

*Usufructo de fondo de comercio**

Por Marcelo A. Pepe

1. Introducción

El usufructo constituye un derecho real sobre bien ajeno que se ejerce por su posesión y le otorga al titular la explotación económica, mediante la extracción de los frutos (naturales, civiles o industriales) del objeto gravado, con el deber de conservar su sustancia.

El derecho real es vitalicio, cuando se constituye a favor de personas físicas, sin perjuicio de poder crearse por un plazo menor, o de someter su existencia o duración a una condición o plazo suspensivo o resolutorio. Tratándose de personas jurídicas, debe constituirse por un plazo máximo de veinte años.

Cuando el usufructo se proyecta sobre un conjunto de fuerzas productivas consideradas en forma unitaria, adquiere rasgos específicos, con notable incidencia en la determinación de la sustancia del bien gravado al momento de valorar su conservación y restitución por el usufructuario, acabado el usufructo.

El impacto de la legislación específica sobre fondo de comercio, en función de su *ratio*, impone revisar la naturaleza de la transferencia del usufructo, en orden a las características particulares del objeto gravado frente a la existencia de acreedores del constituyente.

La tipicidad específica aludida supone modificar, también, los derechos de los acreedores del constituyente (en función de su categoría), o del usufructuario, ya sea en ejecución individual o en el escenario concursal; trátase antes, durante o con posterioridad a la constitución del derecho real.

La alteración de algunos esquemas clásicos con que se interpreta el régimen legal del usufructo, invita al estudioso, despojado de prejuicios dogmáticos, a reformular con un criterio finalista y armonizador, el contenido del derecho real, su objeto y efectos.

En el presente trabajo sostenemos, e intentamos probar, que el art. 2809 del Cód. Civil argentino legisla un supuesto de usufructo especial, cual es el “usufructo de fondo de comercio”, descartando, por su diversidad estructural, el criterio que ve en dicho precepto legal un “cuasiusufructo de mercaderías”, tesis que nos obliga a investigar el método legislativo y la gravitación de sus fuentes.

Nos proponemos, además, establecer de *lege lata*, la idoneidad de los bienes y universalidades como objeto del usufructo y, en su caso, enunciar el contenido del derecho real y su oponibilidad.

Predicamos, asimismo, la vinculación funcional del art. 2809 del Cód. Civil con los requisitos exigidos por la ley 11.867 de transmisión de establecimientos, en ra-

* Extraído del artículo publicado en LL, 2007-C-1103. [Bibliografía recomendada.](#)

zón de las implicancias técnicas de la transferencia del usufructo y por la naturaleza del objeto gravado.

2. El derecho real de usufructo

a) Concepto

El Código Civil argentino, en el art. 2807, define al usufructo como “*el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia*”¹. De acuerdo con dicho texto legal, el usufructo es un derecho real (art. 2503, inc. 2, Cód. Civil) es decir, un derecho patrimonial reglado por ley²,

¹ Según la nota del art. 2807 del Cód. Civil, la definición del Código argentino halla su fuente en el art. 525 del Cód. de Luisiana; el art. 503 del Cód. de Nápoles; el art. 803 del Cód. de Holanda; el art. 578 del Cód. francés y la Ley 1, Tít. 1, Libro 7 del *Digesto*.

² El régimen de los derechos reales está dominado por la noción de orden público, como consecuencia de la incidencia política, económica y social de estos derechos patrimoniales, lo que los ubica institucionalmente entre los derechos de familia y personales. En los derechos reales, la incidencia del orden público adquiere relevancia principal y la autorregulación de los intereses es excepcional (Gatti, Edmundo - Alterini, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991, p. 74). En la nota del art. 2825 el codificador enseña que “el usufructo no es una cosa de pura convención: su naturaleza está fijada por la ley, por las consecuencias en el orden social del establecimiento de la propiedad en los bienes inmuebles, y porque consiste en la facultad especial concedida a alguno de gozar de las cosas de otro”. Son exclusivamente de orden público las normas que hacen a la esencia del derecho real, que llamaremos “estatutarias”; encuadran aquí por de pronto las disposiciones que indican cuáles son los derechos reales y los alcances de su contenido (esencia). Gatti agrega que también es de orden público “cuanto se refiere a la determinación de los elementos que integren la relación jurídica real, y por consiguiente, a los sujetos, el objeto y a la causa de los derechos reales; y en cuanto a esta última (causa), todo lo relacionado con su adquisición (modo y en su caso títulos), constitución, modificación, transferencia y extinción” (Llambías, Jorge J. - Alterini, Jorge H., *Código Civil anotado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1984, t. IV A, p. 279). Es reflejo de la invocada incidencia del orden público el art. 2502 del Cód. Civil que establece que “Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”. La ley civil argentina adopta el sistema de creación legal cerrado (*numerus clausus*) de derechos reales, por oposición al sistema de creación abierta o *numerus apertus*, disposición que aparece inspirada en Demolombe, a quien cita en la nota del art. 2502. Las proyecciones del orden público en los derechos reales, que se traducen en el principio del *numerus clausus*, impiden no sólo la creación de los derechos reales distintos a los previstos por la ley, sino también la modificación de los que ella admite. La imposibilidad de modificar los derechos reales permitidos, está implícita en la segunda parte del art. 2502, cuando hace tema con las consecuencias de la constitución de derechos reales no admitidos o con la modificación de los reconocidos. Si el *numerus clausus* importa la fijación por la ley de la extensión del contenido, la modificación de esa amplitud atentaría contra él, porque implicaría en verdad la creación de un derecho real no reconocido (Llambías - Alterini, *Código Civil anotado*, p. 281). La tesis del *numerus clausus*, goza de cierta extendida opinión favorable, que se apoya en argumentos unas veces de algunos vuelos, como cuando se dice que la constitución de derechos reales presenta un interés no limitado como el de los de crédito, a los intervinientes, sino general o colectivo, ya que los bienes luego circulan en el tráfico jurídico y pasan a manos de otras personas con aquellos derechos sobre sí; que por esta razón debe sustraerse a la autonomía de la voluntad la posibilidad de establecer derechos reales que el ordenamiento no acoja (Highton, Elena I. - Álvarez Juliá, Luis - Lambois, Susana, *Nuevas formas de dominio*, Bs. As., Ad-Hoc., 1987, p. 21). A favor del *numerus apertus*, se dice que el argumento de que los derechos reales interesan a la comunidad y no sólo a los particulares que los establecen, es de peso, pero no suficiente para desbancar al sólido apoyo que para el

que crea un poder directo e inmediato³ entre su titular y el bien⁴ que constituye su objeto, que en virtud de su inmediatez con él, y previa publicidad suficiente, le otorga los beneficios de persecución⁵ y preferencia⁶.

sistema de lista abierta representa recoger la libertad de cada uno de imponer sobre sus bienes los derechos que apetezca (Albaladejo, Manuel, *Derecho civil*, Barcelona, 1977, t. III, vol. I, p. 31, citado por Highton y otros, *Nuevas formas de dominio*, p. 21). Pensamos con Highton que la seguridad del tráfico jurídico sólo se logra con la limitación de los derechos sobre la cosa y la fijación clara de su contenido y que el interés social comprometido debe prevalecer sobre el interés individual. Así, por ejemplo, en una finca que figura gravada con usufructo, se sabrá que es vitalicio como máximo, pero nunca perpetuo. De admitirse otra tesitura, nunca podría saberse cuál es la carga que soporta un inmueble, pues el nombre de ella nada adelantaría al respecto y, en todos los casos, habría que estar a la interpretación pormenorizada del título constitutivo para conocerla. Ello, obviamente, embaraza el tráfico jurídico y la seguridad de las transacciones (Highton y otros, *Nuevas formas de dominio*, p. 22). El sistema del *numerus clausus*, aunque más evolucionado y moderno, no significa, sin embargo, que esté cerrado el camino a la marcha evolutiva del derecho, pues la nueva legislación puede crear nuevas formas de derechos sobre las cosas, con figuras que se vayan desarrollando hasta convertirse en derechos reales independientes, siempre que se respeten los límites básicos de los que pueden configurar un derecho real (Highton y otros, *Nuevas formas de dominio*, p. 24). Por nuestra parte, coincidimos con los autores citados, pero con la salvedad de que la mentada evolución progresiva posibilita la creación de nuevos derechos reales, no sólo sobre las cosas, sino también sobre derechos susceptibles de contenido patrimonial, que no son cosas, toda vez que consideramos que los bienes (cosas y derechos) y no sólo las cosas configuran el objeto de los derechos reales. Sin embargo, la gravitación del orden público es exclusiva más no excluyente, pues los particulares pueden sustraerse a ciertos principios acudiendo a su potestad reglamentaria en virtud de la autonomía privada (art. 1198), dentro de los límites legales impuestos a ella (arts. 20 y 953). En este sentido se ha dicho que las normas que regulan los derechos reales son substancialmente de orden público (Allende, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, Bs. As., 1965, p. 19 y 69 y siguientes). El Código Civil, en este sentido, contiene varias normas que autorizan a los particulares a dejar de lado normas reglamentarias en materia de derechos reales, sin que por ello se altere su régimen (arts. 2669, 2693, 2715, 2851, 2862, 2949, 3010, 3022, 3131, 3223, 3246).

³ Se han diferenciado a los derechos reales de los derechos personales o creditorios en función del distinguo entre poderes y facultades. En este sentido ver, Gatti, Edmundo, *Teoría general de los derechos reales*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1984, p. 53 y siguientes.

⁴ Adviértase que desde el inicio preferimos, al definir el objeto del derecho real, hacer referencia al término *bien* y no *cosa*, porque, nos parece que es el que mejor explica, en forma comprensiva, el objeto de los derechos reales en nuestro derecho positivo; en ese sentido, diremos que “*derecho real es el derecho patrimonial que crea una potestad exclusiva y directa, total o parcial, sobre un bien actual y determinado para cuya realización no es necesaria la intervención de ningún otro sujeto, cuya existencia, plenitud y libertad puede oponerse frente a cualquiera que intente desconocerla o menoscabarla, con el objeto de obtener su restitución o la desaparición de los obstáculos que la afectan, en virtud de la cual puede utilizarse económicamente el bien en provecho propio y dentro del ámbito señalado por la ley, y en caso de concurrencia con otros derechos reales que tengan como asiento el mismo objeto, el primero en el tiempo prevalece sobre el posterior*” (Molinario, Alberto D., *Derecho patrimonial y derecho real*, Bs. As., La Ley, p. 9).

⁵ Como el derecho real se imprime, por así decirlo, directamente sobre la cosa y es oponible a todos, su titular puede perseguir aquélla, en manos de cualquiera que la tenga, para ejercer su derecho, naturalmente que con las limitaciones que le impone la propia ley, por razones más que nada de seguridad jurídica (Mariani de Vidal, Marina, *Curso de derechos reales*, Bs. As., Zavalía, 1993, t. I, p. 28).

⁶ Se trata de otra ventaja típica de los derechos reales, cual es el *ius persecuendi*. Esta ventaja tiene dos connotaciones: a) la de *privilegio* (art. 3875, Cód. Civil), que no es un signo distintivo de los derechos reales, pues algunos créditos también gozan del derecho de preferencia en el sentido del art. 3875 y que, en realidad, sólo corresponde a los derechos reales de hipoteca y prenda, y b) la de *derecho de exclusión*, que se materializa en la posibilidad de dejar de lado y prevalecer, no sólo sobre los derechos personales, sino aún sobre los reales de fecha posterior, y que se concreta en la máxima *qui prior in tempore, potior in iure* (Mariani de Vidal, *Curso de derechos reales*, p. 28). En igual

En tanto que este derecho real pone a su titular en presencia del bien que constituye su objeto, a efectos de extraer las utilidades comprendidas en su derecho, el usufructuario en efecto, es puesto en posesión de la cosa sobre la que recae su derecho, es decir se trata de un derecho real ejercitable por la posesión (arts. 2351 a 2355, Cód. Civil).

b) Objeto

La definición del Código Civil argentino dice que el usufructo es un derecho real en virtud del cual se puede usar y gozar de una “cosa”. Sin embargo, el sentido técnico del término cosa, no coincide con el de las fuentes de las que se valió Vélez Sársfield al legislar sobre el instituto (p.ej., Código Francés, sus comentaristas, especialmente Aubry, Rau y Freitas) que, en el caso de la fuente gala, la palabra cosa, advierte un alcance técnico jurídico más amplio, pues comprende no sólo a los objetos materiales susceptibles de tener un valor, sino además los objetos inmateriales con valor económico. El Código menciona así a la palabra “cosa”, en el ámbito de los derechos reales, con distintas connotaciones técnicas (arts. 2311, 2312, 2400, 2807, 2838, 2875, Cód. Civil, entre otros), todo ello como consecuencia de la diversidad de fuentes aludidas, a pesar de que Vélez Sársfield, como recuerda Allende, que siguió a Freitas en la clasificación de los bienes y en el concepto de cosas, siempre corporal, lo siguió también aquí en el objeto de los derechos reales, al pie de la letra⁷.

1) *Los bienes como objeto de los derechos reales y del usufructo en particular.* La concepción clásica que entiende que los derechos reales sólo pueden tener por objeto cosas ha sido, en la actualidad, objeto de reformulación conceptual. El rigor dogmático⁸ con que los tratadistas y estudiosos de los derechos reales en nuestro

sentido, “cuando los derechos reales procuran hacerse efectivos en las ejecuciones colectivas, siguen ‘la ley del concurso’, es decir que si los bienes del deudor no alcanzan para satisfacer todos los créditos, se distribuyen a prorrata (en proporción a sus montos) entre los distintos acreedores, salvo que sean privilegiados, preferencia excepcional que no guarda relación alguna con la fecha del crédito (el crédito anterior no tiene preferencia sobre el posterior). En los derechos reales, el *ius preferendi*, constituye la otra ventaja típica derivada de la inherencia y se traduce fielmente con la máxima romana *prior in tempore potior in iure* (primero en el tiempo, primero en el derecho). El *ius preferendi* es independiente de los privilegios y nada tiene que ver con ellos, ni con la circunstancia de que algunos derechos reales lo otorguen” (Gatti - Alterini, *El derecho real. Elementos para una teoría general*, p. 56). Advuéntase, sin embargo, que los beneficios de persecución y preferencia que otorgan los derechos reales se ejercen, como decimos en el texto, previa publicidad suficiente, es decir que sólo podrá su titular oponer dichas prerrogativas hacia terceros interesados, mediante publicidad posesoria o registral previa por su inscripción en los registros respectivos, según la naturaleza del objeto y la condición del tercero interesado. Sobre el concepto de tercero interesado y publicidad registral en el ámbito inmobiliario ver, Alterini, Jorge, H., *Gravitación de la reforma al art. 2505 del Código Civil, con especial referencia a las proyecciones de la tradición y el concepto de terceros*, ED, 43-1181; *La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral (con una armonización entre la tradición y la inscripción registral)*, Bs. As., Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, 1974.

⁷ Allende, *Panorama de derechos reales*, p. 112.

⁸ Debido a la influencia que, en la construcción de un concepto doctrinal de derecho real, ejerció Freitas en la redacción del art. 2311 del Cód. Civil argentino y la doctrina clásica dualista, tanto de los romanistas Ortolán, Mackeldey y Mayns, cuanto por el príncipe de la escuela de la exégesis, Demolombe, cuyas definiciones son transcriptas por el codificador en la nota al Título IV del Libro tercero del Código Civil argentino y, en el caso de Ortolán, en el último párrafo de la nota al art. 497. Tanto el

país, hasta no hace mucho tiempo, conceptualizaban al objeto de los derechos reales, ha dado paso a nuevas concepciones al respecto, con sustento en las exigencias y necesidades de un mundo que cambia, día a día, fenómeno del que el derecho no puede desentenderse.

Así, la tesis tradicional que asigna a la cosa el único objeto posible de los derechos reales, ha sido reformulada por la doctrina superadora que emerge, tanto del Proyecto de Código Civil de 1998⁹ y de las decisiones de las Jornadas Científicas Nacionales de Derecho Civil, cuanto por la adhesión de la doctrina que entiende que el camino hacia la apertura y alejamiento del criterio tradicional permitirá una nueva perspectiva y, en consecuencia, una extensión del derecho de propiedad y de los derechos subjetivos¹⁰.

