

ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEAN LAS TRANSFERENCIAS DE FONDOS DE COMERCIO*

Por **Alfonso Gutiérrez Zaldívar**

“Uno de los fines de las leyes es que se puedan aplicar”

Antes de empezar con este trabajo, que tiene por fin mostrar algunos problemas que tenemos en la práctica con las transferencias de fondos de comercio, queremos señalar que estos inconvenientes no surgen porque la ley sea mala, sino porque está dirigida a otra realidad. Fue redactada para otro país, otra economía, otro tipo de transferencias. La ley fue promulgada en el año 1934, desde ese momento han pasado sesenta y siete años, el país es otro, nuestra economía es otra, el objeto de las transferencias en cuanto a monto, tamaño y modalidades es otro, la ley es la misma.

Comenzamos con una breve historia.

Antes de la sanción de la ley 11867, las operaciones de venta de establecimientos comerciales e industriales estaban regidas por los preceptos del libro II del título IV del Código de Comercio, “De la compraventa mercantil”, por contratos y obligaciones afines, normas particulares y por los usos y costumbres comerciales. Supletoriamente se usaban normas de la compraventa civil.

Este sistema ponía en riesgo a los acreedores, porque la jurisprudencia establecía que el comprador del activo de una casa de comercio que no se hacía cargo del pasivo no estaba obligado a afrontarlo. Los acreedores entonces debían accionar contra el vendedor, que podría no tener más bienes, haberse in-

*Publicado en *La Ley* del 24/4/2001.

solventado, o haber usado lo obtenido por la venta para pagar otras obligaciones. El cuadro era difícil; vendedor que cobró convertido en insolvente y comprador no responsable por deudas anteriores.

Antes de la promulgación de la ley tampoco era obligatoria la publicación de avisos que anunciaran la transmisión, y en la práctica no se hacían.

Con la finalidad de salvaguardar los derechos de los acreedores y poner coto a abusos, en 1934 se dictó la ley 11867 que aún está vigente.

Uno de los fines perseguidos con su promulgación era que los acreedores tuvieran conocimiento de la compraventa y establecía una publicidad obligatoria “para que todos los acreedores puedan tomar la participación necesaria, a fin de salvaguardar sus créditos en el acto de la venta”¹. Se manifestó que: “La ley va más lejos aún, cuando prevé el caso del comerciante deshonesto y establece una sanción punitiva a fin de que tenga el castigo que corresponda”², afirmándose también que ésta creó “un sistema riguroso de publicidad, la retención del precio hasta tanto no expiren los plazos legales durante los cuales los acreedores del vendedor pueden formular oposición y trabar embargo, la presunción absoluta de simulación de todo pago hecho con anterioridad, la prohibición de toda venta por un precio inferior al pasivo que resulte de la suma de las deudas confesadas por el vendedor y de los créditos que, aunque no reconocidos, formulen oposición fundada en título hábil de crédito”³.

Estas normas no se modificaron con los años, pese a que el tamaño de las compañías que se transferían y la complejidad de las operaciones fueron aumentando. Esto es común en nuestro país; las leyes no se reforman, salvo las impositivas y las que traban las operaciones con nuevos controles, que al final no sirven. El aparato estatal parece más proclive a impedir que a promover el movimiento económico. La función del legislador de crear instrumentos que tiendan a la mayor velocidad y seguridad en las transacciones no se cumple y las normas se mantienen sin adecuarse a las realidades económicas, la tecnología y los tiempos.

No hay un criterio de que las leyes deben reformarse porque posibilitan la productividad económica. Tampoco un criterio de grandeza, de cambio para el país. A veces se promulgan cosas tan complicadas que, si la aplicación no es obligatoria, los contratantes siguen otros sistemas, de mayor riesgo y costo, pero que posibilitan razonablemente llevar a cabo el fin buscado.

Eso pasa muchas veces con las transferencias: las disposiciones impositivas, la inseguridad en la interpretación de lo establecido, las presentaciones de ingresos brutos, aportes previsionales y la dificultad para conseguir que se expidan los certificados requeridos por esos organismos, hacen que se lleven a cabo ventas de acciones de sociedades directamente, sin utilizar el sistema de la ley, pese a que éste da ventajas y seguridades a compradores y acreedores.

(1) Ley 11867 (*Adla*, 1920-1940, 524). Comentario a la ley por Isaac Halperín.

(2) Informe del diputado Ábalos, D., Ses. Dip., 1932, t. V, pág. 33. Según comentario a la ley por Isaac Halperín.

(3) Ídem (1).

La ley rige las transmisiones que se efectúan por venta y también las que se realizan por cualquier título, sea oneroso o gratuito, de establecimientos comerciales o industriales, se trate de enajenaciones privadas o en remate público.

Con su promulgación, se solucionaron problemas primordiales, pero con el correr de los años y la cambiante jurisprudencia se perdió noción de lo que exigía la ley y surgieron interpretaciones contradictorias.

Veamos algunos problemas que se plantean y las dudas que traen:

1) ¿Qué se entiende por fondo de comercio? ¿Qué elementos lo integran? ¿El procedimiento instaurado por la ley es obligatorio u optativo?

