ordena que todo contrato celebrado sobre una empresa mercantil, que no exprese los elementos que de ella se han tenido en cuenta, comprenderá:

1. El establecimiento de la misma, si lo tuviere⁴¹;
2. La clientela y la fama mercantil;
3. El nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y el establecimiento⁴²;
4. Los contratos de arrendamiento;
5. El mobiliario y maquinaria;
6. Los contratos de trabajo, y;
7. Las mercancías, créditos y los demás bienes y valores similares.

Sólo por pacto expreso se comprenderá en los contratos a que este artículo se refiere, las patentes de invención, secretos de fabricación y del negocio, exclusivas y concesiones:

Al interpretar el citado artículo debe tenerse en cuenta lo siguiente⁴³:

⁴¹ Falla, G. F. Apuntes de Derecho mercantil, La Empresa, Tecnos, 1977- Madrid, 1978; Que, a su vez de ser local arrendado, incluye el contrato de arrendamiento, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 659 del código de comercio, que dice: "si se enajena o trasmite la negociación, si se construye un derecho real sobre ella, o si se da en arrendamiento subsistirá el derecho a los locales que ocupen sus establecimientos, derivados de un contrato de arrendamiento, si en este se previó su destino como establecimiento y se subsiste el giro convenido, de haberse fijado específicamente. No producirá efecto alguno el pacto contrario a esta disposición".

⁴² El art 18 de la ley de marcas, modificado por decreto 474 de junio de 1977, establece expresamente que las marcas quedan incluidas en la enajenación de una empresa, salvo pacto en contrario.

⁴³ Jiménez Sánchez, Lecciones de derecho Mercantil, MCGRAW-HILL, España, 2004.

- I. En primer lugar, es necesario aclarar que la norma en análisis sólo es aplicable si las partes no hubieran convenido otra cosa, las palabras: que no exprese los elementos que de ella se han tenido en cuenta no permiten otra interpretación. Más si el o los elementos excluidos son de la esencia para la explotación de la empresa transmitida, el contrato motivante de la transmisión se convertirá en un contrato de transmisión de bienes específicos y, por tanto, no sería de aplicación lo dispuesto en el Código de Comercio⁴⁴.

Por el contrario, consideramos que sería de aplicación la regla de la transmisión de empresas en los casos en que el bien transmitido sólo sea uno de los establecimientos, si por sí solo reúne los requisitos exigidos por el art. 644 del Código de Comercio para tipificar a una empresa.

En conclusión, la aplicación o no de las reglas de transmisión de empresas a los casos de transmisión de conjunto de bienes, dependerá de la situación de hecho de cada caso, lo cual tendrá que determinar el juez que conozca de la demanda.

- II. En segundo lugar, en relación con el art. 646 del código de comercio Hondureño, forzoso es concluir que, en lo que a la identificación de los elementos comprendidos en la transmisión de una empresa mercantil se refiere, el legislador hondureño ha seguido dos sistemas diferentes:
 1. Elementos que no requieren de identificación alguna y que, salvo pacto en contrario, siempre se encuentran incluidos en la transmisión de una empresa, por ejemplo: la clientela, los contratos de trabajo, las mercancías, créditos y los demás bienes y valores similares, etc.
 2. Elementos que requieren identificación expresa en el documento. Esto, a su vez, pueden dividirse en dos grupos diferentes, que son, los bienes

⁴⁴ Caso típico es el de la venta de ciertos, aunque no de todos, los activos de un empresario, justamente para obviar la transmisión de las deudas reguladas por el art. 649 del código de comercio.

inmuebles y derechos reales y las patentes de invención, secretos de fabricación y del negocio exclusivas y concesiones.

Los bienes inmuebles y derechos reales: para que la transmisión de los bienes inmuebles o derechos reales de una empresa tenga efectos frente a terceros, el negocio jurídico motivante de la transmisión tiene que constar en escritura pública, en la que se describa el bien o derecho y sus antecedentes, y posteriormente, inscribirse en el registro de la propiedad correspondiente⁴⁵.

Lo anterior es conclusión obligada de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 646 del Código de Comercio de Honduras, que sujeta la transmisión y gravamen de los elementos inmuebles de una empresa al derecho común.

Mas de no cumplirse con dichos requisitos formales, si bien la transmisión de los inmuebles no afectaría a terceros, si sería válida inter partes, puesto que hubo consentimiento en el negocio jurídico motivante de la misma, aunque dichos elementos no hayan sido mencionados en el contrato respectivo, pudiendo cualquiera de los contratantes obligar al otro a cumplir con los requisitos de publicidad y forma.

En conclusión, para la legislación hondureña, al igual que para la española, la exigencia del artículo 1574 del Código Civil Hondureño no afecta al vínculo que une a las partes ni, por consiguiente, a la obligación considerada estrictamente como relación entre ellas, por lo que, aunque no se hubiere cumplido con los requisitos de forma, la obligación de transmitir⁴⁶ los dichos elementos sería válida entre las partes⁴⁷.

⁴⁵ Art. 1575 del código civil de Honduras, en relación con el art. 37 de la ley del registro de la propiedad.

⁴⁶ Aunque no la tradición del dominio o POSICIÓN.

⁴⁷ Conforme, en derecho español, PUIG BRUTAU, José, Fundamentos de derecho civil, 2 da. Edición, Barcelona, 1978, t II vol. I Pág. 159; para quien "los contratos enumerados en el art. 1280 del código civil español. Textualmente idéntico al 1575 del código civil Hondureño, son válidos en todo caso entre los contratantes. Sin perjuicio de que estos pueden compelerse a otorgar el documento a que se refiere el mismo. En igual sentido CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho civil español, común y foral 10 edición, Madrid 1965. T.3.P.434. y la reiterada jurisprudencia del tribunal supremo español. Sostenida en sentencias como la del 30

Más aún, como la "cosa" transferida en la empresa mercantil es un bien económicamente complejo, del cual los inmuebles son uno de los elementos a transferirse, el bien tiene que transferirse (salvo pacto en contrario) con todos sus componentes por ser éstos parte integrante de aquél⁴⁸, por lo que, aunque no se mencione en el negocio jurídico motivante de la transmisión, los inmuebles quedan incluidos en la misma. Confirma la anterior interpretación el artículo 648 del código de comercio. La norma en análisis contiene dos reglas diferentes: la primera, de carácter general, respecto de la cual cabe preguntar si ¿debe interpretarse dicha norma en sentido restrictivo o en sentido amplio? Salvo pacto en contrario, y aunque no se hayan expresado en el negocio jurídico correspondiente, quedan comprendidos en la transmisión de toda empresa los elementos que se mencionan en el Código de Comercio.

Claramente afirma que la enumeración del artículo 648 es: para el solo efecto de precisar el alcance mínimo de la unidad legal de la empresa, obvio es deducir que la intención legislativa, al hacer tal enumeración, fue sólo a los efectos de mencionar, en forma ejemplificativa, pero no limitativa, los elementos que se transmiten, por lo que, si la empresa contase con otros elementos, como son sus inmuebles, quedarían a su vez automáticamente incluidas en el negocio jurídico traslativo de la empresa, que es la cosa transmitida. Según art. 1351 del Código Civil.

Las patentes de invención, secretos de fabricación y del negocio, exclusivas y concesiones: al tenor de lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley de patentes de invención de Honduras, la transmisión de dicho derecho inmaterial tiene que constar en escritura pública, indicando si sólo se concede el derecho de fabricación, o si se transmite el privilegio en absoluto, el área territorial a que la

de octubre de 1906 y 29 de octubre de 1908 que afirma: según la jurisprudencia del tribunal supremo, el precepto de este artículo (1280 del código civil) no afecta la validez y eficacia de los contratos cualesquiera que estos sean que celebren las partes aun sin consignarlos en escritura pública, por no obstar dichos preceptos a la acción de los interesados para pedir el cumplimiento de dicha formalidad.

⁴⁸ No hay que olvidar que para la legislación mercantil la empresa es un bien mueble distinto de sus elementos, siendo de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 1354 del Código Civil.

transmisión se circunscribe, anunciarse el traspaso en la gaceta e inscribirlo en el registro de la propiedad industrial. En igual sentido, si lo transmitido es una concesión, requiere, en la mayoría de los casos, la aprobación administrativa previa, afrontándose a la vez la necesidad de aprobación del concedente, en los casos de contratos de distribución con derecho a exclusivas, ya que normalmente la distribución es concedida en base a la persona del concesionario, siendo causa de resolución del contrato el cambio de éste⁴⁹.

Por otro lado, cabe señalar que la transmisión del establecimiento mercantil puede ser directa o indirecta, se califica de transmisión directa aquella transmisión en la que el objeto del negocio es el establecimiento o los establecimientos del transmitente; y se habla de transmisión indirecta para hacer referencia a la transmisión de la totalidad de las acciones o de las participaciones en que se divide el capital de una sociedad cuyo patrimonio se encuentra constituido exclusiva o principalmente por uno o varios establecimientos. Mientras que en el primer caso, por virtud de la transmisión, cambia el titular del establecimiento, en el segundo el titular sigue siendo la sociedad, que es la que cambia de manos. Por supuesto, la opción entre transmisión directa o indirecta está en función de la circunstancia de cada caso. Pero, en ocasiones, por conveniencia de las partes, una transmisión que, en principio, tendría que ser directa, se realiza como indirecta: el titular del establecimiento, sea empresario individual o sociedad mercantil, constituye una sociedad, unipersonal o no, a la que se aporta el establecimiento que proyecta transmitir y, una vez inscrita esa sociedad en Registro Mercantil, procede a la transmisión de la totalidad de sus acciones o participaciones.

⁴⁹ Rojo Ángel, El Empresario, Ed. Civitas Ediciones S.A, España 1999.

En los casos de transmisión inter vivos indirecta del establecimiento mercantil, procede aplicar por analogía algunas de las normas propias de la compraventa del establecimiento, como, por ejemplo, las relativas a las garantías por evicción y por vicios ocultos.

Luego de haber descrito algunas ideas generales sobre la transmisión de empresa en el régimen jurídico hondureño, nos parece, a manera de conclusión, que en Nicaragua es posible, a la luz del artículo 2437 C⁵⁰., realizar la transmisión de la empresa, tomando en consideración los límites establecidos en dicha norma, los que a saber son: la ley, la moral y el orden público. A tal efecto puede ser de enorme utilidad tomar en cuenta algunas de las soluciones normativas que el legislador hondureño ha incorporado, y que hemos ido mostrando a lo largo de este apartado.

1.1. Trasmisión de deudas

En este sentido, el artículo 649 del Código de Comercio de Honduras, en su párrafo primero, dice: "la trasmisión de una empresa implica la de las deudas contraídas por el anterior titular en la explotación de la misma". La regulación Hondureña, que excede en mucho a su precedente Italiano⁵¹, establece

⁵⁰ Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público. Código Civil de la Republica de Nicaragua, Tomo II, Ed. Jurídica.

⁵¹ El artículo 649 del código de comercio de Honduras tiene su precedente en el artículo 2560 del código civil Italiano que dice: "Deudas relativas a la hacienda cedida. El enajenante no queda liberado de las deudas relativas a la hacienda cedida. El enajenamiento no queda liberado de las deudas inherentes al ejercicio de la hacienda cedida anteriores a la transferencia, sino que resulta que los acreedores han consentido en ella. En la transferencia de un establecimiento comercial, responde de las deudas indicadas, también el adquirente de la hacienda, si dichas deudas indicadas, también el adquirente de la hacienda, si dichas deudas resultan de los libros de contabilidad obligatorios".

expresamente la transmisión *ex lege* de las deudas incurridas por el empresario tradente al adquirente, en los casos de transmisión de una empresa⁵².

La redacción de dicho párrafo en análisis no ofrece mayores dudas interpretativas:

- A) El adquirente se convierte, por imperio del ley, en obligado directo de todas las deudas incurridas por el empresario tradente en la explotación de la empresa mercantil cedidas⁵³, aunque estas predaten a la fecha de la cesión⁵⁴.
- B) Siendo dicha cesión *ex lege*, o sea, impuesta por ley, la responsabilidad del adquirente nace independientemente de cualquier declaración de voluntad, ya sea del acreedor cuyo crédito fue cedido, del tradente o del adquirente,

⁵² Dicha regla sólo es aplicable a los casos de transmisión voluntaria, *sea inter vivos o mortis causa*, de una empresa, y no a casos como los de remate judicial en que únicamente se transmiten los activos (elementos) de la misma. Esto cabe para otros países ya que en la legislación Nicaragüense no cabe.

⁵³ En este sentido el legislador Hondureño considera que, en el Derecho Hondureño, por ende, no así las deudas en que se haya incurrido por otro concepto, como sería el caso de un comerciante individual, dueño de una panadería, que incurriese en una deuda para adquirir una casa habitación, pues como ella no correspondería a su actividad empresarial (hacer y vender pan) no se transmite en caso de vender su empresa mercantil a un tercero; no obstante concordamos con la doctrina Alemana citada por Pérez de la Cruz Blanco, Antonio, efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes, el concepto deudas incluye toda clase de relaciones pasivas, excluyendo sólo las de estricto carácter personal, y comprende las derivadas de la gestión como las nacidas del acto ilícito (como sería el caso de la violación de patentes). Sin embargo esto no aplica en Nicaragua por que en nuestro país no se reconoce separación del patrimonio empresarial y del patrimonio personal para los empresarios individuales.

