

TRANSFERENCIA DE FONDO DE COMERCIO**Carlos MOLINA SANDOVAL**

Resumen: El objeto del presente apunta a analizar los principales aspectos de la ley 11.867 referida y algunos temas que se consideran actuales y que tienen directa relación con otros institutos jurídicos del ordenamiento comercial.

Palabras clave: Fondo de comercio – Transferencia – Oposición de acreedores – Concurso.

Abstract: The purpose of this is to analyze the main aspects of the aforementioned law 11.867 and some issues that are considered current and that have a direct relationship with other legal institutes of the commercial order.

Key words: Goodwill -Transfer – Creditors` opposition – Preventive bankruptcy.

I. INTRODUCCIÓN.

Una de las tantas deudas del derecho comercial se vincula con el régimen jurídico de transferencia de fondos de comercio. La legislación que regula la transferencia de fondos de comercio se incorporó con la ley 11.867 (en adelante, LTFC) y data del año 1934. Esta regulación jurídica se ha mantenido casi inalterada y reglamentada por un escuálido decreto (88.168/36).

Más allá de los debates actuales sobre los lineamientos fundamentales que debe tener la normativa de transferencia de establecimientos comerciales (que sin dudas requieren de serias reflexiones y deberán ser tenidas en cuenta en una futura legislación), lo cierto es que la norma tiene más de setenta años y se remonta a esquemas o realidades industriales y comerciales claramente contrastantes con los tiempos que corren.

La práctica mercantil demuestra claramente que el régimen de transferencia de fondos de comercios es inconveniente con la dinámica de los negocios; a ello se suman ciertas preferencias en cabeza del Fisco Nacional (y en forma refleja de fiscos provinciales y municipales) a la hora de garantizar cualquier deuda fiscal o previsional que no hayan fiscalizado oportunamente.

El objeto del presente apunta a analizar los principales aspectos de la ley referida y algunos temas que se consideran actuales y que tienen directa relación con otros institutos jurídicos del ordenamiento comercial.

II. NOCIÓN DE FONDO DE COMERCIO.

La LTFC no define al fondo de comercio, sino que directamente determina los elementos que lo integran (o pueden integrarlo). Pero, es obvio, que los elementos que se sindicaron como componentes de un fondo de comercio no lo son necesariamente por estar en cabeza de un mismo titular, sino que requiere una suerte de identidad conjunta que permita identificarlos bajo una cierta individualidad (o universalidad).

El fondo de comercio (también aceptado como “establecimiento mercantil”, “casa de comercio” o incluso “hacienda”, como lo denomina el Código Italiano de 1942) no puede equiparse a la,

muchas veces congestiva, noción de empresa, aun cuando ambas acepciones están más relacionadas con lo “económico” que con las formas legales o jurídicas empleadas para su organización.

La idea de fondo de comercio se relaciona con la “organización comercial” (a la que poco importa su estructuración jurídica, léase a nivel individual, societario, cooperativo o incluso contractual) de ciertos elementos necesarios (bienes muebles, derechos, intangibles, etc.) para la explotación productiva, industrial, comercial o de cualquier índole productora de beneficios económicos que goce de cierta continuidad y eventual identificación como “unidad”. Por ello, una vieja jurisprudencia ha llegado a concebirlo como “un organismo económico viviente”, aun sin verdadera entidad jurídica.

Ya en el simple terreno de la identificación de sus elementos, el art. 1, LTFC, señala: “Declárase elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística”.

Como puede verse se trata de un detalle legal claramente enunciativo, pues ciertos elementos no mencionados pueden integrar un determinado fondo de comercio (e incluso ser fundamentales) y otros mencionados pueden ser claramente prescindibles.

El detalle, además de enunciativo, debe realizarse de manera casuística y con una inteligencia finalística, ya que, en algunos casos, podría incluso incorporarse el inmueble en propiedad, las máquinas (que podrían según el alcance del término incluirse dentro de las instalaciones), contratos que hacen al giro del fondo de comercio (v.gr., un contrato de distribución, exclusividad o de otra índole), vehículos e incluso concesiones administrativas, habilitaciones, licencias, etc.

III. COMPONENTES DEL FONDO.

III.1. Instalaciones.

Conforme el detalle establecido por la LTFC se incluye en la noción de fondo de comercio a las “instalaciones” que, si bien muchas veces podrán ser entendidos como cosas muebles, muchas otras se podrían incluir como inmuebles por accesión.

Las instalaciones son aquellos bienes (en general tangibles) situados en el establecimiento comercial (a diferencia de otros derechos, marcas, derechos, etc.) que son necesarios para desarrollar la actividad comercial.

