



UNIVERSIDAD DEL ACONCAGUA
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS
CONTADOR PÚBLICO NACIONAL

ALUMNO **GRISELDA E. MEDINA**
AÑO DE CURSADO **2005**
PROFESOR **ROLANDO FRANCISCO GALLI REY**
TÍTULO / TEMA **TRANSFERENCIA DEL FONDO DE COMERCIO**
LUGAR Y FECHA DE PRESENTACIÓN **MENDOZA, JUNIO 2009**

TRANSFERENCIA DEL FONDO DE COMERCIO

Índice

Introducción	6
---------------------	----------

Capítulo I	
Aspectos generales	7

A. CONCEPTO	7
B. NATURALEZA JURÍDICA	8
C. ALGUNOS CASOS PARTICULARES	9
1. Supuesto del enajenante concursado	9
2. Posibilidad de enajenación del fondo bajo condición suspensiva o resolutoria	10
3. Enajenación de un fondo por una sucesión	10
4. Transferencias en los casos de permutas y donación	11
5. Aporte a una sociedad	12
6. Disolución de la sociedad conyugal y transferencias entre cónyuges	12
7. Transmisión sin consentimiento del cónyuge	13
8. Transferencia parcial	13
9. Transferencia de sucursales	14
10. Cesión de parte de interés	14
11. Transferencias de activo y pasivo	15
D. A CONSIDERAR: ¿POSESIÓN A PRUEBA?	15

Capítulo II	
Elementos transferibles	17

Capítulo III	
Aspectos legales	24

A. ACATAMIENTO LEY 11.867	24
1. La ley 11.867 es de cumplimiento obligatorio para los enajenantes, tengan o no acreedores	24
2. ¿Es la ley 11.867 de acatamiento ineludible para los acreedores?	25
B. JURISDICCIÓN EN LAS TRANSFERENCIAS DE NEGOCIOS	26
C. FISCALIZACIÓN DE LAS TRANSFERENCIAS DE NEGOCIOS	27
D. EDICTOS Y ANUNCIOS	29
1. Algo más acerca de los edictos	29
2. ¿Deben indicar los edictos de la ley 11.867 que ellos se publican en cumplimiento de la misma?	30

Capítulo IV

Regulación del personal **32**

A. CONCEPTOS GENERALES. LEY 20.744	32
B. EFECTOS DE LA TRANSFERENCIA DEL ESTABLECIMIENTO	33
C. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES	33
1. Responsabilidad solidaria del transmitente y adquirente	33
2. Obligaciones existentes a la época de transmisión	34
3. Despido indirecto por parte del trabajador	34
4. Alquiler o cesión transitoria	35
5. Transferencia a favor del Estado	35
6. Transferencias en caso de quiebras	35
7. Solidaridad en la cesión y cambio de firma	35
8. Subcontratación y delegación	36
9. Cesión del personal	37
10. Obligaciones previsionales	37

Capítulo V

Elementos no transferibles **38**

A. CRÉDITOS Y DEUDAS	38
B. INMUEBLES	39

Capítulo VI

Procedimiento para la venta **41**

A. TIPOS DE TRANSFERENCIAS	41
1. Transferencia privada	42
2. Transferencia por remate	46
B. PASOS A SEGUIR PARA LA INSCRIPCIÓN	47
1. Trámite ante la inspección general de justicia	48
2. Plazo para la inscripción	48
3. Inscripción tardía	49
4. Falta de inscripción	49
5. Incumplimiento al procedimiento legal	49
C. MODELOS DE CONTRATOS	49
1. Modelo de autorización de venta de un fondo de comercio	49
2. Modelo de contrato definitivo de compra venta de fondo de comercio	49

Capítulo VII

Derechos y obligaciones **52**

Capítulo VIII**Aspecto impositivo** **54**

A. LEY DE PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO	54
1. Deudas determinadas	55
2. Deudas no determinadas	56
B. INCUMPLIMIENTO DEL LA LEY 11.867	57
C. LEY DE IMPUESTO AL VALOR AGREGADO	58
D. ENAJENACIÓN DE LA LLAVE DE NEGOCIO	58
E. RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE NO HACER	59
F. CONCESIÓN DE EXPLOTACIÓN COMERCIAL	60
G. TRANSFERENCIA A TÍTULO DE GRATUITO DE UN FONDO	60
H. LEY DE IMPUESTOS A LAS GANANCIAS	61
I. ENAJENACIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES	62
J. TRANSFERENCIA A TÍTULO GRATUITO	62
K. TRATAMIENTO DE LA LLAVE DE NEGOCIO	63
L. IMPUESTOS DE SELLOS	64
M. IMPUESTOS A LOS INGRESOS BRUTOS	65

Capítulo IX**Valoración del Fondo de Comercio** **67**

A. CRITERIOS DE VALORACIÓN	67
B. ENFOQUES	68
1. Primer enfoque	68
2. Segundo enfoque	68

Conclusiones **70**

Bibliografía **71**

Introducción

La aplicación de las reglas del derecho común en la transferencia de establecimientos mercantiles demostró su ineptitud para solucionar adecuadamente la problemática que planteaban estos negocios. Al ser el fondo de comercio un bien mueble que no comprende créditos y deudas, podía disponerse de él, conforme a las reglas de la compraventa, con lo que un acto sin publicidad podía quitar del patrimonio del comerciante la totalidad de su respaldo de solvencia, dejando a los acreedores en indefensión; el sistema era inadecuado para una correcta protección del crédito. Ante estos hechos se sancionó la ley 11.867, que está estructurada sobre dos bases: el reconocimiento de la eficacia del derecho común para regir las relaciones entre comprador y vendedor, por una parte, y la necesidad de cumplir una serie de actos de carácter predominantemente publicitarios, sin los cuales el acto resulta inoponible a los acreedores.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES

A. Concepto ¹

La ley 11.867 no define al instituto por el cual fue creada, pero se caracteriza por los elementos constitutivos establecidos en su artículo 10. Recordemos que dicho artículo establece:

"Declárese 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".

Los elementos mencionados precedentemente concurren a una explotación comercial y tienen un destino común.

El tratadista Rodolfo Fontanarrosa² establece que la hacienda es el conjunto de bienes organizados para la explotación de la empresa, aunque es mejor entendido como el establecimiento mercantil como un conjunto organizado de bienes y derechos, es un organismo económico, que en su conjunto da la idea de unidad: el establecimiento conforma la hacienda o el fondo de comercio como tal.

El Doctor Alfonso Gutiérrez Zaldivar³ menciona que el Fondo de Comercio constituye una universalidad formada por todos los elementos que lo integran. No es una simple universalidad, sino un conjunto de cosas y derechos, un verdadero

¹ ARGENTINA, Ley 11.867.

² FONTANARROSA, Rodolfo, **Derecho Comercial Argentino** (Buenos Aires, Zavallía, 1956), pág. 154.

³ GUTIÉRREZ ZALDIVAR, Alfonso, **Algunos problemas que plantean las transferencias de Fondos de Comercio** (Buenos Aires, La Ley, 2001), pág. 1.

organismo económico, con perfecta unidad, constituido por elementos estáticos (materiales: instalaciones, mercaderías, maquinarias, etc.) y un elemento dinámico o funcional, conocido en la doctrina italiana con el nombre de "avviamento", que en nuestro país se denomina llave-crédito y atracción sobre el público determinante de la clientela.

Fernández lo define como el conjunto de fuerzas productivas, derechos y cosas, que tanto interiormente como exteriormente se presentan como un organismo, con perfecta unidad, para los fines a que se tiende, que no son otros que la obtención de beneficios en el orden comercial e industrial.⁴

Es la entidad mercantil que reúne el domicilio y el patrimonio que el comerciante usa en su actividad comercial, dicho patrimonio comprende cosas materiales e inmateriales.

Se trata de una universalidad jurídica económica que puede ser enajenada bajo ciertas formalidades especiales dadas por la ley 11.867 cuya finalidad es proteger a los acreedores del vendedor.⁵

B. Naturaleza jurídica⁶

El fondo de comercio no es únicamente el conjunto heterogéneo de cosas y valores que integran un establecimiento industrial o comercial, en función de un lucro. Es ese conjunto de cosas y valores tangibles e intangibles pero formando una universalidad jurídica en la que cada parte se relaciona con el todo.

El concepto de que un fondo de comercio sea una universalidad jurídica no resulta forzoso de que sea así. Si lo dice la ley, o la jurisprudencia, que es la que verdaderamente crea el derecho, el establecimiento será una universalidad; de lo contrario seguirá formado por elementos independientes, sin relación solidaria los unos de los otros.

Cuando en el año 1934 el legislador sancionó la ley 11.867, le bastó indicar que un establecimiento comercial es un fondo de comercio, para que en lo sucesivo

⁴ GARRONE, José Alberto, **Manual de derecho comercial** (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997), pág. 177.

⁵ ZUNINO, Jorge, **Fondo de Comercio** (Buenos Aires, Astrea, 2000), pág. 13.

⁶ *Ibidem*, pág. 20.

fuese vedado desprenderse de cualquiera de los elementos que lo integran, sin consideración del pasivo total.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del fondo de comercio: hoy no existen dudas que el carácter del instituto es la Universalidad.

Las características de las transferencias se diferencian de la compraventa común ya que los establecimientos comerciales o industriales habían dejado de ser las mercaderías o maquinarias, para transformarse en una entidad distinta, constituida no sólo por bienes materiales, sino también por otros inmateriales : nombre, clientela, patentes de invención etc., cuyo conjunto constituye una universalidad, con vida propia y distinta de la persona de su propietario, siendo la entidad la que ha gozado de los créditos, de allí que no puede ser posible que de un día para el otro desaparezca, pasando a manos de un tercero, sin que los afectados tengan un medio para salvaguardar sus derechos.

Según ha sostenido la jurisprudencia, la ley 11.867 no reglamenta institucionalmente el fondo de comercio, sino que atiende al caso concreto de su transferencia por cualquier título, tratando de salvaguardar de sus acreedores y poner coto a los abusos de comerciantes inescrupulosos, tendiente a desbaratar los derechos.

c. Algunos casos particulares ⁷

1. Supuesto del enajenante concursado

La ley de Concursos permite al concursado realizar actos de disposición o locación de fondos de comercio con previa autorización del Juez del concurso. Dicha autorización se tramitará con audiencia del síndico y del comité de acreedores. Para su otorgamiento, el Juez ha de ponderar la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado, y los actos no deben alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación del concurso. La transferencia de un fondo de comercio excede los límites de la administración

⁷ *Ibídem*, pág. 31.

ordinaria del giro comercial: su consecuencia producirá un desapoderamiento en la masa de bienes, por cuya causa la autorización deviene un requisito ineludible fundado en la protección de los intereses de los respectivos acreedores. Si el concursado obtuviese la autorización judicial para realizar la transferencia, los fondos obtenidos de ésta deberán depositarse a la orden del Juez en el Banco de depósitos Judiciales correspondientes, dentro de los tres días.

2. Posibilidad de enajenación del fondo bajo condición suspensiva o resolutoria

- ✚ **CONDICIÓN SUSPENSIVA.** Son aquellas que subordinan el nacimiento de un derecho a un acontecimiento futuro e incierto, por ejemplo una transferencia de un fondo de comercio sujeta a una condición suspensiva, consistente en subordinar la enajenación en cuestión al préstamo que el comprador deba obtener para pagar el precio.
- ✚ **CONDICIÓN RESOLUTORIA.** Son aquellas en las que se subordina la resolución o extinción de un derecho, a un acontecimiento futuro e incierto, por ejemplo una transferencia de un fondo de comercio sujeta a que el titular de un inmueble (el establecimiento) autorice la cesión del contrato de locación, para que no se produzca la resolución de éste y dicha cesión no se verifique. De existir dudas con respecto a la condición que sujeta la venta, si el vendedor hubiese hecho la tradición de la cosa al comprador, se reputará que ésta fue hecha bajo una condición resolutoria. La transferencia del fondo de comercio puede verificarse bajo cualquiera de las condiciones precitadas.

3. Enajenación de un fondo por una sucesión

En nuestro ordenamiento civil las sucesiones indivisas no poseen personalidad jurídica, aunque en la legislación tributaria la comunidad de bienes que surge entre los coherederos a partir de la muerte del causante trae aparejado el estado de indivisión hereditaria imperante, y es considerado como sujeto para la atribución del hecho imponible, situación que persiste hasta la declaratoria de herederos, o hasta que sea aprobado el testamento que cumpla la misma finalidad. La sucesión transmite los derechos activos y pasivos que componen la herencia de

una persona muerta, a la persona que sobrevive, perteneciéndole a ésta, los frutos y productos de la herencia. En la nota del articulado, el codificador señala que la muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se causan en el mismo instante, no hay entre ellas el menor intervalo de tiempo, son indivisibles, se es heredero desde el primer día, sin perjuicio de renunciar después. El heredero entra en posesión de la herencia al producirse el deceso del causante sin formalidad alguna cuando se trata de ascendiente, descendientes y cónyuges, los otros parientes deben pedir la posesión a los jueces. En ambos casos el heredero continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor y deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles (por ejemplo: su nombre, ya que es un derecho personalísimo) por sucesión, el heredero sucede en la propiedad y en la posesión del difunto y si sobrevive un solo instante al difunto, transmite la herencia a sus propios herederos. Conforme a los artículos mencionados, no hay dudas sobre la imposibilidad de transferir un fondo de comercio como sucesión indivisa, ya que este ente fue creado sólo revistiendo la condición de sujeto a los efectos impositivos, no existiendo esta figura en nuestro derecho sucesorio.

4. Transferencias en los casos de permutas y donación ⁸

Los contratos de Permuta y Donación no han sido expresamente contemplados por la ley, por lo que podría decirse que las formalidades de la ley 11.867 no serían de aplicación, pero al revisar su Artículo 1º, los elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título, permitiría la posibilidad de incluirlo en el mencionado régimen a través de la vía interpretativa. El artículo 20 expresa que para que la transmisión sea válida deberá cumplirse con el requisito de la publicidad. La transmisión de un fondo de comercio no quedará firme hasta que no se den por cumplidas todas las formalidades impuestas por la ley, entre ellas la de la publicidad de la mencionada transmisión. Es importante recordar que la mencionada publicidad se realiza en aras de no perjudicar a los terceros acreedores quienes pueden legalmente oponerse y exigir el depósito de sus acreencias, aunque el crédito NO

⁸ SCOLNI, Miguel, **Transmisión de establecimientos comerciales e industriales** (Buenos Aires, Plus Ultra, 1955), pág. 48.

sea de plazo vencido. En el caso de tratarse de permutas, puede generarse una disminución de la garantía de los terceros. En síntesis cualquier acreedor puede oponerse a la transferencia de un fondo de comercio según la norma general, y que esta transferencia se realice por una donación no implica que se desproteja a los acreedores, y en el caso de las transferencias por permutas, no puede obligarse al acreedor a aceptarla, ya que esta permuta puede disminuir intensamente la garantía de los acreedores, según la valuación que los mencionados bienes tengan. Sin embargo, las partes pueden siempre llegar a cualquier tipo de acuerdos sobre el particular.

