

Voces: ENTIDAD FINANCIERA ~ TRANSFERENCIA BANCARIA ~ FONDO DE COMERCIO ~ TRANSFERENCIA DE PASIVOS ~ TRANSFERENCIA DE FONDO DE COMERCIO ~ EMBARGO ~ PUBLICACION DE EDICTOS ~ TRANSFERENCIA DE ACTIVOS ~ FIDEICOMISO

Título: Transferencia de bancos

Autores: Saravia Frías, Bernardo Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 31/12/2007, 31/12/2007, 1 - LA LEY2008-A, 853

Cita Online: AR/DOC/3468/2007

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. — II. La Ley N° 11.867. — III. El artículo 35 bis de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526. — IV. Conclusión.

I. Introducción

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 aun peor aplicado, a un extremo proteccionista, defendido usualmente 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 Fragueiro 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 artículo 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 11.867 (Adla, 1920-1940, 524), 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 deseen dejar de operar en el mercado argentino. El fin de este trabajo es reflexionar sobre ambas disposiciones, cuyo principal punto de contacto es la protección de los acreedores, del crédito, elemento sustantivo para cualquier economía que pretenda alcanzar un desarrollo serio y sostenido.

II. La Ley N° 11.867

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 estas 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 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 Proculo, 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).

II.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 cuando menos de significación dudosa, que, lejos de echar luz a la cuestión, trae 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 esta 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 qué 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), aun 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 haciendal no produce por sí la transmisión de los bienes ni de los pasivos, que no forman parte de aquél 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 descripta 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 Código Civil (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 aun más riguroso, que es la notificación por acto público. En lo que respecta a las deudas, las exigencias son aun 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 artículo 814 del Código Civil, 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 sólo 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 Código Civil 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 quien 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 artículo 917 del Código Civil 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 aquélla 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 artículo 1145 del Código Civil 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 aun, si se toma en cuenta que por el artículo 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 sólo 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 artículos 523 y siguientes del Código Civil siguen la suerte del principal, pero sí 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 esta 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).

II.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 es 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 aun luego de ocurrida la transferencia. En lo que tiene que ver con el management, este 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, aun 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 quien 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.

II.3 Aspectos procesales de la Ley

II.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, quien 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 este 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 aun cuando sean éstos 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.

II.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 artículo 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 artículo 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 sólo 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 artículo 8° in fine sólo pueden oponerse aquellos cuyos créditos proceden de "mercaderías u otros efectos suministrados al negocio o de los gastos generales del mismo." Esta terminología

cuando menos confusa si se pretende aplicar a un fondo de comercio bancario es la que ha permitido a autores de la estatuta 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. Aun 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 den 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 quien ha sostenido que podría realizarse verbalmente; que puede presentarse anticipadamente antes del plazo de diez días estipulado por el artículo 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.

II.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 *fumus bonis 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.

III. El artículo 35 bis de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526

Habiendo analizado las implicancias del proceso de transferencia de fondo de comercio como vehículo que posibilita el desprendimiento voluntario de los activos y pasivos de una entidad financiera, nos abocaremos ahora a repasar los lineamientos que rigen la otra herramienta que nuestro ordenamiento jurídico pone a disposición para el caso de transferencia de entidades financieras en crisis: el procedimiento de exclusión de activos y pasivos previsto por el artículo 35 bis de la Ley N° 21.526 de Entidades Financieras ("Ley de Entidades Financieras").

A diferencia de lo que ocurre con el proceso de transmisión de fondo de comercio —en el que prima la voluntad de las partes intervinientes— el proceso de exclusión de activos y pasivos puede ser dispuesto por el BCRA prescindiendo completamente de la voluntad de la entidad enajenante de los activos y pasivos, admitiéndose tal intervención administrativa con la finalidad de resguardar el crédito otorgado por los depositantes a una entidad en dificultades.

A raíz de la crisis que afectó al sistema financiero argentino con motivo del denominado "efecto tequila" (1995/1996), el Congreso de la Nación introdujo mediante la sanción de las leyes 24.485 y 24.627 (Adla, LV-E, 6957; LVI-B, 1653) una serie de modificaciones a la Ley de Entidades Financieras dentro de las cuales se destaca la incorporación del artículo 35 bis, que habilita al Banco Central de la República Argentina ("BCRA") a implementar una serie de medidas en las entidades bancarias que se encuentren atravesando una situación crítica (41).

