

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA TRANSFERENCIA DE LA EMPRESA

SUMARIO

1. La transferencia de la empresa en el derecho argentino: el fondo de comercio; 2. la transferencia a terceros; diversas forma de transmisión; 3. La transferencia a los miembros de la familia.

1. LA TRANSFERENCIA DE LA EMPRESA EN EL DERECHO ARGENTINO: EL FONDO DE COMERCIO

En el derecho positivo argentino la transferencia de un establecimiento comercial o industrial está regido por la Ley 11. 867 sancionada en el año 1934(1)(1184), y su enajenación por cualquier título, bien sea oneroso o gratuito, sólo podrá verificarse de acuerdo a su normativa. Tales establecimientos revisten el carácter de empresas, pero su base física o conjunto patrimonial donde tiene su asiento, se denomina en nuestra legislación, Fondo de Comercio.

Si bien el Fondo de Comercio no está definido en la ley, se caracteriza por la reunión de ciertos requisitos tales como un complejo de bienes que en su coordinación se identifica con el concepto de empresa, la existencia de capitales y créditos, explotación del trabajo ajeno y de materias primas o mercaderías, dirección, propósitos de lucro en su finalidad en general y sobre todo, un establecimiento o local que sirve de base o emplazamiento al complejo. Algunos de estos elementos pueden faltar momentáneamente o ser de reducido valor, pero normalmente se reúnen de modo de cumplir el fin a que los destina el titular o dueño de la empresa(2)(1185).

La caracterización jurídica del Fondo de Comercio ha dado lugar a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

distintas teorías, siendo uno de los temas sumamente controvertidos en derecho. En la doctrina y jurisprudencia argentina ha llegado a predominar la teoría que afirma que el Fondo de Comercio es una universalidad de hecho por tratarse de un conjunto de cosas y derechos, verdadero organismo económico con perfecta unidad(3)(1186).

Algunos autores sostienen, no obstante, que la distinción entre universalidad de hecho y de derecho pierde interés en el derecho moderno, donde se acepta que toda universalidad, desde el punto de vista jurídico, es al mismo tiempo de hecho y de derecho. Así, Francisco Garo expresa que no existe una línea de separación entre universalidad de hecho y de derecho, inclinándose por reconocer que el Fondo de Comercio es una realidad jurídico - económica(4)(1187). Otros tratadistas en cambio, opinan que se trata de una universalidad jurídica pero no una persona ni un sujeto de derecho, y las deudas del enajenante no se transmiten al adquirente por el solo hecho de la transmisión(5)(1188).

No obstante la posición predominante en la doctrina y la jurisprudencia argentina que hemos mencionado, nos parece más correcto, de acuerdo a la inteligencia de la ley, referirse al Fondo de Comercio como una universalidad jurídica, en razón de tratarse de un complejo de bienes materiales e inmateriales con un destino económico que forma una unidad u organismo jurídicamente individualizado, pero que integra el patrimonio general del titular, que puede ser objeto de negocios y relaciones jurídicas y que legalmente, se halla protegido en su totalidad y también en cuanto a los bienes que lo constituyen, en tanto puedan ser objeto de protección.

Cabe también mencionar el problema de la determinación del carácter del Fondo de Comercio, o sea, si el mismo debe ser considerado mueble o inmueble. La tesis que predomina al respecto es la que sostiene que el Fondo tiene un carácter mueble, en razón de que su elemento funcional preponderante es de naturaleza mueble y así lo ha interpretado igualmente la jurisprudencia argentina(6)(1189). Como consecuencia de esta interpretación resulta factible que los bienes del Fondo puedan ser dados en prenda comercial(art. 580 del C. de C.), en prenda de registro(arts. 10 y 11, inc. d, Ley 12. 962), pero no en hipoteca(art. 3108 del C. Civil); y que el legado o donación sobre todos los muebles comprenderá por lo tanto el Fondo de Comercio.

Pero es de advertir que no obstante la asignación del carácter mueble del Fondo, no es de aplicación el principio general de que la posesión de buena fe vale título, establecido en el artículo 2412 del C. Civil, en atención a su carácter de bien inmobiliario incorporal. El propietario del Fondo de Comercio que hubiere perdido la posesión puede reivindicarlo, aún hallándose en manos de un tercero de buena fe, dado que éste no podría ampararse en la norma citada. Por otra parte, el Fondo de Comercio es un cuerpo cierto y no una cosa fungible(7)(1190).