⁵⁴ De ahí el peligro que implica para el adquirente la norma Hondureña, pues se convierte en obligado de todas las deudas en que haya incurrido el tradente en la explotación de la empresa, estén o no asentadas en sus libros de contabilidad, y sean o no contingentes, siendo innegable que en este caso el legislador Hondureño prefirió proteger a los acreedores antes que al adquirente. Es por eso que en el caso de la compraventa de empresa, se recomienda que se transcriba en el cuerpo de la escritura un balance general de la empresa vendida, garantizando el vendedor que dicho estado financiero es el reflejo fiel del estado de la empresa transmitida, no existiendo pasivos directos no contingentes que no aparezcan en el mismo.

tipificando así una verdadera y propia obligación autónoma impuesta al adquirente por ley, en beneficio de los acreedores de la empresa⁵⁵.

En conclusión de lo anterior es que, por ser una obligación impuesta por ley en protección de los acreedores, el pacto en contrario entre el tradente y el adquirente no afectaría a terceros, no siendo, por tanto, en nuestro criterio, un efecto natural del negocio de transmisión, eliminable, por el mero pacto en contrario, que al parecer es el criterio mantenido por parte de la doctrina alemana⁵⁶, sino un resultado legal de la transmisión, sólo eliminable por la voluntad de aquellos en cuya protección fue legislado, o sea, los acreedores afectados⁵⁷.

c) Cumpliendo los requisitos exigidos por la ley para la transmisión de la empresa⁵⁸, el empresario tradente queda liberado de las deudas en que hubo de incurrir en la explotación de la misma sin necesidad de autorización alguna de sus acreedores⁵⁹.

Cabe señalar que los incisos a, b, y c. no aplican en la legislación Nicaragüense, sino que se la transmisión de las deudas se llevará a cabo con fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, de conformidad a lo establecido en el artículo 2437 del Código Civil.

⁵⁵ Lo mismo en el derecho italiano, para el caso del artículo 2560 del código civil, la ratio de la norma es impedir que se prive a los acreedores del empresario tradente, mediante la venta de la empresa, de las garantías que les ofrecían aquellos bienes sobre los cuales habían confiado otorgar sus créditos, siendo esta, a la vez, la razón por la cual no creemos que sea aplicable la norma a los casos de arrendamiento y usufructo de empresas.

⁵⁶ Pérez de la Cruz Blanco, Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes, pág.537. Concepto que en derecho Hondureño rige para la cesión de los contratos de acuerdo con el artículo 650 del Código de Comercio.

⁵⁷ Como sostuvo Schricker, efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes, una protección de intereses de los acreedores que se hace depender de la voluntad del deudor tiene poco sentido.

⁵⁸ Según el artículo son los establecidos para la transformación y fusión de sociedades.

⁵⁹ Falla, G. F. (1985). Apuntes de Derecho Mercantil, La Empresa; Tecnos, 1977-Madrid, 1978; El acreedor no tiene derecho de oponerse a la sustitución de su deudor, ya que esto ocurre ope legis, sino a oponerse a la transmisión de la empresa (y por tanto de su deuda), que es un remedio totalmente diferente.

Otra de las diferencias entre la legislación Italiana y Hondureña es que para la doctrina mayoritaria Italiana tendrían una doble garantía; la del adquirente, convertido en obligado por la ley, y la del tradente, deudor solidario de las dichas obligaciones⁶⁰.

Mas como el deudor principal es el empresario adquirente, quien asumió todas las deudas reflejadas en los libros contables desde el momento de la trasmisión de la empresa, si los acreedores exigen el pago de la deuda al anterior titular, y este paga, tiene el derecho a repetir contra el nuevo adquirente, quien es desde el punto de vista de las relaciones internas cesionario-cedente, el obligado por las mismas.

En lo que a la legislación hondureña se refiere, por el contrario, si los acreedores del empresario cedente han aceptado la cesión de la empresa expresa o tácitamente⁶¹, liberan al empresario tradente de toda obligación con respecto a las deudas incurridas en el ejercicio de su actividad empresarial, quedando como único obligado el empresario adquirente. Podemos decir que como la trasmisión de la deuda opera *ex lege*, es de público conocimiento y de cumplimiento obligatorio, afecta no sólo al tradente y al adquirente de la empresa, sino incluso, a los acreedores de las deudas cedidas.

El Código de Comercio hondureño exige que, en las transmisiones de empresas, se publique el acuerdo respectivo, caso de ser sociedad, o de la decisión de llevar a cabo el negocio jurídico, caso de ser empresario individual, así como los balances de los empresarios adquirentes y tradentes, estableciendo que la trasmisión únicamente tendrá efecto, en lo que a terceros se refiere, a partir de los tres meses de las referidas publicaciones, otorgándole a todos los interesados, entre

⁶⁰ La discusión se ha suscitado, en la legislación italiana, sobre la forma en que debe otorgarse la aceptación de los acreedores, pues si bien Rotondi, Diritto industriale, Pág. 394, considera que es requisito indispensable el consentimiento expreso de los acreedores para liberar al tradente de la deuda, Ferrara, teoría jurídica de la hacienda mercantil, además considera que si los acreedores han autorizado la venta de la empresa, pierden toda acción contra el tradente, ya que el consentimiento de la trasferencia de la hacienda se equipara al consentimiento de la liberación del cedente.

⁶¹ Aunque sea por omisión.

los cuales se incluyen a los acreedores, el derecho de oponerse a la transmisión, salvo que, en criterio del juez de la causa, el adquirente la ofrezca, en sí mismo de manera notoria.

El acreedor tiene el derecho de impedir la sustitución de su deudor, oponiéndose a la transmisión de la empresa, en cuyo caso, si el juez considera que el adquirente no ofrece, de manera notoria, solvencia suficiente, puede exigir se otorguen garantías o, de no ser esto posible, dejar sin efecto la transmisión convenida, regla que no tendría razón de exigir si el tradente permaneciese como deudor solidario, ya que el acreedor continuaría teniendo acción tanto contra este, como contra el adquirente de la empresa⁶².

De tal manera, que si el acreedor no se ha opuesto a la transmisión de la empresa durante el término de tres meses señalados por la ley a dichos efectos, su silencio entraña su aceptación de la misma, con todos sus efectos jurídicos, incluyendo el de la liberación del tradente por las deudas de la empresa cedida.

El empresario tradente queda liberado de toda responsabilidad por las deudas incurridas en la explotación de la empresa transmitida, desde el momento de la vigencia del negocio jurídico motivante de tal transmisión, la que sin embargo, queda sujeta a la sujeción de que ningún acreedor se oponga, si los acreedores no se oponen a la transmisión de la empresa dentro de dicho término, que para la legislación Hondureña es de tres meses fijados por la ley. Por ende, si los acreedores no se oponen a la transmisión de la empresa dentro de dicho término, pierden cualquier derecho de accionar contra el tradente, por no haber utilizado los procedimientos en término perentorio fijado por la ley⁶³, de tal manera que si los acreedores expresamente aceptan la transmisión, están aceptando dicho negocio jurídico con todas sus implicaciones.

⁶² Como mantuvo Rodríguez Rodríguez, Joaquín, tratado de sociedades mercantiles, 4 edición México, 1971 t II, Pág. 516; en los casos de fusión (y por tanto de transmisión de empresas para la legislación Hondureña) la protección de los acreedores se logra a través de la existencia de un plazo de prohibición, mientras no transcurra el cual es imposible efectuar la fusión o transmisión.

⁶³ O sea, caduca su derecho.

Por otra parte, el Código de Comercio nicaragüense, en su Libro II, Título IV, capítulo III, a continuación de la compraventa y la permuta, regula el contrato de "cesión de créditos mercantiles". Por lo que la transmisión de las deudas que se derive de la transmisión de la empresa deberá tomar en cuenta en Nicaragua dicha regulación.

En esta línea, el artículo 365 Cc. prevé que la cesión de créditos mercantiles se sujetará, de manera general, a las disposiciones del Código Civil, excepto en el caso de la *cesión de un derecho litigioso* proveniente de un "acto de comercio", donde el deudor no gozará del beneficio que le concede el derecho común⁶⁴, el que consiste en la posibilidad de pagar al cesionario solamente el valor de lo que este haya dado por el derecho cedido y los intereses desde la fecha de la notificación de la cesión⁶⁵.

1.2. Trasmisión de contratos

Según el artículo 650 del Código de Comercio de la legislación hondureña: "salvo pacto en contrario, quien adquiere una empresa se subroga en los contratos establecidos por el ejercicio de las actividades propias de aquella que no tengan carácter personal".

El tercer contratante podrá, sin embargo, dar por concluido el contrato dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la trasmisión, si hubiere justa causa para ello, quedando a salvo, en este caso, la responsabilidad del enajenante⁶⁶, toda empresa mercantil ejerce su actividad frente al público consumidor, dependiendo el éxito de su gestión de la clientela que haya podido lograr y de sus

⁶⁴ Art. 2744 C: "El deudor no estará obligado a pagar al cesionario, sino el valor de lo éste haya dado por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que haya notificado la cesión al deudor".

⁶⁵ Art. 94 Cc.

⁶⁶ Regla, que a su vez es aplicable en los casos de arrendamiento y usufructo de empresa.

relaciones con sus proveedores y financistas, nexos contractuales y comerciales, que generalmente son, el resultado de un prolongado esfuerzo del mercado.

Por ende, las relaciones contractuales, de una empresa configuran uno de sus más valiosos elementos. Por esta razón, el legislador hondureño, siguiendo su precedente italiano⁶⁷, estableció que la trasmisión de una empresa entraña la de sus relaciones contractuales, ya que el objeto de la trasmisión es una cosa mercantil, que tipifica un bien económicamente complejo, considerado por ley como una unidad creada para el ejercicio de una actividad empresarial, por lo que la trasmisión de los contratos no es más que un efecto de la intención de las partes impuesto por ley: la de transferir una unidad económica en marcha⁶⁸.

El artículo 650 del Código de Comercio hondureño señala que:

- a) Los negocios, jurídicos transmitidos son los denominados contratos sinalagmáticos o sea aquellos en que existan prestaciones recíprocas entre las partes, en que las prestaciones aun hayan sido exigidas, ya que sí una de las partes ha cumplido con el contrato, lo que restaría sería: o un crédito, o una deuda del empresario tradente.
- b) Los contratos transmitidos son exclusivamente aquellos establecidos para el ejercicio de las actividades propias de aquella, "la empresa" o los que tengan carácter personal.

Por ende, los contratos celebrados por el empresario tradente que no correspondan a la actividad mercantil de la empresa cedida o que tenga carácter personal, quedan excluidos de la norma en análisis.

⁶⁷ El artículo. 650 del Código de Comercio de Honduras fue tomado del artículo. 2558 del Código Civil italiano.

⁶⁸ Según Ascarelli, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, pág. 296; la ratio de la norma se encuentra en el hecho de que la trasmisión, no tiene por objeto un mero conjunto de bienes sino un conjunto de bienes coordinados para una función productiva, función que sería perjudicada cuando el nuevo titular no sucediera en los contratos en curso.

Los contratos que contienen obligaciones de carácter personal, pueden dividirse en tres grandes categorías según Vanzetti:

- 1) Los contratos que contienen obligaciones de hacer en los cuales la ejecución específica de una persona dada es esencial. Dichos contratos que suelen denominarse "objetivamente infungibles" no ofrecen mayores dudas interpretativas: si el contrato fue celebrado para que el empresario tradente ejecutase algún acto que, a los efectos contractuales, sólo él, por sus cualidades personales, podría ejecutar, la trasmisión de la empresa no puede conllevar la subrogación del adquirente en dicho negocio jurídico, ya que no reúne las condiciones esenciales para poder cumplir el mismo.
- 2) Los contratos que la legislación vigente tipifica como de naturaleza personal, como son los de uso y habitación.
- 3) Los contratos que, debido a la confianza depositada en una de las partes, únicamente pueden ser cumplidos por ésta.

Estos tipos contractuales, que suelen denominarse "subjektivamente infungibles"⁶⁹ son los que mayores problemas interpretativos han creado en la doctrina. Es innegable que al igual que existe contratos que, contentivos de una obligación de hacer, sólo pueden ser cumplidos por una persona determinada (un pintor, un cirujano, etc.), existen otros tipos contractuales en los que la confianza depositada en una de las partes de la esencia del mismo, siendo uno de los casos clásicos el del factor mercantil, para poder determinar en un caso concreto si estamos o no frente a dicho tipo contractual, es necesario aplicar por analogía las reglas de las sucesiones *mortis causa* que, tratando de la sucesión en relaciones contractuales, regulan una situación similar, por lo que si el contrato puede ser cumplido por los herederos del

⁶⁹ La diferencia fundamental entre los casos de infungibilidad objetiva y subjetiva es que la primera se trata de una obligación de hacer del tradente que sólo él puede cumplir, mientras que en la subjetiva la obligación puede estar a cargo del tercer contratante, como sería el caso de un banco que otorga una línea de crédito, ambas figuras pueden confundirse en ciertos casos.

empresario, debe considerarse transmisible en virtud del artículo 650 del código de comercio, de lo contrario debe considerarse de carácter personal.

1°) contratos que siempre son intrasmisibles, como son los casos de contratos de una obra material, mandato y comisión.

2°) contratos cuya transmisibilidad dependen de la influencia de la *intuitu personae* en los mismo.

c) Al igual que en el caso de la transmisión de deudas, la transmisión de las relaciones contractuales se produce *ex lege* y tiene por efecto subrogar automáticamente al adquirente en los contratos celebrados por el tradente en el giro de la empresa.

Esta es una de las razones por las que el legislador hondureño protegió al tercer contratante otorgándole la facultad de dar por concluido el contrato si hubiere justa causa para ello, o sea en vez de exigir el consentimiento previo del tercer contratante para liberar al cedente de sus obligaciones contractuales, que es la regla general en la cesión de contratos, el legislador prefirió autorizar al tercero a dar por concluido el contrato objeto de cesión, si hubiere justa causa para ello, defendiendo en esta forma, sus derechos, utilizando el mismo principio que el de la sucesión en las deudas, ya que ni el acreedor sustituido, ni el tercer contratante pueden oponerse a la situación de deudor o subrogación en su caso, sino defender sus derechos oponiéndose a la transmisión de la empresa o dando por concluido el contrato.

