

## CAPÍTULO XII

### FONDOS O ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO

**SUMARIO:** **1.-Concepto. Noción, Generalidades. Características.** Designaciones; terminología. Diferencia entre empresa y hacienda comercial. **2.- Naturaleza jurídica: principales teorías: mero conjunto de cosas; universalidad de hecho; universalidad de derecho; persona moral.** **3.- Elementos que integran la casa de comercio:** a) elementos corporales; b) elementos incorporales. Nombre comercial. Firma. Firma individual. Firma de la mujer comerciante. Firma social. Nombre del fondo de comercio. Régimen legal del nombre comercial. Emblema. Siglas. La enseña. Dibujos y modelos industriales. Menciones honoríficas. **4.- La llave o *avviamento* italiano. Concepto.** Valor llave, la clientela como el derecho del adquirente, la interdicción de concurrencia. Derecho al local. **5.-La transferencia de los establecimientos comerciales.** Formas. Requisitos. Derecho de oposición. Procedimientos. Declaración a ser entregada al adquirente. Derecho de oposición. Retención del importe de la transferencia. Su depósito y embargo. Precio mínimo de la transferencia. Transferencia en remate público. Omisiones o transgresiones a la ley. **6.- Transmisión por separado de los elementos del fondo.** Locación o alquiler. **7.- ¿La transferencia del establecimiento es un acto de comercio?**

#### 1.-Concepto. Noción, Generalidades

Buscando el nacimiento de la figura del fondo de comercio, encontramos en Francia, el primer conjunto de elementos que integra la explotación de un comercio, llamado *FOND DE BOUTIQUE*, que respondía solo a un conjunto de mercaderías. Y recién a fines del siglo XVIII, una resolución del tribunal francés de Bezançon impide que se califique como inmueble el *fond de boutique*, decidiendo que los objetos mobiliarios no pueden ser cambiados de naturaleza por ninguna disposición. Seguidamente los tribunales del Sena y de París incluyen en 1901 la “clientela” y la “confianza pública” dentro de la propiedad moral<sup>1</sup>.

Carnelutti, siguiendo muy de cerca la definición del Código Italiano, da un concepto empírico de casa de comercio cuando dice que es “el conjunto de las cosas que sirven al comerciante para ejercer su comercio”<sup>2</sup>

Con las referencias históricas mencionadas, podemos ya encontrar algunos elementos materiales o inmateriales que toman identidad al formar parte del fondo de comercio, concepto este último que posteriormente se ha fijado en la Ley Argentina 11867, siguiendo el modelo francés, en su Art. 1º: “*Declárense 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 privada*”.

<sup>1</sup> Ripa Alberdi, Vicente, Transmisión de establecimientos comerciales, p. 9 y ss, citado por Zunino, Jorge O., Fondo de Comercio, edit Astrea, Buenos Aires, p. 2.

<sup>2</sup> Escobar, Jorge H, ob. Cit. p. 268

Este primer artículo de la Ley Argentina citada, fue recogido sin mayores modificaciones por nuestros legisladores al promulgar la Ley 1034/83 del comerciante, en el título V, De la transferencia de los establecimientos comerciales, Art. 112<sup>3</sup>, salvo que dejan la denominación de fondo de comercio y conservan únicamente la de establecimientos comerciales, sin que esto afecte el concepto.

Nuestra legislación se aboca a establecer las normas aplicables para la transferencia del establecimiento comercial, pero no lo identifica ni nomina, solo menciona los elementos que pueden constituirlo.

Es explicable, en vista de que la presencia de dicho conjunto se manifiesta más palpablemente, por lo menos en el ámbito jurídico, con motivo de su transferencia. Precisamente, el problema de la transmisión por cualquier título de una determinada explotación comercial, abre los ojos del legislador a una avasallante realidad: en primer lugar, se presenta ante él un conjunto heterogéneo de bienes materiales e inmateriales que, conservando su propia identidad y, en muchos casos, su propio régimen de protección legal, constituyen sin embargo una unidad o conjunto relativamente independiente de los demás bienes del titular, siendo por tanto susceptibles de ser transferidos en bloque<sup>4</sup>.

La universalidad, si bien reconoce su unidad en la consecución de determinados fines – para nuestro caso, económicos - lo es por voluntad del titular, cuya actividad se objetiva en ella, otorgándole un valor que, dependiendo de la mayor o menor aptitud del fondo así concebido para producir beneficios económicos, lo valorizará por encima del monto venal de los elementos que lo componen.