Se podrían incorporar los muebles, bibliotecas y estantes, instalaciones eléctricas y de otra índole, cartelería, algunos de los denominados contablemente “bienes de uso” y otros bienes necesarios para continuar la actividad del fondo sin mayores inconvenientes y que suelen incorporarse materialmente en los inventarios.

Ante la duda si un determinado bien puede entenderse abarcado en la noción de “instalación”, pensamos que debe interpretarse de manera amplia y con un sentido finalista. Es común en transferencia de fondos de comercio que existan ciertos bienes que si bien se encuentran en el inmueble donde se encuentra el fondo no tienen una directa relación con la actividad realizada (o, incluso, pudiendo haberla tenido ya no se desarrollan de manera concreta).

III.2. Mercaderías.

La LTFC también incluye a las mercaderías. Esta noción abarca, en cierto modo y como se ha dicho desde la perspectiva contable, lo que se conoce como “bienes de cambio” e incluyen no sólo aquellos adquiridos o producidos para su venta como parte de la actividad principal del fondo sino que se encuentran en el proceso de producción para dicha venta o se consumen en tal proceso. También abarcan las existencias de bienes a ser consumidos en funciones distintas a las de producción de mercaderías o servicios de terceros, como los materiales de publicidad y los utilizados en tareas administrativas (formularios, disquetes, etc.).

En esencia, incluyen mercaderías de reventa, productos terminados, productos en proceso, materias primas y materiales, muestras, exhibidores y carteles publicitarios.

III.3. Nombre y enseña comercial.

También incluye la LTFC al “nombre y enseña comercial” y apunta en cierto modo a la referida unidad organizativa (llámese universalidad de hecho o jurídica, según las distintas teorías): es la forma por la cual se identifica el fondo de comercio.

Debe distinguirse en sentido estricto el “nombre comercial” (léase, designación de actividades, según lo señala el art. 27 y ss., Ley 22.362 de Marcas –LM-) del nombre –como atributo de la personalidad- de la persona física (o incluso el nombre societario, conforme la exigencia legal). Muchas veces el nombre de la persona física o jurídica sirve para identificar la actividad económica que se realiza y muchas otras se utiliza y registra como una marca comercial. Ahora bien, el hecho de que se transfiera la designación de actividades no importa, al menos no necesariamente, la prohibición de la persona física de utilizar su propio nombre para la vida. Ello así porque el nombre de las personas es un atributo de la personalidad. Distinto sería con sobrenombre u otras formas de alusión a la persona física.

Igualmente, transferida la designación o enseña comercial, el enajenante deberá evitar su utilización a los fines de sus actividades productivas. De todas formas, cabe señalar que si bien podría entenderse, según el caso, que la cesión de la transferencia de un fondo de comercio fuertemente identificado con el nombre social podría legitimar a la sociedad para mutar su denominación social, ello no sucedería así con el nombre de una persona humana, ya que este es inmutable en el sentido previsto por régimen privado.

La noción de “enseña” se encuentra íntimamente ligada con la designación de actividades, ya que abarca signos, frases o incluso colores que acompañan, fortalecen o complementan la designación o marca comercial.

El capítulo II regula de manera idéntica las designaciones (nombre comercial) y las enseñas (signos) en el siguiente sentido:

(i) El nombre o signo con que se designa una actividad con o sin fines de lucro, constituye una propiedad para los efectos de esta ley (art. 27, LM).

(ii) La propiedad de la designación se adquiere con su uso y sólo con relación al ramo en el que se utiliza y debe ser inconfundible con las preexistentes en ese mismo ramo (art. 28, LM).

(iii) Toda persona con interés legítimo puede oponerse al uso de una designación y la acción respectiva prescribe al año desde que el tercero comenzó a utilizarla en forma pública y ostensible o desde que el accionante tuvo conocimiento de su uso (art. 29, LM).

(iv) El derecho a la designación se extingue por el cese de la actividad designada (art. 30, LM).

III.4. Clientela.

La clientela es, quizás, uno de los verdaderos fundamentos económicos de la transferencia del fondo de comercio. En la mayoría de los supuestos, al adquirente de un fondo de comercio le interesa mantener (o incluso mejorar) el esquema de clientes (clientela) que posee el fondo de comercio.

Los autores han diferenciado la clientela del valor llave; en general, han identificado a la “clientela” como los compradores potenciales (conjunto de clientes) de un determinado establecimiento comercial (habituales u ocasionales) y al “valor llave” como la característica esencial (elemento funcional) del fondo que permite, posibilita o facilita la aptitud del establecimiento de generar ganancias (lo que se fija en un valor concreto y específica).

