

¿Por qué el procedimiento de transferencia de fondo de comercio quedó excluido de la reestructuración bancaria?

Martín Caselli

Con la incorporación de una expresa disposición que declara inaplicable el procedimiento de transferencia de Fondo de Comercio al de exclusión de activos y pasivos de entidades financieras (artículo 35 bis de la Ley de Entidades Financieras), la ley 24.627 despejó la incertidumbre hasta entonces existente en relación con la aplicación coetánea de estos dos procedimientos.

Pese a haber despejado esta incertidumbre, la solución normativa no logró sin embargo finalizar con el debate jurisprudencial y doctrinario en torno a determinar si el procedimiento de transferencia de fondo de comercio y el establecido por el artículo 35 bis de la ley de entidades financieras son necesariamente contrapuestos o si precisamente el procedimiento de transferencia de fondo de comercio resulta inaplicable a los casos de reestructuración bancaria solo a partir de la expresa previsión legal que en tal sentido fue dispuesta por una norma emanada del poder legislativo.

Las posturas en torno a lo expuesto pueden básicamente agruparse en

- (i) Aquellas que consideran que el artículo 35 bis de la ley de entidades financieras contiene elementos de dudosa constitucionalidad,¹ por lo que en consecuencia debería permanecer aplicable el procedimiento de transferencia de fondo de comercio;
- (ii) Aquellas que reconocen la validez constitucional de la exclusión legal actualmente en vigor;²
- (iii) Aquellas que estiman innecesaria la expresa exclusión de un procedimiento por el otro considerando inconducente esa aclaración legal y además contradictoria con el mismo fundamento del artículo 35 bis de la ley de entidades financieras;³
- (iv) Aquellas que consideran que resultan inaplicables las previsiones de la ley 11.867 al procedimiento de exclusión de activos ya sea porque el artículo 35 bis de la ley de entidades financieras se ubica en la órbita del derecho administrativo y que su fin público puede estar enfrentado con el interés particular⁴ o bien porque la actividad bancaria trasciende los límites naturales del derecho comercial.⁵

Para acordar o no con alguna de estas posturas y entender la razón por la cual el procedimiento de transferencia de fondo de comercio quedó excluido de los casos de reestructuración bancaria, es conveniente comenzar por asir el concepto de fondo de comercio, analizar si las entidades financieras pueden estar alcanzadas por la ley 11.867 y luego determinar si los activos de una entidad financiera –una vez excluidos mediante el procedimiento especial– continúan conformando un fondo de comercio.

Luego de ello se analizará si la naturaleza del instituto creado por el artículo 35 bis de la ley de entidades financieras impone apartarse de las preceptivas generales de la 11.867 y en su caso si es correcto que ese apartamiento sea efectuado de manera expresa por la ley, todo ello teniendo

¹ Vedronik, Marcelo E. *Reflexiones sobre el artículo 35 bis de la Ley de Entidades Financieras*. SJA 2/2/2005 JA 2005-I 1052. Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina.

² La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “*Guerrero de Villamea, Cristina y otros v. Banco de Caseros S.A. s/quiebra s/incidente*,” del 30/04/03 (Lexis N° 30011000) sustenta su posición en el texto del artículo 35 bis sin señalar reproche constitucional alguno.

³ Romero, José Ignacio. *El artículo 35 bis de la ley 21.526*. RDCO. 2002-301. Lexis Nexis Depalma.

⁴ Ferrari Argañarás, Gustavo. *Los procesos de fusión y de exclusión de activos y pasivos de entidades financieras: dos instrumentos necesarios para la estabilidad financiera*. JA 2000-IV-1137. Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina.

⁵ Barreira Delfino, Eduardo. *Reestructuración bancaria y fondo de comercio*. El Derecho T° 186, pág. 83.

en especial consideración los vaivenes sufridos por la normativa aplicable y la posibilidad de que con futuras reformas el ordenamiento regulatorio vuelva a omitir una expresa previsión sobre este punto.