El Proyecto de Código Civil de 1998¹¹, antes referido, establece así en su art. 1816 que “son objeto de los derechos reales: a) las cosas que están en el comercio. Se ejercen sobre la totalidad de ellas o una parte alícuota; b) los derechos en los casos previstos especialmente”.

Con lo que claramente el Proyecto se inscribe en un marco innovador respecto de las doctrinas tradicionales.

En igual sentido se pronunciaron las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, en 2001; que trataron, en la Comisión 4, del “Objeto de los derechos reales”, estableciendo, entre otras cuestiones relativas al objeto de estos derechos patrimoniales, que “los derechos reales tienen por objeto: a) las cosas; b) las partes materiales de la cosas; los derechos, excepcionalmente, si la ley lo establece”.

Sin perjuicio de la inevitable trascendencia del rumbo científico trazado, con notable impacto en la futura legislación, creemos sin embargo, que de *lege lata*, el usufructo puede tener como objeto tanto cosas (es decir objetos materiales susceptibles de tener un valor –art. 2311, Cód. Civil–), como bienes (objetos inmateriales susceptibles de valor –art. 2312, primera parte, Cód. Civil–) tal es el caso del usufructo de créditos (art. 2875).

La legislación comercial, a su turno, reglamenta el usufructo de bienes que no son cosas; así, el usufructo de acciones de las sociedades anónimas (art. 218, ley 19.550) y el usufructo de cuotas de las SRL (art. 156, segunda parte, LSC).

Esboço, cuanto el exégeta Demolombe y los romanistas aludidos, hacen un *culto de la cosa* como objeto de los derechos reales. Dichas concepciones no fueron ajenas a las ideas de la doctrina nacional, francamente predominantes, con excepción de acreditados autores, como el caso de Molinario, Dassen y Vera Villalobos, entre otros.

⁹ Dicho Proyecto fue elaborado por la comisión designada por el decreto del Poder Ejecutivo nacional 685/1995, y cuyos firmantes fueron los doctores Héctor Alegria, Atilio A. Alterini, Jorge H. Alterini, María J. Méndez Costa, Julio C. Rivera y Horacio Roitman.

¹⁰ Flah, Lily - Smayevsky, Miriam, *Más allá de la cosa*, ponencia, XVIII Jornadas Nacionales Derecho Civil, Bs. As., UCES, 2001.

¹¹ Para un análisis integral del alcance de las modificaciones que introduce el Proyecto, en el contexto del objeto de los derechos reales, ver Vázquez, Gabriela, A., *El objeto de los derechos reales en el Proyecto de Código Civil de 1998*, en Vallespinos, Carlos G. (dir.), “Cuestiones esenciales de derechos reales”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2002, p. 115.

2) *Las universalidades como objeto de los derechos reales y del usufructo en particular.* Entendemos que en nuestro derecho positivo, las universalidades, de hecho o de derecho, asimismo, pueden ser objeto de derechos reales, entre los que se encuentra el usufructo y la prenda (remitimos al lector a la nota 56).

Las universalidades pueden definirse como conjunto de cosas, o de cosas o derechos, consideradas como una unidad. La consideración unitaria del conjunto puede tener origen en la ley, como es el caso típico del patrimonio; o puede la universalidad tener por fuente la voluntad del dueño de las cosas o derechos que la integran, quien las organiza o agrupa con un fin especial (económico o no), como es el caso de una biblioteca, el ganado, y según creemos, el fondo de comercio.

Como ejemplo de una universalidad de hecho pueden citarse, además, el rebaño, la pareja de animales de reproducción, las colecciones en general (de arte, numismáticas, filatélicas) y el paquete mayoritario de acciones, entre otras¹².

Sostiene Gatti, que la idea fundamental que hace a la esencia de la universalidad es la unidad con que es considerada una pluralidad de cosas (cosas muebles) en virtud del destino unitario que les impone su propietario, no sólo sobre la base de su puro arbitrio, sino de consideraciones socio-económicas¹³.

Nos parece, sin embargo, que nada obsta a considerar a los derechos crediticios, o no crediticios (de naturaleza esencialmente mobiliaria) y sus respectivos instrumentos, como integrativos de una universalidad de hecho.

El Código Civil argentino reconoce como especies de usufructo universal, el de un patrimonio o de una parte alícuota de éste (art. 2827, Cód. Civil) y el legado de usufructo (art. 2900); también, en la legislación positiva argentina, pueden ser objeto del usufructo, las universalidades de hecho, tales como el usufructo de ganado (art. 2902); o el de un fondo de comercio (art. 2809), según veremos.

El fondo de comercio, en tanto que universalidad, puede ser también objeto del derecho real de prenda registral fija. En este sentido, el art. 11 del decr. ley 15.348, ratificado por la ley 12.962¹⁴ establece que “se considera que la prenda de fondo de comercio no incluye las mercaderías del negocio; y que comprende las instalaciones, contratos de locación, marcas, patentes y enseñas, dibujos y modelos industria-

¹² Son ejemplos proporcionados por Biondi, Biondo, *Los bienes*, tr. 2ª ed. italiana, 1956, A. Martines Radio, Barcelona, 1969, n° 26, p. 147 a 157, y n° 27, p. 157 a 17; citado por Gatti, *Teoría general de los derechos reales*, p. 210.

¹³ Sin perjuicio de considerar nuestro autor, que las universalidades de hecho no pueden ser objeto de derechos reales, opinión con la que no coincidimos, lo que diremos sucesivamente en este trabajo. Gatti admite la consideración unitaria de la universalidad de hecho en el campo obligacional, mas la niega como objeto en el ámbito de los derechos reales, frente a la posesión singular de las cosas individuales que comprenden una universalidad fáctica (art. 2404, Cód. Civil), la necesidad de tomar posesión de las cosas separadamente, al constituir éstas una masa de bienes, aunque la tradición se hubiera hecho conjuntamente (art. 2406) y, finalmente, por la usucapión de las cosas singulares de una universalidad de hecho, citando un texto del Digesto (41.3.30.2) (Gatti, *Teoría general de los derechos reales*, p. 210 y 211).

¹⁴ La legislación en materia de prenda registral se complementa con el decr. 897/95, que ordenó el decr. 15.348/46 y sus modificaciones por la ley 6810/63 y las leyes 21.412 y 21.338, y su decr. reglamentario 10.574/46, reformado parcialmente por los decrs. 8572/60 y 11.744/60.

les, distinciones honoríficas, y todos los derechos que comporta la propiedad comercial, industrial o artística”¹⁵.

De manera que cuando es dada una prenda sobre un fondo de comercio, esta nueva entidad constituye el bien prendado; en consecuencia, los elementos individuales pueden seguir siendo vendidos, alquilados, etc., siempre que, por ejemplo, el deudor no venda tantos elementos que se pueda sostener que, en efecto, se está vendiendo el fondo de comercio¹⁶.

Las universalidades de hecho constituyen, a su vez, según creemos, el objeto del derecho real de prenda registral flotante, cuando ésta se constituye sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial (art. 14, decr. ley 15.348/45)¹⁷.

En la legislación vigente es también posible constituir prenda flotante sobre créditos en general, que conforman el objeto principal de una entidad prestadora de servicios o con objeto financiero, ya que el concepto de “mercaderías y materias primas en general”, del art. 14 del decr. 10.574/46, ha sido legalmente ampliado para comprender los “créditos en general”, en el contexto mencionado¹⁸.

De igual manera, las universalidades pueden ser objeto del derecho real prendario, frente a la emisión, por las sociedades anónimas, de debentures con garantía flotante (art. 227, LSC), cuando en ella se afecten al pago de dichos títulos “todos los derechos, o bienes muebles, presentes o futuros, de la sociedad emisora”¹⁹.

Adelantamos desde ahora que, en aquellos casos en los que según la naturaleza del objeto del derecho real, sea necesaria la instrumentación documental (arts. 2838 y 2875, Cód. Civil)²⁰, el objeto inmediato del derecho real y sus consecuentes

¹⁵ En los considerandos del decr. 897/95, modificatorio del art. 14, de la ley 12.962, se establece que nada obsta a que dichos bienes puedan ser prendados en forma individual.

¹⁶ Kelly, Julio A., *Derechos de garantía sobre bienes muebles*, Bs. As., Heliasta, 1989, p. 103.

¹⁷ Conforme el artículo citado “*la prenda afecta las cosas originariamente prendadas y las que resulten de su transformación, tanto las que se adquiera para reemplazarlas, y no restringe la disponibilidad de todas ellas, a los efectos de la garantía*”.

¹⁸ Así, cuando el constituyente de la prenda sea un establecimiento con objeto financiero, el decr. 897/95, modificatorio del art. 14 del decr. 10.574/46, establece que las disposiciones reglamentarias de dicho artículo, serán de aplicación “*a las entidades con objeto financiero que constituyan prenda flotante sobre los créditos que conforman su actividad*”. Un aspecto aún no clarificado, sin embargo, como sostiene con razón Villegas, es el relativo a la posibilidad de constituir prenda flotante sobre los créditos de establecimientos comerciales a los que aluden los considerandos del decr. 897/95, pero se omite en el texto de la reforma al art. 14 del decr. reglamentario 10.574/46 (Villegas, Carlos G., *Las garantías del crédito*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, t. 1, p. 311).

¹⁹ Creemos que en la prenda flotante, tanto en el supuesto del art. 14 de la ley 12.962, como en el caso de *debentures* con garantía flotante del art. 327 de la LSC, el carácter de unidad (y en cierta medida la especialidad del objeto gravado) de los bienes que componen la universalidad (que constituye el objeto de la garantía real), no desaparece por su mutación o fungibilidad, propias de esta modalidad de garantía; la prenda accede a un valor que refleja el del conjunto de bienes (presentes o futuros por subrogación real) considerados como unidad, cuya preservación constituye el esencial interés del titular del derecho real, sin perjuicio de las demás facultades inherentes al contenido de su derecho.

²⁰ Como es el caso, no sólo del derecho real de usufructo (arts. 2838 y 2875, Cód. Civil), sino, además, del derecho real de prenda (arts. 3209 y 3212). En la legislación comercial, como adelantamos, acontece lo propio con el usufructo (art. 218, LSC), la prenda comercial de títulos o papeles de crédito negociables en el comercio (arts. 583 y 586, Cód. de Comercio), y la prenda comercial, tanto

poderes, no lo constituye el título o instrumento que contiene o representa al derecho, en tanto cosa por su carácter representativo²¹ (art. 2319, Cód. Civil), sino el derecho propiamente dicho, incorporado a él²².

Es cierto que la cosa por su carácter representativo, en tanto que objeto material susceptible de tener un valor, es objeto de posesión o tenencia por el titular del derecho real (arts. 2400 y nota, 2390 y 2391, Cód. Civil), según sea al caso; pero entendemos que la referida representación documental del derecho constituye un requisito de individualización del objeto del derecho real (el derecho incorporado al instrumento²³), y su prueba; constituyendo además, la posesión del instrumento, un medio necesario para el ejercicio del derecho incorporado al título.

Pero ni el requisito de la individualización del derecho gravado o la eficacia probatoria de su existencia, ni el modo de ejercicio del derecho real que aporta la tenencia del título representativo²⁴, debe confundirse con el contenido del derecho real, que da cuenta de su verdadera dimensión objetiva.

De admitirse la hipótesis técnica que pretende que la cosa por su carácter representativo constituya el verdadero objeto del derecho real, debería concluirse que la ineficacia del derecho instrumentado (p.ej., por alguna nulidad en su causa, en el objeto, o la relativa a la capacidad o legitimación de los sujetos vinculados) dejaría subsistente la potestad real sobre el papel que lo representa (desprovista de utilidad alguna), lo que es francamente insostenible²⁵.

de acciones nominativas no endosables (art. 219, LSC), cuanto de acciones escriturales u otros títulos valores privados emitidos de conformidad con la legislación vigente (ley 24.587 y decr. 259/96).

²¹ Tal es lo que ocurre, a nuestro entender, con el usufructo de créditos (arts. 2875, 2904 al 2907, Cód. Civil).

²² En contra Gatti, *Teoría general de los derechos reales*, p. 201, quien sostiene que en el usufructo de crédito, la objetivación del crédito, por medio del instrumento que lo representa, y por la consideración legal de éstos como cosa por su carácter representativo (art. 2319, Cód. Civil) “permite que se pueda hablar de entrada, es decir desde el comienzo del negocio jurídico que analizamos (aunque también en sentido figurado) de un ‘usufructo de crédito’, cuyo objeto actual no es en verdad tal crédito, sino el instrumento que lo representa, y cuyo objeto futuro tampoco será el crédito, sino las cosas que en virtud del instrumento vinieren a poder del usufructuario”. En igual sentido, Mariani de Vidal, *Curso de derechos reales*, p. 245, quien sostiene que el art. 2838 del Cód. Civil debe ser racionalmente interpretado en función de su fuente, el art. 4548 del Esboço de Freitas, para quien *el instrumento no constituye el objeto actual del usufructo, sino que el usufructo de créditos tiene objeto futuro, constituido por las cosas que, en virtud del instrumento, vinieran a poder del usufructuario*. Sostiene la autora que, en función de la inexistencia de objeto actual, y en virtud de una cesión por el constituyente del usufructo, el usufructuario es cesionario de un derecho personal de crédito, que se rige por las disposiciones del art. 1434 y ss. del Código Civil, referentes a la cesión de créditos.

²³ Debe recordarse que uno de los requisitos de idoneidad del objeto de los derechos reales, lo constituye su existencia actual y determinación, corolario de lo cual es la exigencia estatutaria del carácter de especialidad objetiva en el campo hipotecario (arts. 3109 y 3131, inc. 3), prendario (arts. 3207 y 3217) y para el derecho real de anticresis, frente a la reiterada expresión “de un inmueble”, “del inmueble” o “el inmueble” en su regulación normativa (art. 3239 y ss., Cód. Civil). Sin embargo, el principio de especialidad en cuanto al objeto, aparece morigerado en el supuesto de garantías reales flotantes, como la prenda, según comentáramos en la nota 19.

²⁴ Sin duda, entendemos que todos los requisitos mencionados son caracteres estatutarios del derecho real, no poco desdeñables, sobre todo a la hora de acreditar la calidad de titular del derecho, o de ejercer las facultades emergentes del derecho real, sea en forma pacífica, o en hipótesis de conflicto.

²⁵ Sin perjuicio de la abstracción causal propia de los títulos circulatorios en materia cambiaria, que permite el ejercicio de los derechos emergentes del título por su tenedor legítimo, con prescin-

También debería concluirse, *mutatis mutandi*, que si el “título” se considera el objeto del derecho real, frente a su pérdida o destrucción tal derecho, se extingue, lo que es técnicamente erróneo, pues la inexistencia temporal del título representativo, por las causas expresadas, u otras, sólo determina la suspensión transitoria de la eficacia probatoria del derecho instrumentado, u obstaculiza temporalmente su ejercicio, mas, en modo alguno la pérdida o destrucción del título determina la pérdida del derecho gravado, objeto del derecho real. Frente a reconstrucción o readquisición del título, mediante los mecanismos legales idóneos, el objeto gravado recobra toda su eficacia probatoria, permitiendo el ejercicio del derecho real por el titular.

c) Caracteres

1) *Derecho real sobre cosa ajena*. Según la definición del art. 2807 del Cód. Civil, el usufructo es un derecho real de uso y goce sobre una cosa cuya propiedad pertenece a otro. Se trata de un derecho real sobre cosa ajena, en virtud del cual el propietario del objeto desmembra ciertas facultades inherentes a la propiedad de éste, como las del uso y goce, a favor del titular del gravamen (ver arts. 2607 y 2661, Cód. Civil)²⁶. Sin perjuicio de constituir el usufructo una desmembración al derecho de propiedad, el poder de disposición (arts. 1071, 2513, 2514 y 2515, Cód. Civil)²⁷ sobre el objeto gravado permanece en cabeza del constituyente, quien conserva una propiedad despojada de la mayor parte de sus ventajas, que recibe el nombre de nuda propiedad, tipificándolo, asimismo, como titular de un dominio imperfecto desmembrado, con excepción del usufructo imperfecto o cuasiusufructo (arts. 2808 y 2811, Cód. Civil).

dencia de su ineficacia causal. Pero adviértase, sin embargo, que no constituyen los títulos circulatorios los *únicos* “títulos o instrumentos” que representan derechos.

