

## IV. NEGOCIOS PARASOCIETARIOS

### EL FONDO DE COMERCIO Y LA LEY 24.441

OTILIA DEL C. ZITO FONTÁN

#### **PONENCIA**

- 1) La explotación del *Fondo de Comercio* puede ser objeto del contrato de *fideicomiso*.
- 2) Es necesario cumplir con el procedimiento establecido en la ley 11.867, en cuanto a publicidad y oposición.
- 3) La ley 24.441 ha incorporado, a través de los arts. 14, 15 y 16, una institución novedosa en el derecho positivo argentino como es el *patrimonio de afectación*, cuya viabilidad ha provocado opiniones contradictorias en la doctrina nacional y extranjera.
- 4) Con la constitución de un fideicomiso, cuyo objeto sea la explotación de un *Fondo de Comercio*, se da un paso en nuestro derecho a la creación de la *empresa individual de responsabilidad limitada*.

#### **FUNDAMENTOS**

##### **1. Introducción**

El objeto del contrato de fideicomiso es la transmisión de la propiedad fiduciaria de bienes determinados. Parece clara la intención del legislador de no incluir las universalidades.

Si entendemos al Fondo de Comercio como el conjunto de elementos materiales e inmateriales de carácter heterogéneo, que por voluntad de su titular están afectados a una actividad económica determinada, puede su explotación ser objeto del contrato de fideicomiso.

El Fondo de Comercio no tiene en sí mismo una autonomía jurídica, ni como objeto, ni como sujeto de derecho; sino en la medida que el comerciante titular del mismo constituya con esos elementos una unidad, que no es reconocida por la ley como categoría autónoma.

Como objeto de transferencia, el Fondo de Comercio no está tratado en la ley como una universalidad. Los elementos que lo integran, en su heterogeneidad, conservan su propia identidad y su propio régimen de protección legal. Todos ellos están organizados para servir a la explotación comercial; tienen cualidades y valores propios, a los que debe agregarse el del propio establecimiento que integran (valor de la clientela, ubicación privilegiada en el mercado, etc.), con una idea organizadora que es la que vincula esos elementos entre sí y les da un valor superior a la suma de sus valores individuales.

La existencia de un régimen especial, que regula en forma parcial uno de los aspectos del Fondo de Comercio, como es su transferencia y la oponibilidad a terceros, no autoriza a concluir en que la ley haya considerado una universalidad de hecho, o de derecho, como se ha afirmado por algunos sectores de la doctrina.

Hay transferencia de Fondo de Comercio, cuando en virtud de la transmisión de algunos de sus elementos, se deduzca que con ellos se ha cedido la funcionalidad del establecimiento.

El Fondo de Comercio como "objeto de transferencia no está tratado en la ley como universalidad, sino como el conjunto de los muebles y algunos derechos inmateriales vinculados a la explotación".<sup>1</sup> No forman parte de él los créditos, las deudas y los contratos. La ley establece un sistema de publicidad y oposición que tiene por objeto que el adquirente no responda por las deudas anteriores a su compra, salvo que exista una aceptación expresa de los mismos y con la conformidad de los terceros acreedores y/o interesados.

El cedente no se libera de las obligaciones contraídas con fecha anterior a la cesión, sino media expresa conformidad de los acreedores. El cesionario, por su parte, deberá notificar a los deudores del cedente la transferencia efectuada, a los efectos de evitar que el pago efectuado a éste produzca efectos liberatorios, conforme lo establecido por la normativa del derecho común.

Tampoco forman parte del Fondo de Comercio, los inmuebles, que no están incluidos en el art. 1º de la ley. Si se transfiere con el inmueble donde funciona el establecimiento deben cumplirse las formalidades del Código Civil a su respecto; compartimos en este tema la doctrina y jurisprudencia que establece que la transferencia debe perfeccionarse mediante el otorgamiento de la escritura pública (que implica la formalidad mayor).

<sup>1</sup> LE PERA, Sergio: *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 75

Consideramos, conforme lo expuesto, *que los elementos que integran el Fondo de Comercio pueden transmitirse en propiedad fiduciaria, mediante un contrato de fideicomiso que tenga por objeto la explotación, por parte del fiduciario, de dicho fondo, en beneficio del propio fiduciante o de un tercero.*

## **2. Aplicación de la ley 11.867**

El legislador ha debido regular esa realidad económica para atender a un aspecto, que aunque parcial como es la transferencia, ha motivado en la práctica problemas casi insolubles a las partes y a los terceros interesados.