El fondo de comercio constituye una universalidad formada por todos los elementos que lo integran. No es una simple universalidad, como una biblioteca o un rebaño, sino un conjunto de cosas y derechos, un verdadero organismo económico, con perfecta unidad, constituido por elementos estáticos (materiales: instalaciones, mercaderías, maquinarias, etc. e incorporales: nombre, derecho al local, patentes y marcas, etc.) y un elemento dinámico o funcional, conocido en la doctrina italiana con el nombre de *aviamento*, que en nuestro país se denomina llave –crédito y atracción sobre el público determinante de la clientela⁴. Todos ellos se encuentran integrados al servicio de un proceso productivo destinado a lograr beneficios económicos.

No obstante, los distintos elementos conservan su individualidad y autonomía. Esto significa que pueden transferirse individualmente sin por ello transferir el fondo con excepción, quizás, del elemento funcional (llave, clientela), cuyo traspaso sin el establecimiento algunos autores no aceptan.

El art. 1º de la ley hace una mención de los elementos que considera que integran un establecimiento comercial o fondo de comercio, no siendo esta enumeración limitativa. Las partes pueden determinar en forma expresa qué se transfiere, excluir de la operación algunos de los elementos que enumera el artículo e incluir otros no enumerados. Si nada estipularon las partes, la transferencia comprendería los elementos que menciona el artículo y sólo éstos.

Con respecto a su obligatoriedad, entendemos que su régimen es optativo. 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 el fondo sin seguir el procedimiento establecido quedará sometido a pagar deudas anteriores a su adquisición, ignore o no su existencia, y queda también responsable frente al fisco por los aportes previsionales y las deudas impositivas que tenga lo que adquirió.

También puede ocurrir que el incumplimiento no sea total, se siga el mismo y al final no se inscriba la transferencia. Habiéndose publicado edictos y una vez efectuada la inscripción, es posible que las partes hayan incurrido en

(4) FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, Ed. Depalma.

omisiones punibles por la ley. Por ejemplo, si no se hubieran retenido y depositado las sumas debidas a algún acreedor que hizo valer sus derechos (arts. 3º a 5º); en tal caso, ni la transferencia ni la inscripción son nulas, pero los que cometieron la infracción serán solidariamente responsables con el vendedor por el importe de los créditos que resulten impagos, hasta el monto del precio de lo vendido, de acuerdo con el artículo 11 de la ley.

Consideramos, entonces, que las partes son libres para obviar el procedimiento establecido por la ley, advirtiendo, no obstante, las consecuencias de esta decisión, en cuanto a la responsabilidad emergente y a la oponibilidad del acto respecto de terceros. Entendemos que la transferencia así realizada no es nula⁵, pues la ley no es de orden público⁶.

¿El único caso en el cual sería obligatorio cumplir con las disposiciones de la ley sería cuando se aportara el fondo de comercio a una sociedad? El art. 44 de la ley de sociedades (*Adla*, XLIV-B, 1310) establece: “(Fondo de Comercio) – Tratándose de aporte de un fondo de comercio, se practicará inventario y valuación, cumpliéndose con las disposiciones legales que rijan su transferencia”. La resolución 6/80 de la Inspección General de Justicia (*Adla*, XLI-A, 607) en su artículo 23 inciso d) dice: “Se acreditará el cumplimiento de las disposiciones de la ley 11867...”

2) Momento de firmar la transmisión del fondo

Varios autores, al interpretar la ley, entendieron que, en los casos en que hubiere oposiciones, habría que retener y depositar dichas sumas por veinte días, para que los acreedores habilitados pudieran realizar los respectivos embargos judiciales y después otorgar el documento de venta. Creemos que esto no puede ser así.

Entrarían en juego tres artículos: 1) el art. 4º, que nos dice que: “El documento de transmisión sólo podrá firmarse después de transcurridos diez días desde la última publicación, y hasta ese momento, los acreedores afectados por la transferencia, podrán notificar su oposición...”; 2) el art. 7º, que establece que: “Transcurrido el plazo que señala el art. 4º sin mediar oposición, o cumpliéndose, si se hubiera producido, las disposiciones del art. 5º, podrá otorgarse válidamente el documento de venta...”; y 3) el art. 5º señala: “El comprador, rematador o escribano, deberán efectuar esa retención y el depósito y mantenerla por el término de veinte días, a fin de que los presuntos acreedores puedan obtener el embargo judicial”.

En la práctica (en la Capital Federal), el día en que se firma la transferencia, el martillero o escribano intervinientes retienen del precio la suma sobre la cual se han efectuado oposiciones válidas y la depositan en la Casa Central

(5) CNCom., Sala A, 17/11/60, *La Ley*, 102-888, S-6592; CComCap., 17/7/30, *La Ley*, 15-1060; C2ªCC La Plata, 10/12/57, DI, 54-49; CNCom., Sala E, 12/2/87, *La Ley*, 1987-B, 101; íd., Sala B, 27/12/91, *La Ley*, 1992-C, 126. y ZUNINO, Jorge Eduardo, Fondo de Comercio, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea.

(6) CNCom., Sala B, 21/3/52, *La Ley*, 68-7.

del Banco de la Nación Argentina, en una cuenta especial, y la mantienen por el plazo de veinte días.