Por ello, ha dicho la jurisprudencia que el valor llave forma parte del capital del establecimiento, pues la llave misma está indisolublemente ligada a él. Esta afirmación requiere –agrega el fallo– tener en cuenta que si bien la ubicación del fondo, su antigüedad, su organización, su clientela, etc. son expectativas de lucros futuros para su titular, no son en sí mismos, utilidades sino “fuentes de utilidades”.

Como puede verse, el valor llave tiene en cuenta, entre otras cosas, justamente la clientela del establecimiento, que se deriva no sólo del mercado conquistado por el fondo de comercio sino también por el prestigio y trayectoria que tiene la marca, la ubicación del local, el esquema de marketing, etc.

III.5. Derecho al local.

Nótese que la LTFC no alude a la titularidad del “inmueble” sino al “derecho al local” como noción distinta de la mera titularidad. El derecho al local puede abarcar, aunque no necesariamente, la transferencia de la titularidad registral, pero sí incluye locaciones, comodatos, usufructos o cualquier otro acto conexo tendiente a garantizar el uso y goce del local donde se desarrolla la actividad.

La LTFC no resuelve el problema de la ausencia de previsión contractual sobre el derecho al local. Es claro que si las partes acordaron la sub-locación, cesión del contrato y otras formas que permitan el derecho de uso y goce del inmueble dicho “derecho al local” será fundamental su redacción expresa y la imposibilidad de ceder el derecho al local (por cláusula que prohíba la cesión del contrato, la sub-locación o incluso el comodato) podría tener entidad suficiente para justificar la resolución del contrato de transferencia de fondo de comercio o –incluso– si la causa de la imposibilidad no se debiera a las partes, solicitar la frustración del fin del contrato.

Podría ocurrir que se haga mención genérica al derecho al local, pero nada se instrumente al respecto, quedando el adquirente de un fondo de comercio con un derecho genérico al local, sin precisiones jurídicas suficiente.

Ahora bien, la falta de previsión expresa del derecho al local, ¿permite entender que lo incluye como parte integrante del fondo de comercio? Ello incluso se agrava porque el art. 7, LM, señala que la cesión o venta del fondo de comercio comprende la de la marca, “salvo estipulación en contrario”. Pensamos que la falta de previsión expresa sobre el derecho al local debe interpretarse como ausencia de intención de transferir los derechos sobre el local, ya que se trata de una situación que no pudo válidamente omitirse por las partes. Ello así, dejando a salvo que por las especiales circunstancias que motivaron la celebración del fondo pudiera entenderse que no es posible concebir el fondo sin el inmueble donde se encuentra ubicado el mismo.

III.6. Otros derechos de la propiedad industrial.

La ley también incluye otros elementos del mal llamado “derecho industrial”, tales como patentes de invención, marcas de fábrica y dibujos y modelos industriales. La transmisión de estos elementos deberá cumplir, además, con los recaudos exigidos por cada legislación de fondo.

La ley que reglamenta las patentes de invención es la ley 24.481 y otorga un plazo de veinte años improrrogable (art. 35). También se incluyen los llamados “modelos de utilidad”. Recuérdese que el art. 53 señala que toda disposición o forma nueva obtenida o introducida en herramientas, instrumentos de trabajo, utensilios, dispositivos u objetos conocidos que se presten a un trabajo práctico, en cuanto importen una mejor utilización en la función a que estén destinados, conferirán a su creador el derecho exclusivo de explotación, que se justificará por títulos denominados certificados de modelos de utilidad. Este derecho se concederá solamente a la nueva forma o de modelo de utilidad tal como se la define, pero no podrá concederse un certificado de modelo de utilidad dentro del campo de protección de una patente de invención vigente.

III.7. Distinciones honoríficas.

La LTFC refiere con este binomio a premios, distinciones o reconocimiento que suelen otorgarse a empresas y fondos de comercio, sea por clientes, colegas, asociaciones de bien común y asociaciones empresariales de un determinado segmento con relación a alguna operación, trayectoria u otras razones.

Se trata de un reconocimiento que, en cierto modo, le da un valor agregado al emprendimiento comercial, por cuanto en cierto modo garantizan una cierta trayectoria o calidad de los bienes o servicios producidos por el fondo de comercio.

Está claro que la distinción debe ser al fondo de comercio en sí y no a su titular. Muchas veces es difícil concebir una distinción independientemente de su dueño (aun cuando existen ejemplos vinculados con ejemplares bovinos, canes, etc.), pero la idea es que aun cuando el premiado o reconocido fuera su titular, la distinción deberá estar directamente relacionada con la actividad desarrollada en el fondo. Deben primar, en este sentido, los elementos vinculados con la actividad desarrollada en el fondo, despojándolo –en lo posible– de los elementos subjetivos de la personalidad de su titular.