Concepto de Fondo de Comercio – Aplicación de la ley 11.867 a la transferencia de entidades financieras

Se ha definido al fondo de comercio como *el 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.*⁶

Mayoritariamente se reconoce al fondo de comercio como una *universalidad de hecho cuya transferencia implica el traspaso al adquirente, básicamente del giro y clientela del negocio.*⁷

Existen posturas que consideran que las entidades financieras, ya sea que estén o no incursas en la situación prevista por el artículo 35 bis, se encuentran apartadas de la aplicación de la normas generales como la ley 11.867 y que a ellas les resulta aplicable exclusivamente la ley de entidades financieras. Para esta posición, la ley de entidades financieras resultaría un plexo completo, excluyente y sus previsiones comprensivas de todas las situaciones por las que pueden atravesar las entidades financieras. Entre otros argumentos fundan su tesis en las siguientes consideraciones:

*Los bancos no están atrapados por la ley 11.867 de transferencia de fondos de comercio y nos les resulta exigible cumplir con la ley mencionada”... “La ley especial 21.526 ... prevalece sobre la ley general de transferencia de fondo de comercio 11.867 que no rige para la intermediación financiera señalada...Las entidades financieras están regladas específicamente por el ordenamiento mencionado, que prevé hasta reglas de disolución ... incluso esto último al margen de la ley concursal.*⁸

*El banco constituye una figura tan singular que se encuentra regulada en su objeto y actividad de manera específica por la ley de entidades financieras, lo que se vincula con el orden público económico que exige la intervención del BCRA desde el nacimiento de la entidad financiera, su transferencia, liquidación entre otros.*⁹

Compartimos algunos de los conceptos del formulado transcrito, disintiendo en otros:

Es verdad que el banco constituye una figura por demás singular, que se encuentra regulada en su objeto y actividad de manera específica por la ley de entidades financieras y que incluso la intervención del BCRA es impuesta por el orden público económico, pero estas afirmaciones por sí mismas no son suficientes para concluir que la aplicabilidad de la ley de transferencia de fondo de comercio quede apartada sin más.

La circunstancia de que la actividad bancaria contenga un claro corte reglamentarista y que se imponga la intervención del BCRA no contradice necesariamente la observancia del procedimiento exigido por ley para que la transferencia de un establecimiento comercial –y el banco claramente lo es- sea oponible a terceros.

⁶ Fernández, Raymundo - Gómez Leo Osvaldo. *Tratado teórico práctico de derecho comercial*. Depalma 1993. Tº I, pág. 394.

⁷ “La aplicación de la ley 11.867 a una transferencia en particular, no requiere pues, que ésta comprenda todos los elementos del fondo (CFed Paraná 1/10/68, ED, 30-376), sino que los efectivamente transferidos signifiquen que se ha cedido el giro y la clientela del negocio (CCompCap, 6/11/46, LL 45-164; CNCiv, sala A, 14/4/85, LL 1986-A-94)”. Zunino, Jorge. *Fondo de Comercio*. Astrea. 2º edición. Mayo 2.000, pág. 74.

⁸ Del voto de la Dra. Lloveras en “Stolkiner, Jorge y otros c/Banco Israelita de Córdoba S.A. s/ordinario. C5ºCC, Córdoba, 28/12/1998. El Derecho Tº 186, pág. 90.

⁹ Del mismo voto citando a Villegas, Carlos. “*Compendio jurídico técnico y práctico de la actividad bancaria*. Tº 1 pág. 225 y s.s. Bs. As. y Régimen legal de bancos, pág. 45 y s.s. Bs. As. 1980.

Tampoco la necesidad de que la transferencia de una entidad financiera deba realizarse con la intervención del BCRA implica que esa intervención reemplace el procedimiento legal previamente establecido, sino que bien pueden convivir el procedimiento de transferencia de fondo de comercio con la intervención del BCRA, así como conviven con ésta otros procedimientos legales (por caso, el de autorización previa de fusiones y adquisiciones establecida por ley 25.156) sin que el BCRA deje de cumplir las funciones que les son propias.

Esta intervención del BCRA no supe ni hace inviable, inútil o inocua los fines previstos por la ley de transferencia de fondo de comercio que básicamente exige la publicidad de una proyectada operación de transferencia, respetando una ecuación entre precio y pasivo del fondo¹⁰ y reteniendo por veinte días los montos de los créditos de los acreedores que hubieren formulado oposición o hubiesen sido denunciados por el vendedor. A este respecto y a efectos de evitar algunas confusiones comunes debe aclararse que la retención de parte del precio establecida en la ley 11.867 no implica:

(i) **una automática y compulsiva reducción del precio que percibirá el vendedor del fondo**, toda vez que la oposición otorga al acreedor solamente el derecho a que se inmovilice por veinte días el monto equivalente a su crédito. Dentro de ese período el acreedor deberá solicitar embargo sobre el precio retenido y probar adecuadamente la razón de su pretensión. Demás está decir que tampoco el embargo obtenido implica la transferencia automática al acreedor de la propiedad del dinero retenido.