5. Aporte a una sociedad

En el caso del aporte de un fondo de comercio a una sociedad, deberá realizarse en los términos previstos por la Ley 11.867, de no hacerse así, dicho aporte resultará inoponible frente a los acreedores del aportante. La Ley de Sociedades Comerciales textualmente lo expresa en su artículo 44: *"Tratándose de aporte de un fondo de comercio se practicará inventario y valuación, cumpliéndose con las disposiciones legales que rijan su transferencia."*

6. Disolución de la sociedad conyugal y transferencias entre cónyuges ⁹

El Código Civil, prohíbe las transferencias entre cónyuges durante el matrimonio. Sin embargo la AFIP se ha pronunciado de manera interesante, respecto al tratamiento fiscal que le otorga, dejando plasmada su opinión el Dictamen 118/00 (DAL) de fecha 13/12/2000, publicado en el Boletín Oficial de dicha Repartición N° 52, noviembre del 2001, página 1.924. La Sociedad conyugal es un instituto civil, que se caracteriza por la formación de una masa de bienes, confiriendo a cada cónyuge la libre administración de sus bienes propios y de los gananciales por él adquiridos, con la excepción del asentimiento del otro cónyuge para determinados actos de disposición. Es decir que se trata de un régimen de comunidad de gestión separada, no en forma pura, sino con la tendencia a la gestión conjunta. Disuelta la sociedad Conyugal, cualquiera haya sido la causa, se

⁹ *Ibíd*em, pág. 50.

procederá a su división entre los cónyuges o sus herederos. La masa postcomunitaria está destinada a ser dividida entre los cónyuges. Pero antes de proceder en la partición es necesario establecer con precisión la composición de la masa. Para ello es necesario determinar el carácter de los bienes, fijar su valor, ajustar las cuentas entre la sociedad conyugal y los cónyuges, separando los bienes propios de cada cónyuge. En este período de indivisión la administración de los bienes debe ser conjunta. Desde el punto de vista tributario la disolución de la sociedad conyugal implicaría una redistribución de los bienes, toda vez que los bienes gananciales no eran declarados por partes iguales entre los cónyuges sino en función de quien obtuvo la renta con la cual fueron adquiridos, lo cual puede verse modificado como resultado de la separación del patrimonio. El artículo N° 2 de la Ley 11.867 contempla la posibilidad de la transferencia del fondo de comercio no sólo por venta, sino también por otro título oneroso o gratuito. Desde el punto de vista tributario puede sostenerse que existe transferencia del fondo de comercio, toda vez que ha variado la titularidad del mismo y además su transmisión se entiende hecha a título gratuito en razón que de acuerdo a las características que contempla la sociedad conyugal, el cambio de responsable tributario sería consecuencia de la redistribución de los bienes que integraban la misma antes de disuelto el vínculo. La transferencia del fondo de comercio que se realiza como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, en razón a la separación de bienes, es a título gratuito, toda vez que la misma se trata de una redistribución del patrimonio que pertenecía a ambos cónyuges durante el matrimonio.

7. Transmisión sin consentimiento del cónyuge

En el caso de Inmuebles, derechos o bienes muebles, aportes a sociedades para poder disponer de ellos, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Si alguno de ellos negare tal consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlos previa audiencia de las partes.

8. Transferencia parcial

El titular de un negocio o explotación puede proceder a enajenar un bien o un conjunto de ellos, sin que tal operatoria implique una transferencia del fondo. La transferencia de una parte de los bienes, no necesariamente equivale

a una transferencia parcial, a los efectos económicos y/o jurídicos. Para determinar si nos hallamos frente una enajenación o transferencia parcial del fondo o frente a una transmisión aislada de elementos integrantes de éste, debemos atender a la verdadera realidad jurídica y económica de la operatoria y a su funcionalidad intrínseca, es decir a su intencionalidad. La enajenación se regulará por la Ley ritual cuando hace a la integridad del fondo; cuando así se cercena el activo básico, mermando el capital social; cuando se disminuye la capacidad productiva por la enajenación de bienes o valores, cuando se reste capacidad productiva o se merme considerablemente el activo por el cual deba responderse frente a los acreedores.¹⁰ Cada caso particular deberá analizarse a la luz de los argumentos precedentemente señalados, nos hallaríamos frente a una transferencia parcial del fondo no solamente cuando el enajenante quede desposeído de los medios fundamentales para continuar con la explotación de la misma forma que lo hacía anteriormente, sino cuando el adquirente se encuentre, consecuentemente, en perfectas condiciones de continuar con dicho giro comercial, no siendo necesario que sólo exista un adquirente, puesto que pueden ser varios, capacitados cada uno de ellos a proseguir con la mentada explotación, aunque como es obvio, en forma proporcional.

9. Transferencia de sucursales

Se relaciona con la transferencia parcial. La transferencia de sucursales deberá regularse en los términos y bajo las condiciones de la ley 11.867, en la medida en que se verifiquen los diversos supuestos planteados.

10. Cesión de parte de interés

Hay que determinar si se trata de una transferencia, en cuyo caso se trataría de venta de derechos, mientras que en el caso de la Cesión de las partes de interés, cuotas o acciones de una sociedad se trata de bienes intangibles, regulados por el régimen de la ley 11.867.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 55 y 60.

11. Transferencias de activo y pasivo

Al producirse una transferencia de fondo de comercio el adquirente asume el activo y el pasivo del establecimiento este acto jurídico implica una delegación imperfecta confiriendo a los acreedores que no prestaron conformidad, una mejor situación al obtener así dos deudores solidariamente responsables.

D. A considerar: ¿posesión a prueba?¹¹

Sería interesante conocer los orígenes de esta novedosa institución del derecho. Pero seguramente no lo encontraremos en parte alguna. Como tantas figuras jurídicas, sobre todo en cuestiones comerciales, se van creando a medida de la necesidad, anticipándose al legislador, y a veces contra la ley misma.

Causas que lo sustentan:

- ✚ La posesión a prueba se basa pura y simplemente en las necesidades indagatorias del comprador del fondo de comercio.
- ✚ El adquirente en potencia comienza a hacer comprad y ventas, a contratar y comprometer, a disponer y dirigir. Y se entiende que lo hace todo en su propio nombre. Cobra y paga, abre cuentas en los bancos y expide cheques, recibe y expende mercaderías. Mientras tanto, estudia el negocio.

Pero ocurre alguna vez que la operación se frustra. No interesan las causas pero sí importan mucho los efectos, éstos son casi siempre desastrosos.

El vendedor fracasado vuelve a colocarse detrás de su mostrador. Los acreedores y proveedores se ponen suspicaces. Algunos no han sido satisfechos en sus reclamos, provenientes de operaciones concertadas con el comprador que ya no existe. La situación del negocio se vuelve tensa y, en no pocas oportunidades, los resultados son tan graves que motivan la bancarrota del titular y en otras, también la del aspirante a sucesor. En términos correlativos, idéntico perjuicio para los terceros contratantes con ambos.

¹¹ *Ibidem*, pág. 65.

MORALEJA PRIMERA. Salvo raras excepciones, la posesión a prueba debe descartarse del campo de las transferencias de fondos de comercio. Moraleja segunda: Salvo reconocida solvencia en el adquirente, con independencia de la del negocio que va a comprar, los terceros deben abstenerse de contratar con él durante la posesión a prueba.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS TRANSFERIBLES

La enumeración del ordenamiento legal no es taxativa, sino meramente enunciativa, la norma establece que dicha enumeración es supletoria a la voluntad de las partes.

La transferencia no debe perder el sentido de totalidad que le acuerda y no debe excluir a la clientela o la llave por ningún motivo, ya que éstos son los elementos incorporeales caracterizantes de la existencia de un negocio en marcha, que es lo transmitido por esta vía.¹² Por dicha causa, en el remate de bienes de un fondo de comercio no se halla, ni comprende la totalidad del negocio. Así por ejemplo, la transferencia de una sucursal de una casa de comercio, que continúa con su giro por intermedio de su establecimiento más importante y de otras sucursales, no constituye transferencias de fondos de comercio, pues el negocio no comprende la transferencia de los elementos esenciales que están referidos a la totalidad de la explotación mercantil.

La transferencia de un fondo de comercio es un contrato:

- a) **BILATERAL.** El Artículo 1.138 de Código Civil establece que son bilaterales los contratos, cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.
- b) **ONEROSO.** Cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle.
- c) **CONSENSUAL.** Quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento.
- d) **NOMINADO.** Según que la ley los designe o no bajo una denominación especial.

¹² FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., **Manual Práctico de Contratación Comercial**, t. II (Buenos Aires, Errepar, 1996), pág. 109.

-
- e) SINALAGMÁTICO. Cuando las obligaciones que nacen del contrato son recíprocas, debe existir un vínculo entre ellas, si una de las partes no cumple con la obligación, la otra puede negarse a cumplir la suya.
 - f) CONMUTATIVO. Las partes saben anticipadamente las ventajas y sacrificios que el negocio comportará al momento de su perfeccionamiento.
 - g) FORMAL. Es un contrato ad probationem, para los cuales se exigen determinadas formas, a los efectos de asegurar la prueba de su existencia, el incumplimiento de las formalidades no hace nulo el contrato sino que el mismo resulta inoponible a terceros.

Cuando se venda un establecimiento comercial de un fondo de comercio sin especificar detalles, comprende la totalidad de lo establecido en el mencionado artículo, entonces a falta de una enunciación expresa en un acto de venta, se entiende que quedan incluidos en él los siguientes elementos enunciados legalmente:

- 1) Instalaciones.
- 2) Mercaderías.
- 3) Nombre Comercial.
- 4) Enseña Comercial.
- 5) Clientela.
- 6) Derecho al Local.
- 7) Derechos intelectuales.
- 8) Patentes de Invención.
- 9) Marcas de fábricas.
- 10) Dibujos y Modelos Industriales.
- 11) Distinciones Honoríficas.
- 12) Demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística.
- 13) Valor llave.
- 14) Valor llave autogenerada.
- 15) Valor llave de negocio adquirida.

Existen algunos bienes que son intransferibles, lo cual no debe interpretarse en el sentido que no se pueden transferir, sino que dicha transferencia al no integrar

la pertinente universalidad de la ley, sólo podrá llevarse a cabo bajo la normativa regulatoria de cada uno de los bienes y en la medida en que así se pacte expresamente en el contrato en cuestión. En este entendimiento, deben mencionarse los créditos y deudas, los inmuebles y el trabajo personal.

Definiremos a continuación cada uno de los conceptos transferibles, enumerados por la ley que estamos analizando.

- a) **INSTALACIONES.** Son los elementos materiales que se requieren para el funcionamiento de una empresa, tales como maquinarias, muebles y todos los bienes que estén adheridos o no al inmueble. De encontrarse adheridos a éste, cabe la posibilidad de considerarlos inmuebles por accesión.
- b) **MERCADERÍAS.** Integran el rubro de los bienes de cambio, que además comprende a los productos en proceso de fabricación y a los productos terminados. Todos ellos constituyen el stock del establecimiento y forman parte del activo de la explotación. Se indicarán separadamente las existencias de materias primas, productos en proceso de elaboración y terminados, mercaderías de reventa o los rubros requeridos por la naturaleza de la actividad social. Es menester destacar que de conformidad con la ley, la transferencia en block de las existencias mediante el remate público se considera enajenación de un fondo de comercio, circunstancias que conlleva la necesidad de cumplimentar lo especialmente regulado por el artículo 10 de la norma en cuestión.
- c) **NOMBRE COMERCIAL.** Es un elemento típico del fondo de comercio. El nombre comercial puede ser el nombre propiamente dicho, el sobrenombre o el seudónimo del propietario, pudiéndose utilizar además una denominación de fantasía. Con la expresión de "Nombre Comercial" se quiere significar, un conjunto de palabras, letras y signos utilizados para identificar en determinado establecimiento o negocio. Según cierta doctrina, se ha interpretado que la enajenación o transferencia del fondo implica la del nombre que lo acompaña. No obstante, deviene absolutamente factible la transferencia del nombre y/o de la enseña en forma independiente de la del establecimiento del cual se trate.- Tanto el Nombre comercial como la enseña integran el concepto denominado llave que se analizará más adelante.-

- d) **ENSEÑA COMERCIAL.** Es el signo que distingue e identifica al establecimiento. El nombre comercial y la enseña de alguna manera se identifican, dado que ambos son utilizados para distinguir un determinado negocio o establecimiento en particular. En cuanto al "emblema" es una sigla, consiste en un signo constituido por la abreviatura o iniciales del nombre comercial por ejemplo YPF. Hay un régimen legal relativo al nombre y enseña comercial que se encuentra regulado por la Ley 22.362.
- e) **CLIENTELA.** La clientela consiste en un conjunto de personas que mantiene relaciones comerciales con un determinado negocio; tiene un valor apreciable en dinero resultante de las relaciones comerciales existentes entre el comerciante que enajenan un negocio y las personas que operan con él. Su vinculación con la llave de negocio es evidente.

La clientela es una consecuencia del esfuerzo de una organización, sin ella el establecimiento comercial no podría subsistir.

Es propiedad de la explotación que se transfiere y constituye el conjunto de personas que mantienen junto con el fondo relaciones comerciales (compra de mercadería, servicios) y una facultad que posee el establecimiento comercial o industrial para conquistar atraer y mantener a los compradores. No hay fondo sin clientela.

Se puede agrupar a la clientela en dos categorías:

- ✚ **FRECUENTE.** Aquellos sujetos que habitualmente eligen contratar con determinado comercio.
- ✚ **OCASIONALES.** Constituidas por aquellas personas que como consecuencia de una situación especial contratan con un establecimiento determinado, no así con otro.

Ripert¹³ ha sostenido que el fondo de comercio es una propiedad incorporea consistente en el derecho a la clientela, opinión de cierto sector doctrinario, puede afirmarse que el concepto de clientela se conecta con algo real y/o tangible, mientras que el concepto de "llave" se inscribe en la órbita del futuro y/o

¹³ RIPERT, George, **Derecho Comercial**, t. I (Buenos Aires, 1954), pág. 321.

de la esperanza. Un establecimiento puede transferir su clientela como elemento aislado o conjuntamente con la totalidad de sus bienes.

