

Transmisión de fondos de comercio bancarios

Por Bernardo Saravia Frias

1.- Introducción [\[arriba\]](#)

Quitándole la razón a Borges, los argentinos parecemos obstinados en darle validez a la ley del eterno retorno[1], sumergiéndonos periódicamente en crisis económicas y políticas. Lo anterior se ve agravado por el movimiento ideológico pendular que desde sus orígenes ha caracterizado a nuestra historia, que nos lleva desde un extremo liberal muchas veces malentendido y aún peor aplicado, a un extremo proteccionista, defendido por los miembros del capitalismo argentino “prebendario” de siempre, que gustan cobijarse en las concesiones estatales, los subsidios, los altos aranceles que les aseguran altos precios en mercados casi cautivos, en beneficio de unos cuantos y en perjuicio de la mayoría de los consumidores. Pareciera que la vieja discusión entre Alberdi y Fraguero aún no está saldada[2].

El mercado bancario no es una excepción a este bamboleo: concomitantemente con cada una de esas crisis, tiene lugar un reordenamiento del sistema financiero, proceso que da lugar a la desaparición de algunas entidades financieras y la huida despavorida del país de otras[3], mientras que las restantes intentan adaptarse a los descabros y vaivenes del errante contexto argentino[4]. Ante la decisión de transferir los activos y pasivos de una entidad financiera, nuestro ordenamiento jurídico ofrece esencialmente dos herramientas.[5] Una es el art. 35 bis de la Ley de Entidades Financieras, de reciente gestación y que sirve principalmente para dar sostén a la reestructuración de entidades financieras en crisis. La otra, la vieja ley N° 11.867, conocida vulgarmente como de transferencia de fondos de comercio, que es el vehículo a través del cual se debe llevar a cabo la transferencia parcial o total de fondos de comercio bancarios de aquellas entidades que desean dejar de operar en el mercado argentino. El propósito de este trabajo es reflexionar sobre la segunda de estas disposiciones, es decir, la ley de transferencia de establecimientos comerciales, en lo que tiene que ver con la transmisión de fondos de comercio bancarios.

2.- La Ley N° 11.867 [\[arriba\]](#)

Una de las definiciones más conspicuas que se ha dado del término ley, corresponde a Montesquieu, cuando en su célebre “Espíritu de las Leyes” expresaba que éstas últimas son “las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas[6].” Cuando una ley deja de ser un trozo de la realidad, cuando una ley deja de contenerla y reflejarla, se convierte en una incongruencia, un anacronismo. Esto parece ser lo que está ocurriendo con la vieja ley N° 11.867 (la “Ley”), esencialmente en lo que tiene que ver con los fondos de comercio bancarios. Lejos de constituirse en una apoyatura jurídica para una realidad tan vasta y compleja como es una hacienda bancaria, se erige más bien como una invitación a recostarse en el lecho de Procusto, invitación que además es cursada a través de términos vaporosos como valor llave, *aviamiento*, oposiciones y un vasto etcétera. Desde ya que esta aseveración no pierde de vista que estamos frente a una ley que fue creada en el año 1934, y concebida para otra realidad económica, para otro tipo de mercados y empresas[7].

2.1. Sobre el concepto y la naturaleza jurídica del fondo de comercio

Uno de los primeros dilemas que uno enfrenta a la hora de querer valerse de las disposiciones de la Ley para lidiar con la transferencia de un fondo de comercio bancario, es justamente el concepto y la naturaleza jurídica de este instituto.[8] Lejos está este tema de ser una mera peroración teórica, ya que presenta efectos prácticos mucho más profundos de lo que aparece a primera vista. Autores de la doctrina nacional se han referido al fondo de comercio como un “organismo con perfecta unidad”; otros hablan de “organismo activo”; autores de la talla de Zavala Rodríguez han hecho alusión a “apéndices del patrimonio con vida propia” que gira alrededor de su dueño y “se alimentan de su sangre[9]”, toda terminología cuanto menos de significación dudosa, que lejos de echar luz a la cuestión, traen en todo caso a la memoria al legendario conde Vlad Tepes de la lejana Transilvania.

Modernamente se define el fondo de comercio a partir del concepto de empresa[10], entendiéndose a ésta última como un conjunto complejo formado por tres elementos: uno objetivo, que es el fondo de comercio o la hacienda, otro subjetivo, que es el empresario -persona física o jurídica- titular del primero y, finalmente, uno inmaterial, que es la actividad de organización que desarrolla el empresario en relación a la hacienda, conocido como valor llave, elemento que a su vez sirve para lograr una acabada aprehensión del fondo de comercio, ya que muestra a las claras que lejos está este último de ser una mera yuxtaposición anárquica de elementos, siendo más bien un todo armónico encaminado a la producción de bienes y servicios[11].

