

## Obligación de no Concurrencia en la Transferencia Fondos de Comercio

Por Eduardo Segovia Mattos

### I. Introducción [\[arriba\]](#)

Si bien la ley no trae una definición de qué ha de entenderse por fondo de comercio<sup>[1]</sup>, podemos decir que es “un conjunto de fuerzas productivas, derechos y cosas que tanto interior como exteriormente se presenta como un organismo con perfecta unidad por los fines a que atiende, que no son otros que la obtención de beneficios económicos en el orden comercial e industrial”.<sup>[2]</sup>

La noción sobre qué es un fondo de comercio difiere dependiendo de las distintas legislaciones y obviamente según el autor que las analice. Es de nuestro parecer que la esencia del fondo de comercio se encuentra en el conjunto dinámico y organizado de elementos productivos - bienes en general - que funcionando en el plano comercial o industrial, se enderezan a obtener un lucro para su dueño.<sup>[3]</sup>

En otras palabras, el fondo de comercio es aquel o aquellos bienes que aplicados a la actividad comercial o industrial, generan o procuran generar beneficios económicos para su titular.

Es importante destacar que si bien en una transferencia de fondo de comercio suelen cederse todos los elementos que la ley 11.867 enuncia en su artículo 1 y aún otros que la ley no enuncia, lo cierto es que no siempre todos esos elementos son responsables de generar el lucro efectivo. Es decir que, puede suceder que solo uno -o algunos- de los elementos, tenga la potencialidad suficiente para generar beneficios, a tal punto que al prescindir de él, todos los demás elementos pierden su capacidad de generar ganancias.<sup>[4]</sup>

En resumen, lo que caracteriza al fondo de comercio es ser un conjunto de bienes (o un bien en particular) organizados, que aplicados a la actividad comercial o industrial, poseen la potencialidad de generar ganancias, lucro y/o beneficios para su titular.

### II. El valor llave [\[arriba\]](#)

Mucho se ha discutido respecto al significado y conceptualización del valor llave; a los efectos del presente trabajo, baste decir que el valor llave o llave de negocio (también llamada “plusvalía” o “goodwill”), representa el valor que deberá asignarse a la probabilidad futura de obtener utilidades superiores al rendimiento normal que otras empresas semejantes logran de sus inversiones. Existen tres aspectos que concurren a la formación del valor llave:

a) *Comercial*: constituido esencialmente por la clientela, es decir el conjunto de consumidores que vuelve al negocio atraído por su ubicación, la calidad y buen gusto de los productos que expende, la propaganda ingeniosamente desarrollada, la forma atractiva en que están dispuestos los locales, etcétera;

b) *Personal*: que se concreta en los planes de producción o comercialización del empresario que estén objetivados (aspecto objetivo), en la aptitud de sus agentes, su capacidad, diligencia y simpatía en la atención al público y sus cordiales

relaciones con el empresario (aspecto subjetivo) lo cual resulta generalmente intransmisible;

c) *Financiero*: que se manifiesta en la buena disposición que puedan tener hacia la empresa las instituciones de crédito, cuando saben que aquélla es solvente y cumplidora de sus obligaciones.

Para que exista un valor llave, es necesario que estos elementos, conduzcan a que la empresa alcance un nivel de utilidades superior al que normalmente obtienen sus competidoras.[5]

### **III. Interdicción de concurrencia** [\[arriba\]](#)

Las cláusulas de interdicción de competencia o de prohibición de competencia, se incluyen en los contratos de transferencias de empresas, estableciendo la obligación del tradens de no restablecerse con un negocio similar, en las inmediaciones de la empresa vendida.