Establece la ley 11.867 (arts. 1º y 2º) que la “transmisión por cualquier título” de los elementos integrantes del Fondo de Comercio, sea por “venta o cualquier otro título oneroso o gratuito”, sólo podrá efectuarse válidamente con relación a terceros, previo cumplimiento del procedimiento en ella establecido, de publicidad y oposición.

La pregunta obligada en el tema que nos ocupa, es si debe cumplirse con los recaudos de la ley 11.867, tratándose de una transmisión fiduciaria de bienes al solo efecto de la explotación del Fondo de Comercio, en beneficio de persona distinta del fiduciario.

La transmisión de la propiedad fiduciaria no es onerosa ni gratuita, sino una transmisión a “título de confianza”. La calificación de ese carácter corresponde a la naturaleza del encargo que tenga el fiduciario para disponer de los bienes fideicomitidos en forma onerosa o gratuita. Pero no califica al contrato mismo. Tampoco lo califica a que el fiduciario perciba o no una remuneración por el encargo, que por otra parte la ley presume, salvo estipulación en contrario (art. 8º).

Como hemos expresado, el legislador, motivado por la gran preocupación del fraude en las transferencias de los Fondos de Comercio, estableció una técnica de protección a terceros, para que éstos puedan ejercer sus derechos, basado fundamentalmente en técnicas de publicidad y oposición, que aunque creamos que adolece de algunos problemas, ha contribuido a moralizar y encauzar estas contrataciones, y deben respetarse. Técnicas éstas que protegen igualmente al adquirente, a efectos de conocer el verdadero pasivo, del que pueden llegar a hacerse cargo.

Es el único medio que tienen los terceros acreedores de tomar conocimiento de la transferencia y oponerse en término a la misma; de esta facultad gozan únicamente los acreedores del fondo, en razón de su vinculación con la explotación del establecimiento; no gozan de ella, en cambio, los acreedores particulares del enajenante o cedente, cuyo crédito no tenga origen en dicha explotación. Ello se corresponde con el sistema que

establece la ley sobre las nóminas de acreedores que debe entregar el enajenante obligatoriamente al adquirente.

Volviendo al tema de nuestra pregunta inicial, al decir el art. 1° que el procedimiento de la ley 11.687 debe aplicarse en las transmisiones a "cualquier título", parece razón suficiente para concluir en que la transmisión fiduciaria es un supuesto incluido en la misma.

Pero existen otras razones que nos llevan a la misma respuesta, y que deben valorarse. Dado el régimen establecido en la ley 24.441, los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante y están exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y del fiduciante, salvo respecto de este último, la acción de fraude.

Implica lo dicho, que los acreedores que estén vinculados con la explotación del establecimiento, se encontrarán afectados en sus garantías luego de producirse la transmisión fiduciaria del Fondo de Comercio, desde que al no existir precio, el valor del fondo no ingresa el patrimonio del cedente, y la garantía común queda disminuida.

La ley crea con los bienes fideicomitidos un patrimonio separado que responde en forma exclusiva por las obligaciones nacidas en la administración de dichos bienes; no pudiendo los acreedores agredir los bienes restantes del patrimonio del cedente (fiduciante).

Adquiere mayor relevancia las cualidades personales del "nuevo titular" como administrador del establecimiento, ya que repetimos, son únicamente los bienes fideicomitidos los que responderán por las obligaciones que en su explotación se originen, y dependerá de su eficiencia en la conducción de los negocios, la suerte que corran los acreedores en la satisfacción de sus créditos.

El art. 15 de la ley 24.441 deja a salvo la acción de fraude, cuando el fiduciante haya efectuado la transmisión fiduciaria de los bienes perjudicando a sus acreedores. Los acreedores quirografarios podrán demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos, estando éste en estado de insolvencia, y siempre que el acto haya causado perjuicio al acreedor, haya disminuido el patrimonio "garantía común", y su crédito sea de fecha anterior a la fecha del acto que se pretende impugnar (acción revocatoria o pauliana arts. 961 a 971 del Cód. Civil).

