



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Económicas
Biblioteca "Alfredo L. Palacios"



Tratamiento tributario de las transferencias de fondos de comercio

Ferrer, Victor D.

2003

Cita APA: Ferrer, V. (2003). Tratamiento tributario de las transferencias de fondos de comercio. Buenos Aires : Universidad de Buenos Aires.

Facultad de Ciencias Económicas. Escuela de Estudios de Posgrado

Este documento forma parte de la colección de tesis de posgrado de la Biblioteca Central "Alfredo L. Palacios". Su utilización debe ser acompañada por la cita bibliográfica con reconocimiento de la fuente.

Fuente: Biblioteca Digital de la Facultad de Ciencias Económicas - Universidad de Buenos Aires

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
POSGRADO DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN

Col. 1302/0247

TEMA:

TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LAS TRANSFERENCIAS
DE FONDOS DE COMERCIO

CATALOGADO

ALUMNO: VICTOR D. FERRER
DNI: 14.131.724

Dep. N. 23210, H. 523
F2T
Trab. Posgr.

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
Profesor Emérito Dr. ALFREDO L. PALACIOS

ENCUADRE TRIBUTARIO DE LAS TRANSFERENCIAS DE FONDOS DE COMERCIO

SUMARIO

1. Introducción	4
2. Noción conceptual de Fondo de Comercio	4
3. Enfoque de la legislación comercial	6
3.1. El tratamiento en la ley 11.867.....	6
3.2. Vínculos entre el concepto de empresa y fondo de comercio.	9
3.3. Manifestación de la empresa en la faz jurídica.	11
3.4. Actos jurídicos que pueden implicar la transferencia de un Fondo de comercio.	16
3. 4. 1. Donación.....	17
3. 4. 2. Permuta.	17
3. 4. 3. Aportes a sociedades.	17
3. 4. 4. Reorganizaciones societarias.	18
3. 4. 5. Transferencia del patrimonio social	19
3. 4. 6. Cesión de participación social.	19
3. 4. 7. Transmisión "mortis causa".....	20
3. 4. 8. Fideicomisos.	21
3. 4. 9. Transferencias parciales de elementos del fondo.	22
3. 4. 10. Remate	23
3. 4. 11. Actividades Civiles	23
3. 5. Elementos constitutivos del Fondo de Comercio	23
3. 5. 1. Instalaciones.	25
3. 5. 2. Bienes Muebles.	25
3. 5. 3. Existencias en mercaderías.	26
3. 5. 4. Nombre y enseña comercial.	27
3. 5. 5. Clientela.	29
3. 5. 6. Derecho al local	31

3. 5. 7. Marca	33
3. 5. 8. Patentes de invención	35
3. 5. 9. Dibujos y modelos industriales	36
3. 5. 10. Distinciones honoríficas	37
3. 5. 11. Valor llave	37
3. 5. 12. Demás derechos derivados de la propiedad comercial, industrial y artística.	40
3. 5. 13. Elementos excluidos de la universalidad del fondo...	43
3. 5. 13. 1. Inmuebles.....	43
3. 5. 13. 2. Trabajo y efectos personales	44
4. Enfoque según la legislación laboral.	44
5. Contrato de transferencia de fondo de comercio	46
5. 1. Naturaleza	46
5. 2. Requisitos legales	48
5. 3. Efectos del contrato	50
5. 3. 1. Régimen de publicidad.....	50
5. 3. 2. Régimen de oposición	52
5. 3. 3. Retención y depósito	56
5. 3. 4. Instrumento contractual	56
5. 3. 5. Inscripción registral	58
5. 3. 6. Remate público	61
5. 3. 7. Cesiones de partes, cuotas o acciones	62
5. 3. 8. Inoponibilidad de la personalidad jurídica	66
6. Tratamiento tributario de las transferencias de fondos de comercio	67
6. 1. Aspectos inherentes a la atribución de responsabilidad solidaria al cesionario.	67
6. 1. 1. Bienes propios.....	69
6. 1. 2. Subsidiariedad.	69
6. 1. 3. Solidaridad.	69
6. 1. 4. Terceros involucrados	69
6. 1. 5. Sanciones aplicables	70
6. 1. 6. Activos y pasivos	70
6. 1. 7. Atribución del hecho imponible a la unidad económica	71

1. INTRODUCCIÓN

Al efectuar la selección de uno entre varios temas sobre los que potencialmente versaría el trabajo final de la carrera de Especialización en Tributación, resultó ser el relativo al enfoque tributario de las transferencias de fondos de comercio el más interés suscitó.

En el tratamiento del mismo se pretende en primer lugar, dar los lineamientos básicos que el Derecho Comercial hace aplicable a este tipo de operaciones, y de ésta forma, enmarcar conceptualmente las mismas desde una visión estrictamente jurídica.

Luego se aborda el tema desde la óptica tributaria, valiéndose de legislación, jurisprudencia y doctrina, procediendo a analizar en primer lugar la atribución de responsabilidad solidaria al cesionario prevista en la ley de procedimiento.

Seguidamente se encara el tratamiento en el Impuesto al Valor Agregado, en el Impuesto a las Ganancias y en tributos locales.

Como conclusión y a modo de propuesta, se ensaya un esbozo de aquellos aspectos que se entienden susceptibles de ser contemplados en una próxima reforma legislativa, habida cuenta de los vacíos y resquicios que posibilitan fugas de recaudación, y que definitivamente generan situaciones manifiestamente inequitativas que violentan el tratamiento igualitario de los contribuyentes, a la vez que provocan distorsiones en la genuina concepción de los negocios.

2. NOCIÓN CONCEPTUAL DE FONDO DE COMERCIO

El concepto de fondo de comercio involucra una serie de elementos componentes de la explotación comercial. Dentro de dichos elementos

integrantes se encuentran objetos materiales y activos intangibles, que conforman una sinergia para el alcance y logro de los objetivos comerciales.

Este conjunto heterogéneo de bienes se manifiesta en términos de valuación al momento de procederse a su venta. En dicho momento, conservan su propia identidad, pero en la enajenación en bloque, es cuando conforman una unidad independiente de los restantes bienes de su titular.

El valor económico del conjunto se encuentra en relación directa con la aptitud del fondo para generar un flujo de renta, lo que hará que el valor asignado al fondo tomado en su conjunto sea superior al valor venal de sus componentes.

Esta distinción entre un conjunto de elementos materiales e inmateriales, y ese mismo conjunto orientado hacia la consecución de beneficios económicos, hizo que la compraventa de establecimientos comerciales se convirtiera en un negocio usual en plaza.

Tal como puede deducirse el factor integrador del fondo de comercio reside en la capacidad de cada uno de los elementos integrantes del fondo para dar origen a réditos económicos, pero en función de una determinada explotación de índole comercial o industrial. Cabe mencionar que esta coordinación sólo es posible a través de la intervención del titular de la explotación.

Esta agrupación de bienes materiales e inmateriales capaz de generar beneficios por sí puede denominarse "llave objetiva", y es susceptible de ser objeto de una transferencia. Pero existe además un tipo de llave que podríamos denominar "llave subjetiva", que es la que justamente no es posible transferir ni es transmisible, y se refiere a factores inherentes a la persona del titular del negocio, como por ejemplo: simpatía, buen trato, capacidad para captar clientela, habilidad comercial, etc.

Todo esto se traduce en la obtención de la clientela y dan la posibilidad de obtener superganancias, o un plus de utilidades que se han denominado valor llave. De esta forma se observa que la noción de fondo de comercio está referida a un concepto dinámico, estrechamente vinculado al factor organizativo.

3. ENFOQUE DE LA LEGISLACIÓN COMERCIAL

3.1. El tratamiento en la ley 11867

El concepto de fondo de comercio encuentra su fundamento en una realidad económica, que debe ser pautada jurídicamente. El enfoque legislativo propiciado en la ley 11867 no establece un concepto jurídico, sino que se endereza a normar aspectos particulares de la transferencia en sí. De esta forma, ha perseguido su objetivo principal de proteger el interés de los acreedores, para ello al legislador le ha resultado suficiente la enumeración de los elementos constitutivos, de modo que la transferencia, por cualquier título, de todos, de alguno o de algunos de ellos, según los casos, requiera la aplicación del procedimiento especial por ella legislado.

Entre otros aspectos que resultan protegidos por la ley, se encuentra a la salvaguardia del fondo como unidad productiva y como derecho del adquirente, la enumeración legal y fundamentalmente la inclusión de la clientela y su protección por medio de la interdicción de la concurrencia o la competencia desleal.

Etcheverry¹ ha avanzado en el concepto de fondo de comercio, arribando a la conclusión de que se trata de "una estructura jurídica apta para permitir la venta de una organización o empresa económica en bloque facilitando la

¹ Etcheverry, Manual de Derecho Comercial y Económico, Parte General, Ed. Astrea, 4ta reimpresión, 2001, p. 446.

labor del empresario adquirente que puede continuar con la explotación sin solución de continuidad”.

Resulta apropiado efectuar la distinción del enfoque conceptual observado desde el punto de vista económico en relación con el punto de vista jurídico. Así es como desde la realidad económica, el establecimiento comercial puede concebirse como una organización destinada a producir beneficios económicos. En cambio, desde la óptica jurídica el legislador ha considerado algunos de sus elementos creando, una estructura sinérgica apta para ser transferida.

En suma, la realidad a regular, entroncada en lo económico y trascendente a lo jurídico es siempre una, aunque en este caso, se hace necesario fijar con precisión qué es para la ley y qué forma adopta aquella realidad en el campo normativo en el caso que nos ocupa.

Cuando tanto bienes materiales e inmateriales se integran en una organización empresaria, y constituyen en conjunto el fondo de comercio, este puede asumir el rol de garantía ante eventuales obligaciones asumidas por el titular.

De esta forma, quien reúna la calidad de acreedor del titular de un fondo de comercio ve protegido su crédito por dos clases de garantías:

- a. la que está constituida por el valor venal de los bienes materiales que forman parte de la explotación.
- b. la que se deriva del producto de la actividad de la explotación.

Si se trata de establecer un orden jerárquico en cuanto atañe a la importancia de ambas modalidades de resguardo del interés del eventual acreedor, en la generalidad de los casos es ésta última la que proporciona un mayor grado de seguridad en orden a la posibilidad de recupero del crédito.

Antes de la sanción de la ley 11.867, las posibilidades de cobro del acreedor desaparecían si el titular decidía de manera omnímoda su

transferencia. Así las cosas, el acreedor no tenía ninguna posibilidad de accionar contra el hipotético comprador salvo que éste asumiera expresamente el compromiso del reconocimiento de las deudas de su anterior titular, o bien que su crédito resultara exigible mediante la vía ejecutiva, lo cual sólo era factible de prosperar en el poco probable caso de que conociera de antemano la intención de transferencia por parte del titular.

Como puede apreciarse no existía solidaridad alguna entre cedente y cesionario, lo que perjudicaba sensiblemente las posibilidades de cobro del acreedor, quien veía que el aval de su crédito se evaporaba sin remedio, ya que resultaba imposible que el precio percibido por el cedente fuera a reemplazar a los bienes que antes actuaban como garantía.

Es por ello que la principal finalidad perseguida por la ley 11.867 es proteger los intereses del acreedor, estableciendo con tal motivo un condicionante a la legitimidad de la transferencia consistente en un sistema de garantía del crédito a favor de los acreedores del cedente, y de los terceros en general.

Las previsiones de la ley 11.867 resultan de aplicación a todo acto o contrato que implique la transferencia de un establecimiento comercial, toda vez que la normativa específica que lo rige no tuviera en cuenta el adecuado resguardo del interés de los acreedores y terceros, respecto del fondo que se transfiere.

La referencia a terceros que efectúa el legislador está dirigida a resguardar a otras personas físicas o jurídicas (entidades financieras, reparticiones públicas, etc.) que pueden objetar la falta de publicidad de la transferencia, justamente por verse privados de la información relativa al cambio de titular, situación patrimonial etc.

Surge con nitidez el carácter especial del régimen instituido por la ley 11.867, el que por lógica consecuencia modifica en algunos aspectos el

régimen del derecho común. Esto no significa la aplicación sin restricciones del principio de preeminencia de la ley especial sobre la ley general, sino que en caso de superposición o interferencia de normas debe privilegiarse la vigencia de la ley especial.

3. 2. Vínculos entre el concepto de empresa y fondo de comercio

El análisis de la relación entre el fondo de comercio y la empresa no constituye el objeto de nuestro trabajo, pero resulta necesario profundizar algunas cuestiones de carácter tangencial, que sin duda han de resultar esclarecedoras de ciertas imprecisiones conceptuales.

En la evolución histórica del derecho comercial, han prevalecido las figuras centrales del comerciante y del artesano, y es a través de ellas como comienza a surgir la noción de empresa a partir de su formulación económica, enraizándose luego como objeto de las ciencias más diversas.

En una primera etapa, la actividad económica se reducía a una mera actividad grupal en la que los individuos producían todo lo que necesitaban para su consumo, pasando posteriormente por la época en que el artesano, con materiales y herramientas propias, trabajaba para vender sus productos y el comerciante compraba para revender, se arriba a la "etapa de fábrica", donde el material, herramientas y mano de obra se separan y el empresario aparece como denominación frente al antiguo comerciante, adentrándose en la "economía de mercado".

Esta etapa se asienta en la asunción de dos clases principales de riesgos:

- a) el técnico, resultante de la compra, utilización y manejo de los factores de producción, y en síntesis de su coordinación.
- b) el económico, que implica la respuesta de un mercado consumidor incierto.

Así la empresa comercial nace desde un sentido económico, de la necesidad de diversificar el riesgo y aunar capitales para, mediante una organización y

combinación adecuada del personal y medios técnicos, con la finalidad de intervenir en la actual economía de mercado por medio de la producción, distribución o intermediación de bienes y servicios, con un fin de lucro.

En la actualidad, la mayor parte de las grandes empresas pertenecen en propiedad a un gran número de personas que no mantienen conexiones entre sí, a las que mayoritariamente no les preocupa ni se interesan por la dirección de la empresa.

Como bien apunta Vazquez Vialard,² la empresa como tal implica organización, y ello lleva ínsito el concepto de integración: el hombre no sólo encuentra en ella el sentido de una mera relación laboral y la satisfacción de sus necesidades económicas, sino que mantiene en su seno una vida de relación constante que se extiende, y comunica a todos los aspectos de su existencia.

De lo expresado hasta aquí, se puede inferir que en sentido económico la empresa comercial reúne las siguientes características principales:

- a) Es una organización, un ente complejo, que reúne en su seno capital, trabajo y medios técnicos, colocados bajo un poder de dirección.
- b) Este poder de dirección aúna esos elementos y los dirige a la producción, distribución o intermediación, no sólo de bienes materiales, sino también de servicios.
- c) Los bienes y servicios producidos son dirigidos al mercado general, y así el empresario asume sobre sí el riesgo que de no existir aquélla, la empresa, debería ser asumido personalmente por quien tuviera que procurarse directamente el bien que necesita.
- d) Toda esta actividad está destinada a la obtención de beneficios económicos.

De ahí que como con acierto agrega Zunino³, la nota determinante de la empresa, aun en su faz económica, sea la organización. La empresa es

² Vazquez Vialard Antonio, "Derecho del trabajo y de la seguridad social", Ed. Astrea, 1978, T 1, p. 217.

³ Zunino Jorge, Fondo de Comercio, Ed. Astrea, 2002, Pág. 21.

fundamentalmente actividad, por ello es que cuando se trata de objetivarla, la confundimos con sus elementos (capital, bienes materiales e inmateriales), y al tratar de subjetivarla, la superposición se produce con la figura de su titular (empresario).

3. 3. Manifestación de la empresa en la faz jurídica

En el derecho positivo la empresa irrumpe por varias vías que la doctrina ha distinguido de la siguiente manera:

a) Como acto de comercio.

En nuestro Código de Comercio el término empresa aparece en la redacción del art. 8vo inc. 5to, el que, siguiendo la línea de su modelo, el Código francés de 1807, dispone *"La ley declara actos de comercio en general... Las empresas de fábricas, comisiones mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra"*. La interpretación extensiva que le dieron luego la jurisprudencia y la doctrina, ampliaron sus alcances, extendiéndolos a una gran variedad de actividades, incluso los servicios.

Se comparte la postura de Zunino⁴, quien sostiene que las actividades enumeradas en el mencionado inc. 5to no necesitan, de acuerdo con su expresa regulación legal, ser ejercitados en forma de empresa para que se dé su comercialidad. Esto induce a pensar, que el legislador solamente utilizó la voz empresa para referirse a la empresa de fábrica, lo cual resulta más entendible dada la época de su redacción, pero si tenemos en cuenta que tal actividad queda subsumida en la redacción del inc. 1ro del mismo art. 8vo: *"Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor"*, podemos concluir que tampoco es necesaria su inclusión, lo que induce a pensar que si en una hipotética reforma se resolviera eliminar del inc. 5to la palabra empresa, en nada se modificaría el sistema del Código.

⁴ Zunino Jorge, Ob cit en 3, p. 25.

Tanto desde el punto de vista objetivo como desde el subjetivo, las notas predominantes para diferenciar la empresa (o el empresario) del comerciante individual, se fundan en el elemento organizativo (organización de capital, bienes y trabajo ajeno). El empresario no sería más que el "comerciante organizado".

En lo referente a la actualidad de nuestro sistema, se aprecia que no existe en el Código de Comercio una noción propia de empresa, ni elementos para lograrla o que guíen para construir una doctrina acerca de ella.

b) Por medio de la regulación del denominado "estatuto del empresario".

Esta forma aún no ha sido introducida en el ordenamiento vigente en nuestro país, aunque sí en las legislaciones de Suiza e Italia, donde han abandonado el sistema dual en materia de obligaciones y contratos, habiendo sustituido la figura del comerciante por la del empresario.

En una sociedad industrial en la cual el peso recae sobre los complejos productivos, parecía apropiado buscar una designación que según el uso corriente, resultara comprensivo de la actividad productiva fabril (industria) como la de intermediación, y en efecto, la de empresario resulta muy adecuada para dicho propósito.

De esta forma, cuando el derecho se encuentra unificado, el único interés en situar la figura del empresario es con el único objetivo de hacerlo objeto de sus particulares derechos y obligaciones, por esta razón se dice que la empresa penetra en la legislación privada por medio del "estatuto del empresario".

Así, el Código italiano de 1942, en su art. 2082, dice que "es empresario quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o el intercambio de bienes o servicios".

Por su parte, el reglamento del Código de las Obligaciones suizo proporciona un concepto de empresa diciendo que es "toda actividad económica independiente ejercida con el propósito de obtener una renta regular".

Las citas de estos ordenamientos al concepto económico de empresa se justifica en la medida en que para definir al empresario en materia de derecho comercial, se necesita recurrir a la noción de empresa comercial, tomando en cuenta su formulación económica, a la que manifiestan como "actividad" de quien sí es objeto de su expresa regulación: el empresario.

c) Con motivo de la legislación sobre transmisión de fondos de comercio.

Resulta difícil desentrañar desde el punto de vista jurídico los problemas derivados de la interrelación conceptual entre empresa y fondo de comercio.

Esta tarea se vería notoriamente facilitada si el segundo estuviera regulado en nuestro ordenamiento legal en forma institucional, o sea, si se reflejara normativamente su naturaleza tal como se muestra en el campo económico y no como es nuestra realidad jurídica que sólo toma algunos aspectos o elementos de esa organización.

La mayoría de los intentos que persiguieron establecer diferencias entre ambos conceptos, no han concluido con éxito su cometido. De esta forma, Halperín⁵ resume la postura de algunos doctrinarios que entienden la empresa como el "fondo de comercio en estado dinámico" y, en sentido contrario, el fondo como "la empresa en estado estático". Como sostiene Zunino⁶, los conceptos precedentes no tienen marco jurídico en nuestro sistema legal, sino que es el resultado de la interpretación de los arts. 2082 y 2555 del Código Italiano de 1942.

⁵ Halperín, Curso de derecho comercial, Vol I, p. 79.

⁶ Zunino Jorge, Ob. cit en 3, p. 35.

Es necesario concluir en que el fondo de comercio resulta una manifestación de la empresa. La empresa como tal implica la noción de actividad, lo que necesariamente conlleva al concepto de una organización orientada hacia diversos fines. Cuando uno de esos fines es comercial, se traduce en la demanda de beneficios económicos, y en esa búsqueda es cuando la empresa se muestra, se exhibe a terceros, en síntesis, se manifiesta desde la óptica jurídica como fondo de comercio.

- d) En materia laboral por la definición que de ella y del establecimiento mercantil brinda la ley 20.744, modificada por la ley 21.297.

La ley de Contrato de Trabajo define a la empresa diciendo: *"A los fines de esta ley, se entiende como empresa la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos..... A los mismos fines, se llama empresario a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la empresa. (Art. 5to, ley 20.744).*

Tal como explícitamente lo circunscribe el legislador, la mención de la empresa en el derecho laboral persigue el objetivo de regular la relación empleador – empleado.

- e) En materia de derecho societario.

La ley de Sociedades Comerciales en su art. 1ro establece: *"Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas".*

Tampoco en este plexo legal se localiza un concepto de empresa, aunque subyace la idea de actividad empresaria en torno a la definición jurídica de sociedad.

f) En la legislación concursal.

En esta materia el legislador ha procurado efectuar la distinción en forma precisa de la "empresa" respecto del "empresario", y cuando persigue la finalidad de conservación de la empresa, ello no implica que simultáneamente busque la protección del empresario.

De cualquier manera la ley 24.522 no formula una conceptualización jurídica de la empresa, sino que se orienta a preservar la continuidad de la actividad económica de la misma, y en salvaguarda de los intereses sociales, económicos y políticos que se verían seriamente afectados por la detención de la explotación.

Tal como se desprende de la formulación legal, el concepto empresa se encara desde una concepción eminentemente económica, prescindiendo de un concepto jurídico de la misma.

g) En el ámbito del derecho tributario, a través de la sujeción pasiva de los denominados sujetos empresa, independientemente del reconocimiento de su personalidad societaria.

Se concuerda con Zunino⁷, en que existen serias dificultades para desentrañar desde el punto de vista conceptual y terminológico, las diferencias entre empresa y fondo de comercio, dado que ante la ausencia de un concepto integral de empresa que eleve el derecho empresario al rango de categoría jurídica, la empresa seguirá estando privada de una definición jurídica, y por ende se deberá continuar ligando la misma al concepto de actividad.

La empresa no reviste la calidad de sujeto de derecho, sino que es el empresario, ya sea una persona física o jurídica, quien tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

⁷ Zunino Jorge, Ob. cit. en 3, p. 39

3. 4. Actos jurídicos que pueden implicar la transferencia de un fondo de comercio.

Para precisar si resultan de aplicación los preceptos de la ley 11.867 a un acto jurídico particular, es necesario analizar si dicho acto importa la transferencia de un determinado establecimiento comercial. En caso afirmativo, deberá analizarse un segundo aspecto vinculado con dicho acto, y este es el efectivo resguardo de los intereses de los terceros y acreedores que se ha verificado en el acto. Si en dicho acto se ha avalado convenientemente el derecho de los terceros y acreedores, no ha de resultar de aplicación el régimen de la ley 11.867, pero cuando aquello no ocurra, la observancia de éste se convierte en obligatoria.

Dada la redacción del art. 1ro de la ley, al enunciar los elementos del fondo de comercio y hacer mención de su transmisión por cualquier título, y del art. 2do, en lo relacionado con el régimen de publicidad obligatoria ya sea que la transmisión de un establecimiento comercial o industrial se efectúe por venta o cualquier otro título oneroso o gratuito, permite inferir que son varias las modalidades o formas de los actos jurídicos que pueden transmitir la titularidad de un fondo de comercio.

No obstante, pareciera que en el resto del articulado de la ley subyace exclusivamente el concepto de compra-venta, por lo que bien podría llegar a pensarse que la intención del legislador ha sido someter al requisito formal de la publicidad previa en todos los casos y cualquiera fuera la modalidad en que la transferencia se lleve a cabo, pero que de ahí en más sólo procura establecer recaudos que han de cumplimentarse únicamente en el caso de la compra-venta.

Esta interpretación literal se desvincula de la verdadera intención del legislador, ya que privaría al instituto de toda eficacia, por lo que no se

concuenda con ella. En realidad, los términos de vendedor y comprador deben entenderse como transmitente y adquirente por cualquier título.

3. 4. 1. Donación

Resulta obvio señalar que en esta transferencia lo es a título gratuito, pero deben cumplimentarse respecto de la misma la totalidad de las formalidades previstas por la ley.

En este caso cualquier acreedor puede oponerse a la transmisión utilizando la vía del derecho común, pero ello no es óbice para que los acreedores del fondo puedan ejercitar sus derechos relativos a:

- Solicitar el depósito de su crédito aunque no estuviere vencido.
- Oponerse aunque el cedente deudor estuviera en condiciones de ofrecer avales suficientes para la satisfacción de su crédito.

3. 4. 2. Permuta

En este caso el reemplazo de un bien por otro de valor equivalente no importa un aval apto para la satisfacción del derecho de los acreedores, que la ley 11.867 protege al otorgarles la facultad de manifestar su oposición a la transferencia aunque sus créditos no se hallaren vencidos, ya que la expectativa del recupero de sus acreencias estaba fundada no sólo en el valor de los activos materiales e inmateriales, sino en el rendimiento de la empresa en marcha. Sin perjuicio de lo antedicho, la permuta puede igualmente ejecutarse mediando acuerdo expreso de los acreedores.

3. 4. 3. Aportes a sociedades

El art. 44 de la ley 19.550 exige, además de la toma de inventario y su valuación, el cumplimiento de las disposiciones legales que rijan su

transferencia, por lo que la transferencia que fuera realizada soslayando las exigencias de la ley 11.867 no puede oponerse a terceros.

3. 4. 4. Reorganizaciones societarias

Este apartado se refiere genéricamente a la fusión y escisión de sociedades, quedando comprendidos en dichos conceptos, todas las especies y variantes que pueden ser aplicadas.

La ley 19.550 dice en su art. 82, que existe fusión *“cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas”*.

Del mismo modo en su art. 88, la escisión se verifica *“cuando una sociedad destina parte de su patrimonio a sociedad existente o participa con ella en la creación de una nueva sociedad o cuando destina parte de su patrimonio para crear sociedad nueva”*.

Resulta destacar que la propia ley de sociedades se preocupa por la protección del interés de terceros, en su art. 83, instrumentando un mecanismo parecido pero con idéntica finalidad que la propia ley 11.867.