Los distintos apartados del artículo 35 bis confieren al BCRA una amplia gama de facultades, dotando al ente de contralor de herramientas variadas que se fundan en el "poder de policía financiero" y que pueden clasificarse en:

- (i) Facultades de reducción, aumento y enajenación del capital social (apartado I).

(ii) Facultades de exclusión de activos y pasivos y transferencia de los mismos a favor de otra entidad financiera (apartado II).

(iii) Facultad de solicitar la intervención judicial de la entidad en crisis (apartado III).

Es decir, que ante la ocurrencia de alguno de los supuestos previstos en el artículo 44 de la Ley de Entidades Financieras (42), el BCRA cuenta con un haz de aptitudes tendientes a resguardar el crédito y los depósitos bancarios, que van desde la posibilidad de ordenar la reducción o aumento del capital social del banco en cuestión (apartado I), pasando por la potestad de solicitar la designación de un interventor judicial para la entidad (apartado III), hasta la prerrogativa de excluir ciertos activos y pasivos (43) para transferir los mismos a favor de otra entidad, quedando autorizado a prescindir de la aplicación de la Ley 11.867.

Dada la amplitud y heterogeneidad de los remedios que el artículo 35 bis pone a disposición del BCRA, centraremos nuestra atención en la facultad de exclusión y transferencia de activos y pasivos regulada en el apartado II de la citada norma, por ser la que mayor grado de conexidad tiene con el objeto de estudio del presente artículo.

III.1 Exclusión y transferencia de activos y pasivos

Como ya se ha mencionado, el presupuesto de aplicabilidad del procedimiento de exclusión de activos y pasivos es el acaecimiento de alguna de las causales de revocación de la autorización para funcionar, contempladas en el artículo 44 de la Ley de Entidades Financieras.

Una vez que el BCRA hubiere advertido la configuración de la causal, tiene la facultad —pero no la obligación— de implementar la exclusión de los activos y pasivos, siendo dicha decisión inobjetable, salvo arbitrariedad o irrazonabilidad en su adopción (44). En este sentido, el BCRA puede revocar la autorización de la entidad para funcionar, sin necesidad de recorrer previamente el proceso de reestructuración si así lo juzgara conveniente, sin perjuicio de que dicha decisión podría ser impugnada si estuviere viciada por alguno de los defectos mencionados en el párrafo precedente.

Lo más común es que simultáneamente con la exclusión de los activos y pasivos, el BCRA disponga la suspensión provisoria y total de las operaciones, ejerciendo para tal fin la facultad otorgada por el artículo 49 de la Carta Orgánica del BCRA (45).

Los activos que vayan a ser excluidos pueden ser elegidos libremente por el BCRA, con la única restricción de que los mismos deben ser por un importe no superior a la suma del pasivo que también vaya a ser excluido de la entidad en crisis. A partir de la sanción de la ley 25.780 (Adla, LXIII-D, 3844) (46), queda claro que el criterio de valuación de estos activos es el contable, pero ajustado al valor neto de realización, y que los activos excluidos no pueden ascender a un importe superior al del pasivo que siga la misma suerte. La reforma vino así a atenuar el requisito de la equivalencia entre los activos y pasivos excluidos, exigiendo únicamente que el valor del activo seleccionado no sea superior al del pasivo excluido.

Respecto a los pasivos, el BCRA puede excluir aquellos que expresamente enumera el inciso b) del Apartado II del artículo 35 bis, y que básicamente consisten en los créditos de los depositantes mencionados en el inciso e) del artículo 49) y los créditos que el BCRA tenga contra la entidad bancaria y que estén definidos en el artículo 53 de la Ley de Entidades Financieras.

Antes de la reforma introducida por la Ley N° 25.780 a la Ley de Entidades Financieras, los depósitos mencionados en el inciso d) del artículo 49 eran también reputados como pasivos excluibles, lo que generaba no pocas discusiones doctrinarias en torno al orden de prelación de dichos pasivos, sobre todo en lo atinente a la yuxtaposición del privilegio "absoluto" de los créditos del BCRA y el privilegio "especial, exclusivo y excluyente" de los depósitos mencionados en el inciso (d) del artículo 49 (47).