Esta solicitud de embargo no conlleva privilegio ni excepción alguna al régimen general de procedencia de las medidas cautelares, respecto del cual la jurisprudencia ha incluso señalado que *la circunstancia de que la medida cautelar se haya decretado en los términos del artículo 5° de la ley 11.867 no importa soslayar la exigencia del artículo 199 del Código Procesal, en tanto el crédito del oponente resulte cuestionable*.¹¹

(ii) **un aceleramiento en los plazos de exigibilidad de las obligaciones sujetas a plazo**: *No se confunda el derecho del titular de acreencias no vencidas a que se retengan del precio y depositen las sumas destinadas a desinteresarlo, con el derecho a cobrar dichas sumas antes del vencimiento del plazo natural de la obligación. A este respecto ha dicho bien nuestra jurisprudencia, que la caducidad del plazo, su extinción antes de que se cumpla el término pactado es un supuesto contemplado por varias disposiciones en la ley común (arts. 572, 753, 754, 3157 a 3161, 3215 y 3528, Cód Civil) pero que no figura como consecuencia de la aplicación de la ley 11.867*.¹²

(iii) **un privilegio derivado de la oposición**, dado que siguiendo a Cámara, la jurisprudencia ha sostenido que *las oposiciones no crean ningún privilegio a favor de los acreedores que las han formulado; admitir lo contrario sería contrariar abiertamente el art. 3876 del Código Civil (cfr. Cámara: Transferencia de Establecimientos Comerciales, p. 110)*.

En principio el intermediario no puede pagar directamente a los acreedores del negocio – salvo conformidad de partes- ya que ninguna disposición de la ley 11.867 lo autoriza (G. de P, año XI, t62 p. 173, sala IV; conforme Cámara op. Cit., p. 138).¹³

¹⁰ De conformidad con el art. 8 de la ley 11.867, el precio de transferencia no deberá ser inferior al de los créditos del pasivo denunciado por el vendedor y/o el de los acreedores que se hubieren opuesto.

¹¹ CNCom B, 21-5-98 - *Wittman de Manoukian, Ana c/Supermercados Tanti S.A. s/Medida precautoria* – (Errepar DSE Nº 134, Enero/99) donde además se agregó *“Habiéndose peticionado y obtenido embargo en los términos del artículo 5° de la ley 11.867 ante el cuestionamiento del crédito formulado por la enajenante del fondo de comercio, resulta procedente la fijación de una caución real a cargo del oponente, cuya finalidad radica en que tal medida se decretó inaudita pars y ampara al destinatario de la cautela asegurándole la eventualidad de que ésta haya sido obtenida sin derecho”*

¹² Zunino, obra citada, pág. 338.

¹³ CNCom B, Bottini, Víctor c/Tuduri. La Ley Tº 96, pág 567.

En el fallo Stolkiner, Jorge y otros c/Banco Israelita S.A. s/ordinario,¹⁴ la mayoría de la sala consideró a los bancos como propietarios de fondos de comercio y aplicable la ley 11.867 hasta la sanción de la 24.627: *Fuera de toda duda está que el banco cumple con actividades comerciales y desde este punto de vista, también es rigurosamente cierto que debe tener a tales efectos de desenvolvimiento ese conjunto de entidades que idealmente se nombra como fondo de comercio y regido por la ley ya nombrada. Y que bien fuera caracterizado como una universalidad de hecho, aunque ello no sea equiparable a una mera universalidad de cosas, sino de un conjunto de cosas y derechos, verdadero organismo económico con perfecta unidad, consitituido por elementos estáticos (materiales, instalaciones, mercaderías, maquinarias etc... e incorporales: nombre, derecho al local, patentes y marcas, etc.) y el elemento dinámico o funcional conocido en la doctrina italiana con el nombre de aviamiento y que en nuestro país se denomina llave: crédito y atracción sobre el público determinante de la clientela (Fernández R. "Código de Comercio Tratado de derecho comercial en forma exegética" Buenos Aires Talleres Gráficos A. wolter, 1950, t II, pág 93).*

No se encuentran pues razones válidas para sostener que aún siendo la actividad bancaria una actividad especial que reposa en el orden público económico le sean inaplicables las previsiones de la ley 11.867 cuando un fondo de comercio de una entidad financiera es transferido. Sostener lo contrario implicaría promover un superderecho en favor de las entidades financieras para sustraer sus activos –transferencia mediante- sin otorgar la oportunidad al acreedor de mantener su garantía como prenda común de todos, y no solo de algunos, de sus acreedores.