Un caso que suele presentarse en la práctica es el de la transformación de sociedades tipificadas por la ley 19.550. La característica saliente de este tipo cambios es la subsistencia de los derechos y obligaciones anteriores a la transformación, quedando inalterada la responsabilidad de los anteriores socios, aún cuando se trate de obligaciones que deban ser cumplidas con posterioridad, salvo el supuesto en que los acreedores presten su conformidad expresamente. Este recaudo legal al que debe agregarse los requisitos propios del trámite registral de la transformación, tornan innecesario y sobreabundante la aplicación del procedimiento previsto en la ley 11.867.

3. 4. 5. Transferencia del patrimonio social

Se entiende por transferencia del patrimonio social, la toma de posesión del activo y reconocimiento del pasivo por parte de un tercero, ya sea que se trate de personas físicas o jurídicas. Dicha transmisión configura una transferencia de fondo de comercio que obliga al cumplimiento de los requisitos formales y materiales previstos en la ley 11.867.

Como bien sostiene Zunino⁸, la asunción por el adquirente del pasivo de un establecimiento comercial implica una delegación imperfecta que posiciona a los acreedores del fondo aún en mejor manera, debido a que la mentada asunción del pasivo por el cesionario le confiere directamente dos deudores personales y solidarios.

3. 4. 6. Cesión de la participación social

Tanto en legislación, jurisprudencia y doctrina, se interpreta que la cesión de las partes de interés, cuotas o acciones de una sociedad comercial no significa que se configure la transferencia del fondo de comercio integrante del patrimonio social. Desde el punto de vista estrictamente jurídicamente, se trata de una cesión de derechos y no de cosas, que no cambia ni altera los derechos de los acreedores sobre el deudor que continúa siendo la persona jurídica, no siendo óbice a ello el recambio de sus integrantes. Es la propia ley societaria, la que proporciona el remedio legal ante eventuales perjuicios causados a los acreedores, al otorgarles en su art. 54 la posibilidad de accionar contra los socios o controlantes intervinientes, haciéndoles extensiva la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños emergentes.

No se efectúa ningún aporte al reseñar que las formas jurídicas adoptadas mayoritariamente por las empresas son la organización como sociedades de responsabilidad limitada y como sociedades anónimas.

⁸ Zunino Jorge, ob cit en 3, pá.g. 58

Se entiende que al adoptar estas estructuras societarias se apunta fundamentalmente a los siguientes aspectos:

- Limitación de la responsabilidad al capital aportado.
- Razones inherentes a la planificación fiscal.
- Posibilidad de cesiones y transferencias de participaciones en el capital.

Resulta de práctica en el quehacer cotidiano que para el caso de pequeñas y medianas empresas se recurra a la sociedad de responsabilidad limitada y sociedades anónimas cerradas, que bajo la cobertura de la personalidad jurídica otorgada al ente societario se consignen aportes de capital desproporcionados o de por sí insuficientes, con lo que el derecho de los acreedores de hacer efectivos sus créditos se ve seriamente afectado.

Pero esto no es definitivamente así, debido a que surge una garantía adicional que se configura con el fondo de comercio, que excede la mera suma algebraica de los componentes patrimoniales, sino que se conforma por el valor llave de la organización, que supera a la forma societaria adoptada, y que pasa a ser la principal garantía, ya que es el elemento que oportunamente se hubo de tomar en cuenta a la hora de conceder el crédito.

3. 4. 7. Transmisión "mortis causa"

Las previsiones del Código Civil aplicables al caso tienden al adecuado resguardo del interés de los acreedores. De esta forma el art. 3474 prevé: "*En la partición, sea judicial o extrajudicial, deben separarse los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión*", y el art. 3475 dice: "*Los acreedores de la herencia, reconocidos como tales, pueden exigir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos*".

Debe distinguirse la transmisión por causa de muerte de aquella transferencia efectuada por los derechohabientes a un tercero. En este último caso resultan de aplicación las previsiones de la ley 11.867, máxime en el

supuesto donde la operatoria del negocio no se ha interrumpido, y donde es factible se produzca la aparición de nuevos acreedores, que de otra forma verán desprotegidos sus créditos.

3. 4. 8. Fideicomisos

El fideicomiso se encuentra regulado por la ley 24.441, y dada la amplitud y naturaleza de bienes que pueden ser objeto del fideicomiso, se aprecia posible que pueda constituirse un fideicomiso cuyo objeto sea el fondo de comercio.

Para la mencionada norma existe fideicomiso cuando el titular, fiduciante, transmita por acto entre vivos o disposición de última voluntad la propiedad fiduciaria del establecimiento a otra persona física o jurídica (fiduciario), y éste se obligue a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirla al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario al término de un plazo o al cumplimiento de una condición preestablecida.

Los bienes cedidos en fideicomiso constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y fiduciante, por lo que no resultan alcanzados por la acción singular o colectiva de sus acreedores, excepto en el supuesto de fraude.

La transferencia fiduciaria sólo surte efectos frente a terceros desde el preciso momento en que se cumplimentan todas aquellas formalidades exigibles acordes con la naturaleza de los bienes objeto del fideicomiso.

Este requisito es aún previsto con mayor solemnidad respecto de bienes registrables, respecto de los cuales debe procederse a la inscripción en el registro respectivo de la transferencia fiduciaria efectuada.

Sin perjuicio de la plena observancia y cumplimiento de los requisitos propios del instituto previstos por la ley 24.441, es de destacar que la transmisión fiduciaria de un fondo de comercio no exime del acatamiento de las condiciones impuestas por el régimen de la ley 11.867, la que en caso de quebrantamiento no importa la nulidad del fideicomiso constituido, pero resulta inoponible a acreedores y terceros.

3. 4. 9. Transferencia parcial de elementos del fondo

Resulta habitual que se opere la transferencia en forma parcial, es decir la transmisión aislada de algunos elementos del fondo.

Esta cuestión debe ser analizada a la luz de la interpretación que se efectúe del art. 1ro de la ley, y desde el punto de vista fáctico, verificar si se trata de una venta de un elemento cualquiera constitutivo del fondo de comercio, o bien si en forma subrepticia la venta aislada persigue la oscura finalidad de sustraerse al cumplimiento de las exigencias de la ley.

En tal caso se hace aplicable el artículo 11 de la ley 11.867 que dice: *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*.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina se han encargado de reseñar que el artículo invocado en el párrafo que antecede no es de aplicación automática en todos los casos, sino que es menester que los elementos transferidos impliquen la cesión de la potencialidad del negocio de mantener su clientela y giro comercial.

3. 4. 10. Remate

La ley 11.867 en su art. 10 dispone en forma clara y detallada, lo que releva de realizar mayores comentarios que " *En los casos en que la enajenación se realice bajo la forma de ventas en block o fraccionadas de las existencias, en remate público, el martillero deberá levantar previamente inventario y anunciar el remate en la forma establecida por el art. 2do, ajustándose a las obligaciones señaladas en los arts. 4to y 5to en el caso de notificársele oposición.*

En caso de que el producto del remate no alcance a cubrir la suma a retener, el rematador depositará en el banco destinado a recibir los depósitos judiciales, en cuenta especial el producto total de la subasta, previa deducción de la comisión y gastos que no podrán exceder del 15 por ciento de ese producto.

Si habiendo oposición el rematador hiciera pagos o entregas al vendedor, quedará obligado solidariamente con éste respecto de los acreedores, hasta el importe de la suma que hubiera aplicado a tales objetos."

3. 4. 11. Actividades civiles

Dado el carácter eminentemente comercial de la ley 11.867, la transmisión de establecimientos dedicados al desarrollo de actividades civiles no encuadra en las previsiones de la misma, la que por lógica consecuencia no se encuentra sujeta al cumplimiento de los recaudos exigidos por aquella.

3. 5. Elementos constitutivos del fondo de comercio.

La ley 11.867 prevé en su art. 1ro lo siguiente: " *Decláranse elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística".*

En el concepto del legislador intervienen en la conformación del fondo de comercio una serie integrada de elementos materiales e inmateriales que conforman una organización capaz de obtener beneficios económicos.

De este concepto pueden visualizarse dos tipos de elementos: por un lado los bienes tangibles o corporales y por otro los intangibles o incorporales, que en conjunto hacen al funcionamiento del negocio.

En la inteligencia de la norma, los elementos constitutivos del fondo no son factibles de ser objeto de transferencia, sino que sólo otorga al adquirente la condición de sucesor por mutuo acuerdo y con la aquiescencia de acreedores y terceros en general.

A nivel doctrinario se ha discutido el carácter enunciativo o taxativo de la enumeración efectuada por la ley. Sin desconocer la respetable opinión de quienes sostienen lo contrario, resulta evidente la naturaleza enunciativa de la misma, no obstante la exclusión de determinado tipo de bienes como es el caso de los inmuebles, que surge del último párrafo del art. 1ro al hacer mención de "*todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial y artística*".

Resulta indudable que la intención del legislador ha sido la de procurar una adecuada tutela y resguardo del potencial de producción de lucro económico que es inherente a la propia organización empresaria.

Es por ello que cuando se realiza la transferencia de alguno o de todos los elementos constitutivos del fondo de comercio, puede configurarse en los hechos la transmisión de aquel potencial lucrativo, lo que en definitiva culmina configurando el traspaso del fondo de comercio.

Dada la universalidad de hecho de los bienes que integran el fondo, la transmisión de éste implica la de aquellos. Esto resulta importante cuando desde el punto de vista contractual no se establezcan disposiciones

específicas en tal sentido, podría implicar que la totalidad de los bienes resultan objeto de la transferencia, salvo prueba en contrario.

Ahora bien, en caso de silencio de las partes en lo que atañe a los bienes que se transfieren, debe interpretarse a la luz de las previsiones establecidas en el art. 218 del Código de Comercio.

3. 5. 1. Instalaciones

La ley 11.867 no precisa desde un ángulo estrictamente jurídico el concepto de instalaciones. Es por ello que en subsidio de ello se aprecia de utilidad recurrir al concepto contable de instalaciones, el que se refiere a aquellos bienes muebles que se han transformado en inmuebles por accesión, a través de su incorporación física.

La naturaleza de las instalaciones ha sido motivo de especial tratamiento por el art. 2322 del Código Civil que les otorga con toda claridad la condición de cosas muebles al establecer: *"Las cosas muebles, aunque se hallen fijadas en un edificio, conservarán su naturaleza de muebles cuando estén adheridas al inmueble en mira de la profesión del propietario, o de una manera temporaria"*.

3. 5. 2. Bienes muebles

Este tipo de bienes no han sido mencionados expresamente por el legislador, pero sin duda los mismos integran el fondo, y su inclusión se deriva necesariamente de la universalidad de bienes que se transfieren.

Cuando la operación involucre la transmisión de bienes registrables, deben respetarse los requisitos específicos previstos para cada uno de ellos, sin perjuicio del cumplimiento del procedimiento estipulado por la ley 11.867, y aún a falta de convención expresa en tal sentido. Tal sería el caso de automotores, o algún tipo específico de maquinaria utilizada en la empresa.

3. 5. 3. Existencias en mercaderías

A falta de una caracterización legal del concepto de mercaderías, resulta factible recurrir a la técnica contable para esbozar un concepto de mercaderías.

En tal sentido, se menciona genéricamente al rubro Bienes de Cambio que integra el activo del Estado de Situación Patrimonial de una empresa y que comprende en el supuesto de tratarse de un establecimiento industrial, además de las mercaderías propiamente dichas o productos terminados, a los productos en curso de elaboración y a las materias primas.

Se deriva de ello la importancia de la toma de inventario al momento de concertarse la transferencia, pues el adecuado recuento y valuación de las existencias contribuye a la fijación del precio total de la operación.

No empece al comentario vertido en el párrafo que antecede, el legislador ha previsto que el único caso en que la confección del inventario resulta obligatorio es cuando la venta se realiza a través de remate público. Así el art. 10 de la ley establece: *“En los casos en que la enajenación se realice bajo la forma de ventas en block o fraccionadas de las existencias, en remate público, el martillero deberá levantar previamente inventario y anunciar el remate de la forma establecida por el art. 2do, ajustándose a las obligaciones señaladas en los arts. 4to y 5to en el caso de notificársele oposición.*

En caso de que el producto del remate no alcance a cubrir la suma a retener, el rematador depositará en el banco destinado a recibir los depósitos judiciales, en cuenta especial el producto total de la subasta, previa deducción de la comisión y gastos que no podrán exceder del quince por ciento de ese producto.

Si habiendo oposición el rematador hiciera pagos o entregas al vendedor, quedará obligado solidariamente con éste respecto de los acreedores, hasta el importe de la suma que hubiera aplicado a tales objetos”.

Ante el caso de venta del total de existencias, cabe analizar el asunto a la luz de las circunstancias fácticas que lo rodean. Es decir, si la venta de los bienes de cambio se produce en forma normal y motivada por meros

factores comerciales, o bien si por el contrario se persigue a través de dicha enajenación, la transferencia encubierta del giro comercial y de la clientela.

En el primer caso, la mera venta aunque la misma involucre el total del stock, no torna aplicable el procedimiento fijado por la ley 11.867, y la tutela de los derechos de los acreedores deberá procurarse por el mecanismo previsto por el derecho común. En el otro caso, donde la transferencia de los bienes de cambio priva al vendedor de los medios para continuar el giro comercial y habilita al comprador para sucederlo en dicha actividad, implicaría la necesidad de implementar el procedimiento especial, lo que debe evaluarse en el marco de las particulares circunstancias que rodeen al caso, y valorando convenientemente todas las cuestiones de hecho y prueba que resulten inherentes al mismo.

3. 5. 4. Nombre y enseña comercial

El nombre y la enseña comercial son elementos constitutivos del fondo de comercio, tal como se desprende de la enunciación del art. 1ro de la ley 11.867.

El nombre comercial está estrechamente vinculado con la organización, y cumple la finalidad de identificar el ente, y actúa como portador del crédito y popularidad que a éste se le reconoce. Es obvio que la trascendencia del nombre estará en directa relación con la reputación que públicamente se asigne a la organización.

En cuanto a las formas adoptadas para la designación del nombre comercial no existen restricciones más allá de las establecidas por las leyes que rigen la materia, pudiendo utilizarse la razón social, el nombre y apellido del o los titulares, e inclusive nombres de fantasía.

Intimamente vinculado al nombre comercial se encuentra el emblema cuya caracterización consiste en el distintivo del establecimiento, y cumple la función de identificar su imagen ante el público.

Se debe diferenciar claramente el nombre civil del nombre comercial. El nombre civil es un atributo de la personalidad, es único e intransferible, en cambio el nombre comercial es un bien intangible que le pertenece a su titular y que ejerce sobre el un derecho de dominio patrimonial, por lo que puede ser objeto de transferencias a título oneroso o gratuito. Asimismo en caso de contar con más de una explotación, no existe impedimento alguno para imponer a cada una de ellas un nombre comercial distinto.

Tratándose de personas jurídicas, la ley 19550 establece en su art. 11 que el nombre es un elemento esencial de la sociedad comercial y que cumple, entre otras una función identificatoria de la misma. Puede integrarse con vocablos referentes al objeto social, nombres de fantasía, de personas, siglas etc. en todos los casos seguidos del agregado de la forma societaria adoptada o su abreviatura. La denominación social se constituye en un atributo de la personería jurídica de la que resulta investida la sociedad por lo que no puede ser materia de transferencia.

Hasta aquí, las distinciones entre nombre civil, denominación social, y nombre comercial surgen nítidamente. Ahora cabe preguntarse, si resulta posible la transmisión del nombre civil o de la denominación social cuando los mismos son utilizados simultáneamente como nombres comerciales, en el marco de una transferencia de un fondo de comercio?. La respuesta es afirmativa y su fundamento reside en que la transferencia del fondo de comercio implica entre otros elementos necesarios la del nombre que identifica el establecimiento.

Resulta viable la transmisión en forma aislada del nombre comercial y enseña debiéndose cumplimentar en tal caso el régimen previsto por la ley 11.867, porque surge en forma indudable que la pretensión de quien los

adquiere es aprovechar a través de ellos, la fama e imagen ante el público que poseen para estar en capacidad de proseguir con el giro comercial. Ello sin perjuicio de la observancia de otras normas que hacen a la transparencia y lealtad comercial tales como requisitos sobre homonimia e imposibilidad de actuación en competencia, las que sumadas a las anteriormente citadas vienen a contribuir a la protección de los derechos de los acreedores, tendrán la posibilidad de oponerse en el caso de no ser convenientemente desinteresados de sus créditos.

Una cuestión importante reside en el valor que se le asigna al nombre y enseña comercial. Cabe destacar que el mismo no se encuentra contabilizado, a menos que haya sido objeto de una transferencia. Como ambos son elementos constitutivos del denominado "valor llave", el mismo será tratado en particular y con profundidad más adelante.

3. 5. 5. Clientela

La clientela constituye un activo inmaterial que forma parte del fondo de comercio, y comprende no sólo a aquellos compradores habituales, sino que también alcanza la potencialidad de atracción de un público nuevo interesado en el negocio por la calidad, valor, prestigio de la marca, o atención prodigada en él.

La inclusión en forma expresa de la clientela en el art. 1ro de la ley 11.867, se origina en la situación irregular que con frecuencia se presentaba antes de la sanción de dicha ley, que consistía en que a falta de cláusula expresa que lo prohibiera quien vendía un establecimiento comercial completo, luego se instalaba en las inmediaciones para competir en forma desleal, lo que en la práctica implicaba el desvanecimiento del valor de los activos transferidos al adquirente.

La cesión de la clientela en calidad de activo incorporal integrante del fondo de comercio compromete al vendedor a la abstención de actuación en competencia dentro de la zona de influencia del establecimiento, ya sea en forma directa o indirecta, al menos por un lapso de tiempo prudencial, salvo pacto en contrario acordado en el acto de transmisión.

La prohibición de la competencia indirecta está referida a aquellos en casos en los cuales el vendedor actúe veladamente en competencia desleal con el comprador, a través de la conformación de sociedades, o de interpósitas personas dedicadas a negocios similares ejerciendo de tal manera una atracción indebida de la clientela que se ha transmitido.

El art. 159 del Código Penal califica como delito a la competencia indebida efectuada mediante *“maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas, o cualquier medio de propaganda desleal”* con la finalidad de inducir en propio beneficio al apartamiento de clientes de otro negocio.

Resulta apropiado destacar que la interdicción de concurrencia para el vendedor debe ser apreciada y aplicada en la práctica en forma razonable, de modo que como bien señala Zunino⁹, “la obligación del vendedor tiene su frontera natural en la zona de influencia del negocio vendido”, por lo que no puede derivarse necesariamente de aquélla la prohibición de trabajar ni de ejercer el comercio en forma lícita.

Es por ello que los límites tanto espaciales como temporales para actuar en competencia deben apreciarse atendiendo a las circunstancias de hecho que hacen al negocio en sí.

La falta de cumplimiento del deber de no concurrencia, otorga al adquirente el derecho de exigir por vía judicial el cese de la actividad por parte del vendedor, y de efectuar el reclamo correspondiente por daños y perjuicios, según lo establecido en los inc. 1ro y 3ro del art. 505 del Código Civil.

⁹ Zunino, Jorge. Ob Cit en 3. Pág 180

3. 5. 6. Derecho al Local

En el concepto de local quedan comprendidos tanto el lugar físico donde se asienta el establecimiento, como así también aquellos aspectos incorpóreos tales como su ubicación geográfica, posibilidades de acceso al mismo, y reconocimiento público del lugar.

Vale la pena aclarar que la transmisión del derecho al local no importa la transferencia de dominio del inmueble donde funciona el negocio, sino que dicha cesión significa que el vendedor titular se obliga a dar en locación al adquirente el inmueble donde funciona el negocio, o bien a transferirle la locación, en la medida que no haya oposición del propietario.

El art. 1ro de la ley 11.867 incluye al derecho al local, en la enunciación de los elementos constitutivos del fondo de comercio. Su incorporación a la masa de bienes integrantes del fondo de comercio que se transmite es facultativa, por lo que no surge de la ley que su cesión resulte obligatoria, ya sea que se trate de los casos en que el vendedor es propietario del local, como de aquellos en que éste es locatario del mismo.

En el caso en que el titular del establecimiento sea inquilino, para estar en condiciones de efectuar la transmisión del derecho al local, deberá contar previamente con el consentimiento expreso del propietario del local, el que puede haberse otorgado en forma previa en oportunidad de celebrarse el respectivo contrato de locación, o con posterioridad.

En la eventualidad de haberse vedado contractualmente la cesión del alquiler, o la posibilidad de subalquiler, el titular del inmueble no está compelido a aceptar la cesión del derecho de uso del local. En caso de violación de tal convención, éste no está obligado a aceptar dicha cesión o subalquiler, en su caso, y tiene la facultad de solicitar se le restituya el inmueble, con más una indemnización en concepto de daño e intereses.

A falta de prohibición expresa que impida la posibilidad de ceder o subalquilar, ante la transferencia del fondo, el locatario titular del fondo está facultado para acordar la cesión del alquiler, o el subarriendo sin que el propietario esté habilitado para oponerse a la misma, a tenor de lo previsto en el art. 1583 del Código Civil, que literalmente establece: *"El locatario puede subarrendar en todo o en parte, o prestar o ceder a otro la cosa arrendada, si no le fuese prohibido por el contrato o por la ley; y este derecho pasa a sus herederos, sucesores o representantes"*

No obstante lo expresado en el párrafo anterior, el titular de la explotación que transfiere el fondo está obligado a gestionar y facilitar la obtención por parte del adquirente del derecho al uso y goce del local, ya sea a través de la cesión del alquiler, de una sublocación, o de la formalización de un nuevo contrato.

En cualquiera de estos casos, es condición ineludible para su validez, que se concluya su instrumentación por escrito. Es por ello que en la práctica, tanto la cesión, el subalquiler o la celebración de un nuevo contrato de locación, se establecen en el instrumento de compra-venta del fondo, interviniendo el titular del inmueble con su firma en prueba de conformidad con dicho traspaso.

El derecho al local resulta factible de ser transferido en forma aislada, o conjuntamente con los demás elementos integrantes del fondo de comercio enumerados en la ley especial. No existen dudas respecto de la aplicación del procedimiento específico reglado para la segunda de las alternativas mencionadas, pero también se debe tener presente que en aquellos supuestos donde la transferencia independiente del derecho al local configure una disminución significativa en el activo del fondo, se hará aplicable de igual modo dicho resguardo legal, para preservar los legítimos intereses de los acreedores de la explotación.

3. 5. 7. Marca

La marca tiene una función primordial que es la de registrar e identificar los bienes y servicios que son objeto de transacción, constituyendo un símbolo de la calidad y prestigio de los mismos.

Frecuentemente posee una estrecha vinculación con el nombre comercial, aunque sin perjuicio de ello, un mismo establecimiento comercial puede ser titular de varias marcas a la vez.

Las marcas son también un elemento integrante del fondo de comercio. Como bien resalta Zunino¹⁰, aunque la ley 11.867 menciona a las marcas de fábrica, surge con claridad que las mismas abarcan a las de comercio y también a las de servicios.

La ley 22.362 le ha otorgado un marco jurídico a la utilización de marcas estableciendo regulaciones específicas que abarcan aspectos tales como su registro que otorga el derecho a la exclusividad en el uso, formalidades y condiciones para el uso de las mismas y para ejercer su titularidad.

El art. 1ro de la norma establece: *"Pueden registrarse como marcas para distinguir productos y servicios: una o más palabras con o sin contenido conceptual, los dibujos, los emblemas, los monogramas, los grabados, los estampados, los sellos, las imágenes, las bandas, las combinaciones de colores aplicadas en un lugar determinado de los productos o de los envases, los envoltorios, los envases, las combinaciones de letras y de números, las letras y números por su dibujo especial, las frases publicitarias, los relieves con capacidad distintiva y todo otro signo con tal capacidad"*.

Sin embargo, el propio ordenamiento legal impone restricciones e impedimentos al fijar en su inciso i) que : *"las designaciones de actividades incluyendo nombres y razones sociales descriptivas de una actividad, para distinguir productos. Sin embargo, las siglas, palabras y demás signos, con capacidad distintiva que formen parte de aquéllas, podrán ser registrados para distinguir productos o servicios"*.

¹⁰ Zunino, Jorge. Ob Cit en 3. Pág.140

El art. 4to de la misma ley persigue el objetivo de la protección en el uso de marcas, y con esa finalidad dispone: *"La propiedad de una marca y la exclusividad de uso se obtienen con su registro. Para ser titular de una marca, o para ejercer el derecho de oposición a su registro o a su uso se requiere un interés legítimo del solicitante o del oponente"*.

Esta formalidad viene a dar cobertura al problema que se verificaba respecto de la comisión de abusos, que implicaban la apropiación de manera indebida de marcas ajenas, o su registro con fines meramente especulativos.

Reforzando el interés en la protección del derecho del titular legítimo de una marca, el art. 24 establece que: *"Son nulas las marcas registradas: a) en contravención a lo dispuesto en esta ley, b) por quien al solicitar el registro, conocía o debía conocer que ellas pertenecían a un tercero, c) para su comercialización, por quien desarrolla como actividad habitual el registro de marcas a tal efecto"*.

La protección legal está limitada a un período de diez años. Dicho plazo puede renovarse en forma indefinida por lapsos iguales, si la marca fue utilizada dentro de los cinco años previos a su vencimiento.

La titularidad de la marca concluye según el art. 23 de la ley 22.362 por renuncia de su titular, por vencimiento del término sin renovación, por declaración judicial de nulidad o de caducidad.

La inscripción de la marca en el registro hace fe pública de la misma. El procedimiento registral debe cumplimentarse en forma independiente del procedimiento exigido por la ley 11.867.

No existen impedimentos para realizar la transferencia de la marca en forma separada de la universalidad del fondo de comercio, como así tampoco para las convenciones de partes que excluyan la marca de la masa de bienes que integran el establecimiento objeto de transmisión.

3. 5. 8. Patentes de Invención

Las patentes de invención son partes integrantes del fondo de comercio a tenor de lo dispuesto por el art. 1ro de la ley 11.867, de lo que se desprende que en la hipótesis de una transferencia del fondo, quedan comprendidas las patentes que se encuentran comprendidas en dicha universalidad.

En nuestro ordenamiento positivo las patentes de invención se encuentran comprendidas dentro del régimen jurídico de propiedad industrial, previsto por las leyes 24.481 (BO 29/9/95), 24.572 (BO 23/10/95), 24.603 (BO 5/1/96) y el Decreto 260/96 (BO 260/96).

Dentro del esquema normativo citado, se consigna como factibles de patentar a todas aquellas invenciones de productos y procedimientos en la medida que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.