La diferencia consiste en el hecho de que en la transmisión de contratos no hay sólo deudas, sino también correlativos, de suerte que en la relación misma existe ya una garantía, y la responsabilidad del cedente.

d) No obstante, en contra de la regla que prevalece en la cesión de deudas, el legislador específicamente previó que dicha transmisión puede obviarse por pacto expreso de tradente y adquirente, por lo que la transmisión o no de

todas o algunas de las relaciones contractuales forman parte del ámbito de la autonomía privada de aquellos.

- e) La subrogación automática del adquirente en los contratos cedidos, entraña la liberación del tradente en cuanto a sus obligaciones contractuales para con el tercero.

Una vez más, a falta de disposiciones legales propias que regulen esta materia, nos parece que todas estas soluciones normativas son aplicables en nuestro sistema, por vía de la autonomía de la voluntad de la que gozan los contratantes en nuestro país.

2. Transmisión inter vivos de la Empresa

Los supuestos de transmisión inter vivos de la empresa se pueden clasificar en dos categorías diferentes: de un lado, los casos de transmisión voluntaria, que son la regla; y, de otro, los casos de transmisión forzosa que viene a configurarse como la excepción. La voluntaria puede ser a título oneroso (compraventa, permuta, aportación a sociedad, dación en pago, etc.), o bien a título gratuito (donación); y, por su lado, la transmisión forzosa puede producirse como consecuencia de un procedimiento de ejecución individual, o como consecuencia de un procedimiento de ejecución colectiva o de quiebra.

Los supuestos de transmisión de la empresa se distinguen claramente de los supuestos de transmisión individual de los elementos de que se compone, el titular de la empresa puede transmitir aisladamente a una o varias personas tantos elementos considere oportunos, la única excepción que ha de hacerse es la del nombre comercial, que sólo puede transmitirse con la totalidad del establecimiento. No obstante, si los elementos que se transmiten son suficientes para que el

adquirente pueda desarrollar con ellos la actividad empresarial, se presumiría que ha existido transmisión de la empresa⁷⁰.

En relación con la transmisión jurídica "inter vivos" de la empresa, en sentido estricto, hay que partir de dos premisas básicas:

- I. En primer lugar, como ya hemos reiterado ampliamente, la empresa no está considerada por el ordenamiento jurídico como un único bien con individualidad y régimen de transmisión que le es aplicable según su propia naturaleza jurídica. Así, los bienes inmuebles estarán sujetos a las normas de transmisión de esta clase de bienes; del mismo modo que los bienes muebles o los derechos de propiedad industrial o intelectual se deben transmitir conforme a las disposiciones legales que rigen respectivamente para ellos. Asimismo las deudas y los créditos habrán de sujetarse para su transmisión a lo dispuesto para la cesión de las deudas y de los créditos.
- II. En segundo lugar hay que tener en cuenta que la autonomía jurídica de los elementos integrados en la empresa no impide que el titular de ésta, en la medida que ostenta la titularidad de los distintos elementos que la componen, pueda realizar negocios sobre el conjunto organizado de los mismos que es la empresa. La empresa puede ser, por tanto, objeto de negocios jurídicos de carácter unitario⁷¹.

Tomando en cuenta estas ideas generales, a continuación analizaré cada una de las formas de transmisión jurídica, de carácter oneroso, de la empresa:

2.1. Compraventa de Empresa

La compraventa es el supuesto más frecuente de la transmisión inter vivos del establecimiento (entendiendo éste como sinónimo de empresa según un sector importante de la doctrina), salvo supuestos marginales, la compraventa puede ir

⁷⁰ Rojo Ángel, El Empresario, Ed. Civitas Ediciones S.A, España 1999, Pág. 86.

⁷¹ Bercovitz Rodríguez, Apuntes de Derecho Mercantil, Ed. Arazandi, España, 2002. págs. 268-269.

precedida de negociaciones entre las partes, con sus asesores financieros y jurídicos, o de negociaciones entre los intermediarios elegidos por ellas con esta específica función. En estas negociaciones quien pretende comprar asume necesariamente un compromiso de confidencialidad, de modo tal que la información que recibe sobre el establecimiento o los establecimientos posible objeto de la compraventa⁷² debe mantenerse en secreto incluso en caso de que esas negociaciones no lleguen a buen fin. La violación de este deber de secreto, al igual que la ruptura injustificada de las negociaciones, genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados (confróntese en este sentido el artículo 1902 C. español).

Partiendo de la unidad meramente funcional del establecimiento, el vendedor no tiene porque vender uno a uno los elementos del establecimiento al comprador, sino que el objeto de la compraventa es el establecimiento en cuanto a tal. Se debe partir, pues, de la unidad de título: un único contrato de compraventa, y no una pluralidad de ellos. Por supuesto, para la validez del contrato basta el consentimiento de tales partes: el contrato de compraventa del establecimiento mercantil es contrato consensual y no es menester observar formas especiales ni requisito alguno de publicidad. Y esta afirmación es igualmente aplicable a los demás supuestos de trasmisión inter vivos del establecimiento (permuta, aportación a sociedad, dación en pago, etc.)

Pero, si el título es único, el modo o tradición, requisito necesario para la transmisión de la propiedad, es plural, es decir que está en la función de la naturaleza de cada uno de los elementos que componen el establecimiento⁷³. En efecto, para la transmisión de los singulares bienes es preciso respetar las exigencias y las formas que la Ley establece respecto de cada uno de ellos. Si la compraventa se hace en escritura pública, el otorgamiento de esta equivale a la entrega de todos y cada uno de los elementos del establecimiento. En otro caso, si

⁷² Por ejemplo: cifra de ventas de cada uno de ellos, renta de los arrendamientos de los locales en que se encuentran instalados.

⁷³ Art. 1462. II CC Español.

entre los elementos constitutivos del establecimiento figuran materias primas, mercancías y otros bienes muebles será preciso que el vendedor ponga al comprador en poder y posesión de los bienes⁷⁴ o que el haga entrega de las llaves del establecimiento o del lugar donde se encuentren almacenados o guardados⁷⁵; y si entre esos elementos figuran bienes inmuebles, bienes muebles registrales, derechos de propiedad industrial o derechos de arrendamiento serán de necesaria observancia los requisitos legalmente establecidos para cada una de las respectivas transmisiones. La necesidad de cumplir estos requisitos, sin embargo, no empaña como un todo único, y, una vez prestado el consentimiento, las partes podrán compelerse recíprocamente a cumplir con aquellos requisitos exigidos por la ley para la transmisión de los distintos bienes que lo integran⁷⁶.

Cabe señalar que en nuestra legislación Nicaragüense no tenemos una regulación específica de la compraventa de empresa. Por tal razón debe tomarse en cuenta para dicho negocio la regulación del Código de Comercio, en el apartado dedicado a "La compraventa", es decir los artículos 341 y siguientes; y, en lo que sea aplicable, lo dispuesto en el artículo 2437 del Código Civil, que, como sabemos, recoge el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

2.1.1. Perfiles conceptuales: características, naturaleza y forma

El negocio arquetípico de la transmisión inter vivos de la empresa es la compraventa, no sólo por la gran envergadura económica, que por lo general suelen alcanzar estas operaciones, y por su frecuencia (al menos en otros sistemas jurídicos distintos al nuestro), sino también, sobre todo, porque el tradicional esquema contractual básico de la compraventa, como contrato de cambio oneroso por antonomasia, sirve al jurista de paradigma o modelo de

⁷⁴ Art. 1462. I CC Español.

⁷⁵ Art. 1463 CC Español.

⁷⁶ Art. 1279 CC Español.

referencia obligacional para el estudio y solución de importantes problemas comunes a todos los actos inter vivos de la empresa, cualquiera que sea el esquema contractual elegido por las partes en razón al fin perseguido. Así, cuestiones tales como la cesión de créditos, deudas y contratos pendientes de ejecución, y la prohibición de competencia a que queda sujeto el transmitente.

La importancia y frecuencia de la compraventa de empresas contrasta, sin embargo con la falta de regulación jurídica general de este contrato. De ahí su proclamada atipicidad.

En el plano doctrinal este contrato es considerado como compraventa especial por razón de su objeto. En efecto la complejidad del objeto de transmisión se proyecta sobre toda su estructura contractual: la configuración objetiva del tipo negocial, la naturaleza o título de relación que liga al transmitente (y luego al adquirente) con la empresa, la causa y los modos de transmisión, el contenido obligacional del contrato, e incluso su naturaleza y forma, vienen condicionados por la naturaleza especial del objeto transmitido.

1) La configuración objetiva del tipo negocial

La configuración del tipo negocial está determinada básica y predominante por la especificidad propia del objeto transmitido: la empresa sólo cuando lo que se trasmite completamente es un conjunto organizado de elementos en funcionamiento con vista a la producción o intermediación de bienes o servicios, esto es, una unidad de explotación económica o unidad productiva, formada por capital y trabajo, y dirigida y organizada por su titular, el empresario transmitente, es así que podrá existir compraventa de empresa. Por el contrario, si lo que se trasmite es una serie de elementos patrimoniales inconexos y desorganizados, o incluso un conjunto patrimonial organizado en situación estática, esto es, sin funcionar o sin

aptitud (técnica, económica o jurídica) para iniciar inmediatamente la actividad, no habrá compraventa de empresa⁷⁷.

2) Naturaleza o título de la relación que liga al transmitente (y luego al adquirente) con la empresa

El título jurídico que liga al empresario con su empresa no se puede asemejar de un modo absoluto y simplista al que proviene de un derecho real de propiedad sobre la empresa, aun cuando existen hoy elementos normativos que configuran la empresa como objeto unitario de derecho, como tal reclamable por vía de adjudicación o atribución. Pero la naturaleza especialmente compleja de este objeto jurídico empresarial, formados también por elementos inmateriales y relaciones fácticas y jurídicas no susceptibles de dominación jurídica (tales como la organización de la clientela, las expectativas, las relaciones contractuales de trabajo, servicio, crédito, suministro, seguro, banca etc.), nos obliga a hablar de titularidad de la empresa más que de propiedad de la empresa para explicar la naturaleza o título de la relación del empresario con su empresa, es decir que el empresario está unido a su empresa por la titularidad que posee de ella.

De aquí es que la compraventa de empresa se transmite con cada uno de los elementos y relaciones fácticas y jurídicas que ligan al empresario transmitente con cada uno de los elementos que forman el complejo objeto jurídico empresarial, sin que por ello pierda este su unidad jurídica superior⁷⁸.

3) La causa y los modos de transmisión

Igualmente, la causa y los modos de transmisión de la empresa plantean cuestiones jurídicas directamente derivadas de la naturaleza especial y compleja del objeto transmitido. Así, la empresa se transmite sobre la base de la unidad de causa comercial (esto es, un único negocio) y a través de una

⁷⁷ Girón Tena, José, apuntes de Derecho Mercantil, La empresa, Tecnos, 1977- Madrid, 1978.

⁷⁸ Girón Tena, José, apuntes de Derecho Mercantil, La empresa, Tecnos, 1977- Madrid, 1978.

pluralidad de modos de entrega de los distintos elementos que forman parte de ella, cada uno de los cuales será entregado según su propia ley de circulación⁷⁹.

4) El contenido obligacional del contrato

La naturaleza especial y compleja de la empresa como objeto de transmisión impregna también el contenido obligacional del contrato de compraventa, al imponerse al vendedor una conducta más intensa y complicada tanto activa como pasiva. Que la eximida por las clásicas obligaciones de entrega y saneamiento⁸⁰.

5) Naturaleza

La naturaleza específica mercantil del objeto de venta (la empresa) constituye, cabalmente, el elemento interpretativo fundamental que hace afirmar mayoritariamente a la doctrina respecto de la naturaleza mercantil del contrato de compraventa de empresa. El punto de conexión analógica con los actos de comercio no está en el esquema contractual de la compraventa, sino en la naturaleza especial del objeto de venta: la empresa, como traducción y expresión jurídica de la *mercature* y de la actividad del comerciante.

6) Forma

La forma del contrato de compraventa de empresa viene determinada, por la naturaleza especial del objeto vendido (la empresa), que es como dije anteriormente la expresión jurídica de la actividad del comerciante, pues si bien, en principio, hay que partir de que este contrato, por su naturaleza mercantil, no está sujeto a formalidad esencial o constitutiva (principio de libertad de forma contractual), se hace preciso reparar en aquella consideración doctrinal que en aras de la seguridad jurídica que merece la

⁷⁹ Girón Tena, José, apuntes de Derecho Mercantil, La empresa, Tecnos, 1977- Madrid, 1978.

⁸⁰ Girón Tena, José, apuntes de Derecho Mercantil, La empresa, Tecnos, 1977- Madrid, 1978.

compleja composición objetiva del conjunto empresarial vendido, recomienda a las partes la formalización de este contrato en escritura pública, incluyendo en este el inventario de los elementos que la forman⁸¹.

Existen situaciones jurídicas concretas de trasmisión o desplazamiento de la titularidad de la empresa, por actos de adjudicación testamentaria, de adjudicación liquidataria de la sociedad de gananciales, de embargo patrimonial, incluso por actos de fusión y escisión societaria, de aportación de la empresa a la sociedad anónima y a la sociedad de responsabilidad limitada o al matrimonio, y de cesión global de activo y del pasivo, en caso normalmente, de empresa inerte o a desaparecer, en las que tales actos de trasmisión de la empresa, de varia naturaleza y distintos de la compraventa, han de formalizarse solemne y fehaciente como previo fundamento documental para proceder técnicamente a la entrega de los títulos de adquisición, pertenencia o propiedad en favor de los adjudicatarios o adquirentes de la empresa, y para proceder también, en algún caso, a la necesaria inscripción en el registro mercantil de aquellos actos o títulos que acrediten la propiedad de la empresa.