Así, la transferencia de ese conjunto de elementos organizados conlleva la posibilidad de negociar o poner precio a aquella “cualidad” producto de la organización (prestigio, clientela, ubicación, etc.). Es precisamente dicha transferencia y sus implicancias el factor determinante de la irrupción del fondo de comercio en la legislación positiva<sup>5</sup>

### **Características**

A pesar de que la gran mayoría de los autores no identifican las características del fondo de comercio de forma específica, creemos importante recoger la exposición realizada por el Prof. Jorge H. Escobar, siguiendo la doctrina prevaleciente, y para un mejor entendimiento:

- Es un bien de carácter mueble, a pesar de que pueda contener inmuebles, en vista de que lo define es su conjunto, la unidad en sí<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Ley 1034 TÍTULO V De la transferencia de los establecimientos comerciales

Art. 112. – “Son elementos constitutivos de un establecimiento comercial, las instalaciones, existencias de mercaderías, nombre y enseña comercial, derecho al local, patentes de invención, marcas de productos y servicios, dibujos y modelos industriales, menciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial o industrial”.

<sup>4</sup> Zunino, Jorge O., ob. Cit., p 3.

<sup>5</sup> Zunino, Jorge O., Fondo de Comercio, obra citada, p 3.-

<sup>6</sup> Escobar, Jorge H., ob cit, p. 269, nota al pie (4) menciona a Garo quien menciona la siguiente consecuencia, argumentando que el fondo de comercio puede darse en prenda pero no en hipoteca.

- Es un bien incorporeal, es decir que no obstante que algunos de sus elementos integrantes sean bienes corporales (mercadería, maquinarias, etc...), lo definido del fondo es el conjunto unitario, conjunto que en sí constituye un objeto inmaterial (Art.2312 Código de Vélez Sársfield). Reafirmandose la idea de que el fondo es principalmente la organización de sus elementos, antes que estos.

-Es un cuerpo cierto – no fungible, a pesar de que sus elementos sí lo sean.

### **Designaciones. Terminología.**

Para la designación de fondo de comercio no existe uniformidad entre los autores, sean nacionales o extranjeros. Algunos, por ejemplo, identifican hacienda comercial con empresa, terminología inaceptable para nuestro concepto de empresa, sumado al hecho de la multiplicidad de idiomas (italiano, francés, etc), y el ausentismo de nuestra regulación (Ley 1034) resulta imposible lograr unidad de criterios sobre este punto.

Casa de comercio, fondo de comercio, establecimiento, hacienda comercial, explotación comercial, business, son otras de las designaciones más utilizadas.

### **Diferencia entre empresa y hacienda comercial**

Los autores italianos definen de la misma forma tanto la empresa como la hacienda comercial: “*Un conjunto de medios e instrumentos personales y reales, organizados por una persona física ideal, para el ejercicio de una actividad económica productora*”<sup>7</sup>.

Otros autores intentan establecer una diferencia conceptual partiendo de que son aspectos diferentes del mismo fenómeno, dinámico (actividad de la empresa) y estático (conjunto de bienes de la hacienda).

Siguiendo la opinión del Prof. Jorge H. Escobar, para nosotros la empresa es un modo especial de actividad del empresario mientras que hacienda es el instrumento de que se vale el empresario para esta actividad.

## **2.- Naturaleza jurídica**

El fondo de comercio es un fenómeno que ha nacido de la creatividad de los comerciantes en su actuar racional hacia el lucro o beneficio y la optimización de los elementos con los cuales cuentan. La ley lo protege dentro de la sociedad comercial dándole de esta forma un valor adicional a la mera sumatoria del valor de sus elementos y le da realidad o existencia protegiendo a los terceros acreedores.

La unidad que constituye este complejo de bienes, organizado, no puede negarse, en vista de que tiene un nombre o denominación que lo individualiza como ente autónomo.

Nuestra Ley 1034 reconoce su existencia al regular su transferencia, encontrándose en otras legislaciones la regulación de la locación y prenda.

Fiscalmente, el Estado le da una individualidad bien definida a los efectos de tributar sobre sus actividades.

---

<sup>7</sup> Satanowsky Vide, Marcos, Tratado. de Derecho Comercial III, p. 29, citado por Jorge H. Escobar, ob. Cit. p. 270.-

La ley protege a las casas de comercio o fondo de comercio de la competencia desleal, considerándola una unidad y organización bien definida.

El cambio de los elementos que constituyen el fondo, no afecta su existencia y su individualidad, con su fisionomía característica<sup>8</sup>.

Concluyendo, la ley protege tanto los elementos que constituyen el fondo de comercio, individualmente, como lo hace con la individualidad que representa el conjunto de estos elementos.

### **Principales Teorías**

Las principales teorías que intentan precisar la naturaleza jurídica del fondo de comercio, son las siguientes:

#### **a) mero conjunto de cosas:**

Esta teoría ya no tiene muchos seguidores, a partir del momento en que no reconoce una individualidad propia a este conjunto de cosas o elementos que la constituyen.

Esta teoría no adelanta ni desarrolla la figura del fondo de comercio, ni lo ayuda a una mayor utilidad para el comercio ya que ignora su realidad que es la intención de los comerciantes.