En la mayoría de los casos (nos atreveríamos a decir en todos), el dinero para depositar se obtiene reteniéndolo del precio que paga el adquirente, pues por lo general el enajenante no tiene fondos disponibles para cancelar las deudas.

Por esto no consideramos posible el sistema en el cual primero el comprador debe entregar el dinero, para de ahí apartar las sumas que deben pagarse a los acreedores oponentes, que se depositan para su embargo, y luego firmar la transferencia. No resulta lógico pensar que el adquirente va a entregar el dinero sin la transferencia firmada para que se deposite por veinte días en una cuenta especial, para que al cabo de ese plazo se firme el contrato de venta. Con esta teoría, el adquirente estaría adelantando dinero, hoy, para firmar el contrato dentro de veinte días. ¿Qué ocurriría si el vendedor en ese tiempo cayera en quiebra? ¿O luego se negara a firmar con el dinero ya depositado a favor de los acreedores embargantes? ¿Qué pasaría si en ese lapso se embargaran elementos del fondo o inhibieran al vendedor? ¿Qué sucedería si el dinero depositado fuera embargado y luego la operación no se realizara?

El comprador, a fin de recobrar su dinero, se verá envuelto en uno o muchos litigios para retirar las sumas depositadas, si es que puede hacerlo. Desde ya adelantamos que deberá presentarse en cada uno de los juicios donde se dictaron los embargos preventivos y explicar que la operación no se concretó y que le permitan retirar su dinero. Las derivaciones que se pueden dar a esta interpretación pueden ser tragicómicas. Podríamos, por ejemplo, suponer que quizás los acreedores embargantes son síndicos de concursos preventivos o acreedores que, a su vez, son deudores fallidos y así sucesivamente. Con esta teoría sola, la ley sería de imposible cumplimiento.

Entendemos que: la ley establece que el contrato se firme, haya o no oposición luego de los diez días destinados a éstas. Si hubiere oposiciones, la o las persona/s designada/s (el comprador, rematador o escribano), de acuerdo con el artículo 5º, retendrán el dinero en el momento de la firma del contrato para luego depositarlo por veinte días en la cuenta especial. Transcurrido el plazo, las sumas no embargadas deben ser retiradas para entregarlas a quien corresponda.

3) ¿Las operaciones a plazo se convierten en operaciones de plazo vencido?

Otro punto que creemos importante de mencionar es que aparentemente, con el sistema de la ley, aun las obligaciones de pago con plazo se transforman por imperio de ésta en operaciones de plazo vencido.

Esto podría ser evitado si el comprador retuviera las sumas que el deudor-vendedor adeuda y las reservara para pagar al acreedor a su vencimiento.

Más claro para nosotros sería el caso en que la transferencia del fondo de comercio incluyera un inmueble hipotecado por préstamos, cuyo plazo no ha vencido y que están garantizados con hipoteca. ¿El comprador puede recibir

el inmueble, retener las sumas garantizadas por la hipoteca y recién pagarlas a su vencimiento? Entendemos que sí.

Algunos autores piensan lo contrario, que el sistema de la ley convierte a todas las operaciones en exigibles y de plazo vencido al momento en que uno entra en el procedimiento de la ley, posición de la cual diferimos. No está hecha la ley para mejorar la situación de un acreedor, adelantando su plazo de cobro, sino para impedir que los bienes sean transferidos dejándolo desprotegido. No puede ser que se haya hecho un préstamo a diez años, a una determinada tasa, y que se convierta esa obligación en exigible al mes por una transferencia del fondo a un tercero. Por otra parte, en el ejemplo de la hipoteca, tenemos una garantía real, que se transferiría con el bien.

4) Plazo para firmar la transferencia

No menos importante es el plazo para firmar el contrato de transferencia. El artículo 4° establece que: “El documento de transmisión sólo podrá firmarse después de transcurridos *diez días* desde la última publicación...”

La ley fija un plazo para que los acreedores puedan presentarse y el comprador conozca las oposiciones y el estado de la compañía. Pero la creciente complejidad de las transacciones hace que a veces se firme el contrato a los treinta días o más de terminadas las publicaciones. Esto no se debe a mala fe, sino a que la complejidad de las operaciones, auditorías, presentaciones a defensa de la competencia y recaudos impositivos, llevan a que se demore la firma del instrumento definitivo. Muchos organismos públicos no contestan consultas en abstracto, hay que tener el documento firmado, la obligación establecida y recién se abocan a la contestación. Es fastidioso pero razonable.

Ahora, si el contrato definitivo se firma veinte, treinta o más días después de la última publicación, nos podemos encontrar con que hay deudores corrientes que efectuaron oposiciones y, por el ciclo normal de los negocios, ya fueron pagados, y otros nuevos que ingresaron a contratar con la compañía o nuevos créditos de proveedores habituales, que son posteriores a la publicación y anteriores a la firma del contrato definitivo. Aquí de nuevo vemos dos situaciones: 1) la del escribano que responde solidariamente por las oposiciones que a él le efectuaron, en tiempo y forma; y 2) la del comprador que creemos que deberá responder por las nuevas deudas de la compañía que compra, que nacieron luego de efectuadas las oposiciones y que no están cubiertas por ellas. El comprador deberá armar un control o una auditoría durante ese tiempo en que la compañía sigue contratando y generando nuevas obligaciones.