2.1.2. Los elementos del contrato de compraventa de Empresa

Por lo que se refiere a los elementos personales del contrato, tanto vendedor como comprador serán generalmente empresarios individuales o sociedades mercantiles; pero esta cualidad no constituye condición necesaria. Por ejemplo: un supuesto en el que una persona que ha heredado de otra un establecimiento mercantil sin actividad alguna y cerrado al público, lo venda a otra persona que desea iniciarse en la actividad mercantil precisamente mediante la explotación de este establecimiento.

⁸¹ Girón Tena, José, apuntes de Derecho Mercantil, La empresa, Tecnos, 1977- Madrid, 1978.

Cuando el titular del establecimiento sea una sociedad mercantil, y en particular una sociedad anónima o de responsabilidad limitada es tema debatido el de si la transmisión exige acuerdo de la junta general de socios o si, por el contrario, decidir la transmisión pertenece a la esfera de competencia propia de los administradores. La falta de normas legales arroja no pocas incertidumbres sobre tan fundamental cuestión. Obviamente, cuando los estatutos sociales reservan expresamente esta materia a la competencia de la junta general de socios, los administradores deberán contar con el acuerdo favorable de este órgano social. Pero cuando los estatutos no digan nada, hipótesis extraordinariamente frecuente, se considera que la competencia para acordar o decidir la transmisión está en función del valor del entero patrimonio social. De aquí que si se trata del único establecimiento con que cuenta la sociedad o de la mayor parte de los establecimiento de la misma, el acuerdo de la junta general es absolutamente necesario. Por el contrario si el establecimiento a transmitir constituye una mínima parte de este patrimonio debe reconocerse la competencia del órgano de administración para decidir la transmisión.

Por lo que se refiere a los elementos objetivos, la compraventa tiene como objeto el establecimiento como conjunto de bienes y de servicios. Las partes pueden, no obstante, excluir de la transmisión algunos bienes integrados en el establecimiento, siempre y cuando no se destruya con ello la capacidad funcional del establecimiento por tratarse de elementos esenciales. En otro caso lo que se transmitirá no sería un establecimiento como unidad compleja, sino una serie de elementos inertes, desconectados entre sí.

El precio puede estar determinado en el contrato, ser determinable (pactándose el modo de la determinación o la persona que lo determine, que por lo general, será un auditor) o tener una parte determinada y otra determinable⁸². En la práctica es muy frecuente que una parte del precio este en función del inventario a realizar o del simple recuerdo de las mercancías. De otro lado, en nada afecta en la unidad de la compraventa el hecho de que el precio se haya calculado elemento por

⁸² Artículos 1447 a 1449 CC Español.

elemento, y que así se especifique en el propio contrato con expresión de la cantidad correspondiente a cada uno de ellos.

El precio, como valor pecuniario en que se estima una cosa, constituye junto a la cosa, elemento indispensable en la caracterización de la compraventa. En nuestro sistema, el precio ha de ser "cierto". Lo cual acontece cuando ha sido determinado con claridad, o incluso que sea "determinado" respecto al valor de otra cosa cierta, lo cual se denomina determinación objetiva, e incluso que se deje la tarea de señalarlo a otro sujeto elegido al efecto (determinación subjetiva), quien ha de realizar la fijación, en relación con el momento de perfección del contrato, art. 2537⁸³.

La calificación que como "compraventa" se puede hacer de un contrato, está determinada por el valor en que consiste el precio, con relación al bien, puesto que si la contraprestación por la entrega de la cosa es otra cosa de menor valor junto con alguna cantidad dineraria se puede considerar como compraventa el contrato celebrado, no obstante, si la cosa que se ha de entregar junto al precio dinerario, tiene un valor mayor que lo que se vende, el contrato mutua su naturaleza para convertirse en una "permuta" (art. 2536 C)⁸⁴.

2.1.3. Las obligaciones de las partes en el contrato de compraventa de Empresa

Como sucede en el contrato de compraventa, en general en la compraventa de empresa las obligaciones fundamentales del vendedor son la obligación de entrega del establecimiento y la obligación de saneamiento. La entrega del establecimiento implica, desde luego la de los singulares elementos que lo integran. Esos elementos se describen, por lo general en el contrato o se relacionan en un inventario anexo. En algunas ocasiones las partes acuerdan que

⁸³ "Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta o que se deje su señalamiento al árbitro de persona determinada. Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato". (siempre que ese sujeto determinado que va a fijar el precio no sea uno de los contratantes).

⁸⁴ Jesús Jusseth Herrera Espinoza y Jairo José Guzmán García, Contratos Civiles y Mercantiles, colección facultad de ciencias jurídicas, Pág. 191-196.

el inventario se realice con posterioridad a la compraventa, bien por amabas partes de común acuerdo, bien por alguna de ellas, o por un profesional independiente. En tales casos el inventario cumple una función especificadora de los elementos del establecimiento objeto de la compraventa. Cuando por el contrario, no se describen o relacionan en el contrato los elementos o no se ha previsto que un tercero confeccione el inventario, suele ser alto el grado de conflictividad entre las partes, en orden a que elementos integran efectivamente el establecimiento.

Como el valor del establecimiento incluye también el de la organización como cualidad inseparable del mismo, la obligación de entrega del vendedor no se agota con la entrega opuesta a disposición de los distintos elementos integrantes de aquel, sino que comprende también la obligación de situar al adquirente en condiciones de utilizar y explotar dicha organización y el crédito del establecimiento respecto de la clientela. No es suficiente con la entrega; el vendedor tiene respecto del comprador específicas obligaciones de colaboración: por un lado, el vendedor tiene la obligación de informar lealmente al comprador sobre la organización interna del establecimiento y sus posibilidades de actuación en el mercado, y, por otro, debe abstenerse de realizar actos que ocasionen o sean susceptibles de ocasionar una captación de la clientela. Sobre el vendedor pesa, una obligación de no competencia, como medio indirecto para no destruir la organización y la clientela. Pero esta obligación tiene sus límites. Así, sucede, en efecto, porque no puede ser entendida en términos tan amplios que prácticamente impidan al transmitente toda posibilidad de actuación comercial. Existe un límite objetivo, un límite geográfico y un límite temporal. Por virtud del primero el vendedor no puede ejercer actividad empresarial del mismo o análogo género que la que constituye el giro y trafico del establecimiento vendido. Por virtud del segundo, es decir, del límite geográfico el venderlo puede abrir un establecimiento o continuar la explotación del que ya disponía en municipio distinto a aquel en que radica el establecimiento enajenado, y el límite temporal significa que esa prohibición de competencia desaparece una vez que haya transcurrido el tiempo prudencial necesario (que será distinto en cada caso) para que el comprador

consolide la clientela, haya o no obtenido este resultado. Por excepción, existirán supuestos en que esta obligación negativa del vendedor haya sido excluida expresamente por las partes o en los que, por distintas circunstancias, no resulte exigible al vendedor⁸⁵.

Aunque en algunos sistemas jurídicos, el vendedor de un establecimiento está sometido también a la obligación de saneamiento por evicción y por vicios ocultos⁸⁶, tanto si la evicción o los vicios afectan a la totalidad como si afectan a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. También procederá el saneamiento individualizado de aquellos elementos del establecimiento vendido que sean de importancia por su valor patrimonial.

No obstante, en el sistema jurídico nicaragüense la garantía por evicción no tiene gran interés en la compraventa mercantil, debido a la protección que recibe el adquirente de buena fe (**Art. 342 Cc.:** *"La venta comercial de la cosa de otro es válida. Ella obliga al vendedor a la adquisición y a la entrega de la cosa al comprador, bajo la pena de indemnización de perjuicios"*)⁸⁷.

La obligación esencial del comprador es la de pagar el precio. En la que práctica es frecuente que el comprador retenga parte del precio hasta que se realice el inventario o se practique una auditoria o hasta que desaparezca el riesgo de determinadas contingencias (fiscales, laborales). Pero existen casos en los que el comprador no se obliga a pagar y no paga precio alguno por el establecimiento sino que se pacta que el vendedor, además de obligarse a entregar al comprador una suma de dinero a determinar por el auditor, para equilibrar así el déficit que eventualmente resulte de la auditoria. En tales supuestos, el contrato no puede ser calificado, en rigor, como de compraventa.

⁸⁵ Así sucede cuando este sea titular de varios establecimientos en la misma localidad dedicados al mismo giro y tráfico del establecimiento que vende, y así sucede también en los casos de transmisión forzosa.

⁸⁶ Artículos 1474 y siguientes CC Español.

⁸⁷ Jesús Jusseth Herrera Espinoza, Jairo José Guzmán García, contratos Civiles y Mercantiles, colección facultad de ciencias jurídicas, Pág.229.

2.1.4. Régimen especial del contenido obligacional del contrato

La naturaleza especial y compleja de la empresa plantea problemas peculiares cuando esta se vende o se transmite, los cuales encuentran, por ahora, solución en el establecimiento de un régimen obligacional más intenso y complicado para el vendedor, impuesto no sólo por la dificultad de transmitir los elementos inmateriales de la empresa (organización, clientela, expectativa, etc.), sino también porque, aun cuando el negocio se perfecciona consensualmente con un único contrato del que sólo surgen efectos obligacionales, bastando pues, a la operación la unidad del título o causa, la entrega o cesión de la empresa se ha de articular todavía a través de una pluralidad de modos traditorios, sujetos a diversos regímenes jurídicos, según la naturaleza propia de cada uno de los bienes que deban transmitirse.

Soluciones jurídicas para resolver tales problemas, existen reglas especiales para regular el contenido obligacional del contrato. Estas reglas vienen según los casos, a establecer obligaciones especiales a cargo del transmitente llegando incluso, a desaplicar, corregir o agravar en determinadas cuestiones el régimen obligacional típico y general del contrato de compraventa cuando la aplicación de este no permita, en razón a la especialidad y complejidad del objeto a transmitir, alcanzar plenamente la finalidad del negocio⁸⁸.

1. La clásica obligación, a cargo del vendedor (o cedente), de entrega de las cosa o bien objeto de la transmisión está sujeta, por las razones ya aludidas, a las siguientes reglas especiales:

⁸⁸ Girón Tena, José, apuntes de Derecho Mercantil, La empresa, Tecnos, 1977- Madrid, 1978.

1.1 La determinación de los elementos patrimoniales que deben ser entregados al comprador (o adquirente), aun siendo una cuestión de hecho que ha de dilucidarse en cada caso, tienen que resolverse con la asistencia técnica de criterios de naturaleza económica y jurídica.

En este sentido es preciso aplicar el criterio económico-jurídico que entiende integrados en la empresa, los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión (de empresa) que sean parte integrante o pertenencias de esta. En leyes concursales como la de España, procura también criterios interpretativos, de corte económico funcional, para determinar los elementos patrimoniales imprescindibles objeto de transmisión: la aptitud funcional o productiva del conjunto de bienes y derechos transmitidos con vistas a asegurar y exigir al adquirente, la continuidad de la actividad empresarial; es decir, se han de entregar o transmitir cuantos bienes o derechos resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial por el adquirente, tal como legalmente se le exige.

Tanto si se anexiona o no al contrato el inventario de los elementos a transmitir, y en que las partes puedan concretar la inclusión o no de elementos accesorios de la empresa, es preciso reparar en una doble consideración jurídica. El vendedor (o transmitente) ha de entregar todos los elementos esenciales, materiales e inmateriales, de la empresa necesaria para que el adquirente pueda continuar con normalidad la actividad empresarial, como mínimo, en las mismas condiciones jurídicas y niveles de productividad o rentabilidad que el empresario cedente. Así mismo la exclusión convencional de algún elemento esencial de la empresa determinara la desnaturalización del tipo negocial como tal compraventa de empresa, reduciéndose la operación a una simple compraventa, de corte clásico o general, de un

conglomerado de elementos que no llegan a formar cabalmente una empresa⁸⁹.

1.2 Dado que el contrato de compraventa no produce directamente efectos traditorios, sino solo obligacionales, se hace preciso que el contrato o título de transmisión siga el modo o entrega efectiva del objeto o bien vendido, que tratándose de una empresa, y a falta del general reconocimiento legal de su unidad jurídica, se descompone y pluraliza patrimonialmente en este trance traditorio, de manera que su entrega requerirá una pluralidad de transmisiones particulares de sus distintos elementos simples, sujetas cada una de ellas a la ley de circulación que corresponda al bien o elemento que deba transmitirse .

Los bienes inmuebles se transmiten mediante otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el registro de la propiedad. Los bienes muebles solo requieren su entrega material o puesta a disposición, o incluso la mera entrega simbólica. Los llamados bienes inmateriales de propiedad industrial (marcas, patentes, diseños, nombres comerciales, etc.), ahora ya no deben transmitirse mediante documento fehaciente debidamente inscrito en la oficina que corresponda. El local de negocio que el empresario cedente utiliza a título arrendatario se transmite por cesión del contrato de arrendamiento o por subarriendo de la finca sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador, pero debiendo notificársele de forma fehaciente dicha transmisión.

La cesión de los créditos incorporados a títulos valores se ha de ajustar a las normas de circulación propias de cada clase de título (la mera entrega, para los títulos al portador; el endoso, para los títulos a la orden; y para los títulos nominativos directos, su entrega, y la notificación de la cesión al deudor e incluso, a veces, la colaboración técnica de este). Para la cesión de los créditos no incorporados a títulos

⁸⁹ Girón Tena, José, apuntes de Derecho Mercantil, La empresa, Tecnos, 1977- Madrid, 1978.

valores basta, además del pacto transmisorio, la mera notificación del deudor de dicha cesión, si bien se discute en la doctrina la posibilidad de presumir hecha tal notificación si la transmisión de la empresa halla reflejo en el registro mercantil. La transmisión de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrá lugar por transferencia contable.