#### **b) universalidad de hecho;**

#### **c) universalidad de derecho;**

#### **d) persona moral.**

Elementos que integran la casa de comercio: a) elementos corporales; b) elementos incorporeales. Nombre comercial. Firma. Firma individual. Firma de la mujer comerciante. Firma social. Nombre del fondo de comercio.

### **Régimen legal del nombre comercial**

#### **Emblema. Siglas**

Generalmente se constituye el emblema con la abreviación o las iniciales del nombre comercial, y a veces se conforma con una o dos letras, con alguna ortografía distintiva, como por ejemplo WB (Warner Bros), ANDE (Administración Nacional de Electricidad), U (Unilever), S (Cadena hotelera "Sheraton"), BD (Cadena de estaciones de servicios). Emblema y sigla son sinónimos, solo que en el ambiente comercial se acostumbra usar el primero y en el ambiente societario el segundo.

#### **La enseña**

---

<sup>8</sup> Escobar, Jorge H., ob. Cit. p. 271.

En sus orígenes la enseña era el antiguo “Signum tabernae”, que era una figura representativa del tabernero, y la “oculifería” de exhibición destinado a llamar la atención del público; de ahí que se conceptúe la enseña como el signo distintivo del local que al ser colocado comúnmente en el frente, por medio de carteles o papelería por ejemplo, lo distingue y lo diferencia<sup>9</sup>.

La enseña puede representar el nombre comercial o representarse por medio de símbolos, figuras, combinaciones, etc.; en algunas oportunidades se confunde con el nombre comercial y en otras lo complementa, siendo un elemento distintivo del establecimiento de comercio.

### **Dibujos y modelos industriales**

Como hemos resaltado al inicio del presente capítulo, nuestra Ley 1034 del Comerciante no define el fondo de comercio o establecimiento comercial, Pero en el Art.112 sí incluye los dibujos y modelos industriales como algunos de sus elementos, y estos forman parte de su transferencia, si no existiere pacto en contrario.

Por dibujo se entiende toda figura o combinación de formas, líneas y colores, de creación propia, utilizada por el comerciante para distinguir sus productos<sup>10</sup>. La diferencia entre dibujo y modelo, que ejercen la misma función y son de la misma naturaleza, radica en que el primero es una figura plana, mientras que el segundo es en relieve.

Indudablemente los dibujos o modelos que en sí no agregan utilidad al objeto, sino que lo transforman en su aspecto, obtiene a real importancia en un mundo donde las formas y la decoración participan notablemente como factores determinantes en la elección realizada por la clientela<sup>11</sup>.

### **Menciones honoríficas**

Las distinciones o menciones honoríficas forman parte del establecimiento o fondo de comercio y generalmente no significan nada separado de sus demás elementos. Por lo tanto, la doctrina o criterio dominante, da derecho al adquirente sobre estas menciones a menos que exista un pacto o una cláusula expresa en el contrato que establezca lo contrario.

Algunos autores, como Jorge O. Zunino, hacen la diferencia entre las menciones honoríficas que hayan sido otorgadas al establecimiento como tal o sus productos, y no a su titular en forma personal halagando su cualidades de vendedor, por ejemplo.

### **4.-La llave o *avviamento* italiano. Concepto**

Siendo comúnmente confundido el concepto de llave al derecho de apertura de un local, o derecho al contrato de alquiler, con el término *avviamento*, facilitamos su correcto entendimiento. La traducción de la palabra italiana *avviamento* en el idioma español es *avenencia*<sup>12</sup>. Es decir que la llave o *avviamento* no es la mera reunión de los elementos mencionados en el Art.112 de nuestra Ley del Comerciante 1034, sino que corresponde a la

<sup>9</sup> Zabaá Rodríguez, C. J. Derecho de La Empresa, p. 268.

<sup>10</sup> Escobar, Jorge H, obra citada, pag.284.=

<sup>11</sup> Zunino, Jorge O, obra citada, pag.157.-

organización de estos elementos, realizada por el titular del establecimiento de comercio, hacia un fin común que es la producción de una utilidad. Existe una organización o planificación propia del titular, que da un resultado que es representado por la llave.

Joaquín R. Rodríguez dice que es el producto de la inteligencia humana aplicada a hacer que de un conjunto heterogéneo de elementos dispares (citado en nuestra Ley 1034 Art.112) resulte una combinación apta para la obtención del fin deseado, que es un resultado económico<sup>13</sup>.

El Prof. Jorge H. Escobar cita al italiano Mario Rotondi, al mencionar que este último enseñaba: “*En cada hacienda hay un avviamento derivado de la organización misma de los factores de la producción, dentro de la unidad de la hacienda.....*”. Por lo tanto, de esta organización o adaptación y organización de los elementos del fondo de comercio conjugado a las cualidades comerciales personales del titular adviene la llave y su valor.