Dentro de la clasificación de las obligaciones por su objeto, el pacto de no competencia califica como una obligación de no hacer. El deber de no concurrencia se manifiesta por la prohibición del vendedor de establecerse con un negocio equivalente, dentro del área de influencia del fondo transferido, perturbando su expectativa o posibilidad de clientela.[6]

“La obligación consiste en la prohibición del hecho personal del vendedor tendiente a perjudicar, perturbar, o afectar el goce íntegro y pacífico de los derechos que transfiere con el fondo”.[7] O dicho de otra manera importa el compromiso personal de vendedor de no instalar un comercio idéntico, similar o del mismo ramo o género que el que ha enajenado.[8]

“La mentada prohibición alcanza al enajenante que no puede restablecerse por sí ni por interpósita persona”.[9]

### **IV. Naturaleza de la obligación de no concurrencia. Fundamento** [\[arriba\]](#)

Para la doctrina italiana, transferir un fondo de comercio implica que su titular se desprende de todos los elementos que lo integran en la actualidad, incluido el valor llave.

Resultaría una verdadera contradicción que quien adquiere un conjunto organizado de fuerzas productivas, abonando por ellas un valor llave[10], luego de adquirirlas tenga que lidiar con la competencia de quien precisamente le vendió el fondo. Por eso se ha dicho que vender un fondo de comercio y mantener la capacidad de lucrar con la misma llave en relación a esa empresa transferida, importaría retomar lo vendido.[11]

De lo dicho en último término se deriva una importantísima consecuencia: la prohibición de concurrencia asumiría el carácter de natural al contrato de transferencia de fondo de comercio.[12]

Así lo ha entendido la jurisprudencia en nuestro país, que ha considerado que la obligación rige aun cuando no haya sido pactada expresamente.[13]

Parte de la doctrina nacional ha dicho que la obligación de no restablecerse tiene su fundamento en la garantía de evicción y saneamiento que debe el vendedor al comprador[14]. En sentido concordante se ha expresado que pesa sobre el vendedor la obligación natural de garantía por sobre aquello que transmite y que por tanto, debe abstenerse de todo acto que pueda afectar la integridad y cualidades de aquello que ha vendido.

Desde que el elemento constitutivo más importante del fondo de comercio es el factor dinámico o funcional - compuesto entre otros por la atracción que ejerce sobre el público - y siendo que el mismo resulta determinante de la clientela, en la transferencia de un fondo de comercio, cualquier acto del tradens que sea capaz de afectar la explotación del establecimiento vendido y que origine con ello una disminución de su clientela, importa una violación a la obligación de garantía y por tanto el comprador tiene el derecho de hacerla cesar y de ser indemnizado por los perjuicios que le haya ocasionado.[15]

En sentido contrapuesto otros consideran que no puede suponerse que la obligación de no interdicción sea una derivación de las garantías que el vendedor debe dar al comprador en la compraventa, ya que en ese contrato se establecen obligaciones de dar y no de hacer.[16]

La doctrina francesa por su parte ha considerado que la cláusula de no competencia está implícita en toda transferencia, en el entendimiento de que es una consecuencia de la garantía de evicción que debe el comprador al vendedor en cualquier compraventa.[17]

## V. Tres posiciones [\[arriba\]](#)

En resumen, podemos decir que respecto a la naturaleza de la obligación de no concurrencia -como elemento esencial o no al contrato de transferencia de fondo de comercio- se han distinguido tres sistemas básicos:

- a) Liberal: partiendo de normas constitucionales, determina que la libertad comercial sólo puede ser restringida en virtud de la ley o el acuerdo de partes y que por tanto no puede considerarse como implícita la obligación de no concurrencia.
- b) Amplia: considera que la interdicción de competencia es esencial en la enajenación de un fondo de comercio y por tanto el vendedor está obligado a esta garantía frente al comprador, salvo pacto en contrario.
- c) Ecléctica: trata de conciliar la libertad de comercio con la obligación de garantía inherente a la transferencia del fondo de comercio. Para esta posición dicha garantía se traduce en el deber del tradens de abstenerse de todo acto que disminuya el valor intrínseco (achalandage o llave) y a desviar la clientela del fondo cedido.[18]

## VI. Nuestra opinión [\[arriba\]](#)

Si consideramos a la empresa -en su más clásica definición económica- como la organización de diversos factores de la producción, destinado a la generación de bienes y servicios, en procura de la obtención de un rédito económico, y además asumimos que “no existe diferencia estructural o de grado entre la empresa y el

fondo de comercio”[19], podremos decir que sus elementos caracterizantes son análogos: organización de factores, producción, la pretensión de lucro.