Los contratos en curso estipulado entre el empresario cedente y los terceros (contratos de suministros, de arrendamiento distinto del local de negocio, de licencia de explotación de patentes, de seguro, de banca, de trabajo, etc.) imprescindibles para la actividad de la empresa o coadyuvantes de esta, se transmiten, bien de modo convencional con el doble acuerdo, uno entre el cedente y el adquirente de la empresa, y otro (fundamental) entre éste y el tercero al tratarse de una subrogación –reemplazo-contractual, e incluso con el simple acuerdo entre el transmitente y el adquirente de la empresa, sin necesidad de consentimiento del tercero (como el caso de los derechos de explotación exclusiva de la propiedad intelectual de los que fuese titular el empresario transmitente) ; o bien de modo automático cuando así lo imponga la disciplina legal del contrato en cuestión (tal como sucede con los contratos laborales y con los contratos de seguro).

Las relaciones de hecho, ya sea con personas (clientela, proveedores, agentes intermediarios, etc.) o con el conocimiento y funcionamiento de los procedimientos técnicos (patentes, licencias de patentes; secretos industriales- el llamado know how) o los sistemas o estructuras de la organización comercial de la empresa requieren para su transmisión, dada la naturaleza especial de tales elementos, la imposición al vendedor o cedente de una conducta particularmente intensa y compleja, activa y pasiva, que jurídicamente se articula, a través de una de una serie de obligaciones de hacer y no hacer.

Respecto a los libros de contabilidad se entiende que el transmitente, si bien los ha de conservar, a título de depósito, debe ponerlos a disposición del adquirente al que le asiste un derecho de exhibición fundado en la buena fe. Es posible, sin embargo, que las partes alcancen otros acuerdos que sin merma del deber de conservación y al amparo de los avances de la técnica, permitan al adquirente acceder de modo más ágil y sencillo a la contabilidad de la empresa transmitida⁹⁰.

Existen comúnmente en las empresas un elemento patrimonial cuyo carácter económico, a diferencia de los anteriores, es de signo negativo y que supone en la práctica jurídica de transmisiones de empresas un foco de frecuentes conflictos entre las partes y los terceros acreedores: se trata de las deudas de la empresa contraídas por el empresario cedente. El problema reside, en el fondo, en determinar quien o quienes asumen, y en qué forma o grado, la responsabilidad de satisfacer tales deudas.

Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico de España se contempla parcialmente esta cuestión estableciendo normas especiales para la transmisión y responsabilidad de las deudas laborales (tanto a favor de los trabajadores como a favor de la seguridad social) y fiscales: si respecto de las primeras el cedente y el adquirente quedan solidariamente responsables, respecto de las segundas el adquirente responde subsidiariamente con los bienes de la empresa.

⁹⁰ Por ejemplo: cabe que ambos contratantes convengan en la entrega al adquirente de copia en soporte informático de la documentación contable, o, simplemente, en la realización de fotocopias de los documentos contables que este necesite para continuar la normal explotación de la empresa.

Ante esta situación se ha de acudir a las normas correspondientes a fin de establecer sobre ellas la siguiente solución:

- 1) Las partes del contrato de transmisión de empresa pueden, al amparo de la libertad contractual, al pactar la solución por parte del adquirente de las deudas de la empresa, aunque en principio, solo las de naturaleza contractual y no las extracontractuales que tienen su origen en la conducta dolosa o culposa del empresario cedente.
- 2) Este pacto según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia ha de ser expreso, si bien algún autor mantiene la posibilidad de su presunción a través de una interpretación integradora de la finalidad del contrato apoyada en los libros de contabilidad o en la efectiva transmisión del nombre comercial.
- 3) En cualquier caso, el pacto de cesión de deudas solo produce efectos inter partes o, si se quiere, únicamente legitima la asunción cumulativa de las deudas por el adquirente, pero no la liberación del deudor transmitente, solo posible si consienten en ella los distintos acreedores.

2. Tal como se ha señalado, la complejidad que, por la naturaleza especial del objeto transmitido, comporta la entrega efectiva de la empresa como organización económica productiva en la que se integran elementos y relaciones inmateriales de difícil o imposible dominación jurídica, justifica la imposición al vendedor o cedente de una conducta particularmente intensa, activa y pasiva, que se materializa contractualmente en el establecimiento de una doble obligación, de hacer y de no hacer.

2.1 La obligación de hacer consiste, básicamente, en la comunicación al adquirente de los conocimientos necesarios e informaciones precisas sobre los procedimientos técnicos de producción (know how) y los sistemas, estructuras y relaciones que configuran la organización comercial de la empresa (estrategias comerciales en el mercado, red de distribución,

sistemas de ventas, listas de clientes y proveedores, etc.), de modo que éste quede colocado en situación de poder proceder a una adecuada explotación de la empresa, esto es, de poder asumir y garantizar la continuidad de la empresa. Esta obligación de información se traduce, incluso, en una obligación de asistencia técnica susceptible de proporcionar o facilitar razonablemente al adquirente la recepción del valor o aptitud productiva, de la organización empresarial. Asimismo el cedente debe comunicar a los terceros, mediante anuncios públicos, la venta o transmisión de la empresa, o incluso mediante notificaciones directas a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida⁹¹.

2.2 La obligación de no hacer se concreta en la abstención o prohibición de competencia a que queda sujeto el vendedor o cedente de la empresa, cuya razón no es otra que crear las condiciones económicas y jurídicas para que el adquirente pueda recibir y disfrutar elementos y relaciones de la empresa tan relevantes económicamente como la clientela y las expectativas de ganancias, las cuales serían indebidamente atraídas y aprovechadas por el cedente si no cesara en su actividad de competencia. Ante el silencio legal de esta materia, la doctrina encuentra suficiente fundamento legal a esta obligación en el principio de buena fe contractual. Adviértase que el cedente no queda obligado a cesar en toda actividad empresarial, sino solo en aquella que, por su naturaleza e incidencia económica perjudicial, resulte competitivo con la de la empresa cedida por él. Además, esta obligación solo es temporal hasta tanto se consolide razonablemente la actividad empresarial del adquirente. En todo caso, a falta de acuerdo sobre el contenido y alcance de esta prohibición entre las partes deberá ser el juez quien determine los límites materiales, temporales y especiales de la obligación. Su incumplimiento dará lugar a la correspondiente indemnización por pérdida de la clientela y de las expectativas de beneficios.

⁹¹ Girón Tena, José, apuntes de Derecho Mercantil, La empresa, Tecnos, 1977- Madrid, 1978.

Desde el punto de vista del Derecho de competencia, la cláusula contractual por la que el transmitente y adquirente de la empresa acuerdan una prohibición de competencia, que no exceda de las limitaciones (materiales, espaciales, y temporales) no requiere exención o autorización por los órganos encargados de la aplicación del derecho de defensa de la competencia.

3. El vendedor de la empresa está también obligado al saneamiento de la misma, si bien la única norma que ofrece un desarrollo relativamente específico a esta obligación en caso de venta o transmisión de la empresa solo prevé una responsabilidad por vicio o evicción, del todo o de la mayor parte, pero no de aquellos singulares elementos esenciales para la norma explotación de la empresa o de importancia por su valor patrimonial.

2.1.5. La compraventa de Empresa en concurso: tipicidad y régimen legal

A efectos ilustrativos nos interesa comentar aquí la Ley concursal Española, misma que da tipicidad al contrato de compraventa de empresa sometida a concurso. En efecto, entre los esquemas o expedientes transmisivos o de enajenación de empresas en concurso prevé la ley, el de compraventa. Esta transmisión o enajenación por venta o compra de la empresa integrada en la masa activa concursal puede venir completada y comprometida tanto en la propuesta de convenio, como en el plan de liquidación del concurso.

A tal efecto la ley concursal establece un conjunto de reglas jurídicas sobre el objeto del contrato y su contenido obligacional:

- 1) El objeto del contrato ha de ser necesariamente el conjunto de la empresa o determinadas unidades productivas de la misma, esto es una empresa, ya se trate del conjunto de sus unidades productivas (establecimiento o explotaciones) o de sólo algunas o alguna.

- 2) El transmitente debe poner al adquirente en situación de poder continuar la actividad empresarial; obligación deducible tanto del objeto del contrato como de la especial protección que la Ley concede a la conservación de la empresa y a la continuidad de su actividad, muy especialmente en estos supuestos transmisivos de la misma.
- 3) El adquirente o comprador está legalmente obligado a asumir la cantidad de la actividad empresarial propia de las unidades productivas transmitidas, tanto más si a ellos se obligo en su oferta de compra, así como a hacerse cargo del pago de los créditos de los acreedores en los términos expresados en la propuesta de convenio o por analogía, en el plan de liquidación del concurso.

En todos los casos de transmisión de la empresa en concurso deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores.

En el sistema jurídico nicaragüense, las disposiciones que regulan la institución de la quiebra no contienen disposiciones concretas en materia de compraventa de empresa.

2.2. Arrendamiento de Empresa

El arrendamiento de empresa se define como aquel negocio jurídico en virtud del cual se cede la explotación de una empresa a personas distintas de su titular, por precio y tiempo determinado⁹².

Constituye una forma temporal y limitada de transmisión, por la cual su titular cede el uso y explotación de la empresa por tiempo determinado y precio cierto. Este contrato suele utilizarse para invertir capitales con el fin de obtener una rentabilidad superior a la que procura la inversión en valores mobiliarios.

⁹² Font Galán, La Empresa como objeto de negocios jurídicos, Ed. Ariel, España, 2000, Pág. 88.

Para que exista el arrendamiento de la empresa es preciso que el arrendamiento tenga por objeto el conjunto organizado de bienes susceptibles de ser inmediatamente explotados en el mercado. El arrendamiento no se refiere, pues, a elementos aislados.

Para la naturaleza misma del objeto arrendado (un conjunto de cosas y servicios productivos), el arrendamiento empresa mercantil es un arrendamiento especial, muy distinto al arrendamiento de cosas concretas o determinadas que constituyen el modelo contemplado por nuestro Código Civil Nicaragüense. Así, es posible afirmar que el arrendamiento de empresas es completamente atípico en la legislación nicaragüense, por lo que deberá quedar sometido a los alcances y límites de la autonomía de la voluntad contractual, utilizando, en lo que quepa, como régimen supletorio, lo dispuesto para el contrato de arrendamiento en el Código Civil nicaragüense.

Con todo, existirá arrendamiento de empresa si se cumplen tres requisitos:

1. Cuando el objeto arrendado sea un local y el negocio o industria en él instalado;
2. Cuando todo ello constituya una unidad patrimonial dotada de vida propia;
3. Y finalmente, cuando la finalidad del arrendamiento sea continuar la explotación de la actividad económica realizada por el arrendador con aquel conjunto organizado, y no iniciar "ex novo" por el arrendatario la explotación de una actividad.

No será, por tanto, arrendamiento de empresa el que tenga por objeto un local con algunos elementos inconexos y desorganizados, ni el que transmita un local con elementos organizados no explotados anteriormente como empresa.

Cabe la pena destacar que, al igual que en nuestro país, en el Derecho español, el arrendamiento de establecimiento mercantil carece de regulación legal, por lo que queda sometido a las disposiciones generales del Código Civil⁹³, las cuales tienen carácter dispositivo. Solo el Derecho foral navarro cuenta con una norma en la que, con carácter dispositivo, se regulan algunos de los aspectos más relevantes del arrendamiento del establecimiento⁹⁴. Por la naturaleza misma del objeto arrendado (un conjunto de cosas y de servicios productivos). El establecimiento mercantil puede ser objeto de arrendamiento aunque no se haya explotado, o aunque en el momento de concluir el contrato, el ejercicio de la actividad empresarial a través de ese establecimiento se encuentre suspendido temporalmente.

El arrendamiento del establecimiento se distingue del arrendamiento del local en que dicho establecimiento se encuentra instalado: mientras que en este último el objeto del arrendamiento es el local, en el arrendamiento del establecimiento lo que se arrienda es el negocio. En estos arrendamientos, lo que se suele denominar de industria o de negocio, lo cedido es "un todo patrimonial autónomo" en el que, además del local, figuran los elementos necesarios para el ejercicio de una actividad empresarial.

2.2.1. Perfiles preliminares y problemáticos del contrato: significado; funcionalidad y régimen jurídico: atipicidad, complejidad e interferencia de la legislación arrendaticia especial

En el actual sistema de economía de mercado y libre empresa, el arrendamiento de empresa se configura como una vía normal y frecuente de acceder al mercado como empresario y de operar en el, en el ejercicio de libertad de empresa, a través, precisamente, de una organización empresarial arrendada, lo cual revela que, desde el punto de vista económico, la empresa se concibe no sólo como valor de uso de explotación directa por parte de su titular dominical, sino también como valor de cambio en el mercado, ahora a título arrendaticio, cuya realización

⁹³ Artículos 1542 y siguientes código civil Español.

⁹⁴ Ley 596 de la compilación de Derecho Civil foral de Navarra, aprobada por la ley 1/1973, de 1 de marzo.

determina el desplazamiento, en favor del arrendatario, de la titularidad jurídica de la empresa (fenómeno de disociación entre la titularidad dominical de la empresa y la de su ejercicio).

Este contrato, que responde a motivaciones económicas y jurídicas muy diversas e históricamente cambiantes, entre en las que se destaca, la de coadyuvar técnicamente a la concentración de empresas, carece, como ya dijimos, de regulación legal en nuestro Derecho, por lo que se regirá por lo pactado entre las partes y, en su defecto, por la legislación arrendaticia ordinaria, pues, aun cuando se trata de un acto de comercio, no existen normas mercantiles ni usos en la materia.