La llave es la aptitud de un establecimiento comercial para producir beneficios económicos. Con una sencilla referencia aquel empresario que, sabedor de las bondades de su negocio en orden al rédito producido, no está dispuesto a desprenderse de él a menos que se le abone un sobre-precio que justifique en parte tal decisión<sup>14</sup>.

La llave no es un elemento del fondo de comercio, sino que es el resultado del funcionamiento de sus elementos en conjunto, bajo la dirección de su titular. Y Rotondi agrega: “El avviamento puede ser objetivo (real) y subjetivo (personal). El avviamento objetivo es la cualidad derivada de los elementos singulares de la hacienda, de su organización y actividad; subjetivo el proveniente de las cualidades subjetivas personales del titular<sup>15</sup>”.

Podemos ejemplificar estas dos cualidades, subjetiva y objetiva, de la llave, diciendo que la primera depende del intelecto, experiencia y genio comercial del titular aplicada en forma constante sobre los elementos del establecimiento, en el día a día de su explotación, como planes de producción, campañas de publicidad, posibilidades crediticias, etc.; mientras que la segunda cualidad, objetiva, depende de las virtudes de cada elemento organizados entre sí para llegar al resultado económico perseguido o anhelado, tales como nombre o marca prestigiosa, ubicación privilegiada, etc.

Es de advertir que algunos autores dividen las cualidades de los elementos del establecimiento y los del titular, haciendo sub divisiones con el fin de identificar las cualidades personales del titular, que no son transmisibles tales como el buen trato, la amabilidad y habilidad comercial, simpatía, etc.

### **Valor llave y la clientela**

---

<sup>12</sup> Según el diccionario de la Real Academia, el verbo advenir significa: Dicho de dos o más cosas: Hallarse en armonía o conformidad. Concordar, ajustar las partes discordes.

<sup>13</sup> Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Derecho mercantil, t.I., p.414, citado por el Prof. Jorge H. Escobar, Derecho Comercial, Editorial La Ley Paraguaya, p. 285

<sup>14</sup> Zunino, Jorge O, ob. Cit. p. 204.

<sup>15</sup> Escobar, Jorge H., ob. cit. p. 286.

El valor comercial de la llave está directamente relacionado a las cualidades mencionadas más arriba, ya que de ellas depende para la atracción y formación de la clientela, otorgando al establecimiento esa posibilidad de superganancias o superutilidades que se ha denominado *valor llave*. Sigue el Prof. argentino Jorge O. Zunino diciendo con mucho acierto: “Clientela y valor llave tienen en nuestro medio especial significación como eje sobre el que gira el mecanismo de la preceptiva especial en lo que son sus principales finalidades: a) la protección a los terceros acreedores; y b) la integridad del fondo en manos del adquirente”. Fernández los encuadra como elementos funcionales o dinámicos, que demuestran claramente el error de considerar el fondo de comercio como un mero estático conjunto de cosas y derecho<sup>16</sup>.

La clientela – recalca Garrigues- es un valor económico y una noción jurídica. Pero no existe un derecho a la clientela, porque esta no es una cosa susceptible de dominación jurídica.

Para mayor ilustración, Zunino enumera los elementos que una Convención de Graduados en Ciencias Económicas ha tenido en cuenta para valorar la llave de un establecimiento comercial: a) una clientela hecha, que es consecuenta o adicta en razón de la naturaleza, calidad, utilidad, precio y marca de los productos que adquiere o de los servicios o tratos recibidos; b) la existencia de un mercado fijo y de estimación inmediata; c) una serie de años con beneficios superiores a los comunes en este tipo de actividad y la confianza que ellos continuarán en el futuro; d) el prestigio comercial de una marca de comercio, de una patente de invención o de una fórmula industrial secreta, sin perjuicio de que estos elementos sean motivo, en casos especiales, de valuaciones separadas; e) inteligencia de un plan de propaganda y publicidad ya desarrollado y en el cual se han hecho inversiones de consideración; f) la ubicación del local de negocio, y la existencia de un contrato de locación por vender, en la posibilidad o no de ser renovado; g) la competencia de la dirección o la capacidad personal de quien conduce el negocio y con cuya iniciativa individual ha establecido condiciones especiales para la obtención de resultados ventajosos que no estén basados necesariamente en privilegios oficiales; h) la adecuada organización existente en una empresa<sup>17</sup>.

Demostrado anteriormente que la ley, tanto de nuestro vecino país como la nuestra, no se ha empeñado en definir el fondo o establecimiento de comercio sino su transferencia, luego de estudiar la llave, su valor y la clientela, la gran mayoría de los autores argentinos siguen a Fernández, quien define acertadamente el fondo de comercio como: “*Un conjunto de fuerzas productivas, derechos y cosas que tanto interior como exteriormente se presenta como un organismo con perfecta unidad por los fines a que atiende, que no son otros que la obtención de beneficios económicos en el orden comercial e industrial*”<sup>18</sup>.