A partir de la reforma del año 2003, los pasivos que pueden ser excluidos por el BCRA son los siguientes:

(i) Créditos mencionados en el artículo 49 inciso (e) de la Ley de Entidades Financieras: estos créditos gozan de privilegio general (salvo respecto de los créditos hipotecarios, prendarios y los laborales y en la medida en la que no hubieren sido constituidos por personas vinculadas directa o indirectamente a la entidad en crisis) (48) conforme al siguiente orden de prelación:

(a) Depósitos de personas físicas o jurídicas hasta la suma de \$50.000 o su equivalente en moneda extranjera, gozando de este privilegio una sola persona por depósito (49).

(b) Los depósitos constituidos por importes mayores al arriba mencionado, por el excedente de dicha suma.

(c) Los pasivos originados en líneas comerciales que hayan sido otorgadas a la entidad para facilitar el comercio internacional, con lo que acertadamente se busca tutelar a la operatoria de comercio exterior.

(ii) Créditos del BCRA mencionados en el artículo 53 de la Ley de Entidades Financieras: de acuerdo a este artículo, los créditos que el BCRA tuviere contra la entidad reestructurada gozarán de privilegio absoluto sobre todos los demás créditos, con las siguientes excepciones:

(a) Los créditos con privilegio especial por causa de hipoteca, prenda y los créditos otorgados conforme a lo

previsto por el artículo 17 inciso b), c), y f) de la Carta Orgánica del BCRA y aquellos otorgados por el Fondo de Liquidez Bancaria.

(b) Los créditos privilegiados emergentes de las relaciones laborales.

(c) Los créditos de los depositantes de acuerdo a lo previsto en el artículo 49 inciso e), apartados i) e ii).

Como puede apreciarse a simple vista, los únicos pasivos que pueden excluirse son aquellos que gozan de un privilegio, y esto encuentra su razón de ser en que la existencia de la preferencia legal constituye el presupuesto de razonabilidad de la solución paraconcursal (50) (si se admitiera la exclusión de pasivos a los que la ley no les asignara un privilegio de cobro, se vulnerarían ostensiblemente los derechos de los demás acreedores quirografarios, fulminándose así de nulidad a todo el instituto).

III.2 Equivalencia entre el activo y el pasivo excluido

Como ya se ha deslizado más arriba, el principio rector que campea en materia de exclusión de activos y pasivos es el de la equivalencia entre el importe del activo y el pasivo excluido (atenuado a partir de la reforma de la Ley 25.780), de suerte tal de que primero deben determinarse los pasivos, para después seleccionar los activos que serán excluidos y transferidos a la entidad adquirente, siempre por un valor contable que no sea superior al de los pasivos egresados.

El fundamento de esta equivalencia es la protección de los acreedores subordinados de la entidad en crisis (los que carecen de privilegio alguno) que podrían verse afectados en el supuesto de que no hubiere equivalencia entre el pasivo y el activo excluidos.

La equivalencia entre los valores contables de los activos y pasivos excluidos debería traducirse en un efecto patrimonial neutro sobre los activos y pasivos de la entidad en crisis, ya que se reduce la masa de activos, pero nunca en un importe superior a la reducción proporcional de los pasivos.

III.3 Transferencia de los activos y pasivos excluidos

La doctrina es conteste en que la transferencia de los activos y pasivos debe operarse cumpliendo lo que a tal efecto prevea la legislación civil y comercial, y que el acto administrativo a través del cual el BCRA dispone la exclusión no basta para tener por transferidos los mismos.

Idéntica solución propicia la Ley de Fideicomiso 24.144, cuyo artículo 12 dispone que: el carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos.

Es decir, que tanto para excluir el activo como para transferir el pasivo de una entidad financiera bajo el régimen del artículo 35 bis es necesario cumplir con lo que el ordenamiento jurídico de fondo disponga a tal efecto, resultando de plena aplicación las consideraciones que efectuáramos en la primera parte del presente trabajo, en la que se analizan las particularidades que rigen la cesión o delegación de las deudas, y la cesión de los créditos y principales activos de las entidades financieras en el marco de una transferencia de fondo de comercio (queda exceptuado el requisito de tener que seguir el procedimiento previsto por la Ley 11.867, ya que así lo dispone expresamente el inciso a) in fine del apartado V del artículo 35 bis).

