

## EL PATRIMONIO AFECTADO. LÍMITES A LA IRRESPONSABILIDAD

JUAN MARTÍN ODRIOZOLA

### PONENCIA

En el convencimiento de que es necesario mejorar la situación de los acreedores particulares del participante en una agrupación o del fiduciante no financiero frente a los regímenes legales analizados, pero atendiendo al mantenimiento y viabilidad práctica de los institutos en cuestión, creo necesario proponer soluciones que apunten a evitar su uso abusivo o innecesario, antes de dejar en manos de la Justicia—previo reconocimiento de la existencia objetiva de un fraude—la corrección de la injusticia descripta en estas líneas, lo que constituye una solución *ex post facto* y, además, poco práctica y reñida con la función preventiva de conflictos que debe inspirar a toda solución jurídica.

Así, y en orden a evitar el uso abusivo o fraudulento de los contratos de agrupación empresaria, considero conveniente jerarquizar el requisito impuesto por el art. 369, inc. 1º de la ley 19.550 respecto del “objeto” de la agrupación. Para ello deberá la Inspección General de Justicia retomar su carácter de fiscalizador de la legalidad de los contratos asociativos sometidos a su consideración y posterior inscripción, exigiendo que el objeto de las agrupaciones tenga la precisión que exige la transparencia y la buena fe mercantil<sup>1</sup> y que los aportes prometidos a tal efecto tengan una razonable concordancia con el objeto declarado.<sup>2</sup> Deberá tenerse presente a tal efecto, que a diferencia de la sociedad, la agrupación apunta al interés particular de los participantes,

<sup>1</sup> Téngase en cuenta que la exigencia de inscripción—y por ende de publicidad aunque la ley no lo dice—es para proporcionar información correcta a los terceros, puesto que resulta evidente que los partícipes del contrato no se enteran por ese medio de su finalidad.

<sup>2</sup> La Inspección General de Justicia ha perdido la sana costumbre de observar los objetos indeterminados u omnicomprendivos de las más diversas actividades, que se prometían estatutos modelo de sociedades mínimas constituidas por cónyuges y con capital mínimo, cuya insinceridad resultaba evidente.

no a su satisfacción por la vía del cumplimiento del objeto social, mediante la intervención del ente en el mercado, pudiendo resultar las "ventajas económicas" cualquier tipo de beneficio, no necesariamente emergente del lucro dinerario de una determinada actividad común.<sup>3</sup> Ello, obviamente, minimiza los requisitos de capital de trabajo.

En materia de fideicomisos, y ya con un sentido más profundo y amplio, sería harto conveniente para evitar su innecesaria constitución adoptar legislativamente la "sociedad unipersonal" o la "empresa individual de responsabilidad limitada" tal como lo han hecho múltiples legislaciones del mundo, lo ha propuesto el proyecto de unificación legislativa aprobado por la Cámara de Diputados y lo reclamaron o admitieron —en general— diecinueve ponencias<sup>4</sup> presentadas en el congreso que nos precedió. Téngase en cuenta que bajo cualquiera de las dos formas propuestas continuará el patrimonio afectado en cabeza de su titular original, o bien incorporará éste a su patrimonio "general" el elemento —acción, cuota parte, etc.— representativo de su titularidad, ejecutable por sus acreedores particulares.

No dudo que tal solución<sup>5</sup> hará desaparecer la "necesidad" de constituir fideicomisos en beneficio propio del fiduciante, presuntamente fundados en el legítimo interés de no someter a un patrimonio familiar o personal a los avatares de una actividad económica a la cual no contribuye. En el peor de los casos, su constitución de un fideicomiso bajo tal excusa —existiendo el remedio que propongo— podría importar un indicio respecto de la intención del fiduciante de perjudicar a sus acreedores, facilitando el éxito de la dificultosa "acción de fraude" que les proporciona la ley como única defensa.

<sup>3</sup> Así, y ejemplificando por vía del absurdo, no será necesario que cada participante aporte el campo de 20.000 has donde tiene un silo, si se agrupa con otros acopiadores para coordinar tareas y procedimientos de elevación y almacenaje —o administrativos— para poder beneficiarse con una mayor transparencia en su competencia u optimizar la fungibilidad del cereal depositado en manos de cada uno de ellos a los efectos de facilitar compensaciones o permutas. Tampoco será necesario aportar la fábrica de productos químicos si la colaboración se centrará en la investigación científica, etc.

<sup>4</sup> Son sus autores: GULMINELLI, Ricardo; SALERNO, Marcelo; MIQUEL, Juan L.; RICHARD, Efraín; OLIVERA, Noemí; KLEIDERMACHER, Arnoldo; PÉREZ HUALDE, Fernando; ARAYA, Miguel; BARREIRO, Rafael y TURRÍN, Daniel; FAVIER DUBOIS, Eduardo (p); ARMOUNI, Alberto; LLOVERAS DE RESK, Brizuela y otros; BUGALLO, Castaño y POZIO MEK (ROU); KURODA, Kiyohiko (Japón); MASCARDI y MONTENEGRO (ROU); Cámara de Sociedades Anónimas; UANINI DE TOSELLO, María del Carmen; MONTESI, Víctor y ROVERE, Marta. Daniel VÍTOLO fue el único que se manifestó en contra.