Si por definición cuando se transfiere algo, dicha transferencia abarca todos y cada uno de los elementos que conforman -al menos de manera esencial- el objeto transferido, debemos afirmar que cuando se transmite un fondo de comercio, se transfieren todos sus elementos caracterizantes.

Sostenemos que entre dichos elementos existe un componente inmaterial que denominaremos “Know-How Organizacional”. El Know-How Organizacional se encontraría incluido dentro del aspecto personal del valor llave.

Conformarían éste “Know-How Organizacional” los conocimientos, procedimientos, medios empleados y las formas de combinar y organizar los diferentes elementos que conforman el fondo de comercio, a fin de que éstos generen un beneficio mayor a empresas similares.

Si afirmamos que el Know-How Organizacional, como creación intelectual, está incluido dentro del valor llave y es por tanto un componente - al cual consideramos esencial - del fondo de comercio, quien transfiere un fondo de comercio debería también ceder el Know-How Organizacional. Operada la transferencia, el tradens deja de ser dueño de dicho componente y por tanto pierde la capacidad de usar y gozar válidamente de él.

En otras palabras, el vendedor perdería la capacidad de replicar el Know-How Organizacional transferido en otros emprendimientos propios, justamente porque ya no estaría dentro de su ámbito de disponibilidad jurídica.

Si extremáramos esta lógica se daría la situación de que quien vende un fondo de comercio podría verse obligado a no volver a utilizar el Know-How Organizacional - aprehendido y/o desarrollado - para conformar una empresa en ningún lugar y en ningún tiempo. Ello no solo atentaría contra el derecho constitucional a trabajar y a ejercer toda industria lícita, sino que además atentaría contra el propio desarrollo económico del país generando una suerte de inmovilización del espíritu emprendedor.[20]

Para no caer en dicho absurdo debemos acudir a dos principios del derecho harto conocidos, el primero reza que ningún derecho es absoluto y el segundo que el interés es la medida de la acción.

Combinando ambos principios, podemos decir que el derecho del tradens de trabajar y emprender toda industria lícita culminará donde empiece el derecho del accipiens a usar y gozar sin interferencia del fondo de comercio que ha adquirido y contrario sensu, el derecho del accipiens a evitar que el tradens haga uso del Know-How Organizacional que ha adquirido terminará donde comience el derecho del tradens a trabajar y emprender toda industria lícita.

Reformulando lo anterior podemos decir que el vendedor de un fondo de comercio podría replicar el Know-How Organizacional transferido en otros emprendimientos propios, solo cuando con ello no genere turbaciones en la normal explotación del establecimiento comercial transferido; y correlativamente el cesionario de un

fondo de comercio podrá oponerse - accionar - a que el cedente utilice el Know-How Organizacional, solo cuando con ello se le esté generando un daño efectivo.

## VII. Límites constitucionales [\[arriba\]](#)

Si bien no es de la finalidad del presente trabajo tratar los aspectos constitucionales de las cláusulas de no concurrencia, creemos importante recordar que para que éste tipo de estipulaciones resulten constitucionalmente válidas deben estar limitadas en el tiempo, en el espacio o en la actividad que se prohíbe desarrollar.