²⁶ La desmembración del derecho de propiedad, es decir la fragmentación del poder de disposición y las facultades de uso y goce bajo la titularidad de diferentes personas físicas o jurídicas, crea un dominio imperfecto (dominio desmembrado) en cabeza del titular de la nuda propiedad, que es una propiedad desprovista del uso y goce de la cosa que, en virtud de la constitución de la carga o gravamen real, es transmitida en favor de un tercero (arts. 2507 y 2661). En el segundo párrafo de la nota del art. 2508, Vélez Sársfield se refiere a la desmembración de propiedad (dominio) en el sentido que “es posible desmembrar ciertas manifestaciones y erigirlas en derechos separados, los cuales, llamados *iura in re*, nos dan el poder de disponer de una manera más o menos extensa de la cosa de otro, como cuando tenemos el uso o el usufructo de la cosa ajena. Pero estas desmembraciones no hacen partícipe al que las obtiene de la propiedad de la cosa, ni el propietario es privado por ellas de disponer de su propiedad”; es la opinión de Mayns, *Curso de derecho romano*, tr. A. Pou y Ordinas, Barcelona, 1887, t. I, § 94, p. 741. Sobre la política de Vélez Sársfield en materia de desmembraciones al derecho de propiedad, ver Mariani de Vidal, *Curso de derechos reales*, p. 212.

²⁷ El poder de disposición alude, tanto al de disposición física de la cosa, es decir, alterar su materia o destino económico, según un ejercicio regular (arts. 1071, 2513, 2514 y 2515, Cód. Civil y sus notas); como así también a la facultad de disposición jurídica, es decir, ejecutar respecto de la cosa todos los actos de que ella es legalmente susceptible; alquilarla o arrendarla, y enajenarla a título oneroso o gratuito, si es inmueble gravarla con servidumbres o hipotecas, o abandonarla simplemente, sin transmitirla a otra persona (art. 2515), siempre con las restricciones y límites que, fundadas en razones de interés público, gravitan sobre el poder de disposición del dueño (arts. 2612, 2613, 2614, 3958, 3732 y 3781) y consisten en la fijación de límites al ejercicio normal u ordinario del dominio (Highton, Elena I., *Derechos reales*, Bs. As., Hammurabi, 1983, t. 2, p. 85). Finalmente, el poder de disposición también tiene proyección sobre derechos (creditorios o no) susceptibles de ser transferidos en usufructo, los que analizaremos más adelante.

El carácter de propiedad ajena en este derecho real, deriva del principio romano *nemini res sua servit*, en virtud del cual, en el campo de los derechos reales sobre cosa ajena (usufructo, uso habitación y servidumbres), nadie puede tener una servidumbre sobre el fundo propio, lo que queda enunciado por Vélez Sársfield en la nota al art. 2971 del Cód. Civil, en el sentido que “toda desmembración al derecho de propiedad constituye pues una servidumbre”.

2) *¿Servidumbre personal?* Se ha considerado, desde una concepción doctrinal que remonta a Justiniano, que el usufructo, uso y habitación, constituyen servidumbres personales, entendidas éstas como el “derecho que la ley acuerda a varias personas para obtener un beneficio directo sobre una cosa ajena, con o sin dependencia de que sea poseedor de otro inmueble y con exclusión de los derechos reales de garantía”²⁸. Así Allende recuerda que el Digesto legisla sobre las servidumbres en el Libro VIII y la Ley I; citando a Marciano dice que “Las servidumbres o son personales, como el uso y el usufructo, o reales como las servidumbres de los predios rústicos y urbanos”.

En el terreno dogmático, como enseña Alterini, es posible conceptualizar a las servidumbres pasivas, sean reales o personales (reverso de las activas, que necesitan de dos fundos) y servidumbres pasivas personales propiamente dichas, en las que las ventajas se obtienen del fundo sirviente, sin necesidad de ser titular de fundo alguno²⁹.

Pensamos que, no obstante la incertidumbre de Vélez Sársfield en cuanto a la caracterización de las servidumbres personales –pues en la nota del art. 2972 del Cód. Civil dice que “hablando con exactitud tales servidumbres no son verdaderamente servidumbres” al pesar sobre él, como enseña Allende una larga tradición de duda y además la influencia poderosa del Esboço–, el legislador siguió el método del Digesto³⁰, cada vez que las servidumbres no están enumeradas como tales en el art. 2503 del Cód. Civil y la definición que encabeza el Título XIII dice “sobre un inmueble ajeno”. No exige argumento en demasía, como enseña Alterini demostrar que el usufructo, uso y habitación son derechos reales distintos de las servidumbres, pues el art. 2502 del Cód. Civil los incluye en incisos diferentes al de las servidumbres (inc. 4), en el inc. 2 aparece el usufructo, y en el inc. 3 el uso y la habitación. Además, el desarrollo de esos derechos reales y de las servidumbres es afrontado en Títulos específicos: X, XI, XII y XIII para el usufructo, uso y habitación, servidumbres y servidumbres en particular, respectivamente. Frente a esas reflexiones es difícil

²⁸ Allende, *Panorama de derechos reales*, p. 42.

²⁹ Alterini, Jorge H., *La locación y los derechos reales con función equivalente*, La Plata, Plátense, 1970, p. 56.

³⁰ El Libro VII del Digesto legisla sobre usufructo, cuasiusufructo, uso y habitación, y nuestro Código en el Título X, sobre usufructo y cuasiusufructo y en el Título XI, sobre uso y habitación. A su vez, el Digesto en el Libro VIII se refiere a las servidumbres y nuestro Código las trata en los Títulos XII y XIII. En igual sentido, Mariani de Vidal sostiene que en el Código Civil argentino, el usufructo, uso y habitación no constituyen servidumbres, pues Vélez Sársfield, sigue el método del Digesto y legisla el usufructo, uso y la habitación primero, luego sobre servidumbres en general y aunque pretende considerar a los tres derechos nombrados como servidumbres, en realidad legisla sobre los que sería la otra especie: servidumbres reales, con algunas disposiciones relativas a lo que llamamos “servidumbres personales activas - pasivas propiamente dichas” (*Curso de derechos reales*, t. II, p. 235).

sustentar la tesis de que el usufructo, uso y habitación son servidumbres personales legisladas en títulos especiales³¹.

Entendemos, en consecuencia, que para el Código Civil argentino, el usufructo, uso y habitación no son servidumbres, sino derechos reales independientes, y las servidumbres, que son derechos que necesitan para su existencia de dos inmuebles, a su vez pueden ser reales o personales activas - pasivas propiamente dichas. Mas cuando en el Código Civil se hace referencia a las servidumbres personales, lo es en el entendimiento de que éstas necesitan para su configuración, la existencia de dos fundos (dominante y sirviente), pero que la ventaja que reporta el fundo sirviente tiene especialmente en cuenta al titular del fundo dominante y no propiamente dicho a tal fundo; tales son, entre otras las establecidas en los arts. 2970, 2972, 3003, 3004, 3011, 3031 y 3078 del Cód. Civil, y dentro de la acción confesoria, el art. 2796, es decir, las servidumbres personales activas, como especie dentro de su género, como lo entienden Allende y Mariani de Vidal.

En igual sentido se orienta la metodología seguida por el Proyecto de Código Civil de 1998. Así, en el Título VIII, IX y X legisla sobre el usufructo, uso y habitación respectivamente, y en el Título XI de las servidumbres, superando las dudas en relación con estas últimas, respecto del alcance del art. 2972 del Cód. Civil y lo expuesto en la nota. El Proyecto clasifica a las servidumbres en reales y personales, para cuya configuración es necesario que existan dos fundos. Establece que es personal la constituida a favor de una persona determinada, sin inherencia al inmueble dominante (art. 2068), y real la servidumbre inherente al fundo dominante, que es aprovechada por el fundo dominante, sin importar quien sea su propietario (art. 2068).

3) *Derecho real de uso y goce*. El uso y goce significa que el usufructuario puede servirse del bien y extraer de él todos los frutos que sea susceptible de producir, es decir tiene el *ius utendi* y el *ius fruendi* del derecho de propiedad, pero el usufructuario no tiene el derecho de enajenar la cosa, sino que por el contrario tiene el derecho de conservarla, para restituirla al nudo propietario (art. 2810, Cód. Civil)³². El uso, que consiste en la facultad de utilizar o emplear el objeto (*ius utendi*) está estrechamente ligada, como enseña Lafaille³³, con los deberes del usufructuario (arts. 2878 y 2879, Cód. Civil); a este respecto existe amplitud en el uso del objeto con la limitación, en la especie, de conservar su sustancia. El uso conforme destino envuelve la necesidad de emplear las cosas solamente de acuerdo a su naturaleza y su aplicación. El derecho del usufructuario es, sin duda, el derecho de usar y gozar de las cosas como el propietario mismo; con las mismas prerrogativas y con las mismas cargas; pero únicamente en lo que concierne al uso y a la percepción de los frutos, pues él no podría recoger los productos que no sean frutos (nota al art. 2863), con excepción de la facultad de percibir los productos, con las limitaciones pertinentes: en el usufructo de minas, respecto de las canteras en explotación (art. 2966); en el cuasiusufructo (art. 2808), del cual el usufructo de mercaderías es una especie, según creemos; en el usufructo de fondo de comercio (art. 2809) y en el usufructo universal o de parte alícuota (arts. 2827 y 2869).

³¹ Alterini, *La locación y los derechos reales con función equivalente*, p. 58.

³² Salvat, Raymundo - Argañarás, Manuel, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Bs. As., Tea, 1956, t. III, p. 250.

³³ Lafaille, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, Bs. As., Compañía Argentina de Editores, 1944, vol. II, p. 422.

4) “*Salva rerum substantia*”. El uso y goce del usufructuario, en el usufructo perfecto, está limitado por la conservación de la sustancia del objeto gravado. La sustancia, explica Vélez Sársfield en los párrafos segundo y tercero de la nota al art. 2807 del Cód. Civil, citando a Demolombe, es “el conjunto de cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de esas cualidades que hacen que las cosas tengan una cierta forma y un cierto nombre... y que sean en fin... propias a llenar tal o cual destino, a hacer tal o cual servicio en el orden de las necesidades del hombre”.

La *salva rerum substantia* de los romanos está regida por el principio de que el uso y goce de la cosa no debe traer el consumo inmediato de ella, sin perjuicio del usufructo de las cosas que se gastan y deterioran lentamente en los usos a que están destinadas (art. 2872, Cód. Civil). En este sentido la limitación mencionada guarda armonía con la obligación del usufructuario de otorgar fianza a esos fines (arts. 2851 y 2852), como así también indemnizar al nudo propietario por los deterioros causados en la cosa por su culpa (art. 2938), o el otorgamiento de ulteriores fianzas a efectos de evitar deterioros futuros (art. 2939); además de proveer a los gastos de conservación de la cosa objeto de su derecho (arts. 2881 a 2899).

El precepto del art. 2807 del Cód. Civil se halla también, en forma similar expresado el art. 578 del Cód. Civil francés y en el art. 477 del Cód. Civil italiano de 1865. El art. 981 del nuevo Código (1942) varía la fórmula aunque viene a expresar la misma idea, al estatuir que “el usufructuario tiene derecho a gozar de la cosa pero debe respetar su destino económico”.

En orden a la preservación del destino del objeto, el Código Civil argentino lo prevé en sus arts. 2878, 2879 y 2892.

Desde otra perspectiva, la duración de la sustancia de la cosa (materia y destino) incidirá sobre la extinción del usufructo, tal como establece el art. 2934 del Cód. Civil y su nota.

El Proyecto de Código Civil de 1998 se ocupa de la *salva rerum substantia* estableciendo que “hay alteración de la sustancia, si es una cosa cuando se modifica su materia forma o destino, y si se trata de un derecho cuando se lo menoscaba”. De manera que el Proyecto mantiene los conceptos clásicos del Código de Vélez Sársfield en orden a la preservación de la materia, forma o destino de la cosa, con las proyecciones analizadas. Sin embargo, introduce una interesante modificación en relación con el usufructo de derechos, al determinar que se altera la sustancia del derecho gravado, si se lo menoscaba.

¿En qué consiste, pues el menoscabo del derecho gravado?

Creemos que la conservación de la sustancia del derecho gravado, por parte del usufructuario, el cesionario del derecho o el de su ejercicio, consiste en no poder modificar sus elementos sustanciales, como su objeto y su causa, y en algunas situaciones, el cambio de sujetos.

Dicha limitación a las facultades del usufructuario de derechos (o sus cesionarios) está íntimamente vinculada a los actos de disposición de éste que gravitan sobre su sustancia.

Así, en el usufructo de créditos, por ejemplo, la novación, que importa el cambio de una obligación por otra (art. 803, Cód. Civil), provoca una mutación que según su clase, altera la naturaleza de la prestación o los sujetos vinculados.

Lo mismo cabría decir sobre la compensación, que implica la extinción de obligaciones con fuerza de pago en virtud de obligaciones recíprocas y exigibles, hasta el importe de la menor (art. 818). La compensación, implica aquí un menoscabo del derecho gravado, pues extingue total o parcialmente el crédito objeto de ella, cuya propiedad permanece en cabeza del nudo propietario, a mas de resultar, según creemos, técnicamente imposible, pues el usufructuario no reviste la calidad de parte o acreedor del crédito³⁴.

Supongamos ahora que el objeto del usufructo viene a ser un crédito divisible, caracterizado por el hecho de que la prestación es susceptible de cumplimiento parcial (art. 667, Cód. Civil) y, según el principio de fraccionamiento³⁵, descompone la obligación en tantas obligaciones como sujetos existen (arts. 674 y 691). Si el coacreedor divisible constituyera usufructo sobre su alícuota en el crédito, el derecho del usufructuario se limita a la percepción periódica de los intereses y/o capital correspondientes a dicha alícuota, cuya propiedad corresponde al nudo propietario (coacreedor constituyente del usufructo), pero en modo alguno podría el usufructuario alterar la cuota de distribución entre los coacreedores, o ser parte (en algún acuerdo o como actor o demandado) en cualquier convenio o conflicto relativo a la determinación de dicha cuota, pues tal facultad importaría alterar el título (causa fuente) del crédito. Todo ello, sin perjuicio de los actos conservatorios a que se halla legitimado para reservar la integridad de la cuota del crédito del que es usufructuario (art. 2876).

Sin embargo, creemos que la sustitución de sujetos no implica un menoscabo del derecho gravado, siempre que no se alteren los derechos del nudo propietario del crédito, de acuerdo con su título (tal sería el caso de novación subjetiva –arts. 2931 a 2933, Cód. Civil–), toda vez que, así como en materia de usufructo de cosas, el usufructuario puede, como consecuencia del principio de negociabilidad de su derecho³⁶, ceder el ejercicio de su derecho real o enajenarlo a un tercero (arts. 2871, 2837, 2931 y nota), en el caso de usufructo de derechos nada se opone a que el

³⁴ Uno de los elementos necesarios para la operatividad de la compensación es la *reciprocidad*, es decir que ambas obligaciones de que se trata sean recíprocas. No importa la causa de una y otra obligación. El Código en su art. 818 exige que cada parte invista el carácter recíproco de acreedor y deudor “por derecho propio” (Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II, p. 4).

³⁵ La divisibilidad de las obligaciones constituye el principio general en materia de obligaciones conjuntas, y sólo cede ante las causas que impiden el fraccionamiento, a saber indivisibilidad de la prestación, o la solidaridad del vínculo obligacional.