Mucho ayuda, a la obtención y ampliación de la clientela una adecuada política comercial y publicitaria, tendiente a llevar a la masa poblacional determinados bienes y/o servicios a ofrecer. La clientela es un bien susceptible de valor que atesora expectativas y esperanzas de una verdadera propiedad.

- f) DERECHO AL LOCAL. Cuando el comerciante disponga de su establecimiento a favor de un tercero se debe dejar expresado si se trata de una locación o de una venta ya que el inmueble en el cual funciona el fondo no constituye un elemento de éste. Por ende, no se supone su transferencia simultánea con la explotación en cuestión. La ley 11.867 no los incluye en su enumeración, sin que ello signifique que no pueda transferirse, simplemente debe pactarse expresamente en el correspondiente contrato y cumplirse las obligaciones relativas a su escrituración pública. El "Derecho al Local" se supone transferido con el establecimiento, salvo pacto en contrario.
- g) DERECHOS INTELECTUALES. Son bienes inmaterial es susceptibles de ser evaluados económicamente y que deben registrarse en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial.
- h) PATENTES DE INVENCIÓN. El artículo 37 de la ley de patentes 24.481 reglamentada por el decreto 260/96 y publicada en el Boletín Oficial el 22/03/96, la patente y el modelo de utilidad serán transmisibles y podrán ser objeto de licencias, en forma total o parcial en los términos y con las formalidades que establece la legislación. Para que la cesión tenga efecto respecto de terceros deberá ser inscripta en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI).
Al ser la patente un elemento del fondo de comercio, es transferible, pero debe tenerse presente cumplimentarse los requisitos y formalidades previstos por la Ley 24.481.
- i) MARCAS DE FÁBRICAS. Las marcas de fábricas son bienes inmateriales que componen el patrimonio comercial de las personas físicas o jurídicas; también permiten el reconocimiento de los productos y servicios, siendo identificadores de una idea que le otorga derecho absoluto a su titular.
La propiedad de una marca y su exclusividad de uso se obtiene con su registro.

El artículo 6º de la Ley 22.362 establece que la transferencia de la marca registrada es válida respecto de terceros una vez inscripta en la Dirección Nacional de la propiedad Industrial.

La transferencia del fondo conlleva la de la marca, en función al principio de universalidad. No obstante, es viable que el vendedor pueda reservarse el uso de la marca mediante convención expresa al respecto.

- j) **DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES.** Son las formas y detalles que se aplican a los productos industriales, que le confieren carácter ornamental para poder explotarlos en el mercado.

El autor de un modelo o diseño industrial tiene el derecho exclusivo de explotarlo, transferirlo y registrarlo.

Cuando estos diseños son creados por las personas que están en relación de dependencia pertenecen a sus autores, salvo que hayan sido especialmente contratados para crearlos. Si se realiza en forma conjunta entre el empleador y trabajador, a ambos pertenecerá la obra, salvo que se hubiese pactado lo contrario.

Para gozar de los derechos, el autor deberá registrar el modelo o diseño de su creación en el registro de modelos y diseños industriales en la dirección Nacional de Propiedad Industrial.

- k) **DISTINCIONES HONORÍFICAS.** Las distinciones honoríficas como los premios, medallas, diplomas y demás distinciones que se otorguen al establecimiento o a sus productos, formando parte del fondo de comercio, quedando excluidas aquellas que se otorguen al titular del establecimiento, con carácter personal. En los casos de transferencias de fondos de comercio, el adquirente tiene derecho a la entrega del premio o de la distinción, siempre y cuando ello represente un elemento del fondo transferible con él, salvo convención expresa en contrario, excepto que dicha distinción pertenezca al ex titular en forma personal.

- l) **Demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística:** Los derechos que pueden formar parte de un fondo de comercio están protegidos por la Ley 11.728, modificada por el Decreto-Ley 1.224/58 (BO 05/05/58), denominada Ley de propiedad Intelectual. La habilitación o permiso de

funcionamiento representa así mismo un elemento del fondo, cuando éste sea requerido para el desarrollo de la actividad de la cual se trate.

m) VALOR LLAVE. La ley 11.867 no incluye la llave de negocio en su enumeración del artículo 1º. Se trata de un valor intangible.

Se denomina "valor llave" a todo plus o excedente que genera una empresa, se asocia a la presunta existencia de una rentabilidad futura superior a la normal. La llave representa una esperanza o expectativa de obtener beneficio o utilidades, en medida superior a la normal, en una época futura.

La determinación cuantitativa del valor llave de un establecimiento es una operación compleja, dependen de numerosos factores, tales como la clientela, la ubicación del negocio, la habilidad y el prestigio del empresario, el nombre, la marca, el crédito de que goza el establecimiento, la publicidad. La llave puede existir independientemente de la intención de enajenar la empresa, aunque la contabilidad, por el momento recién la reconozca cuando se transfiere un fondo de comercio, un paquete accionario importante o en ciertos casos de reorganización de sociedades.

n) VALOR LLAVE AUTOGENERADA. La llave auto generada no debe ser reconocida como un activo por no constituir en sí misma un recurso identificable controlado por la empresa que pueda ser medido razonablemente en término de costo, no constituye un activo.

o) VALOR LLAVE DE NEGOCIO ADQUIRIDA. El mencionado intangible deviene de una transacción comercial y su valor suele cuantificarse por diferencia entre el precio de adquisición de la empresa y los valores corrientes de los activos en ella comprendidos. Su amortización periódica deviene necesaria para la correcta cuantificación del resultado obtenido por dicha inversión.

CAPÍTULO III

ASPECTOS LEGALES

A. Acatamiento ley 11.867 ¹⁴

1. La ley 11.867 es de cumplimiento obligatorio para los enajenantes, tengan o no acreedores

Cuando ha quedado concertada la transferencia privada de un negocio, la ley 11.867 que rige la negociación, exige la conformidad de los acreedores o su oposición al acto.

Si éstos no existen porque el enajenante no tiene pasivo alguno, parecería que ningún papel serio desempeña la ley, por cuya razón la transferencia debería poder realizarse sin someterse a su articulado. Pero si el que compra el negocio lo adquiere en pleno conocimiento de que no hay pasivo alguno, y además la solvencia del que se vende cubre toda posible sorpresa futura, nada adelantarian las partes con publicar edictos y proceder en un todo conforme al ordenamiento legal.

Ello surge del artículo 7º que dice:

"Transcurrido el plazo que señala el artículo 4 sin mediar oposición, o cumpliéndose, si se hubiera producido, la disposición del artículo 50, podrá otorgarse validamente el documento de 'Venta, el que, para producir efecto con relación a terceros, áe6erá extenderse por escrito e inscribirse dentro de diez días en el Registro Público de Comercio o en un registro especial creado al efecto."

El artículo transcrito amplía del círculo de los interesados, al involucrar también a los terceros. La relación en la transferencia no sólo alcanza a adquirentes, enajenantes y acreedores, sino que ahora trasciende a todos los terceros, presentes

¹⁴ ARGENTINA, Ley 11.867.

o futuros, conocidos o desconocidos. Éstos son aquéllos que por alguna razón entrarán en contacto ulterior con el adquirente, aunque no sean acreedores, pueden objetar la transferencia del fondo de comercio no inscrita ya que no es posible tampoco inscribirla si no ha sido ajustada a las disposiciones de la ley 11.867.

El artículo 7º ha elevado la categoría de la ley convirtiéndola en una de las más importantes de nuestra legislación comercial. Y la base jurídica de su extenso radio de acción, en el tiempo y en el espacio resulta inobjetable.

En consecuencia, la ley 11.867 es de cumplimiento obligatorio y provechoso para las partes y los intervinientes, existan o no acreedores, estén o no conformes, y hayan o no deducido oposición legal.

2. ¿Es la ley 11.867 de acatamiento ineludible para los acreedores?

La ley ha sido sancionada en beneficio de los acreedores, siendo el cumplimiento a sus preceptos obligatorio para todos los enajenantes y adquirentes.

Pero nos preguntamos ahora si este cuerpo legal, que trató de terminar por siempre con una importante colonia de delincuentes profesionales, enajenando activos libres de pasivos y acelerando el crecimiento de pasivos respaldados por el activo, es de acatamiento ineludible para los acreedores en cuyo beneficio se sancionó.

Hay que considerar si el crédito del acreedor está o no vencido. Si no está vencido, la ley 11.867 es ineludible para él y tendrá que adaptarse a sus términos, plazos y condiciones, si quiere resguardar su acreencia. Si el crédito está vencido, nada lo obliga a acatar la ley de transferencias. Puede ampararse en ella, como también puede accionar independientemente, de acuerdo al procedimiento especial que rige la naturaleza de su crédito ya vencido.

Para la clara comprensión del problema frente a la legislación ordinaria, la ley de transferencias de negocios es obligatoria para el acreedor si su crédito no está vencido y desea muñirse de las garantías que ésta le ofrece. Pero puede desdeñarla si su acreencia ya ha vencido y prefiere accionar por sus cabales.

En teoría y tratándose de ventas, es posible que nada adelante recurriendo a sus propios medios y arbitrios, puesto que la ley 11.867 le garantiza el cien por ciento del crédito. Pero si su deudor piensa rematar el negocio entonces puede ser

provechoso al acreedor obtener embargo inmediato, pues con ello es posible que evite entrar en el prorrato forzoso, si el saldo que arroje la subasta no alcanza a cubrir el importe total de los créditos.

B. Jurisdicción en las transferencias de negocios ¹⁵

La ley 11.867 fija el procedimiento minucioso a que deben ajustarse las ventas y remates de aquellos, así como las cesiones de cuota-capital de un socio a otro, o a un tercero.

Se advierte que el trámite es local, vale decir, que la jurisdicción está determinada por el domicilio del establecimiento. Las publicaciones deben insertarse en el Boletín Oficial de la provincia respectiva y en uno a más diarios de la localidad (la única excepción a este principio de refiere al Boletín Oficial de la Capital Federal, en el que se publican también las transferencias de los territorios nacionales, pero ello únicamente por razones de nuestra organización nacional), basta saber que los depósitos de los fondos que ordenan los artículos 4, 5, 6 y 10 deben realizarse en el banco local destinado a recibir los depósitos judiciales; basta conocer que es juez competente, para las controversias suscitadas, el que tenga jurisdicción en la localidad; y basta comprobar que la inscripción de la transferencia debe hacerse en el registro de comercio de la provincia respectiva, o de la Capital Federal, en su caso, para terminar concluyentemente que todo lo relacionado con la ley 11.867 es asunto de jurisdicción local.

Pero algunos compradores de negocios ubicados en otras provincias, creen, equivocadamente, que a los efectos de la oposición deben fijar su propio domicilio real, o sea aquel en que efectivamente tienen el asiento principal de su familia y de sus negocios.

Ello constituye un error, y tales edictos son nulos, si no de cuenta con la conformidad de todos los acreedores.

¹⁵ SCOLNI, Miguel, **op. cit.**, pág. 122.

En consecuencia, no queda más remedio a éste que fijar domicilio especial en la localidad en la que está ubicado el establecimiento sin perjuicio, claro está, de denunciar en los edictos su verdadero domicilio real.

¿Puede volver a establecerse el vendedor de un negocio, con otro comercio similar?

Nada en concreto dice la ley de transmisiones de establecimientos comerciales e industriales.

Es necesario distinguir si en el instrumento de la transmisión se permite o prohíbe tal contingencia, o si nada se dice de ella.

Si el re-establecimiento está permitido, los acuerdos particulares son ley para las partes, y valen como la ley misma, mientras no sean contrarios al orden público o sirvan para burlar derechos de terceros. Es perfectamente legal y válido el convenio por el cual el comprador de un negocio permite al vendedor volver a establecerse con negocio similar.

Existiendo la prohibición, ella sólo es válida si tiene limitaciones en el tiempo, en el espacio y en la naturaleza de la actividad. O sea que sería nula si impidiese al vendedor instalarse nunca en ningún ramo, ni en ninguna parte. En cambio si se faculta al vendedor a establecerse después de un tiempo dado, y fuera de un radio determinado, tal convención sería aceptable porque encuadra dentro del espíritu de la legislación y de la jurisprudencia.

Finalmente, si nada se ha resuelto sobre re-establecimiento, el vendedor tiene derecho a instalarse en cualquier parte, en cualquier ramo similar o igual, y en cualquier tiempo. Pero ello a condición de no competir con su comprador, pues la venta lleva implícita una garantía tácita que no lo permite.

c. Fiscalización de las transferencias de negocios¹⁶

En principio han de ser los propios interesados quienes fiscalicen las distintas etapas y tramites que fija la ley 11.867. Su mecanismo así lo exige, entendiendo que

¹⁶ *Ibidem*, pág. 135.

los interesados son los acreedores, y que éstos deben oponerse a la venta o remate en los términos que el articulado legal estatuye.

Si el enajenante no ha impuesto al adquirente de la existencia de tal o cual acreedor, y éste no se ha opuesto, corre el riesgo de perder el monto de su acreencia, y cuando menos, habrá desperdiciado la oportunidad de cobrarle al adquirente, con la cual se habrá desvanecido también la garantía que podría significarle el propio negocio transferido.

La fiscalización en cuanto a la veracidad de los datos contenidos en los edictos; la cantidad y oportunidad de las publicaciones; la seguridad de que el fondo de comercio realmente es propiedad de quien aparece como titular; las épocas y forma de pago de los créditos, son otros tantos aspectos que corren de exclusiva de quienes tienen intereses creditorios ligados a negocios que se venden o rematan.

La ley fue hasta donde pudo. Obliga a las partes a realizar una más o menos adecuada publicidad; exige al enajenante entregar al comprador la lista de los acreedores; fija plazos mínimos para la terminación de la transferencia; determina en ciertos casos el depósito de los fondos; impone la obligación de la venta por documento escrito e inscripto; veda la transferencia por menor importe que el de la suma total del pasivo, salvo conformidad de todos los acreedores; fulmina de nulidad toda entrega anterior a cuenta del precio, si a causa de ella sobreviene perjuicio para los acreedores y, finalmente, convierte en responsable solidario al comprador, al vendedor y, habiendo intervenido, también al martillero, escribano o balanceador.