En cuanto a la naturaleza jurídica del primero de los elementos de la empresa, el fondo de comercio, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia nacional entienden que estamos frente a una universalidad jurídica de hecho[12], aún cuando no existe en nuestro ordenamiento una distinción entre *universitas factii* y *universitas juri*[13]. Este entendimiento generalizado no es un dato menor: significa que la transferencia de un fondo de comercio excluye ni más ni menos que los créditos, las deudas, los contratos y los inmuebles relacionados con él, lo que pone de manifiesto una profunda dicotomía entre la realidad jurídica y la realidad económica, que justamente persigue, la mayor parte de las veces, transferir esos elementos junto con el fondo de comercio[14]. En otros términos, por no existir un régimen legal específico que le otorgue unidad en el plano jurídico, la *traditio in corpore* del todo hacendal, no produce por sí la transmisión de los bienes ni de los pasivos, que no forman parte de aquel y están sujetos a un régimen de transmisión específico[15]. Esta falta de unidad jurídica provoca numerosos inconvenientes en la práctica para transferir el fondo de comercio de una entidad financiera mediante el esquema actual contenido en la Ley.

El análisis del balance contable de una entidad financiera revela que del lado de los activos, los elementos más importantes son los créditos (personales, prendarios, hipotecarios y leasings), y del lado de los pasivos los depósitos a la vista (cuentas corrientes y cajas de ahorro) y los plazos fijos[16]. Conforme a la comprensión generalizada antes descrita de hacienda, ninguno de estos elementos se encuentra incluido en una transferencia de un fondo de comercio bancario, salvo que expresamente se establezca lo contrario y que, además, se cumplan con las disposiciones que sobre cesión de créditos y cesión o delegación de deuda establece el Cód. Civ.[17]. En efecto, la ley común establece en relación a un contrato de cesión que éste se perfecciona con el mero consentimiento de las partes[18], pero para terceros que no son parte de ese acuerdo pero tienen un interés en él, en especial el deudor cedido[19] y los acreedores del cedente, instaura un régimen de publicidad conforme al cual se debe notificar de manera fehaciente al deudor o bien obtener su consentimiento, y en el caso de los acreedores del cedente se establece un requisito aún más riguroso, que es la notificación por acto público. En lo que respecta a las deudas, las exigencias son aún mayores. Existen dos figuras: la cesión de deudas y la delegación de deudas, dependiendo de que haya o no *animus novandi* entre las partes contratantes. Si existe intención de novar, es decir de extinguir la relación obligacional primigenia para dar nacimiento a una nueva obligación, entonces estaremos ante una delegación de deuda[20], mientras que si no existe y lo que se persigue es que la misma obligación persista pero ahora en cabeza del cesionario, la figura será la cesión[21]. Lo que tienen en común ambas figuras es que para que ocurra la liberación del deudor original, es menester el consentimiento expreso por parte del acreedor, ya que de lo contrario, por imperio del art. 814 del Cód. Civ., el deudor primero no se habrá liberado si no que se habrá sumado un nuevo deudor a la relación obligacional como refuerzo de garantía, existiendo en un caso acumulación de deuda y en el otro, delegación imperfecta[22].

Para incluir los créditos y las deudas de una entidad financiera en la transferencia del fondo de comercio al cual se encuentran vinculados, es necesario, entonces, no solo una estipulación expresa que así lo establezca, sino además cumplir con las disposiciones que la ley común estipula en cuanto a su transmisión. Las notificaciones y la obtención de los consentimientos que exigen el Cód. Civ. acarrear un engorro administrativo al igual que un impacto en términos de costos (operativos, de inscripción registral e inclusive de índole impositiva), que suelen trasladarse al precio de cualquier operación[23]. En el caso de los créditos, una salida práctica es no realizar notificación alguna y recurrir en cambio al otorgamiento de un poder especial, en base al cual el cedente le confiere al