III.8. Demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística.

La ley, al utilizar el término “demás” ha ampliado notablemente el elenco de bienes que integran el fondo de comercio, ya que alude a derechos derivados de la propiedad comercial, industrial o artística. Esta interpretación debe ser razonable y abarcar aquellos derechos que tengan una vinculación real con la actividad llevada a cabo el fondo.

Así, puede relacionarse no sólo con ciertos conocimientos técnicos específicos (know how), sino también con datos y sistemas contables (aun cuando los libros contables son individuales y deben ser llevado y conservado por cada comerciante o sociedad).

Deben incluirse aquellos datos necesarios para poder permitir un lógico funcionamiento del fondo de comercio.

Es obvio aclarar que los créditos, las deudas e, incluso, algunos contratos no integran el fondo de comercio, salvo que sean especialmente cedidos o asumidos y formalizados mediante los mecanismos legales que correspondan. Ello, por supuesto, dejando a salvo algunos obvios

supuestos en los cuales no se concibe el fondo de comercio sin algún contrato especial (v.gr., contrato de distribución, licencia de fabricación, etc.).

IV. PERSONAL EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA.

La cuestión del personal en relación de dependencia no ha sido regulada por la LTFC, aunque sí ha sido contemplado parcialmente por la LCT.

El art. 228, LCT, señala que el transmitente y el adquirente de un establecimiento serán solidariamente responsables respecto de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo existentes a la época de la transmisión y que afectaren a aquél. Esta solidaridad operará ya sea que la transmisión se haya efectuado para surtir efectos en forma permanente o en forma transitoria. A los efectos previstos en esta norma se considerará adquirente a toda aquel que pasare a ser titular del establecimiento aun cuando lo fuese como arrendatario o como usufructuario o como tenedor a título precario o por cualquier otro modo. La solidaridad, por su parte, también operará con relación a las obligaciones emergentes del contrato de trabajo existente al tiempo de la restitución del establecimiento cuando la transmisión no estuviere destinada a surtir efectos permanentes y fuese de aplicación lo dispuesto en la última parte del artículo 227. La responsabilidad solidaria consagrada por este artículo será también de aplicación cuando el cambio de empleador fuese motivado por la transferencia de un contrato de locación de obra, de explotación u otro análogo, cualquiera sea la naturaleza y el carácter de los mismos.

Esta disposición incluso debe analizarse bajo el velo del plenario “Baglieri” (CNT, en pleno, 8.8.97), que señaló que “el adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228, LCT, es responsable por las obligaciones del transmitente, derivadas de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión”.

V. CARÁCTER REGISTRABLE DEL FONDO DE COMERCIO.

Queda la duda si el fondo de comercio, como tal, es estrictamente un bien registrable o no. La duda no es menor, ya que la categoría de bien registrable entraña consecuencias jurídicas relevantes e incluso podría habilitar ciertas inscripciones preventivas. Recuérdese en este punto –y ratificando que no es en puridad un bien registrable- que el art. 44, LGS, señala que tratándose de un “aporte de un fondo de comercio” se practicará inventario y valuación, cumpliéndose con las disposiciones legales que rijan su transferencia y no se habilitaría estricto sensu la inscripción preventiva del art. 38, LGS.

Igualmente, una consecuencia no menor se menciona la exigencia del “asentimiento conyugal” previsto en el art. 1277, Cód. Civ. (que se requiere para bienes gananciales registrables), la que estimamos no es exigible para las transferencias de fondos de comercio (aun cuando sí lo será para la transferencia de cada uno de los bienes que integran el fondo de comercio, v.gr., vehículos, marcas, patentes, etc.).

De todas formas, en la práctica jurídica, es común que asesores legales exijan en el caso de personas físicas la conformidad del cónyuge para evitar cualquier refugio interpretativo del vendedor o su cónyuge a la hora de la ejecución del contrato.

VI. ALCANCES DEL PROCEDIMIENTO DE TRANSFERENCIA.

Debe quedar claro que la ausencia del trámite de la transferencia establecida por la LTFC no la invalida (sea onerosa o gratuita) sino que la transferencia carece de “oponibilidad” frente a terceros, quienes deben actuar como si el acto no se hubiera llevado a cabo.