Pero todos los recaudas legales poco o ningún valor tienen si los propios acreedores abandonan la fiscalización de sus intereses. No poco de éstos se quejan de que no encuentran protección legal en muchos casos de transferencias y remates que descuidan, atribuyéndole a la ley antojadizas fallas que la ley no tiene. La ley es buena en términos generales, pero es buena a condición de que también lo sea la fiscalización, que deliberadamente ella ha dejado a la custodia privada de los interesados.

d. Edictos y anuncios ¹⁷

Las publicaciones que ordenan los magistrados o los funcionarios en los desempeños de sus cargos se llaman "edictos", y que son simples "aviso" aquellos que provienen de los particulares, aunque obedezcan el cumplimiento de una ley. Y así, no serían "edictos" los anuncios que, de acuerdo a la ley 11.867, deben publicar por 5 días las partes o sus intermediarios, en el Boletín Oficial y en uno a más diarios.

Creemos que tanto son edictos los unos como los otros, pues todos ellos reconocen el mismo origen: la ley. Es la ley quien en realidad los ordena, bien que en algunos casos ha dejado la iniciativa en manos directas de los interesados. En cuanto a lo de las transferencias siempre habrá un juez que a posteriori les dé su visto bueno, es el que luego ordenará la inscripción de la transmisión del establecimiento transferido en el registro de comercio, sin el cual ella carece de todo valor.

De acuerdo a este razonamiento, no cabe duda que las publicaciones de la ley 11.867 son verdaderos edictos ordenados a priori de la intervención judicial, y que no tendrán eficacia alguna si no son ulteriormente homologados.

1. Algo más acerca de los edictos

Toda transmisión de un establecimiento comercial o industrial, por venta o cualquier otro título oneroso o gratuito, sea la venta directa de la parte, o realizada en pública subasta, no tendrá valor alguno frente a terceros, si no ha sido precedida de la publicidad correspondiente.

Ella consiste en edictos publicados por cinco días en el Boletín Oficial de la Capital Federal o provincia respectiva, según el lugar de ubicación del establecimiento, y en uno a más diarios de la localidad. Tales anuncios deben contener los requisitos que ordena la ley 11.867.

Después de diez días corridos, desde la última de las publicaciones, recién las partes podrán firmar el documento de transmisión del establecimiento, o proceder el martillero a subastar los bienes que integran el activo.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 142.

Pero como los anuncios deben hacerse, cuando menos, en un Boletín Oficial y en un diario más, resulta claro que al referirse la ley a la última publicación imponga expresamente que se consideren ambos órganos periodísticos en conjunto, para el caso de que los avisos no aparezcan simultáneamente.

Nadie ha exigido jamás la constancia fehaciente de que los cinco anuncios han sido hechos en cada uno de los diarios. Y bastaría que se hubiese dejado de publicar uno solo de los diez edictos para que la transferencia o remate pudiesen ser objetados por los acreedores impagos, pues se habría burlado uno de los requisitos básicos exigidos por la ley.

2. ¿Deben indicar los edictos de la ley 11.867 que ellos se publican en cumplimiento de la misma?

La obligación de publicar anuncios o edictos está contenida en el artículo 2º. La operación dice: sólo podrá efectuarse válidamente con relación a terceros, previo anuncio durante cinco días en el Boletín Oficial de la Capital Federal o provincia respectiva y en uno o más diarios o periódicos del lugar en que funcione el establecimiento, debiendo indicarse 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 realizará el acto. Pero nada nos aclara que haya obligación de indicar en el propio texto del edicto, que éste obedece a aquella disposición.

Los antecedentes parlamentarios tampoco estudian el punto. Hay que señalar que son muy raras las leyes que, ordenando publicaciones de cualquier objeto o alcance, impongan la obligación de mencionar el ordenamiento legal que las dispone. No obstante en la práctica se estila hacerla.

Por ello lo adecuado es decir: *"De acuerdo al la ley 11.867, se hace saber que en el término de 5 publicaciones, que..."* y no lo es consignar escuetamente: *"reclamos domicilios partes"*, sin mencionar la cantidad de anuncios y la ley que rige ese acto jurídico.

Hay edictos de transferencia de la cuota capital de un socio que parecen, lisa y llanamente, de disolución de la sociedad, y anuncios de remate que se confunden con los de la publicidad especial que realiza el martillero para dar a conocer la subasta. Es hora de uniformar el criterio, encabizando todas las publicaciones con

las características que se han señalado. Porque, si aún sin ellas, los avisos son legales, no siempre lo legal es lo correcto y, en cambio, lo correcto es siempre legal y además, es conveniente y provechoso.

CAPÍTULO IV

REGULACIÓN DEL PERSONAL

A. Conceptos generales. Ley 20.744 ¹⁸

La transferencia de un fondo de comercio en el ámbito laboral se encuentra regulada en la Ley de Contrato de Trabajo, en los artículos 225 al 230, inclusive.

El contrato de trabajo no es un elemento del fondo de comercio, motivo por el cual la Ley 11.867 no se ocupa de él. La Ley de Contrato de trabajo protege los derechos del trabajador, transmitiendo al adquirente todas las obligaciones nacidas de la relación laboral dando continuidad al contrato.

El artículo 225 de la Ley 20.744 LCT, que dispone 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. El contrato de trabajo continuará con el sucesor o adquirente y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ellas se deriven".

Los artículos 225 al 230, prevé la permanencia de la empresa no sólo en lo concerniente a la transferencia, sino también en los supuestos de fusión y escisión, en aras a la continuidad del trabajador en la explotación de la cual se trate y al mantenimiento de la pertinente relación laboral.

¹⁸ ARGENTINA, Ley 20.744 de Contrato de Trabajo.

B. Efectos de la transferencia del establecimiento ¹⁹

Los efectos de la transferencia están regulados en el artículo 225 de la LCT y son los siguientes:

- ✚ Transferencias de las relaciones laborales.
- ✚ Transferencias de las deudas: Créditos devengados a favor del trabajador, que todavía no son exigibles por existir plazo de pago pendiente, por ejemplo el aguinaldo.

La transferencia del establecimiento implica la adquisición de las obligaciones y derechos del sucesor en la relación, no como nuevo empleador sino como continuador. La conservación de la antigüedad está regulada en el artículo 18 de la LCT que dice *"Cuando se concedan derechos al trabajador en función de su antigüedad se considerará tiempo de servicio el efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación y el que corresponda a los sucesivos contratos a plazo que hubieren celebrado las partes y el tiempo de servicio, anterior, cuando el trabajador, cesado en el trabajo por cualquier causa, reingrese a la órdenes del mismo empleador"*.

Si la relación se hubiera extinguido con anterioridad a la transferencia, su reincorporación no le da derecho a la mencionada situación de conservación.

Distinta es la situación en el caso en que se extingue la relación laboral y hubiera obligaciones pendientes por parte del transmitente.

c. Pronunciamientos jurisprudenciales

1. Responsabilidad solidaria del transmitente y adquirente

El adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el artículo 228 de la LCT es responsable por las obligaciones del transmitente derivadas de las relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión. ²⁰

¹⁹ SCOLNI, Miguel, **op. cit.**, pág. 84.

2. Obligaciones existentes a la época de transmisión

Debe entenderse por "*obligaciones existentes a la época de la transmisión*" las devengadas anterior o contemporáneamente a la transferencia, pero no aquellas que, aunque tengan su fundamento en el contrato transferido, se devengaron con posterioridad, pues el único deudor de éstas será el adquirente, salvo que se acreditara que el transmitente ha realizado maniobras fraudulentas (conforme esta sala, sentencia 72.023-19.107/1996, SEGOVIA CLAUDIO C/ PADAM AUTOMOTORES SA Y OTRO).²¹

Si una sociedad cambia de forma jurídica de una SRL pasa a una SA, sin que exista un acto material de transferencia de establecimiento, el trabajador seguirá conservando su antigüedad (ASTUDILLO, ADRIANA JUANA CL LYS SA-CNTRAB.-SALA VII-17/09/1997-BD6-T 02531).

3. Despido indirecto por parte del trabajador

El trabajador podrá considerarse despedido si con motivo de la transferencia del establecimiento, se 10 hubiere perjudicado. Las causas que conlleven al trabajador a dicha situación deben ser concretas por ejemplo, cambio del objeto de la explotación alteración en sus funciones, cargo o empleo, disminución de la responsabilidad patrimonial del empleador u obtención de un resultado aún más penoso.

El contrato de trabajo se resolverá cuando una de las partes denuncie inobservancia por parte de la otra, de las obligaciones resultantes de éste que configuren injuria, por ejemplo por cambio injustificado de anteriores condiciones laborales, que por su gravedad no consientan la prosecución de la relación. Tal valoración debe ser realizada por los jueces de manera muy prudente, teniendo en cuenta el carácter de las relaciones que resultan del contrato de trabajo y de las circunstancias personales en cada caso.

²⁰ ARGENTINA, CÁMARA NACIONAL DEL TRABAJO, **Plenario 289, Baglieri, Osvaldo Domingo C/Francisco Nemec y Cía. SRL y Otro** [08/08/1997-BD 6-T 02426], en *Trabajo. Previsión Social. Jurisprudencia*, Tomo III (Buenos Aires, Errepar, 1998), pág. 111.001.001, punto 18

²¹ ARGENTINA, CÁMARA NACIONAL DEL TRABAJO, **Sala III, Alanis, Juan Carlos C/Frenos Varda SA y Otros** [03/03/1999-BD 8-T 02757], en *Trabajo. Previsión Social. Jurisprudencia*, Tomo III (Buenos Aires, Errepar, 1998), pág. 111.001.001, punto 22.

La denuncia que realice el trabajador, fundada en justa causa, le dará derecho a las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744, deben haberse celebrado los contratos hasta 02/10/1998, inclusive. Aquellos que se celebren con posterioridad a la fecha mencionada se regirán por el régimen indemnizatorio de la Ley 25.013, artículos 8 de la LCT.

4. Alquiler o cesión transitoria

En estos casos deberán aplicarse las disposiciones de los artículos 225 y 226 de la LCT. Al producirse la restitución del establecimiento, cumplido el vencimiento de los plazos previstos, deberán asumirse las mismas obligaciones del artículo 225.

5. Transferencia a favor del Estado

Regulada por el artículo 230 de la LCT, se estipula que no son de aplicación las disposiciones plasmadas en los artículos 225 a 229, en los supuestos de transferencias a favor del Estado se entenderá que se produce una nueva relación laboral, circunstancia que implica la pérdida por parte del trabajador del derecho a su antigüedad y de la aplicación del principio de solidaridad.

6. Transferencias en caso de quiebras

En los casos de continuidad de la explotación por el adquirente en un proceso de quiebra, se produce la extinción del contrato a todos los efectos, quedando el sucesor liberado de las deudas y obligaciones resultantes de la anterior relación laboral.

El trabajador pierde así su antigüedad y los derechos que de ellas devienen según artículos 198 y 199 de la LCT.

7. Solidaridad en la cesión y cambio de firma

Cuando al momento de la transferencia del fondo de comercio subsisten obligaciones laborales pendientes, operará la solidaridad por parte de quien recibe la transferencia, la cual no puede limitarse a los contratos de trabajo existentes a la época de la transmisión, la responsabilidad alcanza a la totalidad de las obligaciones generadas en la relación de trabajo o con motivo de ella, tanto para el cedente como para el cesionario. La solidaridad es uno de los principios fundamentales del régimen

laboral. Por ende en el caso de transferencias de fondos de comercio, la falta de diligencia de las partes de dar debido cumplimiento a la Ley 11.867 los hará solidariamente responsables de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo, no pudiendo serle opuesta al trabajador, transfiriéndose así al comprador, por disposición legal, las respectivas obligaciones en virtud de tal delegación y cualquiera sea la voluntad de los participantes.

La solidaridad también operará con relación a las obligaciones emergentes del contrato existentes 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 será 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 éstos.

Esta solidaridad operará ya sea que la transmisión se haya efectuado para surtir efectos en forma permanente o en forma transitoria.

La solidaridad, 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 permanentemente y fuese de aplicación lo dispuesto en la última parte del artículo 227.

8. Subcontratación y delegación

Todos aquellos que cedan total o parcialmente a otros el establecimiento habilitado a su nombre, deberán exigir a sus contratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y a los organismos de la seguridad social.

Deberán exigir la siguiente documentación:

- ✚ Clave de Alta Temprana (CAT) según Resolución General AFIP 899.
- ✚ Código único de Identificación Laboral (CDIL) de cada uno de los trabajadores que presten servicios.
- ✚ Constancias de pago de las remuneraciones, copia firmada los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo.

Dicha responsabilidad no podrá delegarse en terceros, debiendo exhibir los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o la autoridad administrativa.

El incumplimiento de alguno de los requisitos, hará responsables solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios que fueren emergentes de la relación laboral, incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social.

El traspaso no libera al transmitente de las obligaciones que puede generar la demanda de un trabajador, ya que por el principio de solidaridad el dependiente podrá demandar a ambas partes separadamente y por el total de las deudas.

9. Cesión del personal

Cuando se celebre un contrato de cesión del personal, sin que comprenda el establecimiento del cual se trate, se requiere la aceptación expresa y por escrito del trabajador. El escrito de aceptación debe hacerse por triplicado:

- ✚ Original: empresa cesionaria.
- ✚ Duplicado: trabajador.
- ✚ Triplicado: legajo personal del trabajador en la empresa cedente.

10. Obligaciones previsionales

Las obligaciones previsionales, sindicales y de obras sociales, el transmitente debe obtener el certificado de libre deuda previsional según lo dispone el artículo 12 de la Ley 14.499. Para poder Inscribir la transferencia de un fondo de comercio en el Registro Público de Comercio.

Los empleadores, previa inscripción deberán obtener la constancia de que no adeudan obligaciones previsionales.

La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) es la encargada de emitir los certificados de libre deuda en concepto de aportes sobre la nómina laboral, dentro de los 15 días de haber sido solicitado. Dicha constancia tendrá validez por el término de 6 meses.

CAPÍTULO V

ELEMENTOS NO TRANSFERIBLES

La Ley 11.867 no comprende en el fondo de comercio a los créditos y a las deudas.

De practicarse la transferencia del fondo de comercio, el adquirente no pasa a ser titular de los créditos y deudas, salvo que exista un pacto expreso acordado por las partes y no haya oposición de los acreedores.

Cuando se realice una transferencia, el enajenante debe presentar al comprador un inventario de los bienes que se transfieren y un detalles con las obligaciones a pagar contraídas, indicando titulares de los créditos, sus domicilios, importes de y vencimientos. En el caso de los bienes inmuebles la Ley 11.867 no los menciona.

