

**Voces:** FONDO DE COMERCIO ~ TRANSFERENCIA DE FONDO DE COMERCIO ~ TRANSFERENCIA DE ESTABLECIMIENTO COMERCIAL ~ NATURALEZA JURIDICA

**Título:** Transmisión de Fondos de Comercio

**Autores:** Saravia Frías, Bernardo Mazzinghi, Marcos

**Publicado en:** LA LEY 30/03/2007, 30/03/2007, 1 - LA LEY2007-B, 1171

**Cita Online:** AR/DOC/1278/2007

La globalización no es ni un principio ni una idea. Es un hecho. De nada valen las posturas trasnochadas de los políticos y empresarios de siempre, que pretenden volver a un pasado nostálgico, de economías aisladas, consumidores cautivos y productos no competitivos. Enfrentamos un fenómeno irreversible que está instalado y vino para quedarse.

A diferencia de manifestaciones globalizadoras históricas y anteriores, la globalización de nuestra época se caracteriza por una explosión demográfica sin parangón, una internacionalización de la producción que desdibuja la distinción entre productos "nacionales" e "importados", y por una revolución tecnológica y espacial que ha hecho el planeta más pequeño al reducir las distancias (1). Con la globalización moderna el espacio se encoge, el tiempo se abrevia y la historia se acelera.

Se revela así un mercado sin precedentes, en el que sus agentes económicos, desconociendo los tradicionales límites territoriales, persiguen el máximo lucro por medio de las economías de escala a que dan lugar los consumidores de la aldea global, y un abaratamiento de los costos de las empresas producto de un desarrollo tecnológico inusitado, que facilita no sólo la comunicación sino también los modos de transporte. Basta pensar en empresas como Google, Amazon, Skype que a través de desarrollos extraordinariamente originales en Internet promueven y ofrecen productos, formas de contratación y comunicación, acceso a datos y modos de publicidad totalmente revolucionarios (2). O en empresas como DHL que, cual chasquis del viejo Imperio Inca, colocan productos de cualquier naturaleza y especie en los lugares más exóticos del mundo en menos de veinticuatro horas, desde pescado fresco hasta automóviles.

Este nuevo mercado entra en tensión, cuestiona y trastorna los cimientos de la organización jurídica existente, en particular los principios de soberanía, de la estatalidad, nacionalidad del derecho y los criterios de interpretación contractual (3). Como no puede ser de otra forma, estos modernos mercatori buscan aumentar su dinerario en este nuevo y fascinante escenario internacional, jaqueando jurisdicciones, leyes nacionales y autoridades de aplicación. A la zaga van nuevas expresiones jurídicas que contienen y dan forma a los originales negocios que se van sucediendo; lo que Galgano denomina una nueva Lex Mercatoria (4).

Sin duda que todo lo expuesto representa un desafío para juristas y legisladores, quienes deben esforzarse por acompañar este dinámico proceso, adaptando y modificando las herramientas jurídicas conforme a las innovaciones que van ocurriendo. No parece ser el caso de los parlamentarios argentinos, quienes, salvo honrosas excepciones, permanecen impertérritos ante el frenético cambio. Sus esfuerzos se vuelcan más bien a prorrogar indefinidamente inexplicables emergencias en fatigosas y sórdidas sesiones, o, en general, a apoyar proyectos de leyes que no son precisamente de su autoría y que son remitidos casi como instrucciones para su aprobación sin dilación, polémica, ni reflexión. Lejos y a veces ni en la memoria quedaron los Alem, los Pellegrini, los Yadarola.

Una de las muestras cabales de leyes anacrónicas en el ámbito empresarial es la ley 11.867 sobre Transmisión de Establecimientos Comerciales (Adla, 1920-1940, 524), conocida como ley de transferencia de fondos de comercio (la "Ley"). Norma que data del año 1934 y que a pesar de los insistentes pedidos de cambio de voces más que autorizadas en el tema, ha permanecido sin alteraciones desde entonces, infligiendo sus inconsistencias a quienes buscan su amparo. Se suele argumentar, como pretendiendo quitarle relevancia a su anacronismo, que la Ley aplica al pequeño comercio, generalmente minorista, de escaso capital y relativo giro, aserción que no se ajusta a la realidad, porque más de una vez se la utiliza para operaciones comerciales de envergadura (5). El propósito de este trabajo es reflexionar sobre distintos aspectos de la Ley, tanto de fondo como procesales, en un intento por aportar para su futura reforma.