Quedan comprendidos en la protección que procura el régimen de propiedad industrial los denominados "modelos de utilidad", que comprende según el art. 53 de la ley 24.481 a "toda disposición o forma nueva obtenida o introducida en herramientas, instrumentos de trabajo, utensilios, dispositivos u objetos conocidos que se presten a un trabajo práctico, en cuanto importen una mejor utilización en la función a que estén destinados", no es óbice para su registro que no sean una novedad, o invento, o que hayan sido conocidos en forma previa.

La ley otorga la propiedad de la invención a su realizador y causahabientes, pero lo hace por un lapso de tiempo determinado, al cabo del cual la titularidad pasa a dominio público.

El reconocimiento del derecho de propiedad al inventor, previo trámite administrativo de rigor, es otorgado por el Instituto Nacional de la

Propiedad Industrial, y se materializa en un título: la "patente de invención", que tiene vigencia por veinte años y no pudiendo prorrogarse..

Del mismo modo, en oportunidad del registro de un modelo de utilidad, corresponde se extienda un "certificado de modelo de utilidad", que por similitud a la patente de invención, se adjudica por un plazo de diez años improrrogables.

La transferencia de patentes de invención debe formalizarse teniendo en cuenta las exigencias previstas en el art. 37 de la ley 24.481, que en resumen obligan al otorgamiento de escritura pública y posterior registro en el Instituto Nacional de Producción Industrial para su oposición a terceros.

Al igual que lo reseñado en apartados anteriores, las patentes de invención pueden ser transferidas en forma independiente, o bien integrando la universalidad del fondo del establecimiento. Por otra parte, el titular de la patente tiene la facultad de excluirla de la masa del fondo, y realizar la transferencia de éste sin estar integrado por aquélla.

Toda vez que la transmisión de una patente pueda implicar la cesión de una parte importante de su activo comercial, cuestión que debe ser apreciada en el marco de las circunstancias fácticas que rodeen al caso, resultará además obligatorio el cumplimiento de los requisitos estipulados por la ley 11.867 con la finalidad de preservar en debida forma el interés de acreedores legítimos.

3. 5. 9. Dibujos y Modelos Industriales

Los dibujos y modelos industriales se encuentran incluidos en los preceptos del art. 1ro de la ley 11.867. El régimen normativo aplicable a los mismos se conforma por el Decreto Ley Nro 6673/63, Ley 16.478 y el Decreto Nro 5682/65.

Quedan conceptuados como "modelos o diseños", todas aquellas formas o agregados que sean aplicados a un producto industrial con la finalidad de ornamentar al mismo.

Constituyen elementos que hacen a la identificación y presentación del producto, sin abarcar sus aspectos funcionales.

Los dibujos y modelos industriales son susceptibles de ser transferidos en forma independiente, o bien conformando la universalidad del fondo de comercio. Son válidas para el caso las consideraciones efectuadas en apartados anteriores respecto a la obligatoriedad de cumplimiento de las pautas establecidas en la ley 11.867, cuando la transferencia en forma independiente estuviera estrechamente ligada a la actividad primordial del negocio, ello sin perjuicio de los trámites registrales que le son propios, para fundar su oposición a terceros.

3. 5. 10. Distinciones Honoríficas

Las distinciones honoríficas son todas aquellas menciones y/o premios otorgados al establecimiento o a sus productos que reconozcan su origen en él, y que hacen a la popularidad, prestigio, y reconocimiento de la posición del negocio o de un determinado artículo en el mercado.

Los premios integran la masa del fondo, por lo que salvo convención expresa en contrario, se transfieren con él.

3. 5. 11. Valor Llave

El concepto de valor llave se encuentra íntimamente relacionado con la capacidad operativa y generadora de utilidades de un determinado establecimiento.

En sí el valor llave debe estimarse a partir del plus de beneficios que es dable esperar de una explotación en relación con otras dedicadas a la misma actividad, o que se encuentran localizadas en la misma zona.

El valor llave es un bien intangible que sólo toma dimensiones de valor en oportunidad de realizarse una transacción que lo involucre. Ello plantea enfoques doctrinarios diferentes en orden a establecer las causas que lo generan.

Di Russo de Hauque y Hauque¹¹, cuando se refieren a la determinación del valor de un ente dicen que "en equilibrio el precio actual de un ente debe igualar a la sumatoria de los flujos de fondos descontados hasta hoy". Los mismos autores advierten que una simplificación del cálculo podría representarse de la siguiente forma:

$$Po = \frac{FN}{i}$$

Donde Po: Valor actual de los flujos netos estimados.

FN: Flujos netos estimados.

i: Rendimiento del capital esperado.

Distintas causas son atribuidas al origen del valor llave, y los conceptos esbozados en definitiva, obedecen a ellas:

1. Existencia de una diferencia entre el valor de venta de un ente posible de obtener según las leyes del mercado, y su valor patrimonial expresado contablemente.

A esta postura adhieren Chávez y Pahlen Acuña¹² cuando sostienen que "Todos podríamos dar ejemplos de empresas que valen más que su patrimonio neto. No sólo con respecto al importe del mismo, mostrado en el balance, sino que también exceden la cifra a la cual se arribaría asignando a

¹¹ Di Russo de Hauque Leila y Hauque Sergio, "Llave de Negocio: Un nuevo enfoque para un viejo tema", Revista Enfoques, Ed. La Ley, Nro 14, Pág 50.

¹² Chávez y Pahlen Acuña, citados por Di Russo de Hauque Leila y Hauque Sergio en ob. cit. en 12.

cada componente de su patrimonio su valor corriente. Ese plus o excedente es conocido en nuestro país bajo la denominación de "llave" .

2. Capacidad de generación de superutilidades futuras esperadas.

Este criterio atribuye la existencia de la llave de negocio al "valor actual de las superutilidades futuras más probables".

3. Existencia de ventajas comparativas del negocio con relación a los demás.

Esta postura sostiene tales diferencias positivas reconocen su origen en:

- a. Situación patrimonial del ente.
 - b. Estructura de costos.
 - c. Sistemas de gerenciamiento de la empresa.
4. Aspectos incorporeales de un negocio que fortalecen las expectativas de su progreso y crecimiento.

Quienes adhieren a ésta categoría encuentran como causas de la existencia del valor llave a:

- a. La clientela.
- b. La fama y el prestigio comercial con que cuenta la empresa.
- c. La ubicación geográfica.
- d. La capacidad operativa.

Sin pretender restar importancia a las elaboraciones doctrinarias comentadas, un concepto de valor llave se puede referir a la expresión cuantitativa de la diferencia entre el valor otorgado a la "empresa en marcha", y el valor que arroja la sumatoria de los componentes patrimoniales activos y pasivos exhibidos en la contabilidad.

Dicho de otra forma, el valor llave es el resultante de la diferencia entre un valor posible de realización del ente como tal, y el valor que del mismo expresan los libros contables.

Por ello se infiere que el valor llave puede manifestarse tanto con signo positivo como con signo negativo.

Una cuestión distinta surge entonces desde el punto de vista de la registración contable del valor llave positivo o negativo. En este sentido deben distinguirse dos situaciones:

- a. Que haya existido una transacción cuyo objeto involucre al ente.

En este caso se debe entender que el valor llave es la diferencia entre el precio verificado en la negociación por la venta de la empresa, y el valor patrimonial registrado contablemente.

- b. Que no haya existido una transacción, y que el valor llave surja de una estimación propia.

Este criterio se sustenta en la naturaleza patrimonial activa o pasiva del valor llave, cuya existencia es independiente de las magnitudes reflejadas por la técnica contable.

Sin perjuicio de lo expresado hasta aquí sobre el particular, el enfoque contable del valor llave será tratado en forma especial más adelante.

3. 5. 12. Demás derechos derivados de la propiedad comercial, industrial y artística.

El art. 1ro de la ley 11.867 finaliza con una expresión abarcativa de *"todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial, industrial y artística"*.

Desde un enfoque jurídico el concepto de crédito resulta de la relación jurídica bilateral y simétrica, de naturaleza personal, que se entabla entre un deudor y un acreedor. Así el art. 496 del Código Civil prescribe que *"El derecho de exigir la cosa que es objeto de la obligación, es un crédito, y la obligación de hacer o no hacer, o de dar una cosa, es una deuda"*. En la nota al art. 497 Vélez Sarsfield cita a Ortolan quien sostiene que *"un derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho..... un derecho personal es aquél que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera, a dar, a suministrar, a hacer o no hacer alguna cosa..."*.

Así como las obligaciones a tenor de lo establecido en el art. 495 del Código pueden consistir en prestaciones de dar, hacer o no hacer, de idéntico modo se entiende que el objeto de los créditos se deriva de la naturaleza de aquellas.

Los créditos están incluidos dentro del conjunto de los derechos, que sumados a las cosas integran el patrimonio.

Los créditos pueden ser transferidos o enajenados por sus titulares, y dicha operación se encuentra legislada en el Código de fondo como "Cesión de Créditos" (Art. 1434 y ss).

La cesión de créditos es un contrato por el cual una de las partes titular de un crédito (cedente), lo transfiere a otra persona (cesionario), para que ésta lo ejerza a nombre propio. La cesión se formaliza por el mero acuerdo entre el cedente y el cesionario, por ello, el deudor cedido no es parte en el contrato, ni se requiere su consentimiento para celebrarlo, pero es necesario y sumamente útil notificarle la cesión.

Desde el punto de vista jurídico, existen tres clases de cesión:

- a) Cesión-venta: cuando el derecho se cede por una suma de dinero. A esta cesión se le aplican las normas de la compraventa, salvo lo modificado especialmente en el Título de la Cesión de Créditos del Código Civil.
- b) Cesión-permuta: cuando el derecho se cede a cambio de otro derecho o de una cosa. Se le aplican las normas de la permuta, salvo lo modificado especialmente en el Título de la Cesión de Créditos del Código Civil.
- c) Cesión-donación: cuando el derecho se cede gratuitamente. Se le aplican las normas de la donación, salvo lo modificado especialmente en el Título de la Cesión de Créditos del Código Civil.

El objeto de la cesión puede consistir en cualquier crédito o derecho, aún cuando sean eventual, aleatorio, condicional, a plazo, con cargo, litigioso, etc. Por ello el principio general es que todo objeto incorporal, todo derecho

y toda acción sobre una cosa que se encuentre en el comercio, pueden ser cedidos (conf. Art. 1444), salvo las limitaciones impuestas por la ley o la voluntad de las partes.

Va de suyo que la totalidad de los derechos de cualquier naturaleza mencionados o no, en el art. 1ro de la ley 11.867, vinculados a la explotación comercial, pueden ser objeto de cesión ya sea en forma aislada, o bien integrando la universalidad del fondo.

Se entiende que con la inclusión formulada en el citado precepto legal, se pretende incorporar a la universalidad del fondo a elementos tales como licencias o concesiones, y la habilitación o autorización para funcionar que otorga el organismo administrativo encargado de su control.

Las licencias, concesiones públicas o privadas, créditos fiscales, franquicias, etc. que el vendedor obtuviera integran el patrimonio del fondo que se cede.

Es más, en muchos casos llega a ser el factor determinante para la concreción de la operación, por lo que el instrumento contractual que avala la transferencia del fondo de comercio debe contener cláusulas expresas que especifiquen las condiciones en que se cede la licencia de explotación del negocio, las facultades del vendedor para su cesión, etc.

Similares consideraciones caben formularse respecto de la transmisión del permiso de explotación o habilitación administrativa. Normalmente el otorgamiento es facultativo del municipio que tiene a su cargo el ejercicio del poder de policía sobre las actividades comerciales, por lo que sin perjuicio de la entrega de la documentación pertinente (libros, planillas, etc), el vendedor debe manifestar su compromiso de prestar asistencia y colaboración para el cumplimiento del trámite administrativo de rigor.

Los libros de comercio no constituyen un elemento integrante del fondo de comercio. No obstante, resulta conveniente establecer una convención

expresa en el sentido que el vendedor se obliga a su inmediata exhibición y a facilitar cualquier verificación que el comprador deba realizar, máxime teniendo en cuenta las implicancias tributarias, las que se tratarán más adelante, que tal operación conlleva.

3. 5. 13. Elementos excluidos de la universalidad del fondo

El art. 1ro de la ley 11.867 enumera los elementos que conforman el fondo de comercio, lo que equivale a decir que a falta de cláusula expresa que los excluya de la transferencia entre las partes, cada uno de esos elementos se considera integrante de la universalidad de hecho que representa al fondo de comercio.

Es por ello que dichos bienes materiales e inmateriales que forman parte de la universalidad de hecho se suponen siempre transferibles, a diferencia de otro tipo de bienes que no se encuentran previstos en la enunciación del art. 1ro de la ley, los que de no ser objeto de estipulación expresa que pacte su transmisión, no se encuentran incorporados a la masa del fondo de comercio.

Dentro de esta categoría de bienes no comprendidos en la transferencia del fondo, se encuentran los inmuebles, los créditos y deudas, el trabajo y los efectos personales del cedente.

3. 5. 13. 1. Inmuebles

Resulta aceptada pacíficamente por la doctrina y jurisprudencia la exclusión de los inmuebles del fondo de comercio. Nada obsta a que el inmueble se venda simultáneamente con éste, pero teniendo en cuenta las solemnidades previstas al efecto en el Código Civil, mediante la escritura pública correspondiente, resultando en forma clara la distinción entre ambas

operaciones que resultan independientes entre sí: la transacción de naturaleza civil por la que se transmite la propiedad del bien inmueble por un lado, y el acuerdo de naturaleza comercial por el que se cede el fondo de comercio.

Cabe enfatizar que si bien el inmueble propiamente dicho no integra la universalidad del fondo, sí se debe considerar parte integrante del mismo a su ubicación, la que que en definitiva redunda en beneficio de su potencialidad comercial.

3. 5. 13. 2. Trabajo y Efectos Personales

Es común que el progreso comercial de un negocio, esté fuertemente ligado al trabajo o actividad personal de su titular. Obviamente, que este tipo de labores no se transmiten con el establecimiento, salvo que el cedente formalice un convenio de trabajo para el cesionario a partir de la concertación de la operación.

Del mismo modo no resultan incluidos en la transferencia las disponibilidades de dinero en efectivo en caja y cuentas bancarias, como así tampoco los efectos personales del vendedor.

4. ENFOQUE SEGÚN LA LEGISLACIÓN LABORAL

La ley 11.867 no dispone ninguna previsión sobre la situación de los empleados del negocio que se transmite. Sí en cambio la ley Nro 20.744 de Contrato de Trabajo, en su art. 225 establece: *"En caso de transferencia por cualquier título las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia, aún aquellas que se originen con motivo de la misma. El contrato de trabajo, en tales casos, continuará con el sucesor o adquirente, y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven"*.

Las relaciones laborales se transfieren conjuntamente con el fondo de comercio, constituyéndose el adquirente en sucesor del vendedor en su carácter de empleador. Esto importa la lógica consecuencia de asumir para sí, todas las obligaciones contraídas con dependientes por su antecesor al tiempo de la transferencia, conservando éstos todos los derechos adquiridos tales como su antigüedad en el puesto, categoría laboral, escala de remuneraciones aplicada hasta ese entonces, etc.

La responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario que fija el art. 228 de la ley 20.744, se extiende a todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo existentes al momento de la transmisión.

El carácter solidario de los pasivos existentes abarca no sólo a los que se registren con los trabajadores por conceptos eminentemente laborales, sino que también alcanza a las deudas devengadas por conceptos integrantes de la CUSS (Contribución Unificada de la Seguridad Social: aportes y contribuciones a organismos de Seguridad Social, aportes y contribuciones a Obras Sociales, Aseguradoras de Riesgos del Trabajo), así como las que eventualmente se registren con entidades sindicales derivadas de convenciones colectivas de trabajo que le resulten aplicables.

El art. 226 de la ley 20.744 dispone: *"El trabajador podrá considerar extinguido el contrato de trabajo si, con motivo de la transferencia del establecimiento, se le infiriese un perjuicio que, apreciado con el criterio del art. 242, justificare el acto de denuncia. A tal objeto se ponderarán especialmente los casos en que, por razón de la transferencia, se cambia el objeto de la explotación, se alteran las funciones, cargo o empleo, o si mediare una separación entre diversas secciones, dependencias o sucursales de la empresa, de modo que se derive de ello disminución de la responsabilidad patrimonial del empleador".*

Vale decir que el trabajador tendrá derecho a considerarse despedido en la medida en que pueda probar que la transferencia como tal le ha provocado un menoscabo en situación personal, lo que necesariamente deberá ser materia de prueba a cargo de quien lo sostenga.

Resulta frecuente que la cesión del fondo de comercio se acuerde marginando de la misma a los empleados. Esta situación acarrea para el vendedor la finalización de su relación de empleo con sus dependientes, por lo que aquel deberá indemnizarlos en la forma debida. No obstante, el comprador puede volver a contratar a los empleados de su antecesor, configurando esto una nueva relación laboral, la que no está alcanzada por la responsabilidad solidaria, excepto para el caso de no haberse satisfecho la totalidad de las deudas devengadas al momento de transferirse el establecimiento (Ej: indemnizaciones impagas, etc.).

5. CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE FONDO DE COMERCIO

5.1. Naturaleza del contrato

La transferencia del fondo de comercio se caracteriza por ser un acto jurídico complejo, que se materializa a través de un procedimiento especial tendiente a proteger el interés de acreedores y terceros.

La transmisión de un fondo de comercio constituye un acto de comercio. Así queda enmarcado, en el inc. 1ro del art. 452 del Código de Comercio, que considera como tal a las compras de cosas accesorias al comercio para prepararlo o facilitarlo, aunque sean accesorias a un inmueble.

El perfeccionamiento del contrato desde el punto de vista jurídico se produce con el acto de entrega, transmisión o toma de posesión de la explotación, habiendo mediado la instrumentación por escrito, y la inscripción en el Registro Público de Comercio, a efectos de su oponibilidad frente a terceros.

Se remarca el hecho de la formalización por escrito, a través de la firma de un boleto donde las partes expresan su aquiescencia con la operación. Dicho instrumento no es un contrato provisorio, sino que por el contrario, hace

nacer para las partes un conjunto de derechos y obligaciones que enmarca las relaciones entre ellas.

En orden a la determinación de la naturaleza de la operación, resulta más propio su encuadramiento como cesión antes que como una compraventa, teniendo en cuenta el objeto de la transacción. De todas formas y con un enfoque práctico, el tema no reviste mayor importancia, dado que similares requisitos dispuestos para la compraventa son exigibles para la cesión de bienes a título oneroso, a tenor de lo establecido por el art. 1435 del Código Civil.

El precio que se acuerda por la transmisión del fondo de comercio se rige por las pautas que de la autonomía de la voluntad, por lo que puede ser libremente fijado por las partes. Sin embargo, la naturaleza consensual del contrato no está exenta de límites que el propio legislador se ha encargado de delimitar.

El art. 8vo de la ley 11.867 dispone al respecto lo siguiente:

“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. 4to salvo el caso de conformidad de la totalidad de los acreedores. Estos créditos deben proceder de mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de los gastos generales del mismo”.

De esta forma el legislador busca dar cobertura a los acreedores preexistentes, mediante el apareamiento del precio a pagar y el pasivo a cancelar.

Las disposiciones del art. 8vo de la ley, sujetan el contrato a una condición suspensiva o resolutoria, según que el comprador haya adquirido o no la posesión del fondo. No obstante, el comprador puede reservarse la facultad

de asumir el mayor pasivo no declarado por el vendedor, negociando con los acreedores sobrevivientes, o pagando el importe reclamado por éstos.

Vinculado al monto del precio pactado, el legislador introduce una presunción legal absoluta respecto de los pagos a cuenta realizados con anterioridad, los que son considerados simulados sin admitir prueba en contra, en la medida que dichos pagos causen perjuicios a terceros. Sobre el particular, el art. 9º dice:

“A los efectos determinados en el artículo anterior, se presumen simuladas iuris et de iure las entregas que aparezcan efectuadas a cuenta o como seña que hubiere hecho el comprador al vendedor, y en cuanto ellas puedan perjudicar a los acreedores”.

5. 2. Requisitos legales del contrato

La propia ley 11.867 establece en beneficio de terceros y acreedores una serie de requisitos de cumplimiento ineludible por las partes a efectos de otorgarle validez al acto.

En primer término cabe mencionar la obligatoriedad de dar a publicidad el acto de transmisión a llevarse a cabo, de modo de permitir que los acreedores y terceros tomen conocimiento, y estén en capacidad de manifestar su oposición al mismo. En tal sentido el art. 2º establece:

“Toda transmisión por venta o cualquier otro título oneroso o gratuito de un establecimiento comercial o industrial, bien se trate de enajenación directa y privada, o en público remate, sólo podrá efectuarse válidamente con relación a terceros previo anuncio durante cinco días en el Boletín Oficial de la Capital Federal o provincia respectiva y en uno o más diarios o periódicos del lugar en que funcione el establecimiento, debiendo indicarse la clase y ubicación del negocio, nombre y domicilio del vendedor y del comprador, y en caso que interviniesen, el del rematador y el del escribano con cuya actuación se realiza el acto”.

Otra condición de observancia forzosa consiste en la entrega por parte del vendedor del inventario de los componentes pasivos del fondo, esto es una lista detallada de las obligaciones con terceros que mantiene la explotación al tiempo de concertarse su transferencia. Al respecto, el art. 3ro de la ley dispone:

“El enajenante entregará en todos los casos al presunto adquirente una nota firmada enunciativa de los créditos adeudados, con nombres y domicilios de los acreedores, monto de los créditos y fechas de vencimientos si los hay, créditos por los que se podrá solicitar de inmediato las medidas autorizadas por el art. 4to, a pesar de los plazos a que puedan estar subordinados, salvo el caso de la conformidad de los acreedores en la negociación”.

La emisión y entrega posterior al comprador del listado de acreedores constituye un acto de suma trascendencia, debido a que el importe que en definitiva arroje la misma se habrá de constituir en una de las bases para la fijación del precio de la operación. Si bien la ley especial no estipula plazos para su concreción, una interpretación razonable de la misma hace concluir que la mencionada lista debe obrar en poder del comprador, con anterioridad a la publicación de edictos.

La falta de cumplimiento de este requisito, constituye causa justa de resolución del contrato, cuya invocación resulta potestativa del adquirente.

El vendedor se compromete a la entrega del fondo según lo pactado en los términos del contrato. En caso de silencio tiene plena vigencia el art. 464 del Código de Comercio que coloca en cabeza del vendedor la obligatoriedad de la puesta a disposición del fondo de comercio enajenado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la celebración del contrato, y que otorga al comprador un plazo de diez días para el pago del precio, no estando facultado para exigir la entrega hasta tanto efectivice el cumplimiento de aquella obligación.

Los plazos deben computarse a partir del momento en que se cumplan los requisitos de publicidad de edictos, y se haya desinteresado a eventuales acreedores opositores.

La inscripción de la operación en el Registro Público de Comercio de la jurisdicción de que se trate, no constituye un requisito previo por cuanto la misma se materializa una vez que se ha entregado el negocio, pagado el precio y concertado formalmente la operación. Al respecto, el art. 7mo de la ley 11.867 dispone:

“Transcurrido el plazo que señala el art. 4to sin mediar oposición, o cumpliéndose, si se hubiera producido, las disposiciones del art. 5to, podrá otorgarse válidamente el documento de venta, el que, para producir efecto con relación a terceros, deberá extenderse por escrito e inscribirse dentro de diez días en el Registro Público de Comercio o en un registro especial creado al efecto”.

El vendedor debe cumplir con la tradición de la cosa objeto del contrato, es decir entregar el fondo de comercio en forma íntegra, con la totalidad de los elementos que forman parte del mismo.

Asimismo debe prestar su colaboración posterior para todo trámite encaminado a colocar al adquirente en su nueva condición de titular del fondo, como así también debe procurar el mantenimiento de la explotación en las condiciones pactadas hasta el momento de su efectiva entrega.

La toma de inventarios no se estipula como obligación legal del vendedor, excepto en el caso de remate, o en el supuesto de haberse convenido expresamente. No obstante la inexistencia de imposición legal de realizar el inventario, se destaca la conveniencia de su oportuna confección tanto desde el punto de vista del vendedor cuanto del comprador, por cuanto de esa forma queda documentada con precisión la enunciación de los elementos integrantes del fondo que menciona el art. 1ro de la ley 11.867.

5. 3. Efectos del contrato

5. 3. 1. Régimen de publicidad

Como ya se señalara supra, el cumplimiento del requisito legal de publicidad establecido por el art. 2do de la ley, habilita el régimen de oposición de terceros, entre los que quedan incluidos obviamente los acreedores.

Esto implica que a todo efecto los terceros tienen la posibilidad de tomar conocimiento de la intención del vendedor de despojarse de su patrimonio, o de parte del mismo, y dirigir su accionar en protección de sus propios intereses.

Se recuerda que la falta de cumplimiento de la publicación significa que el acto resulta inoponible a terceros y susceptible de ser atacado por los acreedores del vendedor, e impide la posibilidad de materializar la inscripción final de la transferencia.

Asimismo, la fecha de la publicación resulta trascendente al efecto del cómputo del plazo en los que los terceros y acreedores pueden hacer valer sus derechos frente al traspaso convenido señalado en el art. 4to y que consiste en un lapso de diez días siguientes a la última publicación.

Es por ello que se aprecia razonable que la totalidad de las publicaciones, tanto las realizadas en el diario de publicaciones legales de la Ciudad de Buenos Aires o de la provincia correspondiente como las efectuadas en uno o más diarios del lugar del establecimiento, se lleven a cabo en forma simultánea, dado que a partir de la fecha de la última publicación comienza a correr el plazo de oposición de acreedores.

5.3.2. Régimen de oposición

La oposición constituye la vía legal por la que el acreedor hace prevalecer su condición de tal ante el adquirente, y surge desde el momento en que ello ocurre la obligación por parte del vendedor de desinteresarlo, ya sea en forma directa o bien deduciendo el importe correspondiente a su acreencia del precio a percibir la operación.

Este régimen de oposición es de fundamental importancia, dado que constituye el mecanismo legal idóneo para la protección de los derechos de los acreedores, a la vez que otorga al comprador certeza en cuanto al monto de pasivos asumidos.

La falta de satisfacción de las pretensiones de los legítimos acreedores del fondo mediando conocimiento de tal situación por parte del adquirente, hace nacer para éste un vínculo de responsabilidad solidaria. Al respecto el art. 11mo de la ley dispone:

“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”.

El derecho de oposición de los acreedores se agota con la percepción de su crédito, por lo que en ningún caso puede objetar la transferencia una vez que ha recibido el importe correspondiente a su acreencia.