A. Créditos y deudas ²²

El procedimiento establecido en la Ley 11.867 intenta proteger al acreedor, al deudor y al tercero su objetivo es mostrar las etapas y requisitos involucrados:

- ✚ Que el acreedor conserve la garantía del deudor cuando se realice la transferencia del fondo de comercio.
- ✚ Que el adquirente reciba la titularidad del establecimiento según lo estipulado.
- ✚ Que el enajenante pueda hacerse acreedor del precio de la venta del fondo de comercio, sin perjudicar a sus propios acreedores.
- ✚ En caso que el acreedor en el plazo establecido por la norma, no se hubiese opuesto a la transferencia, no pierda el derecho contra su deudor (sólo puede

²² FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *op. cit.*, pág. 205.

perder la garantía sobre el establecimiento, no sobre el resto del patrimonio del deudor).

Es necesario separar vínculos contractuales establecidos en cabeza de las personas físicas, como aquellos cuya existencia es en razón de la explotación del fondo de comercio. Éstos son absolutamente independientes entre sí. Los contratos relativos al ente serán transferibles con éste de así pactarse y de cumplirse las normas relativas a la cesión de créditos y deudas.

Los créditos y deudas "Intuito-personae" no son transferibles con el fondo, a menos que las partes así lo estipulen, con consentimiento expreso del tercero involucrado.

Las partes deberán cumplir con las formalidades comunes de los contratos en general, amén de lo establecido por la Ley 11.867, la inobservancia por parte del vendedor o del comprador del fondo de comercio no afecta el perfeccionamiento del contrato ni lo pactado por las partes, pero si hay terceros involucrados la ley limita la autonomía de la voluntad en resguardo de los intereses de éstos.

Se puede transferir un fondo de comercio sin cumplir con los requisitos de la Ley, la diferencia estará dada por la responsabilidad frente a terceros que asume el comprador, ya que al comprar dicho fondo sin seguir el procedimiento establecido quedará obligado a cancelar deudas anteriores a su adquisición, ignore o no su existencia, y será también responsable frente al fisco por los aportes provisionales y las deudas impositivas que mantenga el fondo que adquirió. En caso de respetarse el procedimiento legal, pero las partes incurran en algunas omisiones, serán responsables solidariamente.

B. Inmuebles ²³

La transmisión de los bienes inmuebles no se supone con la del fondo, salvo pacto en contrario expreso. En tal caso deberá cumplimentarse el requisito de la escrituración. Es decir se deberán llevar a cabo dos tipos de operaciones: una de

²³ *Ibidem*, pág. 206.

ellas de naturaleza civil, que es la cesión del inmueble, y la otra de naturaleza comercial que es la transmisión del fondo de comercio.

CAPÍTULO VI

PROCEDIMIENTO PARA LA VENTA ²⁴

La operatoria de una transferencia de un fondo de comercio no es para nada sencilla, es un acto sumamente complejo que involucra diversos contratos específicos, además de tener en cuenta la Ley 11.867.

La transferencia del fondo de comercio puede realizarse en forma directa o indirecta, en cuanto concierne al inicio, desarrollo y conclusión.

✚ FORMA DIRECTA. Cuando las partes, comprador y vendedor, realizan la transferencia mediante un acuerdo por ellas celebrado.

✚ FORMA INDIRECTA. Cuando para que se lleve a cabo la transferencia deba intervenir, necesariamente un martillero público u otro tercero involucrado.

A. Tipos de transferencias ²⁵

La transferencia del fondo de comercio puede realizarse mediante dos sistemas procedimentales, a saber:

- 1) Transferencia privada.
- 2) Transferencia por remate.

El acuerdo de partes ha de ser previo a toda formalidad al respecto, considerando que dicho acuerdo representa la puntada inicial de la operación. Además el fondo de comercio es susceptible de ser enajenado sin cumplimentar las formalidades requeridas por la Ley, pero tal incumplimiento se traducirá en la responsabilidad solidaria del adquirente conjuntamente con la del enajenante, por las deudas hacia terceros impaga, con su lógica incidencia pecuniaria.

²⁴ SCOLNI, Miguel, **op. cit.**, pág. 189.

²⁵ **Ibíd.**, pág. 191.

La transferencia representa un verdadero acto de comercio, que otorga a dicha operatoria un carácter absolutamente comercial, que a cada capacidad y a competencia jurídica compete, al igual que lo atinente a la solución de posibles divergencias, resultantes del acto contractual en cuestión.

1. Transferencia privada

En el presente apartado se tratará de dar una clara visión de los aspectos procedimentales desde la confección de la nómina de acreedores hasta la oposición de los mismos.

- 1) Primero consiste en la entrega de una nota firmada por el enajenante al presunto adquirente, enunciando los créditos adeudados a terceros, con nombres y domicilios de los acreedores, monto de éstos y fechas de vencimientos si las hay, sumas por las que se podrá solicitar de inmediato las medidas autorizadas por el artículo 4º de la ley 11.867 que dice que los acreedores afectados por la transferencia podrán notificar su oposición al comprador 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 sumas necesarias para el pago. Se tendrá en cuenta lo establecido por el artículo 8 de la Ley por el cual no deberá efectuarse ninguna venta de un establecimiento comercial o industrial por un precio inferior al de las sumas constitutivas del pasivo confesado por el vendedor, más el importe de aquéllas no confesadas por él, pero cuyos titulares hubieran hecho la oposición autorizada por el artículo 4. Tales sumas deben proceder de mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de los gastos generales de éste. Lo expuesto por la ley garantiza a los acreedores para que no sean defraudados en sus intereses y para que la venta que se realice con la autorización de éstos sea lícita en su totalidad.
- 2) Suscripción del Boleto de Compra Venta.
- 3) Publicación de avisos durante cinco días en el Boletín Oficial de la respectiva jurisdicción y en unos o más diarios del lugar en que funcione el establecimiento, debiendo contener: clase de negocio, ubicación, nombre del vendedor, domicilio

del vendedor, nombre del comprador domicilio del comprador, nombre y apellido y domicilio del Rematador y del Escribano.

- 4) A partir de la publicación obligatoria exigida por la norma, los acreedores se encuentran protegidos, ya que ellos como terceros interesados podrán tomar conocimiento de la compraventa de un determinado fondo de comercio. El requisito de la publicidad se encuentra reglado en el artículo 2º de la Ley 11.867. La doctrina ha entendido respecto a la cantidad de las publicaciones que son cinco las publicaciones, y respecto al lugar, ellas deberán efectuarse en la jurisdicción donde funcione el establecimiento. La jurisprudencia se ha expedido diciendo que cuando el establecimiento a transferir y el domicilio o sede social se encuentren en jurisdicciones diferentes, se publique en ambas. La publicación incompleta deberá considerarse como no cumplida. La responsabilidad recaerá directamente sobre las partes contratantes, fundamentalmente en cuanto a las oposiciones respectivas compete. La publicidad es el requisito que le otorga validez al contrato de la transferencia, se debe realizar para salvaguardar los derechos de terceros y acreedores, impidiendo así los actos de defraudación, ya que la transmisión será válida y podrá ejecutarse si se publica por edicto y en uno o más periódicos del lugar en que funcione el establecimiento del cual se trate.
- 5) Transcurridos los diez días de la última publicación, los acreedores afectados podrán notificar oposición.
- 6) La oposición deberá realizarse una vez transcurridos los diez días de la última publicación en el domicilio denunciado en la publicación, o al rematador o escribano que intervenga, 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 puede ser ejercitado por los acreedores reconocidos en la nota a que se refiere el artículo 3º como los omitidos por ella, que se presenten con títulos de sus créditos. Pasado el término de 20 días establecido en el artículo 5º, sin efectuarse embargo judicial, las sumas depositadas podrán ser retiradas por el depositante. Se tratan en todos los casos de días corridos, el derecho a la oposición es facultativo, su no exteriorización no implica la pérdida de dicho derecho. Puede accionar contra el

vendedor según la normativa plasmada en el derecho común y de conformidad con la naturaleza jurídica del crédito del cual se trate. El derecho a la oposición no representa ningún privilegio para quien lo intenta hacer valer. El no ejercicio del derecho a la oposición bajo ninguna circunstancia des obliga al enajenante o transferente. Si el crédito fuere cuestionable, el juez puede autorizar al vendedor a recibir el precio del comprador, ofreciendo caución suficiente para responder a los respectivos créditos de los terceros involucrados. Cumplido el plazo del artículo 4º, diez días contados de la última publicación y no mediando oposición, entonces se dará cumplimiento al artículo 5º otorgando el instrumento de venta que deberá inscribirse dentro del plazo de 10 días en la Inspección General de Justicia o en un registro especial creado a tal fin, para que produzca efecto con relación a terceros. Si se cumple con el plazo de diez días para la inscripción del acto, éste tendrá efecto retroactivo al día que fuera instrumentado el documento de transferencia frente a los terceros, y en caso de no respetarse el término mencionado, sólo será oponible frente a terceros a partir de su respectiva inscripción. El régimen de oposición es la única manera en que los acreedores puedan hacer vales sus legítimos derechos, a través de la retención y el consecuente depósito de los montos destinados a cubrir tales créditos. El artículo 11 de la ley 11.867 hace solidariamente responsables al comprador, vendedor, martillero o escribano por las omisiones, transgresiones o incumplimientos a la normativa de ésta, por el importe de los créditos que resulten impagos como consecuencia de aquellas y hasta el monto del precio de lo vendido. Sólo pueden hacer uso del derecho de oposición exclusivamente los titulares de los créditos provenientes de elementos atribuibles al negocio. No gozan de dicho derecho los acreedores particulares ni los socios de la sociedad transmitente, ni aquellos que no pueden reputarse vinculados al fondo en cuestión, con la única excepción prevista para el supuesto de un pasivo superior al precio pactado; en este supuesto de un pasivo denunciado superior al precio convenido, el adquirente tiene la facultad de verificar la situación de los acreedores particulares incluidos en la nota y de reclamar la consabida justificación. Es regla general que en el caso de los acreedores consignados en la lista reconocidos por el enajenante, no tengan la necesidad de justificar sus créditos.

- 7) Documento de transmisión: El artículo 4º de la ley 11.867 establece que sólo podrá firmarse después de transcurridos diez días corridos de la última publicación, plazo en que los acreedores afectados podrán hacer uso al derecho de oposición, reclamando la retención del importe de sus respectivos créditos y el consecuente depósito en una cuenta especial. El objetivo de la retención y depósito es defender los créditos de los acreedores, a fin de que éstos puedan trabar embargo. Los acreedores que oportunamente se opusieron dentro del plazo regulado por la ley, facultados a embargar las respectivas sumas dentro de un plazo de 20 días. Transcurrido este plazo y de no haberse efectuado embargo alguno, las sumas depositadas podrán ser retiradas por el depositante de éstas. El supuesto de que algún acreedor no haya realizado en término el embargo en cuestión, tal inacción no hace caducar su derecho al cobro de sus respectivas acreencias, pero deberá entonces recurrir a las normas del derecho común, no así a las del la ley 11.867. El acreedor puede exigir que el depósito de las sumas objetadas se lleve a cabo en forma inmediata, no interesando, para nada el financiamiento planteado por el enajenante y el adquirente. También pueden oponerse los acreedores que tengan crédito con plazo no vencidos, sin que ello implique que se transformen automáticamente en exigibles como consecuencia de la respectiva oposición. El artículo 5 de la Ley 11.867 dispone que *"el anterior propietario podrá pedir al juez que se le autorice para recibir el precio del adquirente, ofreciendo caución suficiente para responder a ese o esos créditos"*. No se alude en el presente caso a los créditos litigiosos, sino a aquellos cuestionados total o parcialmente por el enajenante o cedente. La inobservancia a la retención y depósito harán responsables solidariamente al comprador, vendedor, martillero o escribano que las hubieran cometido, por el importe de los créditos que resulten impagos y hasta el monto del precio de lo vendido, tal como lo regula el artículo 11 de la ley en estudio.
- 8) Documento de venta: El artículo 7º de la ley 11.867 establece que transcurrido el plazo que señala el artículo 4º sin mediar oposición o cumpliéndose si se hubieran realizado oposiciones con las disposiciones del artículo 5º, 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 de Comercio o en un registro especialmente creado al efecto. Dicho contrato, no sustituye al contrato originario o boleto, sino que su exteriorización ante la Inspección General de Justicia o autoridad similar de la jurisdicción. A partir de este momento se deberán realizar ciertos trámites normales y que pueden resumirse en el inventario de las mercaderías a transferir, en el cumplimiento de los requisitos imprescindibles para la transmisión de determinados bienes por ejemplo teléfono, automotores, marcas etc. En la suscripción del pertinente contrato de locación, de corresponder y en la consiguiente tradición del fondo en cuestión. El precio de la operación deberá abonarse conforme lo estipulado por las partes.

2. Transferencia por remate

El artículo 10 establece que en los casos en que la enajenación se realice bajo la forma de ventas en block o fraccionadas de las existencias, en remate público, el martillero deberá levantar previamente inventario y anunciar el remate en la forma establecida por el artículo 2º, publicar avisos durante cinco días en el Boletín Oficial debiendo contener:

- ✚ Clase de negocio.
- ✚ Ubicación del negocio.
- ✚ Nombre del vendedor.
- ✚ Domicilio del vendedor.
- ✚ Domicilio donde debe presentarse la oposición, nombre, apellido y domicilio del rematador.
- ✚ Nombre, apellido y domicilio del escribano.

La venta en block es una expresión que equivale a una transferencia del establecimiento en conjunto. El martillero se encuentra obligado a respetar el plazo de diez días desde la última publicación para que los acreedores que hayan sido afectados, puedan notificar su oposición y acceder al régimen del depósito.

De manera tal, que en caso que el producto del remate no alcance a cubrir la suma denunciada, el rematador se encuentra obligado a depositar en el banco destinado a recibir dichos depósitos judiciales el producto total de la subasta, previa

deducción de la comisión y de los gastos que no podrán superar el 15% de ese producto.

Si existiera oposición de los acreedores, debidamente notificada al rematador y éste hiciera pagos o entregas al vendedor, quedará obligado solidariamente con el enajenante, hasta el importe de las sumas que hubiera aplicado a tales objetos. Tampoco puede entregar el producido del remate hasta que no haya vencido el plazo para las oposiciones en cuestión.

Es muy frecuente que las ventas en remate Público se lleven a cabo por un monto inferior al que pudiera obtenerse a través de una transacción privada. En tales supuestos la transferencia no es nula, pero el rematador deberá proceder a depositar en cuenta especial el producto de la subasta. Los acreedores concurrirán en forma proporcional sobre dicho quantum, pero respecto a la diferencia el enajenante continuará respondiendo en su calidad de deudor frente a terceros.