2. LA TRANSFERENCIA A TERCEROS; DIVERSAS FORMAS DE TRANSMISIÓN

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La ley 11. 867 contempla casi exclusivamente la compraventa, lo que ha motivado la necesidad de interpretaciones jurisprudenciales para las transferencias o transmisiones de otro origen. Estas interpretaciones fueron marcando las pautas de aplicación de la ley al mismo tiempo que circunscribiendo los casos en los que necesariamente deben cumplirse los recaudos legales para que la transmisión quede configurada.

De manera que toda enajenación a título oneroso o gratuito realizada en forma privada o en público remate, debe verificarse con arreglo a la ley mencionada, a no ser que la transmisión tuviera lugar por causa de muerte del titular de la empresa, en cuyo caso quedará regida por las normas del C. Civil, pudiendo oponerse los acreedores a la entrega de las porciones hereditarias o legados que los herederos o beneficiarios tuvieran en la empresa, hasta ser pagadas sus respectivas acreencias con la misma (art. 3475 C. C.).

La ley 11. 867 enumera en su artículo primero los elementos que constituyen el Fondo de Comercio a los efectos de su transmisión, entre los que se incluyen el nombre y enseña comercial, las patentes y marcas de fábrica, las instalaciones, existencias de mercaderías, clientela y todos los derechos derivados de la propiedad comercial, industrial o artística. Esta enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa, pudiéndose en consecuencia excluir algunos de los elementos mencionados como incluirse otros no enumerados, ya que se considera que una enumeración ejemplificativa de los principales elementos integrantes de una institución, constituye una guía útil para la mejor inteligencia de los preceptos contenidos en un cuerpo legal.

La ley impone en el artículo segundo la exigencia de que toda transmisión por venta o por cualquier otro título oneroso o gratuito, sólo podrá efectuarse válidamente con relación a terceros, previo anuncio en el Boletín Oficial de la jurisdicción respectiva y en uno o más diarios o periódicos del lugar del establecimiento a transferir, con indicación de su clase y ubicación, nombres y apellido del vendedor y del comprador y, en caso de intervención, los del martillero y del notario con cuya actuación se verifica el acto.

Estos detalles de la publicación son considerados esenciales para su validez, pudiéndose alegar la inoponibilidad de la venta a terceros en caso de omisión de algunos de sus requisitos. Se persigue con ello la más amplia difusión de la enajenación, para que quienes operen en el establecimiento vendido se anoticen de la transferencia y puedan ejercer en término sus derechos. Para el caso de existir sucursales la publicación deberá igualmente realizarse en cada uno de los lugares donde tenga asiento legal.

El transmitente está obligado a suministrar al adquirente una nota detallada de los acreedores de la empresa, monto de la deuda y fechas de vencimiento. Aunque la omisión del cumplimiento de esta obligación no llega a afectar la validez de la transferencia, puede originar en cambio la responsabilidad solidaria del comprador y de los intervinientes en la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

negociación. Ello no perjudica la facultad que tiene siempre cualquier acreedor de la empresa para presentar su crédito con motivo de las publicaciones, con tal que el mismo provenga de mercaderías u otros bienes suministrados a la misma(art. 8°), lo que en verdad nunca es fácil precisar cuando la acreencia está referida al Fondo de Comercio o reviste carácter particular. La jurisprudencia ha admitido la tesis de la exclusión de los acreedores particulares del transmitente, aceptando que deben satisfacerse únicamente aquellas obligaciones que se han contraído para acrecentar el acervo del negocio(8)(1191).

Para el caso de no ejercer los acreedores los derechos que la ley les acuerda, sólo les quedará como único camino el de accionar directamente contra el enajenante. El plazo para efectuar las oposiciones es de diez días corridos a contarse desde la última publicación, debiendo verificarse las notificaciones en el domicilio que figura en el aviso publicado, pues de lo contrario carecerán de eficacia.

El derecho de oposición rige respecto de los acreedores quirografarios, en razón de que quienes tuvieran constituido a su favor algún derecho real sobre los bienes de la empresa, no tienen la obligación de presentarse con motivo de las publicaciones, dado que su privilegio los sitúa fuera de las sanciones de la ley. Tanto el comprador como el rematador o el notario que interviene tendrá obligación de retener las sumas de dinero que cubran el total de las oposiciones, depositarlas y mantenerlas por veinte días en depósito, a fin de que los acreedores puedan obtener su embargo judicial. Si dentro de este plazo no se trabare el embargo, tales sumas depositadas podrán ser dispuestas por el enajenante. En este aspecto cabe advertir que los intermediarios no podrán efectuar pagos directos a los acreedores del enajenante, ni aún a los acreedores privilegiados(9)(1192). De allí que no resulta suficiente la oposición del acreedor para que éste pueda cobrar su crédito, sino que es necesario la traba del pertinente embargo judicial por la suma opuesta.