En lo que respecta a la exclusión de activos, dado que la normativa no limita al BCRA la elección de los activos excluibles, quedan comprendidos todas las cuentas del balance de la entidad, pudiendo por ende transferirse inmuebles, préstamos a terceros, bonos del Estado Nacional, etc. (51).

Lógicamente que la transmisión deberá realizarse atendiendo a la naturaleza de cada uno de los bienes, y cumpliéndose a tal efecto lo que disponga la normativa de fondo. En este sentido, huelga aclarar que los inmuebles deberán ser transferidos mediante la correspondiente escritura pública, tradición e inscripción registral (52), y los créditos a través del pertinente contrato de cesión, y —en su caso— la notificación al deudor cedido.

III.4 La figura del fideicomiso

La experiencia indica que hasta el día de la fecha, la utilización del fideicomiso financiero es la figura ampliamente escogida para instrumentar la exclusión de los activos y pasivos en los términos del artículo 35 bis de la Ley de Entidades Financieras.

Esta posibilidad se encuentra actualmente contemplada expresamente en la Ley de Entidades Financieras, ya que fue incorporada por la Ley 25.780, mediante el agregado que se efectuó al inciso (a) del apartado II del artículo en cuestión, el que prevé que podrán constituirse fideicomisos financieros con todos o parte de los activos de la entidad, emitiéndose uno (1) o más certificados de participación por valores nominales equivalentes a los pasivos que se excluyan.

Asimismo, el nuevo inciso (c) del apartado II de la misma norma contempla la posibilidad de transferir activos en propiedad fiduciaria a fideicomisos financieros en los términos de la Ley N°24.441, cuando sea necesario para alcanzar el propósito del presente artículo.

Una de las ventajas que presenta la utilización de la figura del fideicomiso consiste en que se refuerza el

manto de protección con el que cuentan los activos excluidos, ya que a la tutela brindada por el inciso (b) del apartado V del artículo 35 bis, se suma ahora el blindaje conferido por el artículo 15 de la Ley 24.441, que veda la posibilidad de agredir los bienes fideicomitidos por parte de los acreedores personales del fiduciante, del fiduciario y de los beneficiarios (en el caso de éstos últimos, sólo pueden accionar sobre los frutos de los bienes fideicomitidos).

De esta manera se refuerza el concepto de separación de patrimonios (el patrimonio de la entidad adquirente de los pasivos no se confunde con los activos que integran el fideicomiso) facilitándose la realización de los bienes fideicomitidos, sin intromisiones dilatorias u obstaculizadoras por parte de acreedores aviesos.

Esta operatoria se suele instrumentar de la siguiente manera:

CUADRO

1. El BCRA decide implementar el proceso de exclusión de activos y pasivos previsto en el artículo 35 bis y en consecuencia se produce la transferencia de ciertos activos de la entidad en crisis a favor de un fideicomiso financiero. Podrán transferirse al fideicomiso la totalidad o sólo una parte de los activos de la entidad reestructurada, con la particularidad de que el valor de los certificados de participación que sean emitidos por el fideicomiso no podrá ser superior al de los pasivos que sean excluidos.

2. El fideicomiso financiero emite un certificado de participación o título de deuda a favor de la entidad reestructurada, como contraprestación por la transferencia de los activos transferidos, y dicho certificado o título es excluido por el BCRA y transferido a favor de la entidad adquirente, como contrapartida por la asunción de los pasivos privilegiados. Es frecuente que se emitan al menos dos tipos de certificados de participación o títulos de deuda: (i) una categoría se emite por un importe no mayor al valor de los depósitos transferidos a la entidad adquirente y otorga a su titular el derecho de cobro preferente sobre lo que se obtenga una vez realizados los activos fideicomitidos, obviamente con el límite del monto de los pasivos excluidos, y; (ii) una segunda categoría de títulos que brindarán a su titular un derecho de cobro subordinado a la cancelación de los certificados mencionados en el acápite (i) precedente, y que estará destinado a satisfacer los pasivos no privilegiados (53).

3. La entidad adquirente asume los pasivos (depósitos previstos en el artículo 49 inciso e) y créditos del BCRA definidos en el artículo 53) que estaban en cabeza de la entidad en crisis, y a cambio recibe los certificados de participación o títulos de deuda, representativos de los derechos de cobro de lo que el fiduciario obtenga una vez realizados los activos afectados al fideicomiso.