Las limitaciones, de ser lógicas y razonables a los efectos de aquello que se pretende tutelar[21], no violan derechos y garantías constitucionales como la “libertad de comercio, puesto que lo contrario, [...] sería la anulación de los contratos, leyes y decretos que restrinjan o reglamenten la libre disposición del comercio y la industria, lo cual es perfectamente legal en una sociedad civilizada”. [22]

Así la jurisprudencia ha dicho que “la vigencia del deber de no concurrencia impuesto por la ley 11.867 debe ser necesariamente limitada en el tiempo, pues de otra forma se violentarían derechos de raigambre constitucional, como los de comerciar y trabajar.” [23]

Por su parte la doctrina tiene dicho que la obligación es legítima siempre que sea limitada en el tiempo, en el espacio y con respecto a la actividad general de la persona, ya que de lo contrario se estaría violentando lo dispuesto en el artículo 953 del Código Civil. [24] En idéntico sentido se ha dicho que la duración de la obligación de no hacer no puede ser por tiempo indefinido ni tener una duración excesivamente prolongada, actuando el real interés del acreedor como condición de exigibilidad en el desenvolvimiento de la obligación. [25]

## VIII. Conclusión [\[arriba\]](#)

Creemos por nuestra parte que la transferencia de fondo de comercio es esencialmente una compraventa, caracterizada por el particular objeto que resulta transmitido y por tal motivo no puede, en principio, escapar a las garantías implícitas de toda compraventa.

Consideramos en consecuencia, que la obligación de no concurrencia existe aun cuando no exista cláusula expresa que así lo consigne, ello así en virtud de que dicho deber no es más que una aplicación de la obligación genérica de todo vendedor cual es “asegurar al comprador el justo goce del establecimiento adquirido, evitando toda competencia de su parte”. [26]

Esencialmente la garantía pretende evitar que el vendedor practique cualquier tipo de acción que importe el desvío de la clientela del fondo [27] y aún mas específicamente cualquier acto que afecte de manera directa la capacidad del fondo de comercio de generar réditos, lucro o beneficio para su titular.

Pensamos que desde que ninguna libertad subjetiva es absoluta [28], no existe óbice constitucional para considerar esencial a la transferencia del fondo de comercio la obligación de no competencia.

En este sentido, afirmamos que resulta antijurídica la realización del tradens de actos en competencia con el accipiens, desde que implicaría la obstaculización o impedimento a la correcta utilización del objeto transmitido e implicaría, en última instancia, utilizar aquello que ha vendido y que por tanto ya no le pertenece.[29]

-----  
[1] La Ley N° 11.867, en su art. 1 no define al fondo de comercio, sino que enuncia sus elementos constitutivos, a saber: las instalaciones, existencias en mercaderías 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.

[2] Fernandez, Raymundo, “Código de Comercio”, T II, Segunda Edición, p.24, Lombardi, 1967, Buenos Aires.

[3] Cfr. Varangot, Carlos Jorge, “Derecho Comercial - Tomo II: Contratos Comerciales”, p.236, Perrot, 1955, Buenos Aires.

[4] Por ejemplo, puede suceder que un fondo de comercio esté jurídicamente conformado por una marca, existencias en mercaderías, un nombre, una enseña, patentes y un local, pero que en la realidad comercial lo único que tenga verdadero valor sea el local. Podría suceder entonces que las marcas, la enseña, las mercaderías y las patentes, aplicadas en un local distinto no tengan la fuerza, aptitud o capacidad para generar beneficios, provechos o ganancias y que por el contrario el local, debido a su ubicación, a su belleza estética, a las costumbres del lugar y/o a cualquier otro factor que pueda influenciar, tenga la potencialidad per se de generar beneficios económicos para su titular.

[5] Cfr. Louge, Pedro J. S., "Teoría y práctica en la valuación de balances", Cesarini Editores, marzo 1965.

[6] Cam. Nac. Com., Sala A, “Farmacia Onix S.C.S., c/Blanco de Turro, Dolores y otro.”, 12/06/1998, La Ley 1999-A, 108 - DJ 1999-2,323, 12.

[7] Di Bartolo, Nilda E, “La Obligación de no reestablecerse”, comentario al fallo “Chaar, Ana M. c/Aguado de Alonso, María C.”, Cám. Nac. Com. Sala A - 20/03/1996, La Ley 1997-B-353.