La misma normativa financiera reconoce que las entidades bajo su órbita son propietarias de un fondo de comercio, lo cual queda evidenciado en el artículo 7 de la ley de entidades financieras (que requiere la autorización del BCRA para la transferencia de los fondos de comercio de las entidades) y por la comunicación BCRA A 2241.

Así pues, no cabrían dudas que en la medida en que la entidad financiera se encuentre fuera del escenario previsto por el artículo 35 bis de la ley de entidades financieras, a la transferencia del giro y clientela de ese negocio a otra entidad, le resultarán aplicables las previsiones de la ley 11.867.¹⁵

¿Se mantiene un fondo de comercio como tal cuando solo algunos de sus elementos son transferidos como consecuencia de la reestructuración del artículo 35 bis?

Por la negativa, José Ignacio Romero¹⁶ considera que en el proceso de reestructuración bancaria la transferencia de activos y pasivos de una entidad financiera no constituye una universalidad de hecho susceptible de ser considerada como una cosa en su unidad, sino un conjunto de bienes sin individualidad propia separada de la de los bienes que la integran.

En sentido similar, Eduardo Barreira Delfino afirma que el fondo de comercio de una entidad financiera queda desintegrado como consecuencia del acto administrativo de exclusión.¹⁷

Vale aclarar sin embargo, que la configuración de una transferencia de fondo de comercio no estará dada solamente en el caso de una transferencia cohesionada de todos o buena parte de sus elementos, o el mantenimiento exterior visible de los elementos como una unidad orgánica. La realidad negocial indica que en múltiples ocasiones, aún bajo la apariencia de una ruptura exterior

¹⁴ C57cc, Córdoba, 28/12/98. El Derecho T°186, pág.7 3.

¹⁵ En sentido similar, Ferrari Argañarás, Gustavo. *Los procesos de fusión y de exclusión de activos y pasivos de entidades financieras: dos instrumentos necesarios para la estabilidad financiera*. JA 2000-IV-1137. Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina.

¹⁶ Romero, José Ignacio. Obra citada.

¹⁷ Barreira Delfino, Eduardo. Obra citada.

de la unidad orgánica del fondo de comercio, la especial combinación de algunos elementos en la transferencia produce el efecto sustancial de transferir el giro y clientela del negocio.¹⁸

Si revisamos el artículo 1 de la ley 11.867 que entre otros elementos integrantes de un fondo de comercio enumera a las instalaciones, marca, habilitaciones, mercaderías y derecho al local, podemos verificar que –dependiendo de cada caso particular- podría existir transferencia de fondo de comercio si solo se transfieren tres de esos elementos (por ejemplo instalaciones, habilitación y derecho al local) sin que sea transferida la marca (elemento nada despreciable de un fondo de comercio) o la mercadería. Más aún, existe calificada opinión doctrinaria que considera que puede producirse una transferencia de fondo de comercio con la mera transferencia *de una patente de invención si sobre ella gira el desarrollo de la explotación, la de una marca si por el prestigio adquirido determina la desmembración del activo.*¹⁹

Así pues y como sostiene Zunino se aplicarán las normas de la ley 11.867 cuando se den ciertas circunstancias *que suponen una cuestión de hecho dependiente de la apreciación de cada caso particular.*²⁰

La determinación sobre la existencia de una transferencia de fondo de comercio no debe realizarse solo corroborando la adecuación de la realidad analizada a un concepto teórico y preconcebido de fondo de comercio (concepto que por otro lado la ley 11.867 no definió) sino considerando fundamentalmente el efecto que una transferencia de activos produce. Nótese que aún en los casos de venta “fraccionada de las existencias” en remate público de un fondo de comercio, la ley 11.867 también obliga a cumplir con sus previsiones.²¹

En los casos de reestructuración de entidades financieras habrá que analizar especialmente la situación en la que queda el banco adquirente en relación con la clientela del banco reestructurado y en relación también con la aptitud de generar mayor clientela como consecuencia inmediata de la adquisición. Ello resultará de fundamental importancia a los efectos de concluir en el caso concreto si el efecto de la transferencia implica sustancialmente la transferencia de clientela (aunque pueda limitarse a las operaciones activas) y giro del negocio, a pesar de que este giro pueda quedar parcializado como consecuencia de la reestructuración.