Creemos que aunque la ley no lo diga, en caso de quiebra del cedente (fiduciante) tienen los acreedores a su favor la acción revocatoria concursal, que tiene por objeto la declaración de ineficacia, con respecto a los acreedores, de ciertos actos jurídicos que el fallido haya celebrado durante el período de sospecha, es decir, desde el momento en que el patrimo-

nio del deudor cae en estado de cesación de pagos y hasta la fecha del auto declarativo de la quiebra. Quedan comprendidos los actos art. 118 de la ley 24.522, que implican una liberalidad, de cuya enumeración la reforma eliminó el pago por cesión de bienes; la declaración de ineficacia, en estos casos, puede declararla el juez del concurso de oficio. Los demás actos realizados por el deudor en ese período, pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, cuando se acredite que el tercero tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor y que el acto provocó perjuicio a los acreedores (recaudo este último agregado expresamente en el art. 119 por la reforma).

La transmisión de la propiedad fiduciaria, como lo expresamos antes, no es gratuita ni onerosa, sino que se efectúa a "título de confianza". No está incluida en la enumeración taxativa del art. 118 L.C.; sólo puede ser declarada ineficaz con respecto a los acreedores a quienes les causó perjuicio, si se cumplen con los demás requisitos del mencionado art. 119 L.C.

No obstante los medios jurídicos expuestos que tienen los acreedores a su alcance, creemos que debe cumplirse con el procedimiento de la ley 11.867, de publicidad y oposición, previendo la posible intención de fraude por parte del cedente, que por otra parte es frecuente en la práctica mercantil.

Si la transmisión fiduciaria de los bienes para la explotación del Fondo de Comercio es eximida de cumplir con las normas mencionadas, los acreedores se verán seriamente perjudicados por la disminución en la garantía de sus créditos, en virtud de la creación del "patrimonio separado o de afectación" que nace con la constitución del fideicomiso, y no obstante lo establecido en el art. 15 de la ley 24.441, en cuanto que "a salvo la acción de fraude", cuyo alcance hemos analizado someramente.

Si bien la ley 24.441 es una ley especial, entendemos que en la transmisión fiduciaria para la explotación del Fondo de Comercio, no puede eludirse el cumplimiento de la ley 11.867.

### 3. Patrimonio de afectación

Como ya lo hemos mencionado, los arts. 14, 15 y 16 de la ley 24.441, introduce el instituto del *patrimonio de afectación* cuya viabilidad legal es aún discutida por parte de la doctrina nacional.

La elaboración doctrinal y legislativa del fondo o casa de comercio, deviene de la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del presente.

En nuestro país, conforme la legislación vigente, las obligaciones contraídas en el giro comercial del Fondo de Comercio repercuten sobre los elementos que la integran (algunas cosas muebles y derechos) que

están afectados a una actividad, y al mismo tiempo sobre el patrimonio restante de su titular, respondiendo éste con sus otros bienes. Consecuencia de ello es que en la transferencia del Fondo de Comercio, el pasivo no es asumido por el adquirente, salvo convención expresa en contrario.

La responsabilidad ilimitada es un principio general en nuestro derecho, que reconoce algunas excepciones como las que corresponden a los distintos tipos societarios, como el de la sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima; la responsabilidad del socio comanditario, el bien de familia, responsabilidad de la masa de acreedores en la quiebra, que se limita a los bienes a liquidar, beneficio de inventario en las sucesiones, etcétera.

En el Fondo de Comercio no existe una autonomía patrimonial que permita diferenciarlo del resto del patrimonio de su titular, y por tal circunstancia no existe un reconocimiento jurídico de privilegios sobre los bienes para el cobro de sus créditos.

El principio arraigado en nuestro derecho, explicado por Vélez Sársfield en la nota al art. 2312 del Código Civil, es el de patrimonio único, considerado como una *universitas iuris*. Mientras un precepto legal no lo establezca, no es posible atribuir al Fondo de Comercio una universalidad de derecho jurídicamente protegida, aunque esta afirmación tenga alguna excepción, como la faceta parcial de la ley 11.867 o la protección contra la competencia desleal.

La celebración del contrato de fideicomiso por el que su titular (fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria del Fondo de Comercio al fiduciario, con el encargo de administrarlo en beneficio del mismo titular-fiduciante o de un tercero (beneficiario), conforme el régimen establecido en la ley 24.441, crea un "patrimonio de afectación", separado del patrimonio del fiduciante y del fiduciario.