Sobre el concepto y la naturaleza jurídica del fondo del comercio

Adentrarse en el estudio del fondo de comercio es una aventura que de a ratos se convierte en una hercúlea tarea de interpretación, lo que resulta paradójico si se tiene en cuenta lo escueto del articulado de la Ley. De repente uno se encuentra inmerso en conceptos jurídicamente vaporosos —gran parte copiados de la doctrina extranjera, sobre todo italiana— como empresa, valor llave, clientela, distinciones honoríficas. La Ley no da una definición categórica sino que se limita a realizar una enumeración de ciertos elementos que no tiene carácter taxativo, lo que alimenta aun más la confusión. Siguiendo al maestro Butty, el fondo de comercio sería uno de los elementos de la empresa, entendiendo ésta como un conjunto complejo conformado por tres elementos: uno objetivo, que sería la hacienda (6) o el fondo de comercio, otro subjetivo, que sería el empresario y por último, un tercero inmaterial, que estaría conformado por la actividad de organización desplegada por el empresario respecto de la hacienda (7). Bajo esta concepción, que encuentra su origen y principal sustento en el Código italiano de 1940, el fondo de comercio no es un grupo anárquico de elementos. Todo lo contrario, el conjunto de bienes que lo integran es un todo armónico, ordenado por el empresario para la producción de

bienes y servicios. La actividad desplegada para ese orden sería lo que se denomina valor llave (8).

En cuanto a la naturaleza jurídica, la mayoría de la doctrina de nuestro país entiende que el fondo de comercio, como conjunto armónico de elementos que conforman el sustrato material de la empresa, es una universalidad, pero una universalidad de hecho y no de derecho (9). Ahora bien, determinar qué es una universalidad de hecho y precisar cuáles son las implicancias concretas de dicha categorización —al menos bajo el prisma del derecho argentino—, es algo más que complejo, ya que tal distinción entre universalidades de hecho y de derecho no existe expresamente en nuestro ordenamiento jurídico (10). El argumento para sustentar esta tesis de la universalidad de hecho sería el siguiente: el fondo de comercio, si bien no es una yuxtaposición anárquica de bienes no deja de ser un todo económico que no alcanza la calidad de todo jurídico. A diferencia de las universalidades de derecho como el patrimonio, por ejemplo (11), su existencia e integración obedece a la voluntad y no a la creación de la ley, y su transmisión no comprende elementos activos y pasivos.

Este esfuerzo doctrinario por encasillar el fondo de comercio bajo el concepto de universalidad de hecho trae a la memoria al "hospitalario" Procusto, y no deja de acarrear complicaciones para quienes quieren valerse de la Ley, que si bien no expresamente, recepta este entendimiento. A saber, y en apretada síntesis: 1) la transmisión de un fondo de comercio no comprende las deudas relativas al mismo, las que sólo pueden ser delegadas siguiendo las disposiciones del derecho común, esto es, obteniendo el consentimiento expreso de cada uno de los acreedores (12); 2) otro tanto ocurre con los créditos relacionados con el fondo, a los que también son aplicables las disposiciones del Código Civil que requiere la notificación por acto público a cada uno de los deudores cedidos; caso contrario, el pago de aquellos al acreedor anterior (enajenante del fondo en este caso) produce los consabidos efectos liberatorios (13); 3) los contratos relativos a la hacienda tampoco están incluidos, debiendo seguirse, al igual que en los dos puntos anteriores, las disposiciones del derecho común; 4) el tercero acreedor del fondo de comercio no encuentra debida protección bajo los arcaicos términos de la Ley, que si bien pueden haber tenido un encomiable propósito en su origen, hoy se revelan insuficientes tal como se intentará demostrar más adelante (14).