El documento de la venta sólo podrá otorgarse válidamente una vez transcurrido el plazo de diez días contados a partir de la última publicación. Además, para que el contrato produzca sus efectos con relación a terceros. se impone la obligación de su inscripción en el Registro Público de Comercio dentro del plazo de diez días contados a partir de la finalización del período de espera antes citado. Es de observar que la inscripción no podrá ser obstaculizada por los acreedores que no utilizaron los recursos que posibilita la ley en protección de sus créditos, ni tampoco por aquellos acreedores cuyos derechos estuvieren garantizados(10)(1193).

La tradición de la empresa a su nuevo titular debe ser verificada antes de la inscripción del contrato respectivo en el Registro Público de Comercio. El requisito de la tradición es esencial para la adquisición del dominio en el derecho positivo argentino(11)(1194), pudiendo ella ser real o sea mediante la entrega material, o bien simbólica, mediante la entrega de llaves, títulos representativos, etc.(12)(1195). Para el supuesto de que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vendedor se negare al cumplimiento de dicho requisito esencial, quedará a opción del adquirente exigirlo judicialmente o solicitar la rescisión del contrato con los daños y perjuicios consiguientes.

Cabe advertir que la ley 11. 867 prohíbe la enajenación del Fondo de Comercio si el precio de la venta resultare inferior al monto del pasivo que surge de las oposiciones formuladas, a no ser que los acreedores hubieren manifestado su expresa conformidad con dicha situación. En este aspecto corresponde puntualizar que no existe delegación de deudas al adquirente, de no mediar expresa aceptación de este último.

Resulta así que toda venta realizada de un Fondo de Comercio cuyo precio cubra el monto de las oposiciones presentadas, siempre se considerará válida, mientras que si las oposiciones no logran ser cubiertas con el precio de la enajenación, la transferencia no podrá concretarse. Si no obstante esta circunstancia la venta igualmente se realizare, la misma podrá ser atacada de nulidad por los acreedores cuyos créditos no fueron abonados pese a la oposición formulada.

La ley contempla la posibilidad de que la enajenación se efectúe bajo la forma de venta en block o fraccionada, en remate público, de las existencias de un Fondo de Comercio (art. 10). En tal caso el martillero interviniente deberá cumplir igualmente con las obligaciones antes señaladas, reteniendo y depositando las sumas necesarias para hacer frente a las oposiciones, entregando el remanente al vendedor. Si lo percibido no alcanzare a cubrir las sumas reclamadas por los acreedores de la empresa, deberá en tal caso depositarlo íntegramente, menos un porcentaje destinado al pago de su comisión y gastos incurridos. De igual modo que en la venta directa, al martillero, intermediario o notario, le está impedido efectuar pagos a los opositores, ni aún tratándose de acreedores privilegiados, sino que deberá proceder al depósito de lo obtenido en la negociación o remate a fin de que los acreedores puedan trabar los embarcos respectivos en resguardo de sus acreencias.

Diversas formas de transmisión: La ley 11. 867 es aplicable a cualquier transferencia de la hacienda o de elementos que puedan importar el conjunto de la misma, con excepción de la que tiene lugar por causa de muerte. Consecuentemente las mismas pautas de la compraventa son también aplicables para los supuestos de permuta, donación, dación en pago, remate o remate judicial(13)(1196). De igual modo y para los casos de aportes a sociedades de fusión con otras empresas, siempre será imprescindible cumplir con los trámites impuestos por la ley, para el debido conocimiento de los acreedores(Art. 44, Ley 19. 550)

Como se ha expresado anteriormente, la ley 11. 867 no es de aplicación a los casos en que la transferencia de la empresa se opere a favor de los herederos del titular de la misma, en el supuesto de la muerte de éste, en razón de que la citada norma legal comprende exclusivamente las transmisiones entre vivos(14)(1197). De ocurrir la muerte del empresario, la transferencia a sus herederos se regirá exclusivamente por las normas específicas del Código Civil, las que posibilitan a los acreedores del causante ejercitar la defensa de sus créditos en el momento de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

efectuarse la partición de los bienes sucesorios entre los herederos, oportunidad en que deberá separarse de la herencia bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión(Art. 3474 C. C.), dándose así a los acreedores reconocidos el derecho de oponerse a la entrega de las porciones hereditarias y legados hasta ser pagadas sus acreencias.