En este sentido resulta interesante destacar el fallo de la doctora Lloveras²² en una acción por responsabilidad solidaria contra el Banco Israelita de Córdoba sustentada en la inobservancia del procedimiento de transferencia de fondo de comercio en la reestructuración del Banco Feigin, cuyas condiciones de licitación ante el BCRA para adquirir los activos, preveía dos lotes distintos.²³ Para rechazar la pretensión, la jueza hizo énfasis entre otros argumentos en que el Banco Israelita adquirió en virtud de los términos licitatorios del “sobre A” tan solo *el inmueble, los muebles, los útiles –y la continuidad de personal- para instalar otras sucursales del banco Israelita, que ya era una entidad financiera con otras sucursales en la misma ciudad de Córdoba.*

¹⁸ A estos efectos resulta apropiada la reflexión de Guillermo Ambroggi en cuanto señala “*En rigor, debe advertirse que se trata de la transmisión de un patrimonio especial, integrado por los activos y pasivos excluibles...respecto del cual resultaba de aplicación la ley 11.867 de transferencia de fondos de comercio. Si bien la misma fue declarada inaplicable respecto de las reestructuraciones financieras ... no puede omitirse la realidad económica del negocio jurídico para interpretar adecuadamente los derechos de los intervinientes*”. Ambroggi, Guillermo. *La exclusión de activos y pasivos en la ley bancaria*. La Ley 1998-B, 1991, nota 17.

¹⁹ Zunino, obra citada, pág. 75.

²⁰ Zunino, obra citada, pág. 73.

²¹ Ley 11.867 - Artículo 10: “*En los casos en que la enajenación se realice bajo la forma de ventas en block o fraccionadas de las existencias, en remate público, el martillero deberá levantar previamente inventario y anunciar el remate en la forma establecida por el artículo 2, ajustándose a las obligaciones señaladas en los artículos 4 y 5 en el caso de notificársele oposición...*”

²² C57c, Córdoba, 28/12/98. ED T° 186.

²³ De acuerdo al fallo analizado la licitación resultante de la reestructuración del banco Feigin preveía 2 conjuntos de ítems para adquirir. Por el sobre A, los activos se componían de: inmuebles, muebles, útiles, cesión de los contratos de trabajo del personal afectado y valor llave de las sucursales. Este último activo es descrito por uno de los vocales de Cámara y omitido en su relato por el otro. El sobre B incluía a los activos y pasivos financieros.

Implícitamente el voto prealudido se está remitiendo al análisis sobre si en el caso de autos y en virtud de la transferencia de ciertos activos, se produjo o no la transferencia de la clientela y giro del negocio. Sugiere este voto que en el caso analizado los inmuebles, muebles y útiles adquiridos nada agregan al patrimonio del adquirente más que eso (inmuebles, muebles y útiles). Se trata pues -para esta posición- de una suma de activos a los activos ya existentes en el patrimonio del adquirente sin que esa transferencia implique el traspaso de un plus inmaterial (fondo de comercio) que resulte en la adquisición del giro y clientela del negocio como consecuencia necesaria del arrastre que generalmente la transferencia de ciertos activos de cierta entidad producen en el fondo de comercio que componen.

Vale señalar que en el mismo fallo, uno de los votos contrarios al anterior²⁴ que considera transferido el fondo de comercio, destaca que la licitación por el “sobre A” incluía el valor llave del negocio, y es entonces este extremo el que resulta de capital importancia analizar.

En las reestructuraciones bancarias habrá que atenerse fundamentalmente a analizar si el *avviamento* es o no transferido, para determinar si hubo una verdadera transferencia de fondo de comercio. Cuando en una reestructuración, junto con el traspaso de ciertos activos, se transfieran también las operaciones activas o pasivas, claramente existirá transferencia de clientela y probablemente transferencia de fondo de comercio. Ahora bien, ¿puede darse el caso de una transferencia de activos que no contenga cesión de los contratos que vinculaban al banco reestructurado con sus clientes y que sin embargo produzca la transferencia de la llave, entendida ésta como crédito y atracción sobre el público determinante de la clientela?