#### Una reflexión de lege ferenda

Sin perder de vista las palabras de Cámara en cuanto a que "la originalidad en el arte es el pórtico del éxito; en las leyes el heraldo de su fracaso" (15), nos permitimos plantear como posibilidad considerar el fondo de comercio o la hacienda como un patrimonio de afectación. Desde ya que este planteo no es posible bajo los actuales términos de la Ley, por lo que no deja de ser más que una propuesta de lege ferenda, que sin embargo creemos daría solución a muchas de las dificultades antes expuestas. Corriendo el riesgo de ser sobreabundantes, aclaramos que el concepto de patrimonio de afectación no es novedoso en nuestro sistema jurídico, habiendo sido introducido por medio de la ley 24.441 (Adla, LV-A, 296) conocida como del Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, dando así la bienvenida en el derecho argentino a la figura del fideicomiso en su versión moderna (16). Esta original norma produjo de algún modo un quiebre de la tradicional equivalencia una persona, un patrimonio, contemplada en el art. 2312 de nuestro Cód. Civil, e hizo que el concepto de patrimonio especial deje de ser una categoría vacía de contenido normativo (17). Si el patrimonio de afectación encontró recepción legislativa como sostén para uno de los cambios normativos más ocurrentes de los últimos años, ¿por qué no hacer extensivo ese mismo concepto con las correspondientes adaptaciones a la figura del fondo de comercio? Las ventajas saltan a la vista: las deudas del fondo de comercio estarían incluidas en el patrimonio de afectación que se transmitiría al adquirente, lo mismo que los créditos y los contratos relativos a la hacienda. Sin perjuicio de las acciones de fraude propias del derecho común, desde ya que un cambio de estas características debería ir acompañado de medidas que tengan como propósito reforzar la protección de los acreedores, que fue desde el inicio el objetivo primordial de la Ley. A manera de ejemplo, se podría establecer la responsabilidad solidaria de adquirente y enajenante (por un plazo determinado posterior al perfeccionamiento de la transferencia) del fondo de comercio, sea hasta el límite de los bienes cedidos en lo que sería el patrimonio de afectación que se transmite (para el enajenante) o por las obligaciones contabilizadas incluidas en aquel (para el adquirente) (18). En el mismo sentido, se debería mantener el régimen de publicidad actualmente vigente en la Ley, pero adaptándolo a los últimos avances tecnológicos en cuanto a medios de comunicación, tomando en consideración, por ejemplo, la publicación de avisos en diarios de envergadura por Internet.

Remarcamos que la propia Ley reconoce la existencia de dos tipos de acreedores, aquellos del negocio que se transfiere vis à vis aquellos propios del enajenante del fondo. Por un lado, en el artículo 4° primera parte, sostiene que sólo podrán oponerse a la transferencia "los acreedores afectados por la transferencia" y, por el otro, en su artículo 8° in fine establece que "estos créditos (por los créditos que deben tomarse en cuenta para el precio al que se enajena el fondo) deben proceder de mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de los gastos generales del mismo." Como se puede apreciar, la Ley es lo suficientemente elocuente en cuanto a la distinción de lo que serían los "acreedores comunes" del enajenante, que no pueden oponerse a la transferencia, y los acreedores cuyo título se vincula con la explotación transferida (19), rompiendo, en palabras de Zavala Rodríguez, "el sistema de nuestro derecho, que no admite la divisibilidad del patrimonio" (20), y dándole al fondo el carácter de patrimonio separado, especial o de afectación. Los actuales términos de la Ley no hacen más que sembrar dudas en los acreedores del fondo que se transfiere, que muchas veces no tienen en claro si tienen

derecho o no a oponerse. La lectura de los actuales artículos de la Ley generan en el lector la impresión de que el legislador de 1934 vislumbró la posibilidad de reconocer al fondo de comercio el carácter de universalidad de derecho (ya que introdujo la mentada distinción entre acreedores del fondo y acreedores personales del enajenante), pero que ese primer impulso fue sujetado por el fuerte arraigo que ostenta en nuestro ordenamiento jurídico el principio de la unicidad del patrimonio (21). La vigencia de este principio se ha atenuado desde 1934 hasta la fecha, esencialmente como consecuencia del ya expuesto reconocimiento expreso del fideicomiso como patrimonio de afectación, lo cual tal vez hubiera sido inimaginable para el legislador de aquella época, imbuido de la concepción tradicional del patrimonio como atributo único de la personalidad. En este nuevo contexto, una revisión y actualización de la Ley se imponen, a fin de adaptar dicha norma a las exigencias y necesidades actuales del comercio.

Por otra parte, y desde un ángulo laboral, el art. 225 de la ley 20.744 (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) complementarias y modificatorias determina que "en caso de transferencia por cualquier título del establecimiento, pasarán al sucesor o adquirente todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia, aun aquellas que se originen con motivo de la misma". Si los contratos de trabajo, tan caros a cualquier política de Estado, son transmitidos al comprador del fondo sin más, ¿por qué no admitir entonces que las deudas, los créditos y los contratos relacionados con el fondo sigan la misma suerte?, ¿o es que un trabajador debe tener menos protección que un acreedor?

Por último, un sector de la doctrina sostiene que es posible preñar, dar en locación o usufructo el fondo de comercio "como unidad de producción distinta de sus elementos integrantes"(22), posición que debería reforzar la visión de la hacienda como un patrimonio de afectación.