³⁶ En virtud de éste, y según lo establecido por los arts. 1444, 2870, 2931 y nota del Cód. Civil, el usufructuario está facultado para transmitir su derecho, lo que lo distingue de otros derechos reales de uso y goce sobre cosa ajena, como el derecho real de habitación o las servidumbres. Respecto del primero, el art. 1449 prohíbe al habitador ceder su derecho, el que se corresponde con el art. 2963. La intransmisibilidad conduce a que los frutos no sean susceptibles de embargo por los acreedores del usuario, si bien la ley reduce esta prohibición al supuesto que ofrecieran el carácter de alimenticios (art. 2959 *in fine*, Cód. Civil). En cuanto a las servidumbres digamos que conforme al art. 3006 “las servidumbres reales consideradas activa y pasivamente son inherentes al fundo dominante y al fundo sirviente, y siguen con ellos a cualquier poder que pasen; y no pueden ser separadas del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometidas a gravamen alguno”.

usufructuario goce de idénticos poderes, sin que por ello se vea menoscabada o alterada la cualidad o sustancia del derecho gravado.

Advertimos que en caso de enajenación o renuncia (arts. 2931 a 2933), la novación subjetiva que provoca su cesión sólo se produce con intervención del nudo propietario del derecho, de manera que en caso contrario, o bien la renuncia es inoponible al nudo propietario, a los efectos de la preservación de sus derechos o, en caso de evidente menoscabo del derecho gravado, podría éste demandar las indemnizaciones correspondientes (art. 2938), o el otorgamiento de ulteriores fianzas a efectos de evitar menoscabos futuros (art. 2939), sin perjuicio de exigir la extinción del usufructo (arts. 2934 y 2940 y notas).

El principio de conservación de la sustancia se proyecta, según creemos, a los casos de usufructo de una universalidad, como el fondo de comercio. En este caso, nos parece que el usufructuario debe preservar, mediante una gestión diligente, la aptitud económica del fondo, como así también la forma y destino de los elementos que lo componen.

Entendemos que la valoración de la sustancia y destino de los derechos y cosas que forman la universalidad, a los efectos de la eventual imputación de responsabilidad al usufructuario, debe efectuarse de acuerdo con lo que dijimos en los párrafos anteriores. Dicha estimación no debe, sin embargo, realizarse en forma asilada, considerando cada elemento individualmente, sino, por el contrario, teniendo en cuenta su condición especial, es decir, como factor productivo integrante de una universalidad. Con lo que se advierte, desde el inicio, la incidencia del parámetro aludido, pues, sin perjuicio de la eventual alteración de ciertos bienes individuales, ésta no acarreará responsabilidad del usufructuario, si él demuestra, que mediante una administración estratégica y racional, y según el contrato constitutivo de usufructo, ha preservado la capacidad económica y destino inicial del fondo.

No se nos escapa, finalmente, el alea inherente a la preservación de la sustancia del fondo de comercio, esencialmente por la gravitación del riesgo que acompaña a la actividad empresarial, dependiente de factores muchas veces externos a la gestión del comerciante o industrial que dificultan su control.

En este sentido, entendemos que el contrato constitutivo de usufructo está llamado a jugar un papel clave en la reglamentación del deber de conservación de la sustancia del objeto gravado frente al impacto del riesgo, en sus distintas manifestaciones. En este sentido, la potestad reglamentaria de autorregulación de intereses (art. 2862, Cód. Civil), lejos de apartarse del requisito estatutario de la *salva rerum substantia*, propende a asegurar su eficacia.

Podrían pactarse, entre otros, el derecho de información periódico del nudo propietario; seguros de riesgo; asistencia financiera y/o técnica de terceros, o del nudo propietario, en caso de crisis; autorizar alianzas estratégicas; la posibilidad de exigir fianzas ulteriores, frente al deterioro de la capacidad económica de la universalidad; sometimiento del usufructo a la condición resolutoria de la pérdida o disminución sustancial de la aptitud productiva del fondo, dentro de plazos preestablecidos, etcétera.

5) *Derecho temporario*. El usufructo es un derecho esencialmente temporario, pues su plazo máximo de duración lo constituye la vida del usufructuario, en caso de

que se haya establecido a favor de personas de existencia visible (art. 2825); cuando es a favor de personas jurídicas será de veinte años (art. 2828). El carácter vitalicio del derecho a favor de personas físicas, justifica su carácter intransmisible a los herederos del usufructuario (arts. 2822, 2825, 2828, 2920, Cód. Civil), sin perjuicio de la cesibilidad de su ejercicio (art. 2870), la enajenación del derecho (art. 2931 y nota) o la posibilidad de ser constituido a favor de varios titulares, pero ha de serlo en forma conjunta, y no sucesiva (arts. 2821, 2824 y concordantes).

Como hace notar Lafaille, el carácter temporario del usufructo, encuentra su fundamento en el visible empeño del legislador en no disociar indefinidamente el “dominio útil” y el “dominio directo”, pues esta separación perenne sería antieconómica e inconcebible con el verdadero concepto de la propiedad.

6) *Carácter divisible*. El usufructo, a diferencia de las servidumbres –tanto personales como reales– es un derecho esencialmente divisible, porque puede constituirse por partes separadas, atribuyendo a los participantes, partes divisas y de pertenencia exclusiva, en lugar de cuotas indivisas. Esto depende, naturalmente, de la posibilidad de fraccionar el contenido de la utilidad que el usufructo atribuye al titular.

Los derechos reales de uso y habitación, por el contrario, no participan de este carácter. La indivisibilidad del uso y la habitación deriva de la particular naturaleza de esos derechos, donde el alcance de la utilidad a extraer resulta del volumen de las necesidades del usuario o el habitador y de su familia, por lo tanto no se pueden tabular las necesidades del beneficiario porque ello desnaturalizaría el alcance del instituto³⁷.

d) Clases de usufructo

El Código Civil distingue dos clases de usufructo en el art. 2808 y establece: “Hay dos especies de usufructo. Usufructo perfecto, y usufructo imperfecto o cuasiusufructo. El usufructo perfecto es el de las cosas que el usufructuario puede gozar sin cambiar la sustancia de ellas, aunque puedan deteriorarse por el tiempo o por el uso que se haga. El cuasiusufructo es el de las cosas que serían inútiles al usufructuario si no las consumiese o cambiase su sustancia, como los granos, el dinero, etcétera”. El usufructo perfecto, o usufructo propiamente dicho, único que originariamente se conocía en el derecho romano, es aquel cuyo objeto lo constituyen cosas no fungibles o no consumibles, respecto de las cuales el usufructuario puede gozar de ellas, conservando la sustancia (tal el usufructo de un campo, un automóvil etc.) y mediante el cual no se transfiere a éste la propiedad de las cosas sujetas a ese usufructo, debiendo el usufructuario conservarlas para devolverlas al propietario, acabado el usufructo (art. 2810).

El usufructo imperfecto o cuasiusufructo es el que recae sobre cosas fungibles o consumibles, las que, por su propia naturaleza, serían inútiles al usufructuario si no las consumiese o alterase su sustancia, pues si bien aquellas no se destruyen por el primer uso, la aptitud de ellas de ser reemplazadas, permite cumplir con su devolución por este medio, sin perjuicio para el nudo propietario (art. 2324). En el usufructo imperfecto el *ius utendi*, con la consiguiente *salva rerum substantia*, se traduce en el

³⁷ Alterini, *La locación y los derechos reales con función equivalente*, p. 148.

ius abutendi mediante la alteración de la sustancia del objeto del derecho, transfiriéndosele al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas a ese derecho, quien puede consumirlas, venderlas o disponer de ellas como mejor le parezca (art. 2811).

Al usufructo imperfecto se refiere, también el art. 2871, al preceptuar que “el usufructuario de cosas que se consumen con el primer uso puede usar y gozar libremente de ellas con el cargo de restituir otro tanto de la misma especie o calidad, o el valor estimativo que se les haya dado en el inventario”. Como lo pone de manifiesto Vélez Sársfield en la nota al art. 2871, el propietario no conserva ningún derecho de propiedad sobre el objeto del cuasiusufructo por lo que lo asimila en su naturaleza a un verdadero préstamo de consumo, un préstamo con fianza, destacando además algunas diferencias entre el préstamo de consumo y el usufructo en orden a la duración, extinción y existencia de intereses; pero concluye, sin embargo, que ninguna de las particularidades del cuasiusufructo es contraria a la esencia del préstamo de consumo (nota al art. 2871). En definitiva, entre el mutuo y el cuasiusufructo existen las siguientes diferencias: 1) el cuasiusufructo se establece por testamento, el mutuo no, en cuyo caso la propiedad de la cosa dejada en usufructo se adquiere sin necesidad de tradición (art. 2820); 2) en caso de duda el cuasiusufructo se presume oneroso, y el mutuo se reputa siempre gratuito, salvo convención expresa (arts. 2819 y 2248). Si el contrato del cuasiusufructo calla, caso rarísimo, se atenderá sobre los principios del derecho sobre la materia (arts. 1818 y 1628, inc. 2 y su nota) y las circunstancias del caso. No hay dificultad en que en el cuasiusufructo se pacten intereses como en el mutuo (arts. 2243 y 2812); 3) el cuasiusufructo requiere inventario (arts. 2856 y 2871 *in fine*) y fianza, con los efectos consiguientes a su omisión, si bien la fianza no se requiere siempre y puede ser dispensada (arts. 2846 a 2861); mientras que el mutuo no requiere fianza ni exige necesariamente inventario (aunque resultará generalmente del contrato (art. 2246), salvo cláusulas especiales, y 4) el cuasiusufructo difiere del mutuo respecto a su duración o a la época de restitución (arts. 2822, 2920 y 2921, comparados con los arts. 2250, inc. 1, 2252 a 2254, del Cód. Civil y sus referencias) y, especialmente, a lo que debe restituirse (art. 2871 comparado con los arts. 2250 y 2251)³⁸.

La obligación de restitución, a que está sujeto el usufructuario (art. 2946), se encuentra asegurada mediante fianza (art. 2851 y ss.) sin perjuicio de su dispensa convencional y la práctica del inventario, revistiendo éste último en la especie, gran importancia pues al fijar el valor estimativo de los bienes objeto de restitución, faculta al usufructuario, acabado el usufructo, a restituir dicho valor, si no prefiriese devolver otro tanto de la misma especie o calidad de los objetos gravados. Sin embargo, creemos (en igual sentido Bibiloni) que en caso de falta de estimación del valor de los bienes en el inventario, el usufructuario quedaría facultado para restituir igual calidad o cantidad de ellos o su valor corriente, pero entendemos que debería acudirse a criterios de valuación acordados con el nudo propietario acreedor.

En relación con la obligación de restitución, si el usufructo consiste en dinero o hay dinero en el usufructo, el art. 2944 establece que el usufructuario debe entregarlo inmediatamente después de la cesación del usufructo, y si no lo hiciera debe los intereses desde el día en que terminó su derecho; así, creemos que los intereses

³⁸ Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina, su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Bs. As., 1933, comentario al art. 2810 del Cód. Civil, nota 7, p. 214.

corren desde el día de la constitución en mora del usufructuario, que le fuere imputable, la que operaría en forma automática (art. 509) cuando existiere certeza respecto de los hechos que determinaron la cesación del usufructo (vencimiento del plazo, muerte del usufructuario, etc.), pero no en caso contrario, en cuyo supuesto, en virtud de los principios generales, deberá mediar fijación judicial de la extinción del usufructo (arts. 509, 2927 y nota), con las consecuencias en orden a la restitución y fijación de otras responsabilidades.

El principio para decidir si en un caso dado hay un usufructo perfecto o imperfecto, es necesario tomar en cuenta la naturaleza de su objeto, pero este principio no es de un valor absoluto, pues como lo dice el codificador en sus notas, las partes pueden extender de común acuerdo el cuasiusufructo a cosas que en sí mismas serían susceptibles de un usufructo perfecto, por ejemplo, en el caso de los vestidos: la razón es que pueden mediar motivos de utilidad práctica que induzcan a considerar a estas cosas más bien como simples cantidades.

3. Usufructo de fondo de comercio en el Código Civil

El art. 2809 del Cód. Civil establece que “el usufructo de mercaderías es un puro y simple usufructo, y el usufructuario puede enajenarlas. Los derechos respectivos se fijarán por el valor que se les hubiere dado, o por el inventario que determine su calidad y cantidad”.

Frente al texto transcrito, existen quienes entienden, en la doctrina argentina, que el texto hace alusión a un supuesto de cuasiusufructo, en razón de la facultad de enajenación de las mercaderías transferidas al usufructuario, y en virtud de las cuales deviene propietario de éstas.

Se argumenta, por el contrario, que la norma en cuestión legisla acerca de un supuesto especial de usufructo, usufructo perfecto (puro y simple como establece el artículo), cual es el usufructo de un fondo de comercio. Examinaremos ambas posturas.

a) Tesis del cuasiusufructo de mercaderías. Crítica

Se sostiene que la calificación legal del usufructo de mercaderías como un puro y simple usufructo, constituye un error de calificación, pues no obstante la categórica declaración de la ley, trátase en rigor de un cuasiusufructo, ya que contiene la facultad de disponer³⁹. En igual sentido se dice que el cuasiusufructo de mercaderías, constituye un caso especial de cuasiusufructo de cosas fungibles, al cual se refiere el art. 2809, aclarando que las mercaderías de que habla el artículo son, dentro del género de cosas muebles, las que se tienen para lucrar con su enajenación, correspondiendo principalmente su estudio al derecho comercial⁴⁰.

³⁹ Lafaille, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. IV, vol. II, p. 456, quien agrega que dicha facultad “es incompatible con la figura que estudiamos. Si las palabras deben mantener su valor propio, sobre todo en la tecnología científica, la denominación del Código es errónea”. Cita la opinión coincidente de Bibiloni, nota al art. 2631 del Anteproyecto (t. III, p. 190 y 191).

⁴⁰ Mariani de Vidal, *Curso de derechos reales*, t. II, p. 249.

No coincidimos con la doctrina expuesta, pues nos parece que aunque se intente interpretar al artículo como un supuesto de cuasiusufructo, ya que importaría un eventual traspaso de dominio, creemos que no existe tal error de calificación o inconsistencia en la fórmula legal, como pretende Segovia.

De donde viene esta aparente contradicción, como enseña Llerena, es en la traducción que se ha hecho de las palabras *fonds de commerce* de que se valen los franceses para designar lo que nosotros llamamos “establecimiento de comercio, tienda o almacén”, en tanto que especie de universalidad *nomen iuris sicut*, en este sentido la casa de comercio no es fungible pues tiene su clientela y su crédito propios, que es en el que deben entenderse las palabras “usufructo de mercaderías” de que habla el codificador. Prueba de ello es el hecho sólo de declarar en el mismo artículo que esto es un usufructo perfecto⁴¹.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que por la denominación “usufructo de mercaderías”, debe entenderse exclusivamente, mas no en el contexto del art. 2809, el supuesto de un cuasiusufructo, comprensivo de mercaderías transferidas en propiedad, pero en forma independiente aislada o separada de un conjunto de elementos constitutivos de una universalidad (como lo es el fondo de comercio); en cuyo caso, según veremos, dicho usufructo de mercaderías quedará regido por las normas que regulan el cuasiusufructo. Remitimos al lector al pto. 2, *d*.

Si bien, según veremos, el fondo de comercio está integrado por un conjunto de fuerzas productivas (cosas y derechos creditorios y no creditorios), consideradas como una unidad (universalidad) y estratégicamente organizadas por el empresario para el desarrollo de su actividad comercial o industrial, nada impide que, en determinadas circunstancias, y por razones operativas o de conveniencia, el comerciante decida que los elementos del fondo mantengan su individualidad y sean objeto de negocio jurídico o de derechos reales, en forma independiente, como por ejemplo por la constitución de un cuasiusufructo sobre las mercaderías del fondo⁴².