A este respecto entonces se deberá analizar si la especial combinación de activos que se transfieren, pese a que no incluya la cesión de contratos con los clientes, produce como efecto inmediato y natural una atracción sobre el público de modo tal que convierta a ese público en clientela.

Si del análisis de un caso concreto se concluyera que la transferencia en cuestión no implica una atracción al público de una entidad tal que su consecuencia natural e inmediata convierta a ese público en clientela, no habrá pues cesión de llave del negocio ni transferencia de fondo de comercio.

Por el contrario, si de acuerdo a especiales circunstancias –posicionamiento del banco reestructurado, falencias en el posicionamiento del banco adquirente, calidad y ubicación de los activos transferidos y gravitación de las sucursales en el mercado analizado– su transferencia implica de modo natural y directo la captación de clientela habrá existido pues un *avviamento* que se transfirió y que produjo el natural efecto propio de la transferencia de fondo de comercio que es el de transferir giro y clientela del negocio. Es decir que para determinar si la transferencia de activos produjo como efecto la transferencia del giro y clientela de negocio, habrá que incluir no solo el análisis de una clientela actual sino también de la clientela potencial cuya transferencia sea consecuencia razonablemente inmediata de la transferencia de los activos.

Por todo lo expuesto, aún reconociendo la especial característica de las entidades financieras concluimos con que la exclusión de activos dispuesta por el BCRA no necesariamente extingue o fulmina a un fondo de comercio, a pesar de que la transferencia así dispuesta pueda mermar buena parte de sus elementos. No se trata pues de la cantidad de elementos transferidos sino de su aptitud en permitir al adquirente el giro del negocio anteriormente explotado por el transfiriente y la captación de la clientela (actual o razonablemente potencial) con la que contaba el banco reestructurado.

¿Era necesaria una expresa exclusión legal del procedimiento de transferencia de fondo de comercio a la reestructuración de entidades financieras?

²⁴ Voto del Dr. Armando Andruet (h).

Más arriba hemos adelantado algunas posturas que consideraron innecesaria y sobreabundante la declaración legal sobre la inaplicabilidad del procedimiento de transferencia de fondo de comercio a la exclusión de activos financieros.

En esa línea Barreira Delfino considera que resulta inocua la previsión legal sobre la inaplicabilidad del procedimiento de transferencia de fondo de comercio a la exclusión de activos y pasivos dado que el régimen especial de la ley de entidades financieras es incompatible y desplaza al régimen de la ley 11.867, agregando este autor que ese desplazamiento que era implícito, se hizo explícito con la sanción de la ley 24.627.²⁵

A este respecto conviene efectuar un breve recorrido por los vaivenes que transitaron las leyes aplicables a las entidades financieras en torno a este punto, para poder discernir si resultaba clara y pacífica la conclusión de que el procedimiento de reestructuración de entidades financieras desplazaba –aún sin una expresa previsión- al procedimiento de transferencia de fondo de comercio.

Reformas a las leyes aplicables al procedimiento de exclusión de activos

En el año 1982, la ley 22.529 –luego derogada en 1992 por la 24.144- introdujo por primera vez la figura de la exclusión de activos, respecto de la cual declaró inaplicable el procedimiento de transferencia de fondos de comercio.

En abril de 1995 –cuando ya se encontraba derogada la 22.529– la ley 24.485 incorporó a la ley de entidades financieras el artículo 35 bis con el procedimiento de reestructuración bancaria y la figura de la exclusión de activos y pasivos, sin hacer una expresa mención acerca de la inaplicabilidad del procedimiento de transferencia de fondo de comercio, como sí lo había realizado la 22.529.

Cuatro meses más tarde, el decreto 1043/95 declaró inaplicable el procedimiento de transferencia de fondo de comercio a la exclusión de activos y pasivos.

Finalmente en febrero de 1996, la ley 24.627 reformuló el artículo 35 bis de la ley de entidades financieras y expresamente dispuso la inaplicabilidad –tal como hoy se mantiene- las previsiones de la ley de transferencia de fondo de comercio.