El art. 2, LTFC, en esencia señala que toda transmisión de un establecimiento comercial o industrial “sólo podrá efectuarse válidamente con relación a terceros”, previo anuncio en el Boletín Oficial y en otro diario del lugar en que funcione el establecimiento. Ello es ratificado, incluso, más claramente por el art. 7, LTFC, que dice que transcurrido el plazo que señala el artículo 4 (esto es, diez días desde la última publicación), sin mediar oposición, o cumpliéndose, si se hubiera producido, la disposición del artículo 5 (esto es, la retención ordenada allí), podrá otorgarse válidamente el documento de venta, el que, “para producir efecto con relación a terceros”, deberá extenderse por escrito e inscribirse dentro de diez días en el Registro Público o en un registro especial creado al efecto.

Como puede verse, la omisión del trámite de transferencia de fondo de comercio no genera la invalidez de la enajenación sino la inoponibilidad frente a los acreedores y terceros y la responsabilidad de los intervinientes en la transferencia. Ello surge no sólo de las normas mencionadas sino también del art. 11, LTFC, que señala que las “omisiones o transgresiones a lo establecido en esta ley harán responsables solidariamente al comprador, vendedor, martillero o escribano que las hubieran cometido”, por el importe de los créditos que resulten impagos, como consecuencia de aquéllas y hasta el monto del precio de lo vendido.

VII. PROCEDIMIENTO APLICABLE PARA LA TRANSFERENCIA.

Más allá de la base contractual innegable que tiene la transferencia del fondo de comercio (como la mayoría de las transmisiones onerosas o gratuitas), lo cierto es que la ley establece un procedimiento obligatorio para las partes de la transferencia que culmina, en cierto modo, con la inscripción en el Registro Público.

VII.1. Transmisión onerosa o gratuita.

Abarca cualquier tipo de transmisión (a título oneroso o gratuito) y no sólo las ventas (por ello, queda incluida en la idea de transmisión la locación, comodato e incluso el leasing). Con respecto al leasing, que necesaria debe contener una opción de compra para el tomador, cabe señalar que el trámite debe realizarse antes de la celebración del contrato y no a posteriori y con el ejercicio de la opción de compra.

VII.2. Remate público.

La transmisión puede ser privada o realizada en remate público (la ley incluyó a las subastas y otras formas de realización no sólo por la equiparación que, en cierto modo, realiza el Cód. Civ. y Com., sino para evitar que mediante dicho mecanismo se eluda el pago de los acreedores del enajenante).

Cabe aclarar, sin embargo, que el mero embargo del fondo de comercio no requiere del trámite de transferencia, el que sólo será necesario cuando se proceda a ejecutar la sentencia y proceder a las medidas preparatorias de la subasta.

VII.3. Concurso preventivo.

En el caso del concurso preventivo, el art. 16, LCQ, exige que el concursado debe requerir previa autorización judicial para realizar actos “de disposición o locación de fondos de comercio”.

Vale decir que en este caso se requieren dos trámites separados (aunque conexos):

(i) la autorización judicial de transferencia del fondo de comercio por el juez concursal (que estimamos debería otorgada previamente), con vista al síndico y al comité de acreedores y en función de la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores;

(ii) el trámite propiamente dicho de transferencia del fondo de comercio (ante el Registro Público) tendiente a ello. Obvio resulta aclarar que los únicos acreedores que podrían ejercitar sus derechos serán los de causa o título posterior a la presentación en concurso preventivo (ya que los acreedores concursales están sometidos al proceso concursal y su tutela es garantizada mediante la autorización judicial).

VII.4. Edicto.

La transmisión debe ser publicada en el Boletín Oficial (de la jurisdicción donde funcione el establecimiento mercantil) y “en uno o más diarios o periódicos del lugar en que funcione el establecimiento”. La redacción de la norma deja mucho que desear ya que indudablemente hará que el vendedor sólo publique en un periódico del lugar. Pero para peor no se establece, si quiera reglamentariamente, la tirada y demás condiciones del periódico, lo que en muchos casos se prestará a manipulaciones innecesarias y no garantizará la verdadera intención del legislador que es el conocimiento público de la transferencia (y fundamentalmente los acreedores del vendedor).

Por otro lado, sólo limita la publicación al lugar de radicación del fondo de comercio, cuando – en muchos casos- los acreedores del fondo en su gran mayoría podrán domiciliarse en otras jurisdicciones. Debió preverse, para supuestos particulares, que en los casos en que el fondo de comercio tuviera cierto volumen o cantidad de acreedores debería publicarse en algún periódico de alcance nacional.

El Decreto Nacional 88.168/36, reglamentario de la LTFC, sólo señala que el aviso que deba publicarse en el Boletín Oficial, conforme a lo dispuesto por el art. 2 de esa ley, deberá presentarse en la administración del Boletín, firmado por el vendedor, por el comprador o por el rematador, escribano o abogado que intervenga, con todos los datos que exige la ley.