Pero a la insuficiencia e inadecuación de las normas arrendaticias civiles para regular el arrendamiento de empresa hay que añadir otras dificultades derivadas de la (tantas veces comentada) atomización de la empresa en la vida del tráfico, lo que comporta, en general, la incertidumbre de su tratamiento jurídico unitario como objeto de negocios jurídicos. Así sucede, en particular, con la disgregación jurídica de un elemento frecuentemente tan esencial para la empresa arrendada como es su sede física o local urbano utilizando, hasta entonces, por el arrendador de la empresa a título de arrendamiento de local de negocio: en este caso, el local del negocio arrendado se disgrega del resto de la empresa arrendada y se sujeta a una disciplina particular, que puede interferir, de modo dominante y negativo en la unidad, e incluso, economicidad productividad por ello, en la continuidad de la empresa (arrendada o no)⁹⁵.

En efecto, hasta tanto no se establezca, con carácter general, la unidad jurídica patrimonial de la empresa y se tipifique y regule legalmente el arrendamiento de empresa, el régimen legal de los locales de negocios arrendados o integrados, con tal título jurídico arrendaticio, en la empresa arrendada interferirá en la relación arrendaticia que tiene por objeto la empresa, al concederse al tercero, propietario

⁹⁵ Font Galán, La Empresa como objeto de negocios jurídicos, Ed. Ariel, España, 2000.

y arrendador del local del negocio, la posibilidad de recuperar la posesión de su local y a gozar así de una nueva oportunidad especulativa (valor de propiedad).

Tal interferencia normativa genera un evidente peligro de disgregación económica y jurídica de la empresa y, consiguientemente, de crisis, interrupción e incluso desaparición de esta (valor de empresa): un peligro que se va incrementando por la desaparición de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamiento de locales de negocio y la consiguiente devaluación del derecho de traspaso o de cesión del contrato por parte del arrendatario.

Situación que si favorece claramente los intereses de la propiedad inmobiliaria (y del sector económico de la construcción), perjudica o desfavorece el interés institucional de la empresa en general, no sólo porque cuando su titular, dominical (empresario-propietario) o jurídico (empresario-arrendatario), utilice a título arrendaticio la finca urbana en la que se asienta la empresa y su actividad corre el riesgo de verse lazando de ella con la posible interrupción o cesación del actividad empresarial, sino también por la falta de economicidad o productividad empresarial derivada de la interferencia en la empresa, arrendada o no, de la legislación especial sobre arrendamientos urbanos, dado que, con tal interferencia, las empresas, a fin de soslayar los aludidos peligros que esta comporta en orden a su continuidad, deberán destinar e inmovilizar buena parte de sus recursos financieros y capital circulante en la compra de los inmuebles, lo cual favorece, sobre todo, otros intereses de terceros, ajenos a la empresa (en sentido institucional). He aquí que, con dudosa legitimidad constitucional, se hace prevalecer el valor propiedad sobre el valor empresa, máximo exponente cuantitativo y cualitativo, dentro de los sistemas económicos modernos, de la riqueza de los países y fuente de la misma.

2.2.2. Principios informadores del contrato

La falta de regulación legal del arrendamiento de empresa ha llevado a la doctrina a sentar unos principios informadores del contrato, y por tanto, de su contenido obligacional que, inspirados en el Derecho comparado, son de gran importancia tanto para orientar la autonomía negocial de las partes, como para dilucidar en el plano interpretativo, atendida la especificidad y complejidad del objeto del contrato (una empresa), la correcta y adecuada aplicación y, en su caso, desaplicación de las normas arrendaticias comunes a las que, en principios, se sujeta dicho contrato.

1°. El arrendamiento de empresa es, por razón de su objeto, un arrendamiento de cosa productiva (unidad productiva), lo cual comporta una doble consecuencia: primera, la obligación del arrendatario de explotar la empresa, único medio de mantener y devolver, al término del contrato, el valor de la cosa arrendada; y segunda, el poder o derecho de disposición que se ha de conferir al arrendatario sobre los elementos o bienes fungibles de la empresa (materia primas, combustible, mercaderías, etc.) que se entienden transmitidos tácitamente por venta al arrendatario, junto con facultades de disposición sobre ciertos bienes del llamado "activo inmovilizado" como maquinaria, ciertas instalaciones etc., en cuanto sea razonablemente necesaria su reposición periódica.

La consustancial fungibilidad de ciertos elementos de la empresa y la capacidad de regeneración de esta determina la lógica desaplicación de dos preceptos imperativos característicos del arrendamiento civil: o, la exclusión del objeto del arrendamiento de los bienes fungibles; y otro, la devolución de la cosa por el arrendatario, al término del contrato, tal como la recibió. Para cubrir la desaplicación des estos dos preceptos entran en juego la regla de la prestación por equivalente de los bienes fungibles consumidos⁹⁶, y la de la devolución del a empresa misma en esta viviente;

⁹⁶ Por analogía con el artículo 22 de la ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión de 1954.

esto es, en situación de conservación o continuidad de la actividad empresarial.

2°. El principio de conservación o continuidad de la empresa, hoy constitucionalmente abonado (al menos en el Derecho comparado español) y desarrollado con el principio de productividad o economicidad de la empresa; principios que, no han sido adecuadamente preservados por cuanto la vigente legislación arrendaticia no establece ya la prórroga forzosa en los contratos de arrendamiento de locales de negocios.

3°. El deber de cooperación, información y asistencia técnica del arrendador respecto del arrendatario, que al igual y por idéntica razón que en la compraventa de empresa, se ha de traducir en una obligación de hacer del arrendador⁹⁷.

2.2.3. Contenido obligacional del contrato

Conforme a los anteriores principios informadores del contrato, atendida la naturaleza especial de su objeto, debe advertirse que si bien el contenido obligacional se rige por las normas civiles, estas deben aplicarse de modo flexible.

Así, la obligación del arrendador de entrega de la empresa se ve acompañada e instrumentada por la atribución al arrendatario de un poder de disposición sobre los elementos fungibles de la empresa y por una conducta más complicada del arrendador, tanto activa (cooperación, asistencia e información: obligación de hacer) como pasiva (obligación de no hacer competencia), siguiéndose aquí en líneas generales, un régimen muy similar al de la obligación de entrega, en todos sus modos de realización, propia del vendedor de la empresa. Igualmente en razón a la temporalidad del arrendamiento, el arrendador está obligado a realizar a su costa las reparaciones necesarias para mantener en buen estado el uso o

⁹⁷ Font Galán, La Empresa como objeto de negocios jurídicos, Ed. Ariel, España, 2000.

explotación de la empresa y a sanear de los posibles vicios e incidencias perturbadoras que pueden darse durante el tracto contractual.

Por su lado, el arrendatario está obligado, de una parte, a mantener y devolver la empresa en el estado viviente en que la recibió (obligación de explotación) con la restitución por equivalente de los bienes fungibles consumidos, así como de los elementos del activo inmovilizado que hayan sido objeto de reposición; y, de otra, está sujeto al compromiso temporal de abstención de competencia al término del contrato con vista a la plena devolución del valor de la organización empresarial.

El arrendamiento de la empresa pone de manifiesto claramente la distinción entre está y el empresario. El empresario no es en este caso el propietario arrendador de la empresa, sino el arrendatario en cuyo nombre se asumen las obligaciones a que da lugar la explotación la empresa. Y precisamente porque el arrendatario no es el propietario o titular de la empresa, ocurre que los elementos integradores en la empresa no responden de las obligaciones asumidas por el arrendatario. De esas obligaciones responde solamente el patrimonio del arrendatario. Este dato es muy importante y debe ser tenido en cuenta por quienes contraten con el empresario, puesto que puede generarse la falsa impresión de que de sus obligaciones responderán los bienes integrados en la empresa, lo cual no será cierto cuando está cedida en arrendamiento⁹⁸.

La doctrina mayoritaria considera que no son de aplicación para el arrendamiento las reglas del traspaso de las deudas, es inaceptable, jurídica y comercialmente, que el dueño quede liberado de las obligaciones que había contraído, porque sólo traspasa el uso y disfrute de la cosa. Por lo anterior los acreedores del dueño siguen contando con la empresa dada en arrendamiento para procurar la satisfacción de sus créditos, ya que el dominio de la empresa permanece en el patrimonio de su deudor. En igual

⁹⁸ Bercovitz Rodríguez, Apuntes de Derecho Mercantil, Ed. Arazandi, España, 2002. Pág. 279.

sentidos, las deudas incurridas por el arrendatario durante su gestión no se transmiten al dueño, una vez terminado el respectivo negocio jurídico⁹⁹.

2.2.4. Extinción del contrato

El contrato se extingue por las causas generales (transcurso del tiempo, mutuo acuerdo, resolución por incumplimiento, en especial por falta de pago del precio, etc.). En el caso en que el ejercicio del negocio origine una situación de insolvencia, suspenderá pagos o quebrará el arrendamiento y no el arrendador pues aquél y no éste es el empresario. La quiebra del empresario no afectará a los bienes que forman el negocio que no son de su propiedad, pero dado los efectos que produce la declaración de quiebra sobre el quebrado ha de entenderse que se produce una causa de extinción del contrato de arrendamiento¹⁰⁰.

2.3. Derechos reales de garantía y la Empresa

No existe un derecho real de garantía sobre la empresa unitariamente considerada. La falta de un general reconocimiento legislativo de la unidad jurídica de la empresa puede explicar la inexistencia de un tal derecho real sobre la empresa. Y mientras tanto, a la inversa, la carencia legal de tal figura parece justificar (al menos positivamente hablando) la teoría atomista de la empresa.

En consecuencia, el empresario podrá ofrecer en garantía de sus deudas la constitución de diversos derechos reales sobre los elementos simples o singulares de la empresa susceptibles de dominación y persecución jurídica, a los que según su naturaleza, corresponde un tipo concreto de garantía (hipoteca inmobiliaria, prenda de efectos o valores, prenda de mercancías representadas por títulos de tradición, etc.).

⁹⁹ Gutiérrez Falla, op. cit. Pág. 190.

¹⁰⁰ Sánchez Calero, Instituciones de Derecho Mercantil, 24 ed., España, Ed. MacGraw-Hill, 2002. Pág. 196.

Sin embargo, en algunos sistemas jurídicos, como el español, hay una figura singular de hipoteca mercantil, "la hipoteca sobre el establecimiento mercantil", que, aun sin gravar total ni unitariamente la empresa (al quedar excluidos de la misma, elementos tales como la clientela y la organización), esta potencialmente dotada de una notable y flexible capacidad abarcadora de los bienes de la empresa, según la voluntad de las partes, al tiempo que satisface las exigencias generales de continuidad de la actividad empresarial. En efecto, por lo que se refiere a su contenido flexible (aunque incompleto), este derecho real de garantía se extiende necesariamente sobre el derecho de uso del local y sus instalaciones fijas o permanentes (objeto esencial), y, salvo pacto en contrario, sobre los derechos de propiedad industrial o intelectual y el utillaje y maquinaria (objeto natural), pudiendo abarcar también, mediante pacto expreso, las mercaderías y materiales primas (objeto convencional). Por otro lado, la unidad funcional de la empresa y la continuidad de su actividad quedan preservadas al mantener al empresario deudor hipotecante en la posesión y explotación de esta, a la que, además, está legalmente obligada.

I. Los elementos del establecimiento mercantil como objeto autónomo de garantía:

Muchos de los elementos que forman parte de un establecimiento mercantil son susceptibles de construir objeto autónomo de un derecho real de garantía para asegurar el cumplimiento de cualquier clase de obligación del propio empresario o de un tercero. Así sucede con el local que sirve de soporte físico del establecimiento y con otros inmuebles auxiliares, sobre los que puede constituirse una hipoteca inmobiliaria. Estas hipotecas, que son, con mucho, las más frecuentes, se rigen básicamente por lo establecido en la Ley Hipotecaria española. Así sucede también con la maquinaria industrial o con los vehículos de motor sobre los que puede constituirse una hipoteca mobiliaria¹⁰¹, e incluso con los signos distintivos, marcas, nombre comercial y rotulo del

¹⁰¹ Artículos 42 y siguientes y artículos 34 y siguientes LHM de España.

establecimiento, y con las patentes y modelos de utilidad de que fuera titular el empresario sobre los que también puede constituirse una hipoteca mobiliaria.

Algo semejante sucede con las materias primas y las mercancías sobre las que se puede constituir un derecho real de prenda sin desplazamiento de la posesión¹⁰². Frente al modelo tradicional de la prenda, en el que la cosa mueble dada en garantía debe ponerse en posesión del acreedor o de un tercero de común acuerdo, en esta modalidad especial las mercancías continúan en poder del deudor pignorante, el cual, a todos los efectos legales, tiene la consideración de depositario de las materias primas o de las mercancías¹⁰³. Los efectos de publicidad de la garantía que, en la prenda común, tiene el desplazamiento de la posesión de los bienes muebles, se consiguen aquí mediante la publicidad de la garantía que, en la prenda común, tiene el desplazamiento de la posesión de los bienes muebles, se consiguen aquí mediante la publicidad registral: la prenda, constituida en escritura pública y, en ciertos casos, en póliza invertida por corredor de comercio colegiado, deberá inscribirse en el registro de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento. La falta de inscripción de la prenda en ese registro, al igual que la falta de inscripción de la hipoteca mobiliaria en los casos antes señalados, priva al acreedor de los derechos correspondientes al titular de un derecho real de garantía¹⁰⁴. Estos derechos son el de perseguir los bienes hipotecados¹⁰⁵, el de preferencia y prelación para el cobro del crédito¹⁰⁶, el de pedir la administración judicial de los bienes hipotecados en caso de depreciación que no provenga de caso fortuito¹⁰⁷, y el de ceder en todo o en parte el crédito hipotecario¹⁰⁸.