⁴¹ Llerena, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, t. VIII, Bs. As., 1931, comentario al art. 2809 del Cód. Civil, p. 74, quien sostiene que la falta de una disposición semejante en el derecho francés hizo suscitar una viva controversia entre los juriconsultos franceses sobre si el caso legislado por nuestro artículo es un usufructo o un cuasiusufructo. Aunque entre nosotros, continúa, no puede ser materia de cuestión desde que está expresamente decidido que es un usufructo perfecto, cita la opinión de los autores franceses que sostienen la doctrina del artículo. Así, Laurent (t. 6, n° 417), quien sostiene que la opinión de que el usufructo de un establecimiento comercial es un cuasiusufructo, no ha prevalecido. La misma opinión de Laurent es seguida por Aubry y Rau (§ 326, n° 2). La solución dada por el legislador está explicada por Baudry-Lacantinerie (t. I, p. 1343), quien sostiene, contrariando la doctrina de Proudhon, que salvo estipulación contraria, “es difícil considerar la estimación (de las mercaderías) como entrañando venta a favor del usufructuario; esto tendría por consecuencia establecer un cuasiusufructo. Parece que la estimación no debe tener otro efecto que el de fijar el valor de las mercaderías comprendidas en la casa de comercio, y determinar por consiguiente, la extensión de la restitución que deberá hacer el usufructuario”.

⁴² Aludiendo al derecho de prenda de fondo de comercio, sostiene Kelly que “si bien la prenda descansa primariamente en el fondo de comercio, como una entidad, en principio las partes pueden elegir cuales de los siguientes elementos serán alcanzados por esta prenda; el emblema, el nombre comercial, el derecho a alquilar el local, los equipos, herramientas y otros materiales utilizados en el fondo de comercio, las patentes” y agrega “sin embargo, si cualquiera de estos tres elementos esenciales (emblema, nombre comercial y derecho a alquilar el local) es excluido específicamente por las partes, no se considerará a la prenda como descansando sobre un fondo de comercio, sino, si así fuere posible, sobre los elementos que han sido identificados, si los hubiere. En este caso, además, la

En consecuencia, no vemos obstáculo legal alguno para la configuración del usufructo de mercaderías⁴³, pues según los eventuales intereses económicos en juego de los partícipes en las contrataciones comerciales en la actualidad, y los mecanismos relacionados con los distintos canales de distribución de productos en una economía de masa como la de nuestros días, es posible imaginar, la transferencia de mercaderías⁴⁴ aisladamente, es decir para ser comercializadas con prescindencia de su integración a un fondo de comercio⁴⁵. En este sentido el usufructo transferirá al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas a ese usufructo, quien podrá consumirlas, venderlas o disponer de ellas como mejor le parezca (art. 2811).

Como rasgo típico de este cuasiusufructo de mercaderías, aparece la discrecionalidad en el poder de disposición de las mercaderías por el usufructuario, corolario de su carácter fungible, en la medida que puedan ser reemplazadas las unas por las otras, en lo cual no hay perjuicio al propietario (nota al art. 2810).

Pero, si por el contrario, se constituye un usufructo que, en virtud de su contrato constitutivo, otorga al usufructuario el poder de disposición de las mercaderías transferidas, en tanto que bienes constitutivos de una universalidad, que se comprenden en la transferencia, integrada por otros elementos (marcas de fábrica, nombre, clientela, etc.), estaremos en presencia de un usufructo de fondo de comercio, legislado por el art. 2809. De esta manera, el usufructuario podrá lograr, mediante una administración estratégica, un mejor posicionamiento y consecuente comercialización en el mercado de los productos objeto del usufructo. Mediante su constitución, sin embargo, no se transferirá al usufructuario la facultad de disposición sobre los bienes del fondo, distintos de las mercaderías, permaneciendo el usufructuario responsable de la *salva rerum substantia* de la universalidad.

b) Teoría del usufructo de fondo de comercio

Pensamos que el art. 2809 del Cód. Civil, decididamente legisla sobre el usufructo de un fondo de comercio, en tanto que universalidad. En primer lugar, llegamos a dicha conclusión mediante una interpretación armónica del texto, no literalmente aislada⁴⁶ y de las fuentes de las que se valió el codificador. Es clara la norma,

ley de prenda de fondo de comercio no será aplicable” (Kelly, *Derecho de garantía sobre bienes muebles*, p. 104).

⁴³ Insistimos, que su ámbito de regulación normativa, en relación con su caracterización y efectos, no queda típicamente regulado por el art. 2809 del Cód. Civil, salvo, según veremos, regulación contractual en contrario que, sin perjuicio de apartarse de la tipicidad específica normada “usufructo de fondo de comercio”, entendemos no violenta el carácter estatutario del derecho de usufructo (art. 2862, Cód. Civil).

⁴⁴ El término “mercaderías o mercancía” comprende a todo bien destinado a compraventa mercantil, sea un bien de consumo o de capital, es decir aquellas partidas del activo, rubro bienes de cambio que se caracterizan por ser bienes tangibles que son poseídas para su venta, en el curso ordinario de los negocios. Denominación genérica de todos los bienes cuya negociación da lugar al tráfico comercial (*Diccionario contable y comercial*, Bs. As., Valleta, 1999).

⁴⁵ En igual sentido, Llerena, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, p. 78, quien sostiene, que si son únicamente mercaderías las que se dan en usufructo, y no las llaves, como generalmente se dice, o el nombre de la casa, es claro que sólo habrá un cuasiusufructo regido por el art. 2811 del Cód. Civil.

⁴⁶ Es decir, sólo por el hecho, como se pretende, de que se transfieren mercaderías a efectos de poder venderlas, restituyendo la misma cantidad o calidad de acuerdo con el inventario o su valor,

cuando comienza diciendo “el usufructo de mercaderías es un puro y simple usufructo” con lo que quiere llanamente significar que quedará regulado por las normas del usufructo perfecto, cuyo rasgo típico, según vimos, lo constituye la falta de propiedad del objeto gravado (en nuestro caso mercaderías integrantes de un fondo), su naturaleza no fungible o consumible y el principio de conservación de su sustancia.

Lógico es concluir que, de haber pretendido el legislador presentar a la especie como un supuesto de cuasiusufructo, metodológicamente lo hubiera incluido en el art. 2808 quedando, en consecuencia, la redacción del art. 2809 como sobreabundante. Entendemos entonces que el art. 2809 legisla un supuesto de tipicidad específica de usufructo⁴⁷, denominado “usufructo de fondo de comercio” por las razones expuestas.

4. Fondo de comercio. Concepto. Naturaleza jurídica

a) Concepto

El fondo de comercio, en función de su estructura compleja, constituye una universalidad resultante de la organización funcional y dinámica de diversos elementos heterogéneos coordinados a dicho fin⁴⁸; en este sentido el art. 1 de la ley 11.867 de transmisión de establecimientos (en adelante “LTE”), establece: “Declárense elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística”.

El fondo de comercio ha sido definido como “la propiedad incorpórea consistente en el derecho a clientes que está fijado al fondo de comercio mediante los elementos utilizados en su explotación”⁴⁹. De la definición citada se desprende que para explicar lo que es un fondo de comercio, primero se debe determinar sus elementos,

en caso de falta de determinación por inventario. No creemos que la alusión, aparentemente análoga, al cuasiusufructo en relación con el deber de restitución de las mercaderías, desnaturalice el rasgo típico del usufructo de fondo de comercio, pues nos parece, por el contrario, que dicha circunstancia constituye un carácter propio, toda vez que la valuación que al efecto efectúan las partes, no sólo involucra a las mercaderías sino, según veremos, comprende además el valor de la universalidad de la que forman parte, *que también es objeto de transferencia*, con notable incidencia en la extracción de utilidades contenidas en el usufructo, que el usufructuario estratégicamente deberá conservar. Dicho parámetro deberá especialmente ponderarse al momento de valorar la eventual responsabilidad del usufructuario, frente al deber de conservación de sustancia y restitución del bien gravado. Ver lo dicho anteriormente en relación con la conservación de la sustancia por el usufructuario y la incidencia del contrato constitutivo de usufructo a ese respecto (pto. 2, c, 4).

⁴⁷ Sobre el concepto y clases de tipicidad, y su vinculación con el orden público en el campo de los derechos reales, ver Alterini - Gatti, *El derecho real. Elementos para una teoría general*, p. 82 a 84.

⁴⁸ Farina, Juan. M., *Contratos comerciales modernos*, Bs. As., Astrea, 1993, p. 320.

⁴⁹ Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho comercial*, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, t. 1, 1954, p. 321.

a fin de analizar después las características que ellos deben reunir para que exista un fondo de comercio⁵⁰.

Estos elementos han sido divididos en dos categorías: los elementos corpóreos, tales como los equipos y mercaderías, y los elementos incorpóreos, tales como el nombre comercial, diseños, etcétera⁵¹.

A su vez, los elementos incorpóreos, también han sido divididos en dos clases; los primeros son los elementos esenciales, que son considerados como aquellos que representan el valor real de un fondo de comercio⁵²; estos son el nombre bajo el cual opera un comerciante, las patentes, marcas registradas, diseños y modelos industriales, conocimientos, secretos industriales, distinciones honoríficas y otros derechos de propiedad industrial que pueden ser utilizados por el comerciante. Cuando el fondo opera con locales alquilados, el derecho a la continuación del alquiler está incluido como uno de los elementos incorpóreos esenciales⁵³. Los elementos incorpóreos no esenciales son los contratos de los cuales es parte el comerciante.

Todos o algunos de estos elementos, al ser organizados por un comerciante (que puede ejercer cualquier actividad comercial) pueden tener el efecto de atraer clientes⁵⁴.

Algunos elementos constitutivos del fondo retienen su propia naturaleza, y pueden ser vendidos individualmente, o dados bajo una prenda. Sin embargo, cuando dichos elementos son considerados en conjunto bajo la organización que les dio el comerciante, aparece una nueva entidad, el fondo de comercio, que es distinta de sus elementos en particular. La existencia de esta nueva entidad es demostrada por la posibilidad que tiene de atraer y retener clientes⁵⁵.

b) Naturaleza jurídica

No resulta simple enunciar una descripción integral de la naturaleza jurídica del fondo de comercio, en función de la diversidad de opiniones vertidas –tantas como autores–, al respecto.

Sin perjuicio de lo anterior, diremos, en primer lugar, que existen quienes consideran que el fondo de comercio está compuesto por un conjunto de elementos (materiales e inmateriales), constitutivos de una universalidad⁵⁶, y organizados estra-

⁵⁰ Kelly, *Derechos de garantía sobre bienes muebles*, p. 101.

⁵¹ Guyenot, citado por Kelly, *Derechos de garantía sobre bienes muebles*, p. 101.

⁵² Guyenot, citado por Kelly, *Derechos de garantía sobre bienes muebles*.

⁵³ Kelly, *Derechos de garantía sobre bienes muebles*, p. 102.

⁵⁴ Ripert, *Tratado elemental de derecho comercial*, p. 325.

⁵⁵ Kelly, *Derechos de garantía sobre bienes muebles*, p. 103.

⁵⁶ Las universalidades son pluralidades de bienes consideradas como unidades. No hay acuerdo en la doctrina acerca del criterio que debe servir de base para distinguir las dos clases de universalidades generalmente admitidas. Las universalidades de hecho y las universalidades de derecho. El más aceptable es el que anuncia Vélez Sársfield en la nota al art. 2312 del Cód. Civil, en los siguientes términos “si es por la intención del propietario es *universalitas facti*, si por el derecho, *universalitas iuris*”. No obstante han de tenerse en cuenta otros caracteres diferenciales: la universalidad de hecho es un conjunto de cosas; en la de derecho pueden entrar cosas y bienes que no sean cosas; la universalidad de hecho es un complejo de cosas muebles; en la de derecho pueden estar incluidas las cosas muebles e inmuebles. Las universalidades de hecho forman siempre parte del activo del titular; las de derecho pueden estar constituidas por un activo y un pasivo. Es que en realidad la noción de

tégicamente por el empresario mercantil, tendientes a la obtención de beneficios de naturaleza comercial o industrial.

Dentro de este orden de ideas, hay una tesis con la que coincidimos, y sostiene que esa unidad constituye una universalidad de hecho, caracterizada como un bien mueble incorporal⁵⁷. Esta tesis que es la de mayor predicamento en la doctrina y jurisprudencia nacional, se apoya en la idea de un conjunto de bienes cuya unión en un todo es independiente de la voluntad del dueño; en cambio su unidad y si depende de ella y no está predeterminada por la ley⁵⁸.

En este sentido se sostiene, a nuestro juicio con razón, que en nuestro ordenamiento, el fondo de comercio, como conjunto de bienes afectados a un fin propio, existe, y por lo tanto, aceptando como válidas las categorizaciones para entender las soluciones que se proponen, sí se puede utilizar el termino universalidad, y en el estado actual de nuestra legislación esta unidad surge de la pertenencia a un empresario mercantil que los organiza y afecta a un fin determinado que es la explotación mercantil y la ley sólo reconoce y regula su existencia y transferencia; por ello, y por obligación (no impuesta, sino asumida) de intentar encontrar una calificación es que se podría hablar de “universalidad de hecho”.

En postura intermedia o mixta, Vítolo, entiende que por una parte, el fondo de comercio constituye una universalidad de derecho, en la medida que se trata en el establecimiento comercial o mercantil, de un conjunto de bienes sometidos a rela-

universalidad de derecho se agota en la noción de patrimonio, ya se trate del patrimonio de la persona viva o el del difunto (herencia) o de patrimonios especiales como el del concursado (masa), el fondo de comercio, etcétera (Gatti, *Teoría general de los derechos reales*, p. 209). Ver, sin embargo, lo que decimos en lo sucesivo acerca de la naturaleza jurídica del fondo de comercio que, con la doctrina mayoritaria, caracterizaremos como una *universalidad de hecho*, conformada por bienes y cosas, estratégicamente organizadas por el empresario para el desarrollo de su actividad comercial o industrial.

⁵⁷ Fernández, Raymundo L. - Gómez Leo, Osvaldo R., *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, Bs. As., Depalma, 1987, p. 394, ellos al igual que otros autores, participan de la idea de considerar al fondo de comercio como una universalidad de hecho constitutiva de un bien mueble incorporal. Entienden 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 tiende, que no son otros que la obtención de beneficios en el orden comercial e industrial; Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino. Parte general*, Bs. As., Zavalía, 1963, p. 106 y ss., sostiene que “el fondo de comercio, no es una cosa mueble, su compleja estructura comprende las instalaciones, las mercaderías, el nombre y la enseña, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención y las marcas de fábrica”. Entiende este autor que la hacienda comercial, constituye una universalidad de hecho formada por la voluntad del comerciante y constituida por cosas y derechos. También Zunino adhiere a la tesis de Fontanarrosa y Fernández; en igual sentido, considerando al fondo de comercio una universalidad de hecho, Halperín, citado por Piedecosas, Miguel, A., *El precio en la transferencia de fondos de comercio*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, t. II, 2004, p. 257; también Romero, José I., *Curso de derecho comercial*, Bs. As., Depalma, 1983, vol. I, p. 667; Ferrara considera que la hacienda se trata de un bien incorporal, que comprende en sí el concepto de organización, de carácter mueble, y que el derecho que se tiene sobre ella es un derecho de propiedad (Ferrara, Francisco, *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*, Madrid, ERDP, 1950, p. 65 y 94).

⁵⁸ Piedecosas, *El precio en la transferencia de fondos de comercio*; Guyenot señala que la noción de fondo de comercio sigue siendo una noción empírica, ya que no se trata de unión de derecho, sino que se encuentran unidos por un destino común que es la explotación comercial y un fin determinado que es la conquista de la clientela, y luego de describir las distintas posturas, afirma que estamos frente a una propiedad incorporal de naturaleza mobiliaria (*Derecho comercial*, Bs. As., Ejea, 1975, vol. I, p. 320 a 324).

ciones jurídicas activas y pasivas propias que son transferidas juntamente con la titularidad del fondo, y por otra, una universalidad de hecho, y se trata de reconocer que la hacienda comercial o mercantil constituye un bien en sí mismo, resultando diferente de los bienes singulares que lo componen, con la posibilidad de ser objeto de diferentes negocios jurídicos⁵⁹.

Resulta interesante la doctrina de Ascarelli, quien si bien no niega en absoluto la unidad funcional de la hacienda, distingue cuando se está refiriendo a negocios jurídicos o a derechos reales y, así, afirma que el concepto de unidad puede ser utilizado y ser relevante a los fines de determinar el objeto de un negocio, pero nunca, en cambio, podrá dar lugar a un derecho real sobre el conjunto de los bienes, diverso de los derechos reales sobre las cosas que lo componen⁶⁰.