Corresponde mencionar que la experiencia obtenida en la aplicación de la ley 11. 867 (44 años), permite afirmar que ella ha sido de gran utilidad en la transferencia de las empresas a terceros, cumpliendo el fin primordial de proteger a los acreedores con créditos provenientes del suministro de mercaderías o de bienes diversos a la empresa, distinguiéndolos de los acreedores particulares del empresario, al acordarles a aquéllos el derecho de formular sus oposiciones. En tal sentido contribuyó a evitar la difusión de la mala fe de quienes enajenaban sus bienes para quedar en situación de insolvencia con el propósito de no cumplir con sus obligaciones. El éxito logrado al respecto no oculta la necesidad de su mejoramiento, mediante la adecuación de sus normas en base a la experiencia recogida y la imposición obligatoria de la intervención notarial en la concertación de toda transferencia de empresa, cuya instrumentación debería verificarse con exclusividad mediante escritura pública, en razón de sus ventajas indiscutibles en cuanto a fecha cierta y a la seguridad jurídica en la transacción.

3. LA TRANSFERENCIA A LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA

En la transferencia a terceros, como hemos visto, el problema adquiere relevancia cuando se trata de la transmisión de la empresa individual o social en su conjunto. Tal forma de transmisión es igualmente aplicable cuando ella se realiza inter - vivos a los miembros de la familia, en cuyo caso las normas legales de aplicación son las referidas en el apartado anterior. En cambio, cuando se trata de la transferencia "mortis causa", el problema se relaciona con el principio de conservación de la empresa y con la transferencia de los créditos, deudas y contratos de la explotación empresarial. Los consideramos sucintamente por separado.

a) Con respecto al principio de conservación de la empresa: En nuestra legislación no existe inconveniente o dificultad alguna en el supuesto de que en la sucesión "mortis causa" del titular de la empresa hubiera un solo heredero, ya que la misma pasará en tal caso a éste. En cambio, las dificultades aparecen en el caso que los herederos fuesen varios.

Nuestro Código Civil, acorde con los principios imperantes en la época de su sanción, receloso de todo tipo de copropiedad, fijó como principio general en el artículo 3452 la siguiente norma: "Los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes pueden pedir en cualquier tiempo la partición de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la herencia, no obstante cualquier prohibición del testador o convenciones en contrario". De igual modo y en materia sucesoria, rige en nuestro derecho el principio de la división de los bienes en especie.

No obstante lo expuesto, el mismo Código Civil morigeró en cierta forma estos principios al establecer en el Título referido al Condominio, capítulo de la Indivisión Forzosa, el artículo 2715 que reza: "Habrá indivisión forzosa cuando la ley prohíbe la división de la cosa común o cuando lo prohibiere una estipulación válida y temporal de los condóminos o el acto de última voluntad también temporal, que no exceda en uno y en otro caso el término de cinco años, o cuando la división fuere nociva por cualquier motivo, en cuyo caso debe ser demorada cuanto sea necesaria para que no haya perjuicio a los condóminos". Como observamos, de acuerdo a los mencionados principios generales, en el caso de una sucesión con varios herederos si no convinieran entre ellos en continuar la explotación de la empresa, ya sea en condominio manteniendo la indivisión hereditaria o constituyendo una sociedad de los tipos previstos en la ley respectiva, se llegará al desmantelamiento de la hacienda de la empresa.

Con el propósito de morigerar los principios del citado artículo 2715, fue dictada la Ley 14. 394 cuyos artículos 51 a 55 contemplan el problema desde el punto de vista de la empresa, estableciendo: Art. 51: Toda persona podrá imponer a sus herederos aún forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios por un plazo no mayor de diez años. Si se tratare de un bien determinado o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese tiempo exceda los diez años. Cualquier otro término superior al máximo permitido se entenderá reducido a éste. El juez podrá autorizar la división total o parcial a pedido de parte interesada y sin esperar el transcurso del plazo establecido, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad o interés legítimo de terceros. Art. 52: Los herederos podrán convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la partición temporaria del uso y goce de los bienes entre los partícipes. Si hubiera herederos incapaces, el convenio concluido por sus representantes legales no tendrá efecto hasta la homologación judicial.