#### Algunas cuestiones adicionales

Esencialmente, la Ley divide el proceso de transferencia de una hacienda en cuatro hitos fundamentales: 1) un período de cinco días en el que tiene lugar la publicación de edictos en el Boletín Oficial y en diarios o periódicos donde funcione el establecimiento anunciando la transmisión; 2) un período de diez días en el que los acreedores afectados por la transferencia pueden notificar su oposición a la transferencia, reclamando la retención del importe de sus respectivos créditos y su depósito en cuenta especialmente abierta al efecto; 3) un período de veinte días durante el cual el adquirente del fondo, el escribano interviniente o el rematador deben retener el monto de la oposición y mantenerlo depositado y 4) el otorgamiento del documento de venta, el que para producir efecto con relación a terceros debe ser inscripto dentro de los diez días siguientes a finalizado el período anterior en el Registro Público de Comercio.

En pos de la protección de los acreedores, el período de publicación de los edictos es fundamental, no sólo porque marca el inicio del proceso, sino también porque persigue poner en conocimiento de los terceros en general y de los terceros acreedores del fondo en particular, la ocurrencia de la transferencia. Dos reflexiones al respecto: debería reforzarse esta previsión contenida en el art. 2° de la Ley, tomando en cuenta que muchas veces en la práctica, la publicación de los edictos en los diarios suele tener lugar en sitios de los periódicos o diarios no tan visibles, con el consecuente perjuicio para los acreedores. Una buena referencia a tomar en cuenta es la de algunos jueces comerciales, que están exigiendo, en relación a sanciones por violación a la Ley de Defensa del Consumidor, la publicación de avisos en lugares o sitios visibles de los periódicos, con tamaños de letra suficientemente legibles. En la misma línea y como ya se adelantó, podría contemplarse agregar en este artículo la posibilidad (o la obligación) de que las publicaciones tengan también lugar en el site de un diario de importante circulación y en los sitios de las personas o empresas involucradas en la transferencia de fondo de comercio de que se trate (23). Como segunda reflexión en cuanto a este tema, es muy común, sobre todo en algunas provincias, que como requisito previo para la publicación de un edicto en un boletín oficial deba presentarse un certificado de libre deuda impositivo. Casi de más está decir que tal exigencia constituye una franca violación de varios preceptos constitucionales, entre ellos el art. 31 de la Carta Magna, ya que la facultad para crear boletines oficiales no faculta a las provincias a imponer requerimientos que van más allá de los estipulados por la Ley (24).

Una gran duda que se presenta en los hechos tiene que ver con la ya mencionada distinción que hace la Ley entre acreedores afectados por la transferencia y acreedores propios del enajenante. La cuestión se plantea tanto para los acreedores que pretenden oponerse a la transferencia como para el enajenante, en tanto no queda claro quiénes pueden oponerse y quiénes no. Desde ya que esto puede dar lugar a abusos de las dos partes: del lado de los acreedores, en tanto, pueden pretender presentar una oposición con fines meramente obstructivos, acreedores que no se ven afectados por una transferencia o acreedores cuyos créditos no proceden de mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de los gastos generales del mismo; del lado del enajenante, en tanto puede plantear inapropiamente el rechazo a oposiciones en base a las previsiones de los arts. 4° y 8° in fine.

Otro artículo que estaría dirigido a proteger a los acreedores del fondo es el 8°, en tanto establece que no puede realizarse transferencia alguna en la que el precio sea inferior a los pasivos confesados por el enajenante más el importe de los créditos que se hubieren opuesto, salvo que se obtuviere la conformidad de la totalidad de los acreedores. Dos observaciones respecto de este artículo: en primer lugar, si el pasivo es asumido expresamente por el adquirente, no debería existir inconveniente alguno para que se efectúe una transferencia en

la que los pasivos estipulados en esta disposición sean superiores al precio (25). En segundo lugar, coincidimos con Cámara en que la exigencia de la conformidad por parte de la totalidad de los acreedores parece excesiva (26).

### Conclusión

Tanto uso y abuso se le ha dado al concepto de seguridad jurídica que para muchos se ha convertido en una abstracción empalagosa, vacía de contenido cierto. Esta cualidad deseable en todo ordenamiento jurídico, que implica certeza de las normas y previsibilidad en su aplicación, exige un equilibrio justo entre los pilares normativos que deben permanecer incólumes y aquellas otras disposiciones que, teniendo en cuenta su palpable anacronismo, exigen una enmienda. Entendemos que ese es el caso de la Ley de Transmisión de Establecimientos Comerciales, a cuya reforma esperamos haber aportado.

### Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Felipe Larraín B. y Jeffrey D. Sachs, "Macroeconomía en la economía global", Pearson Prentice Hall, segunda edición, 2002, ps. 679 y siguientes.

(2) Ver semanario The Economist, 14/20 de Octubre de 2006, p. 67, en donde se trata la adquisición de YouTube por parte de Google.