Luego de esta breve reseña normativa corresponde reflexionar ¿resultaba antes de la 24.627 de toda claridad la inaplicabilidad del régimen de transferencia de fondo de comercio a la reestructuración de entidades financieras, considerando que la ley que reinstauró el hasta entonces derogado instituto de la exclusión de activos omitió repetir la fórmula exclusoria de la ley 11.867?

¿No podía legítimamente concluirse que la omisión del legislador –ley 24.485 (abril 1995)- en incorporar nuevamente la expresa previsión sobre la inaplicabilidad de la ley 11.867 no era un simple silencio del legislador,²⁶ sino más bien una deliberada omisión que confirmaba la derogación de la previsión que antes había excluido a los procedimientos de transferencia de fondo de comercio?

Si como respuesta a lo anterior se sostuviere que la omisión de la ley 24.485 tuvo por finalidad eliminar previsiones innecesarias con cuyo mantenimiento se contradecía el cabal entendimiento

²⁵ Barreira Delfino, Eduardo. Obra citada. Págs. 83, 84 y 87.

²⁶ El voto de la Dra. Lloveras, en el juicio citado más arriba, seguido contra el Banco Israelita (C57c, Córdoba, 28/12/98) contesta de modo negativo este interrogante sosteniendo: “que en la ley anterior a la 24.627 (BO 18-3-96) no se estableciera de modo expreso –como sí ocurre en la 24.627- que “la transferencia de activos y pasivos de entidades financieras autorizadas, encomendadas o dispuestas por el BCRA de conformidad a los dispuesto por el apart. 2º se rigen exclusivamente por lo dispuesto en esta ley, siendo inaplicable a estos casos la ley 11.867” (art. 35 bis. Ap, 5º inc. A) en modo alguno permite afirmar que antes de esta reforma sí se aplicaba la ley 11.867, pues tal inferencia del ‘silencio’ de la ley anterior en el tiempo, resulta desproporcionada con la debida interpretación del régimen de las entidades financieras (cfr. Susana Galán de Rodríguez Pardina, *El Fondo de comercio y la empresa comercial*, pág. 14 y s.s. Córdoba 1986).”

de uno y otro instituto ¿por qué cuatro meses después, un decreto del poder ejecutivo intentó tamaña intromisión, excediendo facultades constitucionales²⁷ para legislar y declarar inaplicable una norma del poder legislativo? Si el decreto 1043/95 tuvo por intención tan solo dejar en claro la “obviedad” de la incompatibilidad entre ambos procedimientos, ese intento resultó inconveniente dada entonces la presunta pretensión de “explicar lo obvio” recurriendo a una declaración inconductante. Si por el contrario, ese decreto pretendió legislar, esa intromisión además de ser inconstitucional dejaba a las claras la consideración de que la ley 24.485 no preveía ni explícita ni implícitamente la inaplicabilidad de la ley 11.867 a la reestructuración de entidades financieras.

Por último, considerando que uno de los principales efectos de la inobservancia *in totum* de la ley 11.867²⁸ es la inoponibilidad a terceros de la pretendida transferencia del fondo de comercio, solo una ley excepcional que claramente excluya a la 11.867 podrá validamente declarar oponible el acto que en virtud de la ley 11.867 hubiere resultado inoponible.

¿Resulta conveniente la exclusión de la ley de transferencia de fondo de comercio a los procedimientos de reestructuración bancaria?

Considerando el contexto crítico en el cual el BCRA dispone las reestructuraciones bancarias, estimamos que la aludida exclusión a la ley 11.867 resulta en una más eficaz aplicación del remedio previsto por la ley de entidades financieras, a costa de desatender otros intereses. Ello en el entendido que la leyes 22.529 y 24.485 –que introdujeron los procedimientos de exclusión de activos y pasivos y el artículo 35 bis de reestructuración bancaria respectivamente- no se limitaron a incluir un procedimiento ontológicamente contrapuesto al de la ley de transferencia de fondo de comercio sino que la ley 22.529 otorgó por primera vez competencia al BCRA para que –atendiendo circunstancias graves y extraordinarias de la situación de determinadas entidades financieras- protegiera el sistema financiero²⁹ tomando medidas extraordinarias, que entre otros efectos implican reducir la prenda común que los acreedores no financieros tenían en el patrimonio de la entidad reestructurada.