El edicto debe contener la “clase” y “ubicación” del negocio, “nombre” y “domicilio” del vendedor y del comprador, y en caso que interviniesen, el del rematador y el del escribano con cuya actuación se realizara el acto. Obviamente que se trata de elementos mínimos con lo cual podrán agregarse otros elementos que se consideren necesarios para la correcta identificación del negocio a transferirse.

La publicación deberá ser por cinco días, pero la ley no aclara si los días deben ser publicados en forma continuada o no. Pese a la falta de previsión normativa, una cierta coherencia y la finalidad difusiva de la ley, imponen que, aun cuando no se publiquen de manera ininterrumpida, se realicen con cierta continuidad y razonabilidad.

VII.5. Otorgamiento del acto.

La transferencia del fondo de comercio sólo podrá otorgarse luego del cumplimiento del procedimiento que incluye:

(i) entrega de un anexo en el que se adjuntan una lista de acreedores (con sus nombres, domicilios y fechas de vencimiento);

(ii) cumplimiento del plazo de diez días desde la última publicación de edictos;

(iii) en caso de oposición, retención y depósito del importe adeudado a los acreedores por el plazo de veinte días a los fines de la realización del embargo judicial;

(iv) otorgamiento del documento de transferencia;

(v) inscripción en el Registro Público de Comercio.

VIII. RÉGIMEN DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES.

Uno de los pilares (y quizás inconvenientes) que tiene el sistema de transferencia de fondo de comercio es justamente la posibilidad de los acreedores de oponerse a la transferencia por el monto de su crédito.

El art. 3, LTFC, impone que el enajenante entregue al adquirente una nota que contenga los créditos adeudados, indicando no sólo nombre y domicilio de los acreedores, sino también el monto de los créditos y fechas de vencimiento.

Sobre esos créditos (y a pesar de que no estén vencidos, pues la norma no requiere que estén vencidos) y teniendo en cuenta que la transferencia de fondo de comercio no genera, per se, el vencimiento de los plazos de los créditos (salvo que así se hubiera pactado contractualmente entre las partes mediante una cláusula *cross border*) la ley establece un “derecho de oposición”.

La ley no obliga al enajenante o adquirente (u otros interesados, locador, acreedor prendario, etc.) a notificar fehacientemente a todos los acreedores (como por ejemplo se exige en materia concursal al síndico mediante la carta certificada del art. 29, LCQ), lo cual –en caso de pocos acreedores- hubiera sido aconsejable realizar para garantizar la transparencia de la enajenación.

El “derecho de oposición” no impide estrictamente la validez del acto, sino que determina que esa transferencia es inoponible a los acreedores (el art. 7, LTFC, habla de “producir efecto con relación a terceros”), pero fundamentalmente la trasgresión al régimen de oposición (o a otros procedimientos establecidos por la ley) hace responsables solidariamente al “comprador, vendedor, martillero o escribano que las hubieran cometido, por el importe de los créditos que resulten impagos, como consecuencia de aquéllas y hasta el monto del precio de lo vendido” (art. 11, LTFC).

Por ello, no es exacto el art. 7, LTFC, cuando señala que transcurrido el plazo de diez días de la última publicación de edictos sin mediar oposición (art. 4, LTFC) o efectuada la retención y el depósito (y su mantención por veinte días a fin de que los presuntos acreedores puedan obtener el embargo judicial, conforme lo expresa el art. 5, LTFC), podrá otorgar “válidamente” el documento de venta. La venta, aun cuando no se realice el procedimiento, será válida (esto es, un acto jurídico válido) y el quebrantamiento del sistema sólo impone la “inoponibilidad” de la transferencia y la responsabilidad solidaria del adquirente (que originariamente no tenía responsabilidad por dichos créditos). Desinteresados por la vía que fuere el acreedor legitimado para oponerse, desaparece cualquier eventual impugnación a la transferencia.

La no oposición del acreedor no importa una renuncia a su acreencia; tampoco importa la pérdida de la posibilidad de ejecutar a su deudor (el enajenante del fondo de comercio). Sólo pierde la posibilidad de ejercitar ciertos derechos (embargo, etc.).

IX. ALCANCE LA OPOSICIÓN.

El régimen de oposición está reglamentado en el art. 4, LTFC, que expresamente señala: “El documento de transmisión sólo podrá firmarse después de transcurridos diez días desde la última publicación, y hasta ese momento, los acreedores afectados por la transferencia, podrán notificar su oposición al comprador en el domicilio denunciado en la publicación, o al rematador o escribano que intervengan en el acto reclamando la retención del importe de sus respectivos créditos y el depósito, en cuenta especial en el Banco correspondiente, de las sumas necesarias para el pago.