Si no se está de acuerdo con esta posición y el tiempo ha sido muy largo, entonces creemos que se tendrá que publicar nuevamente para determinar la deuda, al tiempo de firmar.

5) Publicaciones

El art. 2° de la ley establece que la transferencia “...sólo podrá efectuarse válidamente con relación a terceros previo anuncio durante cinco días en el ‘Bo-

letín Oficial' de la Capital Federal o provincia respectiva y en uno o más diarios o periódicos del lugar en que funcione el establecimiento..."

El problema provoca dudas en un caso común, por ejemplo: Sociedad Anónima, constituida e inscripta en la Capital Federal, con una fábrica en la provincia de Buenos Aires. Si se transfiere el fondo de comercio (la fábrica), se deberá pedir el certificado de inhabilidades, hacer las publicaciones e inscribirse en las dos jurisdicciones.

Algunos sostienen que por "lugar en que funcione el establecimiento" debe entenderse no sólo a la sede central sino también a las sucursales, ya que a pesar de que la empresa tiene su domicilio especial en el lugar de éstas "para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad" (art. 90 inc. 4°, Cód. Civil), la deudora no es la sucursal sino la sociedad. Los interrogantes surgen en los siguientes casos: una empresa que tiene su sede en Capital Federal y 15 sucursales ubicadas en distintas provincias deciden transferir el fondo de comercio de la sucursal Santa Fe. Aquí tendríamos dos posibilidades de publicaciones: a) que las publicaciones deban ser hechas en la sede central y en cada una de sus sucursales o b) que se deban realizar en Santa Fe y en el lugar de su sede. Consideramos que la postura correcta es la b), pues la ley se refiere al lugar en donde funciona el establecimiento de fondo de comercio que se transfiere y la sociedad legalmente es una sola, por eso se publica también en su domicilio legal.

6) Transferencias totales o parciales

Con respecto a los elementos que se transfieren, la ley parece estar pensada para situaciones en las cuales se transfiere la totalidad de la empresa, pero algunos autores, con los cuales coincidimos, entienden que pueden efectuarse transferencias parciales. Veamos los casos:

a) Cuando el negocio esté descentralizado territorialmente en sucursales o representaciones y se enajenan algunas de ellas y se retienen otras. Este tipo de transferencias no trae ningún inconveniente, más allá de las publicaciones (problema al que nos hemos referido).

b) Cuando una empresa tenga objetos comerciales de distinta índole o realice actividades comerciales diversas, y se decide transferir una de ellas y continuar con las demás. Encontramos una gran cantidad de casos: por ejemplo, una empresa que tiene un restaurante y un negocio de *delivery*; o una que vende semillas y fertilizantes, y resuelve transferir la producción y actividad de semillas y continuar explotando el sector fertilizantes.

Como ya dijimos, otros autores han tratado esta transferencia parcial (por actividad comercial diversificada –mencionada en el punto b–), pero no han señalado los problemas intrínsecos de este tipo de operaciones.

En todo esto nos interesa, y hacemos hincapié en ella, la responsabilidad no sólo del comprador por no cumplir, ya sea por error o inadvertencia, con alguna de las disposiciones de la ley, sino que también nos interesa la situación del escribano interviniente, ya que es habitualmente la situación en la que nosotros estamos ubicados.

Para resaltar mejor los inconvenientes de este tipo de transferencias, vamos a utilizar un ejemplo.

Supongamos que nos contratan para efectuar la transferencia de un fondo de comercio parcial de una empresa, que vale diez millones de pesos⁷, pero transfieren sólo un sector o una de las actividades que desarrolla, como ser su operatoria de transportes; o en una compañía de gaseosas, su sector de embotellamiento, que en el ejemplo que proponemos vale doscientos mil pesos.

El profesional interviniente y el comprador se van a encontrar con los siguientes interrogantes: 1) la nota enunciativa de los créditos adeudados, que debe presentar el enajenante al comprador (ver art. 3º), ¿debe contener todas las deudas de la empresa o sólo las del sector que se enajena?; 2) las oposiciones que podrían presentarse pueden ser por deudas de otro sector y, en este caso, ¿el escribano debe retener y depositar para su embargo estas sumas, aun siendo de sectores de la empresa que no se transfieren?; 3) ¿qué pasa si las deudas sobre las que se efectúan oposiciones más las presentadas en la nota (por ser de toda la empresa) son superiores al precio de venta del sector a transferir? (ver art. 8º); 4) ¿qué pasa si la compañía no tiene una contabilidad separada por sector?, cosa que en los hechos no importa pues la deuda es de la sociedad y no del sector que se transfiere.

Las respuestas a estos interrogantes son que la nota deberá contener todas las deudas de la compañía y que el escribano o la persona designada debe retener todas las sumas sobre las que se efectuó oposición, aun cuando éstas correspondan a un sector distinto del que se enajena. En las publicaciones consideramos conveniente que se informe que sólo se transfiere el sector transporte, embotellador, semillas, según el caso, para que sólo se opongan los acreedores interesados. Con respecto a los acreedores de otros sectores listados en la nota, el comprador debería pedir que enviaran a su vez una nota, en la que manifestaran que no se oponen a que el vendedor cobre sin estar sus créditos cancelados, liberándolo de retener.