Teniendo en cuenta que el régimen de oposición y embargo previsto por la ley de transferencia de fondo de comercio, constituye un sistema de sustitución de garantías³⁰, la reducción de garantías que implica la reestructuración bancaria no puede sino legalmente realizarse en virtud de una norma del poder legislativo que expresamente lo autorice y que a su vez excluya de modo claro –tal como lo hiciera la ley 22.529 y finalmente también la ley 24.627- la aplicación de un procedimiento que rige de antaño en nuestro sistema y propende al mantenimiento por parte del acreedor de las garantías con las que antes contaba y en cuya consideración otorgó crédito al banco deudor.

En este sentido mucho se ha dicho acerca de la preeminencia del sistema financiero por sobre las “*simples transferencias de fondo de comercio*” fundada en que en la normativa financiera reviste un intenso interés público. Si bien esto último es cierto, no lo es menos que también es de interés público y de atención constitucional todas aquellas normas, como la 11.867, que tiendan a

²⁷ José Ignacio Romero (obra citada, nota al pie N° 8) sostiene: “*Sorprendente contenido el de este decreto, que abrogaba la aplicación de la ley de transferencia de fondo de comercio para aquellas operaciones realizadas con intervención del BCRA. No solo se trataba de la derogación de una ley por un decreto, sino que, adicionalmente, de la sustracción de una importante institución pública de la vigencia de las reglas tendientes a asegurar la seriedad negocial.*”

²⁸ Ver Zunino, ob. citada, que realiza un análisis armónico que compatibiliza las previsiones legales sobre inoponibilidad y responsabilidad solidaria por incumplimiento de la ley 11.867.

²⁹ Resulta clarificadora la aserción de Eduardo Barreira Delfino Página 80 en el sentido que “...en las crisis de la empresa comercial, la ley antepone la protección de sus acreedores a los intereses del mercado donde aquella se desempeña. En la crisis de la entidad financiera, la ley invierte esos roles y prioriza la protección del mercado monetario y pospone a los acreedores de la misma”.

³⁰ En atención al cual el acreedor que antes del procedimiento de transferencia del fondo de comercio, gozaba de los activos del fondo como garantía común, con la oposición y el embargo pasa a sustituir esa garantía por otra consistente en dinero embargado o depositado a embargo.

proteger el crédito.³¹ Por lo expuesto, resulta procedente una medida de la magnitud de la reestructuración bancaria, solo si está fundada en las situaciones extraordinarias de anormalidad para las que están previstas y en atención a su naturaleza paraconcursal.³²

Conclusión

Con el desarrollo del presente se ha pretendido demostrar que:

1) Las entidades financieras y especialmente los bancos comerciales, son titulares de fondos de comercio y a su transferencia en situaciones normales le son aplicables las normas de la ley de transferencia de fondo de comercio, aún en concurrencia con las normas financieras específicas y la consecuente intervención del BCRA.

2) El fondo de comercio de una entidad financiera que se reestructura, puede en algunos casos subsistir como tal –aún mermado- en la medida en que los activos que se transfieran mantengan su aptitud de transferir el giro y la actual o razonablemente potencial clientela del negocio.

3) Para una cabal, única y justa interpretación acerca de la exclusión del procedimiento de fondo de comercio a los casos de reestructuraciones bancarias, la normativa aplicable precisaba de la expresa previsión legislativa incorporada por la ley 24.627.

4) Solo resulta viable la reducción de la garantía del acreedor común del fondo de comercio de una entidad financiera, solo si es dispuesta por una norma del poder legislativo que así lo autoriza y que en atención a semejantes efectos declara inaplicable el régimen de mantenimiento de garantías estatuidos por la ley de transferencia de fondo de comercio.

³¹ Tiempo atrás incluso una jurisprudencia consideró que *“En cuanto regula las relaciones entre las partes y los efectos con respecto a intereses legales de terceros que pueden verse perjudicados por la operación, la ley 11.867 es de orden público.”* CCCapital 23-342 “Iglesias, H c/ Tanoira La Ley Tº 26, pág. 113.

³² Ambrogi, Guillermo, obra citada: *“En nuestra opinión, tales disposiciones constituyen procedimientos liquidatorios de naturaleza paraconcursal, establecidas más en beneficio de la restitución de los depósitos que en el reflotamiento de la entidad financiera en crisis.”*