En postura semejante —es decir, distinguiendo a la hacienda como unidad, en tanto que objeto de relaciones obligacionales, pero predicando la especialidad de cada elemento cuando se trata de actos de disposición u objeto de derechos reales— se encuentra Schmidt, quien señala que si la empresa se constituye en objeto de actos jurídicos, existirá la tendencia concordante con su característica de unidad económica, de tratarla jurídicamente como tal. Tal concepción unitaria sólo es posible desde el punto de derecho de las obligaciones, o sea, en los casos de negocios obligacionales. Cuando se trata de actos de disposición, el principio básico de especialidad establece limitaciones a la consideración unitaria, pues el objeto del acto de disposición es cada cosa susceptible de derechos especiales, pero no un concepto abarcador de cosas⁶¹.

No estamos de acuerdo con las doctrinas antes descriptas. Nos parece que no es posible predicar el principio de unidad del fondo con relación al campo obligacional y, en cambio, sacrificarlo respecto de actos de disposición o constitución de derechos reales sobre él. Tal concepción encierra, a nuestro juicio, un error, pues debe entenderse que todo derecho de propiedad sobre el fondo, o la titularidad de derechos reales o personales sobre él, obedece a un acto jurídico (obligacional) que le sirve de causa (compraventa, cesión, contrato de usufructo, etcétera). Sería, en consecuencia, contradictorio, pretender celebrar un contrato constitutivo de usufructo (acto de naturaleza obligacional y causal) sobre un conjunto de bienes, considerándolos como unidad, para luego creer que el contratante se convertirá en titular de un derecho real de usufructo sobre elementos independientes entre sí.

Tal situación crearía una clara incongruencia jurídica entre el acto causal y el, o los derechos que se transmiten en virtud de dicho acto, cualquiera fuere la naturaleza de los derechos transmitidos (reales, personales o intelectuales patrimoniales), con la consecuente falta de certeza en relación con el objeto del negocio y los dere-

⁵⁹ Vítolo, Daniel R., *Contratos comerciales*, Bs. As., Ad-Hoc, 1993, p. 588.

⁶⁰ Ascarelli, Tullio, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Barcelona, Bosch, 1991, t. I, vol. I, p. 269.

⁶¹ Señala nuestro autor, además que “pese al principio de especialidad del derecho de los bienes, sería errónea la suposición de que la transmisión o cesión jurídica de una empresa no es otra cosa que la enajenación y cesión de una cantidad de cosas y derechos aislados. Es cierto que ello es así respecto de los actos de disposición civil. Pero quien transmite un conjunto de cosas y derechos no ha transmitido o cedido la empresa. Lo decisivo es, en cambio, que el adquirente, arrendatario, usufructuario, se transforme en titular de la empresa. A ese fin es necesaria la posesión de la empresa como unidad” (Schmidt, Karsten, *Derecho comercial*, Bs. As., Astrea, 1997, p. 147).

chos y obligaciones de los sujetos vinculados; es que, en el ámbito que estamos estudiando, no se puede escindir la causa del efecto, no se puede contratar sobre una unidad para, posteriormente, adquirir derechos sobre elementos individualmente considerados, pues veremos en el punto siguiente, que el régimen jurídico aplicable difiere en uno y otro caso.

c) Posibilidad de constituir el fondo de comercio como objeto del derecho real de usufructo

Cuando caracterizamos al objeto del usufructo, establecimos que podía consistir en cosas (art. 2311), bienes en sentido restringido (art. 2312, primera parte) y universalidades, tanto de hecho (piara, rebaño, biblioteca, etc.)⁶², como de derecho; así el Código Civil legisla sobre el usufructo universal (art. 2827), es decir, aquel que tiene por objeto una universalidad de bienes (nota al art. 2312), o una parte alícuota de dicha universalidad, como sería el usufructo de un patrimonio.

Sin perjuicio de que se haya entendido que el usufructo de un patrimonio constituye una expresión cómoda, para expresar muy brevemente y comprender rápidamente un complejo de relaciones jurídicas⁶³, creemos que en el usufructo universal el usufructo gravita en forma unitaria sobre la universalidad (de derecho) en tanto que unidad. No existen tantos usufructos como bienes de distinta naturaleza (cosas o derechos) contenga el patrimonio, sino sólo un derecho real de usufructo cuyo objeto es la universalidad jurídica. Derecho que se traduce en un conjunto de poderes por el usufructuario, con contenido y efectos propios de la especie. En este sentido, existen marcadas y claras diferencias entre el usufructo particular y el universal (de un patrimonio), vinculadas al objeto sobre el cual recae, los derechos del usufructuario, las obligaciones del usufructuario, y las reglas inherentes a la extinción del derecho real⁶⁴.

Lo mismo cabe establecer respecto del usufructo de un fondo de comercio, en tanto que universalidad de hecho, en el que los poderes del usufructuario están enderezados a la extracción de utilidades del fondo como unidad, con el contenido específico que seguidamente veremos.

⁶² En efecto, el Código Civil tipifica, en el art. 2902, el usufructo de ganados, considerados como universalidad, en el que “el usufructuario está obligado a reemplazar con las crías que nacieren, los animales que mueren ordinariamente, o que falten por cualquier causa. Si el rebaño o piara de animales perece del todo sin culpa del usufructuario, éste cumple con entregar al dueño los despojos que se hayan salvado. Si el rebaño o piara perece en parte sin culpa del usufructuario, tendrá éste opción a continuar en el usufructo, reemplazando los animales que faltan, o cesar en él, entregando los que no hayan perecido”; en cambio en el art. 2903 del Cód. Civil, legisla sobre el usufructo de *animales individualmente considerados*, en el que “el usufructuario tiene derecho para servirse de ellos y obtener los productos que dieren. No puede alquilarlos, a no ser que éste sea el destino de los animales. Si se perdieren o murieren, no tiene obligación de sustituirlos con las crías, y respecto de ellos quedará terminado el usufructo”.

⁶³ Gatti, *Teoría general de los derechos reales*, quien sostiene que en el caso podrían darse verdaderos usufructos sobre las cosas no fungibles o no consumibles que integran el patrimonio; cuasiusufructos sobre las cosas fungibles y consumibles, y usufructos de créditos sobre los créditos que hagan parte del activo del patrimonio; es decir que se trataría de un usufructo de todos los bienes que integran un patrimonio.

⁶⁴ Ver los arts. 2869, 2898, 2900 y 2901, 2925, 2940 del Cód. Civil y nota al art. 2941.

Creemos, en consecuencia, que en nuestro derecho positivo es plenamente posible la configuración del derecho real de usufructo sobre un fondo de comercio en tanto que universalidad, sin que por ello se desnaturalice la esencia de este derecho patrimonial, por tratarse de un derecho real, según creemos, típicamente legislado por el Código Civil.

5. Contenido del usufructo de fondo de comercio

Cabe que nos preguntemos ahora en qué consiste el usufructo de un fondo o establecimiento comercial. En este sentido se sostiene que “el usufructo de un establecimiento como tal, comprende dos cosas: las mercaderías que en él pueden existir destinadas a la venta, y la fábrica, la casa, la explotación misma, con sus enseres y máquinas de equipo. El establecimiento debe conservarse: no interesa sólo al usufructuario el beneficio. La casa tiene un crédito por la naturaleza de sus productos; una reputación que le da especial valor en el mercado interno y en los del exterior. No deja las cosas intactas, por consiguiente, el que por su mala gestión o por el cambio de destino de la empresa, altera el carácter, perjudica la consideración de sus productos, disminuye la actividad, pierde la clientela. El usufructo es en sí un ‘puro y simple usufructo’. Una casa reputada no es idénticamente la misma que una casa disminuida. El establecimiento y sus enseres son cosas no destinadas a la venta; las mercaderías lo están necesariamente”⁶⁵.

Respecto de estos derechos (elementos del fondo⁶⁶) el usufructuario, en tanto que titular de un usufructo perfecto, sólo tiene el uso y goce, el que se traduce en la facultad de administración y explotación de ellos mediante la extracción de los frutos que produzcan como, asimismo, el deber de conservar su sustancia, pues su subsistencia constituye la base de la prosperidad comercial⁶⁷. Se considera pues, por estos motivos, que el usufructuario no se convierte en propietario del fondo y que el usufructo del fondo de comercio es un verdadero usufructo, y no un cuasiusufructo, salvo intención en contrario de las partes⁶⁸.

De manera que, en el usufructo de fondo de comercio, el objeto gravado no lo constituyen sólo las mercaderías transferidas, sino su vinculación económica a una

⁶⁵ Bibiloni, *Anteproyecto*, nota al art. 2632, t. III, p. 191.

⁶⁶ El fondo de comercio, que comprende a la vez, elementos corporales, como ser el corporal y las mercaderías, y elementos incorporeales, como el derecho de locación del local, la enseña, el nombre comercial, las marcas de fábrica, las patentes de invención, es generalmente considerado como formando una universalidad distinta de los bienes que la componen, en razón del destino común que los une. Es sobre esta universalidad, más que sobre los objetos comprendidos en el fondo de comercio e individualmente considerados, sobre los que recae el derecho del usufructuario (Planiol - Ripert, t. II, p. 797; Stolfi, n° 104 en Salvat, *Tratado del derecho civil argentino*, p. 372).

⁶⁷ Salvat, Raymundo, *Tratado del derecho civil argentino. Derechos reales*, Bs. As., Tea, 1959, p. 371, quien sostiene que nuestro legislador ha repudiado expresamente la solución de considerar al usufructo de mercaderías como un cuasiusufructo, sobre la base de la facultad de disponer atribuida al usufructuario. Cuando la ley autoriza al usufructuario para enajenar las mercaderías objeto del usufructo, lo hace teniendo en cuenta que se trata de cosas destinadas a este fin y que, dentro de sus funciones de administración, consecuencia del derecho de uso y goce, debía lógicamente estar autorizado para hacerlo; sin la facultad de enajenar el usufructo de mercaderías le hubiera sido enteramente inútil al usufructuario.

⁶⁸ Planiol - Ripert, t. II, p. 797; Stolfi, n° 104 en Salvat, *Tratado del derecho civil argentino*, p. 372.

universalidad. La utilidad extraíble del objeto no consiste, pues, en la mera venta de mercaderías, sino en el aprovechamiento y conservación de la capacidad económica del fondo que naturalmente gravita sobre la comercialización de aquéllas. En este sentido nos parece que existe una diferencia esencial con el cuasiusufructo, que se caracteriza por la naturaleza fungible o consumible de las cosas objeto del mismo y el poder discrecional de venta, sin riesgo para su propietario.

La nota típica que define al usufructo de un fondo de comercio, por el contrario, es precisamente la no fungibilidad de su objeto, pues, si so pretexto del poder de venta de las mercaderías el usufructuario compromete o disminuye la idoneidad económica inicial del fondo, indudablemente altera la sustancia del objeto gravado, con evidente perjuicio a su propietario.

En este sentido, puede concluirse que el interés del usufructuario, consiste en la explotación y administración de un fondo, a cuyos efectos recibe mercaderías para comercializarlas, tomando especialmente en consideración la reputación comercial, económica y financiera del fondo del que ellas forman parte, siendo responsable de su conservación. Ese posicionamiento pues es, en realidad, el objeto del derecho real en el que la extracción de sus utilidades económicas constituye su contenido típico.

a) Quid del poder de disposición del usufructuario. Nuestra opinión

Si se interpreta que el art. 2809 del Cód. Civil legisla sobre un supuesto de cuasiusufructo de mercaderías, doctrina que no compartimos, el cuasiusufructuario deviene propietario de ellas, según las reglas establecidas en el art. 2808. En este sentido, el titular del derecho puede discrecionalmente disponer de ellas, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 2811, debiendo restituir otro tanto de la misma especie o calidad, o el valor estimativo que se le haya dado en el inventario, cuando se extinga el derecho real.

De la orilla a la tesis que entiende que el art. 2809 legisla un supuesto de usufructo de fondo de comercio, creemos que, sin perjuicio de las facultades del usufructuario sobre las mercaderías transferidas⁶⁹, éstas no están enderezadas a permitirle al titular disponer discrecionalmente del bien, sino a administrar y explotar racionalmente el fondo de comercio, que no es ejercida a título de dueño, sino en tanto que administrador de bienes ajenos, lo que motiva que el usufructuario deba tener siempre en cuenta el interés del establecimiento comercial y que como correlato de la facultad de disposición se halla la de sustituir los bienes enajenados con la

⁶⁹ Llerena, con buen criterio, sostiene que en el supuesto de usufructo de mercaderías (que asimila al usufructo de fondo de comercio) la estimación que mediante inventario efectúan las partes, no constituye una forma de enajenación, sino la facultad de enajenarlas, de manera que mientras no disponga de ellas, los riesgos son de cuenta de quien constituyó el usufructo, es decir, del nudo propietario. Prosigue este autor sosteniendo que el usufructuario está obligado a preservar en lo posible el crédito y clientela de la casa tal como la recibió (cita la doctrina de Proudhon, n° 1021). En contra Segovia, quien sostiene que al poder del usufructuario enajenar las mercaderías transferidas y estar sólo obligado a restituir su valor, su pérdida o deterioro serán por cuenta únicamente, como dueño de ellas, *res perit domino*, y no a cargo del propietario primitivo (*El Código Civil de la República Argentina, su explicación y crítica bajo la forma de notas*, p. 216).

diligencia de un buen padre de familia, encontrándose, además, el usufructuario expuesto a las sanciones establecidas contra el abuso.

Creemos que la exclusión del poder de disposición del usufructuario sobre los bienes del fondo, no alcanza a las mercaderías transferidas, en la medida que le otorga la facultad de disponer de ellas, mas no lo hace su propietario (como al cuasiusufructuario).

El alcance del contenido de su derecho gravita sobre las obligaciones del usufructuario. En este sentido entendemos que el usufructuario permanece directamente responsable al nudo propietario en caso de cualquier alteración física o jurídica, económicamente negativa, que por su culpa o negligencia, según la ley o el contrato constitutivo, sufran los bienes integrantes de la universalidad, sobre los cuales es titular de un puro y simple usufructo, mas no propietario del fondo.

Dicha titularidad limita consecuentemente los derechos de los acreedores del usufructuario, quienes sólo podrán embargar y hacer vender, en el supuesto de ejecución individual o colectiva, las utilidades (frutos civiles extraíbles del objeto gravado) provenientes de la explotación económica de los bienes que la componen, en la medida de estar comprendidas en el derecho real de usufructo, de acuerdo con el contrato constitutivo, y con ese alcance o extensión, sin poder solicitar la venta de los bienes propiamente dichos⁷⁰.

b) Alcances de la obligación de restitución

El art. 2809 del Cód. Civil al establecer que los derechos respectivos, “se fijarán por el valor que se les hubiere dado, o por el inventario que determine su calidad y cantidad”, no hace más que precisar qué es lo que debe restituir el usufructuario al extinguirse el derecho real.

De acuerdo con lo que se desprende del texto legal, los alcances de la obligación de restituir dependerán de lo que se haya dispuesto en el negocio fuente del usufructo-contrato o testamento. Veamos.

1) Si las mercaderías han sido valuadas, el usufructuario debe restituir el valor que se les hubiere dado.

2) Si las mercaderías no han sido valuadas, el usufructuario debe restituir igual cantidad de mercaderías y de la misma calidad que las que se hubiesen determinado en el inventario.

El título constitutivo del usufructo dirá, en consecuencia, si el usufructuario deberá devolver otras mercaderías de la misma especie o si deberá pagar su valor. Esto no hará convertir al usufructo en cuasiusufructo. De manera que es más bien el

⁷⁰ Nos parece además, que en caso de ejecución individual o colectiva, los acreedores no podrán solicitar la venta de las mercaderías, pues su integración al fondo, forma un todo inescindible con el mismo, cuya propiedad permanece en el patrimonio del nudo propietario y por ende no integra la masa susceptible de agresión por aquéllos. Respecto de dichos bienes, el usufructuario goza de los mismos, conforme la extensión de su usufructo, como administrador de bien ajeno, reduciéndose el derecho de los acreedores al embargo y ejecución del derecho de usufructo (art. 2908, Cód. Civil).

crédito de la cosa lo que se explota, y éste es el motivo determinante del contrato, más que las mercaderías que encierra⁷¹.

