

FONDO DE COMERCIO. FINALIDAD DE LA LEY 11867. TRANSFERENCIA DEL ACTIVO Y DEL PASIVO. CLÁUSULA DE INTERDICCIÓN DE CONCURRENCIA. VIGENCIA. LIMITACIÓN TEMPORAL. DAÑOS Y PERJUICIOS. PRUEBA DEL PERJUICIO. DAÑO REAL Y EFECTIVO*

DOCTRINA:

- 1) *Las prescripciones de la ley 11867 (Adla, 1920-1940, 524) tienen por finalidad proteger no sólo a los acreedores de quien enajena un fondo de comercio, sino también el derecho del adquirente a la clientela, cuyo resguardo se efectúa mediante la obligación de no concurrir que supone el deber del vendedor de no instalarse en las proximidades del negocio transferido.*
- 2) *El deber de no concurrir que impone la ley 11867 (Adla, 1920-1940, 524) a quien enajena un fondo de comercio se manifiesta en la prohibición de establecer un*

negocio similar dentro del área de influencia del fondo transferido, perturbando su expectativa o posibilidad de atraer clientela. Empero, dicho deber puede también implicar en ciertos casos una prohibición para el vendedor de trabajar para terceros que exploten negocios similares dentro del área en la cual se encuentra aquel bien transferido.

- 3) *La vigencia del deber de no concurrir impuesto por la ley 11867 (Adla, 1920-1940, 524) debe ser necesariamente limitada en el tiempo, pues de otra forma se violentarían derechos de rai-gambre constitucional, como los*

(*) Publicado en *La Ley* del 10/2/99, fallo 98.318.

de comerciar y trabajar (art. 14 bis, Constitución Nacional).

- 4) Cuando se adquiere un fondo de comercio juntamente con un contrato de locación del inmueble en el cual se desarrollará la actividad comercial, corresponde interpretar que el deber de no concurrencia del vendedor se extiende –salvo pacto en contrario– por el período de duración de este último contrato, pues la expectativa de generar ganancias, recobrar la inversión e incorporar clientela debe estar unida inescindiblemente a

dicho plazo.

- 5) La procedencia de la indemnización de los daños que se dicen padecidos, requiere que el peticionario acredite la existencia del perjuicio real y efectivamente sufrido, no siendo por ende suficiente la alegación de un perjuicio en abstracto o la mera posibilidad de su producción.

Cámara Nacional Comercial, Sala A, junio 12 de 1998. Autos: “Farmacia Onix S. C. S. c. Blanco de Turro, Dolores y otro”.

2ª Instancia. – Buenos Aires, junio 12 de 1998.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Jarazo Veiras* dijo:

La sentencia de fs. 543/547 rechazó en todas sus partes la demanda incoada por Farmacia Onix S. C. S. contra María D. Blanco de Turro, Néstor Turro, Javier Turro, María D. Turro y Diego J. Turro, en su carácter de herederos de Néstor J. Turro, así como contra Hugo S. Pittaluga, Alicia N. Pittaluga y Lilita A. Olivera, a quienes absolvió, con costas a la actora vencida.

Contra dicho pronunciamiento apeló la actora a fs. 549, manteniendo el recurso con la expresión de agravios de fs. 596/602, cuyo traslado mereció réplica de su contraria.

Como premisa introductoria precisaré en forma sintética los puntos que constituyen los reproches esgrimidos por la quejosa: 1) la decisión de la *a quo* de desestimar el deber de no concurrencia por estimar que 13 años fue tiempo suficiente para la subsistencia de dicho deber; 2) que en el pronunciamiento de primera instancia se considere que la actora no tenía interés de continuar con la explotación de la farmacia en ese local al firmar un nuevo contrato por un año y no prorrogar el convenio suscripto por dos años; 3) que la *a quo* estime que la restricción mercantil no puede establecerse por tiempo indeterminado y que por otra parte no se demostró que dos farmacias en una misma cuadra hayan provocado la desviación de la clientela; y por último las costas del juicio.

La ley 11867 no precisa una definición de lo que es el fondo de comercio; enumera en cambio algunos de sus elementos, entre ellos el de la clientela, instalaciones, existencia en mercaderías, etc. Si bien esta ley tiene como finalidad primordial la protección de los acreedores, también encuadra dentro de su ámbito la protección del derecho del adquirente a la clientela, y el resguardo de ésta se hace por medio de la interdicción de no concurrencia, que implica el

deber del vendedor de no instalarse en las proximidades del negocio transferido.

El deber de no concurrencia se manifiesta por la prohibición del vendedor de establecerse con un negocio similar dentro del área de influencia del fondo transferido, perturbando su expectativa o posibilidad de clientela. También la no concurrencia puede referirse a las personas, al no poder el vendedor trabajar para terceros que exploten negocios similares dentro del área de influencia del bien transferido (conf. Zunino, Jorge, *Fondo de comercio*, págs. 188 y sigtes.; Fernández-Gómez Leo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial*, págs. 462 y siguientes).

Por otra parte, y en este aspecto estamos de acuerdo con la juez de la instancia anterior, sobre la vigencia del deber de concurrencia que tiene que ser necesariamente limitado, porque de otra forma se estarían violando principios de raigambre constitucional (cfr. art. 14 bis –de comerciar, de trabajar–).