banco cesionario dos facultades: de notificación e inscripción registral, cuando resulte necesario (hipotecas, prendas y leasings que recaen sobre bienes registrales), las que sólo son ejecutadas ante el incumplimiento de un deudor bajo alguno de los préstamos, es decir, únicamente cuando se debe ejecutar un crédito[24]. Por lo demás, no queda más remedio que asumir el riesgo y el contrato sólo se completa entre las partes. En lo que respecta a las deudas, la situación es un tanto más compleja. Como se adelantó, para lograr la liberación del deudor primigenio -que es justa y lógicamente el principal objetivo perseguido por el banco enajenante- se debe obtener la manifestación de voluntad expresa por parte del acreedor, que en el caso de un banco, está representado por un amplio universo de miles de depositantes y titulares de plazos fijos. La manifestación de voluntad en el caso de la cesión de los plazos fijos se suele obtener luego de ocurrida la transferencia y al vencimiento de los mismos, ante cada pedido de renovación por sus titulares, siendo por lo general un deber del banco adquirente, ya que será en definitiva quién mantenga la relación con los clientes luego de realizada la transferencia. La delegación de los depósitos a la vista es todavía más problemática. Una alternativa válida que se sirve de la moderna tecnología, es la obtención de los asentimientos a través de medios electrónicos, más precisamente, la red de cajeros automáticos. En efecto, en base al art. 917 del Cód. Civ. que establece que la expresión positiva de la voluntad puede manifestarse verbalmente (lo que desde ya no es recomendable por aquello de *verba volant, scripta manent*), por escrito (que es justamente lo difícil de conseguir), o por otros signos inequívocos, es que puede considerarse en base a esta última expresión, que el titular de un depósito ha manifestado razonablemente su voluntad positiva en cuanto a que se transfiera su acreencia, si es que aquella se obtiene por medio de una opción específicamente incluida en la operatoria de los cajeros automáticos a través de los cuales operan los clientes del banco vendedor. En este mismo sentido, el art. 1145 del Cód. Civ. permite que se considere manifestado expresamente el consentimiento, cuando dicha exteriorización deriva de signos inequívocos. La conducta inequívoca quedaría reforzada por el hecho de que en cada oportunidad en la que se realiza una transacción -ya sea a través de medios electrónicos o por ventanilla en una sucursal- se estaría informando al titular de la cuenta por escrito la transferencia a favor del banco adquirente de los fondos depositados en la cuenta (a través de una leyenda incluida en el ticket expedido por el cajero automático o en el comprobante de caja), poniendo en conocimiento del titular de los fondos dicha circunstancia, y ofreciéndole la posibilidad de retirar el dinero si no estuviera de acuerdo con dicha transferencia. Más aún, si se toma en cuenta que por el art. 1° de la Ley habrá ocurrido previamente una publicación de edictos y, adicionalmente, que es muy común que en estas transferencias de fondos de comercio bancarios tengan lugar intensas campañas de publicidad incluso anteriores a la operación, poniendo en conocimiento de los clientes la futura delegación o cesión de su crédito, lo que reforzaría el acto abdicativo realizado a través de un medio electrónico.

Párrafo aparte merecen las garantías, que no suelen tomarse en cuenta pero son de fundamental relevancia, tanto las emitidas a favor del banco enajenante como por éste a favor de terceros[25]. Por no estar incluidas en la transferencia del fondo de comercio bancario, se aplican idénticos principios que para los créditos y las deudas. Desde un punto de vista crediticio, son claves para el banco adquirente las garantías emitidas a favor del banco enajenante, ya que de otra forma, al empezar a operar con el fondo de comercio adquirido, seguramente se halle en incumplimiento ante el Banco Central si es que no se transfieren cuidadosamente las garantías porque habrán pasado solo los créditos, violentándose así la regulación de la autoridad de contralor, que sólo admite determinados niveles de concentración del endeudamiento en la medida que existan garantías preferidas que cubran la exposición con el deudor en cuestión[26]. No es tanto el caso de aquellas sujetas a ley argentina, ya que por aplicación de los arts. 523 y siguientes del Cód. Civ., siguen la suerte del principal, pero si el de las cartas de crédito documentario y *stand by's letters of credit*, tan propias de las empresas americanas, y de las garantías a primer requerimiento típicas de las empresas europeas, respecto de las que habrá que llevar adelante una revisión detallada para determinar si existe o no restricción para transferirlas, con la dificultad adicional de que precisamente a través de estos instrumentos se busca independizar a la obligación subyacente de la garantía, dotando a ésta última de un alto grado de autonomía[27]. En cuanto a las garantías emitidas a favor de terceros por el banco enajenante, son de aplicación los principios descriptos sobre cesión de deuda, debiendo destacarse la dificultad de obtener el asentimiento del potencial beneficiario en aquellas libradas a favor de entes gubernamentales.

Este galimatías a que da lugar la comprensión del fondo de comercio como una universalidad de hecho, es lo que nos ha impulsado a sostener en su momento de *lege ferenda* la posibilidad de considerar este instituto como un patrimonio de afectación[28].