<sup>5</sup> Dejo a salvo, a este respecto, mi preferencia por el régimen de la "empresa unipersonal de responsabilidad limitada" y no por la sociedad unipersonal. El tema excede el objeto de estas líneas.

## FUNDAMENTOS

1. Estas reflexiones pretenden constituir un llamado de alerta, más que un análisis técnico o dogmático referido a alguna institución jurídica, frente a una situación de desequilibrio que se advierte en la actual tendencia de nuestra legislación mercantil.

La etapa que vive el país —en tanto propone una apertura y acercamiento a la comunidad internacional, y más allá de la transformación estructural originada a partir de la ley de Reforma del Estado, de emergencia económica y del proceso privatizador—, tiene exteriorización concreta en normas que: (i) buscan integraciones de carácter regional (el Mercosur); (ii) reconocen la necesidad de Defensa de la Competencia (ley 22.262) y del Consumidor (ley 24.240); (iii) regulan institutos como el fideicomiso y el *leasing* (ley 24.441); (iv) actualizan el régimen de los fondos comunes de inversión (leyes 24.083 y 24.441); (v) modifican el proceso falencial (ley 24.522); (vi) facilitan la enajenación de las participaciones estatales mayoritarias en las sociedades (derogación art. 313 ley 19.550, ley 24.522), etcétera.

Una interpretación armónica de la legislación reseñada nos exhibe (a) un interés prioritario en dotar a los agentes económicos de las más modernas herramientas incentivantes de la inversión privada y de la concentración de capitales para su aplicación a fines productivos y, (b) como contrapartida —aunque con menos éxito— una cierta preocupación por incrementar la protección del público en general, destinatario de las consecuencias económicas (bienes o servicios ofertados) de la pretendida expansión de los negocios.

En el campo jurídico, tales normas exhiben también una tendencia a la admisión de los “patrimonios de afectación” o “especiales”<sup>6</sup>, la cual —por carecer nuestro derecho de un reconocimiento legislativo expreso de carácter general respecto de los mismos<sup>7</sup>— genera el problema que nos ocupará.

2. Surge como un “olvido” de la actual legislación tendiente a dotar a la actividad económica de herramientas modernas, el tratamiento de la situación del acreedor particular de quien a ellas recurre.

La necesaria protección legal del “crédito” —objetivo rector del derecho mercantil— debe ser entendida en sentido amplio, atendiendo (i) tanto a la promoción de

<sup>6</sup> Excede el marco de estas líneas atender a la discusión que sobre la universalidad y unicidad patrimonial se planteara desde la época de la codificación. Ver LLAMBIAS: *Tratado de Derecho Civil*, t. II, ed. 1980, pp. 193/9, pero sí recuérdese que el “patrimonio general” es único e indivisible.

<sup>7</sup> Ténganse presente los intentos que en tal sentido constituyen la proyectada reforma al art. 1º de la ley 19.550 que introduce el proyecto de ley con sanción de la H. Cámara de Diputados sobre unificación de la legislación civil y comercial (proy. art. 1661, Cód. Civil) y la intensa dedicación doctrinaria a la consideración de la sociedad unipersonal puesta de resalto, por ejemplo, en el V Congreso de Derecho Societario de Huerta Grande. Córdoba, 1992.

la inversión por vía de ofertar mecanismos de concentración de capitales<sup>8</sup>, a incrementar la transparencia de los mercados<sup>9</sup> o a conceder ciertas garantías en materia de previsiones<sup>10</sup>, (ii) como a la necesidad de que el sistema jurídico siga colocando en cabeza del deudor el problema de la insolvencia o el incumplimiento y no a la inversa, como nos sucedió hasta no hace mucho gracias a las elevadas tasas de inflación y la desorganización económica que de ellas se desprendía.

Si bien es obvio que nada suplirá, en esta materia como en cualquier otra, a la prioritaria trascendencia de la buena fe y la diligencia del buen hombre de negocios, no es menos cierto que el derecho debe proporcionar los mecanismos que las suplan ten con la mayor eficiencia posible, en aras a preservar el concepto de justicia.

Rige en nuestro país un régimen registral de ciertos componentes patrimoniales y de situaciones especiales de las personas a cargo de organismos públicos—Registros de la Propiedad Inmueble y de la Propiedad Automotor— que desnuda enormes falencias simplemente por falta de adecuación tecnológica o desidia<sup>11</sup> y se mantiene vigente el obsoleto mecanismo de la transferencia del fondo de comercio<sup>12</sup>, la suficiencia de la publicidad en el Boletín Oficial—de demostrada escasa lectura— para dar por conocidos determinados hechos, etcétera. La enorme cantidad de quiebras que se clausuran por falta de activo más allá de demostrar la existencia de un problema macroeconómico—estructural o coyuntural, da lo mismo— demuestra que las soluciones que proporcionan el derecho y los tribunales no son las mejores. Esta realidad nos obliga a admitir que el acreedor está expuesto a muy altos riesgos y, por lo tanto, que el “crédito” se encuentra seriamente afectado.<sup>13</sup>

3. En este contexto deben convivir hoy los mecanismos técnicos de afectación patrimonial, y no cabe admitir que su utilización importe un agravamiento de la situa-

<sup>8</sup> El caso, por ejemplo, de los fondos comunes de inversión o el fideicomiso y su versión “fideicomiso financiero”.