### **La clientela como el derecho del adquirente y la interdicción de concurrencia**

Nos parece importante seguir el análisis hecho por el Prof. Zunino y mencionar no solo como elemento del establecimiento comercial a la clientela, y los derechos del adquirente

<sup>16</sup> Fernández, R. L., Código de Comercio, t. UU, p.24.-

<sup>17</sup> Zunino, Jorge O, obra citada pag.205.-

<sup>18</sup> Fernández, R. L., Código de Comercio, t. UU, p.24., citado por Zunino, ob. Cit., pag.8.

sobre la misma, sino también la interdicción de concurrencia que pesa sobre el vendedor del negocio.

Siendo la clientela un elemento del establecimiento comercial comprendido dentro del valor de la llave, su transferencia o venta incluye por parte del vendedor la prohibición de concurrir o competir con el adquirente sobre la misma clientela. Para mejor ejemplificación, al incluir la transferencia un deber de respeto a las cualidades del establecimiento vendido e interdicción de competir, el vendedor no puede realizar ninguna actividad comercial que pueda confundir o distraer la clientela en relación a la atracción o interés comercial ofrecido por dicho establecimiento transferido, conducta que sería calificada de competencia desleal. Inclusive el Código Italiano, a través de su Art. 2557, prohíbe expresamente al vendedor de un establecimiento reestablecerse por un lapso de cinco años, en la cercanía del bien vendido, explotando los elementos comprendidos en la transmisión.

Siguiendo la jurisprudencia argentina, al vendedor le está prohibido: integrar sociedades, trabajar como empleado, dependiente, viajante, agente, o simplemente colaborar con terceros que exploten negocios similares al enajenado, dentro de la zona para el interdicta, o cuando debido a estas circunstancias y de la forma en que actúe, ejerza sobre la clientela que ha transmitido la concurrencia indebida que se pretende evitar<sup>19</sup>.

Aclaremos que esta prohibición de concurrencia alcanza también a la clientela futura que se tenía como objetivo captar desde el establecimiento comercial y con las cualidades que contenía el mismo al momento de la venta.

### **Derecho al local**

El inmueble donde funciona el establecimiento comercial no es considerado elemento del mismo, de tal manera que no puede suponerse transferido con el establecimiento. Mencionar derecho al local es únicamente en relación al derecho que tiene el adquirente del establecimiento comercial a que el vendedor le dé en locación el inmueble donde gira, o en su caso, que le transfiera el contrato que debe permitir dicha cesión. Aclarando los autores argentinos, que se consideraría abusiva una rescisión por parte del locador (peor aún si fuese el vendedor), si no permitiera esta cesión, siempre y cuando se realice en igualdad de condiciones (especialmente en relación a las garantías de cumplimiento).

Siguiendo la doctrina unánime de que el derecho al local forma parte de los elementos incorporales del establecimiento comercial y la transferencia del mismo incluye necesariamente el contrato de arrendamiento, que tiene una influencia directa sobre el valor de la llave y la clientela.

### **5.- La transferencia de los establecimientos comerciales. Forma**

Si bien, como lo hemos mencionado más arriba, nuestra Ley 1034 no da un concepto claro del fondo de comercio o establecimiento comercial, así como tampoco nomina un contrato de transferencia del mismo, sí establece la forma de transferencia con el fin principal de

---

<sup>19</sup> CN Paz, Sla II, 4/3/45, GP, 61-181, Fernández, R. L., La obligación de no restablecimiento del vendedor de un fondo de comercio, LL, 52-297, Fernández, R. L., Código de Comercio, T. II, p. 83. citado por Zunino, Jorge O, ob. cit. p.189.

proteger los derechos de terceros y del Estado que no forman parte de la negociación. La forma se encuentra regulada por el Art. 113 de la citada ley, pudiéndose realizar por acto o contrato privado o en remate público, lo que no impide que sea realizado ante escribano a fin de dar fecha cierta al acto, en papel común o sobre protocolo notarial. Pero no incluye las consecuencias del incumplimiento del procedimiento para las partes.

### **Requisitos.**

El principal requisito para la transferencia, según el Art.113 de la mencionada ley, citado más abajo, es cumplir con la publicación del acto, a fin de dar publicidad del mismo a terceros, sean acreedores, deudores o simplemente contratantes (contratos de seguro, alquiler, etc...) que se puedan ver afectados por el acto de la transferencia de este bien o parte de él. En cuanto a la forma, puede ser por acto privado pero deduciendo del mismo artículo in fine, ante escribano, o a través de un rematador público. Cumpliendo también con la inscripción de la transferencia en los registros públicos para tener efecto contra terceros (Art.118).

**PUBLICACIÓN (Art. 113).** - Toda transferencia de un establecimiento comercial por acto privado o en remate público, deberá ser anunciada con veinte días de anticipación en dos diarios de gran circulación por cinco veces alternadas durante diez días. Las publicaciones indicarán la denominación, clase, ubicación del establecimiento, nombre y domicilio del vendedor y del comprador, y los del rematador o del escribano, en su caso.