¹⁰² Artículo 53.2º LHM de España.

¹⁰³ Artículo 59 LHM de España.

¹⁰⁴ Idem de España.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Idem.

Al igual que en el caso de hipoteca del establecimiento mercantil, la ley regula dos procedimientos para hacer efectivo el crédito garantizado: un procedimiento judicial sumario¹⁰⁹, y un procedimiento extrajudicial de venta en subasta notarial de los bienes pignorados¹¹⁰. En cuanto al producto obtenido, el acreedor pignoraticio goza de preferencia y prelación sobre los demás hasta donde alcance el valor de la prenda.

Además de las materias primas y de las mercancías también son pignorable sin desplazamiento los bienes enumerados por la ley¹¹¹, rige, pues, en esta materia un *numerus clausus*: salvo que una norma legal admita la constitución de un derecho real de prenda sin desplazamiento de la posesión sobre un determinado bien, la prenda tiene que constituirse poniendo el objeto de la garantía en posesión del acreedor o de un tercero de común acuerdo.

- II. La transmisión de la propiedad del establecimiento mercantil en garantía la propiedad de un establecimiento mercantil o de cualquiera de los dos bienes de que se componga puede transmitirse al acreedor en garantía del pago de una deuda. En lugar de constituir un derecho real de garantía sobre el establecimiento o sobre alguno de los elementos de que se compone, puede ser preferible transmitir al acreedor la propiedad del establecimiento, ya que la propiedad es la mejor garantía de que puede disponer dicho acreedor para asegurar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. El título más frecuente es la denominada compraventa en garantía, que constituye una de las modalidades de la *fiducia cum creditore*. Por virtud de la compraventa que concluye el deudor, que actúa de vendedor, y el acreedor, que actúa de comprador, y de la entrega, real o instrumental, del objeto de la compraventa, el deudor propietario de un establecimiento mercantil, el

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ Art. 52 LHM de España.

fiduciante, transmite en garantía al acreedor, el fiduciario, la propiedad de este establecimiento para garantizar el pago de la deuda, obligándose el adquirente (por lo general en documento privado, distinto de aquel en que se refleja el acto o contrato que sirve de título a la adquisición) a retransmitir el establecimiento, al deudor o a un tercero, una vez que la deuda sea satisfecha, bien con los rendimientos obtenidos de la explotación del establecimiento, bien con otros medios cualesquiera.

En ocasiones el transmitente continua frente del establecimiento; otras veces, es el adquirente el que pasa a ejercitar la actividad mercantil, bien personalmente, bien por medio de auxiliares, con el establecimiento adquirido; y no faltan casos en los que ambas partes designan de común acuerdo a la persona para que gestionen el establecimiento en nombre del adquirente pero en interés de ambos hasta la retransmisión de la propiedad.

En principio, el negocio fiduciario es perfectamente válido y eficaz, quedando obligadas las partes conforme a lo estipulado en el denominado *pactum fiduciae*. Ahora bien, si la compraventa en garantía tuvo lugar cuando el empresario deudor se encontraba en situación de insolvencia, cualquier acreedor anterior podrá ejercitar la acción revocatoria o pauliana para conseguir la ineficacia del negocio.

El principal problema que plantea la transmisión de la propiedad del establecimiento, o de algunos de los elementos de que se compone en garantía del pago de una deuda es el de los efectos de la titularidad fiduciaria o formal que pasa a ostentar el fiduciario. En las relaciones entre el fiduciante y el fiduciario, sea *fiducia cum creditore*, que es la que ahora se considera, sea *fiducia cum amico*, no podrá alegar el fiduciario, y tampoco sus sucesores, que posee el establecimiento a título de dueño, si bien el fiduciario no estará obligado a la retransmisión de la propiedad del establecimiento en tanto no quede extinguida la deuda. Pero, en las

relaciones entre el fiduciario y los terceros, la titularidad fiduciaria suscita delicados problemas. La jurisprudencia española, partiendo de la constatación de que en todo negocio fiduciario o de garantía existe una divergencia entre el fin económico perseguido, y la garantía misma, y el medio jurídico empleado, (la transmisión de la propiedad), considera que la titularidad fiduciaria tan solo goza de una "limitada eficacia real", operando frente a los demás acreedores del fiduciante "a la manera de un crédito privilegiado", que goza de preferencia para hacerse efectivo sobre el bien o sobre el conjunto de bienes que constituyen esta peculiar garantía.

En conclusión, más allá de la posibilidad jurídica de celebrar este tipo de negocios en nuestro sistema, cuestión que, una vez más, nos parece factible en atención a lo dispuesto en el tantas veces citado 2437 C.; quizás valga la pena considerar (de cara al proceso de modificación de la legislación mercantil que actualmente se encuentra en marcha) la posibilidad de inclusión de la "hipoteca del establecimiento mercantil" en nuestro país.

2.4. Usufructo de Empresa

La cesión convencional de la empresa a título de usufructo resulta realmente escasa en la vida del tráfico jurídico; y más aún, el mismo es igualmente atípico en nuestra legislación, de ahí que haya de configurarse y regularse con el apoyo de la normativa general del usufructo.

Es el usufructo un derecho que se constituye sobre una cosa o derecho. Más como la empresa no es una cosa susceptible de soportar unitariamente derechos reales, el usufructo de empresa será único en su momento constitutivo y se descompondrá en tantas relaciones de usufructo cuantas cosas o bienes compongan la empresa. Según Garrigues, este usufructo comprenderá: un usufructo propio (respecto de inmuebles), un usufructo sobre cosas consumibles,

un usufructo de disposición (sobre las cosas que deben enajenarse), y un usufructo de derechos¹¹².

Como negocio jurídico, derecho real, traslativo de la posesión, explotación y gestión de la empresa se reproduce en el plano interpretativo y constructivo de su régimen jurídico algunas de las mismas cuestiones dogmáticas y dificultades jurídicas que en la compraventa y, sobre todo, el arrendamiento de empresa; es más, tales dificultades se acrecientan aquí, dado que el concepto de bien jurídico susceptible de ser objeto de un derecho real viene delimitado normativamente y no incluye, hoy por hoy, la realidad patrimonial de la empresa. Así, el problema de la unidad jurídica de la empresa enfrenta, aquí también, a las tesis unitarias y atomistas en torno a la unidad de título constitutivo y a su integración o subsiguiente descomposición en una pluralidad de usufructos particulares de los elementos simples de la empresa; el de la necesidad de aplicar unos principios informadores similares a los propuestos por la doctrina para el arrendamiento de empresa a fin de preservar el funcionamiento o explotación de esta en condiciones de economicidad o productividad; e incluso el de la exigencia de imponer al nudo propietario una prohibición de competencia durante el período del usufructo.

Sin embargo, como características específicas del usufructo de empresa cabe señalar:

1°. Que a diferencia del arrendamiento de empresa, es un derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad y en aquellos en los que lo deban ser sus elementos singulares inscribibles;

2°. Que atribuya al usufructuario, además de un poder gerencial que le hace adquirir la condición de empresario, en cuanto protagonista de la actividad, un haz de facultades de uso y disfrute más amplio que al arrendatario (poder de disposición flexible sobre los elementos de la empresa y apropiación de los frutos) y;

¹¹² Broseta Pont, M, Manual de Derecho Mercantil, T I, 11 ed. Ed. Tecnos, S.A, España, 2003. Pág. 92.

3°. Que impone al usufructuario un conjunto de obligaciones más extenso y riguroso que al arrendatario: obligación de mantener la identidad de la empresa, lo que supone su explotación efectiva en condiciones de economicidad o productividad, conservando su destino económico y sin perjuicio de las adaptaciones económicas que sean necesarias según las condiciones del mercado, con vista a la eficiencia económica de la actividad; hacer inventario y prestar fianza; realizar a su cargo las reparaciones ordinarias y las extraordinarias por no haber hecho aquellas; restituir el término del usufructo otro tanto o el precio corriente del mercado de las cosas consumidas por su uso, o las mismas cosas en el estado en que se encuentren, sino se consumen por su uso, indemnizando al propietario por el deterioro que hubieren sufrido por dolo o negligencia.

Para el caso del usufructo y arrendamiento de empresa lo dispuesto en el artículo 715 del código de comercio español informa: "los contratos mercantiles que no estén especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales y por las estipulaciones de las partes, y en lo que fuere omisa, por las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía de los reglamentados en este ordenamiento o en el código civil".

Por ende, salvo estipulaciones en contrario de las partes, deberán aplicarse, como regla general las normas del código civil, con excepción de aquellas normas del código de comercio que por la naturaleza propia del bien objeto de la negociación, regulan la transmisión de empresas¹¹³.

Mas debe aclararse que al existir diferencias entre la transmisión de una empresa y la contratación de un usufructo o un arrendamiento sobre la misma, las normas del código de comercio solo serán de aplicación en forma excepcional y cuando expresamente lo ordene la ley.

¹¹³ Ferrera, Teoría jurídica de la Hacienda mercantil, Pág. 455; sostiene que la disciplina es análoga a la correspondiente a contratos traslativos de dominio de la empresa, ya que, "en tanto la propiedad de la hacienda permanece en manos de la misma persona, la gestión pasa, por el contrario, a otra, aunque este destinada a volver a la primera al cabo de un cierto tiempo. Se produce, en consecuencia, la circulación de la gestión de hacienda".

Por último cabe destacar que: La primera gran diferencia que se encuentra entre la transmisión de la empresa y el arrendamiento o usufructo de la misma radica en el formulismo a utilizarse. Si bien en la transmisión de empresas, es necesario cumplir con las reglas de la fusión y transformación de las sociedades, en los casos de arrendamiento o usufructo de empresa el contrato se perfeccionará a través de un documento público o privado, según sea el caso, en que las partes convengan la forma en que ha de regularse el negocio jurídico convenido, documento que deberá inscribirse en el registro público de comercio correspondiente a los efectos legales pertinentes¹¹⁴.

Una vez más, pese a no contar con regulación de este tipo de negocios en Nicaragua, nos parece que su celebración es válida, de conformidad al principio de la autonomía de la voluntad reconocido en nuestra legislación.

¹¹⁴ Siendo obligatorio además, en el caso del usufructo, los requisitos de inventario solemne y caución.

CONCLUSIONES

1. Pese a la significación jurídica de la empresa para el Derecho mercantil en particular, y para el Derecho económico en general, falta un "concepto jurídico" positivo de empresa en el Ordenamiento nicaragüense, que, con virtualidad unitaria y omnicomprendensiva, sirva de unívoco referente conceptual normativo para regular en cada disciplina o rama del Derecho.
2. No obstante, la doctrina jurídica ha estado empeñada en elaborar un concepto de empresa y en determinar su naturaleza jurídica, para así poder sujetarla a un régimen jurídico unitario. Aunque, lo cierto es que la mayoría de las tesis que se han esgrimido no logran explicar adecuadamente el instituto jurídico de la empresa, en tanto intentan reconducirla a categorías jurídicas tradicionales (sociedad, patrimonio autónomo, institución) o no jurídicas (actividad, organización).
3. Con todo, nos parece que lo que no debe de perderse de vista, es que la empresa constituye hoy en día un nuevo tipo de bien o valor patrimonial de explotación económica, sustentado sobre tres soportes fundamentales: el empresario (sujeto organizador), el establecimiento (objeto organizado) y la organización.
 - 3.1. En tal sentido, las organizaciones empresariales requieren de un sujeto al cual le sean jurídicamente atribuidos los derechos y obligaciones que emanan de la empresa, y que vengan investido del poder jurídico que permita su ejercicio. Donde hay una empresa ha de haber un *empresario*.
 - 3.2. Adicionalmente, en sentido jurídico, *establecimiento* o *establecimiento mercantil* significa el conjunto de elementos materiales y personales organizados por el empresario individual o por la sociedad mercantil para el ejercicio de una o de varias actividades empresariales. Desde esta perspectiva, establecimiento equivale a empresa en sentido objetivo.
 - 3.3. Ahora bien, el establecimiento mercantil no es sólo un conjunto de elementos materiales y personales: es fundamentalmente una *organización*, es decir, un conjunto organizado por el empresario para la producción o distribución de bienes o de servicios en el mercado. Esos elementos no están meramente yuxtapuestos, sino

que forman un todo orgánico. Y esa disposición, esa organización, no es estática, sino dinámica.

4. En relación a ¿si cabe la transmisión de la empresa en el ordenamiento Nicaragüense? A tal pregunta cabe responder que, pese a que no tenemos regulación específica en la materia, nos parece que dicha transmisión es posible con fundamento en el principio de la "Autonomía de la voluntad contractual", reconocido en nuestro sistema en el art. 2437C, y tomando en consideración los límites establecidos en dicha norma, los que a saber son: la ley, la moral y el orden público.
5. Los supuestos de transmisión inter vivos de la empresa se pueden clasificar en dos categorías diferentes: de un lado, los casos de transmisión voluntaria, que son la regla; y, de otro, los casos de transmisión forzosa que viene a configurarse como la excepción. La voluntaria puede ser a título oneroso (compraventa, permuta, dación en pago, etc.), o bien a título gratuito (donación); y, por su lado, la transmisión forzosa puede producirse como consecuencia de un procedimiento de ejecución individual, o como consecuencia de un procedimiento de ejecución colectiva o de quiebra.
6. Por su parte, los supuestos de transmisión de la empresa se distinguen claramente de los supuestos de transmisión individual de los elementos de que se compone, ya que el titular de la empresa puede transmitir aisladamente a una o varias personas tantos elementos considere oportunos, la única excepción que ha de hacerse es la del nombre comercial, que, según la doctrina mayoritaria, sólo puede trasmitirse con la totalidad del establecimiento. No obstante, si los elementos que se transmiten son suficientes para que el adquirente pueda desarrollar con ellos la actividad empresarial, se presumiría que ha existido transmisión de la empresa.
7. En relación con la transmisión jurídica "inter vivos" de la empresa, en sentido estricto, hay que partir de dos premisas básicas:
 - 7.1 En primer lugar, como ya hemos reiterado ampliamente, la empresa no está considerada por el ordenamiento jurídico como un único bien con individualidad y régimen de transmisión que le es aplicable según su propia naturaleza jurídica. Así, los bienes inmuebles estarán sujetos a las normas de transmisión de esta clase de bienes; del mismo modo que los bienes muebles o los derechos de propiedad industrial o intelectual se deben transmitir conforme a las disposiciones legales que rigen respectivamente para ellos. Asimismo las deudas y los créditos habrán

de sujetarse para su transmisión a lo dispuesto para la cesión de las deudas y de los créditos.