Cuando un individuo o una sociedad adquieren un fondo de comercio, incluyendo un contrato de alquiler de un local, como en la especie en examen, debe entenderse que el deber de concurrencia se extiende lógicamente, salvo acuerdo en contrario y siempre naturalmente respetando los preceptos constitucionales, por el período de duración de este contrato, y sostengo esta afirmación porque la expectativa de generar ganancia, recobrar la inversión, e incorporar clientela debe estar unida inescindiblemente a la duración de ese contrato de locación y no más allá porque podría no ser renovado –el contrato de locación– convirtiendo en antieconómica la inversión realizada.

En la especie se fueron suscribiendo sucesivos contratos de locación a lo largo de 13 años, tiempo más que razonable para la duración de este deber de no concurrencia.

Debemos señalar, por otro lado, y en lo atinente a este aspecto, que la cuestión en examen tiene ciertas particularidades que es necesario destacar. Originariamente los socios de Farmacia Onix eran también dueños del local; con posterioridad se produjo la disolución del ente en cuestión y la transferencia del fondo de comercio encubrió en realidad una división societaria por transferencia de acciones.

Ahora bien, no se probó que esta división involucrara la abstención perpetua de los cedentes propietarios del local de dedicarse a esa misma actividad transferida.

Es del caso mencionar también que fue el adquirente del fondo de comercio el que dejó el local arrendado para mudarse a otro en la misma cuadra, y si bien sostiene que fue obligado por el locador a hacer abandono del local donde funcionaba la farmacia, no acreditó en forma fehaciente haber sido coaccionado a suscribir otro contrato por un año y un convenio de desocupación, optando por efectuar apreciaciones dogmáticas pero sin prueba como respaldo de sus afirmaciones.

No se ha demostrado, por otra parte, la intención de los actores de continuar con el fondo de comercio en ese local; apoyo esto porque de la distinta prueba documental arrimada, no surge claramente esa intención, como pare-

ciera ahora afirmar lo la actora. De la absolució de posiciones la accionante no recuerda si la prórroga del contrato del 7/12/87 era o no de común acuerdo, así como preguntado acerca de la cláusula 10ª, donde se establece la posibilidad de la rescisión anticipada del contrato, afirma que sí que lo suscribió, pero que no fue quien la solicitó, para rematar expresando que suscribió el contrato de buena fe, con lo cual y de haber sido como lo sostuvo la actora, se debieron tener mayores precisiones respecto de las pautas volcadas en la negociación, y las razones por las cuales se llegó a firmar un nuevo contrato de locación en lugar de la prórroga del que estaba vigente.

Por otra parte, si bien es exacto que a lo largo de 13 años se vio incrementada la clientela de la farmacia, no es el único factor a tener en cuenta cuando se decide no renovar un contrato de locación, pues pueden coexistir causas externas de tipo económico, como ser excesivo el canon locativo o convertirse ese fondo de comercio en poco atractivo económicamente, o bien de tipo personal, como ser el simple hecho de no continuar con el negocio, con lo cual si bien es importante el lugar físico donde está instalado, también son válidos otros aspectos comerciales y personales que deben ser valorados. Por otra parte, como dijimos, es aleatoria la renovación de ese contrato de locación, por ende, no puede basarse en la cesión 13 años antes, el deber de no concurrencia.

Y con referencia al desvío de clientela, no existe en el expediente prueba determinante sobre este punto. Porque si bien es cierto que dos farmacias en la misma cuadra, obviamente, disminuyen el caudal de clientela que concurre a una y otra, siendo ello una consecuencia natural, no es prueba suficiente del desvío de adquirentes su sola apreciación. En la absolució de posiciones ninguno de los demandados reconoció la desviación de la clientela, así como tampoco que la coexistencia de ambas farmacias en la misma cuadra fuera perjudicial para Farmacia Onix, al ser desistidas las posiciones octava y décima, que apuntaban a este aspecto controvertido del juicio, siendo insuficiente, por lo demás, la sola afirmación del perjuicio. Esta Sala sostuvo en otros precedentes que no es suficiente alegar un perjuicio en abstracto o una mera posibilidad eventual para que prosperen tales rubros, por el contrario, resulta realmente obvio que medie la prueba indispensable del perjuicio real y efectivamente sufrido (CCom., Sala A, "Calatroni, Ricardo c. Astilleros Voguecraft SACIF" del 29/10/82, "Axelrub, Luis Ernesto c. Banco Mayo Coop. Ltda." del 19/12/97, entre otros).

En este aspecto debe pues confirmarse la sentencia apelada.

Con relación al cargo de las costas, dadas las peculiaridades del proceso, pudieron dar lugar a la actora a creerse con derecho a litigar por lo que, deberá modificarse tal aspecto e imponerse el accesorio en cuestión en el orden causado.

Por lo expuesto voto por la confirmación de la sentencia apelada, con excepción de lo relativo a las costas las que serán impuestas en el orden causado debido a las peculiaridades que presenta el caso (art. 68 y concs., Cód. Procesal). Así lo juzgo.

Por análogas razones los doctores *Peirano* y *Míguez de Cantore* adhirieron al voto precedente.

Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve: Confirmar la sentencia apelada de fs. 543/547, en lo principal que decide, modificándola sólo con relación a las costas las que se imponen en ambas instancias en el orden causado. – *Manuel Jarazo Veiras*. – *Julio J. Peirano*. – *Isabel Míguez de Cantore*.