Seguidamente, y una vez realizada la publicación arriba indicada, de conformidad al Art. 114: “El enajenante entregará al adquirente, en todos los casos, una declaración que contenga los créditos y las deudas, con especificación del nombre y domicilio de los acreedores y deudores, monto de los créditos y deudas y fecha de vencimiento de los mismos”.

### **Derecho de oposición. Procedimientos**

Los acreedores del fondo de comercio tienen un derecho de oposición para impedir la transferencia de este, que debe hacerse efectivo dentro de los diez días de realizada la última publicación. Siendo la intención de los legisladores dar transparencia al acto, y cuidar los derechos de terceros acreedores, creemos que el derecho de oposición debe ser extensivo a los terceros que, sin ser acreedores, puedan llegar a serlo, manteniendo algún contrato sea comercial o civil con dicho fondo, y cuya transferencia afecte la situación o condiciones pre-existentes a la transferencia.

En caso de presentarse un acreedor a hacer uso del derecho de oposición a la transferencia, el adquirente o vendedor podrá depositar el monto de crédito y sus accesorios a favor del acreedor. Aclarando que tratándose de una cesión de deuda, el crédito no necesita estar vencido, y la sola oposición o requerimiento de pago por parte del acreedor es suficiente, sin necesidad de estar fundada por este último.

En caso de que un acreedor no se presente a oponerse a la transferencia, se dará por aceptada tácitamente la cesión de su crédito perdiendo toda acción contra el enajenante, salvo que el mismo no haya incluido dicho crédito dentro del informe entregado al adquirente.

### **Depósito del monto de los créditos opuestos y embargo**

Según el Art.116 de nuestra ley, a partir del depósito del monto del crédito reclamado, con sus accesorios, el acreedor tiene veinte días a contar desde el último día del plazo de oposición (diez días desde la última publicación) para solicitar el embargo de la suma depositada. Dicha suma debe satisfacer el monto reclamado por el acreedor, para que la transferencia sea posible. En caso de que el acreedor no retire el dinero o no accione contra estos fondos dentro del plazo mencionado, el depositante tiene derecho en retirar nuevamente el monto depositado.

De esta forma, la Ley 1034 posibilita al propietario de un fondo de comercio, transferir el mismo, agilizando la liquidación de su pasivo, inclusive con la presentación de una oposición por parte de un acreedor, inclusive satisfaciéndolo anticipadamente.

## **CRÉDITO CUESTIONADO**

Asimismo, a fin de evitar la presión indebida de algún acreedor para impedir la transferencia de un fondo de comercio, o abusar de su condición (oportunismo), las partes intervinientes en la transferencia pueden cuestionar el crédito reclamado, siempre y cuando realicen el depósito pertinente para garantizar el pago, y de esta manera realizar la transferencia. En caso de existir tal cuestionamiento, el enajenante o depositante puede pedir al juez una autorización para retirar la parte del precio de la transferencia correspondiente al crédito de que se trate, ofreciendo una caución suficiente para responder por él. (Art.117).

Si bien la ley no precisa el procedimiento a seguir para los depósitos de acreencias opuestas, en caso de que la transferencia tenga lugar por acto privado, es decir ante escribano, los mismos deberán ser realizados ante el mismo, y en caso de remate público, en la cuenta judicial a ser abierta a dicho efecto por el juez ordenante.

### **Importe de la transferencia**

Claramente, el Art. 119 de la ley mencionada prohíbe la transferencia por acto privado de un establecimiento comercial o industrial por un precio inferior a la suma del pasivo declarado, más el importe de las demás deudas no declaradas cuyos acreedores hubieren hecho oposición, salvo el caso de conformidad de los interesados. En cuanto a esta conformidad, si bien el artículo no lo especifica, creo importante aclarar que ahí se establece una conformidad expresa, no tácita; es decir que el transcurso del plazo de oposición no libera al enajenante del cumplimiento de este artículo, debido a que la conformidad da lugar a una excepción a la prohibición mencionada primeramente.

De esta forma, los créditos no objeto de oposición siguen siendo garantizados por el valor del fondo de comercio o de sus elementos, sin que le afecte la transferencia, en una situación similar a la que existía antes de esta última.

Pero en caso de venta en remate público, el Art. 120 no menciona expresamente esta prohibición, debido a la obvia situación de que se trata de la venta a través de un rematador público, que tiene a su cargo y bajo su responsabilidad la disposición del importe recaudado, respetando las retenciones y los depósitos en caso de oposiciones.