Pese a esto, si un acreedor de otro sector se opone o, denunciado en la nota, no libera al comprador de retener, se deberían incluir dichos montos en las retenciones. Es importante aclarar que habría que tratar las soluciones al problema mencionado en cada caso en particular, teniendo en cuenta el monto, las partes y la situación del sector que se transfiere.

7) Oposiciones

La ley otorga a los acreedores la posibilidad de oponerse y cobrar sus créditos y, de esta manera, impide que se haga efectivo el pago del precio antes de ser desinteresado, es decir, se opone para que se retenga el monto de lo que se le adeuda y no al acto global de la transferencia.

La ley otorga el beneficio en cuestión a aquellos acreedores que han contribuido al cumplimiento de los fines del fondo, o sea, a la obtención de beneficios económicos. El art. 8º *in fine* nos dice: “...Estos créditos deben proceder de

(7) Utilizamos montos desmesurados para facilitarnos el ejemplo.

mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de los gastos generales del mismo”⁸.

8) Sumas a retener para su depósito y, en su caso, su posterior embargo

Otro tema en que la ley deja lugar a varias interpretaciones es cuáles son los créditos que deben retenerse. El problema se produce en ver si son: a) los denunciados mediante nota firmada de acuerdo con el art. 3º de la ley, más los que presentaron su oposición; o b) sólo los que han presentado oposición.

La diferencia puede ser grande. El problema se plantea porque la ley en su art. 3º establece: “El enajenante entregará en todos los casos al presunto adquirente una nota firmada... créditos por los que se podrá solicitar de inmediato las medidas autorizadas por el artículo 4...”

Al usar la ley el término “se podrá”, algunos interpretan que es potestad de las partes incluir o no las sumas denunciadas en la nota, en el depósito para embargo. Nosotros creemos que deben ser incluidas, pero ésa es una situación que compromete solamente al comprador, no al martillero o al escribano intervinientes. Éstos no reciben la nota, sólo la recibe el comprador y él debe decidir si incluye o no los créditos de la lista en los montos a depositar para ser embargados. Por lo tanto, el martillero o escribano sólo están obligados a retener las sumas sobre las cuales reciben oposiciones.

El problema parece fácil de interpretar cuando uno no está involucrado. Pero si se es uno de los responsables solidarios al que se refiere el art. 11, la situación cambia. Uno depende de la opinión futura de un tribunal, que extienda o no la solidaridad a actos dudosos o establecidos de una manera indirecta en una ley poco clara. Por lo tanto, transcribimos lo establecido en el art. 3º: “El enajenante entregará en todos los casos al presunto adquirente una nota firmada, enunciativa de los créditos adeudados...” La ley habla del presunto adquirente como destinatario de la nota, no se refiere al escribano o martillero. Por ello consideramos que éstos últimos deberían controlar y retener para su depósito sólo los créditos sobre los cuales han recibido oposiciones. Pues la nota, de acuerdo con lo que surge de la ley, sólo se debe presentar al comprador, el cual quedaría obligado a pedir la retención de esas sumas o a responder por las consecuencias.

Esta nota que el vendedor debe entregar al adquirente tiene un doble efecto: por un lado, significa el reconocimiento del vendedor sobre la deuda que él mismo denuncia; por otro, hace conocer al adquirente su existencia, imposibilitándolo de alegar posteriormente su desconocimiento.

En orden al sistema de oposición, el citado reconocimiento produce importantes consecuencias. Los acreedores incluidos en la nota: 1) no están obligados a efectuar oposición. Reconocidos expresamente por el vendedor y como consecuencia del conocimiento por medio de la lista que obtiene el com-

(8) Cám. Civ. Cap., 21/9/38, *La Ley*, 12-108. “Perazza, Antonio c. Cía. La Columbia Autobús y otra”.

prador, nace para éste último la obligación de retener y depositar los montos correspondientes (o desinteresarlos directamente), sin que sea necesario a esos efectos que el acreedor denunciado formalice oposición⁹; 2) no deben justificar sus títulos: sin haberse opuesto o aun en caso de hacerlo, no necesitarán ni les será exigible demostrar su acreencia mediante el título justificativo ni los asientos de su contabilidad¹⁰. Si luego de efectuadas las oposiciones resultara el pasivo mayor que el precio pactado, es facultad del adquirente cuestionar a los acreedores particulares incluidos en la nómina, para lo cual podrá indudablemente exigir la correspondiente justificación; 3) ¿qué pasa si el acreedor es denunciado, pero como acreedor de una suma menor? El adquirente retendrá y depositará la suma denunciada por el vendedor. A partir de ese momento se presentan nuevamente varios supuestos o posibilidades: I) el acreedor tiene el derecho de oponerse por el total de su crédito o por la diferencia no reconocida, siempre y cuando pueda justificarlo de acuerdo con las previsiones del artículo 4°. Si no, creemos que perdería sus derechos legales por la diferencia. Estaría en la misma situación del acreedor que no se opone en los plazos de ley; II) efectuada la oposición por la suma total pero tornándose el crédito cuestionable a la luz del reconocimiento parcial del vendedor, creemos que igualmente deben el adquirente o el escribano depositar la suma total sobre la que se hizo oposición¹¹.