Se torna relevante la figura del "fiduciario" como responsable de la administración de los bienes fideicomitidos. No establece la ley 24.441 una sanción especial para el fiduciario que actúe dolosamente en el cumplimiento de sus obligaciones, pero al art. 6º dice que deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención "con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él". En el Código Penal, en el título VI del Libro Segundo: "Delitos contra la propiedad", capítulo IV, sobre delitos de estafas y otras defraudaciones, el art. 172 establece pena de prisión de un mes a seis años, al que "defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño". La ley 24.441, entre las modificaciones a

ese cuerpo legal, agrega al art. 173, sobre casos especiales de defraudación, el inc. 12, relativo al “titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de *leasing*, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes”, aplicando a este supuesto la pena prevista en el artículo anterior.

#### 4. *Empresa individual de responsabilidad limitada*

La intención de crear patrimonios independientes afectados a empresas determinadas, ha dado lugar a la elaboración de una nutrida doctrina en el ámbito nacional y en el extranjero.

Algunas han propuesto como técnica la sociedad unipersonal, otras han descartado esta propuesta, inclinándose por incorporar la “empresa individual de responsabilidad limitada”, mediante un estatuto autónomo.

Este debate no ha cesado, y la discusión que ha generado el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial y el proyecto de reforma al régimen societario, que incluyen la posibilidad de constituir sociedades anónimas y de responsabilidad limitada por un solo socio, es prueba de ello.

Entre quienes propician la incorporación del instituto de la “empresa individual de responsabilidad limitada”, están los defensores del reconocimiento de un “sujeto de derecho” con personalidad jurídica, independiente de la persona individual, que compromete una parte de sus bienes en función de una empresa determinada; y por otra parte están quienes simplifican notablemente la cuestión, permitiendo al empresario limitar su propia responsabilidad al capital afectado a determinada empresa, al margen de la idea de la personalidad distinta de ésta, permitiendo así la creación de un “patrimonio de afectación”, en función de una actividad específica.

Haciendo hincapié en la situación de quiebra del empresario, para ambos sectores de opinión las consecuencias son distintas.

Quienes propician la creación de un ente con personalidad jurídica independiente de la del empresario<sup>2</sup> sostienen que este reconocimiento es indispensable para que la quiebra de la empresa no importe la de su titular, argumentando que la quiebra del patrimonio de afectación, sin titular, sería incongruente con instituciones típicas del derecho concursal, como el desapoderamiento, calificación de conducta, etc. Que “el patrimonio

<sup>2</sup> FAVIER-DUBOIS, Eduardo M. (p.): Ponencia al V Congreso de Derecho Societario, Huerta Grande. Córdoba, t. I, pp. 329 y s.

de afectación no puede crear la autonomía patrimonial propia de la personalidad jurídica diferenciada". Que la solución se encontraría en reconocer personalidad al patrimonio de afectación, el que en consecuencia dicen, dejaría de serlo y volveríamos al punto de partida.

Por su parte, en el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación en 1990, presentado por el diputado escribano Alberto Aramauni, por el que se crea la "empresa individual de responsabilidad limitada" como un patrimonio de afectación, que no genera una persona jurídica distinta de la persona física que lo crea, la quiebra de la empresa está prevista como una de las causales de terminación de ésta, agregándose que la quiebra de la empresa no provoca la quiebra del empresario, ni la de éste la de aquélla.

Para ambas corrientes de opinión la empresa individual de responsabilidad limitada debe ser constituida por persona física únicamente.

Con la constitución de un fideicomiso que tenga por objeto la explotación del Fondo de Comercio, se da paso a la creación en nuestro derecho, de una *empresa individual de responsabilidad limitada, sin personalidad jurídica diferenciada*.

El objeto es la administración y explotación de la empresa, por cuenta de quien hizo el encargo (judicante) y en favor de éste o de un tercero beneficiario, nunca en beneficio del propio fiduciario.

Ponemos especial énfasis en la situación de la quiebra del empresario, conforme las distintas corrientes doctrinarias, por la novedad que implica el nuevo régimen de la ley 24.441, que dice expresamente en el art. 16, que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos, para hacer frente a las obligaciones de fideicomiso, no da lugar a la declaración de quiebra de ese patrimonio, sino a la liquidación extrajudicial del mismo, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integran y distribuir los fondos obtenidos a los acreedores, conforme al orden de privilegios previstos en la Ley de Concursos.

Esta norma, junto con las que establecen la creación del patrimonio de afectación (arts. 14/15) introducen una novedad en el derecho argentino, cuyo análisis y consecuencias prácticas exceden los límites de esta ponencia.