2.2. Elementos más gravitantes de un fondo de comercio bancario

Apartándose del sistema suizo, alemán e italiano, que con distintos matices establecen un régimen de responsabilidad solidaria por las obligaciones relacionadas con el fondo de comercio, nuestra Ley ha seguido el modelo francés, que tiene otra orientación basada en un esquema de publicidad y oposiciones[29]. Dos son los fines esenciales que la norma en cuestión persigue: proteger el crédito de aquellos acreedores que han prestado al enajenante del fondo tomando en cuenta sus bienes constitutivos[30] y, por el otro, permitir al adquirente continuar con la explotación del fondo comprado, desligándose de las obligaciones vinculadas al mismo. Para cumplir tales propósitos, la Ley establece un sistema que está conformado por tres pasos fundamentales: en primer lugar, un régimen de publicación de edictos durante cinco días en el boletín oficial de la Capital Federal o la provincia que corresponda, y en diarios o periódicos donde funcione el establecimiento del fondo de comercio a transferir; en segundo lugar, un período de diez días durante el cual los acreedores del fondo pueden plantear oposiciones, y por último, un período de veinte días a lo largo del cual, el enajenante del fondo debe depositar en una cuenta especialmente abierta al efecto, un monto equivalente al de las oposiciones debidamente presentadas, a fin de que los presuntos acreedores puedan requerir un embargo sobre los mismos. Estos tres pasos o fases fundamentales de la Ley, están a su vez amparados por una disposición que instaura la responsabilidad solidaria del adquirente y el vendedor por cualquier quebrantamiento de sus previsiones.

La Ley no da una definición de fondo de comercio, sino que se limita a realizar una enumeración no taxativa de lo que considera son sus elementos más relevantes[31]. Esto implica que los operadores jurídicos pueden excluir algunos de los elementos expresamente mencionados allí e incluir otros. En el caso de un fondo de comercio bancario es posible destacar tres: la clientela, el *management*, y por último, la marca, en ese orden. En lo que a la clientela se refiere, y más allá de la vieja discusión instaurada por Vivante en cuanto a si puede o no existir propiedad sobre la misma[32], lo cierto que en el caso de los bancos es éste el elemento más gravitante, relevancia que se ve acentuada por la “cautividad” que se puede apreciar en la práctica de los últimos tiempos, sobre todo en lo que hace a la clientela de banca individual o *retail*, la que difícilmente abandona o se pasa a otro banco aún luego de ocurrida la transferencia. En lo que tiene que ver con el *management*, éste elemento está íntimamente relacionado con lo que se conoce como valor llave, ya que es justamente el que permite el desarrollo, el desempeño del fondo de comercio, a través del despliegue de la actividad de organización de sus componentes[33]. Por último, la marca, aún cuando en algunas operaciones la misma es excluida, sobre todo cuando el adquirente es un banco con una marca de ya reconocido prestigio en el mercado argentino o en el internacional.

Estos elementos gravitantes se reflejan en los contratos de transferencia como cláusulas de fundamental significación. En el caso de la clientela y sin perjuicio de que alguna doctrina sostiene que está implícita la obligación de no interdicción por parte del banco enajenante en cualquier transferencia[34], es usual incluir una cláusula de no competencia con un alto grado de detalle. Desde ya que debe respetarse el plazo permitido por la autoridad de aplicación (dos años actualmente). Cuando quién está vendiendo es un banco internacional, suele contemplarse una exclusión a la obligación de no competir que asume el vendedor, que tiene que ver con la actividad que se conoce como banca privada y *asset management*, y que está relacionada más específicamente con los ciento doce mil millones de dólares declarados que argentinos tienen en el exterior[35], lo que tristemente revela que lo más rentable del negocio bancario argentino estaría pasando por administrar dineros de argentinos en plazas foráneas más seguras desde el punto de vista económico y político. La otra cláusula que vale la pena destacar es la relacionada con los cuadros gerenciales, que se erige también en una suerte de cláusula de no competencia ya que se trata, en definitiva, de una obligación por parte del banco enajenante de no realizar una oferta laboral al *management*, al menos durante el máximo plazo permitido por la autoridad de aplicación.

2.3. Aspectos procesales de la Ley

2.3.1 La publicación de los edictos

El primer paso del acto de transferencia es entonces la publicación de los edictos en el boletín oficial que corresponda, y en un diario o periódico del sitio donde funcione el establecimiento. Esta fase inicial del proceso tiene dos objetivos: poner en conocimiento de los acreedores del fondo la intención del enajenante de transferir, y dar inicio a los plazos contenidos en la Ley.