Este derecho podrá ser ejercitado tanto por los acreedores reconocidos en la nota a que se refiere el artículo anterior, como por los omitidos en ella que presentaren los títulos de sus créditos o acreditaran la existencia de ellos por asientos hechos en los libros llevados con arreglo a las prescripciones del Código Civ. y Com. Pasado el término señalado por el artículo 5, sin efectuarse embargo, las sumas depositadas podrán ser retiradas por el depositante”.

De manera coordinada, el art. 5, LTFC, señala que el comprador, rematador o escribano deberán efectuar esa retención y el depósito y mantenerla por el término de veinte días a fin de que los presuntos acreedores puedan obtener el embargo judicial.

La redacción de la norma deja mucho que desear y una interpretación excesivamente literal podría llevar al operador jurídico a incurrir en errores.

La oposición, conforme lo ha señalado la jurisprudencia, es “una orden para que se retenga del precio las sumas destinadas a desinteresar al acreedor y se proceda a su depósito en el término de veinte días, a fin de que los presuntos acreedores puedan obtener el embargo judicial definitivo o preventivo, según corresponda (CNCom., Sala A, “Fábricas Reunidas Salvat SRL c. Rongo, José”, 13.11.85).

X. LEGITIMADOS PARA LA OPOSICIÓN.

Los autorizados a oponerse en los términos del art. 4, LTFC, deben ser acreedores del enajenante del negocio (sea a título propio o incluso en garantía). No debe tratarse estrictamente de un acreedor del fondo de comercio porque el establecimiento comercial carece de personalidad jurídica (personalidad de la que sólo goza su titular) pero sus créditos deben estar relacionados con la actividad llevada a cabo por el negocio (“Estos créditos –conforme lo señala el art. 8, 2º párr., LTFC- deben proceder de mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de los gastos generales del mismo).

En caso de duda, la interpretación debe realizarse en función del art. 4, LTFC (que alude expresamente a “los acreedores afectados por la transferencia”) y por ello, debe ser amplia y comprensiva de acreedores que pudieran resultar afectados por la transferencia.

Podrían generarse dudas respecto de acreedores cuyos créditos, pese a tener origen en mercadería o gastos del fondo de comercio, no resulten estrictamente afectados por la transferencia, sea porque gozan de garantía especial (prenda, hipoteca, etc.) sobre los bienes entregados en el fondo de comercio o el asiento del privilegio recae sobre un bien que no se incorpora en el fondo de comercio (v.gr., inmueble afectado a otra finalidad). Nuevamente aquí cabe abrazar la interpretación más amplia.

Paralelamente existe jurisprudencia que ha limitado el derecho de los acreedores con “créditos litigiosos” para formular su derecho a oposición (CNCom., Sala A, “Fiorelli, Daniel c. Casfec y otro”,

29.11.91). Hay que distinguir en este caso el crédito litigioso del crédito eventual (o conjetural), pero el margen de discusión sería justamente la seriedad de la discusión judicial y la ausencia de abuso de derecho en la transformación de un crédito en litigioso.

Ello así porque cualquier enajenante del fondo de comercio podría eludir el régimen legal mediante el simple expediente de someter a proceso judicial un crédito al cual busca mermar su derecho de oposición. La mayoría de las obligaciones, mientras no existe resolución judicial a su respecto, no conforman definitivamente el pasivo del deudor. Existen algunos créditos sobre los que la incertidumbre es muy reducida, más existen otros pasivos en los que la misma es significativa.

Podría existir, por otra parte, y como dijo Truffat en otro contexto, algún crédito que el deudor reputa inexistente y que no le hubiera sido reclamado. Piénsese que el deudor puede considerar que un cierto crédito está *prescripto* o ignorar que alguien tiene la convicción de contar con acreencia por responsabilidad aquiliana o legal (aquí el pensamiento remite automáticamente a los fiscos nacional, provinciales o municipales).

Ello, en cierto modo, lo ratifica el art. 6, LTFC, que dice que caso en que el crédito del oponente fuera “cuestionable”, el anterior propietario podrá pedir al juez que se le autorice para recibir el precio del adquirente, ofreciendo “caución bastante” para responder a ese o esos créditos.

XI. EMBARGO DE ACREEDORES.

Los acreedores afectados por la transferencia podrán “notificar” su oposición al comprador, al rematador o escribano en el domicilio denunciado en la publicación “reclamando la retención del importe de sus respectivos créditos y el depósito, en cuenta especial en el banco correspondiente, de las sumas necesarias para el pago” (art. 4, LTFC).

Formulada la oposición, el comprador, rematador o escribano deberán efectuar esa retención y el depósito “y mantenerla por el término de veinte días a fin de que los presuntos acreedores puedan obtener el embargo judicial” (art. 5, LTFC).