Estos convenios podrán renovarse al término del lapso establecido. Cualquiera de los herederos podrá pedir la división antes del vencimiento del plazo, siempre que mediaren causas justificadas.

Como observamos, estas disposiciones de la ley 14. 394, además de fijar una regulación más integral del problema, amplían el plazo máximo de cinco años autorizado por el Código Civil, para que el testador o los condóminos puedan imponer, mediante pacto expreso, la indivisión forzosa.

Pero la ley acuerda igualmente esa facultad al cónyuge sobreviviente que hubiera adquirido la empresa o contribuido a formarla en todo o en parte

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

al establecer: Art. 53: Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal que constituya una unidad económica, el cónyuge superviviente que lo hubiere adquirido o formado en todo o en parte, podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años. A instancia de cualquiera de los herederos el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurrieran causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión. Durante la indivisión la administración del establecimiento competirá al cónyuge sobreviviente. Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada con el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos.

La situación de los terceros y acreedores particulares es también contemplada en la ley en los dos artículos siguientes: Art. 54: La indivisión hereditaria no podrá oponerse a terceros sino a partir de su inscripción en el Registro respectivo. Art. 55: Durante la indivisión autorizada por la ley, los acreedores particulares de los copropietarios no podrán ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal del mismo, pero sí podrán cobrar créditos con las utilidades de la explotación correspondiente a su respectivo deudor.

La Ley de Sociedades Comerciales N° 19. 550 dictada en el año 1972, establece en el artículo 28 que en los casos contemplados en los artículos que se han transcrito de la ley 14. 394, si se continuase la explotación en forma societaria y existiesen herederos menores de edad, éstos deberán ser socios con responsabilidad limitada, debiendo el contrato respectivo ser aprobado por el juez de la sucesión.

De igual modo la Ley 17. 711 dictada en el año 1968, modificatoria del Código Civil, limitó los principios generales de la división cuando se tratare de la división en especie, al agregar al artículo 2326 la siguiente norma: "No podrán dividirse las cosas cuando ella convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar en materia de inmuebles la superficie mínima de la unidad económica", incorporando además el artículo 3475 bis que expresa: "Existiendo la posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir por los herederos la venta de ellos. La división de bienes no podrá hacerse cuando convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes según lo dispuesto en el artículo 2326".

b) Con respecto a la transferencia de créditos, deudas y contratos: Referente a la transferencia de los créditos, deudas y contratos de la explotación empresarial a los herederos como parte del patrimonio del causante, nuestra legislación sienta el principio de la confusión del patrimonio del causante y del heredero. El Código Civil establece que el heredero continúa la persona del causante y que es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor. De tal forma los acreedores podrán ejercitar la defensa de sus créditos en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

momento de efectuarse la partición de los bienes del causante entre sus herederos, oportunidad en que deberá separarse de la herencia bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión, dándose así a los acreedores reconocidos el derecho de oponerse a la entrega de las porciones hereditarias y legados hasta ser pagadas sus acreencias.

El citado principio de la confusión de patrimonios tenía no obstante la limitación del beneficio de inventario, impuesta en el Código a favor del heredero que expresamente aceptara dicho beneficio, en cuyo caso la confusión no era procedente, respondiendo sólo el heredero con el patrimonio que correspondía al causante. Al disponer la reforma del año 1968 que toda aceptación de herencia se presume hecha con beneficio de inventario, la confusión aludida se determina en forma menos absoluta, quedando limitada la responsabilidad del heredero por las deudas de la explotación empresarial del causante, al patrimonio de éste.

No obstante ello, la posibilidad de una previsión estatutaria de desaparición de la empresa individual puede encontrarse en la situación contemplada en el artículo 94, inc. 8°(1)(1198) de la Ley 19. 550 que regula las sociedades mercantiles, precepto que ante la eventualidad de quedar reducida la sociedad a un socio, permite la continuación del giro social por un período de tres meses para la incorporación de nuevos socios a la entidad, en cuyo supuesto la sociedad proseguirá su desenvolvimiento normal. En el caso de no lograrse el ingreso referido en el plazo mencionado, la empresa entrará entonces en proceso de disolución.

Puede decirse que en esta eventualidad se tratará de la disolución de una sociedad, o sea una empresa constituida por dos o más personas, pero la norma indicada, cuya finalidad es la de velar por el principio de conservación de la empresa, permite que ésta pueda continuar operando