El legislador ha excluido del régimen de oposición a los acreedores particulares o comunes del vendedor, es decir a aquellos no vinculados a la operatoria del establecimiento que se transfiere. Esto no significa que se cree un patrimonio de afectación preservado de la acción de los acreedores personales, sino que para éstos en el caso de no resultar denunciados por el

vendedor, sólo pueden atacar el bien para percibir sus créditos por la vía del derecho común.

La falta de inclusión de un acreedor en la lista nominal presentada por el vendedor no hace perder a aquél sus derechos mientras manifieste su oposición en el término establecido por la ley.

Una vez que el comprador ha tomado conocimiento de la nómina de acreedores denunciados por el vendedor, no puede negarse a retener del precio acordado los montos correspondientes.

Un caso particular se plantea respecto de los titulares de acreencias litigiosas donde las mismas por no ser reconocidas por el titular, no revisten el carácter de líquidas ni exigibles. En tal supuesto, le cabe al reclamante la posibilidad de accionar por la vía del derecho común, teniendo en cuenta las previsiones del art. 7mo de la ley que dispone:

“Transcurrido el plazo que señala el art. 4to sin mediar oposición, o cumpliéndose, si se hubiera producido, las disposiciones del art. 5to, podrá otorgarse válidamente el documento de venta, el que, para producir efecto con relación a terceros, deberá extenderse por escrito e inscribirse dentro de diez días en el Registro Público de Comercio o en un registro especial creado al efecto”.

Un caso distinto es el que se plantea con los créditos cuestionados con posterioridad a la operación tanto por el vendedor como por el comprador. Sobre el particular, el art. 6to de la ley especial establece:

“En los casos en que el crédito del oponente fuera cuestionable, el anterior propietario podrá pedir al juez que se le autorice para recibir el precio del adquirente, ofreciendo caución bastante para responder a ése o esos créditos”.

Los acreedores deben justificar sus créditos mediante la exhibición de los títulos correspondientes, o asientos en los libros llevados en legal forma., de esta forma quedará acreditada su condición de tales.

No existe la obligación de efectuar oposición respecto de aquellos acreedores que se encuentran denunciados en la lista presentada por el vendedor, o bien que han sido desinteresados de sus acreencias oportunamente.

Los acreedores denunciados en forma previa a la transferencia no pueden ser cuestionados por el adquirente, quien tiene la obligación de retener y depositar los importes correspondientes, y en caso de omisión, asume la responsabilidad respecto de aquellos.

El punto relativo a los créditos fiscales y la responsabilidad solidaria en términos amplias que plantea la ley de Procedimiento Tributario Nro 11683 (to 1998 y modificaciones), será desarrollado en extenso en oportunidad de abordar el tratamiento impositivo que corresponde asignar a este tipo de operaciones.

La ley especial no impone ninguna formalidad respecto del acto por el cual un acreedor manifiesta su oposición. No obstante, resulta evidente que la notificación de la misma debe efectuarse de modo fehaciente, dejando expresado con claridad el monto del crédito, el origen del mismo y la temporaneidad del reclamo que se interpone.

Los títulos justificativos de créditos a que se refiere la ley son los instrumentos públicos o privados con que se acredita el derecho, pero no la operación que dio origen al crédito.

El otro medio para justificar el crédito consiste en la registración contable según las exigencias del Código de Comercio llevada a cabo tanto por el

acreedor como por el vendedor, la que aún a costa de resultar defectuosa constituye un medio de prueba eficaz .

La falta de ejercicio de la facultad de oposición en el plazo legal no impone respecto del acreedor la pérdida de su condición de tal, sino que éste pierde el derecho a que su crédito sea garantizado mediante el depósito de la parte proporcional del precio. El vendedor no queda desvinculado de sus obligaciones por el sólo hecho de que el acreedor no ejercite los derechos que le confiere la ley 11.867, dado que ello importaría en la práctica una liberación que no se compadece con la ratio legis.

Los acreedores que se encuentran incluidos en la lista elaborada por el vendedor en los términos del art. 3ro, no resultan obligados a presentar justificación alguna de sus créditos, y el sólo hecho de figurar en aquella implica para el comprador una orden de retención y depósito de dichos importes. Ello sin perjuicio de la facultad que le asiste al adquirente de exigir los justificativos, si con posterioridad a las oposiciones el pasivo resulta mayor que el precio acordado, y con la finalidad de establecer si los acreedores informados se encuentran comprendidos en las estipulaciones del art. 8vo de la ley, que 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. 4to salvo el caso de conformidad de la totalidad de los acreedores. Estos créditos deben proceder de mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de los gastos generales del mismo."*

El adquirente puede voluntariamente asumir el pasivo del establecimiento, produciéndose en tal caso una delegación de deuda, en virtud de la cual el acreedor puede exigir la efectivización de su crédito a dos deudores, en lugar de uno. En este caso el comprador es responsable por todas las deudas

del establecimiento, que surjan de la propia operatoria del mismo en los términos del último párrafo del art. 8vo.

5. 3. 3. Retención y Depósito

Como se dijo, la retención del precio efectuada al vendedor tiene por finalidad dar cobertura a sus acreencias. Estos montos una vez retenidos, deben ser depositados por el comprador en una cuenta especial.

De todas formas y a pesar del carácter obligatorio que la ley impone, resultan factibles los acuerdos con acreedores, quienes en forma expresa manifiestan su conformidad con la operación que se realiza.

Los montos retenidos y depositados adquieren el carácter de garantía del crédito cuyo cobro intenta afianzar, en reemplazo del negocio que se vende, y que hasta entonces otorgaba certidumbre en orden a su realización.

Una vez que los acreedores han ejercitado su oposición, se hace lugar a la correspondiente retención y depósito, y rige para ellos el plazo de veinte días fijado por el art. 5 de la ley para trabar el embargo de los fondos para satisfacción de sus créditos. No empece a ello, el vendedor puede oponer sus defensas y excepciones que hagan a su derecho.

El acreedor que no hubiese podido trabar embargo sobre los fondos no ve cercenado en modo alguno sus derechos, debiendo utilizar la vía del derecho común para percibir el cobro.

5. 3. 4. Instrumento contractual

Una vez firmado el boleto de venta o habiendo mediado una promesa de venta y cumplimentado los procedimientos legales, las partes pueden

otorgar el instrumento definitivo de venta, y entonces estar sí en condiciones de realizar la inscripción en el Registro, el pago y la entrega del fondo transferido.

El contrato que luego ha de ser presentado ante el Registro Público de Comercio, o bien el que se cree al efecto, debe contener los nombres completos de las partes, domicilio real y constituido, nacionalidad, número de documento de identidad, número de Clave Unica de Identificación Tributaria, ocupación y estado civil. De tratarse de personas casadas, deben adicionarse los datos personales del cónyuge, quien deberá dar conformidad al acto, según lo establecido por el art. 1277 de nuestro Código Civil. Cuando se trate de personas de existencia ideal, deberán consignarse los datos registrales de la misma, y de quien ejerza la representación de la misma, debiendo acreditar personería de manera suficiente.

El contrato puede celebrarse por instrumento público o privado, en éste último caso las firmas deben ser certificadas por escribano público, o ratificarse ante el funcionario designado al efecto por el Registro correspondiente.

Tal como lo establece el art. 7mo de la ley especial, una vez transcurrido el plazo para efectuar oposiciones o en su caso depositados los fondos pertinentes, debe otorgarse el instrumento de venta, y es a partir de allí que procede la entrega y recepción de la explotación.

Según lo dispuesto por el art. 464 del Código de Comercio, en caso de silencio contractual, la tradición de la cosa vendida debe ser realizada dentro de las veinticuatro horas siguientes a la firma del contrato. En caso de verificarse incumplimientos de las solemnidades legales, el comprador puede manifestar su negativa a recibir el bien objeto de la transacción, y por ende también a abonar el precio correspondiente.

Una vez conforme con la entrega de la cosa, debe hacerse efectivo el pago en la forma y plazos estipulados. Al respecto, el art. 465 del Código de Comercio dispone:

“Desde que el vendedor pone la cosa a disposición del comprador, y éste se da por satisfecho de su calidad, existe la obligación de pagar el precio al contado o al término estipulado”.

Resulta una práctica común que con relación al pago se hayan entregado señas en carácter de pago a cuenta, o bien que el precio total o parcial se pacte a pagar en cuotas, o a plazos.

En relación con las entregas o pagos a cuenta, resulta contundente lo establecido por el art. 9no de la ley 11.867:

“A los efectos determinados en el artículo anterior, se presumen simuladas iuris et de iure las entregas que aparezcan efectuadas a cuenta o como seña que hubiere hecho el comprador al vendedor y en cuanto ellas puedan perjudicar a los acreedores”.

Es obvio que la intención del legislador ha sido la de procurar la tutela del interés de los acreedores, evitando que por vía de pagos anticipados éstos sufran un menoscabo en la posibilidad de recupero de sus créditos. No obstante la claridad de la presunción legal absoluta que desecha prueba en contra, nada impide a las partes acordar la entrega de señas a cuenta del precio, en la medida que ello no afecte los derechos de los acreedores.

5. 3. 5. Inscripción registral

Para la inscripción en el registro que corresponda según la jurisdicción de que se trate debe presentarse la documentación que se detalla a continuación:

- Instrumento público o privado original.
- Fotocopia legalizada por escribano del instrumento original.

- Fotocopia protocolar –margen ancho- legalizada por escribano del instrumento original.
- Comprobante de pago de la tasa retributiva de servicios correspondiente.
- Constancia de publicación de edictos con página publicada en el diario de publicaciones legales y/o diario de mayor circulación.
- Constancia de presentación ante la Administración Federal de Ingresos Públicos del Certificado de Bienes Registrables.
- Constancia de libre deuda previsional.
- Informe del Registro de Embargos que funciona en cada Registro Público de Comercio.
- Dictamen de precalificación profesional emitido por escribano, abogado, o contador público en su caso, con legalización de la firma del profesional actuante por la entidad que ejerce el control de la matrícula.

El plazo para efectuar la inscripción es de diez días contados a partir del último en que se vence el plazo para que los acreedores puedan manifestar su oposición. El cumplimiento en término del requisito de inscripción, hace que la misma tenga efectos retroactivos desde la fecha en que se celebró el contrato. La presentación extemporánea surte efectos frente a terceros recién a partir de la fecha de su inscripción, según lo establecido por el art. 39 del Código de Comercio.

La falta de inscripción implica que la transferencia resulte inoponible a terceros, por lo que tampoco puede hacer valer frente a terceros las previsiones del art. 2.412 del Código Civil.

En cuanto a los terceros, cabe efectuar la distinción entre quienes revestían la condición de acreedores con anterioridad a la publicación de edictos, y quienes se conviertan en acreedores contratando con el vendedor, luego que la venta se ha perfeccionado para las partes. En rigor de verdad, sólo éstos a éstos últimos es que el acto resulta inoponible, al no haber estado en capacidad de tomar conocimiento de la transferencia, debido a que el

vínculo con el vendedor se generó con posterioridad a la publicidad de la venta.

A su vez el art. 11 de la ley 11.867 establece:

"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".

Resulta útil recalcar que la venta del establecimiento no configura una novación tácita por cambio de deudor, sino que el vendedor continúa siendo responsable del oportuno cumplimiento de la cancelación de todas las deudas contraídas. El objetivo que procura la ley especial consiste en preservar el interés de los acreedores ante la cesión del fondo de comercio, y que el o los compradores no deban hacer frente a más pasivos que aquellos expresamente conocidos al momento de concertar la operación.

Dado que la novación no se presume, para que la misma se materialice es menester que se haga mediante convención expresa entre partes. Este acuerdo por el que el comprador asume la totalidad del pasivo, hace que los acreedores no tengan la necesidad de manifestar oposición y pueden encaminar sus acciones de cobro hacia la persona del adquirente.

A tenor de lo dispuesto por el art. 814 del Código Civil para que exista novación no basta con la conformidad de comprador y vendedor, sino que es necesario que todos los acreedores presten expresa conformidad, dado que de no ser así el acreedor puede ejercer la opción de perseguir el cobro a cualquiera de ellos.

5.3.6. Remate público

El art. 10 de la ley 11.867 establece las pautas para realizar la enajenación de fondos de comercio mediante remate o subasta pública. Al respecto dispone expresamente:

“En los casos en que la enajenación se realice bajo la forma de ventas en block o fraccionadas de las existencias, en remate público, el martillero deberá levantar previamente inventario y anunciar el remate en la forma establecida por el art. 2do, ajustándose a las obligaciones señaladas en los arts. 4to y 5to en el caso de notificársele oposición.

En caso de que el producto del remate no alcance a cubrir la suma a retener, el rematador depositará en el banco destinado a recibir los depósitos judiciales, en cuenta especial el producto total de la subasta, previa deducción de la comisión y gastos que no podrán exceder del 15 por ciento de ese producto.

Si habiendo oposición el rematador hiciera pagos o entregas al vendedor, quedará obligado solidariamente con éste respecto de los acreedores, hasta el importe de la suma que hubiera aplicado a tales objetos.”

El supuesto aludido en el artículo transcrito en el párrafo que antecede se refiere no al caso que el mismo se realiza por mandato judicial, sino a aquel en que el remate total del establecimiento, o parcial de las existencias del fondo se ejecuta por decisión unilateral del vendedor, quien encuentra en este mecanismo una forma eficiente de realización de su patrimonio comercial.

El precio en remate es aquel que surge de las posturas, las que resultan definitivas y perfeccionan la operación, excepto en el caso de haberse fijado una base y la misma no resulte alcanzada por aquellas. Al respecto se entiende que un monto razonable de la base a fijar debe guardar relación con el monto de deudas a cubrir.

Si el producido del remate no alcanza un importe tal que permita absorber el pasivo integrado por los créditos reconocidos y los no reconocidos, restará a los acreedores sólo la posibilidad de accionar contra el importe depositado por el rematador en forma proporcional al monto de sus acreencias.

El martillero que lleva adelante el remate debe dar cumplimiento a la exigencia del art. 5to de la ley especial que impone el requisito de confección de inventario de los bienes objeto de subasta. Asimismo, y si bien no constituye un requisito legal expreso, también el martillero debe solicitar al vendedor la lista nominal de acreedores del establecimiento a efectos de procurar la obtención de un precio no inferior al monto de los créditos denunciados.

La venta en remate debe respetar el régimen de publicidad fijado por el art. 2do de la ley 11.867, referido a las publicaciones a efectuarse por cinco días en el Boletín Oficial y en uno o más diarios o periódicos del lugar.

5. 3. 7. Cesiones de partes, cuotas o acciones

Desde que se reconoce a las sociedades la personería jurídica, y como tal resultan entes capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, se ha entablado la discusión acerca de si los negocios vinculados con la compraventa o cesiones de partes de interés, cuotas o acciones implican en los hechos una transferencia del fondo de comercio, y por ende se hacen aplicables las previsiones de la ley especial al respecto.

Una primera interpretación del tema planteado indica que la cesión de partes, cuotas o acciones de una sociedad comercial no configura per se una transferencia del fondo de comercio. El argumento que sostiene tal postura está avalado porque la citada operación se trata de una cesión de derechos y no de cosas, y porque el interés de los acreedores no se ve perjudicado por

cuanto el sujeto deudor, es decir la sociedad, permanece inalterable por más que sus componentes, socios o accionistas hayan variado.

La proliferación de sociedades de responsabilidad limitada como de sociedades anónimas cerradas en el ámbito de los negocios, exhibe un panorama donde se visualiza un empresario pluripersonal encarnado en la personería jurídica otorgada a la sociedad, con un marcado componente personalista, con frecuencia desprovisto de un capital significativo, y donde la verdadera garantía de cobro de los acreedores está constituido por el fondo de comercio que integra su patrimonio, y cuya titularidad en rigor de verdad le pertenece al socio que opera tras la forma societaria adoptada, con una conducción absolutamente personalista del negocio.

Por ello es que otra interpretación considera que ante la particular situación que se impone ante la cesión de partes, cuotas o acciones de sociedades comerciales que entrañan un marcado sesgo personalista, es necesario salvaguardar la tutela del crédito frente a la transmisión de la empresa, por lo que también haría aplicable el procedimiento especial de la ley 11.867.

Esta línea de razonamiento encuentra fundamento además, en la necesaria cobertura que merecen los créditos de acreedores que no han podido lograr el aval personal del socio o accionista mayoritario en aras de garantizar sus posibilidades de recupero del crédito, y que de otra forma verían restringidas sus aspiraciones de cobro al capital social reflejado en la contabilidad de la empresa, asumiendo el riesgo no deseado de una eventual declaración de insolvencia de la firma deudora.

Por otra parte, la adopción del procedimiento especial beneficia al o los adquirentes, quienes de esa forma pueden concertar la operación en un marco adecuado de seguridad jurídica, y con certeza respecto de las consecuencias futuras de negocios concluidos por sus antecesores.

La discusión en torno a la cesión de cuotas, partes, o acciones se ha focalizado principalmente sobre la aplicación en forma análoga de las normas vinculadas con la compraventa en orden a la preservación de la garantía del vendedor por consecuencias patrimoniales no previstas al tiempo de concertación de la operación.

Desde el punto de vista jurídico la cesión de una participación social configura una cesión de derechos a título oneroso, en tanto que la compraventa de un fondo de comercio constituye básicamente una compraventa de cosas.

Por tal motivo parte de la doctrina comercialista sostenía que el vendedor no se constituía en garante de las contingencias patrimoniales de la empresa, salvo que expresamente se hubiera acordado alguna previsión contractual en tal sentido.

Ciertamente, la evolución del derecho societario caracterizado por la proliferación de sociedades anónimas cerradas y sociedades de personas, donde prevalecía la fuerte estructura personalista de sus integrantes, ha venido a modificar la interpretación comentada en el párrafo anterior.

Descartando el supuesto de venta de paquetes accionarios con cotización, o de aquellas expresamente incluidas en el art. 299 de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, un criterio distinto es el que asimila la cesión onerosa de la participación social a compraventa de cosas cuando se transfiere la totalidad o bien la proporción necesaria de la participación en el capital para conformar la voluntad del ente. Por ello para este tipo de operaciones, cabe efectuar la distinción entre la causa material constituida por la adquisición del fondo de comercio o empresa, y la causa formal dada por la cesión de partes de interés, las cuotas o las acciones.

Cabe así entender que la venta en bloque del capital de un ente societario estaría dando una pretendida cobertura legal a la operación que desde el

punto de vista fáctico, viene a materializar una conducta abusiva del derecho, por ende antijurídica, dado que posibilita la percepción del precio de la operación en forma íntegra por el vendedor, sin que los acreedores se encuentren debidamente desinteresados, vulnerando la protección que para ellos procura la ley 11.867.

No obstante, en nuestro medio aún no se ha arribado a una postura uniforme en este sentido, por lo que se aprecia conveniente la inclusión de una convención expresa en el sentido de incluir a la garantía de evicción que debe otorgar el cedente por la eventual existencia de pasivos ocultos o no exteriorizados adecuadamente en los registros contables de la empresa.

Es por esta razón que se estima necesario hacer hincapié en la necesidad de aplicar el régimen de publicidad previsto en dicha norma, dado que el activo social en carácter de prenda común de los acreedores en no pocos casos resulta insuficiente y escaso.

Situaciones como las descriptas ameritan, sin perjuicio de la observancia de las normas inherentes a la publicidad del procedimiento, la instrumentación de un régimen de información particular orientado a los acreedores comerciales de montos más significativos, pero también particularmente enfocado a notificar al propio Fisco para que individualice tanto a quienes a partir de la operación de cesión pasan a detentar el control empresarial, como así también a aquellos socios o accionistas que cesaron en el ejercicio de dicho poder.

Una forma apropiada sería establecer la obligatoriedad de cumplimentar el régimen de información sobre participaciones societarias previsto por la Resolución General DGI 4120¹³, con las adecuaciones que se estimen pertinentes, dentro de los diez (10) días hábiles de producida la cesión.

¹³ RG DGI 4120, BO _____.

5.3.8. Inoponibilidad de la personalidad jurídica

La ley 22.903 que oportunamente modificó la ley 19.550 de Sociedades Comerciales, introdujo el instituto de la "inoponibilidad de la personalidad jurídica", estableciendo que:

"La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".

La citada modificación legal ha materializado la doctrina del "disregard of the legal entity", que posibilita el corrimiento del velo societario para detectar maniobras fraudulentas o un accionar abusivo del derecho, valiéndose de la separación de la personalidad jurídica otorgada a la sociedad respecto de la de sus integrantes.

Sin desconocer otros criterios de interpretación, la mayoría de la doctrina¹⁴, concuerda en que la imputación directa al socio o controlante no desliga a la sociedad, sino que se verifica una extensión de la responsabilidad a los socios o sujetos controlantes quienes deberán asumir las obligaciones contraídas por aquélla, y eventualmente, reparar los perjuicios causados.

Es por ello que cuando la cesión de una participación social mayoritaria tenga por causa la adquisición de la empresa, y aunque desde el punto de vista formal sea instrumentada como una cesión de acciones, cuotas o partes, no puede eludirse el cumplimiento de los recaudos previstos por la ley 11.867, en punto a la protección de los intereses de terceros involucrados, ya sea en forma directa o indirecta. La inobservancia de los mismos, constituye una operación ilícita, dado que se sirve de la forma societaria, y bajo la apariencia de ser un tercero frente a ésta, con el

¹⁴ Zunino Jorge, Ob. cit. en 3. Pág.479.

propósito antijurídico de frustrar los derechos de terceros tutelados por la ley especial.

La frustración de derechos de terceros constituye el elemento que tipifica la conducta fraudulenta, y no la cesión propiamente dicha, dado que veda a aquellos el ejercicio del derecho que les confiere la ley 11.867 a ser desinteresados en forma previa. Esta consideración es absolutamente válida y aplicable a los intereses del fisco en punto a la percepción de sus créditos, por lo que se insiste en la conveniencia de instrumentar la obligatoriedad del cumplimiento del régimen de la RG 4120 ante la cesión de una participación social mayoritaria, como una forma adicional de protección de los derechos fiscales, que en última instancia pertenecen a la comunidad de ciudadanos, con lo que quedaría ampliamente justificada tal exigencia.

6. TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LAS TRANSFERENCIAS DE FONDOS DE COMERCIO

6. 1. La atribución de responsabilidad solidaria al cesionario en las transferencias de fondos de comercio

Desde el punto de vista tributario es dable apreciar distintos momentos en los que el legislador ha procurado establecer tratamientos diferenciados:

1. Su creación, el desarrollo de actividades en cumplimiento de su objeto, y su disolución.
2. Las reorganizaciones empresarias materializadas a través de fusiones, absorciones y escisiones.
3. Las transferencias de fondos de comercio, que implican la transferencia física de bienes y la incorporación de conceptos que implican una traslación de la personalidad empresarial hacia los adquirentes.

La ley 11.683 de Procedimiento Tributario (t.o. en 1998 y modificaciones) en su art. 8vo atribuye la condición de obligados por deuda propia a los

sujetos a cuyo respecto se verifiquen los hechos imponibles definidos por las respectivas leyes tributarias, asumiendo de esta forma el rol de sujetos pasivos de la relación jurídico tributaria principal.

Cuando se trata de sujetos incapaces de hecho o de derecho, sucesiones indivisas, personas de existencia ideal, o entes sin personalidad, que adquieran la condición de contribuyentes, pero que sólo pueden cumplimentar su obligación a través de un responsable, a quien el legislador le asigna la condición de obligado al pago del tributo en forma conjunta y solidaria. Esta extensión de la obligación al responsable solidario sólo puede originarse en la ley, ya que a su respecto no se ha verificado el hecho imponible.

Por tal motivo, la propia ley 11.683 en su art. 8vo enuncia a los responsables del cumplimiento de la deuda ajena, estableciendo:

Responden con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo y, si los hubiere, con otros responsables del mismo gravamen, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas:

d) Los sucesores a título particular en el activo y pasivo de empresas o explotaciones que las leyes tributarias consideran como una unidad económica susceptible de generar íntegramente el hecho imponible, con relación a sus propietarios o titulares, si los contribuyentes no hubiesen cumplido la intimación administrativa de pago del tributo adeudado.

La responsabilidad del adquirente en cuanto a la deuda fiscal no determinada, caducará: 1) A los tres meses de efectuada la transferencia, si con antelación de quince días ésta hubiera sido denunciada a la Administración Federal de Ingresos Públicos.

2) En cualquier momento en que la Administración Federal de Ingresos Públicos reconozca como suficiente la solvencia del cedente con relación al tributo que pudiera adeudarse, o en que acepte la garantía que éste ofrezca a ese efecto”.

El texto legal glosado reconoce su origen en el decreto 14.341/46 (Art. 19), que posteriormente fuera modificado por la ley 12.965 en el año 1947, y redactado tal como hoy está por la ley 20.024, Art. 1ro.

En el art. 21 del decreto reglamentario subyace el concepto de unidad económica reforzando en este sentido la intención del legislador. Resulta de importancia resaltar el sentido y alcance que poseen las previsiones legales y reglamentarias citadas.

6. 1. 1. Bienes propios

Se refiere en este caso a aquellos bienes cuya titularidad le corresponda a la persona física o jurídica involucrada en el negocio, no resultando incluidos los bienes cuya propiedad pertenece a los directores, gerentes o representantes de las empresas involucradas y referidos en el inciso d) del artículo 6to de la ley 11.683 (t.o. 1998).

6. 1. 2. Subsidiariedad

Significa que en primer término el Fisco debe reclamar sus acreencias contra el cedente en su condición de responsable principal, y en la hipótesis de no ver satisfechas las mismas hacer extensiva su responsabilidad al cesionario.

6. 1. 3. Solidaridad

Ante la falta de cumplimiento del responsable principal, la extensión de la responsabilidad hacia el cesionario debe materializarse mediante el procedimiento reglado de determinación de oficio.

6. 1. 4. Terceros involucrados

Se trata en este caso de una extensión de la solidaridad en forma conjunta, en el supuesto de existir varios sujetos involucrados. A tal efecto, la ley no establece un orden preferencial luego del incumplimiento del deudor principal, sino que propicia un tratamiento igualitario en punto a la delimitación de la responsabilidad, lo que equivale a decir con el mismo grado de obligatoriedad ante el Fisco.

6. 1. 5. Sanciones aplicables

La consecuencia natural de la responsabilidad solidaria reside en la satisfacción del tributo debido con más las sanciones que hayan sido impuestas al deudor principal exclusivamente derivadas del incumplimiento de éste. Por lo que si el contribuyente cumplimenta en forma parcial su obligación, las sanciones que resulten aplicables y que motivan la extensión de la solidaridad resulten aquellas vinculadas con la deuda incumplida por el deudor principal.

6. 1. 6. Activos y pasivos

Al carecer de previsión legal que establezca un marco conceptual para el activo y pasivo, deben adoptarse los criterios que utiliza la técnica contable. Este aspecto no siempre resulta de aplicación pacífica, por cuanto se requiere en muchos casos efectuar un análisis cuidadoso de las circunstancias de hecho para distinguir en qué casos se trata de operaciones patrimoniales aisladas, respecto de otros en los que efectivamente se configura una transferencia de fondo de comercio.

6. 1. 7. Atribución del hecho imponible a la unidad económica

Este es otro aspecto que resulta de interés en atención a que la responsabilidad del deudor principal debe examinarse en forma separada por cada tributo, en punto a la determinación del carácter de sujeto pasivo de la relación jurídico tributaria principal que efectúa el legislador. Esto puede derivar en la existencia de responsabilidad originada en la deuda por un tributo en particular, pero no en otro.

6. 1. 8. Caducidad

Este instituto legal provoca la extinción de los derechos del Fisco a reclamar su crédito. Por lo que el mero transcurso del plazo de tres meses establecido por la ley produce la desaparición de la responsabilidad solidaria del cesionario. Oportunamente se profundizará este aspecto estableciendo pautas diferenciales respecto de la prescripción.

6. 1. 9. Período de tres meses

Resultan de aplicación para su cómputo las normas inherentes del Código Civil respecto al modo de contar los tiempos en derecho. Así, por aplicación del art. 25 de dicho plexo normativo se establece que el vencimiento de dicho plazo se produce el mismo día del tercer mes. Durante dicho lapso de tiempo deben verificarse la determinación de la deuda, la intimación al responsable, el incumplimiento por parte de éste, la asignación de la responsabilidad, y en caso de corresponder, la aplicación de la responsabilidad por deuda ajena. Al respecto señala Dubois ¹⁵, "El sentido que tiene la norma es otorgarle un plazo al Fisco para que ejerza su derecho de fiscalización y percepción. Si lo hace dentro del plazo de tres meses tendrá el comprador (sucesor) como

¹⁵ Dubois Fernando, Responsabilidades tributarias asumidas en las transferencias de fondos de comercio, Errepar, DTE, Nro 230, Mayo 1999, To XX, pág.71.

responsable solidario para cubrir la responsabilidad tributaria que le corresponde al vendedor”.

6. 1. 10. Comunicación previa

El cedente debe notificar al Fisco respecto de la operación a realizar, con una antelación previa de quince días a la realización de la misma. Para el cómputo de dicho plazo, los días se consideran hábiles y la notificación debe ser fehaciente.

6. 1. 11. Análisis respecto de la solvencia o garantías del deudor principal:

La ley 11.867 no establece pautas objetivas en orden al análisis de la solvencia o suficiencia de las garantías ofrecidas por el deudor, dejándolo librado al criterio administrativo que lo juzgará en cada caso en particular.

El análisis minucioso y pormenorizado de las circunstancias en la transferencia de bienes y derechos es realizada reviste particular importancia. En un sentido genérico la operación se materializa en una transferencia de bienes mediante el pago de un precio. Pero apuntando a la especificidad de la operación y a las implicancias que la misma conlleva desde el ángulo de la responsabilidad se deben aportar todas las pruebas que echen luz sobre si el caso se trata de una compraventa aislada o bien de una operación integral que involucra una sucesión de activos y pasivos. Este límite en la práctica resulta no pocas veces de difícil marcación (Cuál es el elemento distintivo entre una mera operación comercial de transferencia de bienes y cuándo se configura la transferencia del fondo de comercio), originando discusiones respecto de la extensión de la responsabilidad solidaria, consecuencia ésta que no se verifica en una mera transacción comercial.

De esta forma el adquirente de un fondo de comercio resulta solidariamente responsable por la deuda fiscal propia del vendedor relativa al negocio que se transfiere, y la doctrina acuerda con el criterio que el sucesor a título particular en el activo de empresas y explotaciones debe responder por la deuda intimada, en caso de incumplimiento de su antecesor. Ahora bien cabe efectuar la distinción entre deuda fiscal determinada y no determinada.

6. 1. 12. Deuda fiscal determinada y no determinada

Por deuda fiscal determinada debe entenderse aquella obligación tributaria impaga por parte del responsable por deuda propia, que haya sido objeto de intimación administrativa de pago, y que como consecuencia de su incumplimiento por parte de aquel, da lugar al nacimiento de la responsabilidad solidaria del sucesor a título particular. Sobre el tema, Giuliani Fonrouge¹⁶ enseña que la determinación de la obligación tributaria consiste en el "acto o conjunto de actos emanados de la Administración, de los particulares o de ambos coordinadamente, destinados a establecer en cada caso particular, la configuración del presupuesto de hecho, la medida de lo imponible y el alcance de la obligación".

Por deuda fiscal determinada debe entenderse:

- a. Deuda manifestada y reconocida por el contribuyente en sus propias declaraciones juradas.
- b. Deuda determinada por la autoridad administrativa de oficio en observancia del procedimiento reglado por el Art. 18 de la ley de rito.
- c. Deuda originada en determinaciones de oficio pasadas en autoridad de cosa juzgada por ante el Tribunal Fiscal de la Nación, transcurridos treinta días de plazo de su notificación.
- d. Deudas provenientes de sentencias judiciales que reconocen su origen en ejecuciones fiscales.
- e. Liquidaciones de accesorios y multas firmes.

¹⁶ Giuliani Fonrouge C., "Derecho Financiero" Vol I. Edic. Depalma, Pág. 493.

Sobre esta deuda rige el plazo de prescripción liberatoria estipulado por la ley, y el Fisco se encuentra legitimado para perseguir al sucesor a título particular con la finalidad de ver satisfecha su acreencia, en el supuesto que el contribuyente por deuda propia no lo hiciera.

Con respecto a la deuda no determinada, la ley establece un tratamiento distinto que consiste básicamente en un plazo de caducidad de tres (3) meses, el que una vez transcurrido imposibilita al sujeto activo de la obligación tributaria el ejercicio de sus derechos de perseguir al sucesor a título particular para el reclamo del crédito fiscal.

Tal como sostienen Giuliani Fonrouge y Navarrine¹⁷ este plazo de caducidad establecido por la norma tributaria, modifica la ley 11.867, de transferencia de fondos de comercio, que en su artículo 4to prevé la publicación de edictos por cinco días, al cabo de los cuales, se establece un plazo de diez días para que los acreedores ejerzan su derecho de oposición a la inscripción.

Se entiende que bastaría con la notificación por edictos establecida por la ley comercial para que el Organismo Fiscalizador esté en capacidad de oponerse a la inscripción de la transferencia. No obstante, en procura de una protección aún mayor del crédito fiscal, la ley tributaria concede al Fisco un plazo más amplio de caducidad para la persecución del sucesor a título particular, siempre y cuando la misma haya sido debidamente informada a aquél con una anticipación no menor a quince días.

Desde un enfoque puramente práctico, se aprecia una realidad con consecuencias distintas a las perseguidas por la ley. Es sabido que resulta materialmente muy poco probable que un plazo tan exiguo de tres meses, el Fisco pueda efectuar una determinación de deuda, por lo que para el adecuado resguardo del crédito fiscal el Organismo debiera recurrir al

¹⁷ Giuliani Fonrouge, C.M., y Navarrine, S.C., Procedimiento Tributario, Ed. Depalma, 3ra Edición, Año 1984, pág. 95.

ejercicio del derecho de embargo preventivo que le acuerda el artículo 111 de la ley 11.683 (t.o. 1998 y modificaciones).

La doctrina jurídica reconoce nítidas diferencias entre los institutos de la caducidad de derechos y de la prescripción. La caducidad hace perder el derecho a reclamar el crédito, tiene plazos más breves que la prescripción y no se suspende ni se interrumpe.

Ahora bien, en punto a la definición de deuda no determinada, como bien señala González de Rechter¹⁸, ésta comprende a aquella no declarada por el contribuyente y no detectada por la Administración Federal de Ingresos Públicos, pero de alguna manera manera comprobable por estar reflejada en los registros contables de la empresa. Vale decir que se refiere a la deuda que el contribuyente hubiere omitido pagar, y que verificada por el Fisco dentro del plazo legal de caducidad, éste último estaría facultado a exigir el pago al sucesor a título particular, si resultare infructuosa la intimación de pago cursada al contribuyente. En este caso, la responsabilidad comprendería no sólo a los accesorios, sino también a las sanciones por incumplimiento de los deberes formales.

Corresponde un tratamiento diferente a la deuda no determinada atribuible a conductas ilícitas, es decir, aquella que el contribuyente a sabiendas y mediante maniobras ardidasas, dolosas o destinadas a producir engaño, no ha declarado, por lo que la misma no resulta conocida por el organismo fiscal. En este caso, el plazo de caducidad no resulta aplicable, dado que se trata de deudas generadas en conductas ilícitas que se encuadran en los supuestos de conductas omisivas o dolosas que ameritan la instrucción del correspondiente sumario, la aplicación de multas, y en su caso la formulación de la pertinente denuncia penal contra el contribuyente en todos los casos, por lo que el sucesor a título particular en ningún caso resulta responsable.

¹⁸ González de Rechter, B., "La Responsabilidad solidaria del sucesor a título particular en la transferencia del fondo de comercio", AAEF, Boletín Informativo Noviembre 1997, pág 27.

Como se sabe, la Administración Federal de Ingresos Públicos tiene asignada la misión de la aplicación, fiscalización y ejecución judicial de los recursos de la seguridad social, de manera que el Fisco, en los casos de transferencias de fondos de comercio, puede oponerse por los siguientes conceptos:

6. 1. 12. 1. Créditos originados en obligaciones impositivas.

Los créditos a favor del Fisco originados en obligaciones de naturaleza impositiva, como ya se expresara más arriba, pueden reconocer su origen en:

- a. Deudas por acogimientos a planes de regularización de deudas en cuotas, y habiéndose producido su caducidad.
- b. Deudas manifestadas y reconocidas por el contribuyente.
- c. Anticipos de impuestos no ingresados correspondientes al ejercicio fiscal en curso devengados hasta el momento en que deba efectuarse la oposición.
- d. Intereses resarcitorios devengados a partir de la existencia de los créditos enumerados antes.
- e. Intereses punitivos devengados en el supuesto de haberse iniciado el procedimiento de ejecución fiscal por deudas impagas.
- f. Multas firmes.

6. 1. 12. 2. Créditos derivados de los recursos de la Seguridad Social

En los créditos fiscales provenientes de recursos de la seguridad social, es donde se observan diferentes criterios en la actuación del Fisco, variando en función de las distintas Divisiones Jurídicas que toman intervención en el acto de oposición ante el rematador o escribano que participa en la transferencia del fondo de comercio.

Estos créditos pueden reconocer su origen en:

a. Deudas por aportes y contribuciones correspondientes al personal en relación de dependencia al Sistema Unificado de la Seguridad Social.

No surgen dudas ni controversias respecto de aquellas deudas que han sido determinadas y reconocidas por el propio contribuyente a través de las declaraciones juradas oportunamente presentadas, y que a la fecha de la transferencia no hayan sido ingresadas.

Las situaciones que sí suscitan diferencias son aquellas relativas a la potencial existencia de deudas no manifestadas ni reconocidas por el empleador que pueden tener su origen en la detección por parte del personal fiscalizador de:

- 1) Existencia de personal no declarado, es decir no incluido en las declaraciones juradas respectivas.
- 2) Subvaluación de la nómina salarial.
- 3) Declaración tardía y extemporánea de la verdadera fecha de ingreso del personal en relación de dependencia.

Estas situaciones fácticas suelen ser objeto de comprobación por parte del personal fiscalizador que concurre a la sede del establecimiento que se transfiere, y el escaso tiempo que dispone (diez días corridos desde la última publicación de edictos en el Boletín Oficial), hace que la inspección actuante cite al contribuyente y efectúe requerimientos de documentación probatoria que debe ser puesta a disposición en plazos de tiempo muy exigüos, y en la mayoría de los casos insuficiente, lo que acarrea como consecuencia que el contribuyente no logre satisfacer completamente las exigencias de la fiscalización, o no pueda reunir los elementos requeridos.

Ante esta situación, el Fisco habilita el procedimiento de determinación de oficio, conforme a las pautas establecidas en la ley 18820, y el importe de la deuda así determinada pasa a integrar la resolución dictada por el Juez Administrativo, en la que manifiesta su oposición a la transferencia del fondo de comercio.

Vale la pena destacar que la deuda determinada no se encuentra firme al momento de la oposición, en virtud que la misma no ha sido notificada al contribuyente, y de todos modos, en el hipotético caso que así hubiese sido,

la misma puede impugnarse válidamente en sede administrativa dentro de los plazos procedimentales previstos al efecto.

Como puede apreciarse, al momento de vencer el plazo de diez días corridos para manifestar la oposición fiscal a la transferencia, la deuda determinada no se encuentra firme, dado que el contribuyente se encuentra legitimado para interponer recurso impugnatorio en sede administrativa, e inclusive cuenta con dos posibilidades adicionales para acudir ante instancias distintas en el supuesto de no prosperar aquel: plantear la revisión ante el Superior Jerárquico, y recurrir por vía judicial ante la Cámara de la Seguridad Social.

b. Deudas devengadas por aportes de trabajadores autónomos

Una de las situaciones conflictivas que se presentan en la práctica está representada por la pretensión fiscal de incluir en el reclamo de deuda las deudas derivadas por aportes impagos del o los titulares del establecimiento que se transfiere al Régimen de Trabajadores Autónomos.

Sin lugar a dudas se trata de una apreciación equivocada de la situación en la que el Fisco pretende hacer valer sus derechos de cobro, dado que el aporte al régimen de autónomos es de naturaleza eminentemente personal y las deudas que por su consecuencia se generen, no se incluyen en la transferencia del fondo de comercio. Vale decir, el Fisco conserva la facultad de perseguir al deudor mientras la deuda no esté prescrita, por lo que no se justifica una oposición basada en la existencia de incumplimientos de pago, toda vez que éste puede ser ejecutado en forma independiente de la cesión del negocio por el que se realizaban los aportes. A mayor abundamiento, y en el supuesto de encontrarse frente a deuda prescrita o declarada no exigible, quien en definitiva sufrirá las consecuencias de los incumplimientos detectados será el propio contribuyente, quien seguramente encontrará obstáculos al tiempo de pretender acogerse a los beneficios jubilatorios.

Ahora bien no empece lo expresado en este punto, la Administración puede si se verifica el incumplimiento de aportes, ejercer sus facultades de control sobre el cómputo de la deducción especial para rentas de tercera categoría en el Impuesto a las Ganancias prevista por la ley del tributo en su artículo 23, supuesto éste donde no existen reparos para la oposición fiscal habida cuenta de tratarse de una deuda impositiva originada por un cómputo inválido de la deducción acordada por la ley.

6. 1. 13. Cómputo del plazo de caducidad

Volviendo a la determinación del plazo de caducidad, cabe preguntarse a partir de qué momento comienza a contarse dicho término, dado que el punto 1 del inciso d) del artículo 8vo de la ley procedimental determina que el sucesor a título particular queda liberado de responsabilidad por el sólo transcurso del plazo de caducidad. A falta de previsión legal al respecto, debe entenderse que el cómputo de dicho plazo debe iniciarse desde la inscripción de la transferencia en el Registro Público de Comercio, porque el perfeccionamiento de dicho acto hace adquirir al sucesor a título particular la condición de responsable sustituto.

El punto 2 del inciso d) del artículo 8vo faculta a la Administración Federal de Ingresos Públicos a hacer cesar la responsabilidad del sucesor a título particular antes de transcurrido el plazo de 3 meses, si el cedente fuere solvente o afianzare mediante una garantía que deberá ser aceptada por el organismo fiscal, la deuda de importe no determinado que pudiera adeudarse. Esta potestad conferida a la administración se aprecia razonable en punto a que ésta al conocer el hecho de la transferencia de un fondo de comercio, se encuentra en condiciones de realizar una fiscalización con la profundidad que juzgue conveniente acerca del grado de cumplimiento de las obligaciones tributarias del cedente, así como también recoger todos los datos reveladores de su solvencia patrimonial, y exigir, en la medida que

estime conveniente, la constitución de garantías en resguardo del crédito fiscal por la deuda no determinada.

La resolución que libera de la responsabilidad al cesionario en su condición de sucesor a título particular, con respaldo en dictamen jurídico previo, debe relacionar con precisión los antecedentes que rodean al caso, y establecer con precisión la conformidad fiscal respecto de la solvencia exhibida por el cedente, o bien de la garantía la que por imperativo legal debe ceñirse al plazo estipulado, es decir, tres meses. De esta manera cualquier pretensión fiscal manifestada en la intención de extender dicho plazo carecería de sustento legal.

En la hipótesis de que el cesionario cumpla con la intimación administrativa de pago, el tema pierde relevancia dado que la nota distintiva en punto a la aplicación efectiva de la solidaridad radica en la falta de cumplimiento por parte del cedente de sus obligaciones tributarias. Va de suyo que dichas obligaciones deben ser determinadas en legal forma, ya que de lo contrario el Organismo fiscal vería vedadas sus facultades de intimación y en su caso de cobro compulsivo.

Dubois ¹⁹ al analizar la previsión legal respecto del cómputo del plazo de tres meses a partir del momento en que la operación es efectuada, siempre que ésta se denuncie a la Administración Federal de Ingresos Públicos con una antelación de quince días, reflexiona respecto del alcance que debe otorgarse a la expresión "efectuada". Sostiene que en el desarrollo de la operación comercial existen distintos momentos en la concreción de una operación comercial que deben ser tenidos en mira a efectos de interpretar el precepto legal, y así enumera:

- a) Contrato de transferencia con fecha cierta.
- b) Efectiva y probada transferencia de los bienes.
- c) Comienzo de la actividad por parte del cesionario.

¹⁹ Dubois F. Ob. Cit en 1. Pág. 73.

- d) Publicación del edicto en el Boletín Oficial.
- e) Inscripción de la transferencia en el Registro Público de Comercio.

Se comparte el criterio del autor citado en cuanto a que la efectiva inscripción de la transferencia en el Registro Público de Comercio determina el momento a partir del cual la transferencia resulta oponible a terceros, y desde este enfoque corresponde otorgar el alcance al termino "efectuada" antes referido. Esto equivale a sostener que el plazo en que el cesionario fue responsable solidario de la deuda no determinada al momento de la transferencia, es a los tres meses de la inscripción en el Registro Público de Comercio de la misma. Toda deuda fiscal determinada una vez operado el transcurso del período, debe ser objeto de reclamo ante el cedente, en cuyo caso resulta único responsable, pero sin contar en su patrimonio con los bienes cedidos.

El Organismo recaudador resulta investido de facultades suficientes para liberar al cesionario en cualquier momento siempre que se ofrezcan garantías suficientes como para respaldar la realización del crédito fiscal.

La ley no dispone las características de las garantías, las que quedan sujetas a la discrecionalidad del organismo fiscal en punto a sus características, plazos y modalidades. Esta situación debería ser objeto de reglamentación a efectos de precisar el alcance de la cobertura, especificando tipos de garantías exigibles, plazos, montos, casos excluidos, avales de terceros, etc., de modo de evitar posibles tratamientos diferenciados a distintos contribuyentes.

Las facultades otorgadas a la Administración por la ley comercial colocan a aquella en una situación de privilegio respecto del resto de los acreedores del fondo de comercio, debido a que éstos últimos se encuentran constreñidos a exteriorizar sus acreencias dentro de los plazos estipulados por la ley, con vencimiento anterior a la vigencia del acuerdo y cuya validez depende de que el mismo surta efectos. En este sentido, vale recalcar que la

Administración Federal de Ingresos Públicos cuenta con el plazo adicional de tres meses para extender la responsabilidad al cesionario por la deuda no determinada del cedente.

Una vez cumplidos estos requisitos procedimentales, y no verificándose el pago por parte del contribuyente, el Fisco queda facultado para prolongar la responsabilidad a los cesionarios. En este caso la previsión legal resulta indispensable, dado que a falta de ella no podría imputarse responsabilidad alguna a éstos últimos. Al respecto, tal como sostienen Díaz Sieiro, Veljanovich y Bergroth²⁰, en aquellos casos en los que los deudores participan directa y conjuntamente en el perfeccionamiento del hecho imponible, se configura un vínculo de solidaridad cuya verificación queda implícita en la realización del acto gravable. Los demás casos necesitan inevitablemente de una norma legal que respalde la procedencia de la solidaridad de terceros ajenos al contribuyente.

El decreto reglamentario, en su artículo 21 antes citado, considera incluidas en el régimen de transferencias de fondos de comercio a aquellas que sean tanto a título oneroso como gratuito. En efecto su redacción prevé, que los sucesores a título particular a que se refiere el inc. d) pueden serlo tanto por título oneroso como por título gratuito, y que constituye unidad económica susceptible de generar el hecho imponible respecto de su titular, toda empresa o explotación cuyos beneficios, ventas o salarios estén gravados por los impuestos que recauda la Dirección General Impositiva. Luego agrega que también entran dentro de tal concepto, la pluralidad de empresas o explotaciones que, en conjunto, generen el hecho imponible de alguno de aquellos tributos.

Dicho de otra forma, el reglamento considera como un ente sujeto a las previsiones legales a:

²⁰ Díaz Sieiro H., Veljanovich R., y Bergroth L., "Procedimiento Tributario" Ed. Macchi, 1997, Pág. 168 y ss.

- a. Toda empresa o explotación singular cuyos beneficios, ventas o salarios respectivos estén gravados en forma independiente por los impuestos sujetos al régimen legal.
- b. La pluralidad de empresas o explotaciones que, en conjunto, generen el hecho imponible sujeto a cualesquiera de esos gravámenes.

La cita referida al concepto de "empresa o explotación" hace renacer las dificultades que en su momento dieron origen a la Circular 1080 referida al impuesto sobre los capitales. Pero en este caso particular el análisis se centra en una fase anterior, que se refiere a la unidad generadora del hecho imponible. En consecuencia, la verificación del nacimiento de la obligación tributaria aparece forzosamente vinculado a sus titulares, que son quienes en definitiva procuran la transferencia de sus bienes y deudas.

La obligación de informar al Fisco debe cumplimentarse dentro de los quince días previos a la efectivización de la transferencia. El conocimiento certero de la fecha de efectivización resulta en muchos casos engorroso y de difícil comprobación, ya que se involucran aspectos vinculados a cuestiones registrales de los bienes, prácticas notariales, etc, por lo que la estimación de la fecha se vuelve imprecisa.

Si bien la ley no tipifica la sanción aplicable por incumplimiento del deber de información sobre la efectivización de la operación, se entiende que la misma resulta una infracción de índole formal, susceptible de encuadrar en el artículo 39 de la ley de rito.

En el Dictamen DGI s/nro de fecha 28/9/64, la Dirección de Asuntos Jurídicos analizó la responsabilidad frente a los acreedores ante la transferencia de la mayor parte de los bienes de una empresa. De las constancias recabadas surgía que el establecimiento cuya explotación constituía su objeto y razón de ser, había quedado totalmente desmantelado y culminado su existencia para la sociedad enajenante. Se constató que la totalidad de las maquinarias, instalaciones, local, oficinas, teléfonos, personal, clientela, seguros, marcas y denominación de productos, etc.

habían sido transmitidos, con lo que frente a ese panorama quedaba configurada la transferencia del fondo de comercio, y se consideró que necesariamente resultaba de aplicación los resortes que la ley 11.867 depositaba en manos de los acreedores para la defensa de sus intereses comprometidos y en cierto modo defraudados. En base a los elementos de juicio aportados, se concluyó que había existido en realidad una transmisión del fondo de comercio, sin cumplir con las disposiciones de la ley 11.867, por lo que dicha situación habilitaba al Fisco como acreedor de la parte vendedora a impugnar la validez de la operación y a hacer efectivo su crédito contra los bienes de la deudora, como si no hubieran salido de su patrimonio.

6. 2. Las transferencias de fondos de comercio en el marco del Impuesto al Valor Agregado

Como se señalara antes, los elementos constitutivos del fondo de comercio se clasifican en corporales e incorporeales.

El tratamiento impositivo a otorgar a la transferencia de los bienes corporales que conforman el fondo de comercio, por tratarse de bienes muebles de uso y de cambio, resulta claro que la misma constituye un hecho imponible gravado por el Impuesto al Valor Agregado, dado por su inclusión en las disposiciones del artículo 1ro, inciso a) de la ley del tributo.

Un aspecto a dilucidar está dado por el tratamiento a dispensar a los elementos incorporeales o activos intangibles integrantes del fondo, como así también a los acuerdos de no competencia que imponen abstenciones de realizar determinados actos, o que implican obligaciones de no hacer.

6. 2. 1. Normativa aplicable

A efectos de adentrarnos en el análisis, se reseñan las disposiciones del texto legal y luego las disposiciones inherentes al tema incorporadas al decreto reglamentario por el decreto 692/98.

El inciso b) del artículo 1ro de la ley del IVA incluye en el objeto del gravamen a las obras , locaciones y prestaciones de servicios, incluidas en el artículo 3ro, realizadas en el territorio de la Nación. Dicho artículo 3ro, en su inciso e), establece: *"Se encuentran alcanzados por el impuesto, las obras, las locaciones y las prestaciones de servicios que se indican a continuación...."* y remitiendo al apartado 21) dispone: *"...Las restantes locaciones y prestaciones, siempre que se realicen sin relación de dependencia y a título oneroso, con prescindencia del encuadre jurídico que les resulte aplicable, o que les corresponda al contrato que las origina..."*.

A su vez el último párrafo del artículo 3ro fija: *"Cuando se trata de locaciones o prestaciones gravadas quedan comprendidos los servicios conexos o relacionados con ellos y las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos de la propiedad intelectual, industrial o comercial, con exclusión de los derechos de autor de escritores y músicos"*.

Desde que se produjo la ampliación del ámbito de gravabilidad del tributo a las prestaciones de servicios, no ha habido desde el punto de vista reglamentario una definición precisa respecto del alcance pretendido por el legislador a la expresión "locaciones y prestaciones".

Una adecuada exégesis del precepto legal permitía concluir que la existencia de una locación o prestación gravada producía una atracción hacia el ámbito de la imposición de todas aquellas prestaciones de servicios no gravadas, así como de las transferencias definitivas o cesiones de uso temporarias del bien intangible, o usufructo de derechos que, considerados en forma aislada no se encontraban alcanzados por el tributo, pasaban por designio legal a integrar la base imponible del negocio global.

Es así que la ley ensaya una definición amplia de estos derechos, quedando involucrados los de propiedad intelectual, industrial y comercial, excluyendo aquellos que deriven de derechos de autor referidos a obras literarias y musicales.

Como bien señala Yemma²¹, con esta exclusión quedaban claramente comprendidos los derechos de autor sobre software, aunque por otro lado la misma ley los incluía como servicios gravados en forma expresa y con independencia de la forma contractual adoptada a los fines negociales o fórmulas patentables, "know how", procesos industriales, etc.

Como puede observarse, la vinculación a prestaciones gravadas introducía en el análisis del tema un marco de conflictividad con respecto a la interpretación que sobre el particular emanaba de las autoridades fiscales, dado que todo aquello susceptible de vincularse con una prestación gravada quedaría alcanzado por el gravamen, aunque considerado individualmente se tratase de una exclusión de objeto o de una exención consagrada expresamente por la norma.

Si se remite a la legislación de fondo, en punto a precisar el alcance de la expresión "locación", el Código Civil en su artículo Nro 1493 prescribe que existirá locación *"Cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o a prestar un servicio, y la otra a pagar por ese uso, goce, obra o servicio, un precio determinado en dinero"*.

La obligación en sí es portadora de un contenido que le otorga sentido a su existencia, en el caso de las prestaciones su contenido es la obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Asimismo existen diferentes especies de prestaciones, y al respecto el artículo 1169 del Código Civil prevé que: *"la prestación objeto de un contrato*

²¹ Yemma, Juan C.A. "Software: Nuevos elementos de juicio" Errepar, DTE, Nro 214, Enero 1998, Pág. 789.

puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria.

Desde el punto de vista doctrinario, se habían entablado discrepancias en torno a la cuestión de la incorporación o no al ámbito de gravabilidad del IVA, de los hechos negativos o de no ejercicio de una actividad, habida cuenta que en la ley del tributo, en todos los casos se hace referencia a hechos positivos, o de realización en forma efectiva de una actividad.

Así, Vicente O. Díaz²², al tratar el tema remite a Cesare Cosciani²³, quien manifiesta su desacuerdo con la redacción otorgada a la prestación de servicios por vía de la definición negativa en la mayoría de las legislaciones y estima que su tratamiento como "operaciones" distintas a la entrega de bienes proviene de reemplazar el concepto de valor agregado por el de compensación.

De tal manera el autor nacional citado se refiere al tratamiento que sobre el tema hace la legislación italiana, que diferencia a las obligaciones de dar, en las que existe transmisión económica de un bien y que no resultan comprendidas por el concepto prestación de servicios, de las obligaciones de hacer o no hacer, en las que se incluyen los contratos típicos no traslativos.

El tema objeto de análisis proviene de la imprecisa redacción de nuestra ley del Impuesto al Valor Agregado, que origina las controversias doctrinarias antes comentadas, en torno a la inclusión de las obligaciones de no hacer dentro del apartado 21 del inciso e) del artículo 3ro de dicha ley.

Ahora bien, la transferencia del fondo de comercio implica la transmisión de una propiedad incorporal consistente en el derecho a la clientela que pertenece al negocio que se transfiere. Esta operación resulta comprensiva de elementos de distinta naturaleza: corporales e incorporales, a los que se suelen adicionar cláusulas accesorias, como por ejemplo los acuerdos de no

²² Díaz Vicente O. "La tipología en la prestación de servicios como hecho imponible en el impuesto al valor agregado", Imp. T. XLIX, pág. 19.

competencia, conformando así un negocio jurídico complejo, cuyo tratamiento en el IVA se tratará de dilucidar.

Ante las dificultades antes comentadas respecto del encuadre de la operación ante el tributo, el PEN ha tratado de echar luz sobre el particular, con la sanción del decreto 692/98, sancionado el 11Jun98, pretendiendo precisar el alcance de la norma legal.

De esta forma, se incorpora el artículo 8vo del decreto reglamentario, que en su primer párrafo establece: *"Las prestaciones a que se refiere el punto 21 del inciso e) del artículo 3ro de la ley comprende a todas las obligaciones de dar y/o hacer, por las cuales un sujeto se obliga a ejecutar a través del ejercicio de su actividad y mediante una retribución determinada, un trabajo o servicio que le permite recibir un beneficio"*.

Como puede apreciarse la norma transcripta en el párrafo anterior, ha perseguido el objetivo de gravar aquellas prestaciones cuyo objeto sea una obligación de dar, que tienen por objeto la entrega de una cosa mueble o inmueble con el fin de transferir solamente el uso o tenencia (art.574, CC) y/o de hacer, que consisten en la realización de un hecho positivo en un tiempo y modo acordado (arts. 625 a 631, CC).

Resulta claro entonces, que no se incluyen en el precepto reglamentario a las obligaciones de no hacer (arts. 632 a 634, CC), las cuales se caracterizan por una conducta de contenido negativo, por la que un sujeto se obliga a abstenerse de obrar de determinada manera, impedimento éste que no existiría de no haberse convenido la antedicha obligación.

El segundo párrafo del artículo 8vo del reglamento alude a la parte final del artículo 3ro del texto legal que trata sobre cesiones de uso o goce de derechos. Así la norma reglamentaria establece: *"No se encuentra comprendidos en lo dispuesto en el párrafo anterior, las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos, excepto cuando las mismas impliquen un servicio financiero o una concesión de explotación industrial o comercial, circunstancias que también determinarán la aplicación"*

²³ Cosciani, Cesare. "El impuesto al valor agregado"- Ed. Depalma , Bs.As., pág. 210.

del impuesto sobre las prestaciones que las originan cuando estas últimas constituyan obligaciones de no hacer”.

6. 2. 2. Cesión de créditos

El tratamiento de la cesión de créditos en el IVA implica la necesidad de formular un análisis minucioso, observando los preceptos de la ley del tributo.

El profesor Oklander ²⁴ efectúa un análisis exhaustivo de la cuestión, y sostiene la dificultad del examen del tema debido en primer lugar a la falta de tratamiento expreso de este tipo de operaciones en los tres primeros artículos de la ley, que son los que definen el ámbito de gravabilidad, y en segundo lugar, porque tampoco son citadas en los arts. 7 a 9, que establecen las exenciones.

Estas operaciones se realizan entre sujetos del país, lo que hace descartar su encuadre dentro de los incisos c) y d) del art. 1ro de la ley. Es claro que el inciso a) rechaza también su inclusión, toda vez que se refiere exclusivamente a “ventas de cosas muebles”, y dado que los créditos no son cosas, no es posible su inserción en tal inciso.

Dado que los créditos quedan encuadrados dentro de los derechos creditorios, y por ende dentro del género bienes, entendidos éstos últimos como objetos inmateriales susceptibles de tener valor, integran también junto a las cosas muebles e inmuebles el patrimonio de una persona.

Es por ello que se adhiere a la postura sostenida por el prestigioso autor citado en el presente acápite, que descarta la inserción de la cesión de créditos en los incisos a) a d), y también en los puntos 1 a 20 del inc. e) del art. 3ro de la ley.

²⁴ Oklander J. “El IVA y la cesión de créditos” Revista Impuestos Ed. La Ley, T ____ Pág ____

Resta ahora por analizar la factibilidad de la inclusión de las cesiones de créditos dentro del punto 21 del inc. e) del art. 3ro, o sea dentro del conjunto de prestaciones de hacer gravadas a partir de la denominada "generalización" del tributo vigente a partir de la sanción de las leyes 23.765 y 23.871.

En el punto citado en el párrafo anterior, el legislador formula una enunciación de hechos imponibles a modo ejemplificativo, que resulta imprecisa, pero que comprendería a las cesiones de créditos dentro de "las restantes locaciones y prestaciones", y más específicamente dentro de las "colocaciones y prestaciones financieras".

Pero ocurre que las "colocaciones y prestaciones financieras" no están incluidas dentro de las previsiones de los arts. 1ro a 4to de la ley, no obstante la importancia que las mismas revisten en su carácter de hechos imponibles. Recién se las menciona en el art. 5to que alude al perfeccionamiento del débito fiscal, en referencia al momento en que se produce tal efecto vinculante.

Como puede observarse, surge nítidamente la imprecisa redacción de la ley para someter al ámbito de la imposición al "financiamiento" como prestación gravada en forma autónoma, abstracción hecha de la inclusión dentro de la base imponible de los intereses y conceptos asimilados que ya venía establecida originariamente en la ley. No obstante, resulta claro que la "financiación", en forma autónoma se encuentra alcanzada por el IVA desde el 01Dic90, pero que recién surtió efectos a partir del 01Jul 92, habida cuenta de la exención que rigió entre ambas fechas.

A esta altura cabe destacar en consonancia con lo expresado en el punto 3. 5. 12. , que no todo crédito que sea objeto de cesión reconoce su origen en una operación de crédito que pueda rotularse como "colocación o prestación financiera", dado que los créditos en su carácter de derechos creditorios pueden originarse en causas distintas a operaciones de financiamiento y/o comerciales, por ejemplo los provenientes de indemnizaciones laborales,

créditos fiscales por ingresos en exceso de las obligaciones oportunamente devengadas y exteriorizadas, o créditos litigiosos en los que el cedente sólo pretende desligarse cediéndolo antes que enfrentar un proceso de cobro con remotas posibilidades de éxito o demasiado oneroso. Apuntando más específicamente al caso que nos ocupa, no categorizan como "colocación o prestación financiera" las transferencias de carteras de deudores en ocasión de producirse un cese de actividades o de enajenarse el fondo de comercio.

Por lo que tal como sostiene Oklander en el trabajo citado en la nota 25. precedente, no toda diferencia entre el valor final de un crédito y el importe que se percibe por su enajenación encuadra en las operaciones de compra y descuento a las que se refiere el art. 48 del Decreto Reglamentario.

Es por ello que cuando se trata de enajenaciones de créditos que reconocen motivos distintos de los propios de una operación de crédito considerada como una transferencia de recursos con cargo de devolución, y tales motivos se expresan claramente tanto por el cedente como por el cesionario, dicha operación no resulta gravada por el IVA.

6. 2. 3. Cesión de derechos

Habiendo dilucidado la cuestión relativa a la cesión de créditos en forma específica, queda ahora por abordar las cesiones de uso o goce de derechos de propiedad intelectual, industrial o comercial.

Vale el esfuerzo recordar que la confusa redacción del último párrafo del artículo 3ro de la ley suscitó discusiones interpretativas respecto de la gravabilidad en forma aislada de las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos de la propiedad intelectual, industrial o comercial, o si en cambio, la imposición de tales hechos dependía de la existencia de una locación o prestación gravada de la cual dicha cesión resultare una operación accesoria.

Sobre el tema hubo de expedirse el Fisco en sendos pronunciamientos administrativos, donde específicamente realizó el análisis antes comentado.

En el dictamen DAT 16/96²⁵, se arribó a la conclusión de que la cesión de derechos para la explotación comercial de competencias automovilísticas que incluía la transmisión y/o retransmisión de las competencias aludidas, así como también la comercialización de las filmaciones y la venta de publicidad estática, quedaban alcanzadas por el impuesto por estar incluidas en el último párrafo del artículo 3ro de la ley. En forma concreta lo que ocurría en este caso, era la existencia de prestaciones de servicios alcanzadas por el impuesto, y que en consecuencia, atraían a la cesión de derechos al ámbito de la imposición.

En otro precedente, el dictamen DAT 137/92²⁶, referido al tratamiento a dispensar a los ingresos (canon mensual) provenientes de una franquicia de explotación a través de un contrato de concesión privada en el que formaban parte del mismo, capitales, recursos humanos y objetivos de las propias empresas contratantes, se concluye que el vínculo previsto por el artículo 3ro se refiere a las prestaciones realizadas por el propio cedente. De ésta forma, sostiene el Fisco que "si la asistencia técnica convenida involucra alguna locación o prestación gravada, ésta comprendería también a la cesión de la explotación de la marca y ... el valor de las regalías u otra que por la misma se haya comprometido a abonar la concesionaria...". "...se estima que la conexión a que hace referencia el párrafo (último párrafo del art. 3ro) compete a las prestaciones que realice el mismo cedente y no a las que pueda ejecutar el cesionario".

Como puede apreciarse el PEN en la norma reglamentaria ha recogido el criterio interpretativo del Organismo Fiscal, reiterando su postura consistente en que la transferencia o cesión de derechos considerada en forma aislada no se encuentran alcanzadas por el tributo, en tanto no

²⁵ Bol DGI Nro 514 – Pág. 1705

²⁶ Bol. DGI Nro 474 – Pág 675.

impliquen un servicio financiero o una concesión de explotación industrial o comercial.

Así el reglamento advierte sobre el caso referido a la cesión de créditos, la que al implicar un servicio financiero, deberá enmarcarse en las previsiones legales vigentes para éste último, las que han de prevalecer respecto de la forma jurídica adoptada, lo que en definitiva no resulta más que la aplicación del principio de la realidad económica.

Se entiende que cuando el precepto reglamentario alude a "concesión de explotación", se está refiriendo contratos de concesión privada. Las concesiones públicas, vale decir aquellas otorgadas por el Estado Nacional, las Provincias, los Municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y entidades u organismos regidos por la ley 22016, gozan de la exención del artículo 7mo, inciso h), punto 23 de la ley del tributo, ratificada por el artículo 39 del decreto reglamentario, por lo que su gravabilidad se encuentra neutralizada.

El contrato de concesión privada es aquel por el cual una parte se obliga a otorgar autorización a otra para la explotación de un servicio que le compete y desea prestar a terceros, y la otra se compromete a realizar tal explotación a su nombre, por su cuenta y riesgo, por tiempo limitado y bajo control de aquélla, mediante el pago o sin él de una compensación, entregándole la primera o no, bienes para la explotación.

Sobre el tema en cuestión existe un antecedente de índole administrativa, el Dictamen 49/96, donde se arribó a la conclusión que las prestaciones incluidas en los contratos por los cuales la empresa XX otorgaba la concesión de explotación del servicio de lavado, engrase, lubricación, etc. en una playa de estacionamiento subterránea y transfería el derecho de operar y explotar una estación de servicio de su concesión, quedaban alcanzados por el impuesto, en virtud que la norma exentiva contenida en el apartado 24 del inciso j) del artículo 7mo de la ley se refiere pura y

exclusivamente a los contratos de concesiones públicas. De esta forma, el Fisco ha interpretado que la órbita del tributo comprende a la transferencia del derecho de explotación y la prestación de servicios compleja, sin perjuicio de aplicar la exención con carácter restrictivo a las concesiones de servicios públicos.

6. 2. 4. Obligaciones de no hacer

Una análisis profundizado del artículo 8vo del decreto reglamentario en su parte final, lleva al tratamiento frente al impuesto de las obligaciones de no hacer. Se coincide con la postura sostenida por Ribet y Yemma²⁷, quienes concluyen que las precitadas obligaciones no constituyen obligaciones gravadas "per se", y tampoco lo estará si la misma resulta conexas a un servicio gravado, ya que el último párrafo del artículo 3ro, se refiere a la conexidad de servicios gravados con transferencias o cesiones de uso de derechos.

Ahora bien, cabe entonces analizar el encuadre impositivo del denominado "valor llave". Al respecto, se trae a colación la respuesta a una consulta efectuada por un contribuyente de fecha 14Abr94²⁸, que versaba sobre el encuadre en el IVA de un contrato de transferencias de bienes y derechos, donde entre otros se hacía mención del "valor llave" del negocio. En esa oportunidad el Fisco sostuvo que: "... la transferencia de bienes inmateriales que no involucren una operación gravada, es decir considerada individualmente, está al margen del gravamen en cuestión...".

Ratificando su criterio, en el dictamen DAT 93/93 se interpretó que: "...el propósito legal ha sido dejar al margen del impuesto al valor agregado a la cesión del uso o goce de intangibles individualmente considerada" concluyendo que tal operatoria no se halla incidida por el gravamen salvo

²⁷ Ribet M. y Yemma J.C., "Las transferencias de fondos de comercio y el IVA, según la reforma introducida por el nuevo decreto reglamentario (Dto 692/98)", Errepar, DTE, Nro 222 Setiembre 1998, Tomo XIX.

que se perfeccione a su respecto el supuesto contemplada en el último párrafo del artículo 3ro, vale decir, en tanto se realice con prestaciones o locaciones gravadas.

De lo hasta aquí reseñado, podemos concluir que si la obligación de no hacer – acuerdo de no competir- no se encuentra alcanzada “per se” y que la cesión de un derecho – valor llave- tampoco, entonces una transacción que implique la conjunción de ambos elementos no se encontrará gravada, si no coexistieran prestaciones de servicios alcanzadas por el tributo.”.

Del mismo modo el Organismo Fiscal sostuvo idéntica postura en las conclusiones a las que arribó en el dictamen DAT 151/94²⁹ donde examinó un convenio de rescisión anticipada de un contrato celebrado para la fabricación y distribución de productos medicinales, transfiriéndose la totalidad de los derechos y obligaciones emergentes de dicho acuerdo a un tercero, quien a su vez se obligaba a indemnizar a la firma que rescindía el acuerdo por el compromiso que ésta última asumía de no producir ni comercializar productos propios o de terceros en competencia con aquel.

Apuntando al objeto del contrato precitado, se enfatizó en que el mismo comprendía otras prestaciones gravadas, tales como el compromiso de aportar el soporte técnico, científico y comercial, y de transferir sin cargo algunas de las marcas registradas a nombre de la rescidente, sin perjuicio de otras tales como el acondicionamiento y venta de mercaderías, por lo que se arribó a la conclusión que el monto oblado en carácter indemnizatorio por el acuerdo de no competencia (obligación de no hacer) debía encontrarse incidido por el impuesto al valor agregado.

Como bien reseñan Ribet y Yemma³⁰, este precedente administrativo suscitó gran cantidad de dudas, porque las conclusiones expresadas daban lugar a

²⁸ Bol. DGI Nro 505 – Pág. 132.

²⁹ Bol. DGI Nro 505 – Pág. 106.

³⁰ Ribet M. y Yemma J.C. Op. Cit en 12. Pág. 410.

interpretar que la obligación de no hacer en sí misma resultaba alcanzada por el gravamen.

Concluyen los autores citados en el párrafo preinserto que, si se utiliza la figura contractual de la cesión de derechos – valor llave y bienes intangibles - a modo de ropaje de una operación subyacente que no sería otra que una concesión de explotación, también corresponderá la aplicación del gravamen sobre aquellas prestaciones que, desde el punto de vista formal o jurídico constituyan obligaciones de no hacer, partiendo de la premisa que la concesión de explotación ha originado una obligación de no hacer. En refuerzo del fundamento de sus conclusiones argumentan el ejemplo de los servicios financieros, los que adoptando la forma de cesión de derechos creditorios, son considerados gravados en función de la realidad económica subyacente y que de hecho ha sido tratado en un contexto literal único.

Esta aseveración no puede ser aceptada sin formular algunas objeciones sobre el particular. En principio se comparten parcialmente las conclusiones a las que se arriban en el trabajo precitado las que se transcriben a continuación:

1. Las obligaciones de no hacer - acuerdos de no competir – no se encuentran “per se” alcanzadas por el gravamen.
2. Las cesiones de derechos – valor llave y bienes intangibles – no se encuentran “per se” alcanzadas por el gravamen.
3. La conjunción de ambos elementos se encontrará comprendida si coexisten prestaciones de servicios alcanzadas por el gravamen.

En particular, se discrepa con lo afirmado en el punto 3. que antecede. dado que en dicha afirmación no se hace mención ni siquiera a la consideración relativa que en la magnitud de la operación compleja implica la proporción de servicios gravados y no gravados. De la simple lectura de esta conclusión podría interpretarse que una cláusula de abstención (obligación de no hacer) que se inserte en un contrato de compraventa de fondo de comercio, haría

que toda la operación se encuentre gravada, generando para el adquirente un crédito fiscal que luego pueda ser cuestionado por las autoridades fiscales.

6. 3. Encuadre de las transferencias de fondos de comercio en el Impuesto a las Ganancias

La operación de transferencia de un fondo de comercio se encuentra alcanzada por el tributo tanto que la enajenación se efectúe por una persona física o bien por un sujeto empresa caracterizados en el artículo 49 de la ley.

Desde la entrada en vigencia de la ley 21.481, estas operaciones estuvieron exentas del tributo, independientemente del sujeto que las realice, o sólo en algunos casos.

6. 3. 1. Normativa aplicable

Las transferencias de acciones y cuotas sociales, desde la entrada en vigencia de la ley 23.260 han sido alcanzadas por el gravamen en todos los casos para las sociedades o empresas a las que resulta aplicable el concepto de empresa – fuente y del mismo modo resulta gravada en el supuesto de tratarse de sujetos incluidos en el inciso 1) del artículo 2do de la ley.

De esta forma como bien enseña el maestro Reig³¹, resultaba así sumamente importante analizar el tratamiento aplicable a las transferencias de bienes materiales o inmateriales, que realizados aisladamente de un fondo de comercio, originarían el impuesto, cuando estaban involucrados en la venta de la totalidad de un paquete de acciones o de la totalidad de las cuotas partes del capital de una sociedad de capital o asimilada a tal, ya que si la operación se aceptaba impositivamente como de transferencia de acciones o cuotas societarias, el resultado estaría exento.

³¹ Reig E.J. Impuesto a las Ganancias, Ed. Macchi, 10ma Ed., Pág. 75

6. 3. 2. Cesiones de paquetes accionarios

Las transferencias referidas precedentemente realizadas como una universalidad y a través de la venta de los valores mobiliarios o derechos sobre la totalidad del fondo de comercio, no significan jurídicamente la venta de los bienes que lo componen, que continúan perteneciendo al sujeto que desde siempre resultó ser su titular, es decir la propia sociedad.

En el Dictamen DATJ 13/76 de fecha 14/4/76, se analizó el caso donde un contribuyente era el único y real tenedor del paquete accionario de XX S.A. desde el año 1962 hasta el 18/12/1970, fecha en la que concretó la venta de la totalidad de dicho paquete. En base a los antecedentes examinados, se concluyó que la verdadera intención fue que los resultados de la explotación resultaran gravados a una tasa fija, por ese entonces por debajo de la alícuota progresiva mayor que eventualmente le hubiera correspondido tributar de haber actuado como único dueño de dicha explotación. Basándose en que en el derecho argentino no admite la posibilidad jurídica de la existencia de una sociedad de un solo socio, la transferencia de las acciones de la sociedad anónima debe ser entendida como la venta de una explotación de la que es titular una sola persona, dando lugar a la formulación de los ajustes correspondientes.

Así se ha pronunciado la jurisprudencia en dos causas distintas pero vinculadas a una misma operación, donde las Salas I y II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal³², entendieron que no resultaba aplicable el tributo, dado que la compraventa del paquete accionario constituyó una operación normal, no haciendo lugar a que los actos jurídicos cumplidos aparezcan como manifiestamente inadecuados para configurar la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes. Asimismo en

³² CNCAF, Sala I, Piazza Atilio y otros, 4/5/72, y Sala II de la misma Cámara, Piazza Alfredo Félix y otros, 25/7/73, D.F., XXII-A, pág. 578 e Impuestos XXXI, pág. 1144, respectivamente.

puso especial énfasis en que para controvertir la postura de los contribuyentes, la prueba de la finalidad evasiva del tributo tendría que ser asertiva, y si se basara en presunciones, éstas deberían ser claras y concluyentes.

Analizando este precedente en particular, cabe reseñar que se trató de una apelación a resoluciones determinativas efectuadas de oficio por el Fisco en concepto de impuesto a los réditos de los recurrentes por el período fiscal 1961, por considerar que la venta en bloque de las acciones de la compañía Productora de Tanino Z SAIC, de la que eran accionistas, producto de la transformación de la sociedad de responsabilidad limitada a Ledoga Sociedad por acciones de Milán, Italia, significó, aplicando el criterio de interpretación de la realidad económica, la venta de un fondo de comercio, operación que se encontraba alcanzada por el entonces vigente impuesto a los réditos.

Cabe destacar que la sala C del Tribunal Fiscal al abocarse al tema, evaluó la decisión respecto a que si la venta en bloque de las acciones de la compañía a un tercero significaba la venta del fondo de comercio que integraba su patrimonio gravada por la ley del impuesto a los réditos vigente en ese entonces. De esa forma sostuvo en uno de sus considerandos:

“Que si bien el traspaso del dominio de la totalidad de las acciones de una sociedad anónima puede no implicar la correlativa transferencia del fondo de comercio, la realidad económica en el presente caso demuestra documentadamente que mediante el contrato una de las partes – la vendedora de las acciones – ha asumido determinadas obligaciones que de ningún modo hubieran sido razonablemente tomadas a su cargo por su accionista, de haberse tratado de una simple transferencia de su capital accionario. En efecto, del texto del contrato celebrado el 28 de setiembre de 1961 entre los constituyentes de la sociedad anónima y el apoderado general de la compradora, surge que los vendedores se comprometían a completar los trámites de inscripción de la sociedad anónima en el Registro Público de

Comercio; a adquirir, por medio de la sociedad, el fondo de comercio e inmuebles, y a hacerse cargo del pasivo de esta última sociedad al 30 de setiembre de 1961, de cualquier deuda resultante de operaciones anteriores, de los gastos pendientes de pago, de los compromisos emergentes de la ley 11.729 y de las publicaciones prescriptas por la ley 11.867. Los vendedores asumieron también la responsabilidad emergente de actos anteriores a la cesión, y de los cuales pudieran emanar obligaciones para la sociedad anónima.

Por estas circunstancias el Tribunal consideró que el contrato exteriorizaba a través de sus cláusulas, que los enajenantes asumían compromisos extraños a la mera cesión de acciones y más propios de la transferencia de un fondo de comercio, por lo que la operación en análisis configuraba en realidad la enajenación del activo depurado de la empresa, y quedando desvirtuado el pretendido argumento sostenido por los apelantes que la operación se trataba de una mera transferencia de acciones al portador, como hecho accidental, debiéndosela considerar como transferencia de fondo de comercio y, en consecuencia, la utilidad proveniente de la misma debía quedar alcanzada por el impuesto en cuestión, por lo que confirmó en este aspecto la resoluciones del Fisco que así lo habían considerado.

Quedó así descartado a juicio del Tribunal que la operación cuestionada consistiera en una "transferencia de acciones al portador como hecho accidental", tal como la califican los apelantes, debiéndosela considerar como transferencia de fondo de comercio, y por ende gravada la utilidad proveniente de ella.

Al analizar las circunstancias concretas del caso se verificó que se había constituido una sociedad anónima expresamente con la finalidad de vender, mediante la transferencia de su capital accionario, el activo depurado de la sociedad de responsabilidad limitada, con lo que deliberadamente se había omitido consignar en las declaraciones juradas respectivas los beneficios provenientes de su participación en la venta del fondo de comercio,

configurando ello una declaración incompleta de la materia imponible, y hecho valer formas y estructuras jurídicas manifiestamente inapropiadas para configurar la operación, quedando así exteriorizada una intención de evitar la imposición justa. El tipo de la operación no justificaba la creación de una sociedad anónima por parte de los socios de la sociedad de responsabilidad limitada, para otro fin que no sea el de eludir el pago del impuesto.

Este fallo del Tribunal Fiscal fue motivo de sendas apelaciones interpuestas ante las Salas I y II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Al analizar el caso la Alzada estimó como probados los siguientes hechos:

- a) Que según surgía de la documentación probatoria analizada, los componentes de la sociedad de responsabilidad limitada habían prorrogado el plazo de duración de la misma.
- b) Que al tiempo de acordar la prórroga se había contemplado la posibilidad de transformarla en una sociedad anónima.
- c) Que por el acta de constitución de la sociedad anónima se había facultado al Directorio para gestionar y llevar a cabo la adquisición en las mejores condiciones del fondo de comercio de la sociedad de responsabilidad limitada.
- d) Que se habían aprobado las gestiones realizadas por el presidente de la sociedad anónima, a fin de lograr que el activo y pasivo de la de responsabilidad limitada se hubiese transmitido a la primera, sobre la base de cifras resultantes de un balance general practicado a esa fecha.
- e) Que con carácter previo a la inscripción registral de la sociedad anónima, sus accionistas se habían comprometido a transferir el capital social de la misma a otra sociedad por acciones de origen italiano.
- f) Que en virtud de tal compromiso, la sociedad por acciones italiana pagó parte del precio pactado a cuenta del mismo y como principio de ejecución de la operación, resultando obligada a cancelar el saldo en oportunidad de la toma de posesión de los bienes y entrega de las acciones, una vez finalizada la operación con la sociedad de responsabilidad limitada.

- g) Que los enajenantes de las acciones habían tomado a su cargo el pasivo resultante del balance general practicado por la sociedad de responsabilidad limitada, y la responsabilidad emergente de los actos anteriores a la cesión que pudieron haber generado el nacimiento de cualquier tipo de obligaciones para la sociedad anónima.

Apreció el Tribunal que de los preceptos de la ley 11.683 no había resultado posible extraer conclusión alguna favorable a la tesis del Fisco que sostuvo que el objeto de la transferencia había sido no el de las acciones sino la hacienda o fondo de comercio. Apoyándose en cita de Messineo, se consideró que la pretensión fiscal había concebido que se trataba de un contrato del tipo de aquellos en que para conseguir un determinado efecto jurídico, se escoge una vía transversal en lugar de la que sería natural y se produce entonces una disonancia entre el medio empleado que es un negocio típico (nominado) y el fin práctico perseguido. En base a ello se interpretó que aquella exclusión del pasivo en la relación contractual de las partes no implicaba arribar a la conclusión del Fisco, sino justamente la contraria, porque comprendiendo la universalidad patrimonial o de cosas en que la hacienda comercial o industrial consiste, entre otros, los elementos pasivos del negocio, la transferencia de ellos viene normalmente abarcada en el negocio jurídico, lo que descarta la utilización de una vía transversal o negocio indirecto por la ausencia de todo elemento de juicio que autorice a sostener que la voluntad de las partes, como intención empírica, ha tendido a la finalidad de operar el traspaso del patrimonio social y no del capital accionario.

A mayor abundamiento el Tribunal sostuvo que desde el punto de vista práctico tampoco se ha configurado la situación que el Fisco ha pretendido gravar, dado que la sociedad anónima subsistió como tal, por lo que no podía afirmarse que tuvo lugar el traspaso del activo depurado toda vez que la adquisición de todas las acciones de una sociedad no implica adquisición del patrimonio social, del mismo modo que la posesión de una o varias

acciones no implica en absoluto la adquisición de la propiedad de una cuota de dicho patrimonio.

Asimismo, la Alzada distingue en apoyatura de sus fundamentos que cuando el principio expuesto se aceptó, fue por darse la posibilidad de entender que el comprador del paquete ha tenido verdaderamente la intención de adquirir el patrimonio social, habiéndose servido de aquel negocio jurídico como un simple medio expeditivo para conseguir el resultado que se proponía.

En consecuencia, el Tribunal negó en el caso que la aplicación del principio de la realidad económica previsto en la ley procedimental, hubiese podido llevar a la consecuencia de que lo que fue verdaderamente una venta del paquete accionario, haya debido configurar un negocio jurídico directo, agregando que el error interpretativo del organismo recaudador provenía de la confusión de dos fenómenos jurídicos y económicos diversos, como fueron la adquisición por una de las dos sociedades del fondo de comercio de la otra, que hubo de extinguirse en forma inmediata dado que carecía de todo otro objeto social, lo que implicó una unificación jurídica y económica, con la transferencia en bloque de las acciones, lo que ha provocado fenómenos de dominio o control, conformando un hecho característico de la organización económica, consistente en la tendencia a la concentración o integración, vale decir a reunir el mayor número de empresas que ejerzan el mismo ramo de industria, o de comercio, o ramos afines y conexos entre sí bajo dirección unitaria que sigue criterios técnicos o administrativos uniformes, al que se llegó mediante la adquisición y posesión del paquete accionario de la sociedad controlada o dominada.

En la apelación, se resumió la cuestión expresando que la discusión había consistido en determinar si se había producido la venta del fondo de comercio de la sociedad de responsabilidad limitada como oportunamente había sido sostenido en los fundamentos de las determinaciones de oficio recurridas, o bien si se trató de una simple venta en bloque de las acciones de una sociedad anónima, tal como sostuvo la contraparte. En esa línea, se

argumentó que no resultaba posible sostener la hipótesis de la existencia de una mera venta en bloque de las acciones de una sociedad anónima, no sólo por las complejas modalidades de la operación realizada, sino especialmente porque al tiempo del contrato la sociedad anónima no estaba legalmente inscrita en tal carácter, lo que imposibilitaba la emisión de acciones. Se destacó asimismo que la operación que tuvo en cuenta el contrato realizado, fue la transferencia del fondo de comercio de la sociedad de responsabilidad limitada, y que el precio pagado lo ha sido por tal concepto y no por el simple traspaso de un valor nominal en acciones. Se añadió que no podía válidamente tratarse de un "adelanto del paquete accionario", desde que en el momento de la operación gravada no existía una sociedad anónima legalmente constituida ni acciones de ninguna especie, y los vendedores del fondo de comercio eran justamente los socios de la sociedad de responsabilidad limitada.

En definitiva el debate se centró en la determinación acerca de si la venta en bloque de las acciones de la sociedad anónima, operación en principio exenta del impuesto a las ganancias (en ese entonces denominado Impuesto a los Réditos), significó en la realidad la venta de un fondo de comercio, operación esta última, gravada por el referido tributo.

Que en atención a los argumentos expuestos, tanto la Sala I como la II revocaron la decisión confirmatoria de las resoluciones del organismo recaudador, dictadas por el Tribunal Fiscal.

Resultó evidente que el Tribunal Fiscal había ponderado en sus argumentos que la asunción de determinadas obligaciones por parte de los vendedores de las acciones desnaturalizaban lo que se pretendía fuese una mera cesión de éstas, para convertirse por imperio del criterio de realidad económica en la transferencia del fondo de comercio.

En cambio, la Alzada hizo hincapié en que los cedentes efectuaron el traspaso del activo depurado, restándole relevancia a los pasivos y

obligaciones tomadas a su cargo por aquellos, y destacando a su vez, que los compradores habían tenido la intención de adquirir el patrimonio, valiéndose del negocio jurídico instrumentado como un medio idóneo y apto para la consecución del resultado perseguido.

Llamó la atención de quien escribe, además de las particulares circunstancias que rodearon al caso comentado, muy especialmente el sugestivo desinterés del Fisco en revertir el decisorio de la Cámara, donde por razones desconocidas para el autor del presente trabajo, se exhibió cierta despreocupación al acatar pacíficamente el criterio de la apelante, con el agravante de que el Tribunal Fiscal en su oportunidad hubo de confirmar las determinaciones tributarias llevadas a cabo por el personal fiscalizador, y sobre todo porque el contexto fáctico de la operación daba un marco propicio para la continuidad de la discusión, quedando aceptada en forma llamativa la postura que sostuvo que se había tratado de una mera transferencia de acciones no alcanzada por la imposición.

Existe otro antecedente jurisprudencial³³, donde se consideró efectivizada la transferencia del fondo de comercio, y se prescindió de la venta de las acciones, basándose en el hecho de habían transcurrido solamente cinco meses entre el aporte del inmueble a la sociedad y la cesión del paquete accionario. Adicionalmente el aporte del inmueble fue valuado en un monto aproximadamente dieciocho veces inferior al monto por el que luego se transferirían las acciones, y con posterioridad se constituyó un derecho real de hipoteca a favor del aportante por un monto seis veces mayor que el valor asignado en el momento del aporte, en aval de una deuda de la propia sociedad sin que quedara clarificada el origen de dicho pasivo, y cuyas acciones pertenecían en su mayor parte al cesionario de las acciones.

Cabe entonces formular precisiones que ayuden a delimitar aquellas circunstancias que lleven a distinguir los casos en que una transferencia de

³³ TFN, Patrucchi Juan Carlos, 5/10/77, DF, XXVIII-A, 636.

acciones, cuotas o participaciones sociales incluye también la cesión del fondo de comercio.

Indudablemente que la solución a este asunto, terminará siempre dependiendo de cuestiones de hecho y prueba, pero como una contribución a la clarificación puede entenderse que cuando se verifiquen algunos de los aspectos que se enumeran a continuación simultánea o sucesivamente con la cesión de la participación social, se estaría en presencia de una transferencia del fondo de comercio:

- Cesión del paquete de control del ente empresario, o de las acciones, cuotas o participaciones necesarias para formar la voluntad social.
- Reemplazo total de los órganos de representación, administración, y fiscalización del ente.
- Existencia de determinados compromisos de retroventas de bienes, que retornan al patrimonio de los cedentes o a entes controlados por éstos, luego de concretada la cesión.
- Condonación de saldos deudores de las cuentas pertenecientes a los anteriores directores o socios.
- Sujeción del pago o cancelación del precio concertado por la operación a condiciones suspensivas.
- Compromisos tomados a cargo por los cedentes de asumir pasivos u obligaciones contingentes desobligando por completo a los cesionarios, cuando de la naturaleza de las operaciones pueda desprenderse que las mismas resultan normales y habituales al giro comercial del ente.

El interés del asunto reside en dos aspectos primordiales:

1. La imposición a las utilidades provenientes de la venta o cesión de paquetes accionarios en cabeza de los sujetos vendedores o cedentes.
2. El valor real a determinar por la operación de la compraventa de acciones cuando la misma engloba la transmisión de activos y pasivos cuyo valor neto de realización excede el valor patrimonial proporcional registrado contablemente.

6. 3. 2. 1. Imposición de utilidades proveniente de venta o cesión de paquetes accionarios

Respecto del primero de los aspectos mencionados cabe efectuar una reseña de las últimas novedades que en materia de legislación suscitaron una serie de opiniones controvertidas.

Concretamente la cuestión se ha planteado acerca del efecto que corresponde atribuir a la derogación de la ley 25.414 dispuesta por su similar 25556 con relación a la aplicación del impuesto a las ganancias sobre las operaciones de enajenación de acciones y otros títulos valores obtenidos por personas físicas y sucesiones indivisas.

Como es sabido el artículo 2, inciso 1) de la Ley del Impuesto a las Ganancias considera como ganancia gravada a los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación.

Con anterioridad al dictado de la ley 25414, el inciso w) del artículo 20 de esa misma ley eximía expresamente del objeto del impuesto a: Los resultados provenientes de operaciones de compraventa, cambio, permuta o disposición de acciones, títulos, bonos y demás títulos valores obtenidos por personas físicas y sucesiones indivisas que realicen dichas operaciones en forma habitual, excluidos los sujetos comprendidos en el artículo 49, inciso c).

En función de ello las personas físicas y sucesiones indivisas que revestían la calidad de habitualistas en la compraventa de acciones y otros títulos se encontraban en principio alcanzadas por el impuesto, pero eximidas de su pago en virtud del artículo 20, inciso w), mientras que las operaciones de este tipo realizadas por personas físicas y sucesiones indivisas no habitualistas no se encontraban alcanzadas por el impuesto a las ganancias.

Esta situación resultó modificada por la ley 25414, cuyo artículo 7 modificó el artículo 2, inciso 3) de la ley del tributo, incorporando expresamente como ganancia gravada los resultados obtenidos por la enajenación, no sólo de bienes muebles amortizables sino también deacciones, títulos, bonos y demás títulos valores cualquiera fuera el sujeto que las obtenga.

Simultáneamente la referida ley 25414 sustituyó el primer párrafo del inciso w) del artículo 20 de la ley del gravamen y dispuso que los resultados provenientes de operaciones de compraventa, cambio, permuta o disposición de acciones, títulos, bonos y demás títulos valores obtenidos por personas físicas y sucesiones indivisas, excluidos los sujetos comprendidos en el artículo 49, inciso c), quedan exentos del tributo.

Esta modificación introducida por la ley 25.414 implicó que quedaran alcanzadas por el impuesto a las ganancias las enajenaciones de acciones, entre otros títulos, independientemente que ellas fueran realizadas por sujetos que reuniesen o no la condición de habitualistas pero, por otra parte, se eximió en el artículo 20, inciso w) de la ley a las personas físicas y sucesiones indivisas, salvo que se tratase de los sujetos comprendidos en el artículo 49, inciso c).

Más tarde, en uso de las prerrogativas de crear o eliminar exenciones que le fueran concedidas por la ley 25.414, el Poder Ejecutivo dictó el decreto delegado 493/2001 (BO 30/4/2001), cuyo artículo 3, inciso b) modificó la exención prevista en el artículo 20, inciso w) de la Ley de Impuesto a las Ganancias, estableciendo para su procedencia la condición de que se tratase de acciones que cotizasen en Bolsas o Mercados de Valores.

Fue así que la referida Asesoría Legal del Organismo Fiscal indagó acerca de las consecuencias que correspondía atribuir a la derogación de la ley 25.414 dispuesta por su similar 25556 con relación a las enajenaciones de acciones y otros títulos valores realizadas por personas físicas y sucesiones

indivisas, expresando que la derogación de una norma que hubiese derogado a su vez otra anterior no reestablece la vigencia de esta última, salvo disposición expresa en contrario, y que la modificación de la Ley de Impuesto a las Ganancias efectuada por la ley 25.414 no puede ser derogada por una ley general como es la ley 25556, salvo que esta última lo hubiese previsto expresamente, por considerar a la primera con la condición de ley especial.

De esas consideraciones dedujo que al derogar la ley 25.414 el legislador sólo buscó dejar sin efecto, antes de la fecha prevista, la delegación de facultades al Poder Ejecutivo que ella contenía, concluyendo que las enajenaciones de acciones u otros títulos no se encuentra alcanzadas por el tributo, salvo cuando aquéllas no coticen en bolsa.

Sobre el particular, también se expidió la Dirección Nacional de Impuestos del Ministerio de Economía considerando que la intención del legislador al dictar la ley 25556 fue derogar la ley 25414 en forma total, de modo que la reforma que esta última introdujo en la Ley de Impuesto a las Ganancias también quedó abrogada y que ello no implicó restablecer la vigencia de la norma de ley del tributo que había sido sustituida. Asimismo, puso en duda la vigencia del decreto 493/2001 ya que, en su opinión como acto dictado en ejercicio de facultades delegadas perdió entidad propia a partir de la derogación de la ley 25.414.

A su vez la Dirección de Asuntos Legislativos y Tributarios de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía consideró que el dictado de la ley 25556 aparejó la pérdida de efectos de la ley 25.414 y del decreto 493/2001 pues, al no restringir la primera ley citada sus alcances, debe entenderse que la derogación que ella dispuso comprende tanto la delegación de facultades en el Poder Ejecutivo como la modificación de la Ley de Impuesto a las Ganancias. También consideró derogado al decreto 493/2001 en virtud de la inescindible ligazón que existía entre la disposición citada en primer término y lo establecido por el artículo 2 inciso 3) de la ley,

porque una vez derogada la norma que gravaba los resultados de las referidas operaciones, necesariamente debe entenderse derogada la disposición que establecía la exención para algunas de las mismas.

Por otro lado, al no haber establecido la ley 25556 una fecha específica para su entrada en vigencia, consideró que ello tuvo lugar a los ocho días de su publicación en el Boletín Oficial, razón por la cual las operaciones en cuestión no se encuentran a su juicio gravadas por el impuesto a las ganancias a partir del ejercicio fiscal 2002 inclusive.

No obstante, admitió que el tema examinado resultaba opinable atento al carácter de ley ómnibus que cabe atribuir a la Nro 25414 por la variedad de las materias que abarca, y atento a la trascendencia del asunto, consideró que correspondía requerir la opinión de la Procuración del Tesoro.

De esta forma, el Procurador analizó el tema en cuestión en su Dictamen Nro 351/2003 de fecha 03/07/2003 sosteniendo sobre el particular que:

1. Compartía lo expresado por las instancias administrativas que habían analizado previamente el asunto, en el sentido de que la ley 25556 derogó a su similar 25414 en forma total; de modo que la reforma que esta última introdujo en la ley de Impuesto a las Ganancias también quedó abrogada, sin que ello implique restablecer la vigencia del texto de la ley del tributo sustituido por ella. En refuerzo de tal argumento agregó que la tesis que sustenta la autonomía de las normas incorporadas a la Ley de Impuesto a las Ganancias y permite su subsistencia con prescindencia de las leyes que les hayan acordado vigencia violenta a mi juicio el principio constitucional de legalidad del tributo, que exige que para reputarse vigente, toda norma de naturaleza impositiva debe encontrar respaldo en una declaración expresa de voluntad del Poder Legislativo.
2. No se violenta el principio de acuerdo con el cual la ley genera no deroga la ley especial, pues no se encuentran dadas en este caso las características de generalidad del texto de la ley 25556, cuyo artículo 1 dispuso de manera específico: Derógase la ley 25.414.

3. La privación de efectos no podía implicar la repriminación de los preceptos de la Ley de Impuesto a las Ganancias oportunamente modificados por la ley 25.414 pues, para que pudiera admitirse tal cosa, la ley 25556 tendría que haberlo dispuesto así de manera expresa.
4. El decreto 493/2001, modificatorio del inciso w) del artículo 20 de la ley del tributo, había perdido operatividad y vigencia al haber quedado sin efecto el artículo 2 inciso 3) de la ley del tributo que establecía la tributación que ese decreto eximía.
5. En cuanto a los efectos temporales de la derogación efectuada por la ley 25556, consideró que en tanto esta última fue publicada en el Boletín Oficial el 28 de Diciembre de 2001 sin establecer fecha para su vigencia, la misma rige a partir de los ocho días corridos contados a partir de esa publicación., lo que ha cobrado efectos en lo tocante al gravamen en análisis, a partir del Ejercicio Fiscal 2002 inclusive.

A idéntica conclusión arriban Sara Telias e Irene Haddad de Morbelli³⁴, quienes sostienen que las diferencias de tratamiento en el impuesto a las ganancias entre los años fiscales 2000 y 2002, respecto de la compraventa de acciones para los sujetos que revistan el carácter de habitualistas o no, residen únicamente desde el punto de vista de técnica legislativa, pero no así en cuanto al tratamiento tributario, pues en ambos períodos fiscales y para ambos sujetos la tributación aplicable es cero, por lo que la gravabilidad de la compraventa de acciones que no cotizan en bolsa, realizada por personas físicas, surtió efectos solamente para el año fiscal 2001.

En la opinión de estas autoras, para el año 2002, el texto vigente es el modificado: ello se desprende del rechazo de la tesis que la derogación de la ley 25.414 "revivificó" el texto anterior de la ley del impuesto a las ganancias. Por ello, según el nuevo texto de ésta, ni los sujetos con habitualidad en ese tipo de operaciones, ni quienes lo hubiesen hecho sin habitualidad han de estar alcanzados por el tributo, dado que la imposición a

³⁴ Telias, Sara y Haddad de Morbelli, Irene; "Compraventa de acciones sin cotización bursátil: sólo está gravada para el año 2001" PET Nro 276, Ed. La ley, 12 May 03, Pág. 7.

la compraventa de acciones se encuentra neutralizada por la exención otorgada en la propia ley.

A diferencia del texto vigente para el período fiscal 2002, hasta el año 2000 inclusive, el texto anterior a la modificación de la ley del impuesto a las ganancias por la ley 25.414, no eran gravados los resultados obtenidos por sujetos actuantes con habitualidad o sin ella, en la compraventa de acciones, pues éstos últimos estaban fuera del campo de imposición de la ley y por lo tanto sus resultados no estaban gravados; y los que operaban con habitualidad, si bien estaban alcanzados por la definición del hecho imponible, gozaban de una exención expresa, por lo que tampoco estaban obligados por el tributo.

En un trabajo reciente el profesor Oklander³⁵, trata el tema en cuestión, formulando un análisis pormenorizado, a la vez que exponiendo un panorama completo y sistematizado de los dilemas que actualmente plantean las leyes 25.414 y 25.556, y el decreto 493/2001, y no descartando que en la práctica puedan presentarse otros nuevos.

Se trae a colación el planteo sintetizado de los dilemas citados, remitiendo a la lectura integral del mencionado trabajo, habido cuenta del recorrido que efectúa por la normativa, los debates parlamentarios, los pronunciamientos de los funcionarios, y los aportes doctrinarios, a saber:

- 1) Validez jurídica de la delegación de facultades legislativas en materia tributaria contenida en la ley 25.414, a la luz de las disposiciones de los Art. 76 y 99 Inc. 3ro de nuestra Constitución Nacional.

Únicamente si se considerase como válida dicha delegación cabría realizar el análisis de los efectos de la sanción de la ley 25.556, con respecto a la derogación de la ley 25.414, y con respecto al Decreto 493/2001.

En cambio, si la misma se considerase inválida, la consecuencia natural sería la privación de efectos lisa y llana del decreto 493/2001, con lo cual no

debería tributarse el impuesto por la enajenación de acciones sin cotización a partir del año fiscal 2002, y además se podrían encarar las solicitudes de repetición pertinentes, en la eventualidad de haber efectuado el pago por el período fiscal 2001.

2) En caso de estimar válida la delegación de facultades legislativas, evaluar cuál de las dos posturas, siguientes tiene validez:

a) Vigencia aún subsistentes de las reformas instrumentadas a través de la ley 25.414, y del decreto 493/01 (Criterio de la Subdirección General de Legal y Técnica Impositiva de la AFIP).

Se sostiene que la validez jurídica del decreto 493/01 permanece inalterable, por lo que la gravabilidad de las enajenaciones de acciones sin cotización realizadas por contribuyentes individuales y sociedades "off shore" no ha sufrido cambio alguno.

b) Pérdida de virtualidad jurídica a partir del año 2002 tanto de la ley 25.414 como del decreto 493/01.

Este es el criterio que prevalece, respetando el carácter imperativo de la opinión del Procurador del Tesoro, determinando que los contribuyentes individuales no deban tributar el Impuesto a las Ganancias por las utilidades generadas por la enajenación de acciones sin cotización por el año 2002, y en caso de haberlo hecho, puedan repetir los importes ingresados.

3) Validez del artículo 7mo de la Ley 25.414, ante la derogación de la ley 25.556.

Desde esta perspectiva, cabría formular la distinción respecto de:

a) La pérdida de vigencia de las normas dictadas por el PEN en ejercicio de la delegación legislativa dispuesta por el artículo 1ro de la ley 25.414.

b) La abrogación de la reforma introducida al texto de la ley 25.414 a través de su artículo 7.

No obstante, esta cuestión ha perdido relevancia, habida cuenta de que la misma a partir del año 2002, se redujo al tratamiento a dispensar a los "habitualistas" en las operaciones con títulos valores, quedando de antemano

³⁵ Oklander Juan., DTE, Ed. Errepar, Nro 284, 11/03, Pág. 983-1004.

incluidos en el inciso 2) del artículo 2 de la ley del Impuesto a las Ganancias, por lo que la permanencia o no del inciso 3) no gravitaría en el caso.

- 4) Vigencia del inciso 3) del artículo 2 de la ley del Impuesto a las Ganancias.

Tanto la Dirección Nacional de Impuestos, al pregonar que la derogación dispuesta por la ley 25.556 no implicó el restablecimiento de la norma de la ley del tributo que había sido sustituida, como el Procurador del Tesoro al dictaminar que dicha derogación no significó la repriminación de los anteriores preceptos de la ley del Impuesto a las Ganancias, expresamente han anunciado la total desaparición del inciso 3) del artículo 2do de dicha norma legal, y por ende, la del primer párrafo del inciso w) del artículo 20.

- 5) Incongruencias en el Dictamen de la Procuración del Tesoro.

Si se desprende la conclusión de la desaparición, tanto del anterior inciso 3 del artículo 2do de la ley del Impuesto a las Ganancias, como la del 1er párrafo del inciso w) del artículo 20 solamente, obviando la mención al 2do párrafo, este último carecería de sentido, por lo que se entiende que dicha postura resulta carente de sistematicidad y razonabilidad.

Lejos de la pretensión de agotamiento del tema, se reproducen las conclusiones expresadas por el profesor Oklander en el trabajo citado en 35. , las que resultan de por sí harto elocuentes:

- El pobre desempeño del Poder Legislativo Nacional en lo que hace a su virtual renuncia a legislar adecuadamente en materia tributaria.
- La nulidad de las reformas introducidas al régimen de gravabilidad de los resultados provenientes de la venta de acciones sin cotización realizada por contribuyentes individuales y sociedades "off-shore", no sólo a partir de 2002, sino desde el mismo 2001, lo que otorga derecho a considerar el supuesto de no imposición, por lo que no cabría la obligación de tributar en consecuencia, o bien, ejercitar el derecho de repetición si así fuese el caso.
- La superficialidad del Dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación, no obstante las coincidencias que respecto de algunas de sus conclusiones se han expresado.

6. 3. 2. 2. Valuación asignada a la operación de venta o cesión de paquetes accionarios

En cuanto al segundo de los tópicos planteados, referido al valor a determinar por la operación de la compraventa de acciones cuando la misma engloba la transmisión de activos y pasivos, cuando el valor neto de realización excede el valor patrimonial proporcional registrado contablemente, el mismo ha sido objeto de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales.

En otro precedente la Alzada³⁶meritó que el importe pagado por la cesión de un paquete accionario debía considerarse como valor de la transferencia de un inmueble. Para así decidir el tribunal se basó en que en un lapso de tiempo menor a cuatro meses se efectuaron las operaciones de transferencia del inmueble como integración de capital y la venta del paquete accionario que por tal motivo había adquirido el mismo cemento, con la especial característica de un sustancial aumento de valor del orden del 161,5% operado en dicho lapso de tiempo. Estas circunstancias constituyeron indicios suficientes como para tener por configurado el propósito deliberado el eludir el pago del impuesto.

Uno de los principales problemas que se vincula con el tema es el valor que se asigna a la transacción, y la especial situación que se verifica toda vez que vía una cesión de acciones se pretende sustraer materia imponible o subvaluar la transacción. Es decir que se habilitarían vías de evasión cuando la verdadera finalidad de la operación sea la transferencia de bienes involucrada en un fondo de comercio, y a través de determinadas circunstancias esta realidad subyacente quede manifestada, tales como la constitución de una sociedad anónima y la transferencia de los bienes en

³⁶ CNCAF, Sala II, Vignes Alberto Juan, 2/4/73, D.F., XXIV-B, 683.

forma anticipada al de la venta de las acciones, o la existencia en el contrato de venta de acciones de cláusulas inusuales en ese tipo de negociación, como las que el cedente asume responsabilidad por actos anteriores a la transferencia, o por variaciones del pasivo que pudieran no estar exteriorizadas en el balance que sirvió de base para fijar el precio, etcétera.

Tal como sostiene el doctor Reig³⁷, si las circunstancias que rodeaban a la operación indicaran con certeza de que se eligió el camino de la venta de las acciones con el sólo propósito de evadir el impuesto, el Fisco puede por aplicación del principio de la realidad económica previsto en los artículos 1ro y 2do de la ley 11.683, dejar de lado la forma elegida para la operación y atender al verdadero significado económico del acto.

Existen al respecto varios antecedentes jurisprudenciales administrativos y judiciales que serán objeto de análisis a fin de aclarar cuál es el enfoque impositivo apropiado que se entiende debe enmarcar a dicha operatoria. No obstante surgen pocos casos habida cuenta de la remanida costumbre a la que la práctica habitualmente asiste, en los que el Fisco ha podido hacer prevalecer el valor real de los bienes transferidos bajo la simulación de la venta de un paquete accionario.

En un caso ³⁸ tanto el voto mayoritario del Tribunal Fiscal de la Nación, como la Alzada apreciaron que el monto establecido por el contribuyente para fijar el valor de la transferencia de un paquete accionario debía considerarse como el valor de la transferencia de un inmueble, cuyo titular era la propia sociedad. Para así decidir, se apreció la circunstancia de que en un plazo de tiempo inferior a cuatro meses se realizaron las operaciones de transferencia del inmueble como integración de capital y la posterior venta de acciones que por tal motivo había adquirido el mismo sujeto que las vendía. Esto con el agregado que en tan corto período de tiempo el valor

³⁷ Reig Enrique J. Ob.Cit 31, Pág.76.

³⁸ CNCAF, Sala II, Vignes Alberto Juan, 02/04/73, DF. XXIV-B, Pág. 683.

obtenido por la operación de venta alcanzó al 161,5%. En base a estos elementos, se juzgó que los mismos habían configurado la intención clara del contribuyente de eludir el pago del impuesto.

En otro precedente de vieja data por cierto, el Tribunal Fiscal ³⁹ juzgó que había existido la transferencia del fondo de comercio, y descartó la forma de transferencia de acciones adoptada por el contribuyente, basándose en las circunstancias de hecho acreditadas en la causa donde se verificó que entre la fecha en que se había realizado el aporte del inmueble a la sociedad y la de la venta de las acciones habían transcurrido el exiguo lapso de cinco meses, y que además, el inmueble había sido aportado a un valor cercano a dieciocho veces inferior al de venta de las acciones y simultáneamente hipotecado por un valor seis veces mayor que el asignado a la transferencia en carácter de aporte, a favor del aportante, con la finalidad de garantizar un pasivo de la misma sociedad, de origen indeterminado, sin perjuicio de que las acciones pertenecían mayoritariamente al comprador del paquete accionario.

En otro caso ⁴⁰, la Cámara juzgó que resultaba factible establecer como valor de transferencia del inmueble el del paquete accionario, si la sociedad adquirente formaba una unidad económica con el vendedor y fue constituida para eludir el pago del impuesto.

En la causa citada el Tribunal Fiscal revocó la determinación de oficio en lo concerniente al impuesto a las ganancias, lo que motivó la apelación del Fisco Nacional, basada en que el importe recibido por la transferencia de un paquete accionario debe establecerse como valor de transferencia del inmueble, si la sociedad adquirente formaba una unidad económica con el vendedor y fue constituida para eludir el pago del impuesto, asignándose en cabeza del contribuyente individual el plus del beneficio.

³⁹ TFN, Patrucchi, Juan Carlos, 05/10/77, DF, XXVIII-A, Pág. 636.

⁴⁰ CNCA, Sala I, Salles Pedro Roberto, 21/10/93

Agregó el Ente Fiscal que no fue necesario que permaneciera a su cargo la prueba de que la constitución de la sociedad anónima fuese un acto simulado, pues tal conceptualización hubiese sido válida en una relación de derecho privado, pero no en el derecho público, en donde los principios particulares y especiales receptados en las normas apuntadas permiten prescindir de las figuras jurídicas de derecho privado. A su vez, el hecho de que entre la constitución de la sociedad anónima y la venta del paquete accionario haya mediado un lapso superior a tres meses y que los valores relativos a la segunda operación hayan superado a la primera de manera sustancial, no han ofrecido dudas en cuanto a que la última concretó el valor en plaza del inmueble, desde que fue libremente fijado por las partes. Asimismo se añadió que la circunstancia relevante de que el causante haya logrado en un período harto breve un beneficio sustancial es imposible de comprender de no aceptarse la comisión de un hecho irregular.

El Tribunal recogió los argumentos del Organismo Fiscal y resaltó que el concepto de la realidad económica, previsto en la ley ritual (Arts. 1ro y 2do t.o. en 1998 y modif), constituye una de las pautas de interpretación y aplicación de las normas tributarias. Precisamente la Corte Suprema señaló que "en la interpretación de las leyes impositivas debe atenderse al fin de las mismas y a su significación económica, a la verdadera naturaleza del hecho imponible y a la situación real de base, con prescindencia de las formas y estructuras elegidas por el contribuyente, a fin de lograr la necesaria prevalencia de la razón del derecho sobre el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia, aprehendiendo la verdad jurídica objetiva (Fallos, T. 287, pág. 408), debiéndose atribuir, a fin de configurar la cabal intención del contribuyente, "preeminencia a la situación económica real, con prescindencia de las estructuras jurídicas utilizadas (Fallos – T. 237 – pág. 246; T. 249 – pág. 256 y 657, consid. 5; T. 251 – pág. 379; T. 283 – pág. 258; T. 307 – pág. 118), de modo que el propósito de la ley se cumpla, de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación (Fallos – T.302 – pág. 661 y concs)".

En atención a la reflexión que antecede, y a las circunstancias de hecho y prueba que rodearon al caso, los jueces apreciaron razonable sostener que la constitución de la sociedad anónima fue un proceder irregular del contribuyente para eludir el pago del gravamen que le correspondía abonar, conclusión que justificó el criterio fiscal basado en el principio de la realidad económica y condujo a la confirmación del acto administrativo recurrido.

6. 3. 3. Transferencias y ventas dentro de un mismo conjunto económico: supuesto de reorganización empresarial

Con la evidente finalidad de facilitar la reestructuración de las actividades empresariales, y propender a un mejor desenvolvimiento de los negocios, el legislador ha perseguido el objetivo de minimizar la carga impositiva que pudiese afectar los reordenamientos societarios.

El artículo 77 de la ley del Impuesto del Impuesto a las Ganancias, define que la reorganización se materializa por:

- a) la fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas;
- b) la escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera;
- c) las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico.

En los casos de otras ventas y transferencias, se establece que no se trasladarán los derechos y obligaciones fiscales a los que alude el artículo 78 de la ley y, cuando el precio de la transferencia asignado sea superior al corriente en plaza de los bienes respectivos, el valor a considerar impositivamente será dicho precio de plaza, debiendo dispensarse al excedente el tratamiento que da la ley del gravamen al rubro llave, vale decir que no se permite la deducción de su amortización.

Esta última parte de la norma tuvo la finalidad de evitar maniobras que perjudicaran al Fisco, dado que el mayor valor asignado a los bienes respecto del valor de plaza originaría la posibilidad de deducir un monto mayor de amortizaciones por parte de la empresa receptora de los activos transferidos.

Sin enfocar el tema con profundidad, se reseñan a continuación cada uno de los supuestos contemplados en el plexo normativo conforme las disposiciones del artículo 109 del decreto reglamentario.

a) Fusión:

Se entiende la reorganización en este caso cuando dos o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para constituir una nueva, o bien una sociedad ya existente incorpora a otra u otras que se disuelven sin liquidarse.

En el primer caso, al menos el ochenta por ciento (80%) del capital de la nueva entidad al momento de la fusión debe corresponder a los titulares de las antecesoras. En el segundo supuesto, el valor de la participación correspondiente a los titulares de la o las sociedades incorporadas en el capital de la incorporante debe representar por lo menos el ochenta por ciento (80%) del capital de la o las sociedades incorporadas

b) Escisión:

La escisión se verifica cuando una empresa se divide en otra u otras que continúan las operaciones de la primera, pudiendo presentarse las siguientes variantes:

- Una sociedad cede parte de su patrimonio a una sociedad existente.
- Una sociedad destina parte de su patrimonio a la creación de una nueva sociedad, junto con otra sociedad existente.
- Una sociedad cede parte de su patrimonio para dar origen a una nueva sociedad.
- Una sociedad se divide en nuevas empresas jurídica y económicamente independientes.

Se fija como requisito para los casos enumerados precedentemente que, al momento de escisión o división, el valor de la participación correspondiente a los titulares de la sociedad escindida o dividida en el capital de la sociedad existente, o en el que se forme al integrar con ella una nueva sociedad, no sea inferior al ochenta por ciento (80%) del patrimonio destinado a tal fin. Asimismo la escisión debe ocasionar la reducción proporcional del capital social de la entidad que se escinde o divide.

Vinculado con los dos últimos supuestos, se requiere que por lo menos el ochenta por ciento (80%) del capital de la o las nuevas entidades considerados en conjunto, pertenezcan a los titulares de la entidad predecesora. Al respecto, es necesario resaltar que la suma de los capitales de las empresas escisionarias, que debe resultar equivalente como mínimo al ochenta por ciento (80%) del capital de la antecesora, debe pertenecer a los titulares de esta última, no importando que los mismos integren juntos o separados cada nueva entidad.

c) Concepto de ventas y transferencias dentro de un mismo conjunto económico

En este caso la ley hace aplicable el beneficio para las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico. No se produce aquí, una modificación de la estructura societaria de los entes que se reorganizan, pero no empuja a ello, el legislador dispuso la extensión de la franquicia otorgada por el artículo 77.

De esta forma, el artículo 109 del decreto reglamentario establece que el conjunto económico se presenta cuando el ochenta por ciento (80%) o más del capital social de la entidad continuadora pertenece al dueño, socios o accionistas de la empresa que se reorganiza. Además, éstos deberán mantener individualmente en la nueva sociedad, al momento de la transformación, no menos del ochenta por ciento (80%) del capital que poseían a esa fecha en la entidad predecesora.

Cabe resaltar que, a diferencia de lo que ocurre en los casos de fusión y escisión (en los cuales se exige el mantenimiento del ochenta por ciento –

80% - del capital, considerando en su conjunto el capital de los titulares de las predecesoras), en este caso se exige que dicho porcentual se mantenga en forma individual. Si bien las disposiciones se refieren al ochenta por ciento (80%) del capital, existen precedentes jurisprudenciales que han admitido que tal porcentaje sólo establece una pauta para verificar la presencia de conjunto económico y no un requisito insoslayable que no pueda ser superado si otras circunstancias permiten concluir que el propósito de la ley se cumple.

Tanto el texto legal como el del decreto reglamentario no establecen en forma precisa el concepto de los términos "ventas y transferencias". De esta manera las autoridades fiscales han interpretado que la aplicación de estas figuras se circunscribe solamente a los casos donde se verifiquen transferencias de fondos de comercio.

La interpretación fiscal comentada se ha basado en el argumento consistente en que la franquicia otorgada se refiere a las ventas de fondos de comercio, puesto que si la pretensión del legislador hubiese sido abstraer del gravamen a toda venta realizada entre las partes, pudo haberlo consignado entre las exenciones vinculadas con la tercera categoría sin recurrir a una mecánica tan complicada.⁴¹

Sin embargo, el Tribunal Fiscal de la Nación⁴² ha sentado un criterio diferente al indicar que "... La transferencia de un inmueble dentro de un mismo grupo económico no queda gravada con el impuesto a las ganancias por cuanto este tipo de operaciones se caracteriza por la inexistencia de utilidades en virtud de la condición de conjunto económico que poseen las partes intervinientes".

Resulta de importancia destacar que las normas impositivas no proporcionan una definición de "fondo de comercio", por lo que cabe remitirse a la legislación de fondo para su correcto enfoque.

⁴¹ Dict. DGI 82/98.

⁴² "Banco Sudameris" 31-12-99, TFN, Sala A.

Existe un precedente administrativo⁴³ donde se analizó el caso de una reorganización realizada entre una sociedad "operativa" y una sociedad "holding" cuya única actividad consistía en la tenencia del cincuenta por ciento (50%) del capital de la entidad "operativa", donde esta última absorbía a la empresa "holding". La reorganización desde el punto de vista societario se materializó a través de una fusión por absorción, mientras que desde la perspectiva fiscal la operación resultó encuadrada en la figura de ventas y transferencias dentro del mismo conjunto económico.

En su parte medular el concepto vertido por el Organismo Fiscal en el dictamen referido, consistió en expresar que "... aún cuando se transfiere la totalidad del patrimonio de la absorbida, la naturaleza misma de los bienes de que se trata – las respectivas acciones – pone en evidencia que la incorporación de las mismas por parte de la absorbente no cumple la función que requiere la normativa, de destinarlos a la integración de una actividad productiva, pues en realidad, dichos títulos están signados a desaparecer del patrimonio de la continuadora".

Resulta de importancia destacar que en este caso el Fisco cambió su postura respecto de los casos anteriores, negando que la reorganización se encuadraba en el inciso c) del artículo 77 de la ley del impuesto a las ganancias. Luego sus conclusiones fueron rebatidas, sosteniéndose nuevamente el criterio anterior.

En el caso de otras ventas y transferencias que se efectúen en forma aislada, resulta necesaria la aprobación previa por parte del Organismo Fiscal, constituyendo ello el único caso de intervención previa.

⁴³ Dict DAT 15/01

6. 4. Las transferencias de fondos de comercio en el marco de tributos locales

El enfoque relativo al tratamiento de la cesión de fondos de comercio en tributos aplicados por jurisdicciones provinciales se limitará en forma exclusiva al análisis de la aplicación del impuesto de sellos y del impuesto sobre los ingresos brutos. Asimismo se circunscribirá el mismo a la Ciudad de Buenos Aires, y a la Provincia de Buenos Aires.

6. 4. 1. Impuesto de Sellos

El Impuesto de sellos grava los actos jurídicos instrumentados. El concepto de instrumento que se deriva de la norma tributaria está referido a toda escritura, papel o documento del que surja el perfeccionamiento de los actos y contratos... de manera que revista los caracteres exteriores de un título jurídico con el cual pueda ser exigido el cumplimiento de las obligaciones sin necesidad de otro documento y con prescindencia de los actos que efectivamente realicen los contribuyentes.

Así se dice que un instrumento está sujeto al impuesto de sellos siempre que el acto jurídico de que se trate en cada legislación jurisdiccional se encuentre documentado de forma tal que, con ese sólo documento, el acreedor esté facultado para exigir al deudor la prestación debida.

De ello se desprende que para que un instrumento resulte alcanzado por el impuesto de sellos, se deben verificar a su respecto las condiciones siguientes:

- debe estar destinado a producir efectos jurídicos, es decir tener por fin inmediato la creación, modificación, transferencia, o extinción de derechos.
- los elementos constitutivos del acto jurídico gravado deben estar presentes antes, o en forma simultánea con la instrumentación.

- en los casos así exigidos por las leyes, el instrumento debe estar firmado por las partes.

Sobre el particular, Nuñez y Franzone⁴⁴ citan a Soler quien referente al tema sostiene que:

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

La base imponible estará constituida por el precio total establecido por las partes debiendo señalarse que, a los fines de la determinación del gravamen, deberá discriminarse el precio asignado a los inmuebles, en razón de que en la mayor parte de las jurisdicciones la transferencia de estos bienes está gravada con una alícuota superior a la correspondiente a la transferencia de establecimientos comerciales e industriales. En este marco, ciertas provincias prevén la gravabilidad de la transferencia de inmuebles en forma separada de la correspondiente a la enajenación de fondos de comercio y, en cambio, otras gravan el precio total de la transferencia del fondo de comercio, debiendo tributarse sobre el valor de los inmuebles transferidos la diferencia de impuestos que surge por aplicación de la alícuota que grava la transferencia de tales bienes.

a) Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El impuesto de sellos en jurisdicción de la Capital Federal fue eliminado para los actos que se instrumente a partir del 01 Feb 93, por el decreto Nro

⁴⁴ Nuñez, Eduardo y Franzone, María. "Transferencias de Fondos de Comercio: Análisis de su problemática actual" Ed. Errepar, 2002, Pág. 154.

114-93 de fecha 29 Ene 93, con excepción de los hechos descritos en su artículo 2do.

De esta forma quedó gravado el otorgamiento de escrituras públicas que avalen la compraventa de inmuebles o de cualquier otro contrato por el cual se transfiere el dominio de los mismos de acuerdo a una escala confeccionada en base a montos, inserta en el código fiscal vigente.

Asimismo quedaron alcanzadas las transferencias de dominio de inmuebles que se realicen con motivo de:

- a) Aportes de capital a sociedades.
- b) Transferencias de establecimientos comerciales o industriales.
- c) Disolución de sociedades y adjudicaciones a los socios.

La norma fiscal considera exentas del impuesto a las escrituras públicas de compraventa de inmuebles destinados a viviendas, considerando incluidas en la exención, aquellas en las que la transacción se lleve a cabo con el objeto de locar el inmueble para vivienda, al igual que la compraventa de terrenos destinados a la edificación de construcciones destinadas a vivienda.

De esta forma, las ventas de inmuebles realizadas como consecuencia de transferencias de establecimientos comerciales o industriales, o incluidas en las cesiones de fondos de comercio se encuentran alcanzadas por el impuesto de sellos en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- b) Provincia de Buenos Aires

Las transferencias de fondos de comercio en el ámbito de la provincia de Buenos Aires se encuentran alcanzadas por el impuesto de sellos.

De la normativa del Código Fiscal en la parte pertinente, se desprende que en los casos de liquidaciones y disoluciones de sociedades, así como también en las adjudicaciones a los socios, el impuesto deberá pagarse únicamente cuando exista transmisión de dominio de bienes inmuebles, tomándose como base imponible la valuación especial de éstos que resulte por aplicación de las normas respectivas.

6. 4. 2. En el Impuesto sobre los Ingresos Brutos

A) Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Por similitud a lo normado por la Ley de Procedimiento Tributario Nro. 11.683 (t.o. en 1998 y modificaciones), en lo tocante a la responsabilidad personal y solidaria con los deudores del tributo, en particular, en el inciso d) del artículo 8vo, el Código Fiscal vigente contiene una disposición de similar naturaleza por lo que resultan aplicables al caso las consideraciones expresadas al analizar dicha figura.

Al respecto la ley tributaria Nro 541 establece que los sucesores en el activo y pasivo de empresas y explotaciones susceptibles de generar el hecho imponible del impuesto sobre los ingresos brutos, responden con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo y, si los hubiera, con otros responsables, sin perjuicio de las sanciones correspondientes por las infracciones cometidas. La responsabilidad del adquirente en cuanto a la deuda fiscal, caducará:

- a) A los ciento veinte (120) días de efectuada la denuncia ante la Dirección General, y si durante ese lapso ésta no determina presuntos créditos fiscales.
- b) En cualquier momento en que la Dirección General reconozca como suficiente la solvencia del cedente con relación al gravamen que pudiera adeudarse o en que acepte la garantía que éste ofrezca a ese efecto.

La ley local establece además que cuando se produzca una transferencia de la actividad, hecho u objeto imponible, la autorización pertinente para la cancelación de inscripción solamente se otorga si con carácter previo se han pagado los tributos y accesorios que corresponden.

En cuanto a las obligaciones de escribanos intervinientes y reparticiones públicas, se dispone que en los casos de transferencias de negocios o ceses de actividades, los notarios no deberán otorgar escritura y ninguna oficina



pública ha de diligenciar trámite alguno, si con antelación no se presenta el comprobante correspondiente a la denuncia de tales actos o hechos.

En estos términos, la transferencia de un fondo de comercio implica, por parte del cedido, la finalización de sus operaciones. Por ello debe presentar ante la Dirección General de Rentas la correspondiente denuncia dentro del término de quince (15) días antes de producido el hecho. Si la denuncia de cese o cancelación de inscripción no se produce en el plazo previsto, se presume, salvo prueba en contrario, que el contribuyente continúa en el ejercicio de la actividad gravada hasta un mes antes de la fecha en que se presente la denuncia en cuestión.

De ello se deduce, que el plazo de ciento veinte (120) días antes señalado deberá computarse a partir de la fecha de presentación de la denuncia de cese de actividades. A la finalización de las actividades deberá ingresarse el impuesto devengado hasta la dicha oportunidad, previa presentación de la declaración jurada correspondiente.

Cuando con motivo de la adquisición de un fondo de comercio se produzca el inicio de actividades por parte del comprador, éste queda obligado a su inscripción en el tributo, y consecuentemente al pago del importe que para tal caso determina la ley tarifaria. El importe ingresado al producirse la inscripción se podrá computar como pago a cuenta de los anticipos mensuales que se devenguen.

B) Provincia de Buenos Aires.

Con similar criterio el Código Fiscal de la provincia de Buenos Aires contiene normas relativas a los sucesores a título particular en el activo y pasivo de empresas o explotaciones. Vinculado a ello, determina que dichos sucesores responderán solidariamente con el contribuyente y demás responsables por el pago de la deuda fiscal, multas e intereses, salvo que la autoridad de aplicación hubiere expedido la correspondiente certificación de

libre deuda. En caso de haber transcurrido un plazo de noventa días a partir de la fecha de solicitud de tal certificación, ésta no se hubiere expedido, el sucesor a título particular deberá cumplir las obligaciones fiscales de acuerdo a la autodeterminación que formule.

De igual manera, deberá ingresarse el impuesto que se devengue hasta la fecha de cese de actividades, confeccionando y presentando para ello la declaración jurada correspondiente.

De tratarse de inicio de actividades por parte del comprador, deberá solicitar la inscripción como contribuyente, presentando la declaración jurada pertinente, a la vez que abonar el monto mínimo que por su actividad le corresponda, de conformidad a las previsiones del Código Fiscal en vigencia.

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Al cabo de la revisión efectuada respecto de la normativa aplicable a las transferencias de fondos de comercio, tanto desde el punto de vista de la legislación de fondo como desde la óptica tributaria, resulta apropiado al caso expresar algunas propuestas, que se entienden apropiadas para futuras modificaciones normativas:

- a. Es necesario formular la aclaración por vía reglamentaria del concepto de deuda fiscal no determinada que diferencie nítidamente aquellos pasivos fiscales no declarados por el enajenante del fondo que tampoco hayan sido detectados por el Organismo Fiscal, pero que resultan comprobables para el adquirente al tiempo de perfeccionarse la operación, de aquellos otros que sean atribuibles a conductas ilícitas, omisivas o dolosas. La solución que se propicia consiste en hacer extensiva la responsabilidad solidaria para el primero de los casos, pero no para el otro, donde se aprecia que el sucesor a título particular de buena fe, no debe responder.

- b. Cuando en un contrato de transferencia de fondo de comercio se incluyan cláusulas de no actuación en competencia, en carácter de obligación de no hacer, la proporción de éstas deben considerarse alcanzadas por el IVA, en la medida en que su magnitud relativa resulte accesoria al objeto principal del contrato.

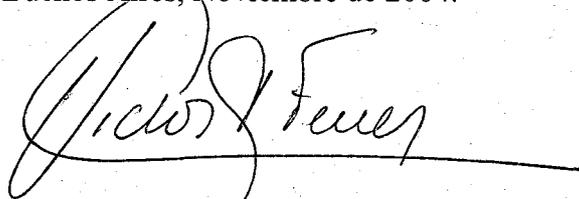
Asimismo cuando en el marco de este tipo de contratos, se ceden créditos fundados en motivos distintos de los propios de una operación de crédito considerada como una transferencia de recursos con cargo de devolución, y tales motivos se expresan claramente tanto por el cedente como por el cesionario, dicha operación no resulta gravada por el IVA.

- c. Dada la recurrente vía de evasión que se configura a través de las transferencias de paquetes accionarios de control en el Impuesto a las Ganancias:

1. Se estima conveniente establecer la gravabilidad de las operaciones de compra-venta de acciones sin cotización, cuotas partes o participaciones sociales.
2. Se estipule en forma obligatoria la observancia y cumplimiento del procedimiento reglado en la ley 11.867 en el caso de transferencias de paquetes accionarios sin cotización o participaciones sociales que impliquen la cesión del control del ente, o bien que directa o indirectamente involucren la aptitud para la formación de la voluntad social, a los efectos de motivar la toma de conocimiento expreso de dicha operación por parte de las autoridades fiscales, y posibilitar una verificación de la razonabilidad del valor declarado respecto del de los bienes englobados en ella, en orden a que áquel responda a los estándares corrientes en plaza.
3. Sin perjuicio de la relevancia asignada al procedimiento comercial y su régimen publicístico, resulta conveniente aplicar el régimen informativo previsto por la RG DGI 4120, con las adecuaciones pertinentes, toda vez que se transmitan acciones cuotas o participaciones sociales aptas

para otorgar el control empresario, ya sea que se verifiquen en una o en sucesivas operaciones, a efectos de proporcionar la identificación necesaria de cedentes y cesionarios, en aras de preservar el interés fiscal.

Buenos Aires, Noviembre de 2004.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Victor Dario Ferrer". The signature is written in a cursive style with a long horizontal stroke extending to the right.

VICTOR DARIO FERRER

DNI 14.131.724