El artículo 10 estatuye que en el supuesto de enajenación en remate público el martillero deberá previamente levantar un inventario de los bienes a rematarse, se diferencia respecto a las ventas privadas que dicha enajenación alcanza a todos los elementos involucrados, como consecuencia del principio de universalidad, salvo pacto en contrario, mientras que en el caso de remate público cabe interpretar que el adquirente sólo compra los bienes específicamente señalados en el inventario en cuestión.

Los demás recaudas a cumplir son similares a los explicitados en materia de transferencias privadas. El remate deberá publicarse según el artículo 2º de la ley, con el agregado establecido por el artículo 5º del decreto 88.168/36 que estipula que en tales supuestos, la última de las cinco publicaciones que exige la ley deberá aparecer, por lo menos el mismo día en que se realice la subasta en cuestión.

v. Pasos a seguir para la inscripción ²⁶

Para realizar la inscripción del contrato de transferencias del fondo de comercio se deberá presentar ante la Inspección General de Justicia, el contrato de

²⁶ **Ibíd**em, pág. 210.

transferencia, documento que podrá realizarse por instrumento privado o público, junto con un escrito con el correspondiente sellado, solicitando la inscripción e indicando la documentación que se adjunta:

- ✚ Formulario de Inscripción N° 9.
- ✚ Copia del Primer Testimonio o Documento de Transferencia.
- ✚ Tasa retributiva dispuestas por decreto 67/96.
- ✚ Original de la página del boletín de publicación oficial.
- ✚ Original de las páginas del periódico o diario de la zona en que fue publicado.
- ✚ Certificación de libre deudas fiscales, previsionales y prendarias.
- ✚ Certificación de inhabilitación del enajenante emitida por el Registro de la Propiedad del Inmueble Dictamen precalificado de abogado, escribano o contador con la firma legalizada ante el Colegio respectivo.

1. Trámite ante la inspección general de justicia

El contrato debe presentarse ante la Inspección General de Justicia y deberá contener:

- ✚ Nombre de las partes.
- ✚ Domicilio real y constituido.
- ✚ Nacionalidad.
- ✚ Número de documento de identidad.
- ✚ Estado civil de las partes.
- ✚ Si alguna de las partes es una sociedad deberá acompañarse el contrato social.
- ✚ Lugar de asiento del establecimiento.
- ✚ Actividad que desarrolla.
- ✚ Las firmas de las partes.

2. Plazo para la inscripción

Según el artículo 7, el plazo para efectuar la inscripción en el Registro es de 10 días. Los acreedores afectados podrán formular hasta ese momento su oposición al comprador.

Transcurrido el plazo señalado sin mediar oposición o cumpliéndose, si se hubieran cumplimentado las disposiciones del artículo 5; transcurridos los 20 días, sin efectuarse embargo por los presuntos acreedores las sumas depositadas podrán ser retiradas por el depositante; podrá otorgarse el documento de venta, que para producir efecto respecto a terceros deberá extenderse por escrito e inscribirse dentro de los 10 días en el Registro Público de Comercio.

3. Inscripción tardía

La inscripción tardía en la IGJ implica que la misma será oponible a terceros a partir de la fecha de inscripción en el Registro Público de Comercio tal como lo estipula el artículo 39 del Código de Comercio.

4. Falta de inscripción ²⁷

La falta de inscripción en el Registro hace inoponible el acto frente a terceros que contraten de buena fe con el vendedor, después de firmado el documento de la transferencia y antes de la inscripción.

La omisión de la inscripción de dicha transferencia del establecimiento no es invocable por el acreedor que sí conocía la mencionada transmisión.

5. Incumplimiento al procedimiento legal

Cuando la transferencia no se realiza bajo los requisitos explicados en la ley 11.867, la consecuencia inminente es que el acto resulta inoponible a terceros.

c. Modelos de contratos ²⁸

1. Modelo de autorización de venta de un fondo de comercio

---Por la presente se otorga autorización en forma exclusiva e irrevocable a la firma ".....", representada por su titular Martillero y Corredor Publico Don....., Colegiado....., con domicilio en...de la ciudad y partido de....., Provincia de..... por el termino de..... días, para que proceda a VENDER EL FONDO DE COMERCIO del negocio del ramo de:....., sito en la calle.....de la Localidad de la Ciudad y Partido de....., Pcia. de....., bajo las siguientes condiciones generales básicas:

²⁷ **Ibíd**em, pág. 218.

²⁸ VITOLLO, Daniel Roque, **Contratos Comerciales. Parte especial** (Buenos Aires, Alfa Beta, 1993), pág. 89.

1) El Precio total de venta será de U\$S (BILLETES DOLARES.....)

2) La forma de pago será la siguiente:

a) En el acto de la firma del boleto de compraventa quien resulte comprador deberá abonar la suma de..... (Billetes Dólares.....) en concepto de a cuenta de precio."

b) En el acto del otorgamiento de la Posesión, quién resulte comprador deberá abonar U\$S..... (Billetes Dólares.....)

e) La POSESION se otorgara a los..... a partir de la firma del Boleto de Compraventa siendo los gastos que origine la operación, tales como Publicación de Edictos, Sellados, certificaciones, transferencias de inscripciones y habilitaciones, Etc. Etc. soportados en el 50 % del total de los mismos, por cada una de las partes.

3) La Posesión del Fondo de Comercio será entregada por la Parte Vendedora, a la Parte Compradora, con la intervención del Martillero y Corredor Público..... , una vez cumplido la publicación de Edictos y/o Avisos y vencido los plazos que para las oposiciones establece la Ley 11.867, y que sean cumplidos, todos los requisitos de la referida Ley.

4) Queda facultada y autorizada \\..... "para recibir en calidad de seña y/o de otro concepto, para concretar la compraventa del Fondo de Comercio objeto de la presente autorización, como así aceptar la oferta de compra y/o reserva que le pudieran realizar de acuerdo a las condiciones indicadas.

5) En caso de venta o revocación de la presente, el Propietario comitente abonara a..... en concepto de comisión y/o honorarios el..... % sobre el precio total obtenido o establecido en la presente, debiendo efectuarse el pago en el acto de la firma del Boleto de Compraventa a la fecha de aceptación de la oferta o de la revocación de la presente, automáticamente sin necesidad de requerimiento alguno produciéndose la mora por el mero incumplimiento.

6) Conforme lo normando por el artículo 111 del Código de Comercio, en el supuesto caso de que el Propietario autorizante efectuara la venta dentro del plazo de vigencia de la presente autorización, en forma particular, y/o si después de haber vencido la misma efectuare la venta con algún, interesado que le hubiere presentado \\ " deberá abonar los honorarios y/ o comisión pactada más los que le hubiera correspondido abonar al Comprador.

7) Las Mercaderías existentes al momento del otorgamiento de la posesión, que estén aptas para la venta y el consumo, serán inventariadas por el Sr. Martillero y Corredor Público..... (Único arbitro para esta operación) a precio de costo y corriente de plaza neto, y el importe total de las mismas las deberá pagar la parte compradora a la parte vendedora, mediante la suscripción de..... pagares mensuales iguales y consecutivos, en Dólares, sin intereses.

Leído el presente las partes se ratifican de su contenido por ser lo pactado, y en prueba de conformidad y para su fiel cumplimiento se firman dos ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto en la Ciudad y Partido de..... Pcia. de Buenos Aires, a los..... días del mes de..... de..... -

Fdo.:.....	Fdo.:.....
Nombre y Apellido:	Nombre y Apellido:
Documento:	Documento:
Domicilio:	Domicilio:

2. Modelo de contrato definitivo de compra venta de fondo de comercio

En la Ciudad de..... Provincia de..... República Argentina a los..... días del mes de..... del año..... El Sr. Don..... , de nacionalidad..... , de estado civil....., quien acredita su identidad con..... , N°....., domiciliado en, de la localidad y partido de.....Provincia de....., quien en adelante será denominado LA PARTE VENDEDORA, vende a el Sr. Don, de nacionalidad....., de estado civil, quien acredita su identidad con..., N°....., domiciliado en..... , de la localidad y partido de, Provincia de....., quien en adelante será llamado LA PARTE COMPRADORA, y esta compra el fondo de comercio del Negocio del ramo de..... , denominado " ", integrado por: denominación del negocio, clientela, maquinarias, instalaciones, muebles y útiles, rodados y demás enceres que componen el citado negocio, según inventario que obra por separado y que forma parte integrante del presente contrato, ubicado en la calle, de la localidad de..... , partido de..... , Provincia de....., libre de toda deuda y gravámenes, impuestos o multas, inhibiciones y embargos y libre de personal. Conforme a las siguientes condiciones:

PRIMERO: La presente operación se realiza por el precio total y convenido de U\$S..... (Billetes Dólares norteamericanos.....).-

SEGUNDO: En este acto LA PARTE VENDEDORA recibe de manos de LA PARTE COMPRADORA la suma de U\$S..... (Billetes dólar norteamericanos.....), en concepto de pago de la parte establecida "al contado", y por el saldo de precio que asciende al importe de U\$S..... (Billetes Dólares norteamericanos.....), LA PARTE COMPRADORA suscribe a favor de LA PARTE VENDEDORA la cantidad de..... Pagarés, cada uno de ellos por la suma de U\$S..... (Billetes Dólares norteamericanos.....) con vencimientos mensuales iguales y consecutivos los que equivalen al capital adeudado e intereses.-

TERCERO: En este acto LA PARTE VENDEDORA otorga la posesión definitiva del fondo de comercio objeto del presente contrato a LA PARTE COMPRADORA, quien la releva en su respectivo puesto, toma y acepta el negocio con todas sus instalaciones, maquinarias y dependencias de plena conformidad.-

CUARTO: Se deja constancia de que se ha dado total y formal cumplimiento a lo normado por la Ley 11.867, habiéndose publicado edictos en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires durante los días: , y en el diario: , durante los días: , habiéndose liquidado todas las oposiciones y reclamaciones formuladas.-

QUINTO: LA PARTE VENDEDORA cede y transfiere a favor de LA PARTE COMPRADORA todos los derechos y acciones que tiene sobre la habilitación municipal a favor de LA PARTE COMPRADORA.-

SEXTO: LA PARTE VENDEDORA se obliga a afrontar, solucionar y pagar todas las reclamaciones e importes de dinero que en el futuro pudieren ser objeto de reclamos, siempre y cuando los mismos tuvieran como origen fecha anterior a la del presente contrato.-

SEPTIMO: Se deja expresa constancia de que LA PARTE COMPRADORA se hace cargo, toma y acepta el comercio objeto de esta transferencia, totalmente libre de personal y que LA PARTE VENDEDORA manifiesta haber liquidado todos los sueldos, jornales, vacaciones, leyes sociales e indemnizaciones que le correspondieron al personal que tuvo a su cargo.-

OCTAVO: Se encuentran totalmente pagos al día de la fecha todas las tasas municipales que gravan la explotación comercial, publicidad y ocupación de la vía pública, así como también las contribuciones provinciales, en especial la de ingresos brutos.-

NOVENO: Presente en este acto Doña..... , en calidad de cónyuge de LA PARTE VENDEDORA Y en cumplimiento a lo normado por el artículo 1277 del Código Civil, presta su total conformidad con la presente operación de venta.-

En prueba de conformidad se firman tres ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto en lugar y fecha señalados al inicio.-

CAPÍTULO VII

DERECHOS Y OBLIGACIONES ²⁹

La transferencia de un fondo de comercio es un acto jurídico complejo donde se generan una serie importante de derechos y obligaciones para las partes que interactúan, tales como:

- a) **CONFECCIÓN DE LA LISTA DE ACREEDORES.** Ésta es la primera obligación impuesta al enajenante. La confección y entrega al adquirente de la lista de acreedores es el elemento fundamental para determinar el precio de la operación a realizar. Esta obligación para el enajenante, es un derecho para el adquirente, cuyo incumplimiento resulta una verdadera causa de resolución.
- b) **CONTRATO DE TRANSMISIÓN.** Es el elemento fundamental de la operación, no así el boleto suscrito por las partes, sino el instrumento válido que se otorga a posteriori del cumplimiento de las disposiciones de la Ley 11.867 tales como la entrega de la nómina de acreedores, publicaciones de edictos, oposiciones, depósito de las sumas respectivas, etc.
- c) **DERECHO DE USO Y GOCE DEL LOCAL.** Ya sea que el local se alquile o enajene, es obligación del vendedor entregar la universalidad de los elementos integrantes del fondo y de acuerdo a lo expresamente pactado por las partes. La transferencia generalmente incluye la cesión del contrato de locación, de las líneas telefónicas, de los rodados y demás bienes imprescindibles para el normal desenvolvimiento de la actividad comercial, obligación que implica el cumplimiento de la totalidad de los trámites que coadyuven a dicho propósito. La jurisprudencia se ha expedido diciendo que ese derecho es uno de los elementos constitutivos del fondo, sin él no existe fondo de comercio.

²⁹ **Ibídem**, pág. 95.

-
- d) **EVICCIÓN.** Cuando el adquirente por título oneroso fue privado en todo o en parte del derecho adquirido, obtiene plena vigencia la evicción regulada en artículo 2.091 del Código Civil y que alcanza a todos los elementos integrantes del fondo y a su universalidad, se puede utilizar para los casos de compraventa, permuta, donación, aporte a sociedades y cesión. Su efecto fundamental, obliga al vendedor a restituir el precio, recibir la cosa sin intereses aun cuando la cosa haya disminuido de valor, por caso fortuito o culpa del comprador, de conformidad con el artículo 2.119 del Código Civil.
- e) **VICIOS REDHIBITORIOS.** Están regulados por el artículo 2.164 del Código Civil, y se entiende por tales a los defectos ocultos de la cosa, existentes al tiempo de la adquisición, pero que le hagan impropios para su posterior destino. El derecho a accionar por redhibición en aras a resolver el contrato y a restituir el precio de los bienes oportunamente entregados.
- f) **OBLIGACIÓN DE NO COMPETENCIA.** Es criterio unánime la prohibición de restablecerse que tiene el vendedor dentro de un espacio determinado por un período determinado, estableciendo tal limitación a la actividad comercial a desarrollar, con el fin de evitar la competencia desleal o que la clientela sea absorbida nuevamente por el enajenante.
- g) **RENDIMIENTO MÍNIMO DEL FONDO.** Es poco probable que el enajenante prometa al adquirente un determinado rendimiento del fondo transmitido. Es sumamente frecuente que las utilidades generadas por la explotación hasta el momento de la transferencia se transforme en un parámetro fundamental en cuanto a la llave de negocio.
- h) **CONFECIÓN DE INVENTARIOS.** La confección de éstos, tanto de bienes muebles como de mercaderías, es obligación del vendedor, si así se hubiera dispuesto, excepto en los casos de transferencias por remate en que se transforman en obligatorio por imperio del artículo 10 de la ley 11.867
- i) **PUBLICACIÓN EDICTOS.** Tema ampliamente tratado en capítulos anteriores.
- j) **DERECHO A LA HABILITACIÓN.** La Doctrina lo considera un elemento importante del fondo, por el cual el enajenante se transforma en un verdadero responsable de toda irregularidad al efecto.