Respecto de las publicaciones, debe destacarse en primer lugar que no se trata de cinco días de publicaciones sino de cinco publicaciones consecutivas. No es una sutileza, sobre todo en los casos en los que el fondo de comercio tiene presencia en varias jurisdicciones del país. Basta pensar en provincias como la Pampa y Neuquén, donde el boletín oficial se publica sólo una vez por semana, lo que convierte el plazo que inicialmente se pensaba de cinco días en uno de cinco semanas, siempre que no haya feriados de por medio. Como segunda reflexión en cuanto a este tema, debe destacarse lo que podría denominarse “colusión” entre ciertas direcciones generales de rentas y boletines oficiales provinciales. En efecto, cuando se solicita la publicación de un edicto en ciertos boletines oficiales, suele ocurrir que en un claro ejercicio abusivo y excesivo de sus facultades, éstos requieren la presentación de un certificado de libre deuda como requisito previo para realizarla[36]. Desde ya que el *onus probandi* recae sobre el banco enajenante, quién debe presentar todos y cada uno de los papelillos que acrediten el cumplimiento de sus obligaciones impositivas durante el plazo de prescripción que aplica a las mismas, a fin de colmar la avidez burocrática del caso y extendiendo, por lo general, los tiempos que inicialmente se tenían planificados. Por último, en cuanto a éste primer paso, debe remarcarse la ineficacia del sistema de publicidad vigente en la Ley. Son muy pocos los acreedores que tienen acceso a recónditas páginas de los boletines oficiales y diarios aún cuando sean estos de importante circulación. Con los medios electrónicos que hoy existen a disposición, como es el caso de Internet, se podría lograr un sistema de publicidad con una llegada más amplia y eficaz que el vigente, que verdaderamente cumpla con uno de los propósitos principales de la Ley: proteger el crédito.

2.3.2 Las oposiciones

El segundo paso fundamental en el proceso es el período de 10 días corridos durante el cual los acreedores del fondo pueden presentar sus oposiciones. El término oposición tiene una connotación poco feliz en el ámbito de la Ley: no es que un acreedor se opone a la transferencia de fondo de comercio, sino que se opone a que ella ocurra sin que se garantice adecuadamente su crédito. En otras palabras, lo que persigue el acreedor es un reemplazo de su garantía, que inicialmente estaba conformada por los bienes que forman parte del fondo que se está transfiriendo, y que como estipula el art. 5 de la Ley, será reemplazada por un derecho a obtener un embargo judicial sobre un depósito en una cuenta especialmente abierta al efecto, por un monto equivalente al de su crédito.

No cualquier acreedor puede presentar una oposición, ya que de otra forma estaríamos frente a una liquidación sin quiebra que no es ni de cerca el objetivo perseguido por la Ley. Conforme al art. 3°, el enajenante del fondo debe entregar al adquirente una nota enunciativa de los créditos adeudados. Para los acreedores, la ventaja de figurar en esa lista es que ante ese reconocimiento del vendedor, no están constreñidos a presentar oposición. Esta obligación del enajenante, sin embargo, se revela más bien como una expresión de deseos en la práctica, no solo porque su incumplimiento carece de sanción alguna[37], sino también porque ha sido reemplazada por lo que se conoce con el neologismo de *due diligence*. Antes de realizar una propuesta de adquisición, el presunto adquirente suele llevar adelante una revisión considerablemente pormenorizada de la situación financiera, contable, impositiva y legal del fondo que pretende, por lo que alcanza a conocer con alto grado de detalle quiénes son los acreedores del fondo, conocimiento que termina reemplazando la obligación establecida por el artículo en cuestión.

Siendo, entonces, que usualmente no se cumple con la obligación de entregar un listado con los acreedores, y que no cualquier acreedor puede notificar una oposición, surge la incógnita de quiénes son los acreedores que pueden hacerlo. De acuerdo al art. 8° *in fine*, solo pueden oponerse aquellos cuyos créditos proceden de “mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de los gastos generales del mismo.” Esta terminología cuanto menos confusa cuando se pretende aplicar a un fondo de comercio bancario, es la que ha permitido a autores de la estatura de Zavala Rodríguez afirmar que ya en el año 1934, con la aprobación de la Ley, se había incorporado a nuestro ordenamiento jurídico el concepto de patrimonio de afectación, al crearse dos tipos de acreedores, aquellos del fondo y los del titular del mismo[38]. Debe tomarse en cuenta, además, que es imprescindible que los acreedores que pretenden notificar su oposición, presenten los títulos de sus créditos o acrediten la existencia de ellos por asientos llevados con arreglo a las prescripciones del Código de Comercio.