Vencido dicho plazo sin efectuarse embargo, las sumas depositadas podrán ser retiradas por el depositante.

Obviamente, que en caso de embargo y previa caución suficiente (que puede consistir en una garantía real, seguro de caución o incluso alguna garantía autoliquidable) el juez podrá autorizar la recepción del precio completo por el adquirente (art. 6, LTFC).

En este sentido, cabe señalar:

(i) se trata de un embargo y no de otra medida cautelar (v.gr., medida de no innovar, inhibición, etc.);

(ii) es judicial, aun cuando las partes (enajenante y adquirente) hayan pactado arbitraje (ya que este no sería oponible a un tercero, salvo expresa aceptación del tercero). Ello, sin dudas, dejando a salvo el posible pacto arbitral con el acreedor (y naturalmente la colaboración que debe realizar el tribunal judicial en las medidas cautelares ordenadas por árbitros);

(iii) el embargo autorizado deberá adaptarse a lo reglamentado por las leyes procesales y cumplir con los tres recaudos (fundamentalmente la contracautela y la verosimilitud, ya que el *periculum in mora* se presume justamente por la enajenación del fondo de comercio);

(iv) pese a que las leyes procesales suelen estipular un plazo de caducidad (usualmente diez días) para la interposición de la demanda luego del embargo (arts. 207, CPCCN y 465, CPCCCba.), este plazo sólo se aplicaría si el plazo del crédito con el cual se formuló el derecho de oposición se encuentra vencido (ya que, de lo contrario, no podría demandar sobre el fondo del asunto);

(v) se permite la aplicación de los dispositivos procesales que permiten la sustitución del embargo, aplicándose supletoriamente al régimen previsto en el art. 6, LTFC (caución suficiente). Recuérdese que el art. 203, CPCCN, señala que el deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias. De manera similar el art. 463, CPCCCba.

XII. CRÉDITOS FISCALES.

En materia fiscal, y pese al derecho de igualdad con otros acreedores (art. 16, CN), existe un régimen especial y preferencial de notificación de las transferencias de fondos de comerciales para el Fisco Nacional.

El art. 8, Ley 11.683 de Procedimiento Tributario, bajo el acápite “Responsables en forma personal y solidaria con los deudores” señala que responden con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo y, si los hubiere, con otros responsables del mismo gravamen, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas:

“d) Los sucesores a título particular en el activo y pasivo de empresas o explotaciones que las leyes tributarias consideran como una unidad económica susceptible de generar íntegramente el hecho imponible, con relación a sus propietarios o titulares, si los contribuyentes no hubiesen cumplido la intimación administrativa de pago del tributo adeudado. La responsabilidad del adquirente, en cuanto a la deuda fiscal no determinada, caducará: 1. A los tres meses de efectuada la transferencia, si con antelación de quince días ésta hubiera sido denunciada a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). 2. En cualquier momento en que la AFIP reconozca como suficiente la solvencia del cedente con relación al tributo que pudiera adeudarse, o en que acepte la garantía que éste ofrezca a ese efecto.

Debe tratarse de sucesores a título particular de “empresas o explotaciones que las leyes tributarias consideran como una unidad económica susceptible de generar íntegramente el hecho imponible”. Cabe aclarar que, en su esencia, el fondo de comercio puede importar una unidad o universalidad económica.

La regla, a diferencia de la propia LTFC, es la responsabilidad del adquirente, estableciéndose un procedimiento de caducidad de dicha responsabilidad del adquirente (no del enajenante) que requiere la previa denuncia a la AFIP (con quince días de anticipación), mediante un formulario especial, de la transferencia.

Se desprende que aun cuando el enajenante hubiere cumplido prolijamente con el procedimiento de transferencia de fondo de comercio en función de la LTFC, ésta no producirá efectos respecto de las acreencias fiscales y deberá realizar una notificación personal y especial.

XIII. DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

El art. 6, Ley de Defensa de la Competencia (LDC) señala que se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de la realización de ciertos actos, entre los que se incluye la transferencia de fondos de comercio o cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.

Obviamente que en función del art. 7, LDC, se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Paralelamente, el art. 8, LDC, impone la notificación previa para su examen al Tribunal de Defensa de la Competencia (actualmente todavía Comisión de Defensa de la Competencia) cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país una cierta suma o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, contándose el plazo a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados, bajo apercibimiento establecido en la ley. Los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14 de la presente ley, según corresponda.

A los efectos de la LDC se entiende por volumen de negocios total los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por las empresas afectadas durante el último ejercicio que correspondan a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, así como del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios.