

CAPÍTULO PRIMERO

EMPRESA. FONDO DE COMERCIO. SOCIEDAD

§ 1.	Naturaleza jurídica de la empresa. Concepto	17
	a) La doctrina	17
	I. Doctrina de la organización	18
	II. Doctrina de la organización previa	18
	III. Doctrina de la unidad	19
	IV. Doctrina de las relaciones de hecho	19
	V. Doctrina de la producción	19
	VI. Doctrina del trabajo	19
	VII. Doctrina de la profesionalidad	20
	VIII. Doctrina de la institución	20
	b) La legislación	21
	c) La jurisprudencia	23
§ 2.	Naturaleza jurídica del fondo de comercio. Concepto	24
	a) La doctrina	24
	I. La hacienda como sujeto	26
	II. La hacienda como objeto	26
	b) La legislación	28
	c) La jurisprudencia	30
§ 3.	Naturaleza jurídica de la sociedad. Concepto	34
	a) La doctrina	34
	b) La legislación	36
	c) La jurisprudencia	37
§ 4.	Sociedad. Empresa. Fondo de comercio. Identidad. Semejanza. Relaciones	37
§ 5.	Elementos integrantes de la empresa y del fon- do de comercio	44
	a) Créditos y deudas	45
	b) Los inmuebles	49
	c) El personal	52
	d) La llave	53
	I. Definición y caracterización	53
	II. Similitudes y diferencias con otras ex- presiones	62
	1) Valor llave y clientela	62
	2) Valor llave y valor empresa en marcha	64

CAPÍTULO PRIMERO

EMPRESA. FONDO DE COMERCIO. SOCIEDAD

§ 1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EMPRESA.
CONCEPTO. — a) *La doctrina.* Las más encontradas polémicas se debaten hoy en cuanto a caracterizar la naturaleza jurídica de la empresa. Mientras ésta tiene cada día una más inusitada dimensión en el sistema económico, el derecho no parece poder categorizarla para otorgarle una normación acorde con sus características. El proceso se halla en período de elaboración y, a pesar de que hace ya tiempo los juristas centraron su atención en ella y la han teorizado, hasta el presente son muy escasos los resultados obtenidos.

Esto último promueve, incluso, la existencia de teorías negativistas, que observando las dificultades que ofrece conceptualarla han terminado por considerar que tal propósito es inalcanzable. Así, v.gr., dice Le Pera: “Hemos indicado ya que todo intento por describir o definir ‘en sí misma’ a la ‘empresa’

es una tarea de antemano condenada al fracaso, porque no hay tal noción 'absoluta' por captar. Existe un uso común de la palabra en el lenguaje científico, pero su significación y referencia son demasiado vagas para que puedan resultar suficientes sin más especificación. Lo que sí cabe es decir que se llama 'empresa' a un sistema positivo determinado. Además, es posible mostrar ciertas notas comunes, parentescos o afinidades entre varios o todos los usos de 'empresa' en los distintos sistemas positivos" ¹.

I. *Doctrina de la organización.* Arecha ² ha procurado una sistematización de las teorías sobre la empresa. Entre otras menciona la denominada *doctrina de la organización*, según la cual lo fundamental y decisivo sería la organización de los factores de la producción. Es decir, que no se trataría de un elemento predominante, sino, como el propio Arecha lo significa, el *alter ego* de la empresa. Señala que entre nosotros se encontraría en esta posición Alberto Spota ³.

II. *Doctrina de la organización previa.* Según esta doctrina la empresa no sería más que una organización previa para llevar a cabo determinados actos. Carlos C. Malagarriga, entre los autores nacionales, sería quien se enrola en esta teoría ⁴.

¹ Le Pera, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*. Bs. As., 1974, p. 77.

² Arecha, Waldemar, *La empresa comercial*, Bs. As., 1948.

³ Arecha, ob. cit., p. 336.

⁴ Arecha, ob. cit., p. 339.

III. *Doctrina de la unidad.* De acuerdo con ella la empresa se presenta como una organización de capital, trabajo y fuerzas naturales. Esta resulta de la unidad que se imprime a los valores que la forman y se la reconoce por el nexo que se crea para cierto fin ⁵.

IV. *Doctrina de las relaciones de hecho.* Expresa que la empresa es una organización constituida por un conjunto de cosas, derechos y relaciones de hecho mediante las cuales el empresario persigue un propósito de lucro, dedicándose al cambio, a la producción o a cualquier otra actividad mercantil ⁶.

V. *Doctrina de la producción.* Señala Arecha ⁷ que no existe en rigor de verdad una doctrina que afirme la existencia de la empresa en el hecho mismo y exclusivo de la producción, pero que son varios los autores que se apoyan fundamentalmente en este hecho para destacar, coordinándolos con otros, la existencia de la empresa.

VI. *Doctrina del trabajo.* Tampoco existe propiamente una doctrina que afirme la existencia de la empresa en el hecho mismo del trabajo, pero ese hecho, afirma Arecha ⁸, es tomado en consideración, y de manera relevante, por muchos maestros del derecho comercial.

⁵ Arecha, ob. cit., p. 342.

⁶ Arecha, ob. cit., p. 346.

⁷ Arecha, ob. cit., p. 348.

⁸ Arecha, ob. cit., p. 351.

VII. *Doctrina de la profesionalidad.* Se asienta en el acto subjetivo de comercio y según la cual no hay actos de comercio propiamente dichos sino actos del comerciante o del empresario. La empresa, por tanto, resultaría, para esta teoría, de la actividad del empresario⁹.

VIII. *Doctrina de la institución.* Tiene por fundamento la teoría de Hauriou, según la cual supone la agrupación de un conjunto de individuos en torno a una idea directriz que los aglutina, “una idea de obra o empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social”. Según Arecha, esta doctrina explica uno de los aspectos de la empresa, cual es la manera de manifestarse, dando razón de la presencia de estos organismos y su común origen en orden a los sentimientos y necesidades sociales del medio¹⁰. Por nuestra parte destacamos que, enrolado en esta posición, está Enrique Zaldívar¹¹.

Procura posteriormente este autor sistematizar las corrientes doctrinarias en torno a la empresa comercial específicamente, agrupándolas según los elementos integrantes prevalecientes, a saber: *a)* de los factores de la producción; *b)* del trabajo; *c)* de los bienes o servicios; *d)* del cambio; *e)* de la riqueza; *f)* del riesgo; *g)* del propósito de lucro; *h)* de la profesionalidad.

⁹ Arecha, ob. cit., p. 35.

¹⁰ Arecha, ob. cit., p. 356.

¹¹ Zaldívar, Enrique, *LL*, 116-360 y *Cuadernos de derecho societario*, Bs. As., 1973, t. I, p. 47 y siguientes.

Por nuestra parte hemos sostenido que “la empresa es un negocio jurídico plurilateral, básicamente organizado, humanamente integrado, con finalidad social y relevancia política”¹². Es decir, que por las características que presenta no resulta enmarcable en ninguno de los esquemas de derecho preexistentes. Conserva el carácter contractual a través de la forma que se da en la pluralidad de sus negocios, prevaleciendo un factor organizativo de contenido patrimonial a la vez que una integración humana insoslayable, que unida a su télesis social y gravitación política, le confiere sentido institucional.

Por otra parte, cabe destacar la existencia de dos grandes corrientes según las cuales la empresa es un *sujeto* o un *objeto* de derecho. Para quienes se identifican con la primera posición, se trataría de un ente autónomo de derecho, sujeto de él y, como tal, titular de derechos y obligaciones. La empresa, en esta teoría, se personaliza y sustituye a la persona física o jurídica del empresario. Para la teoría objetiva la empresa es básicamente un objeto susceptible de estimación pecuniaria, un bien o un conjunto de bienes y derechos creditorios, activos y pasivos, cuyo titular es una persona física o una sociedad.

b) *La legislación.* En el ordenamiento jurídico nacional la empresa aparece continuamente mencionada. El legislador se ha referido continuamente a

¹² Ferro, Héctor R., *ED*, t. 35, p. 825.

ella ya para regular aspectos parciales de su constitución, funcionamiento o actividad, ya para tutelarla.

No obstante, excepción hecha de la ley 20.744, en ninguna norma se la define jurídicamente y menos aún se la encara en su problemática general. En otras palabras, el legislador no ha fijado su posición sobre un concepto legal que confiera un punto fundamental de partida, ya que la referida definición que aporta la ley 20.744 sobre contrato de trabajo, dice que la tal definición lo es "a los fines de esta ley", es decir que se limita al ámbito del derecho laboral y se circunscribe a describirla en un prieto concepto.

Cabe destacar que esta indefinición es propia de la legislación comparada. En lo que a nuestro conocimiento concierne, excepción hecha del Código de Comercio de la República de Honduras de 1950, que expresamente la define en su art. 644, diciendo que "Se entiende por empresa mercantil el conjunto coordinado de trabajo, elementos materiales y valores incorpóreos, para ofrecer al público con propósitos de lucro y de manera sistemática bienes o servicios", y que le dedica el Título II del Libro III bajo el rubro "De la empresa mercantil y sus elementos", no sabemos de otro ordenamiento positivo donde la empresa en sí sea objeto de normación.

Cabe destacar que en el Anteproyecto de Código Boliviano de Comercio, Libro Segundo, Título I, se regula y se define en el art. 470 "La empresa mercantil", expresando que "Se entenderá por empresa mercantil el conjunto coordinado de dirección y trabajo, de elementos materiales y de valores incorpó-

reos, para ofrecer al público con propósito de lucro y de manera sistemática, ciertos bienes o servicios”.

Por su parte, como es sabido, el Código Civil italiano de 1942, en el Libro V, Capítulo III, Título II, al referirse al “Trabajo en la empresa”, dedica el Capítulo I a tratar “De la empresa en general” y en la Sección I, art. 2082, al definir como “empresario a quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con finalidad de producción o de intercambio de bienes o servicios”, ha conceptualizado a la empresa en sí.

No obstante, es importante señalar que la propia enunciación del título en que va inserto el ordenamiento, expresa sus limitaciones conceptuales, que, por lo demás, se advierten en la totalidad del plexo que le está dedicado.

c) *La jurisprudencia.* Al igual que en la legislación, en la jurisprudencia se la menciona reiteradamente. La idea de empresa está fija en el pensamiento de nuestros magistrados judiciales, que la mencionan dando por descontado que se trata de algo que pertenece al conocimiento de los justiciables. Estas menciones son generalmente incidentales y llevan profundas connotaciones económicas o sociales y apuntan por lo común a la idea de una unidad de producción de bienes y servicios. En muy escasos fallos se ha pretendido dar un concepto jurídico de la empresa. Así, v. gr., la justicia de la provincia de San Juan ha dicho: “La empresa individual comercial, que constituye el medio o la forma del empresario individual, persona física,

hombre o mujer comerciante, realiza su actividad comercial, no es un sujeto de derecho, constituye a lo sumo, una universalidad de hecho, no de derecho, carente de personalidad jurídica y de capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí misma”¹³. Y a su vez la de Santiago del Estero: “La empresa es una organización sistemática de actividades y de medios, apta para determinar una serie notable de relaciones jurídicas, y aunque tiene por objeto suministrar a otros utilidades de naturaleza variada y en la cual el empresario asume todo el riesgo propio que le traería consigo la ordinaria creación o la indirecta consecuencia de las utilidades susodichas”¹⁴.

En otros fallos que hemos analizado no se pretende dar definiciones ni se elaboran conceptos propiamente jurídicos y, como ya hemos dicho, se la describe generalmente desde el punto de vista económico.

§ 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL FONDO DE COMERCIO. CONCEPTO. — a) *La doctrina.* Aunque menos complejo que el concepto de *empresa*, el de “fondo de comercio”, *hacienda, establecimiento*, etc., como se lo denomina en los distintos países, no es por eso menos controvertido que aquél. La problemática surge de la circunstancia de estar constituido por bienes que conservan su propio régimen jurídico, y que el destino común, la voluntad de su cons-

¹³ CJSan Juan, 11-11-60, *DB*, t. II, p. 61.

¹⁴ CPaz Sgo.del Estero, 19-10-46, *DJ*, t. II, p. 61.

tituyente o la ley les otorgue en ciertos casos una consideración unívoca.

Como hecho cada día más relevante, esta institución atrajo la atención de los autores desde bastante tiempo atrás, pero como lo hemos señalado con relación a la *empresa*, no ha logrado plasmarse como entidad global en la legislación de casi ningún país y solamente es acogido por ella en determinadas relaciones o para ciertos fines. Por lo tanto, las teorizaciones sobre el instituto responden a la investigación abstracta y son multiformes y polémicas.

Habrà, por consiguiente, también aquí, como antes dijimos, respecto de la doctrina de la *empresa*, teorías negativistas que, partiendo de la premisa de que el complejo haciendal puede descomponerse en tantas relaciones como unidades lo componen, entienden debe desecharse la posibilidad de admitirlo como un conjunto unitario. De nada sirve, pues, para la doctrina atomística que exista en el fondo de comercio un destino común, ya que éste no destruye la individualidad patrimonial de cada elemento. El conjunto vale como un complejo de bienes, pero la utilidad de dicho complejo presupone la utilidad de los elementos particulares que la componen. Esta relativa individualidad económica de las unidades particulares que componen el fondo corresponde a una relativa individualidad jurídica.

A pesar de esta tesis, que ha merecido el acogimiento de un importante sector de la doctrina, en general resulta mayoritaria la posición de quienes afirman la realidad jurídica del establecimiento co-

mercantil, y en su consecuencia han procurado desentrañar su naturaleza.

Aparecen en este orden afirmativo dos corrientes perfectamente diferenciadas. Una, que sostiene la subjetivación de la hacienda, y otra que está por la objetivación. Dentro de cada una de ellas se advierten ciertas desviaciones con diferencias de matices.

I. *La hacienda como sujeto.* Para la doctrina que afirma la existencia de un sujeto de derecho a que da nacimiento el fondo de comercio, éste sería el verdadero titular de las relaciones jurídicas. La fusión de los elementos que componen el establecimiento mercantil vendría a ser una universalidad para quien el titular sería ella misma.

“Dentro de esta corriente —dice Supervielle [se refiere a la subjetiva] ¹⁵— hay que ubicar una tercera modalidad, en la que sin llegar a afirmarse la existencia de una persona jurídica, se esboza la idea de un conjunto de bienes con cierta autonomía e independencia, que viene a constituir un verdadero patrimonio de afectación”.

II. *La hacienda como objeto.* Por su parte las doctrinas que ven en la hacienda un objeto de derecho parten fundamentalmente de la consideración de que se trata de un conjunto de bienes con características de *universalidad*. No hay duda, pues, de

¹⁵ Supervielle, Bernardo, *El establecimiento mercantil*, Montevideo, 1953, p. 444.

que, al entrar en este terreno, habrá necesidad apriorística de desbrozar el terreno de las universalidades.

Esta sola razón explica que las dificultades que enunciamos en cuanto a determinar la esencia del complejo haciendal se enraícen en la categorización de otros institutos jurídicos a los que se ha recurrido para explicarlo.

Como se sabe, existe una tradicional división entre “*universalidades de hecho*” y “*universalidades de derecho*”, siendo en líneas generales las primeras un conjunto de bienes reunidos por voluntad de su titular, y la segunda por mandato legal. Pero, como dijimos, no existiendo todavía un concepto unánime a propósito de la teoría de las universalidades, y siendo lo anterior sólo una referencia muy sintética con objeto de que sirva de orientación en el presente, resulta sumamente difícil concretar y sistematizar el pensamiento de los juristas que han abordado el tema.

No obstante, como antes en relación a la *empresa*, en prieta síntesis seguiremos a Supervielle¹⁰ para mencionar sólo, con la definición conceptual, las doctrinas que se han elaborado en torno a la naturaleza del *fondo de comercio*.

El citado autor enumera las siguientes: *a*) la hacienda como universalidad integrada por elementos materiales homogéneos; *b*) la hacienda como universalidad con individualidad jurídica, integrada por bienes corporales y por elementos inmateriales; *c*) la hacienda como universalidad de hecho in-

¹⁰ Supervielle, ob. cit., p. 450 y siguientes.

tegrada por elementos corporales y elementos inmateriales que constituyen una universalidad jurídica relativa; *d*) la hacienda como una universalidad de hecho integrada por elementos corporales, elementos inmateriales y colaboradores; *e*) la hacienda como una universalidad *sui generis*.

Hace luego una exposición de las teorías que explican la unidad de la hacienda por un factor exterior y enuncia: *a*) teoría de la unidad económica; *b*) tesis de la cosa compuesta, y finalmente de las doctrinas que identifican el fondo de comercio con un elemento que se superpone o se integra con las unidades que lo componen, a saber: 1) teoría que identifica la hacienda con el *avviamento* y la clientela; 2) teoría que identifica la hacienda con un bien inmaterial; 3) teoría que identifica la hacienda con la organización de todos los elementos tendientes a la producción del lucro.

Por lo que se advierte, en la doctrina, la caracterización de la naturaleza jurídica del fondo de comercio dista mucho de ser unánime y, en su consecuencia, de servir de seguro punto de partida en lo relativo al problema de su expropiación.

b) La legislación. Ya dijimos que el *fondo de comercio*, como institución, no ha logrado plasmarse en la ley. Sólo incidentalmente hallamos en la legislación comparada regulado el instituto, y generalmente orientado hacia la seguridad jurídica de los contratantes con el titular del fondo. Constituye una excepción el Código Civil italiano de 1942, que en su Libro V, Título VIII, legisla específica-

mente “De la hacienda (establecimiento)” y da en el art. 2555 su concepto, definiéndola como “el conjunto de los bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa”. En los artículos siguientes el legislador adopta una serie de disposiciones en torno a la hacienda, que pueden estimarse como una institucionalización análoga o similar a la que ha sido propiciada entre nosotros ¹⁷.

Esto precisamente es lo que acaece en la Argentina. Numerosas leyes se refieren al *fondo de comercio*, especialmente las fiscales, pero sólo una, la 11.687, que regula la transmisión de establecimientos comerciales e industriales, da una cierta definición. Y decimos “una cierta definición” porque no formula un concepto de hacienda sino que en su artículo primero se limita a declarar cuáles son sus elementos constitutivos. En efecto, dice: “*Decláranse elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias de 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*”.

Por su parte, del contexto legal, así como de los antecedentes de su sanción, se colige que la ley sólo está dictada en relación con la protección de los intereses de terceros que han contratado con el propie-

¹⁷ ED, t. 26, p. 850; id., t. 29, p. 875.

tario del fondo en la inteligencia de que los bienes que lo integran son la garantía prioritaria de sus créditos.

Posteriormente la ley 20.744, reguladora del contrato de trabajo, modificada por la 21.297 y a los fines exclusivamente de ella, ha definido en su art. 6º el “establecimiento” como una unidad técnica o de ejecución, destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones.

c) *La jurisprudencia.* Existe una profusa jurisprudencia sobre *fondo de comercio*. La mayor parte de ella se refiere a cuestiones derivadas de la transferencia de establecimientos comerciales o industriales, pero en muy pocos casos, y sólo incidentalmente, se ha hecho referencia a su naturaleza. El más antiguo de dichos fallos, y que parece haber marcado un importante jalón en la materia, es el plenario dictado por la Cámara Comercial de la Capital el 12 de mayo de 1938 y en el que se declaró: “La casa, negocio o fondo de comercio importa una *universalidad de hecho* cuyos elementos componentes —cosas y derechos— conservan su individualidad propia, y cuya unión la determina su identidad de destino”. Esta doctrina fue sentada al tratar un tema relacionado con la viabilidad del art. 6º del decr. 88.168/36 reglamentario de la ley 11.867 y sólo en forma incidental y sin otros antecedentes que le sirvieran de apoyo que una somera cita a Lyon-Caen y Renault y a Vivante¹⁸.

¹⁸ CCom. Cap., LL, t. 10, p. 262.

Pero más importante que el anterior, por debatirse expresamente en relación con la litis trabada la naturaleza propia del fondo de comercio, es el fallo dictado *in re* "Roberto, H. W. c/Garbarino Vda. de Cichero". En primera instancia el juez Fernando Cermesoni expresó lo siguiente: "Que la venta de un establecimiento comercial, como acontece en el caso de autos, significa la transferencia de una 'universalidad de derecho especial' ". En el derecho civil se afirma, y así lo sustenta el codificador en la nota al art. 2312 del Código Civil, que el patrimonio analizado en su conjunto implica la existencia de una universalidad de derecho, que los autores clásicos como Aubry et Rau, asimilaban a la persona, toda vez que se decía que participaba de sus atributos: unidad y existencia forzosa del mismo, indivisibilidad salvo para el beneficio de inventario y división del patrimonio, fungibilidad, etcétera. Otros autores, tales como Demogue, Plastera o Regnin, afirmaban en cambio que el patrimonio es una universalidad de bienes independientes de la persona. Pero en el derecho mercantil existen otras universalidades de derecho creadas por las necesidades del comercio, los usos y las costumbres. Así, el fondo de comercio constituye un tipo especial de esa universalidad, porque cuando se adquiere un establecimiento se entiende que forman parte de él la clientela, los créditos, las patentes y marcas de fábrica, etcétera ¹⁹.

¹⁹ 1ª Inst. Com. Cap., LL, t. 10, p. 961. Ver también Pipia, *Tratatto di diritto commerciale*, t. 3, p. 19 y ss.; Navarrini, *Studi sull'azienda commerciale*, 1901.

Por su parte, el doctor Eduardo Williams, como miembro de la Cámara Comercial de la Capital, consideró como preopinante sobre este tema que: “el establecimiento comercial o industrial, la casa, el negocio o fondo de comercio, es un conjunto organizado de bienes y derechos en acción; un organismo económico viviente, y aparece siempre en el concepto de unidad, aun cuando en nuestro derecho le neguemos el carácter de una verdadera entidad. (Persona, patrimonio especial.) Me remito a las definiciones dadas por Navarrini (*Trattato teorico-prattico*, t. IV, p. 6); Carnelutti (“Riv. de Diritto Commerciale”, t. 1, p. 156, 1924); y Gombeaux en su trabajo especial, *La notion juridique du fond de commerce* (p. 1, 1902). Ahora bien, la transferencia o transmisión de esos diversos elementos —de enajenante a adquirente— importa la adquisición por venta de sus factores constitutivos (cosas y derechos) como regla general (Siburu, t. 2, n.º 250; Lyon-Caen y Renault, t. 1, n.º 175, y t. 2, n.º 237 *bis* y ss.; Thaller, n.º 38; Navarrini, t. 2, n.º 501). Dicho acto u operación comprende los elementos expresamente determinados, y siguiendo la orientación de la mayoría de la doctrina francesa e italiana llegaremos a admitir la presencia de una “universalidad de hecho” (*universum corpus*), de acuerdo igualmente, el concepto de la ley 11.867 (Vivante, t. 3, n.º 842; Lordi t. 1, p. 63; Thaller, n.º 86 y 89; Lyon-Caen y Renault, t. 3, n.º 242; Rotondi, *La nozione giuridica dell'azienda*, “Riv. de Diritto Commerciale”, t. 1, p. 31, 1930, e *Il pegno dell'azienda*, “Riv. de Diritto Commerciale”, t. 1, p. 789, 1930.

Puede consultarse en este mismo autor en su *Trattato di diritto industriale*, editado en 1929, la bibliografía completa del derecho francés; Greco, *La clientela commerciale como oggetto di diritto*, p. 62, 1930; Bercot, *La cession des fonds de commerce*, ps. 115 y 189, 1933). En ella los factores que la componen conservan su individualidad propia y de la identidad de su destino resulta el plazo de esos valores económicos. Frente a tal concepto se expone —por parte de la doctrina alemana y ciertos tratadistas del derecho italiano —la concepción del fondo o casa de comercio como una universalidad de derecho (*Universum jus nomen juris*) y afirmando la existencia de un patrimonio comercial con activo y pasivo propio (Fadda y Bensa, nota a Windscheid, t. 1, parte 2, ps. 493 y 494; Pipia, *Trattato di diritto commerciale*, t. 3, n.º 7, 8 y 9; Valéry, “*Annales de droit commercial*”, t. 1, p. 209, 1902; Barberis, “*Riv. de Diritto Commerciale*”, t. 2, p. 334, 1910; Calamandrei, *Teoría dell'azienda commerciale*, n.º 118 y 119; Castelli-Avolio, *L'azienda commerciale nelle teorie e nella pratica del diritto*, n.º 71, 1925), exteriorizado en dos formas: la que asimila la casa comercial a una persona moral, y la que le atribuye el carácter de un sujeto de derecho, de patrimonio comercial distinto del patrimonio civil del comerciante. Pero ambas coinciden en afirmar que los créditos y deudas pasan al deudor en caso de cesión del fondo, y reconociendo un derecho de prioridad de los acreedores comerciales sobre el activo comercial (cfr. Gary, R., *Essai sur les notions d'universalité de fait et*

d'universalité de droit dans leur état actuel, tesis, 1931)"²⁰.

A su vez, en igual sentido merecen citarse los siguientes fallos: "El fondo de comercio o establecimiento comercial constituye una *universalidad de hecho* destinado al ejercicio de una profesión comercial cuyos elementos constitutivos están mencionados en el art. 1º de la ley 11.867 en forma enunciativa"²¹. "El establecimiento comercial e industrial es una *universalidad de hecho* que comprende los elementos expresamente determinados; la enumeración del art. 1º de la ley 11.867 es meramente ejemplificativa"²². "El fondo de comercio constituye una *universalidad de hecho* donde el nexo económico está dado por el establecimiento y opera sobre muebles"²³.

§ 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD. CONCEPTO. — a) *La doctrina*. El tema de la naturaleza del acto constitutivo de las sociedades ha ido experimentando una marcada evolución a medida que se formularon también revaluaciones en otros importantes aspectos del derecho mercantil.

Podemos considerar clásica la denominada *teoría contractualista*, que define la sociedad como un contrato comprendido entre los actos bilaterales y conmutativos. Si bien se le reconocieron algunas calidades particulares, es, en suma, para esta teoría, un

²⁰ CCom. Cap., LL, t. 10, ps. 963 y siguientes.

²¹ CCiv. 1ª Cap., 7-11-45, LL, 40-789.

²² CCiv. Cap., 28-11-47, LL, 49-511.

²³ CApel. 2ª La Plata, Sala I, 7-49, LL, 55-287.

contrato sinalagmático, cuyas peculiaridades no justifican que se lo saque del marco del sistema general.

En franca contraposición a la anterior se encuentra la denominada *teoría de la institución*, que, como es sabido, parte de la concepción expuesta por Georges Renard y Maurice Hauriou para el derecho público. Para esta doctrina el contrato constitutivo da nacimiento a una "institución" u organismo cuyo objetivo es la realización de un interés intermedio entre el individuo y el Estado. Resulta, por lo tanto, un sujeto de derecho para la defensa de los legítimos intereses de sus agregados. Lleva la sociedad ínsita una idea de autoridad que procura el bien común y este interés tiene vocación de perpetuidad, contra la tesis del contrato que se limita al acto de su perfeccionamiento.

Otra doctrina sostiene, por su parte, que la sociedad viene a ser un *acto social constitutivo*, según el cual ésta no tendría el carácter contractual que le asigna la doctrina clásica sino el de acto unilateral expresado por los socios con el fin de dar nacimiento a una persona distinta de sus constituyentes.

Para otra escuela se trataría de un *acto complejo*. Para ella la figura del contrato no es suficiente para caracterizar la verdadera naturaleza del acto societario, pues aquél se queda simplemente en la relación de los socios. Resulta por lo tanto complejo el haz de negocios jurídicos provenientes del acto social, especialmente en lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí o para con los terceros.

Otra doctrina sostiene que se trata de un *contrato plurilateral de organización* que se diferencia de los denominados contratos de cambio en que en éstos las partes no pueden ser más que dos; la relación sinalagmática se establece, no sólo entre todas y cada una de las partes entre sí, sino también entre ellas y el nuevo sujeto de derecho que nace precisamente del acuerdo; las prestaciones debidas por los socios constituyentes son debidas al nuevo ente; las prestaciones son atípicas.

b) *La legislación.* La ley 19.550 ha definido claramente entre nosotros la naturaleza jurídica y el concepto de sociedad. En efecto, su art. 1º está redactado de la siguiente manera: “*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*”.

A su respecto han dicho, por otra parte, sus redactores: “La ley proyectada asume por virtud del citado art. 1º una definida postura en punto a la naturaleza jurídica del acto constitutivo —lo que se expresara en la exposición de motivos del anteproyecto—, importa no tanto una posición doctrinaria, como la aplicación de una serie de consecuencias vinculadas al esquema normativo que se sintetiza en el concepto de sociedad comercial y a su interpretación como contrato”. Y más adelante agrega: “En lo demás, con el concepto de la plurilateralidad del

acto constitutivo, se admite por definición la posible participación de dos o más partes que la asumen, todas ellas con derechos y obligaciones”.

No hay duda, pues, de que en el derecho nacional vigente el legislador, aunque sin pretender teorizar como lo afirma, ha enrolado la categoría societaria en la del *contrato plurilateral de organización* y conferido a ésta el carácter de sujeto de derecho, aunque, como lo dice el art. 2º de la ley, lo haga con el alcance que ella misma le fija.

c) *La jurisprudencia.* Aunque los tribunales han emitido ya numerosos fallos aplicando la ley 19.550, no tenemos noticia de que se hayan formulado especialmente, y con relevancia, a los fines por nosotros perseguidos, estimaciones dignas de ser tomadas en consideración.

§ 4. SOCIEDAD. EMPRESA. FONDO DE COMERCIO. IDENTIDAD. SEMEJANZA. RELACIONES. — En los capítulos anteriores hemos procurado realizar una muy prieta síntesis acerca de los conceptos de las instituciones del título. Hemos incidentalmente advertido que se las suele identificar y que no están debidamente claros para el jurista contemporáneo los límites precisos que las deslindan.

Precisamente con el fin de señalar las razones que dan lugar a estas dubitaciones y controversias hemos llevado a cabo la sistemática elaboración precedente, que a nuestro juicio permite advertir que cada categoría tiene tan denso problema de caracterización, que es imposible que él no se traslade a las otras cuando se pretende diferenciarlas.

Lo cierto es que hay quienes sostienen que *empresa* y *sociedad* son una sola cosa y que la misma identidad existe entre *empresa* y *fondo de comercio*. Para otros hay identidad entre *sociedad* y *empresa*, pero diferencias entre éstas y *fondo de comercio*. En otra situación, quienes separan la *sociedad* de la *empresa*, e identifican en cambio a ésta con el *fondo de comercio*. Finalmente, están quienes ven tres categorías diferentes aunque estrechamente relacionadas y consideran que existe *sociedad*, *empresa* y *fondo de comercio* con sus propias naturalezas y sus propias circunstancias.

Entre los que sostienen que hay identidad entre *sociedad* y *empresa* se encuentra Zavala Rodríguez²⁴: “Hay equivalencia formal y jurídica —dice— entre *sociedad* y *empresa colectiva*”. Acto seguido rebate a Brunetti, para quien “la *sociedad* es la forma jurídica de la *empresa* y la coalición *sociedad-empresa* es sólo normal, no necesaria, pudiendo existir *sociedades* que no se propongan el ejercicio de una *empresa*”. “El error de Brunetti —apunta Zavala Rodríguez—, proviene de que él considera que el concepto de *empresa* es, por naturaleza, un concepto económico, y que adquiere significación jurídica a través de la persona de su titular, esto es, del empresario. Para mí —continúa el autor citado— la *empresa jurídica* es distinta de la *empresa económica*, y en consecuencia la *empresa* tiene, además de la ‘actividad’ del empresario, una

²⁴ Zavala Rodríguez, Carlos Juan, *Derecho de la empresa*, Bs. As., 1971, p. 246.

propia y separada actividad, sólo posible por esa 'organización' que es económica, técnica y jurídica. De allí que sociedad se identifica con empresa colectiva. Es claro que la empresa individual no puede confundirse con la sociedad, que es pluripersonal; tal el caso común del empresario aislado". Reconoce a continuación que la doctrina predominante en Italia coincide con la de Brunetti, que considera que las nociones de sociedad y de la empresa son dos categorías jurídicas, dado que la noción de sociedad prescinde de las exigencias de una empresa.

A su vez, Zaldívar dice²⁵: "Deben separarse los conceptos de sociedad y empresa; cada uno de ellos abarca un ámbito distinto, si bien es posible la confusión a raíz de que la gran mayoría de las empresas comerciales adoptan la forma de sociedades". "Sin embargo, desde ya señalaremos que no debe confundirse y que, en nuestra opinión, hay una clara independencia jurídica entre ellos". "En efecto, la sociedad, como ya lo dijimos, es un cuerpo normativo, bajo una forma aceptada por la ley, que organiza tanto las relaciones de las partes que se vinculan como la acción del sujeto de derecho que se crea. O sea que la sociedad es una estructura, un marco jurídico que fija pautas internas y externas, siendo estas últimas las que determinan el ámbito de actividad permitida al ente, en razón de su objeto. Cuando el ente se pone en movimiento, cuando empiezan a ejecutarse prácticamente las normas establecidas en su estructura, cuando funciona y busca

²⁵ Zaldívar, ob. cit., t. I, p. 57 y siguientes.

cumplir su objeto, nos encontramos frente a la empresa; en general la doctrina vincula los conceptos actividad y empresa”.

Más adelante, bajo el título de “Independencia jurídica de los conceptos sociedad y empresa”, sintetiza las diferencias concretas que atribuye a ambas categorías, a saber: *a*) la sociedad es un sujeto de derecho; la empresa, en cambio, es un objeto de negocios jurídicos y no tiene personalidad moral; *b*) la sociedad puede o no tener una actividad comercial; en la empresa mercantil, ésta es imprescindible; *c*) la sociedad es siempre pluripersonal; la empresa puede ser unipersonal; *d*) la sociedad (regular) siempre tiene un momento preciso de nacimiento, que es la fecha de su inscripción (art. 7^o); en la empresa, ese momento puede ser impreciso, pues aunque aceptamos que ella nace al comenzar la explotación, este criterio no será en todos los casos fácil de determinar; *e*) si bien los conceptos de sociedad y empresa generalmente se completan, puede existir sociedad sin que en ella cristalice una empresa, y puede haber empresa sin sociedad.

En la misma posición se halla Fontanarrosa ²⁶, quien señala que la *empresa* no debe ser confundida con el *empresario*. Aquélla, dice, es la actividad de organización de los factores de la producción, y el empresario es la persona física o jurídica que crea la empresa, la explota, aprovecha sus beneficios y soporta sus riesgos.

²⁶ Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho Comercial argentino*, Parte General, Bs. As., 1963, p. 150.

Por nuestra parte²⁷, hemos sostenido que “La sociedad anónima es la forma instrumental generalmente adoptada para la titularidad de las grandes empresas. La interrelación empresa-sociedad es la de objeto y sujeto del derecho”. En otras palabras, participamos de los presupuestos de que la sociedad es un cuerpo normativo que recibe del derecho la condición de sujeto. La empresa es un conjunto organizado de bienes y de derechos activos y pasivos, de esfuerzo humano coordinado y socialmente dirigido, que se interrelaciona e integra con el sujeto de derecho colectivo que reconoce nuestro sistema positivo: la sociedad. Y así deberá normarse.

Siendo unánimemente aceptado el concepto de que desde el punto de vista económico la empresa es una unidad de producción de bienes y servicios, y observándose que esta unidad debe someterse al cuadro normativo que es la sociedad, con la que se interrelaciona e integra, se comprende que haya quienes consideren que son una sola y misma cosa, ya que, para actuar, el conjunto de bienes e intereses necesita del sujeto, y que éste no se concibe sin los elementos humanos y materiales que hagan posible el cumplimiento de su objeto.

Merece por otra parte destacarse que la Exposición de Motivos de la Ley de sociedades mercantiles expresa respecto de la *ratio legis* del art. 1º, en el que se hace expresa referencia al concepto de organización, que: “Esta mención resulta importante,

²⁷ Ferro, Héctor R., *ED*, t. 35, p. 824.

no sólo por lo que ella implica como noción ínsita en las especificidades del contrato de sociedad y por su relación con la idea económica de empresa —*que constituye la actividad normal de las sociedades mercantiles*—...” (el subrayado es nuestro). Con lo cual queda claro que en la idea de sus redactores la sociedad es el sujeto que despliega la actividad empresarial. Esta circunstancia parece indicar que para los proyectistas la empresa es actividad y la sociedad el sujeto que la realiza.

No menos controvertido resulta determinar si existe o no diferencia entre *empresa* y *fondo de comercio*. Así, Zavala Rodríguez²⁸ sostiene que son dos cosas distintas, donde la diferencia se da solamente por una cuestión de grados. “La empresa —dice— es la organización económico-jurídico-social que actúa o se manifiesta por el fondo de comercio, que también es una organización, pero de segundo plano”. Más adelante, apoyando la tesis de Santoro Passarelli, comparte la idea de que la hacienda y la empresa están entre sí en una relación de género a especie, pero considera necesaria una patente separación entre ambos conceptos: “La empresa es la actividad organizada económica y jurídicamente, y el fondo de comercio es el conjunto de bienes organizado para el ejercicio de la empresa y de ello resulta, como lo señala Valeri, que empresa es el fin y el fondo de comercio el instrumento de la empresa”.

²⁸ Zavala Rodríguez, ob. cit., p. 59 y siguientes.

Por su parte Seara ²⁹ entiende que “son tres distinciones de concepto las que debemos hacer: empresa, empresario y fondo de comercio. La primera, empresa, que constituye la actividad profesional creada para obtener beneficios mediante el intercambio de bienes y/o servicios; el segundo —empresario— que es quien crea la empresa y asume el carácter de principal responsable; y el tercero —fondo de comercio—, que es el conjunto de carácter patrimonial, la base física de la empresa, el punto o lugar donde ésta tiene su asiento”.

Fontanarrosa ³⁰, sostiene que “jurídicamente la empresa es el *quid* inmaterial y algo abstracto consistente en la actividad de organización. Junto a ella y ocultándola un poco bajo el velo de su materialidad, se encuentra lo que modernamente se denomina ‘hacienda’, que es el conjunto de los bienes organizados para la explotación de la empresa”.

A su vez Arecha, que ha sostenido la personalidad de la empresa, identifica empresa y sociedad, sosteniendo que “la forma aparece así, como un recurso técnico para atribuir a alguien la titularidad del proceso que se propone cumplir la empresa” ³¹. La sociedad resulta, pues, un medio del que se vale la empresa para actuar.

Para Cabanellas ³² “es necesario no confundir el continente —empresa— con el contenido —explota-

²⁹ Seara, Jorge P., *Transferencia del fondo de comercio*, Bs. As., 1965, p. 4.

³⁰ Fontanarrosa, ob. cit., p. 154.

³¹ Arecha, ob. cit., p. 287.

³² Cabanellas, Guillermo, voz *Empresa*, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t X, p. 58.

ción, fábrica y establecimiento. La primera es nota esencial distintiva, esa en que la empresa se la concibe como una unidad económica, en tanto que al establecimiento se califica como una unidad técnica, siendo generalmente el lugar donde se ejecuta un determinado trabajo, para una cierta función y bajo una dirección única". En tal forma el establecimiento está considerado como la base física de la empresa, el punto o lugar donde ésta tiene su asiento. Así se concibe a la empresa como el elemento productor o dinámico, en tanto que el establecimiento es el lugar físico donde tiene asiento la organización que constituye la empresa.

Para nosotros, por nuestra parte, se trata de dos categorías diferentes, si bien una puede suponer a la otra. El fondo de comercio es el conjunto de bienes tangibles e intangibles que, organizados por el empresario, se integran con el elemento humano a fin de obtener una utilidad particular y social, con lo cual se constituya la empresa. Una empresa puede contar en su organización con uno o más establecimientos o fondos de comercio. Este no viene a ser más que un elemento subyacente que puede ser objeto de negocios jurídicos sin alterar la estructura empresaria.

§ 5. ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA EMPRESA Y DEL FONDO DE COMERCIO. — La poca claridad que reina en el análisis de las categorías, como se pudo advertir en los capítulos anteriores, se proyecta obviamente sobre la de los elementos que integran cada una. Básicamente nuestros autores han de-

batido cuáles son a su juicio los elementos integrantes del fondo de comercio por haber aparecido históricamente primero y por constituir siempre—cualquiera que sea la posición adoptada— un elemento integrante o subyacente de la institución empresarial.

Pero para los fines de este trabajo no importa considerar el tema en su amplitud, sino que nos basta con circunscribirlo a algunos de los elementos del *fondo de comercio*, que son los que han originado y originan controversias, tanto a su propia calidad de integrantes, como a la naturaleza que se les asigna en su integración.

Fundamentalmente nos referimos a los *créditos activos y pasivos*, a los *inmuebles*, al *personal* del establecimiento, al "*valor empresa en marcha*" y al "*valor llave*".

a) *Créditos y deudas*. La única norma positiva en que aparece un detalle de los elementos que integran el fondo de comercio es el art. 1º de la ley 11.867, que expresamente dice que así lo hace a los efectos de su transmisión por cualquier título. Describe así elementos materiales e inmateriales, y agrega "*todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística*". Esta última expresión motivó un plenario que admite que dicha enumeración es enunciativa y que a más de los elementos citados por la norma caben otros que son propios de la actividad comercial.

En lo que respecta a los débitos, estimamos que resulta muy claro que la ley no los incluye en su

transmisión. Para que esta circunstancia tenga lugar será necesario que se formalice una novación subjetiva en los términos en que los regula la ley común. Todo su mecanismo se orienta, precisamente, a la protección de los terceros contratantes, que pueden oponerse a que la prenda visible e inmediata de su crédito se transmita a otro titular.

Arecha ³³ formula un cuadro con la composición de la empresa e incluye entre los elementos inmateriales los créditos y entre los derechos pasivos las deudas. Más adelante ³⁴ explicita esta idea, indicando que la empresa suele ser parte activa en las obligaciones de hacer cuando le es adeudada una prestación de ese orden, y pasiva cuando se las adeudan, y concluye sosteniendo que sólo están excluidos “aquellos derechos y obligaciones que son propios del estatuto personal del ser humano, constituido únicamente por el grupo perteneciente a los atributos naturales y políticos”.

Conviene recordar, para apreciar cabalmente el alcance del pensamiento de este autor, que a su modo de ver, empresa y sociedad se confunden, y que también por esta razón la empresa resultaría, a su juicio, con personalidad.

Por su parte, Malagarriga ³⁵ sigue a este autor, a quien sintetiza, al parecer admitiendo que las deudas integran el fondo de comercio. No nos parece congruente el pensamiento del maestro con la

³³ Arecha, ob. cit., p. 196.

³⁴ Arecha, ob. cit., p. 230.

³⁵ Malagarriga, Carlos C., *Tratado elemental de derecho comercial*, Bs. As., 1963, t. I, p. 922.

posición que adoptó en la misma obra y en relación con el mismo tema. En efecto, adviértase que refiriéndose a la noción de “*fondo de comercio*”³⁶, dice: “Cabe decir que desde otro punto de vista, el auge del concepto ‘fondo de comercio’, es, como el del concepto de ‘empresa’, una de las tantas tentativas de ‘deshumanizar’ el derecho comercial, quitándole valor al individuo, al hombre, para dárselo a las cosas que éste utiliza... y facilitar, quizá, luego, eventualmente, su absorción por el Estado”.

¿Cómo se compatibiliza, nos preguntamos, esta posición de absoluta objetividad de la empresa con la subjetiva que él mismo pretende seguir, y precisamente en un aspecto en que las diferencias de opiniones son irreconciliables?

Fernández³⁷, por su parte, se refiere al tema diferenciando los créditos y las deudas de los contratos. En efecto, tras de afirmar que la opinión doctrinaria predominante, por considerar el fondo de comercio como una universalidad de hecho, estima que los créditos y las deudas relacionados con la explotación no forman parte de los establecimientos, pues el sujeto de unos y de otros es la persona física o moral dueña de ellos, a renglón seguido, y refiriéndose a los contratos pendientes de ejecución, establece un régimen diferente.

Efectivamente, con cita de Dalloz y de Lyon-Caen, afirma que los contratos relativos al establecimiento no constituyen elementos del mismo cuando

³⁶ Malagarriga, ob. cit., t. I, p. 920.

³⁷ Fernández, Raymundo L., *Código de Comercio comentado*, Bs. As., 1950, t. II, p. 41.

han sido celebrados *intuitu personae*, es decir, teniendo en cuenta principalmente las condiciones subjetivas del titular, y contrariamente pueden considerarse accesorios al "fondo de comercio" y por consiguiente incluidos en cualquier operación que importe transferencia de la propiedad o del uso y goce de él, los que titula *intuito rei*, tales como, ejemplifica, el suministro de luz, gas, etcétera. En la misma posición se encuentran Satanowsky³⁸ y Seara³⁹.

Creemos que la tipificación que hacen estos autores supone la aceptación de la doctrina de las obligaciones *propter rem*, la cual está claramente rechazada por el art. 497 del Cód. Civil y su nota. Si bien la ley excepciona este principio, lo hace expresamente. En nuestro caso tal circunstancia no se produce y nada impide a los titulares del crédito, por muy real que éste parezca, reclamarlo directamente a quien suscribió la obligación sin que se tenga que admitir, mientras la ley no lo diga, que ha sido ella transmitida con el *fondo de comercio*.

Por su parte no es muy numerosa la jurisprudencia que hemos hallado en la que nuestros tribunales hayan dado una opinión fundada sobre el asunto. "La transferencia del pasivo de un negocio, como acto jurídico que importa una sustitución del deudor, no es posible deducirla de simples presunciones"⁴⁰. "En principio, en la transferencia de

³⁸ Satanowsky, Marcos, *Tratado de Derecho Comercial*, Bs. As., 1957, t. III, p. 174.

³⁹ Seara, ob. cit., p. 89.

⁴⁰ CPaz Letrada, Sala II, *DJ*, t. II, p. 253.

un fondo de comercio, no se transfiere el pasivo salvo pacto expreso de las partes y en cuanto no cause perjuicio a terceros”⁴¹. “En principio los créditos y las deudas no deben ser incluidos en la transferencia, de acuerdo a la ley 11.867, salvo que se convenga expresamente lo contrario”⁴².

Como se advierte, por otra parte, estos fallos se refieren directamente a la situación imperante en la ley sobre transferencia de establecimientos industriales y mercantiles, pero, de suyo, involucran el principio de exclusión de los créditos y de las deudas del *fondo de comercio*.

b) *Los inmuebles*. Mientras que hay criterio unánime de que el derecho al local en que funciona el establecimiento es parte integrante de éste, en cambio se discute si también lo está o no el inmueble cuando es propiedad del titular. Así Orione⁴³ no lo menciona como elemento integrante. Contrariamente, y de acuerdo con su concepción del tema, Arecha⁴⁴ lo cita como elemento integratorio de los elementos materiales fijos. Por su parte, dice Fernández⁴⁵, creemos erróneamente, que uniformemente se reconoce que los inmuebles afectados a la explotación mercantil, de propiedad del dueño del fondo, no constituyen elementos del mismo. Esto es así, para este autor, porque el “*fondo de comercio*” es para él

⁴¹ SCBA, *DJ*, t. II, p. 253.

⁴² SCTucumán, *LL*, t. 48, p. 261.

⁴³ Orione, Francisco, *Fondo de comercio*, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. XII, p. 384 y siguientes.

⁴⁴ Arecha, *ob. cit.*, p. 196.

⁴⁵ Fernández, *ob. cit.*, t. II, p. 40.

un bien mueble —ya que está regulado por el derecho comercial—, y en su consecuencia dice: “para considerar que comprende inmuebles sería menester admitir que éstos pueden asumir el carácter de muebles por accesión, lo que es inaceptable, al menos dentro de nuestro ordenamiento jurídico”.

Esta opinión tampoco es compartida por Scolni¹⁰, quien no encuentra razón para que el inmueble no forme parte de un fondo de comercio, aunque éste sea de naturaleza mueble. Tampoco lo conmueve la idea de que resulte en el caso una cosa mueble por accesión. “Así como hay inmuebles por su accesión o por su carácter representativo, dice, pero que considerados en relación con sí mismos son verdaderos muebles, así también puede haber inmuebles —aunque parezca curioso— que por su función o finalidad sean muebles, a pesar de que considerados en relación a sí mismos siguen siendo verdaderos inmuebles”.

Naturalmente que para quienes se enrolan en la teoría de que el fondo de comercio es una *universalidad de hecho*, que constituye un objeto mueble porque sólo éstos son considerados mercantiles (arts. 8º y 452 del Cód. de Comercio), es coherente la posición de que los inmuebles no están comprendidos en él. Creemos que Fernández, *de lege lata*, está en lo cierto y que nuestro orden civil no permite sostener la posición de Scolni, ya que si bien existen los inmuebles por accesión, no ocurre lo mismo con

¹⁰ Scolni, Miguel, *Transmisión de establecimientos comerciales*, Bs. As., 1964.

los muebles, en los que no está prevista dicha categoría.

Basta con observar que cuando se adquiere una cuota parte del capital de una sociedad, o un paquete de acciones, se considera que se trata de una relación de derecho comercial. En este supuesto no parece preocupar que entre los bienes de que resulta titular la sociedad cuya parte de capital se transmite, se encuentran inmuebles, que han sido expresamente excluidos por la ley del ordenamiento comercial.

No es menos cierto, que, *de lege ferenda*, tanto la teoría de la unificación de las obligaciones como la que sostiene la revisión de las actuales legisladas, propugnan que se distinga entre los inmuebles cuando sirven de base a explotaciones civiles y cuando constituyen sujeto pasivo de especulaciones o comprenden explotaciones comerciales. Por nuestra parte hemos expresado: "No nos convencen los argumentos sostenidos hasta la fecha para negar la posibilidad de que los bienes inmuebles sean accesorios de los bienes muebles. Creemos que existe en todo esto un principio civilista propio de épocas superadas por la realidad actual"⁴⁷.

La justicia nacional se ha expedido en contadas ocasiones sobre el asunto. Así, la Cámara 1^a Civil y Comercial de Mercedes, provincia de Buenos Aires, dijo: "Es evidente que la venta de un negocio reviste el carácter de mercantil, de acuerdo a la ley 11.687, de cuya discusión parlamentaria surge que nada

⁴⁷ ED, t. 26, p. 854.

impide que la transferencia de un fondo de comercio abarque también el inmueble que le sirve de asiento”⁴⁸. Por el contrario, la Cámara 2ª de Apelaciones de La Plata, Sala I, ha dicho: “El fondo de comercio constituye una universalidad de hecho donde el nexo económico está dado por el establecimiento y opera sobre muebles”⁴⁹. En igual sentido se había expedido el Superior Tribunal de San Luis, quien expresó: “El inmueble donde está instalada la casa de comercio no es un elemento constitutivo del fondo de comercio, que es una unidad esencialmente mobiliaria”⁵⁰.

c) *El personal*. Hay unanimidad de criterio para admitir que uno de los elementos fundamentales de la empresa o del fondo de comercio es el humano. Sin su integración no sería posible la existencia de tal categoría.

Esta circunstancia está expresamente manifiesta en nuestro derecho, que al regular el contrato de trabajo, la ley 20.744 t. o. 1976, ha establecido en el Título XI: “Art. 225. *En caso de transferencia por cualquier título del establecimiento, pasarán al sucesor o adquirente todas 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,*

⁴⁸ CCiv.Com. 1ª Mercedes, LL, t. 76, p. 468.

⁴⁹ CApel. 2ª La Plata, Sala I, LL, t. 55, p. 287.

⁵⁰ STSan Luis, LL, t. 42, p. 384.

y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven”.

d) *La llave.* Con distintas designaciones según los países (*achalandage, avviamento, goodwill*, etc.), esto que en el nuestro se conoce como “valor llave” resulta uno de los más controvertidos y espinosos temas vinculados a la hacienda mercantil.

Son varias las connotaciones polémicas que el asunto presenta. Las más importantes se refieren a su definición y caracterización respecto del patrimonio de su titular y sus similitudes y diferencias con otras figuras, temas que obligan, naturalmente, a incursionar en otros aspectos como el de sus elementos integrantes, forma de determinarlos, etcétera.

I. *Definición y caracterización.* Si definir es la acción mediante la cual se fija clara y precisamente la significación de una expresión o la naturaleza de una cosa, como dice el Diccionario de la Academia de la Lengua, la tarea en este caso resulta francamente ardua. Bértora nos suministra unas cuantas definiciones tomadas de distintos autores o tribunales extranjeros que permiten apreciar las discrepancias más salientes en cuanto a la naturaleza de lo que se pretende definir. Así, v.gr. “la llave... no es otra cosa que la venta de la clientela y dejar que otro la gane” (“Broad vs. Jollyfe”): “no es otra cosa que la probabilidad de que los antiguos clientes sigan frecuentando el antiguo lugar”

(“Crutwell vs. Lye”). “La *llave* es el favor que la dirección de un negocio obtiene del público y la probabilidad de que todos los clientes continúen dispensándole su favor. Es el general auspicio público y el impulso que recibe el negocio de sus clientes a causa de su posición local. Ese es sujeto de valor, aunque intangible” (“Vonderbank vs. Smith”). “Toda ventaja, cualquiera que ella sea, de la fama y relación de la firma, la que puede haberse construido por años de trabajo honesto o adquirido por el gran derroche de dinero” (“Trego vs. Hunt”, 1886)⁵⁰⁻¹.

Dice Bértora que otras definiciones lo describen como “el valor de los beneficios o ventajas que se refieren a un negocio en particular, en adición al valor actual de los bienes utilizados en su gestión” (Bentley) y como “el ímpetu obtenido por un negocio en marcha” (Couchman). Según Montgomery: “Para tener un valor de venta, la *llave* debería representar un substancial poder de ganancia que supere el interés normal y la retribución del empresario, ambos combinados. Nunca existe *llave* en un negocio que no se lo crea capaz de ser lucrativo”. Y también otras opiniones que se fundamentan en la necesidad de que el negocio produzca superutilidad⁵¹.

⁵⁰⁻¹ Estos conceptos fueron citados por Preinreich, G. A. D., *The Law of Goodwill*, en “The Accountants Digest”, sept. 1937, p. 86 y siguientes.

⁵¹ Bértora, Héctor Raúl, *La llave del negocio*, Bs. As., 1951, p. 16.

Estas definiciones han inspirado, como se verá, la mayor parte de la de nuestros autores, que así como los jueces, parecen coincidir en que la *llave* es un bien intangible, susceptible por ende de estimarse en dinero, y que consta de un conjunto de circunstancias que le confieren un mayor o menor valor, generalmente estimado en relación a la producción de superutilidades, obtenidas, entre otros factores, especialmente por una buena clientela.

Claro está que este concepto no es unánimemente compartido y que varía según las consideraciones de cada cual, aunque se guarda, según nuestro parecer, cierta uniformidad. Pero lo evidente es que de todas las definiciones elaboradas no se obtiene, como muy bien lo significa Bértora, una pauta segura para dilucidar si la *llave* es un *elemento* o una *cualidad* del fondo de comercio.

Para los que la consideran un elemento, se trataría de un bien o de una cosa más, que integrando el activo de la empresa constituiría un elemento de su patrimonio. En general se cita a Vivante como uno de los más representativos defensores de esta tesis. Sostiene el jurista italiano que: "El derecho de propiedad al 'avviamento' —que hay que identificar con la '*clientela*'— tiene todos los caracteres del derecho normal de dominio. Se adquiere por el trabajo. se ejercita como un derecho exclusivo. es objeto de posesión legítima, da lugar a responsabilidad por vicios ocultos cuando se transfiere. puede existir y gozarse independientemente de la hacienda. es tutelable por las acciones que protegen la propiedad y la posesión y lo es también frente al

locador del inmueble que pretende sacar ventaja y enriquecerse con el 'avviamento' del arrendatario incorporado al inmueble arrendado" ⁵².

Entre nosotros Dassen ⁵³ dijo que "el valor llave", como valor integrante del patrimonio social, puede ser *capital* o *ganancia*, ya que, como en cualquier otro valor, no es forzoso que sea ni una cosa ni otra.

Son igualmente numerosos los fallos judiciales que parecen orientar su criterio en esta dirección, si bien, con no muy depurada técnica, suelen confundir capital social con patrimonio. Así, por ejemplo, se ha sostenido que "la clientela de una fábrica o de un establecimiento comercial *es una propiedad*, es decir, un bien susceptible de valor" ⁵⁴. "El valor llave *integra el fondo de comercio* y debe computarse en las transmisiones cualquiera sea el título por el que se efectúa" ⁵⁵. "El valor llave forma parte del fondo de comercio y debe computarse a los efectos de establecer el *capital* partible y la parte que les corresponde a los herederos del socio premuerto" ⁵⁶. "La llave debe tenerse en cuenta *como capital*, en caso de retiro o exclusión de un socio, cesión de cuotas, disolución o liquidación" ⁵⁷. "La 'llave', como exteriorización del elemento dinámico o funcional constitutivo del comercio, importa incuestionablemente un valor económico *implícitamente involucrado en el*

⁵² Supervielle, ob. cit., p. 106.

⁵³ Dassen, Julio, *LL*, t. 80, p. 779.

⁵⁴ CJSN, *LL* 5-506.

⁵⁵ CCom. Cap., *LL*, 60-261.

⁵⁶ CNCiv., Sala C, *LL*, 72-534.

⁵⁷ CCom., Sala B, citado por Malagarriga, ob. cit., p. 924.

patrimonio social y debe computarse a los efectos de establecer el *capital* partible y la parte que corresponde a los herederos del socio premuerto”⁵⁸. “*El valor llave* de un negocio es *parte del activo* que debe considerarse en el balance social”⁵⁹.

Entre otros calificados autores italianos, Rotondi ha refutado la tesis de Vivante, sosteniendo que, para que pueda determinarse la existencia de un elemento como objeto autónomo de derecho y como derecho de propiedad, es necesario que se cumplan dos condiciones: un contenido patrimonial y una tutela jurídica autónoma. Si esto no ocurre, sostiene Rotondi, no se está frente a un derecho absoluto, sino frente a la tutela de un interés inherente al goce de otro derecho⁶⁰.

En el derecho nacional esta doctrina está sostenida por Zavala Rodríguez, para quien “la llave no es un elemento del fondo de comercio: es el resultado de su organización y explotación”⁶¹.

La posición de Seara no nos resulta clara. Por una parte sostiene⁶² que el *avviamento* o valor llave es una *cualidad esencial* del fondo de comercio sin el cual éste no existe ni puede justificar su unidad y protección jurídica, con lo cual, por propia manifestación, se coloca en la posición de Rotondi, a quien cita. Pero luego dice que “la llave forma parte del capital del fondo de comercio aun cuando no se pal-

⁵⁸ SCMendoza, Sala I, *LL*, 105-465.

⁵⁹ CCom., Sala C, *ED*, 3-793.

⁶⁰ Mario Rotondi cit. por Supervielle, ob. cit., p. 106.

⁶¹ Zavala Rodríguez, ob. cit., p. 255.

⁶² Seara, ob. cit., ps. 84-86.

pe, no esté contabilizada y aun nada diga el contrato social y lo silencien los libros de contabilidad". Cita, por otra parte, a Dassen en el artículo a que antes nos hemos referido; es decir, se coloca en la posición de Vivante, según fluye de su estimación de que, en este caso, si integra el capital, se trata de un *elemento*, no de una *cualidad*.

Verificamos en nuestros tribunales la existencia de algunos fallos que mencionan el *valor llave* como una *cualidad*. "El elemento estático corporal del comercio no puede confundirse con la 'llave', que es la *exteriorización* o *efecto económico* del elemento dinámico o funcional constitutivo del mismo"⁶³. "El *avviamento* o 'valor llave' es una *calidad* del negocio, empresa o fondo de comercio, indisolublemente unida al mismo y derivada de la organización de los elementos de que él está constituido y sobre los cuales se funda la esperanza y posibilidad de lucros futuros"⁶⁴.

Por nuestra parte, admitimos con De Martini⁶⁵ que si bien desde el punto de vista doctrinario puede discutirse la naturaleza del fenómeno, es necesario referirse al derecho positivo para tratar de caracterizarlo en función del ordenamiento jurídico en que se inscriba. Y así advertimos que en nuestro país el art. 1º de la ley 11.867 incluye expresamente la "*clientela*" entre los elementos integrantes de la hacienda mercantil, por lo cual tenemos que admitir

⁶³ CCiv.Com. La Plata, Sala II, LL, 62-381.

⁶⁴ C1ª La Plata, Sala I, LL, 70-489.

⁶⁵ De Martini, citado por Supervielle, ob. citada.

que, para ciertos efectos, en nuestro sistema, el valor en análisis es parte del patrimonio social.

También es derecho vigente la obligatoriedad de contabilizar este valor. El art. 63, inc. f. de la ley 19.550, que regula las sociedades mercantiles, prescribe entre las informaciones que deberá suministrar la sociedad la de "*los bienes inmateriales, por su costo, con indicación de las amortizaciones acumuladas*". La controversia surge respecto de cuándo debe procederse o no a dicha contabilización. En nuestro sistema legal no existe una norma como la del art. 2427 del Cód. Civil italiano de 1942. que expresamente y con relación al art. 2424 del mismo código que equivale a nuestro 63 de la ley 19.550, determina que el "*valor llave*" (*valore de avviamento*) puede ser inscripto en el activo del balance solamente cuando haya sido pagada una suma a tal título en la adquisición de la hacienda a la cual se refiere y por un importe no superior al precio pagado.

Al no existir una norma prohibitiva, hay entre nosotros quienes entienden que tal *valor* puede ser inscripto en el balance aunque no haya sido pagado. Así Bértora ⁶⁶ afirma que: "*El valor de llave creado es incorporado al activo de una empresa por medio de procedimientos contables de orden interno que de ningún modo pueden comportar actos impositivos. Acontece lo mismo que con la revaluación de activo tangible*".

⁶⁶ Bértora, ob. cit., p. 86.

Por consiguiente, si el *valor llave* puede ser inscripto en el balance de la empresa cuando ha sido creado, y *debe* serlo cuando hubiera sido pagado, estamos frente a un *bien*, a pesar de que pueda alegarse que posee características peculiares.

Es importante estudiar también el tratamiento que este valor ha merecido para la legislación fiscal. En esta disciplina se da una cierta contradicción que Vernengo Prack⁶⁷ señala, afirmando que “El fisco sostiene que el valor llave es utilidad para percibir el impuesto a los réditos, y que es capital para percibir el impuesto a la transmisión gratuita de bienes, tratándose en ambos casos de una plusvalía de una sociedad, es decir de un mismo hecho”.

Que se trate de *capital*, esto es, de un bien incorporado al patrimonio fiscal, lo ha sostenido la Dirección General Impositiva, y en un fallo extensamente comentado (véanse las obras citadas de Dasen y de Vernengo Prack) la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital⁶⁸ remitiendo a fundamentos y citas de fallos suyos anteriores, sostuvo que la Dirección General Impositiva tiene razón al sostener que “la llave no es utilidad, sino productor en potencia de utilidad, desde que considerada *capital* por sus características y rubros que la componen”, y sentenció en definitiva que “a los *finés impositivos* la parte proporcional del valor llave tiene el carácter de capital”.

⁶⁷ Vernengo Prack, Rómulo E. M., *Las sociedades mercantiles y el impuesto a la transmisión gratuita de bienes*, Bs. As., 1966, p. 102.

⁶⁸ CNCom., Sala B, LL, t. 79, p. 687.

Por su parte la ley 20.046 del impuesto al patrimonio neto, prescribe en su art. 6º: “*Para la determinación del patrimonio los bienes se valuarán de la siguiente manera: f) Marca, patentes, derechos de autor y similares por su valor de costo*”. Creemos entender que, entre los derechos *similares* a que la ley se refiere, habrá de estar el “valor llave” cuando éste aparezca de alguna manera contabilizado.

En efecto, la ley 20.629 sobre capital y patrimonios, dice en su art. 12: “*Se entenderá por patrimonio neto de este título a la diferencia entre el valor de los bienes computables y el importe de las deudas. Los bienes se valuarán de la siguiente manera: . . .inc. g) marcas, patentes, derechos de autor y similares: por su valor de costo*”.

Como se advierte, las normas legales citadas toman en consideración el “valor llave” como un bien autónomo, sujeto de tutela jurídica independiente, susceptible de tributaciones, factible de adquirirse por el trabajo, permisible de ejercitarse como un derecho exclusivo, objeto de posesión legítima, que puede dar lugar a acciones por vicios ocultos cuando se transfiere, aunque no vemos que pueda existir y se lo pueda gozar independientemente.

No obstante lo dicho, y reiterando la contradicción en que incurre el fisco, es necesario señalar que para la aplicación de otros impuestos se aparta del criterio de considerar el *valor llave* como integrante del patrimonio social, y lo estima una utilidad o superutilidad generada por el empresario. Así, la

ley de réditos 11.862, t.o. 1972 y modificaciones, reza en su art. 43: “*Constituyen réditos de segunda categoría: . . . c) los ingresos que en forma de uno o más pagos se perciban por la transferencia temporaria o definitiva de derechos de llave. . . aun cuando no se efectúen habitualmente estas clases de operaciones*”. Y el art. 66: “*No serán deducibles, sin distinción de categorías: . . . g) La amortización de llaves, marcas y activos similares. La diferencia entre valor de costo y el de venta será computable por el vendedor a los efectos del impuesto*”.

II. *Similitudes y diferencias con otras expresiones.* 1) *Valor llave y clientela.* En primer término cabe preguntarse si los conceptos de *valor llave* y *clientela* son sinónimos, si implican dos conceptos diferentes o si el uno incluye o excluye al otro.

Fernández⁶⁹ describe la *clientela* diciendo que es una resultante de lo que denomina el “*elemento dinámico o funcional*” y que por su capacidad (condiciones o actitudes) estaría constituido el *crédito* de que goza en los círculos económicos y financieros, que le permiten la obtención de recursos, la *fama* o *nombradía* ante el público, que se debe a su radicación, aspecto, organización, propaganda, procederes, surtido, calidad, precio de los artículos, etc., y la identifica con lo que la doctrina italiana denomina *avviamento* y en nuestro país se designa con el nombre de *llave*.

⁶⁹ Fernández, ob. cit., t. II, p. 24.

Para Arecha ⁷⁰ la *llave* es sólo una manera de unir bajo un nombre expresivo todo lo que la empresa encierra en materia de cualidades: clientela y *avviamento* cuando la empresa pasa a otro sujeto por cualquier título que sea: compraventa, permuta, dación en pago, donación, sucesión, legado, etcétera. Es decir que para este autor se trataría de un elemento integratorio del *valor llave*.

Orione ⁷¹ las considera por separado. A la *clientela* como un bien inmaterial o incorporeal, que se va formando con la actividad del fondo de comercio, según las mayores o menores ventajas que ofrezca al público y que, cuanto mayor sea su volumen, mayor será su valor, ya que se trata de un objeto de apreciación pecuniaria.

Para Scolni ⁷² en abstracto se trataría de dos cosas diferentes. A su juicio clientela es el conjunto de compradores más o menos habituales que concurren a determinado negocio. Un verdadero patrimonio realizable en el futuro sobre la base de la asiduidad de los compradores. Mientras que la llave es el valor asignado al conjunto de elementos invisibles que determinan la ganancia que rinde. Dice, sin embargo, que como la ley 11.867 no menciona la "llave" entre los elementos integrantes del fondo de comercio, "debemos aceptar que lo que la ley llama 'clientela', es el concepto más o menos amplio y acertado que se conoce como 'llave' ". Cita

⁷⁰ Arecha, ob. cit., p. 239.

⁷¹ Orione, voz *Fondo de comercio*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XII, p. 386.

⁷² Scolni, ob. cit., p. 26.

en su apoyo los siguientes fallos: *LL*, t. 38, p. 496, y *JA*, 1945-II, p. 537; 1951-I, p. 674 y 1954-I, p. 412, *JA*, 1955-V p. 367.

Por nuestra parte advertimos la razón de lo manifestado por Scolni. El examen de los repertorios de jurisprudencia indica que nuestros tribunales han identificado a la clientela con un bien y que su *valor* lo ha incluido sistemáticamente en la consideración del *valor llave*.

Esto permite afirmar que legislativa y judicialmente la *clientela* es un elemento del fondo de comercio que tiene un *valor* que por ser intangible se halla inmerso o identificado en el de *llave* o identificado con éste.

2) *Valor llave y valor empresa en marcha*. Otra nueva problemática ha surgido acerca de si el *valor empresa en marcha* y *valor llave* son una y misma cosa o se trata de categorías diferentes.

Así vemos que Bértora⁷³ sostiene que ambos valores acreditan personalidades propias. *Valor negocio en marcha* representa a su juicio "valor de una empresa establecida, que hace negocios y gana dinero, con relación a una similar que está por iniciarse". Son dos conceptos distintos que, agrega, "como es natural, no deben ser confundidos".

Por su parte Halperin⁷⁴, que juntamente con Bértora son de los pocos autores nacionales que se

⁷³ Bértora, ob. cit., p. 21.

⁷⁴ Halperin, Isaac, *Curso de Derecho Comercial*, Bs. As., 1973, p. 94.

pamos se refieren expresamente al tema, ha dicho que en el *valor llave* hay que distinguir dos elementos: "1) de puesta en marcha de la empresa, representativo de los gastos y tiempo empleado para la instalación y comienzo de actuación efectiva, en que el capital se ha mantenido sin compensación y que todo empresario que se inicia en ese ramo debe contemplar; 2) esa capitalización de la utilidad producida". Como juez de la Sala B de la Cámara Comercial⁷⁵, dijo que el "valor de empresa en marcha debe fijarse en la utilidad normal de un capital igual al de la empresa en discusión en el lapso necesario para su organización". Y, en otro fallo⁷⁶, adhiriéndose al voto del camarista preopinante doctor Sansserri, quien, con cita del caso antes citado, dijo: "Es indudable que debe involucrarse en el haber... los rubros 'valor empresa en marcha' y 'valor llave', así como se hallan especificados en las pericias, independientemente. Si bien es posible incluirlos en un solo concepto, en el *sub lite* se los ha dividido, pudiendo denominarse con la primera denominación el valor de factores dinámicos de una empresa y que no suelen reportar utilidades durante un cierto lapso y con la segunda denominación el valor superutilidad". Colegimos, por tanto, que para este autor se trataría de un valor independiente, que es posible considerar englobado en el *valor llave*.

⁷⁵ CNCom., Sala B, JA, 1957, t. 1, p. 235.

⁷⁶ CNCom., Sala B, JA, 1957, t. 1.

Canasi⁷⁷ hace suyo el pensamiento de la Corte Suprema de la Nación⁷⁸, que dijo: “Ese valor —‘empresa en marcha’ (*going concern value*)—, diferente del que constituye la ‘llave’ (*goodwill*), también integrante del capital de la empresa, señala con claridad la diferencia entre un conjunto de valores materiales inertes y uno en plena y eficiente actividad”. Cita el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, según el cual no debe limitarse “el valor de los huesos de una planta, sus propiedades físicas, como sus tierras, sus maquinarias, sus cañerías y depósitos... La diferencia entre una planta muerta y una viva es un valor real, independiente de la concesión que falte o de cualquier valor llave entre tal planta y sus clientes”. Y se ha señalado, agrega, la admisibilidad así como su diferente función según el fin perseguido en numerosos fallos de los Estados Unidos”.

Además de los citados fallos de la Sala B de la Cámara Comercial de la Capital, hemos recogido otro de la Sala C del mismo tribunal, que se manifiesta en sentido contrario. Dicha Sala dijo⁷⁹: “Forman parte del ‘valor llave’ las utilidades no percibidas o las pérdidas sufridas para poner en marcha el negocio o la empresa, que después redundarán en beneficios. El valor ‘negocio en marcha’ no responde a una nueva clasificación de valores,

⁷⁷ Canasi, José, *Tratado de la expropiación pública*, Bs. As., 1967, t. I, p. 401.

⁷⁸ *ED*, t. 8, p. 674.

⁷⁹ “Guenda de González, María T. c/ González Lanusa, Idelfonso P.”, *LL*, t. 107, p. 7.

con distinto concepto del 'valor llave', sino que constituye uno de los renglones comprendidos dentro de este último valor".

Nosotros nos adherimos a la opinión de Halperin, es decir que si bien el *valor empresa en marcha* puede ser incluido en el *valor llave*, puede considerársele también separadamente, según corresponda a las circunstancias del caso.

Cuando el empresario ha fundado una hacienda, la ha organizado y la ha puesto en condiciones de iniciar su explotación, el costo de esa organización tiene un precio que, unido al rédito que ha dejado de percibir por el capital invertido, constituye un crédito contra todo el que pretenda ser titular del negocio. El precio de este *bien* es el que le asigne a su tiempo y capacidad para *poner en marcha la empresa* y por ello está correctamente expresado con el nombre de *valor empresa en marcha*. Por su parte, para el adquirente representará la capacidad potencial de rendimiento que supone que habrá de producir el capital que invierte.

Ergo, este valor tiene lugar para ambas partes hasta el momento en que el fondo de comercio haya iniciado su etapa operativa, circunstancia en la cual se verificará si la capacidad potencial de rédito asignada se corresponde con los verdaderos resultados obtenidos. Y en esta segunda etapa ya no sólo el comportamiento de la hacienda responderá y se confundirá con los valores iniciales, sino que se integrará con todos los otros que se conjugan para producir un beneficio. Por lo tanto, el precio de ese *valor* responderá a la categoría jurídica de *valor*

llave, por identificarse con la conceptualización que a dicha expresión le han otorgado la doctrina y la jurisprudencia.

Es típico de la calidad de *valor* autónomo e independiente del *valor empresa en marcha* cuando éste resulta ser precisamente el objeto del negocio. Es frecuente la actividad de quienes se dedican a fundar establecimientos, organizarlos, prestigiarlos y, sin esperar la obtención de resultados directamente vinculados a la explotación específica, los venden, obteniendo con ello un beneficio. A ese beneficio que resulta de la diferencia entre el patrimonio neto y lo que se paga por el negocio, se lo suele denominar *valor llave*, pero consideramos que técnicamente no lo es y sí merece categorizarse como *valor empresa en marcha*. En este caso, repetimos, ese *valor* se comporta como un *bien* independiente.

También es frecuente observar cómo un negocio deficitario es adquirido a buen precio y se paga por él, se dice, un *valor llave*. Lo que generalmente se adquiere en esta clase de operaciones es precisamente la *organización* del negocio, ya que el adquirente prefiere no tener que montar otra nueva y paga por la existente. En este supuesto la expresión *valor llave* tampoco responde a los principios que lo asientan en la relación entre *capital* y *rendimiento* y que ha merecido la categoría jurídica de *valor llave*. Lo que realmente se adquiere en el caso es lo que conceptualmente responde a la expresión *valor empresa en marcha*. En este caso, dicho *bien* resulta asimismo ser un objeto jurídico autónomo e independiente.

Pero fuera de estos casos —y quizá de otros que en este momento no tenemos en cuenta—, el *valor empresa en marcha* se satisface incluyéndolo juntamente con otros elementos en la categoría de *valor llave*, cuyo precio se mide por las utilidades producidas, ya que la organización ha contribuido a esa producción. Por ende, repetimos, aquella categoría puede o no incluirse en esta última, o considerarse separadamente, de conformidad con las circunstancias particulares de cada caso.