Consecuentemente, el usufructuario deberá restituirlo en las mismas condiciones en que lo recibió, con sus instalaciones y demás elementos incorporales, pues creemos que la *salva rerum substantia* inherente al objeto del derecho trasciende a la mera restitución de las mercaderías o su identidad económica, para proyectarse a la conservación de la aptitud económica inicial de la universalidad de la que forma parte.

En estricto sentido entonces, la valuación no sólo comprende a las mercaderías sino, además, al fondo de comercio en su integridad, a los efectos de constatar su valor al momento de la extinción del usufructo y determinar la eventual responsabilidad del usufructuario, pues aquellas se transfieren, en tanto que integrantes de un fondo que también forma parte del objeto gravado⁷².

3) Frutos pendientes al momento de extinguirse el usufructo. Los beneficios de la explotación de un fondo de comercio encuadran en la categoría de “frutos civiles” (art. 2330, Cód. Civil), los que según el art. 2865 se adquieren día por día y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo en que dure el usufructo. En el supuesto concreto de un fondo de comercio, si al constituirse el usufructo estaba corriendo el año económico o comercial, la solución preferible es atenerse al balance final del año “y una vez practicado éste, dividir las utilidades del año proporcionalmente al número de días que corresponden al usufructuario o al nudo propietario”⁷³.

6. Aplicación de las normas de la ley 11.867

La LTE reglamenta la transmisión de “fondos de comercio”, y en su art. 2 dispone su aplicabilidad a toda transmisión por venta o cualquier otro título oneroso o gratuito.

Si en primer lugar se tiene en cuenta que, como lo expresa Vélez Sársfield en el cuarto párrafo de la nota al art. 2807 del Cód. Civil “el usufructo importa la enajenación de parte de la cosa” y, por otro lado, la amplitud conceptual del art. 2 de la normativa citada (LTE), diremos que si el objeto del usufructo recae sobre tal universalidad de hecho será, en consecuencia, necesario cumplimentar con los recaudos exigidos por la LTE, en orden a la validez de la transmisión, en nuestro caso a título de usufructo, tanto entre las partes, cuanto respecto de terceros.

Dichos recaudos están vinculados con la publicación de la transferencia, presentación de la nomina de acreedores, plazo de oposición de acreedores no confesados con derecho, y retenciones exigidas. Las estudiaremos seguidamente.

⁷¹ Llerena, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, p. 78.

⁷² En contra Segovia, quien sostiene que el valor a restituirse será siempre el que tenían las mercaderías al constituirse el usufructo. Recordemos que el autor entiende que el art. 2809 del Cód. Civil legisla un supuesto de cuasiusufructo y entiende en consecuencia deben aplicarse al usufructo de mercaderías las reglas del mismo (*El Código Civil de la República Argentina, su explicación y crítica bajo la forma de notas*, p. 216).

⁷³ Salvat, *Tratado del derecho civil argentino. Derechos reales*, p. 373.

a) Procedimiento de transferencia del usufructo de fondo de comercio

Establecimos que, en función de la amplitud conceptual del art. 2 de la LTE, y en la medida que la transferencia del usufructo constituye una forma de enajenación mediante la transmisión al usufructuario de la capacidad productiva del objeto gravado, creemos que le son aplicables a la especie los requisitos establecidos por la LTE en orden al perfeccionamiento y eficacia *erga omnes* de la transferencia del fondo, régimen de oposición y obligación de los intermediarios, que enunciaremos seguidamente. Todo ello en miras a *ratio* que inspira la ley.

1) Publicación. El primer requisito de validez de la transferencia del fondo, con relación a terceros, está vinculado con su publicación por cinco días en el Boletín Oficial y en uno o más periódicos del lugar en que funciona el establecimiento (art. 2, LTE).

2) Nómina de acreedores. Como segundo recaudo, la ley exige al enajenante entregar al adquirente una nota firmada, enunciativa de los créditos adeudados, con nombre y domicilio de los acreedores, monto de sus acreencias y su fecha de vencimiento (art. 3, LTE).

3) Oposición. Retención y depósito. El documento de transferencia sólo podrá firmarse luego de los diez días de la última publicación, período durante el cual los acreedores afectados por la transferencia podrán oponerse mediante notificación al vendedor, rematador o escribano, reclamando la retención del importe de crédito y su depósito en cuenta especial. La oposición podrá efectuarse, tanto por los acreedores confesados, cuanto por los no confesados que presenten los títulos de sus créditos o acrediten su existencia por asientos llevados de acuerdo con las prescripciones del Código de Comercio (art. 4, LTE).

4) Embargo judicial de las sumas depositadas. Retiro por el depositante. Las sumas depositadas deberán ser embargadas judicialmente por los oponentes durante veinte días. Pasado dicho período, las sumas podrán ser retiradas por los depositantes (arts. 4 y 5, LTE).

5) Firma del documento de transferencia. Registración. Pasados diez días sin haberse formulado oposición, o transcurridos veinte días, habiéndose obtenido embargos judiciales, o retirado las sumas depositadas a esos efectos, podrá otorgarse válidamente el documento de transmisión, el que deberá extenderse por escrito e inscribirse dentro de los diez días en el Registro Público de Comercio o en un registro especial creado al efecto (art. 7, LTE).

b) Carácter de la transmisión

El derecho real de usufructo puede constituirse a título oneroso o gratuito.

En el primer caso, el art. 2813 del Cód. Civil dispone “Es establecido por contrato oneroso, cuando es el objeto directo de una venta, de un cambio, de una partición, de una transacción, etcétera o cuando el vendedor enajena solamente la nuda propiedad de un fundo, reservándose su goce”.

Es decir que a título oneroso el usufructo puede constituirse por contratos en los que mediante una compraventa, permuta, etc., se transfiere un derecho de usu-

fructo por cualquier otra ventaja, como la propiedad o el usufructo de otro inmueble. Asimismo, en los supuestos de partición hereditaria o de un condominio, siempre que el usufructo sea convenido directamente por los coherederos o condóminos. En estos supuestos es el dueño del inmueble el que se desprende del usufructo y lo transmite al usufructuario.

También puede transferirse el usufructo por contrato oneroso en aquellos casos en que el contrato se otorga con el objeto de transmitir la propiedad pero al mismo tiempo se reserva el usufructo.

Respecto de los contratos gratuitos, el art. 2814 del Cód. Civil establece: “Es establecido por contrato gratuito, cuando el donante no enajena sino la nuda propiedad de la cosa, reservándose su goce; o cuando no da más que el usufructo, o cuando cede a uno el derecho de propiedad, y a otro el de goce de la cosa”.

Ante los arts. 1138, 1789 y 1791, inc. 8, el negocio es de donación que, al igual que en el caso de contratos onerosos puede darse mediante la donación de la propiedad de la cosa, reservándose su goce o disfrute, o cuando el donante sólo dona el usufructo y se reserva la propiedad, sea que haga a una persona donación de la nuda propiedad y a otra del usufructo.

Finalmente, el art. 2819 establece: “En caso de duda se presume oneroso el usufructo constituido por contrato; y gratuito el que fuese constituido por disposición de última voluntad”.

Frente a la constitución de usufructo de fondo comercio, y cuando ésta adopta la modalidad de transferir el usufructo del fondo mediante la reserva de nuda propiedad por el constituyente, cabe estudiar las disposiciones de la LTE en orden a la gratuitud u onerosidad de dicha transmisión.

El art. 8 de la LTE, establece que: “No podrá efectuarse ninguna enajenación de un establecimiento comercial o industrial por un precio inferior al de los créditos constitutivos del pasivo confesado por el vendedor, más el importe de los créditos no confesados por el vendedor, pero cuyos titulares hubieren hecho la oposición autorizada por el art. 4. Salvo el caso de conformidad de la totalidad de los acreedores”.

1) *Usufructo oneroso.* Como dijimos anteriormente, el usufructo implica la enajenación de parte del objeto gravado pues, al importar su constitución una desmembración⁷⁴ al derecho de propiedad del constituyente, la capacidad productiva del objeto gravado, que se traduce en su uso y goce, se transfiere al usufructuario.

Como consecuencia de la titularidad de un dominio imperfecto desmembrado (arts. 2507 y 2661 *in fine*), el nudo propietario sólo se reserva una propiedad desnuda, desprovista de contenido económico, al menos en lo referente a la explotación del objeto gravado relacionada con la facultad de uso, goce y su disposición material.

⁷⁴ Así Vélez Sársfield explica en el 4º párrafo de la nota al art. 2807 del Cód. Civil “Decimos que es un derecho real, porque el usufructo importa la enajenación de una parte de la cosa, pues es una desmembración de la propiedad; y aunque no sea una parte material del fundo, es sin embargo una porción del dominio, desde que el dominio cesa de ser pleno en el propietario, cuando la propiedad está separada del usufructo”.

Sin perjuicio de lo anterior, el constituyente del usufructo (enajenante) conserva el ejercicio de todas facultades inherentes a la propiedad, compatibles con la naturaleza del derecho que se reserva sobre el objeto gravado (nuda propiedad). En este sentido, la nuda propiedad es susceptible de ser trasferida, a título oneroso o gratuito, e hipotecada por el nudo propietario; como así también, la nuda propiedad puede ser embargada y ejecutada por los acreedores del constituyente, cualquiera fuere la categoría de aquéllos, y no obstante el perfeccionamiento de la transferencia del usufructo a su respecto. Todo ello, en virtud de que la nuda propiedad, según veremos, permanece en el patrimonio del constituyente y, por ende, es prenda común de sus acreedores (art. 2916, Cód. Civil)⁷⁵.

Cada vez que la capacidad productiva del fondo se transfiere al usufructuario, y frente la existencia de acreedores, es lógico que las disposiciones relativas al “precio mínimo” establecidas por el citado art. 8, sean de aplicación a la transmisión del usufructo.

En este sentido, no podrá transferirse el usufructo por un precio menor al pasivo declarado o resultante del proceso de oposición. La única excepción es la que surge de la conformidad de los acreedores confesados y opuestos⁷⁶.

Cabe preguntarse, sin embargo, si las disposiciones relativas al precio mínimo del art. 8 de la LTE, son de aplicación en caso de que el valor de la nuda propiedad exceda el valor de los créditos confesados y el de los resultantes del proceso de oposición.

Entendemos que aun en el caso de que el valor de la nuda propiedad supere el valor del usufructo del fondo, objeto de transferencia, deberá respetarse igualmente el precio mínimo legal para la validez del acto respecto de los acreedores confesados y, oportunamente opuestos con derecho, salvo acuerdo de la totalidad de estos últimos.

Llegamos a la conclusión precedente, en primer lugar, porque en virtud de la constitución del usufructo, cambia la composición patrimonial de los bienes susceptibles de agresión por los acreedores del constituyente, no sólo en razón de su contenido (propiedad perfecta por propiedad imperfecta), sino esencialmente por el carácter variable del valor de la nuda propiedad, al depender dicha valoración del resultado de la gestión económica del usufructuario, ponderable al momento en que su ejecución sea demandada; incertidumbre a la que, entendemos, no puede quedar sujeto el derecho de los acreedores del constituyente.

A ello debe sumarse, en segundo lugar, la desventaja que puede significar la eventual ejecución de la nuda propiedad, vinculada a su valor objetivo al momento de la ejecución y al obtenible mediante su realización, por las circunstancias apuntadas.

Frente a la realización de la transferencia sin respetar el precio mínimo, en las circunstancias aludidas, se han elaborado diferentes soluciones, tanto en doctrina

⁷⁵ El art. 2916 del Cód. Civil establece “*El nudo propietario conserva el ejercicio de todos los derechos de propiedad compatible con sus obligaciones. Puede vender el objeto sometido al usufructo, donarlo, gravarlo con hipotecas o servidumbres que tengan efecto después de terminado el usufructo y ejercer todas las acciones que pertenezcan al propietario en su calidad de tal*”.

⁷⁶ Piedecosas, *El precio en la transferencia de fondos de comercio*, p. 266.

como en la jurisprudencia, vinculadas a las consecuencias jurídicas que acarrea el apartamiento de la disposición legal.

Parte de la jurisprudencia ha sostenido el criterio de que la sanción por incumplimiento del precio mínimo obligatorio sería la nulidad, de carácter relativo y sólo subsanable por acuerdo o conformidad total de los acreedores confesados y los no confesados pero opuestos con derecho⁷⁷.

Alguna corriente jurisprudencial interpreta que también es saneable esta nulidad relativa, por depósito de la diferencia entre precio y pasivo⁷⁸.

Frente a la existencia de un pasivo superior al precio pactado, la operación puede resolverse por culpa del vendedor, siendo éste responsable de la ruptura contractual⁷⁹. Sin perjuicio de que el adquirente, aun si haber asumido el pasivo, pueda desinteresarse a los acreedores opuestos y luego accionar contra el vendedor por la suma que debió abonar de más⁸⁰.

Finalmente, se sostiene que estamos frente a un acto con plena existencia, válido y eficaz entre el enajenante y el adquirente, pero inoponible a los terceros⁸¹.

Esta última nos parece la posición más convincente, en la medida que los requisitos de precio mínimo que impone la norma no hacen a la validez estructural del acto transmisorio, con virtualidad suficiente para aniquilar sus efectos entre sus partes y mucho menos para predicar su inexistencia.

Dicha exigencia se concentra en el interés de los acreedores confesados y respecto de aquellos con derecho de oposición a la transferencia, para quienes, sin perjuicio de su validez entre las partes del negocio, la transferencia les es inoponible.

En este sentido se orienta la jurisprudencia al establecer que la venta hecha en infracción de la ley 11.867, no es nula, sino válida entre las partes, pero respecto a los terceros, les es inoponible. El acreedor del vendedor no se transforma en acreedor del comprador, su derecho consiste en desconocer la operación que carece de validez sólo a su respecto, razón por la cual puede hacer efectivo su crédito sobre los elementos que constituyen el establecimiento transferido, como si no hubiesen salido del patrimonio del deudor⁸².

Puede ocurrir, sin embargo, que el adquirente asuma el pasivo, en cuyo caso, los acreedores, sin desobligar al enajenante, obtienen un codeudor, en virtud de la delegación imperfecta (art. 814, Cód. Civil)⁸³.

La dificultad se presenta cuando el adquirente no se hace cargo total o parcialmente del pasivo, y el acreedor de cuyo crédito no se hizo cargo el adquirente no ejerciera o no pudiere ejercer el derecho de oposición o las medidas conservatorias

⁷⁷ LL, 15-1060.

⁷⁸ LL, 12-108.

⁷⁹ Piedecabras, *El precio en la transferencia de fondos de comercio*, p. 267.

⁸⁰ Zunino, Jorge, O., *Fondo de comercio*, Bs. As., Astrea, 1982, p. 342.

⁸¹ Galán de Rodríguez Pardina, Susana, *El fondo de comercio y la empresa comercial*, Córdoba, Lerner, 1986, p. 202 a 205, citada por Piedecabras, *El precio en la transferencia de fondos de comercio*, p. 267.

⁸² CNCom, Sala E, 12/2/87, "Malt, Salomón c/Díaz, Manuel", LL, 1987-B-101.

⁸³ Satanowsky, Marcos, *Tratado de derecho comercial*, t. 3, Bs. As., Tea, 1957, p. 184.

que las leyes de forma y fondo le conceden, en cuyo caso sólo tendrá acción contra el enajenante⁸⁴.

2) *Usufructo gratuito*. Entendemos que en orden al carácter tuitivo del derecho de los acreedores que la LTE tuvo en miras al establecer el régimen de publicidad, oposición y caución, toda transmisión del usufructo a título gratuito, frente al texto expreso del art. 8 de la LTE, para ser eficaz, deberá contar con la aprobación de la totalidad de los acreedores confesados por el constituyente, y de los no confesados que hayan legítimamente ejercido el derecho de oposición en forma oportuna.