Con respecto a los acreedores incluidos en la lista, se podrá decir: ¿cómo se enteran éstos de que han sido incluidos en la nota? La ley no trata este tema. En la práctica, se aconseja que el comprador o quien haya sido designado en el contrato les comuniquen que se está transfiriendo un fondo de comercio y que el enajenante los ha incluido en la nota, por determinado monto, para que sepan a qué atenerse. La ley tampoco establece cuándo debe ser presentada la nota. Se entiende que debe serlo con anterioridad al momento en que se deban retener las sumas para su posterior depósito.

La ley, en su art. 8°, nos dice: “No podrá efectuarse ninguna enajenación de un establecimiento comercial o industrial por un precio inferior al de los créditos constitutivos del pasivo confesado por el vendedor, más el importe de los créditos no confesados por el vendedor, pero cuyos titulares hubieran hecho la oposición autorizada por el art. 4°, salvo el caso de conformidad de la totalidad de los acreedores...” En este artículo la ley exige que el monto de la transferencia tiene que ser superior a los créditos de los dos grupos de acreedores (situación que hemos señalado cuando la transferencia es parcial).

9) Plazo para la firma del contrato y su posterior inscripción. Procedimiento de inscripción

La ley, en su art. 7°, nos dice: “...podrá otorgarse válidamente el documento de venta, el que, para producir efecto con relación a terceros, deberá exten-

(9) Cám. Com., *La Ley*, 10-959.

(10) Ídem (i), SC Buenos Aires, 4/9/45, *La Ley*, 40-621, año 1945.

(11) ZUNINO, *Fondo de Comercio - Régimen legal de su transferencia*, Ed. Astrea.

derse por escrito e inscribirse dentro de diez días en el Registro Público de Comercio o en un registro especial creado al efecto”.

Aquí encontramos nuevamente que lo prescripto por la ley es confuso y difícil de plasmar en la realidad.

Veamos: 1) cuando dice: “...deberá extenderse por escrito...”, debemos entender que el plazo de diez días es a partir de que se haya firmado el contrato de transferencia; 2) cuando dice: “...e inscribirse dentro de diez días...”, debemos entender que su presentación en el Registro debe ser dentro de los diez días. No así su inscripción.

Este plazo de diez días que se da es difícil de cumplir, pero es importante resaltar que la presentación tardía al registro no perjudica la validez y efectividad de la transferencia, tampoco autoriza a negar la inscripción, pero puede perjudicar al adquirente del fondo porque la inscripción fuera de término sólo será válida frente a terceros a partir de la fecha de inscripción¹².

Con respecto a la inscripción, entendemos que ésta debe hacerse en cada uno de los lugares donde se transfiera el fondo de comercio. Por ejemplo: si el fondo se encuentra en Capital Federal y en la provincia de Buenos Aires, al igual que las publicaciones, la inscripción deberá hacerse en los dos lugares¹³.

Cuando el contrato de transferencia se realizara por escritura pública, en la Capital Federal deberá llevar para su inscripción la precalificación notarial, la cual constará de: 1) nombre del escribano y su registro, la fecha de la escritura, el funcionario autorizante y el folio de la misma; 2) naturaleza del acto documentado (si fue en forma privada o en remate público); 3) la ubicación del establecimiento, la clase y rubro; 4) las publicaciones (comienzo y vencimiento). Las oposiciones y su levantamiento; 5) los datos del vendedor, los del comprador y el precio; 6) si se cumplió con el art. 1277 del Cód. Civil respecto al asentimiento conyugal; 7) los recaudos administrativos exigibles; 8) que se ha pedido el certificado de inhabilidades del vendedor.

Si la transferencia se hace por instrumento privado con firmas certificadas, el dictamen profesional puede ser hecho por un abogado. Si las oposiciones son recibidas por un escribano o un martillero, éstos deberán hacer un certificado con la lista de las mismas y la situación de cada una de ellas.

Procedimiento de inscripción: el contrato de transferencia se acompañará con un escrito dirigido al Inspector General de Justicia, debidamente sellado, en el que se solicite la correspondiente inscripción y se detalle la documentación que se adjunta, que básicamente deberá constar de: a) formulario de inscripción; b) primer testimonio (copia) o documento de transferencia; c) fotocopias margen ancho y fotocopias simples; d) tasa retributiva; e) constancia de haberse publicado los avisos de ley (acompañando las páginas del boletín de publicaciones oficiales y del diario o periódico en que fueran insertas y los recibos correspondientes); f) certificado de libre deuda; g) certificado de inhabi-

(12) CNCiv., Sala E, 15/06/1981, “Laurenzano, Norberto N. c. Saucedo, Santiago y otro”, ED, 95-520.

(13) CCiv.2ª Cap., dic. 22-941, *La Ley*, 25-626, año 1942.

ciones, en el caso de que no se agregue al protocolo del escribano de acuerdo con el artículo 6° del dec. 88168/36 (*Adla*, 1920-1940, 1054); h) dictamen precalificado, legalizado.