Pese a las distintas etapas en las que se perfecciona, la constitución del fideicomiso y la exclusión de los activos y pasivos constituyen un proceso único, que goza de la protección brindada en los apartados IV y V del artículo 35 bis de la Ley de Entidades Financieras (54).

Este atributo del proceso es lo que torna inocua la discusión de si lo que realmente es excluido por el BCRA es el activo tangible de la entidad en crisis (los créditos, bienes, inmuebles, etc.), o si por el contrario primero se produce la transferencia de dichos activos al fideicomiso financiero, y una vez emitido el certificado de participación o título de deuda, lo que es excluido por BCRA son esos títulos (55). Cualquiera sea la postura que se tome al respecto, queda claro que ambas son etapas de un mismo proceso y que lo que se busca a través de este instituto es que al final del día se hayan emitido títulos de deuda o certificados de participación por un valor no mayor al de los pasivos transferidos a la entidad adquirente. Sin perjuicio de esto, la redacción del artículo 35 bis parecería inclinar la balanza a favor de la postura que sostiene que lo que es realmente excluido es el certificado de participación o título de deuda, ya que admite literalmente la posibilidad de transferir al fideicomiso todos los activos de la entidad en crisis, exigiéndose la equivalencia únicamente en lo que respecta a la emisión de los certificados de participación o títulos de deuda.

IV. Conclusión

Dos institutos prevé nuestro ordenamiento jurídico en relación a la transferencia de activos y pasivos de entidades financieras: la ley de transmisión de establecimientos comerciales, que da respaldo a las transmisiones consentidas, voluntarias, y el artículo 35 bis de la Ley de Entidades Financieras, que dota de una serie de facultades extraordinarias al Banco Central de la República Argentina ante la crisis de un banco.

La primera de estas normas, de vieja data, ha tenido su principal utilización en los últimos tiempos ante la decisión por parte de varias entidades financieras de terminar sus operaciones en el país, como resultado de la periódica ocurrencia de crisis que nos afectan, revelando un anacronismo y una vetustez que se refleja en un proceso encorsetado, signado por el engorro y la incertidumbre. A esta altura, parece haber ya cumplido su cometido primigenio y quizás exige una reforma para adaptarla a una realidad más vasta y compleja, al menos en lo que tiene que ver con el sistema bancario.

La segunda, por su parte, ha sido fundamentalmente utilizada frente a desarreglos puntuales de ciertas entidades bancarias, más bien producto de desaguizados de sus administradores. Es una norma reciente y en franca evolución, que ha demostrado utilidad y que seguramente seguirá mutando, adaptándose. Casi como un ejercicio académico queda por pensar que hubiese ocurrido si este instituto hubiere sido utilizado para intervenir

aquellas entidades financieras que presentaban una situación de liquidez y solvencia más apremiante a fines del año 2001, en lugar de las conocidas medidas que en una suerte de "fly to quality inverso" terminaron igualando hacia abajo todo el sistema.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) BORGES, Jorge Luis, "Obras Completas", Emecé editores, 2005, T. 1, pág. 411.

(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 MOISEEFF, Marcos, "Crisis bancarias. Volatilidad y Ceguera", La Ley Actualidad 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) Aclaramos 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", LA LEY, 30 de Marzo de 2007.

(9) ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos Juan, "Código de Comercio y Leyes Complementarias, Comentados y Concordados", Depalma, 1979, T II, pág 251. Ver también ZUNINO, Jorge O., "Fondo de Comercio, Régimen legal de su transferencia", Astrea, 1982, págs. 8 y 82 y FERNANDEZ, Raymundo L. y GOMEZ LEO, Osvaldo R., "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, 4ª 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", Zavallá 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, LA LEY, 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 este 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 sí 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, 1º 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, La Ley, 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, quien 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 éstos, 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 este 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 RODRIGUEZ, 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.

(40) ZUNINO, op. cit., p 351.

(41) AMBROGI, Guillermo, "La exclusión de activos y pasivos en la ley bancaria", LA LEY, 1998-B, 1191.

(42) Pedido de revocación de la autorización para funcionar efectuado por las autoridades de la entidad, afectación de la solvencia y/o liquidez de la entidad financiera, casos de disolución previstos en el Código de Comercio, etc.