Es conveniente aclarar que en caso de venta en remate público, contemplado en el Art. 120 de la Ley 1034<sup>20</sup>, el rematador tiene las mismas exigencias que el enajenante en cuanto a las publicaciones y su contenido. Y en caso de no alcanzar el importe del remate la suma de las deudas, declaradas o no declaradas, y las que fueren objeto de oposición, la totalidad del importe, una vez deducidos los gastos y comisiones del rematador, será depositada en una cuenta especial. La finalidad de esta cuenta especial es el respeto al principio de “*pars creditorum*”, es decir, el derecho de igualdad entre los acreedores, que se hayan opuesto o no, para la realización de un pago proporcional. La violación del mencionado artículo por parte del rematador, trae su responsabilidad solidaria con el propietario del fondo por los pagos realizados ante los acreedores.

### **Omisiones o transgresiones a la ley**

Además del artículo mencionado más arriba, que contempla la violación del procedimiento en caso de venta en remate público, el Art. 121<sup>21</sup> especifica la amplitud de la responsabilidad solidaria que recae no solo sobre el rematador público y el vendedor, sino sobre el comprador y en su caso al escribano que hubiera intervenido en la transferencia de un fondo de comercio.

### **6.- Transmisión por separado de los elementos del fondo**

Nuestra ley, en este punto, sigue encontrando su fuente en la ley argentina 11867/34, con algunas modificaciones no compartidas por la mayoría de los autores, según el Prof. Jorge H. Escobar, en una intención de resumir la fuente mencionada, eligiendo otro procedimiento.

La transferencia del fondo de comercio no siempre se realiza en su totalidad, pudiendo su propietario enajenar solo algunos de sus elementos, o reservándose algunos, que generalmente están más relacionados con sus cualidades personales como comerciante. Pero en cualquiera de los dos últimos casos, enajenando solo algunos elementos o reservándose otros específicos, el propietario perjudica el valor del fondo ante sus acreedores.

A estas situaciones debemos mencionar que a través de la venta de unos pocos elementos de un fondo de comercio, el propietario puede estar transfiriendo casi todo el valor del mismo, razón por la cual debe ser atendido el espíritu de nuestra ley para la protección de los intereses de terceros.

El caso de la transferencia de los elementos por separado no es contemplado y solo se menciona la posibilidad de una transferencia parcial en el Art. 120, cuando menciona “...*la transferencia total o parcial en remate público.....*”, sin especificar el caso de transferencia

---

<sup>20</sup> Ley 1034 del Comerciante, **Art. 120.-** “En los casos de transferencia total o parcial en remate público, el martillero levantará previamente inventario de las existencias y lo anunciará en las publicaciones correspondientes, debiendo ajustarse a lo previsto para el caso de oposición. Si el producto del remate no cubriere la suma a ser retenida, el rematador depositará en cuenta especial el producto total de la subasta, previa deducción de comisión y gastos.

Si el rematador hiciere pagos o entregas al vendedor mediando oposición, quedará obligado solidariamente con este respecto de los acreedores hasta el importe de las sumas entregadas”.

<sup>21</sup> **Art. 121.-** “Las omisiones o transgresiones a esta ley harán responsables solidariamente por el importe de los créditos que resulten impagos como consecuencia de ellas y hasta el monto del precio de lo vendido, al vendedor, al comprador, y en su caso, al escribano o rematador que hubiere intervenido”.

por acto privado, y la necesidad o no de inscripción en los registros públicos de una transferencia, si fuese parcial.

Ante la falta de regulación clara de este punto tan importante para la protección de los intereses de terceros, acreedores o no, creo que debemos partir de la prohibición de transferencia del fondo de comercio por acto privado, por un valor menor a la sumatoria de su pasivo, incluyendo acreedores no denunciados que hayan presentado una oposición. Partiendo de este punto, si la venta no es posible en estas condiciones, cualquier venta de algún elemento del fondo de comercio que tenga por efecto disminuir su valor, tanto de activo como de producción, debe ser le aplicado el mismo procedimiento que para la venta total, con las mismas garantías.

Esta posición trae el peligro que significa hacer difícil al propietario disponer de los elementos de su fondo, y en caso de elementos materiales, estaremos dificultando directamente el desarrollo comercial del mismo, y su modernización, complicando también su administración, elevando enormemente el costo de la transferencia parcial.

### **Locación o alquiler**

Nuestra Ley 1034, que desde su Art. 112 no conceptualiza el fondo de comercio, sino que solo enumera sus elementos como vimos anteriormente, tampoco menciona la posibilidad de locación del mismo, pero tampoco lo prohíbe. La incertidumbre, sentimiento tan repudiado por los comerciantes al momento de proyectar sus empresas, crea reales vallas que frenan el comercio en sí, y leyendo al Prof. Argaña, así como buscando en la doctrina argentina, especialmente con la obra ya mencionada del Prof. Jorge Zunino, tampoco encontramos mayor alumbramiento sobre el objeto y la naturaleza de este contrato que preferimos llamar de alquiler antes que de usufructo por cuestiones etimológicas, y siendo el alquiler la forma más común utilizada por los comerciantes.