- 7.2 En segundo lugar hay que tener en cuenta que la autonomía jurídica de los elementos integrados en la empresa no impide que el titular de ésta, en la medida que ostenta la titularidad de los distintos elementos que la componen, pueda realizar negocios sobre el conjunto organizado de los mismos que es la empresa. La empresa puede ser, por tanto, objeto de negocios jurídicos de carácter unitario.
8. El negocio arquetípico de la transmisión inter vivos de la empresa es la compraventa, no sólo por la gran envergadura económica, que por lo general suelen alcanzar estas operaciones, y por su frecuencia (al menos en otros sistemas jurídicos distintos al nuestro), sino también, sobre todo, porque el tradicional esquema contractual básico de la compraventa, como contrato de cambio oneroso por antonomasia, sirve al jurista de paradigma o modelo de referencia obligacional para el estudio y solución de importantes problemas comunes a todos los actos inter vivos de la empresa, cualquiera que sea el esquema contractual elegido por las partes en razón al fin perseguido (entre otras, cuestiones tales como la cesión de créditos, deudas y contratos pendientes de ejecución, y la prohibición de competencia a que queda sujeto el transmitente).
 9. En nuestra legislación Nicaragüense no tenemos una regulación específica de la compraventa de empresa. Por tal razón debe tomarse en cuenta para dicho negocio la regulación del Código de Comercio, en el apartado dedicado a "La compraventa", es decir los artículos 341 y siguientes; y, en lo que sea aplicable, lo dispuesto en el artículo 2437 del Código Civil, que, como sabemos, recoge el principio de autonomía de la voluntad de las partes.
 10. Vale la pena destacar que la naturaleza especial y compleja de la empresa plantea problemas peculiares cuando esta se vende, los cuales encuentran, por ahora, solución en el establecimiento de un régimen obligacional más intenso y complicado para el vendedor, impuesto no sólo por la dificultad de transmitir los elementos inmateriales de la empresa (organización, clientela, expectativa, etc.), sino también porque, aun cuando el negocio se perfecciona consensualmente con un único contrato del que sólo surgen efectos obligacionales, bastando pues, a la operación la unidad del título o causa, la entrega o cesión de la empresa se ha de articular todavía a través de una pluralidad de modos traditorios, sujetos a diversos regímenes

jurídicos, según la naturaleza propia de cada uno de los bienes que deban transmitirse.

11. El arrendamiento de empresa se define como aquel negocio jurídico en virtud del cual se cede la explotación de una empresa a personas distintas de su titular, por precio y tiempo determinado. Constituye una forma temporal y limitada de transmisión, por la cual su titular cede el uso y explotación de la empresa por tiempo determinado y precio cierto. Para que exista el arrendamiento de la empresa es preciso que el arrendamiento tenga por objeto el conjunto organizado de bienes susceptibles de ser inmediatamente explotados en el mercado. El arrendamiento no se refiere, pues, a elementos aislados.
12. Para la naturaleza misma del objeto arrendado (un conjunto de cosas y servicios productivos), el arrendamiento empresa mercantil es un arrendamiento especial, muy distinto al arrendamiento de cosas concretas o determinadas que constituyen el modelo contemplado por nuestro Código Civil Nicaragüense. Así, es posible afirmar que el arrendamiento de empresas es completamente atípico en la legislación nicaragüense, por lo que deberá quedar sometido a los alcances y límites de la autonomía de la voluntad contractual, utilizando, en lo que quepa, como régimen supletorio, lo dispuesto para el contrato de arrendamiento en el Código Civil nicaragüense.
13. La falta de regulación legal del arrendamiento de empresa ha llevado a la doctrina a sentar unos principios informadores del contrato, y por tanto, de su contenido obligacional que, inspirados en el Derecho comparado, son de gran importancia tanto para orientar la autonomía negocial de las partes, como para dilucidar en el plano interpretativo, atendida la especificidad y complejidad del objeto del contrato (una empresa), la correcta y adecuada aplicación y, en su caso, desaplicación de las normas arrendaticias comunes a las que, en principios, se sujeta dicho contrato. Dichos principios son:
 - 13.1. El arrendamiento de empresa es, por razón de su objeto, un arrendamiento de cosa productiva (unidad productiva), lo cual comporta una doble consecuencia: la primera, la obligación del arrendatario de explotar la empresa, único medio de mantener y devolver, al término del contrato, el valor de la cosa arrendada; y la segunda, el poder o derecho de disposición que se ha de conferir al arrendatario sobre los elementos o bienes fungibles de la empresa (materia primas, combustible, mercaderías, etc.) que se entienden

transmitidos tácitamente por venta al arrendatario, junto con facultades de disposición sobre ciertos bienes del llamado "activo inmovilizado" como maquinaria, ciertas instalaciones etc., en cuanto sea razonablemente necesaria su reposición periódica.

13.2. El principio de conservación o continuidad de la empresa.

13.3. El deber de cooperación, información y asistencia técnica del arrendador respecto del arrendatario, que al igual y por idéntica razón que en la compraventa de empresa, se ha de traducir en una obligación de hacer del arrendador.

14. No existe en el sistema jurídico nicaraguense un derecho real de garantía sobre la empresa unitariamente considerada. La falta de un general reconocimiento legislativo de la unidad jurídica de la empresa puede explicar la inexistencia de un tal derecho real sobre la empresa. Y mientras tanto, a la inversa, la carencia legal de tal figura parece justificar (al menos positivamente hablando) la teoría atomista de la empresa.

14.1. En consecuencia, el empresario podrá ofrecer en garantía de sus deudas la constitución de diversos derechos reales sobre los elementos simples o singulares de la empresa susceptibles de dominación y persecución jurídica, a los que según su naturaleza, corresponde un tipo concreto de garantía (hipoteca inmobiliaria, prenda de efectos o valores, prenda de mercancías representadas por títulos de tradición, etc.).

14.2. Sin embargo, en algunos sistemas jurídicos, como el español, hay una figura singular de hipoteca mercantil, "la hipoteca sobre el establecimiento mercantil", que, aun sin gravar total ni unitariamente la empresa (al quedar excluidos de la misma, elementos tales como la clientela y la organización), esta potencialmente dotada de una notable y flexible capacidad abarcadora de los bienes de la empresa, según la voluntad de las partes, al tiempo que satisface las exigencias generales de continuidad de la actividad empresarial.

14.3. Más allá de la posibilidad jurídica de celebrar este tipo de negocios en nuestro sistema, cuestión que, una vez más, nos parece factible en atención a lo dispuesto en el tantas veces citado 2437 C.; quizás valga la pena considerar (de cara al proceso de modificación de la legislación mercantil que actualmente se encuentra en marcha) la posibilidad de inclusión de la "hipoteca del establecimiento mercantil" en nuestro país.

15. La cesión convencional de la empresa a título de usufructo resulta realmente escasa en la vida del tráfico jurídico; y más aún, el mismo es igualmente atípico en nuestra legislación, de ahí que haya de configurarse y regularse con el apoyo de la normativa general del usufructo.

15.1. En este sentido conviene recordar que el usufructo es un derecho que se constituye sobre una cosa o derecho. Más como la empresa no es una cosa susceptible de soportar unitariamente derechos reales, el usufructo de empresa será único en su momento constitutivo y se descompondrá en tantas relaciones de usufructo cuantas cosas o bienes compongan la empresa. En tal sentido, la mejor doctrina entiende que este usufructo comprenderá: un usufructo propio (respecto de inmuebles), un usufructo sobre cosas consumibles, un usufructo de disposición (sobre las cosas que deben enajenarse), y un usufructo de derechos.

15.2. Una vez más, pese a no contar con regulación de este tipo de negocios en Nicaragua, nos parece que su celebración es válida, de conformidad al principio de la autonomía de la voluntad reconocido en nuestra legislación.

RECOMENDACIONES

1. Ante la ausencia de disposiciones particulares que definan con claridad un concepto jurídico de empresa, se torna indispensable dotar a nuestro sistema jurídico de una noción jurídica omnicomprensiva de dicho instituto jurídico.
2. En la misma línea, ante su falta de reconocimiento positivo y por la enorme inseguridad jurídica que ello produce, es indispensable trabajar en la tipificación y adecuada configuración de los distintos negocios jurídicos que tienen por objeto la transmisión inter vivos de la empresa. Principalmente en la de los negocios de carácter oneroso, que son los más usuales en la vida del tráfico jurídico mercantil.
3. A tal efecto, este modesto estudio tiene por principal meta constituir un primer esfuerzo por mostrar, a los operadores jurídicos, distintas opciones normativas que han emprendido dicha tarea.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES

- ❖ Ascarelli, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, pág. 296.
- ❖ Bauche García Diego, *La Empresa*, Porrúa, México, 1977.
- ❖ Broseta Pont, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tomo I, 11 ed. Ed. Tecnos, S.A, España, 2003.
- ❖ Calero, F. S., *Instituciones del Derecho Mercantil I, volumen I*. Mc Graw Hill.
- ❖ Castan Tobeñas, José, *Derecho civil español*, común y foral 10 edición, Madrid 1965.
- ❖ Cruz, J. R. *Manual de derecho mercantil, segunda edicion*.
- ❖ De Aquinis, A. M. (1989). *La empresa como objeto economico y el derecho comercial y la economia*.
- ❖ Díez Picazo, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid 1978.
- ❖ Falla, G. F. (1985). *Derecho mercantil, la empresa*. Buenos Aires: Astrea, De Alfredo y Depalma.
- ❖ Font Galán, *El Empresario Mercantil, notas características que conforman la noción de empresario*, Ed. Ariel, España, 2000.
- ❖ Franceschelli, *imprese e imprenditori*.
- ❖ Girón Tena, José, *Apuntes De Derecho Mercantil, La Empresa*, Tecnos, 1977- Madrid 1978.

- ❖ Guidini. (1965). *Curso de derecho comercial, segunda edicion.*
- ❖ Guzmán García, Jairo, *Apuntes de derecho de cosas.*
- ❖ Herrera Espinoza Jesús Jusseth y Guzmán García Jairo José, *Contratos Civiles y Mercantiles*, colección facultad de ciencias jurídicas.
- ❖ Orúe Cruz, José René, *Manual de Derecho Mercantil*, 2da edición. Ed. Hispamer 2008.
- ❖ Pérez de la Cruz Blanco, *Efectos de la trasmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes.*
- ❖ Portal Castrejón Jesús, *Revista Jurídica Cajamarca ¿Qué es la empresa y quien responde por los daños que causa?*
- ❖ Puig Brutau, José, *Fundamentos de derecho civil*, 2 da. Edición, Barcelona, 1978, t II vol. I.
- ❖ Rojo, Ángel, *El Empresario, Concepto, Clases y responsabilidades, El Establecimiento Mercantil, en Curso de Derecho Mercantil*, Civitas Ediciones S.A, España, 1999.
- ❖ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, 4 edición México, 1971 t II.
- ❖ Ruiz Marquillo, D. *organizacion y administracion de empresa.*
- ❖ Sánchez Jiménez, *Lecciones de derecho Mercantil*, MCGRAW-HILL, España, 2004.
- ❖ Sanchez, G. J. *Derecho Mercantil I, Volumen I, octava edicion.*

- ❖ Sanchez, G. J. *Derecho Mercantil Tomo I, Capítulo 7.*
- ❖ Uría Rodrigo, Méndez Aurelio, *Curso De Derecho Mercantil.*
- ❖ Verrucoli. *reforma tribitaria, Concepto de empresa.*

DICCIONARIOS CONSULTADOS

- ❖ Cabanellas De Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico elemental, ed.,* Argentina, Editorial Heliasta, 2001.

MODULOS AUTOFORMATIVOS

- ❖ Espinoza, J. H. *Derecho Mercantil I.* Texto autoformativo de educacion a distancia.

LEGISLACIÓN

- ❖ *Código Civil* . Nicaragua: Bitecsa.
- ❖ *Código de Comercio* . Nicaragua: Bitecsa.
- ❖ *Código del Trabajo*. Nicaragua: Bitecsa.

SITIOS WEB

- ❖ www.articuloz.com. (s.f.). Recuperado el 10 de 6 de 2009.
- ❖ www.cosep.org.ni. (s.f.). Recuperado el 10 de 6 de 2009.
- ❖ www.galeon.com. (s.f.). Recuperado el 9 de 6 de 2009.
- ❖ www.rincondelvago.com. (s.f.). Recuperado el 11 de 4 de 2009.
- ❖ www.wikipedia.com. (s.f.). Recuperado el 11 de 4 de 2009.
- ❖ www.infopyme.com/Dcs/NI/offline/ (s.f.). Recuperado el día 9 de junio del 2009.