Conforme a lo expuesto, quedan excluidos de lo que podría llamarse el universo de los acreedores facultados a oponerse, los acreedores particulares, por serlo del titular del fondo de comercio y no de este último, los acreedores eventuales[39] y, por último, los créditos litigiosos, por ser ilíquidos y en consecuencia inexigibles. Estratégicamente, cuando se analiza el período de oposiciones desde el punto de vista de los bancos que venden o adquieren un fondo de comercio, lo más relevante son los créditos litigiosos. Aún cuando el entendimiento de gran parte de la doctrina es que sus titulares no están facultados a oponerse, existen ciertas jurisdicciones provinciales con una opinión diametralmente opuesta, que no sólo aceptan este tipo de oposiciones sino que, además, otorgan embargos simultáneamente con el planteo de la oposición, haciendo caso omiso de los términos de la Ley y del código de rito aplicable. Una fuente común de oposiciones fundadas (pero infundadas) en créditos litigiosos son las pseudoacciones de clase, tan en boga en nuestros días, que reclamando montos millonarios intentan obstaculizar a como de lugar los procesos.

El planteo de una oposición no exige forma sacramental alguna, aunque desde ya es recomendable que al menos se haga por instrumento privado con fecha cierta. Hay quién ha sostenido que podría realizarse verbalmente; que puede presentarse anticipadamente antes del plazo de diez días estipulado por el art. 4° e incluso después del mismo[40]. Estas interpretaciones un tanto laxas son un solecismo que no debe ser visto con buenos ojos, ya que pretendiendo velar por el espíritu de la ley, dejan en el olvido su letra clara, y lo único que logran es crear incertidumbre, atentando contra la seguridad jurídica.

2.3.3 Los embargos

El planteo de las oposiciones da nacimiento al tercer paso fundamental del proceso, que es el plazo de veinte días corridos durante el cual, se debe depositar en una cuenta especialmente abierta al efecto en el Banco de la Nación Argentina o el Banco Ciudad, dependiendo de la jurisdicción, un monto equivalente al monto de las oposiciones, a fin de que los presuntos acreedores puedan obtener su embargo. Debe remarcarse que el depósito no se ha instituido en calidad de pago al acreedor, sino a efectos de asegurar su acreencia. La suma depositada es una garantía del crédito que se opone, en sustitución del establecimiento que se transfiere.

No debe perderse de vista que para obtener un embargo, deben cumplirse los dos requisitos básicos que manda el código de rito, esto es, el *periculum in mora* y el *fonus bonus iuris*, y debe existir, adicionalmente, voluntad del acreedor de presentar contra cautela de ser así requerido por el juzgador. Una cuestión que no queda clara en la práctica tiene que ver con los rechazos a aquellas oposiciones que son consideradas improcedentes, no en carácter de crédito cuestionable, sino por ser, por ejemplo, créditos litigiosos. El único camino que pareciera disponible ante un rechazo tal para el presunto acreedor, sería la vía común.

3.- Conclusión [\[arriba\]](#)

Sin perder de vista que se trata de una norma del año 1934, pensada para otra economía, para otro tipo de empresas, la ley de transferencia de fondo de comercio presenta en la práctica serias deficiencias que se erigen como obstáculos difíciles de salvar a la hora de valerse de sus preceptos para transmitir una hacienda, sobre todo bancaria. Es por ello que velamos por una reforma, que no sólo tome en cuenta aspectos puntuales, sino que parta de un entendimiento distinto de la naturaleza jurídica que hasta ahora se le ha atribuido al fondo de comercio, que considere a éste ya no bajo el nebuloso concepto de universalidad jurídica de hecho, sino más bien como un patrimonio de afectación, concepto hoy admitido expresamente en nuestro ordenamiento a partir de la sanción de la ley vulgarmente conocida como de fideicomiso.

[1]Borges, Jorge Luis, Obras Completas, Emecé editores, 2005, T 1, pág 411. Sebrelli explica que la teoría del eterno retorno no surge de la reflexión filosófica sino que del pensamiento mítico, y tiene su origen en las antiguas religiones asiáticas, en las primitivas cosmogonías de Empédocles y en los estoicos. Ver Sebrelli, Juan José, Martínez Estrada, Una Rebelión Inútil, Palestra, 1960, pág 37.

[2]Ver Brailosvsky, Antonio Elio, Historia de las Crisis Políticas Argentinas, 1880-1982, Un Sacrificio Inútil, Editorial Belgrano, 3ª edición, 1982.

[3]Basta citar como ejemplo que como consecuencia directa o indirecta de la última gran crisis sufrida por nuestro país (año 2001), entidades de capitales extranjeros como Scotiabank Quilmes y Banco Europeo Para América Latina (BEAL), dejaron el país, y otras de antigüedad casi centenaria decidieron dejar de operar o vendieron sus activos y pasivos a terceros (BankBoston N.A., Lloyds Bank, Banca Nazionale del Lavoro).