CAPÍTULO VIII

ASPECTO IMPOSITIVO

A. Ley de procedimiento tributario ³⁰

Analizaremos la Ley de Procedimiento tributario Ley N° 11.683 en su artículo 8° inciso d) que establece la responsabilidad solidaria de los sucesores a título particular en el activo y pasivo de empresas o explotaciones que las leyes tributarias consideran como una unidad económica. Es ésta una muy especial responsabilidad solidaria que tiene lugar cuando la Ley, de modo expreso, agrega a la persona del contribuyente un nuevo responsable, quedando el sujeto activo facultado para exigir la total prestación tributaria a ambos conjuntamente, o a cualquiera de ellos, conforme a los principios del derecho común. ³¹

Dispone dicho inciso d) que los sucesores serán responsables en forma personal y solidaria con los deudores, si los contribuyentes no hubieran cumplido la intimación administrativa de pago del tributo adeudado. Tal responsabilidad del adquirente caducará, en cuanto a la deuda fiscal determinada:

- ✚ A los tres meses de efectuada la transferencia, si con antelación de quince días hubiera sido denunciada a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).
- ✚ En cualquier momento en que dicho organismo reconozca como suficiente la solvencia del cedente con relación al tributo que pudiera adeudarse.

³⁰ DIAZ SIEIRO, Horacio D., VELJANOVICH, Rodolfo Diego y BERGROTH, Leonardo, **Procedimiento tributario, Ley n° 11.683**, 2ª edic. (Buenos Aires, Macchi, 1993), pág. 522.

³¹ MARTÍNEZ, Francisco, **Estudios de Derecho Fiscal** (Buenos Aires, Contabilidad Moderna, 1973), pág. 160 y ss.

El artículo 21 del decreto reglamentario de la Ley de Procedimiento Tributario dispone que queden comprendidos tanto los sucesores particulares por título oneroso como por título gratuito. La doctrina Nacional coincide con la interpretación del inciso d) del artículo 8º, al considerar indudable que el sucesor a título particular en el activo de empresas y explotaciones deba responder por la deuda intimada, en caso de incumplimiento de su antecesor o cedente.

Es importante distinguir entre deuda fiscal determinada y no determinada. Determinar la obligación tributaria consiste en el acto o conjunto de actos emanados de la administración de los particulares o de ambos destinados a establecer la configuración del presupuesto de hecho, la medida de lo imponible y el alcance de la obligación.

Al producirse la transferencia de un fondo de comercio, desaparece un contribuyente y aparece uno nuevo pudiendo el primero tener deudas con el fisco, deudas tanto determinadas como no determinadas.

1. Deudas determinadas

Las deudas determinadas, pueden revestir las siguientes características:

- ✚ Haber sido declaradas por el contribuyente (autodeterminación tributaria).
- ✚ Encontrarse en proceso de ejecución fiscal, ya sea que hayan sido:
 - Autodeterminadas por el contribuyente.
 - Determinadas de oficio por el Organismo Recaudador.

Mientras la determinación por parte del Fisco puede ser cuestionada por el contribuyente, el derecho de aquél se diferirá en el tiempo en cuanto a la recaudación del tributo compete, durante la sustanciación del debido proceso legal. La determinación debe haber quedado firme, sin posibilidad de recurso procesal alguno, a la fecha de la transferencia. Debe entenderse por dicha fecha a:

- 1) Fecha del contrato de transferencia.
- 2) Fecha de la transferencia.
- 3) Fecha de inicio de la actividad por parte del cesionario.
- 4) Fecha de publicación del respectivo edicto en el Boletín oficial.

5) Fecha de la inscripción de la transferencia en el Registro Público de Comercio.

La fecha a tenerse en cuenta frente a terceros no puede ser otra que la fecha de la inscripción de la transferencia en el Registro Público de Comercio. La deuda determinada con posterioridad a dicha fecha, pero por obligaciones fiscales devengadas hasta ese momento, deberá ser reclamada al cedente, único responsable. Aunque sin contar con patrimonio de respaldo, como consecuencia de la transferencia en cuestión.

El artículo 8º inciso d), estatuye que no es suficiente que exista deuda, sino que es menester que el contribuyente no hubiera cumplido la intimación administrativa de pago del tributo adeudado. Para que se configure el instituto de la solidaridad, es imprescindible que se cumplimenten los siguientes requisitos en forma conjunta:

- ✚ Que exista deuda determinada a la fecha de transferencia.
- ✚ Que exista intimación administrativa de pago respecto a dicha deuda.
- ✚ Que el contribuyente (vendedor) no haya cumplimentado la intimación en cuestión.

En caso contrario no existiría solidaridad alguna entre vendedor y adquirente. La responsabilidad por la deuda determinada recaerá exclusivamente en cabeza del enajenante, pudiendo formar parte de la negociación de la operación.

Si el cedente cumplimentó la intimación administrativa de pago, la solidaridad se extingue, no recayendo responsabilidad alguna en cabeza del cesionario o adquirente del fondo de comercio del cual se trate.

2. Deudas no determinadas

Podría definirse la deuda no determinada como la no declarada por el contribuyente y no detectada por la AFIP, aunque verificable por estar reflejada en las registraciones contables de la explotación.

La caducidad de la responsabilidad del adquirente, en lo concerniente a la deuda fiscal no determinada deberá operar:

A los tres meses de efectuada la transferencia, siempre y cuando con antelación de 15 días hábiles por imperio del artículo 4º de la ley procedimental, ésta hubiera sido denunciada a la AFIP. El plazo de los tres meses, deberá concluir el mismo día del tercer mes, por cuya causa, la deuda determinada con posterioridad a ese período deberá ser reclamada por la AFIP, al vendedor o cedente.

En cualquier momento la AFIP:

- ✚ Reconozca como suficiente la solvencia del cedente con relación al tributo que pudiera adeudarse. O:
- ✚ Acepte la garantía que el cedente ofrezca a ese efecto.

La caducidad se diferencia de la prescripción, por la circunstancia que una vez transcurrido el plazo fijado en la Ley, el acreedor pierde el derecho a reclamar el crédito del cual se trate.

B. Incumplimiento de la ley 11.867 ³²

La Dirección General Impositiva, a través de una jurisprudencia administrativa emanada de la ex Dirección de Asuntos Jurídicos del año 1964 se expidió al respecto del tratamiento fiscal aplicable en lo concerniente a la transmisión de un fondo de comercio, sin cumplimiento de los requisitos previstos en la 11.867, interpretó que dicho incumplimiento hace surgir la responsabilidad solidaria de ambas sociedades por el crédito fiscal.

Si no se han cumplimentado los requisitos pautados por la primera de las leyes citadas, puede el Fisco como acreedor de la enajenante, impugnar la validez de la operación y hacer efectivo su crédito contra los bienes de la deudora, como si no hubieran salido de su patrimonio, además existe responsabilidad solidaria entre ambas entidades como ya se señaló.

³² *Ibidem*, pág. 183.

c. Ley de impuesto al valor agregado ³³

El impuesto al valor agregado es un tributo sobre los consumos, plurifásico, de base financiera, en principio no acumulativo y que incide en la etapa final del circuito económico, calculado en función de la diferencia entre el débito y el crédito fiscal. Este gravamen se caracteriza por adoptar el principio de "país de destino", consistente en gravar las importaciones y eximir las exportaciones. Lo anteriormente expuesto es una simple mención de las características básicas del mencionado impuesto a fin de recordar su funcionamiento.

d. Enajenación de la llave de negocio ³⁴

Trataremos de analizar el tratamiento fiscal que corresponde aplicar en el impuesto al valor agregado a la llave de negocio, en los supuestos de transferencias de fondos de comercio. No se analizarán los demás elementos que integran los conceptos a transferir, por entender que cada uno de ellos merecerá el tratamiento fiscal previsto en la ley del impuesto al valor agregado, en cuanto compete al débito y crédito fiscal de los rubros tales como bienes de cambio, bienes de uso y demás activos que pueden constituir el patrimonio a enajenar o transferir. Nos referiremos al rubro llave, por haber sido éste el que origina mayor controversias en cuanto a su tratamiento fiscal.

La llave de negocios No es en sí misma un derecho, otorga derechos, sin perder su condición de intangible. Por ende, no encuadra en ninguna de las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos tales como el industrial, intelectual o comercial. No resulta aplicable a su transferencia lo estatuido por el último párrafo del artículo 3º de la ley del impuesto al valor agregado que determina que cuando se trate de locaciones o prestaciones gravadas, quedan comprendidos en el objeto del gravamen, los servicios conexos o relacionados con ellos y las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos de la propiedad intelectual, industrial o comercial, con exclusión de los derechos de autor de escritores y

³³ *Ibidem*, pág. 190.

³⁴ *Ibidem*, pág. 198.

músicos; tampoco está alcanzada por el artículo 10 que alude específicamente a la base imponible del tributo.

Por lo expuesto, el rubro llave es un ítem muy especial de la negociación de la cual se trate.

Expondremos la opinión del Organismo Recaudador, al respecto, el cual ha originado gran controversia en la doctrina. El mencionado organismo mediante respuesta a una consulta de fecha 14/04/1994 procede a informar que según se desprende del comentado último párrafo del artículo 3, la cesión de uso o goce de derechos de la propiedad intelectual, industrial o comercial, excluidos los derechos de autor de escritores y músicos, deviene sujeta al tributo cuando se efectúen en forma conexas con locaciones o prestaciones gravadas. Agrega que en cuanto a cesión del valor llave compete, y en concordancia con lo expuesto por ella, la transferencia de bienes inmateriales que no involucren una operación gravada, es decir considerada individualmente, está al margen del gravamen en cuestión. De lo antedicho se deduce que según interpretación del Organismo Recaudador, cuando sí involucre una operación gravada, el total resultaría alcanzado por el tributo.

E. Relación con las obligaciones de no hacer ³⁵

Es muy frecuente que al producirse una transferencia de fondos de comercio se imponga, en cabeza del enajenante, obligación de no competir con la contraparte, ya sea respecto a un determinado territorio, a una rama del negocio, y/o respecto a una determinada clientela con el fin de preservar el beneficio del adquirente, el valor del fondo de comercio adquirido.

Dichos acuerdos de no competencia representan verdaderas obligaciones de no hacer concretadas en una determinada inactividad.

El artículo 8º del decreto Reglamentario de la Ley del impuesto al valor agregado, solo se refiere a las obligaciones de hacer y/o a las obligaciones de dar, no incluyendo a las obligaciones de no hacer. El segundo párrafo del artículo 8º establece que no se encuentran comprendidas en lo dispuesto en el párrafo anterior

³⁵ *Ibidem*, pág. 205.

las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos, excepto cuando las mismas impliquen un servicio financiero o una concesión de explotación industrial o comercial, circunstancias que también determinarán la aplicación del impuesto sobre las prestaciones que las originan cuando estas últimas constituyan obligaciones de no hacer.

Podremos concluir que una prestación de no hacer no estará alcanzada por el gravamen y tampoco lo estará si resulta conexa a un servicio gravado ya que el último párrafo del artículo 3º se refiere a la conexidad de servicios gravados con transferencias o cesiones de uso de derechos.

F. Concesión de explotación comercial ³⁶

Del segundo párrafo del artículo 8º se desprende que cuando las prestaciones respectivas constituyan obligaciones de no hacer y tratándose de transferencias o cesiones del uso o goce de derechos que impliquen un servicio financiero o una concesión de explotación industrial o comercial, ello determinará la aplicación del impuesto. La consecuencia inmediata se traduce en una obligación de no hacer por parte del enajenante, prestación no gravada, pero que sí conlleva la pertinente imposición en los supuestos de transferencias o cesiones del uso o goce de derechos que sean abarcativas de aquella obligación.

G. Transferencia a título de gratuito de un fondo ³⁷

Si un responsable inscrito en el IVA destinara bienes, obras, locaciones y/o prestaciones de servicios gravados, para donaciones o entregas a título gratuito, cualquiera sea su concepto, deberá reintegrar en el período fiscal en que tal hecho ocurra, el crédito por impuesto que hubiere computado por bienes y/o servicios y/o locaciones, empleados en la obtención de los bienes, obras y/o locaciones y/o prestaciones de servicios en cuestión.

³⁶ *Ibíd.*, pág. 231.

³⁷ SCOLNI, Miguel, *op. cit.*, pág. 195.

Parte de la doctrina coincide en que los casos de cesiones a título gratuito, deberían tener el siguiente tratamiento fiscal:

- ✚ No gravar la operación en el IV A, por tratarse de una transferencia a título gratuito.
- ✚ No reintegrar el crédito fiscal alguno computado, al no ser aplicable la normativa prevista por la reglamentación de autos
- ✚ Transferir al cesionario los saldos a favor, tanto técnicos como de ingreso directo, que pudieran existir en cabeza del cedente

De no ser así se alcanzaría un doble efecto no deseado, a saber:

- ✚ Perjudicar al cedente por imperio del reintegro cuestionado.
- ✚ Perjudicar al cesionario por imposibilidad de cómputo de crédito fiscal alguno.

Es importante siempre tener en cuenta que la relación fisco contribuyente debe atenderse al criterio de la realidad económica y jurídica que debe siempre regir la relación fisco contribuyente.

H. Ley de impuestos a las ganancias

En la totalidad de los elementos enajenables en el supuesto de la transferencia de un fondo de comercio, tales como mercaderías, inversiones, bienes de uso, semovientes, intangibles, créditos, etc. Se trata de enajenaciones consignadas en la tercera categoría de rentas y alcanzadas por lo establecido en el artículo 2º punto 2) de la ley del tributo, por el cual se recepta el principio impositivo de la teoría del balance o del incremento patrimonial. En razón de enajenarse bienes a un tercero, deberá determinarse el resultado obtenido por cada uno de ellos y tributar sobre la diferencia según la naturaleza del sujeto pasivo del cual se trate.