[8] Cfr. “Chaar, Ana M. c/ Aguado de Alonso, María C.”, Cám. Nac. Com. Sala A - 20/03/1996, La Ley 1997-B-354; DJ 1997-1-817.

[9] “Chaar, Ana M. c/ Aguado de Alonso, María C.”, voto de la Doctora Míguez de Cantore, punto 3, párr. 10.

[10] Es decir un valor superior al que tendrían por separado, solo por el hecho de que juntas y organizadas dichas fuerzas productivas tienen la capacidad de generar un flujo de ingresos superior al de empresas similares.

[11] Cfr. Casanova, Mario, voz “Azienda”, Novissimo Digesto Italiano, p.11, núm. 4.

[12] Argeri, Saúl A., “Obligación de no concurrencia, transferencia de fondo de comercio y quiebra”, LL 1980-D-1415.

[13] Cfr. Di Bartolo, “La Obligación ...”, Acápite I.

[14] Caro, Francisco J., “Derecho Comercial. Compraventas”, Vol. I. Ed. Depalma, 1956.

[15] Cfr. Fernández, Raymundo L., “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial”, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2009, Lexis N° 9213/003180.

[16] Cfr. Goldschmidt, Roberto, “La obligación de no concurrencia y los subadquirentes de la hacienda comercial”, La Ley, 52-90.

[17] Cfr. Di Bartolo, “La obligación...”. Acápite I.

[18] Cfr. Fernández, “Tratado Teórico...”, Punto 26-D.

[19] Zunino, Jorge O., “Fondo de Comercio”, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 40.

[20] Se le estaría vedando al tradens la capacidad de emprender prácticamente cualquier nuevo negocio.

[21] “Puede también dicha obligación de no restablecimiento consignarse en forma expresa (así como resultar tácitamente de los términos del contrato) pero, para ser válida, la prohibición debe tener un límite en el espacio, en el tiempo o en el ramo del comercio; cualquiera de estas limitaciones importa la validez de la cláusula, que debe aplicarse en sus términos expresos, respetando la voluntad de las partes, si bien interpretados en forma estricta, dado su carácter restrictivo. Estas limitaciones deben ser serias y verídicas, por lo cual perderán su carácter y deberán ser reducidas a sus justos términos, si se establecieran con una latitud excesiva [...], una especificación del ramos del comercio que sea una prohibición general, como todo comercio al menudeo, todo negocio sobre artículos de producción americana y europea”. Cam. Nac. Com. Sala A, 03/04/1985, “Automotores Monte Grande c/ Enrique Boeri e Hijos”, citado en Fernández, “Tratado Teórico...”.

[22] Cam. Nac. Com., La Ley, 52-292, citado por Di Bartolo, Nilda E, en “La Obligación de no reestablecerse”, comentario al fallo “Chaar, Ana M. c/ Aguado de Alonso, María C.”, Cám. Nac. Com. Sala A - 20/03/1996, La Ley 1997-B, 353.

[23] Cam. Nac. Com., Sala A, “Farmacia Onix S.C.S., c/ Blanco de Turro, Dolores y otro.”, 12/06/1998, La Ley 1999-A, 108 - DJ 1999-2, 323, 12.

[24] Cfr. Llambías, Jorge, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Perrot, Buenos Aires, 2da Edición, 1975, T. II-A, p. 290, en nota.

[25] Cfr. Díez-Picazo, Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Civitas, Madrid, 1996, T. II, p. 249.

[26] Cfr. Fernández, “Tratado Teórico...”. Punto 26-D

[27] Cfr. Fernández, “Tratado Teórico...”. Punto 26-D

[28] Pues en tanto derecho, encuentra su límite natural en la interferencia intersubjetiva con los derechos de los demás individuos que conviven en una sociedad.

[29] Referencia hecha a lo que denominamos “Know-How Organizacional”.