[4] Para una indagación de las causas que generan las crisis que periódicamente afectan a nuestro sistema financiero, Ver Marcos Moiseeff, “Crisis bancarias. Volatilidad y Ceguera”, Suplemento de Actualidad de La Ley del 08/08/2006, en el que se pone el foco en las causas exógenas, omitiéndose tal vez mencionar los desastres endógenos que se han cometido, que son los principales culpables de la desconfianza casi crónica que existe en nuestro país hacia la intangibilidad de los fondos depositados en el sistema financiero vernáculo.

[5]Aclaremos que se excluyen del presente análisis a los casos en los que la entidad financiera estuviere constituida bajo el ropaje de una sociedad anónima, en cuyo caso la solución lógica sería transferir el paquete accionario de control al interesado en adquirir la entidad financiera, materia que excede el marco del presente trabajo.

[6]Ver Poviña, Alfredo, Tratado de Sociología, Astrea, 1997, pág 137.

[7]Basta en este sentido visitar la discusión parlamentaria previa a la aprobación de la Ley. Ver Diario de Sesiones del Congreso Nacional, Cámara de Diputados, 1932, T V, 1934, T II, y Cámara de Senadores, 1933, T I y 1934 T I.

[8]Ver al respecto Saravia Frias Bernardo y Mazzinghi Marcos, “Transmisión de Fondos de Comercio”, publicado en La Ley del 30 de Marzo de 2007.

[9]Carlos Juan Zavala Rodriguez, Código de Comercio y Leyes Complementarias, Comentados y Concordados, Depalma, 1979, T II, pág 251. Ver también Jorge O. Zunino, Fondo de Comercio, Régimen legal de su transferencia, Astrea, 1982, págs 8 y 82 y Raymundo L. Fernandez y Osvaldo R. Gomez Leo, Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial, Depalma, 1993, T I, pág 394.

[10]Halperin Isaac y Butty, Enrique M., Curso de derecho comercial, Depalma, Volumen I, 4ta edición, pág 95.

[11]La noción de hacienda encuadra dentro de la doctrina de los objetos del derecho, la de empresario corresponde a la de los sujetos del derecho. La empresa, por su parte, constituye una calificación aplicada a la actividad desarrollada por el sujeto y entra en el campo de los hechos. Ver, Fontanarrosa, op. cit., p. 202.

[12]Ver Zavala Rodriguez, op. cit., pág 251, Halperin y Butty, op. cit., pág 93, Fernandez y Gomez Leo, op. cit., pág 407 y Fontanarrosa, Rodolfo O., “Derecho Comercial Argentino”, Zavalia Editor, 1997, 9ª edición, T 1: Parte General, p. 207, entre otros. Ver también fallo plenario de la Cámara en los Comercial, 12 de Mayo de 1938, LL, 10-662. Para un análisis detallado de las distintas teorías existentes en doctrina comparada sobre este instituto ver Fernandez y Gomez Leo, op. cit., p. 397 y ss y Fontanarrosa, op. cit., p 232 y ss, en donde se describen las teorías monista, de la personalidad jurídica, del patrimonio de afectación, y de la universalidad jurídica de derecho.

[13]Salvo una mención en la nota al artículo 2312 de nuestro Código Civil.

[14] Ver Le Pera, Sergio, “Cuestiones de Derecho Comercial Moderno”, Astrea, 1974, p. 72. Ver también Fernandez y Gomez Leo, op. cit., p. 397 y Zunino, op. cit., p. 10.

[15] Halperin y Butty, op. cit., pág 95.

[16]Esta enumeración no pretende ser taxativa: en los diferentes rubros del balance de una entidad financiera suelen incluirse otros activos (títulos públicos, LEBACs, NOBACs, créditos fiscales, etc.) y pasivos distintos a los arriba mencionados.

[17]Ver, en general, Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix, Derecho de las Obligaciones, Librería Editora Platense SRL, 1989, T II, p. 875 y ss y T III, p. 365 y ss y Lopez de Zavalia, Fernando J., Teoría de los Contratos, Zavala editor, 2ª edición, 1991, T 2 Parte Especial (1), pág 617.

[18]El carácter consensual del contrato de cesión se encuentra pacíficamente aceptado por la doctrina actual, aunque la redacción del artículo 1434 del Código Civil (en cuanto dispone que es necesaria la entrega del título) ha llevado a que por ejemplo Zannoni y Belluscio califiquen de “perturbadora” a la definición contenida en dicho artículo.

[19]Así lo ha establecido la CNCom, en pleno 18/04/75, La Ley, 1975-B-675, resolviendo que “el deudor cedido hasta la notificación o aceptación de la cesión, está comprendido en el concepto de terceros a que se refiere el artículo 1459 del Código Civil”.