10) Riesgos

Con este tipo de leyes surgen dos problemas. Primero, la resistencia a modificarlas, que siempre ha sido grande en nuestro país. Pasan los años y se van dando distintas interpretaciones a los mismos supuestos. Segundo, que los organismos públicos, en su afán de recaudar, dictan permanentemente normas con el fin de controlar y verificar su pago, exigiendo certificados y constancias que luego no entregan o entregan tarde, extendiendo con esto los plazos de inscripción y agravando la responsabilidad del comprador frente a terceros.

En otros países del mundo hay un mayor movimiento legislativo. Si las consideraciones que se tuvieron al dictar una ley cambiaron, se hace una reforma y listo.

Nuestra ley es buena pero hay que adecuarla a la realidad.

Con su redacción actual, el comprador y los intermediarios quedan con dudas interpretativas en temas que los dejan obligados solidariamente. Especialmente los intermediarios, como son los escribanos y martilleros, que se pueden encontrar respondiendo por montos exorbitantes.

Se podrá decir: bueno, si uno cumple estrictamente los plazos y requisitos de la ley no habría por qué preocuparse, pero no es así. Hemos encontrado opiniones doctrinarias que entienden que el adquirente y el intermediario responden también por los créditos que, a pesar de no haber sido presentados en la nota y de no haberse hecho oposición, surgen de los libros de la sociedad. Puede parecer razonable que esto se extienda al adquirente que supuestamente debería haber hecho una auditoría, pero hacer responsable de esto al escribano o martillero, cuya obligación encuentra su fin en el cumplimiento de la ley y la buena fe, parece demasiado.

Lo que más nos llama la atención es encontrar fallos en los cuales los jueces se esmeraron en demostrar la inconstitucionalidad e innecesariedad de la acreditación de que el vendedor no se halla inhibido para disponer de sus bienes, exigida por el artículo 6 del decreto reglamentario 88168/36¹⁴. Exigencia, a nuestro entender, coherente y, por otro lado, encontramos fallos en los cuales se ha extendido la solidaridad al intermediario por la omisión de actos no exigidos.

El artículo 11 es muy claro cuando nos dice sobre quién cae la responsabilidad solidaria al expresar: “Las omisiones o transgresiones a lo establecido en esta ley, harán responsables solidariamente al comprador, vendedor, martillero o escribano que las hubieran cometido, por el importe de los créditos que resulten impagos, como consecuencia de aquéllas y hasta el monto del precio de lo vendido”.

Habría que tratar de llegar a un punto en que se protejan los derechos de

(14) *La Ley*, 10-662, año 1938.

los acreedores y que no se extiendan responsabilidades, exigiendo conductas que la ley no manda, menos en defensa de quienes no han resguardado sus derechos, de acuerdo con lo exigido por la ley.

1 1) Otro problema increíble. La ley de defensa de la competencia y su decreto reglamentario¹⁵

Otro punto a tener en cuenta es que el dec. 89/2001, reglamentario de la ley de defensa de la competencia (*Adla*, Bol. 2/2001, pág. 2), establece en su art. 8° que: “...El plazo de UNA (1) semana para la notificación que prevé el Artículo 8° de la Ley N° 25156 comenzará a correr:... 2. En las transferencias de fondos de comercio, el día en que se inscriba el documento de venta en el Registro Público de Comercio de acuerdo con lo previsto por el Artículo 7° de la Ley N° 11867...”

Por lo tanto, en los casos en que tengamos que realizar la notificación al Tribunal de Defensa de la Competencia, debemos: realizar las publicaciones, hacer las retenciones, firmar la transferencia, pagar el impuesto de sellos cuando correspondiere, realizar las retenciones de impuesto a las ganancias en su caso, conseguir los libre deudas, realizar los depósitos establecidos, que en algunos casos serán embargados y, por último, inscribir el documento en el Registro Público de Comercio. Una vez hecho esto, podemos presentarnos para que el organismo correspondiente nos dé la autorización o no. Esto parece una broma de mal gusto. No puede ser que luego de realizar toda la transferencia, con los costos que ello implica, nos informen que no se puede realizar.

Suponemos que el organismo, una vez visto lo establecido en el decreto reglamentario de reciente promulgación, pedirá su urgente modificación o admitirá consultas en las cuales las partes ya hayan asumido un compromiso por escrito de realizar la transferencia.

Además, el organismo tiene 45 días para resolver, lo que complicaría los plazos para la transferencia.

1 2) Normas a tener en cuenta

Impuesto de sellos nacional: El decreto 114 del 29 de enero de 1993 (*Adla*, LIII-A, 174) derogó el impuesto de sellos, manteniéndose sólo para las escrituras públicas de compraventa de inmuebles o de cualquier otro contrato por el cual se transfiere el dominio de inmuebles. El decreto 2291 del 23 de diciembre de 1994 (*Adla*, LV-A, 872), sustituye el párrafo 3° del art. 2°, del dec. 114/93 antes citado por lo siguiente: “Quedan exentas del gravamen las escrituras públicas de compraventa de inmuebles destinados a viviendas”. Consideránse incluidas en la exención aquellas en las que “la transacción se lleve a cabo con el objeto de locar el inmueble para vivienda”. “La presente exención incluye también, la compraventa de terrenos cuyo destino sea la construcción de viviendas”.