En caso de falta de obtención del acuerdo de los acreedores mencionados, y frente a la constitución gratuita del usufructo de fondo de comercio, ésta será ineficaz respecto a los acreedores confesos y a los oportunamente opuestos con derecho, sin perjuicio de la validez del acto de transferencia entre sus partes (art. 2814, Cód. Civil y art. 8 *in fine*, LTE).

c) Naturaleza de los créditos a los efectos de la oposición y del cómputo del pasivo

Para valorar la eficacia de la transferencia del usufructo, en orden al precio por la que debe efectuarse, es necesario estudiar la causa del crédito que la LTE toma en cuenta a los efectos del cómputo del pasivo. Además, dicha categoría de acreedor (en función de la causa de su acreencia), según creemos, también debe ser tenida en cuenta a los efectos de legitimar al acreedor oponente, o valorar la idoneidad de los confesados, por íntima conexión funcional, dentro del esquema de LTE, que existe entre el cómputo del pasivo y los acreedores confesos y los no confesos oponentes con derecho.

Entendemos que el crédito que no tenga su causa en la establecida por la LTE, consecuentemente faculta a los interesados a cuestionar su idoneidad, a los efectos, por ejemplo, del art. 6 de la LTE.

En este sentido, la última parte del art. 8 de la LTE establece que “Estos créditos deben proceder de mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de los gastos generales del mismo”.

Al considerar la LTE a los acreedores cuyos créditos procedan de mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de gastos generales del mismo, excluye a los acreedores particulares del constituyente, es decir aquellos titulares de acreencias no originadas en la satisfacción de las necesidades del fondo⁸⁵.

Por su parte, Satanowsky se plantea la dificultad cuando el oponente no es acreedor “de mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de gastos generales del mismo”, y concluye que si bien la mayoría de los comentaristas les niega el derecho de oposición, coincide con Cámara, en el sentido de que cualquier acree-

⁸⁴ Satanowsky, *Tratado de derecho comercial*, p. 186, quien cita fallos de la Cámara Civil, 29/12/48, LL, 53-382, “Gaceta del Foro”, t. 195, p. 292, y SCBA, 1944, t. II, p. 30.

⁸⁵ Zunino, *Fondo de comercio*, p. 344.

dor, sea cual fuere la causa de su título, puede oponerse al pago del precio, opinión que cuenta con la posición de los senadores que intervinieron en el debate⁸⁶.

De cualquier manera, el acreedor que se encuentra en estas condiciones, al igual que el titular de un crédito litigioso al momento de la transferencia, *prescindiendo del procedimiento de la LTE, puede obtener judicialmente un embargo preventivo, u otras medidas precautorias de acuerdo al derecho común sobre el establecimiento* y hacerlo efectivo, o hacerlo notificar al escribano o martillero, siempre y cuando la transferencia no se haya perfeccionado (art. 7, LTE)⁸⁷.

También se encuentran privados del derecho de oposición los titulares de créditos eventuales⁸⁸, litigiosos⁸⁹ y los nacidos con motivo de la explotación, que no sean los originados en la cobertura de las necesidades del fondo, y han sido otorgados teniendo en cuenta el valor del mismo⁹⁰.

Toda vez que el régimen de oposición sólo está destinado a proteger el interés de los acreedores, las partes, por ende, no pueden ejercer tal derecho.

Por supuesto el enajenante puede oponerse a cumplir con su contraprestación ante el incumplimiento de la contraparte y viceversa, pero, obviamente, esta oposición no resulta en los términos de los arts. 4 y 5 de la LTE.

Por último, no podrán válidamente oponerse los acreedores que no pueden exhibir los títulos correspondientes o asientos en los libros llevados en debida forma.

d) La nuda propiedad del fondo de comercio como prenda común de todos los acreedores (cualquiera su categoría) del constituyente del usufructo

Sostuvimos que, como consecuencia de la constitución del usufructo de fondo de comercio, cuando el constituyente se reserva la nuda propiedad, conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes a ella, compatibles con su naturaleza, es decir desprovisto de las facultades de uso y goce sobre el objeto gravado. En virtud de la titularidad imperfecta del fondo, el constituyente del usufructo puede transferir la nuda propiedad, a título oneroso o gratuito, o hipotecarla.

En la medida en que la nuda propiedad del fondo permanece en el patrimonio del constituyente (art. 2916, Cód. Civil), lógicamente es susceptible de embargo o

⁸⁶ Cámara de Senadores, *Diario de Sesiones*, 1933, t. 1, p. 653 y ss.; Satanowsky, *Tratado de derecho comercial*, p. 186.

⁸⁷ Zunino, *Fondo de comercio*, p. 344; y Satanowsky, *Tratado de derecho comercial*, p. 186. La bastardilla es nuestra.

⁸⁸ Sostiene Zunino que resulta obvio que si una obligación es eventual al momento de la transferencia, no podrán exhibirse los títulos ni justificativos que autoricen la medida en cuestión (art. 4, LTE). A lo sumo, lo que podrá justificarse será la posibilidad de que el crédito se haga exigible, hecho que de por sí no constituye título alguno.

⁸⁹ El crédito que se encuentre en litigio al momento de la transferencia, no representa una suma líquida ni exigible, en tanto y en cuanto no es reconocida por el titular; al depender de una resolución judicial, puede considerarse como un tipo de obligación eventual y, por lo tanto, no da derecho a oposición (Zunino, *Fondo de comercio*, p. 344).

⁹⁰ En este sentido no estarían comprendidos los créditos derivados de acciones por daños y perjuicios, los honorarios por comisiones que el enajenante adeudaba a un intermediario de una transferencia anterior, el de los propietarios o locadores, etcétera (Zunino, *Fondo de comercio*, p. 344 y 345 y jurisprudencia allí citada).

ejecución por sus acreedores, por ser prenda común de aquéllos, cualquiera fuera la causa de sus acreencias.

Así, con anterioridad, o luego del perfeccionamiento de la transferencia del usufructo del fondo de comercio, todos los acreedores del constituyente, cualquiera sea su categoría (confesados y no confessados, con derecho o sin derecho a oponerse a la transferencia), conservan la facultad de embargar y ejecutar la nuda propiedad del fondo de comercio; trátase de ejecución individual o colectiva.

En el caso de transferencia voluntaria de la nuda propiedad, o forzada en virtud de venta judicial o extrajudicial, el adquirente deberá siempre respetar el usufructo que gravita sobre el fondo, hasta su finalización, en la medida que el derecho real le sea oponible, por su publicidad suficiente (inscripción registral en el Registro Público de Comercio).

El adquirente será así excluido de la propiedad plena o perfecta del fondo, la que operará a su favor, en virtud del principio de consolidación (art. 2929, Cód. Civil), a la finalización del usufructo.

e) Perfeccionamiento de la transferencia entre partes y respecto de terceros

La LTE establece, según vimos, que luego de firmado el documento de transferencia en el plazo legal, el mismo deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio u otro registro especial, dentro del término de diez días.

En este sentido cabe recordar que una cosa es la transferencia del fondo entre los contratantes (art. 6, LTE), y otra con relación a terceros, aun cuando se haya dado la posesión al adquirente.

En lo que atañe a las partes, se regirán por las normas comunes que gobiernan el contrato (compraventa, donación, permuta, etc.), en el caso de la compraventa, concluye con el acuerdo de voluntades, y se perfecciona con la entrega de la cosa. La transferencia así resultante será oponible a los acreedores y terceros, cumplidos que sean los recaudos de publicidad, oposición e inscripción que establece la ley 11.867⁹¹.

De manera tal que, para que la operación tenga efectos contra terceros es indispensable, luego de todas las diligencias y trámites que prescribe la ley (art. 2, LTE), que se inscriba en el Registro Público de Comercio (art. 7, LTE); sólo debe contener las cláusulas que las partes quieran oponer a terceros, complementado con el acto original, para fijar las relaciones entre el enajenante y el adquirente, escritura que no sustituye al contrato originario, sino que constituye el documento a inscribirse para que aquel acto surta efectos contra terceros⁹².

Es claro que los terceros, a los que la transferencia no puede ser opuesta sin la inscripción oportuna son los acreedores que no tienen conocimiento de tal transferencia, especialmente los que después de la firma del documento han contratado de buena fe con el propietario anterior, lo que excluye a los acreedores anteriores del

⁹¹ Zunino, Jorge O., *Transferencia de fondos de comercio (entrega anticipada de la posesión y resolución del contrato)*, nota a fallo, LL, 1995-D-61.

⁹² CCom, Sala B, 28/8/95, "Domínguez Caneiro c/López, Ricardo s/ord."

vendedor, pues han obtenido, o pudieron obtener el pago de sus créditos en el procedimiento de transferencia⁹³.

De esta manera, la publicidad de la transferencia del fondo advierte dos etapas: una primera etapa, previa a la firma del documento de transferencia, cuya publicidad es de naturaleza edictal y periodística (art. 2, LTE), destinada a posibilitar la oposición oportuna por los acreedores calificados (arts. 4 y 5, LTE) antes de la firma del documento de transferencia; y una segunda etapa, cuya publicidad es de naturaleza registral (art. 7, LTE), dirigida a acreedores que habiendo contratado con el transferente luego de la firma del documento de transferencia (aunque haya habido entrega de la posesión del fondo) no conocieron dicha transferencia por defecto de inscripción en el Registro Público de Comercio.

7. Conclusión

a) El usufructo es un derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otra persona, con tal que no se altere su sustancia.

b) Se trata de un derecho real, cuyo objeto no sólo lo constituyen las cosas sino también los bienes en sentido restringido y las universalidades, sin que se desnaturalice su esencia.

c) Es un derecho real temporario, sobre bien ajeno, de naturaleza autónoma, ejercitable por la posesión y divisible.

d) Hay dos clases de usufructo. El perfecto, entre cuyos rasgos típicos figuran el carácter no fungible del objeto gravado, la falta de transferencia de su propiedad al titular del derecho real y su deber de conservar su sustancia, y el imperfecto o cuasiusufructo, que es el que se constituye sobre cosas fungibles o consumibles y transfiere la propiedad del objeto gravado al cuasiusufructuario.

e) El usufructo de fondo de comercio se encuentra típicamente legislado en el art. 2809 del Cód. Civil y constituye un supuesto de usufructo perfecto, según una interpretación armónica del texto del Código Civil y sus fuentes.

f) El objeto del usufructo de fondo de comercio lo constituye una universalidad de hecho compuesta de un conjunto de fuerzas productivas (cosas y derechos), estratégicamente organizadas por su titular para la consecución de un fin determinado, cual es su explotación mercantil. La utilidad extraíble del objeto consiste en el aprovechamiento y conservación de la capacidad económica del fondo, que se define por su no fungibilidad. La disminución o alteración de la aptitud económica inicial del fondo, por el usufructuario, altera la sustancia del objeto gravado.

g) El interés del usufructuario, consiste en la explotación y administración de un fondo, a cuyos efectos recibe mercaderías para comercializarlas, tomando especialmente en consideración la reputación comercial, económica y financiera del fondo del que éstas forman parte, siendo responsable de su conservación. Ese posicionamiento es, en realidad, el objeto del derecho real, en el que la extracción de sus utilidades económicas, constituye su contenido típico.

⁹³ CCom, Sala C, 24/2/92, "El Grano de Trigo SACIF c/La Super Sociedad de Hecho s/sum."

h) La expresión usufructo de mercaderías debe reservarse para la transferencia de mercaderías en forma independiente de una universalidad, en cuyo caso constituye un cuasiusufructo de mercaderías regulado por el art. 2808 y conchs. del Cód. Civil, cuyo objeto lo constituyen sólo las cosas muebles, con la consecuente fungibilidad propia del objeto del cuasiusufructo.

i) Los derechos del usufructuario respecto de las mercaderías, en el usufructo de fondo de comercio, comprenden la facultad de enajenarlas, mas, en razón de tratarse de un usufructo perfecto, la estimación e inventario que se haga de ellas no constituye una enajenación sino que sólo traslada la facultad para enajenarlas, permaneciendo la propiedad de las mercaderías en cabeza del nudo propietario, por cuyo riesgo y cuenta corren.

j) La facultad de enajenación, en el usufructo de fondo comercio, sólo comprende a las mercaderías, mas no a las demás cosas y derechos que integran el fondo en tanto que universalidad, respecto de la cual el usufructuario goza como administrador de bien ajeno.

k) Frente a la extinción del derecho real, el usufructuario está obligado a devolver las mercaderías compresivas del fondo según su valuación en el inventario, o igual cantidad o calidad de ellas que se hubiesen determinado en él.

l) La valuación de los bienes gravados en el usufructo de un fondo de comercio, a los efectos de determinar su sustancia, trasciende al valor de las mercaderías. La valuación comprende, además, la aptitud económica inicial del fondo como universalidad de la que las mercaderías forman parte.

m) Dicha valuación es la que deberá ponderarse al momento de valorar la responsabilidad del usufructuario, frente al deber de conservación de la sustancia y de restitución de los bienes gravados, a la finalización del usufructo. Sin perjuicio del deber de las partes de ajustarse a las disposiciones del contrato constitutivo de usufructo, en orden a la reglamentación del deber de conservación de la sustancia del objeto gravado frente al impacto del riesgo, en sus distintas manifestaciones.

n) Los acreedores del usufructuario de un fondo de comercio sólo podrán agredir, en caso de ejecución individual o colectiva, las utilidades provenientes de su explotación económica, en la medida y alcance previsto en el contrato constitutivo, mas no los bienes o derechos propiamente dichos (incluso las mercaderías) integrantes de la universalidad, que permanecen en propiedad del nudo propietario.

ñ) Los beneficios de la explotación de un fondo de comercio encuadran en la categoría de frutos civiles, los que de acuerdo con el art. 2865 del Cód. Civil se adquieren día por día y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo en que dure el usufructo.

o) Cada vez que la capacidad productiva del fondo se transfiere al usufructuario, y frente la existencia de acreedores del mismo, las disposiciones relativas al "precio mínimo" establecidas por el art. 8 de la ley 11.867 serán de aplicación a la transmisión del usufructo.

p) No podrá transferirse el usufructo sobre un fondo de comercio por un precio menor al pasivo declarado o resultante del proceso de oposición. La única excepción

es la que surge de la conformidad de los acreedores confesados y oportunamente opuestos.

q) Las disposiciones referentes al precio mínimo legal, deben igualmente respetarse (salvo acuerdo de la totalidad de los acreedores confesados y oportunamente opuestos con derecho), aun en el caso de que el valor de la nuda propiedad supere el valor del usufructo del fondo. Todo ello, en virtud del cambio en la composición patrimonial de los bienes del constituyente, que importa la constitución del usufructo y la naturaleza incierta del valor de la nuda propiedad al momento de su ejecución.

r) A los efectos del cómputo del pasivo, y en orden a la determinación del precio por la que debe efectuarse la transferencia del usufructo del fondo de comercio, sólo se tomarán acreedores confesos cuyos créditos procedan de mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de sus gastos generales, y los no confesos oportunamente opuestos con derecho.

s) Sólo los acreedores del constituyente del usufructo, cuyos créditos procedan de mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de sus gastos generales, quedarán legitimados a oponerse a la transferencia del derecho real. Sin perjuicio del derecho de los demás acreedores no comprendidos en dicha categoría, de obtener judicialmente un embargo preventivo, u otras medidas precautorias de acuerdo al derecho común, sobre el establecimiento, antes del perfeccionamiento de la transferencia del fondo (art. 7, LTE).

t) Con anterioridad, o luego del perfeccionamiento de la transferencia del usufructo del fondo de comercio, todos los acreedores del constituyente, cualquiera sea su categoría (confesados y no confesados, con derecho o sin derecho a oponerse a la transferencia), conservan la facultad de embargar y ejecutar la nuda propiedad del fondo de comercio, trátase de ejecución individual o colectiva.

u) Con relación a las partes, la transferencia del usufructo de fondo de comercio se registrará por las normas comunes que gobiernan el contrato (compraventa, donación, permuta, etcétera). En el caso de la compraventa concluye con el acuerdo de voluntades y se perfecciona con la entrega de la cosa.

v) Para que la transferencia del usufructo sea oponible a los acreedores y terceros interesados, las partes deberán cumplir con los recaudos de publicidad, oposición e inscripción que establece la ley 11.867.

© Editorial Astrea, 2011. Todos los derechos reservados.