I. Enajenación de acciones y participaciones ³⁸

Con anterioridad, los resultados provenientes de la enajenación de acciones por parte de las personas físicas y sucesiones indivisas se encontraban exentos del tributo, al igual que los relativos a la enajenación de participaciones sociales. Como consecuencia del decreto 493/01, se procede a gravar aquellos resultados que tengan por objeto, exclusivamente acciones que no coticen en bolsas o mercados de valores, cuando los sujetos sean residentes en el país. Los resultados que tengan por objeto acciones con cotización, continuarán exentos de la imposición. Complicando más la situación se establece por el mismo decreto una presión fiscal diferente respecto a las mentadas acciones que devienen gravadas, según se explicita a continuación:

- ✚ De poderse acreditar una permanencia en el patrimonio no inferior a 12 meses, los resultados gravados quedarán alcanzados por el impuesto hasta el límite del incremento de la obligación fiscal originado por la incorporación de tales rentas, que resulte de aplicar sobre éstas la alícuota del 15%
- ✚ En caso contrario, la imposición se determinará según la escala progresiva prevista por el artículo 90 de la Ley del tributo.

Era muy frecuente que con el fin evitar la imposición de la transferencia de un fondo de comercio, se recurriera a la enajenación de la totalidad de las acciones, por encontrarse éstas exentas de todo impuesto. Como maniobra alternativa muchísimo más rentable que la transferencia del fondo de comercio en cuestión.

J. Transferencia a título gratuito ³⁹

En los casos de transferencias de fondos de comercio a título gratuito, resultan aplicables los artículos 40 de la norma legal y 70 de su decreto reglamentario.

³⁸ *Ibíd.*, pág. 215.

³⁹ *Ibíd.*, pág. 198.

Por ende, en el caso de contribuyentes que recibieran bienes por herencia, legado o donación, se considerará como valor de adquisición el valor impositivo que tales bienes tuvieran para su antecesor a la fecha de ingreso al patrimonio de aquellos y como fecha de adquisición esta última. En caso de no poderse determinar el referido valor, se considerará como valor de adquisición el fijado para el pago de los impuestos que graven la transmisión de bienes o en su defecto al atribuible a la fecha de esta última transmisión.

En lo que al rubro bienes de cambio compete, en el artículo 57 de la Ley del gravamen, estipula que cuando el contribuyente retire para su uso particular o de su familia o destine mercaderías de su negocio a actividades cuyos resultados no están alcanzados por el impuesto, a los efectos del presente gravamen se considerará que tales actos se realizan al precio que se obtiene en operaciones onerosas con terceros.

En el caso específico de los bienes de cambio deberá tenerse en cuenta lo preinserto, por revestir la transferencia de un fondo de comercio a título gratuito, el carácter de una verdadera donación a personas o entidades que van a continuar con la explotación en cuestión, encontrándose gravadas con el tributo.

k. Tratamiento de la llave de negocio ⁴⁰

Se dispone que en los casos de enajenación de llaves, al igual que de marcas, patentes, derechos de concesión y otros activos similares la ganancia bruta se establecerá deduciendo del precio de venta el costo de adquisición, actualizado. El monto así obtenido se disminuirá en las amortizaciones que hubiere correspondido aplicar, calculadas sobre el valor de costo, por imperio de la propia norma legal, no será deducible la amortización de la llave, ni de las marcas ni activos similares. Sí serán deducibles las amortizaciones de bienes inmateriales que por sus características tengan un plazo de duración limitado, como patentes, concesiones y acciones similares, es decir que la titularidad de éstos comporte un derecho que se extingue por el transcurso del tiempo. En el caso de venta de bienes intangibles

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 231.

producidos por el vendedor, el costo computable estará dado por el importe de los gastos efectuados para su obtención, en tanto no hubieren sido deducidos impositivamente. Tales gastos se actualizarán de corresponder.

L. Impuestos de sellos

Para que un instrumento se encuentre sujeto al impuesto de sellos, debe reunir las siguientes condiciones:

- ✚ Debe estar destinado a producir efectos jurídicos, esto es, tener como finalidad inmediata crear, modificar, transferir, o extinguir derechos.
- ✚ Los elementos tipificantes del acto jurídico gravado deben hallarse reunidos anterior o concomitantemente con la instrumentación, por cuya razón el perfeccionamiento de los actos con posterioridad a su instrumentación no implica la gravabilidad de los elementos.
- ✚ Deben estar firmados por las partes, cuando la legislación aplicable así lo exija.

La enajenación de fondos de comercio se encuentra regulada en sus aspectos sustanciales y formales por la Ley 11.867, y es a estos contratos traslativos del conjunto de bienes y derechos, a los que apunta la norma fiscal. De no estar expresamente gravados bajo tal concepto, tales contratos igualmente quedarían sujetos al impuesto, ya que los mismos involucran compraventas de bienes muebles e inmuebles, así como también cesiones de derechos, actos individualmente sujetos a tributación.

La base imponible estará constituida por el precio total establecido por las partes debiendo señalarse que deberá discriminarse el precio asignado a los inmuebles, en razón de que en la mayor parte de las jurisdicciones la transferencia de estos bienes está gravada con una alícuota superior a la correspondiente a la transferencia de establecimientos comerciales e industriales.

En el caso de Mendoza la transferencia de inmuebles está gravada una alícuota del 2,5% según lo determina la Ley Impositiva Provincial N° 7.321. Es

importante recordar que el valor del tributo de sellos, es un gasto deducible en el impuesto a las ganancias.⁴¹

m. Impuestos a los ingresos brutos

El Código fiscal establece que cuando se produzca una transferencia de la actividad, hecho u objeto imponible, la autorización pertinente para el cese, solo se otorga si previamente se han pagado los tributos y accesorios que correspondan. También indica que en los casos de transferencias de dominio deberá cancelarse previamente la totalidad del tributo adeudado a esa fecha.

En cuanto a las obligaciones de los escribanos y oficinas públicas compete, se dispone que en los supuestos de transferencias de negocios o ceses de actividades, los notarios no deber otorgar escritura y ninguna oficina pública ha de realizar tramitación alguna sin exigir la presentación del comprobante correspondiente a la denuncia de tales actos o hechos.

La transferencia de un fondo de comercio implica, por parte del cedente, el cese de sus operaciones, debiendo presentar éste ante la Dirección General, la pertinente denuncia dentro del término de 15 días antes de producido el hecho. Si la denuncia no se produce en el plazo previsto, se presume, salvo en contrario, que el responsable continúa en el ejercicio de su actividad hasta un mes antes de la fecha en que se presente la denuncia en cuestión.

Al finalizar la actividad deberá satisfacer el impuesto correspondiente hasta la fecha de cese, previa presentación de la declaración jurada respectiva.

Es importante señalar que en los casos de transferencias de fondos de comercios no sólo se produce un cese de operaciones por parte del cedente, sino un inicio de éstas, por parte del cesionario, circunstancia que origina para este último la previa inscripción en el tributo con su respectiva presentación de una declaración jurada y la consecuente obligación de abonar dentro de los 15 días el importe que

⁴¹ MENDOZA, Ley 7.321.

determina la ley tarifaria. El importe ingresado al producirse la inscripción se podrá computar como pago a cuenta del primer anticipo mensual.

CAPÍTULO IX

VALORACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO

El fondo de comercio forma parte del conjunto de activos intangibles de la empresa, siéndole de aplicación los principios contables utilizados en los demás activos permanentes, esto es, capitalización primero como activo y amortización después a lo largo de los períodos que resulten beneficiados por esas inversiones. Esto es así, pero con la peculiaridad de que el fondo de comercio sólo se registra cuando se adquiere una empresa, puesto que este elemento forma parte del valor de una organización en marcha, careciendo de sentido su separación del conjunto de la entidad. Y con otra diferencia, y es que el fondo de comercio puede no tener relación con los gastos en que se incurre para obtenerlo; más aún, el fondo de comercio puede existir sin que se hayan producido gastos específicos para crearlo. Por tanto, en su determinación, pueden darse grandes dosis de subjetividad y de distorsión de la realidad.

A. Criterios de valoración ⁴²

Los criterios de valoración del fondo de comercio aplicables en la práctica no dan una respuesta al problema contable del importe por el que ha de hacerse su registro, dado que la valoración última quedará condicionada a los resultados de las negociaciones de compra.

No obstante, nos podemos preguntar, ¿cómo debería actuarse en contabilidad para conocer el precio de transacción de ese activo? Un procedimiento lógico consistiría, primero en identificar los atributos que componen el FC para luego intentar valorarlos por separado, pero ¿cómo valoras el crédito de la compañía ante

terceros, o un equipo de administración especialmente eficaz o cualquier otra cualidad de la empresa que permite el buen funcionamiento de la organización?, sería probablemente difícil de llevar adelante, dado que la mayoría de las cualidades cubrirían aspectos que no tienen una equivalencia inmediata e independiente en términos monetarios.

Por estas dificultades, los métodos para valorar el FC se centran en dos enfoques más realistas, concretados en las contribuciones que su sola tenencia aporta al patrimonio de la entidad.

B. Enfoques ⁴³

1. Primer enfoque

El Fondo de Comercio representa recursos intangibles atribuibles a la potencialidad de la compañía, en aspectos técnicos y del conocimiento que no pueden valorarse por separado.

2. Segundo enfoque

El Fondo de Comercio representa beneficios superiores a los resultados obtenidos normalmente en el sector.

Los métodos aplicables de acuerdo con el primer enfoque suponen, que todo exceso del coste de adquisición sobre la participación del adquirente en el valor razonable de los activos y pasivos identificables de la empresa adquirida, en la fecha de compraventa, debe ser calificado como un fondo de comercio y reconocido como un activo en los estados financieros de la empresa adquirente. Este es el método recomendado por la NIC-22.

En sintonía con la norma internacional, la valoración del FC vendrá determinada por *"la diferencia entre el importe satisfecho en la adquisición de una empresa, o parte de la misma, y la suma de los valores identificables de los activos individuales adquiridos menos los pasivos asumidos en la adquisición. El valor de*

⁴² SCOLNI, Miguel, **op. cit.**, pág. 238.

⁴³ **Ibidem**, pág. 240.

mercado de los activos, de acuerdo con las normas de valoración del PGC, será el límite máximo a considerar para su valoración" (Resolución ICAC, 21-1-92, SA).

En cuanto al segundo enfoque, se trataría de determinar las ganancias superiores a la media del sector que en su actividad normal la compañía podría obtener y descontar éstas a una tasa de rendimiento de mercado, con el fin de determinar el valor actual. El importe obtenido como diferencia entre el precio de adquisición de la empresa y los beneficios esperados descontados a la tasa media de rendimiento obtenido en el sector, sería el valor del Fondo de Comercio de la entidad.

Así, de acuerdo al método de valor capital de una inversión, ésta será igual al valor actualizado de los beneficios esperados.

Lo más normal en la práctica será determinar el fondo de comercio en función de los beneficios esperados y posteriormente, el importe así obtenido, servir como base de negociación para estimar los recursos intangibles no expresados en balance que en definitiva se van a transferir en el conjunto de la empresa.

Conclusiones

A lo largo de este trabajo se puede concluir que la finalidad del legislador al crear la ley 11.867 fue poner límites y crear obligaciones al realizar la transmisión de establecimientos comerciales e industriales, debido que no existía un control ni una regulación para este tipo de operación mercantil. A pesar de ello, la ley tiene baches, por lo que en tales casos se debe acudir a la legislación de fondo.

Si bien la ley no abarca todo, es importante destacar que tiene en cuenta el no perjuicio a los acreedores, cosa importante ya que, si el vendedor realiza la transferencia por su propia iniciativa y conveniencia, esto no perjudicará a los primeros, que nada habían tenido que ver con la decisión tomada por el dueño.

Una cosa a tener en cuenta para el adquirente es la valoración del mismo, ya que no falta mucho tiempo para que ésta se efectúe bajo las normas internacionales de contabilidad, aspecto a tener en cuenta debido a la globalización actual.

Bibliografía

- ALTERINI, Atilio A., **Derecho privado, Parte General** (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997), 428 pág.
- ARGENTINA, CÁMARA NACIONAL DEL TRABAJO, **Plenario 289**, 14 pág
- ARGENTINA, CÁMARA NACIONAL DEL TRABAJO, **Sala III, Alanis, Juan Carlos C/Frenos Varda SA y Otros** [03/03/1999-BD 8-T 02757], en *Trabajo. Previsión Social. Jurisprudencia*, Tomo III (Buenos Aires, Errepar, 1998).
- ARGENTINA, **Ley 11.867**.
- ARGENTINA, **Ley 20.744 de Contrato de Trabajo**.
- DIAZ SIEIRO, Horacio D., VELJANOVICH, Rodolfo Diego y BERGROTH, Leonardo, **Procedimiento tributario, Ley n° 11.683**, 2ª edic. (Buenos Aires, Macchi, 1993), 841 pág.
- FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., **Manual Práctico de Contratación Comercial**, t. II (Buenos Aires, Errepar, 1996), 695 pág.
- FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, **Ley de contrato de Trabajo comentada**, 2ª edic. (Buenos Aires, 1978), 764 pág.
- FONTANARROSA, Rodolfo, **Derecho Comercial Argentino** (Buenos Aires, Zavalía, 1956), 459 pág.
- GARRONE, José Alberto, **Manual de derecho comercial** (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997), 581 pág.
- GUTIÉRREZ ZALDIVAR, Alfonso, **Algunos problemas que plantean las transferencias de Fondos de Comercio** (Buenos Aires, La Ley, 2001), 345 pág.
- HALPERIN, Isaac, **Anales de Legislación Argentina. Complemento años 1920-1940** (Buenos Aires, La Ley, 1953), 107 pág.
- MARTÍNEZ, Francisco, **Estudios de Derecho Fiscal** (Buenos Aires, Contabilidad Moderna, 1973), 341 pág.
- MENDOZA, **Ley 7.321**.
- NUÑEZ, Eduardo y FRANZONE, María Elena, **Transferencia de Fondo de Comercio. Aspectos societarios, laborales e impositivos** (Buenos Aires, Errepar, 2002), 299 pág.
- RIPERT, George, **Derecho Comercial**, t. I (Buenos Aires, 1954), 619 pág.
- ROMERO, José Ignacio, **Manual de derecho comercial. Parte general** (Buenos Aires, De Palma, 1996), 434 pág.
- SCOLNI, Miguel, **Transmisión de establecimientos comerciales e industriales** (Buenos Aires, Plus Ultra, 1955), 243 pág.
- VITOLLO, Daniel Roque, **Contratos Comerciales. Parte especial** (Buenos Aires, Alfa Beta, 1993), 878 pág.
- ZUNINO, Jorge, **Fondo de Comercio** (Buenos Aires, Astrea, 2000), 493 pág.