(15) Ley 25156. Defensa de la competencia. Sancionada el 25 de agosto de 1999 y promulgada el 16 de septiembre de 1999. Decreto 89/2001.

Por lo tanto, la transferencia de fondos de comercio onerosa no estaría gravada por sellos. La duda surgiría cuando el fondo esté integrado por un inmueble, y éste último no encuadre en las exenciones del dec. 2291/94. En estos casos habría que retener sellos por el inmueble. Pues el dec. 114/93, en su art. 2º, nos dice: "... Quedan incluidas en dicha escala las transferencias de dominio de inmuebles que se realicen con motivo de:... b) Transferencias de establecimientos comerciales o industriales".

Impuesto de sellos en la provincia de Buenos Aires: en la provincia de Buenos Aires, la transferencia de fondo de comercio onerosa tributa el 1% sobre el precio y le corresponde el código 893-02. Con respecto a los inmuebles, tributa el 4% sobre la valuación fiscal o el precio, el que sea mayor.

En una consulta realizada al Ministerio de Economía - Dirección Recaudación, sobre el importe a retener con respecto a sellos en una transferencia en la cual uno de los elementos que se transfería era un inmueble, se resolvió lo siguiente: expediente número 2306-659865/98. Había que separar el importe de los elementos del fondo, como ser, por un lado, la llave del negocio, cláusula de no competencia, bienes de cambio, bienes de uso y el o los inmuebles, por el otro, tributando el 1% y el 4% respectivamente.

También la provincia exigió, en el caso mencionado, en el cual se transferían mercaderías, que el 1% retenido era incluyendo el valor agregado (I. V. A.). Elevamos también este punto a consulta, pues entendíamos que el impuesto al valor agregado es un impuesto de orden nacional que ya ha sido retenido por el organismo pertinente (D. G. I.), por lo tanto, no se debería pagar impuesto de sellos sobre el I. V. A., pues resultaría un impuesto sobre otro impuesto. La respuesta a esta consulta fue la siguiente: "I. El monto imponible en el presente contrato es el precio. II. El precio es el 'valor pecuniario en que se estima una cosa. Prestación consistente en numerario o en valores de inmediata o fácil realización, que un contratante da o promete, por conmutación de la cosa, servicio o derecho que adquiere' (definición según diccionario). Siendo que lo que da o promete en pago el comprador es todo el precio, la suma final de la operación, es obvio que es este importe total el que debe entenderse como precio. El precio es uno solo: el total. A partir de allí podemos concluir en que a los efectos del impuesto de sellos y en lo referido al 'monto imponible', el mismo está formado por la agregación de todos los ítems que conforman el monto de la contratación. Lo precedentemente expuesto significa que el cúmulo del impuesto de sellos se efectúa sobre la base del monto que consta en el acto instrumentado, sin excluir los tributos que pudieran producir el efecto de elevar el valor de la compra, por el fenómeno de traslación de las cargas fiscales, por cuanto éstas también forman parte del precio. Concordante con dictámenes 86/78, 12/81 y 43/90".

Lamentablemente, vemos aquí una vez más el afán recaudador, al exigir un impuesto sobre otro impuesto.

1.3] Libre deudas

a) Certificado de libre deuda (AFIP - DGI). Se solicita donde uno está inscripto.

La ley nacional 17250 (*Adla*, XXVII-A, 238). “Régimen Jubilatorio. Control y Fiscalización”. Establece:

Art. 4º: “Será requisito indispensable la presentación de una declaración jurada respecto de la no existencia de deuda exigible en concepto de aportes, contribuciones y toda otra obligación previsional, sin perjuicio de lo dispuesto por los arts. 22 de la ley 14236 y 12 de la ley 14499, para la realización...” (*Adla*, XIII-A, 164; XVIII-A, 136). Luego, el art. 12 de la ley 14499 nos dice: “A partir del 1 de octubre de 1958 las instituciones de crédito bancario y los Registros Públicos de Comercio del país requerirán de los empleados, previo al otorgamiento de crédito o inscripción de transferencia, disolución o liquidación de fondos de comercio, constancia de que no adeudan a las Cajas Nacionales de Previsión en las que estuvieran inscriptos suma alguna en concepto de aportes y/o contribuciones, o que habiéndose acogido a moratoria se encuentran al día en el cumplimiento de la misma, salvo que el préstamo sea solicitado para abonar aportes y/o contribuciones adeudados. Las Cajas Nacionales de Previsión concederán el certificado necesario dentro de los 15 días de haberles sido solicitado, salvo el caso de que tuvieren impedimento para ello, en cuyo supuesto extenderán constancia del hecho, con la cual la institución bancaria o el registro darán curso a la gestión. Esta constancia tendrá validez por el término de 6 meses”.

En el caso de que el organismo no expida el certificado de libre deuda en el plazo de 15 días, se puede solicitar a la Inspección General de Justicia que libere un oficio para que en un nuevo plazo de 15 días se expida el certificado. Si pasados los nuevos quince días (días hábiles), el organismo no expidió el respectivo certificado, la Inspección General de Justicia puede disponer que se inscriba el fondo de comercio.

b) Libre deuda Ingresos Brutos: se solicita en la jurisdicción sede y donde uno está inscripto. Se solicita el cese total o parcial de la actividad.