(43) En el caso de los depósitos debe tratarse de los previstos en el artículo 49 inciso e) de la Ley de Entidades Financieras y de los créditos del BCRA (apartado II).

(44) Este criterio que ya había sido reconocido por nuestra jurisprudencia (CNFed. Cont.enciosadmin., sala III, 28/8/97, "Elí, José y otro c. Banco Central", 41.110-S, p. 467) ha sido plasmado expresamente en la Ley de Entidades Financieras a través de la incorporación del artículo 35 ter, en cuanto dispone que la oportunidad, mérito y conveniencia de los actos adoptados por el BCRA en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 34, 35 bis, 44 y 45 sólo serán revisables en sede judicial cuando hubiere mediado arbitrariedad o irrazonabilidad manifiestas.

(45) De acuerdo a lo previsto en este artículo, mientras dure la suspensión no se podrán trabar medidas cautelares ni realizar actos de ejecución forzada contra la entidad, siendo nulos los compromisos que aumenten los pasivos de la entidad en crisis.

(46) Publicada en el Boletín Oficial el 08/09/2003.

(47) La redacción confusa e incoherente que el inciso en cuestión exhibía antes de su derogación llevó a que algunos autores (AMBROGI, ob. cit.) sostuvieran que en rigor de verdad los depósitos contemplados en el artículo 49 inciso (d) de la Ley de Entidades Financieras carecían de privilegio alguno, ya que los encajes por efectivo mínimo habían sido reemplazados por los requisitos mínimos de liquidez, la mención a "otros fondos existentes" adolecía de una vaguedad e imprecisión que tornaba inoperante a dicho privilegio, y por último que la mención al privilegio sobre los fondos que ingresaran como consecuencia de la transferencia de los activos excluidos no hacía más que causar estupor y sembrar confusión, ya que teóricamente la contraprestación por el egreso de los activos estaba constituida por la asunción de los pasivos por parte de la entidad adquirente.

(48) En realidad, el artículo en cuestión sostiene que los privilegios no alcanzarán a los depósitos constituidos por las personas vinculadas (es decir, que en principio la exclusión abarcaría únicamente a los créditos mencionados en los acápites (a) y (b) precedentes, dejando subsistente el privilegio para los créditos que hubieren sido destinados a facilitar el comercio exterior (inciso (c) de más arriba), aunque somos de la opinión que también estos créditos deberían quedar excluidos del privilegio, ya que perfectamente puede ocurrir —y de hecho es muy frecuente que se de esta situación en la práctica— que la entidad en crisis se haya fondeado con su casa matriz o con alguna otra entidad vinculada para desembolsar operaciones de comercio exterior. No advertimos razón para quitar el privilegio a los depósitos constituidos por personas vinculadas y dejar subsistente el mismo en el caso de que esas mismas personas hubieren desembolsado un crédito con destino a la financiación del comercio exterior.

(49) Es decir, que en el supuesto de un depósito constituido a la orden conjunta de 2 personas, el privilegio deberá prorratearse entre ellas.

(50) AMBROGI, ob. cit.

(51) Idem.

(52) Arts. 1184, 577, y 2505 del Código Civil.

(53) MOISEEFF, Marcos - ESTOUP, Luis - del MAZO, Gabriel - ROISENZVIT, Alfredo B., "Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 25.780 en la Carta Orgánica del BCRA y la Ley de Entidades Financieras", Adla, LXIII-D,4915.

(54) Idem.

(55) Alguien podría sostener que si la transferencia de los activos al fideicomiso no tuviere como causa la exclusión dispuesta por el BCRA (sino la voluntad de la entidad reestructurada por ejemplo), la misma podría ser atacada por otros acreedores de la entidad en crisis, quienes podrían argumentar que dicha disposición se realiza durante el período de sospecha. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el inciso (c) del apartado V del artículo 35 bis prevé que "los actos autorizados, encomendados o dispuestos por el Banco Central de la República Argentina en el marco de este artículo que importen la transferencia de activos y pasivos o la complementen o resulten necesarios para concretar la reestructuración de una entidad financiera..., no están sujetos a autorización judicial alguna ni pueden ser reputados ineficaces respecto de los acreedores de la entidad financiera que fuere propietaria de los activos excluidos, aun cuando su insolvencia fuere anterior a cualquiera de dichos actos."