Existen ciertamente dos opiniones diferentes de los doctrinarios. La primera que considera al contrato de alquiler de un fondo de comercio como un cuasi-alquiler, en vista de que parte de los elementos, especialmente la mercadería, es consumida por el locatario del fondo, entonces podemos interpretar que el locatario se vuelve propietario de estos elementos consumibles y solo tiene la obligación de devolverlos en la misma cantidad y calidad.

La segunda opinión contraria a la primera expuesta más arriba, con el argumento de que la misma confunde la mercadería con el fondo de comercio que es un conjunto de elementos, una universalidad, y no es consumible como tal, aclarando que es la unidad la que no es consumible no los elementos por separado, que pueden ser repuestos en sus sustancias. La organización de los elementos del fondo de comercio, realizada o compuesta por el propietario, es la que le da su valor.

Siguiendo la segunda corriente, que nos parece más cerca de la finalidad comercial del acto, el locatario, al finalizar o ser rescindido el contrato, debe devolver al propietario el fondo en el mismo estado en el cual le fue entregado. No es suficiente devolver el dinero que representa las mercaderías vendidas, ya que tiene que conservar la sustancia de la cosa y su dinámica. No sería lo mismo recibir un local comercial de venta de frutas, con las cámaras

frías o heladeras llenas, listo para abrir al día siguiente, y un local con sus instalaciones vacías a pesar de tener la caja llena del dinero suficiente para llenar nuevamente el stock.

Se considera que tanto el locatario al recibir el fondo de comercio, como el propietario al serle devuelto el mismo, estos deben seguir explotándolo inmediatamente, sin que las condiciones de entrega puedan perjudicar su dinámica y consecuente repercusión sobre la clientela, por ejemplo.

En cuanto al valor del fondo al momento de ser devuelto por el locatario, si bien este último no tiene ninguna obligación de devolverlo con un valor superior, sí debe mantener sus elementos actualizados para prestar el mismo servicio a la clientela. Es decir que debe actualizar normalmente los elementos del fondo; por ejemplo, no podría seguir usando una balanza manual años después, tomando en cuenta que todos los comercios de su clase ya se han modernizado. Estas mejoras deberán tomarse en cuenta al momento de calcular la plusvalía real que el locatario ha generado sobre el valor del fondo, y si le corresponde algún reclamo.-

7.- ¿La transferencia del establecimiento es un acto de comercio?

Conforme al Art.71 inc.i) de la Ley 1034, no existe duda de que es un acto de comercio la adquisición o enajenación de un establecimiento comercial. Pero, Fontanarosa, citado por el Prof. Jorge H. Escobar<sup>22</sup> menciona las diversas situaciones: a) si uno adquiere a título oneroso un establecimiento mercantil con intención de explotarlo, es indudable la naturaleza mercantil del acto; b) cuando la adquisición del establecimiento mercantil se ha realizado con la intención de enajenarlo (revenderlo o locarlo) lucrativamente, la comercialidad del acto es indiscutible; c) si la enajenación se hizo con el propósito de clausurar el establecimiento y evitar la competencia, el acto es mercantil; d) si se adquirió el fondo de comercio para donarlo o para fines científicos, el acto es civil para el adquirente, por faltar el ánimo de especular mediante la enajenación.

#### **Bibliografía:**

- **RIPA ALBERDI**, Vicente, Transmisión de establecimientos comerciales.
- **ZUNINO**, Jorge O., Fondo de Comercio, edit Astrea, Buenos Aires. ç
- **SATANOWSKY**, Marcos. Tratado. de Derecho Comercial III.
- **ZABAA RODRÍGUEZ**, C. J. Derecho de La Empresa.
- **RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ**, Joaquín, Derecho mercantil.
- **FERNANDEZ**, R. L., Código de Comercio.

---

<sup>22</sup> Ob. cit., p.293.-

**Curriculo del Autor:**

Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Asunción, año 1993. Mater en Derecho Internacional Comercial de la Universidad de Tucson, Arizona, Estados Unidos, año 1997, con la aceptación de su tesis sobre “Manifest carácter of the fraud in the first demand guarantee”, publicado por el NATIONAL LAW CENTER FOR INTER AMERICAN FREE TRADE y expuesta en el Congreso de Derecho Bancario Internacional en Miami 1998 ([www.natlaw/buletin/1998/r9810/981002a.htm](http://www.natlaw/buletin/1998/r9810/981002a.htm)). Participó en la publicación del Libro “Derecho Bancario” del Dr. Raúl Torres Kirmser, Editorial La Ley, en lo referente al capítulo de Crédito Bancario. Es Profesor Asistente de la cátedra de Derecho Mercantil, quinto semestre, notariado de la Universidad Nacional de Asunción. Fue profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Católica de Asunción, carrera de Licenciatura en Comercio Internacional. Correo Electrónico: [fabrice.turbau@estudioturbau.com.py](mailto:fabrice.turbau@estudioturbau.com.py)