- [20]Sería el caso de los depósitos a la vista.
- [21]Sería el supuesto de los plazos fijos.
- [22]Bueres, Alberto J. y Highton Elena I., Código Civil y Normas Complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, 1998, 2 B, p. 232.
- [23]Ya sea por el costo real de tener que incurrir en gastos de notificación y contacto con cada uno de los clientes para la obtención de los respectivos consentimientos o por el mero hecho de que las partes tengan que asumir el riesgo de adquisición del fondo de comercio sin haber dado cumplimiento a ese requisito formal, lo que genera una situación de incertidumbre e inseguridad que suele influir en el precio.
- [24]La ejecución judicial del crédito iniciada por el cesionario sin haber notificado previamente la cesión al deudor cedido, puede dar lugar a la interposición por parte de éste último de la excepción de falta de legitimación activa, obstaculizando así las posibilidades de cobro de dicho crédito.
- [25]A diferencia de los créditos y las deudas, las garantías figuran registradas contablemente en el rubro “cuentas de orden”.
- [26]En este sentido, puede citarse como ejemplo a la normativa del Banco Central de la República Argentina sobre “Fraccionamiento del Riesgo Crediticio” y “Clasificación de Deudores”, que exigen a las entidades financieras otorgar crédito de acuerdo a ciertos parámetros que tienen en cuenta la situación económica y financiera del deudor, pudiendo suplirse las eventuales deficiencias con garantías preferidas emitidas por terceros que si reúnan dichos requisitos mínimos.
- [27]En los casos de las cartas de crédito y stand by letters of credit serán de aplicación la Brochure 500 ICC, la Brochure 522 ICC (para las cobranzas), y la Brochure 400 ICC y ISP 98.
- [28]Ver Saravia Frias y Mazzinghi, op. cit.
- [29]Ver exposición del Senador por Salta Serrey cuando expresaba que “el sistema que acepta este proyecto es superior al de las leyes comerciales alemanas y suizas, que determinan que esta clase de negocios tienen una personalidad propia, autonomía como sujetos u objetos de derechos...” en Diario de Sesiones del Congreso Nacional, Cámara de Senadores, 1° de Agosto de 1933, pág 649. Ver también Le Pera, op. cit., págs 72 y 73.
- [30]Como señala Esparza, es una ley “de defensa del crédito, y como tal del derecho de propiedad del acreedor con garantía constitucional, según interpretación de nuestro máximo Tribunal.” Esparza, Gustavo A., Transferencia de Fondo de Comercio Ley 11.867, LL, 2005, p. 2.
- [31]Fontanarrosa, op. cit., pág 207.
- [32]Ver Vivante Cesare, La proprietà commerciale de la clientela, en Riv. Dir. Comm.” 1928 - I, ps 493 y ss, citado por Zavala Rodríguez, op. cit., pág 228, quién apoya la noción de Vivante en cuanto a que la clientela puede ser objeto del derecho de propiedad. En contra, Fontanarrosa, op. cit., p. 228 y Fernandez y Gomez Leo, op. cit., p. 428.
- [33]Por cierto que esta referencia no incluye los contratos de trabajo del personal que no forma parte de los cuadros jerárquicos o gerenciales. Al respecto, ver artículos 225, 226 y 228 de la Ley de Contrato de Trabajo y ver también, entre otros, Martorell, Ernesto E., La transferencia de la empresa: problemática laboral”, Depalma, 1993.
- [34]Ver Zunino, op. cit., pág 188.
- [35] De acuerdo a las cifras del Indec, los activos externos del sector privado no financiero son US\$ 134.000 millones. De estos, US\$ 22.000 son inversión extranjera directa de argentinos en el exterior. De la diferencia surgen los US\$ 112.000 millones restantes.
- [36]Por cierto que esta accionar constituye una franca violación de varios preceptos constitucionales, entre ellos el artículo 31 de nuestra Carta Magna, ya que la facultad de crear boletines oficiales no legitima a las provincias a imponer requisitos que van más allá de lo estipulado por la Ley. Ver, por ejemplo, el decreto N° 804/72 de la Provincia de Mendoza.
- [37]Ver Zavala Rodríguez, op. cit., p. 267, citando a Michelson.
- [38] Idem, p. 273. Zavala Rodríguez expresa que “están excluidos del régimen y beneficio de la ley 11.867 los acreedores particulares del comerciante, lo que rompe el sistema general de nuestro derecho, que no admite la divisibilidad del patrimonio”, para agregar en el párrafo siguiente que “esa disposición pareciera que da al fondo de comercio el carácter de “un patrimonio de afectación””.
- [39]Los créditos eventuales no incluyen los créditos condicionales, ya que en virtud del artículo 546 del Código Civil los titulares de los mismos pueden llevar adelante los actos conservatorios del caso, ni los créditos no vencidos.
- [40]Zunino, op. cit., p 351.