(3) GALGANO, Francesco, "La Globalización en el Espejo del Derecho", Rubinzal Culzoni, 2005, p. 40.

(4) GALGANO, op. cit., p 14. La lex mercatoria es definida por este autor como un derecho creado por el rango empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de la unidad política de los Estados, las relaciones comerciales que se establecen dentro de la unidad económica de los mercados.

(5) Ver ZUNINO, Jorge O., "Fondo de Comercio", Astrea, p. 46.

(6) Suscribimos a la opinión de Fontanarrosa en cuanto al uso del término "hacienda". Lejos está este término de ser un italianismo (azienda), sino que tiene una larga raigambre castellana. Deriva del verbo hacer, aparece documentalmente comprobada en 1115 y fue utilizada por el poeta Berceo. Ver FONTANARROSA, Rodolfo O., "Derecho Comercial Argentino", 1: Parte General, Zavalía, cuarta edición, 1997, p. 200.

(7) HALPERIN, Isaac y BUTTY, Enrique M., "Curso de Derecho Comercial", Volumen I, Depalma, 4ª ed., 2000. p. 94.

(8) Idem, p 100.

(9) Ver HALPERIN y BUTTY, op. cit., p. 93, FERNANDEZ, Raymundo L. y GOMEZ LEO, Osvaldo, "Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial", Depalma, 1993, t. I, p. 407, ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos Juan, "Código de Comercio y Leyes Complementarias", Depalma, 1979, t. II, p. 250, entre otros. Ver también fallo plenario de la Cámara en lo Comercial, 12 de mayo de 1938, LA LEY, 10-662.

(10) Un esbozo de las características distintivas de ambas universalidades puede vislumbrarse en la nota al artículo 2312 del Código Civil en cuanto dispone que "el patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas, o que puedan ser separadamente determinadas. Una pluralidad de bienes exteriores tal que pueda ser considerada como una unidad, como un todo, se llama una universalidad en este Código. Si es por la intención del propietario es universitas facti, si por el derecho, universitas juris. El Derecho Romano distinguía el patrimonio del peculio. La teoría del peculio es extraña a este Código."

(11) Ver art. 2312 del Cód. Civil.

(12) Ver art. 814 del Cód. Civil.

(13) Ver arts. 1434 y sigtes. del Cód. Civil.

(14) LE PERA, Sergio, "Cuestiones de derecho comercial moderno", Astrea, 1974, p. 72.

(15) CAMARA, Héctor, "Anotaciones al proyecto de ley de transmisión de fondo de comercio", JA, 1959-IV- 54, citado por ZAVALA RODRIGUEZ, op. cit., p. 279.

(16) Ver LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., "Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria, Contratos de Consumición", Zavalía, 1998, p. 81, FREIRE, Bettina V., "El Fideicomiso", Abaco, 1997, p. 73, entre otros.

(17) Ver LE PERA, op. cit., p. 87 quien entonces expresaba que una conclusión posible respecto de la naturaleza jurídica del fondo de comercio era estéril porque tanto la universalidad de hecho, la de derecho como el patrimonio de afectación, eran categorías relativamente vacías de contenido normativo.

(18) Ver LE PERA, op. cit., p. 349 y sigtes. En el Apéndice de esa obra se incluye un más que interesante proyecto de reforma a la Ley del doctor Le Pera. Destacamos que la responsabilidad solidaria es establecida por la Ley de Contrato de Trabajo respecto de las obligaciones de los contratos de trabajo existentes al momento de

la transferencia.

(19) *Idem*, p 81.

(20) ZAVALA RODRIGUEZ, *op. cit.*, p 273.

(21) BUERES, Alberto J. y HIGHTON, Elena I., "Código Civil y normas complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial", t. 5, p. 11.

(22) ZUNINO, *op. cit.*, p. 66, citando a su vez a Fernández y Gómez Leo.

(23) Debe tomarse en cuenta que muchas empresas de servicios realizan un uso activo de sus portales de Internet como canal de comercialización con clientes, proveedores, etc.

(24) Ver, por ejemplo, el decreto 804/72 de la Provincia de Mendoza. Zavala Rodríguez sostiene este argumento pero respecto a la no inscripción en los registros provinciales del documento de venta, ver *op. cit.*, p. 293.

(25) ZAVALA RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 298, citando la opinión del Senador Castillo.

(26) Piénsese, por ejemplo, que para la homologación de un Acuerdo Preventivo Extrajudicial, la Ley de Concursos y Quiebras requiere la mayoría absoluta de los acreedores quirografarios que represente los dos tercios del pasivo quirografario total.