<sup>9</sup> Por vía de regulaciones y control de la Comisión Nacional de Valores, en orden a información y publicidad de los actos y resultados de las entidades a ella sometidas, la reglamentación de institutos como las OPA o las diversas formas de adquisiciones de la propiedad y el poder en organizaciones económicas, etc.

<sup>10</sup> Por la vía de la estabilidad macroeconómica, la regulación de las Pymes, la flexibilidad laboral, la disminución de la presión fiscal y la clarificación o simplificación del sistema tributario, etc.

<sup>11</sup> Fundadas principalmente en la falta de comunicación entre registros de diversas jurisdicciones, permitiendo así que el inhibido en la Capital Federal opere en el Gran Buenos Aires, por ejemplo; o que la captura de un delincuente que vive en Rosario pedida por un juez de Bariloche constituya una utopía; que la prohibición de salida del país funcione en el aeropuerto de Don Torcuato pero no en el de Ezeiza o en algún puesto fronterizo alejado; o cuantos más ejemplos de esa naturaleza nos proporciona la actividad judicial cotidiana.

<sup>12</sup> Ley 11.867 de 1934.

<sup>13</sup> Se llame “riesgo argentino”, escasa inversión, altas tasas de interés, o como se prefiera.

ción arriba descripta, por cuanto ello importará una mayor afectación del crédito y, en consecuencia, la generación de un círculo vicioso que llevará a una auto-exclusión de los propios mecanismos de la escena empresarial por falta de actividad que los justifique.

Entiendo convenientes algunas apreciaciones en orden a evaluar la situación de los acreedores que ven modificada la situación patrimonial de su deudor cuando éste recurre a tales instrumentos y a acotar la "irresponsabilidad" con que su normativa lo inviste.

Así:

- a. La transferencia de fondos de comercio, cuyo régimen legal pareciera técnica y conceptualmente perfecto, ha caído en desuso. Ello, a mi modo de ver, por cuanto tiene incorporada una presunción hoy irreal: que el precio de venta del fondo es superior al de todos los pasivos del vendedor, incluso los no vencidos<sup>14</sup>, y que —además— se paga al contado. Desde el punto de vista patrimonial, en el caso no habría sustracción alguna a la garantía común de los acreedores, ya que el precio de la compra reemplaza —en teoría hoy poco creíble— el valor del fondo enajenado.
- b. La participación en un fondo común de inversión, al igual que en un fideicomiso financiero<sup>15</sup>, otorga al fiduciante bienes en contraprestación —sean cuotapartes o certificados de participación— que se encuentran en el comercio, son susceptibles de apreciación pecuniaria y atacables por sus acreedores particulares. De tal manera, y más allá de la inexistencia de una transferencia en propiedad de los bienes escindidos del "patrimonio general" del deudor, no existe respecto de sus acreedores modificación de la garantía que él mismo significa, aún cuando los bienes aportado resulten intangibles.
- c. Muy distinto es el caso de las agrupaciones de colaboración empresarial y del fideicomiso "común", caso en el cual "salen" bienes del patrimonio del deudor para volver a muy largo plazo si no se pierden, en el supuesto de la agrupación, o tal vez para no volver cuando hay un tercero beneficiario del fideicomiso. Queda así disminuída la "garantía común" sin contrapartida computable.
  - c.1. A pesar de su reconocimiento legal por inclusión en el régimen societario efectuada por la ley 22.903, en el año 1983, las agrupaciones de colaboración han tenido poca aplicación —o casi nula— por parte de nuestro empresariado, a diferencia de lo que ha sucedido en otros países de regímenes jurídicos similares al argentino<sup>16</sup>, aún cuando ha despertado interés en los juristas<sup>17</sup>. De

<sup>14</sup> Arts. 3, 4 y 8 ley 11.867.

<sup>15</sup> Art. 1º ley 24.083 modif. por art. 78 ley 24.441 y art. 20 ley 24.441.

<sup>16</sup> Según ZALDÍVAR, MANOVÍL y RAGAZZI: *Contratos de colaboración empresarial*, Abeledo-Perrot, 1986, p. 20, entre 1968 y 1982 se inscribieron en Francia 31 14 *groupement d'intérêt économique*.

<sup>17</sup> En el V Congreso de Derecho Societario, Huerta Grande, Córdoba, se presenta-

cualquier manera, es dable pensar que las nuevas condiciones económicas derivadas de la reforma estructural operada en los últimos tiempos, constituirán campo propicio para la celebración de estos acuerdos. Así, el problema que nos ocupa tendrá vigencia práctica.

El art. 367 de la ley 19.550 establece que estos verdaderos patrimonios de afectación "no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho".<sup>18</sup> De tal manera, los bienes aportados por sus integrantes al denominado "fondo común operativo" no salen de su patrimonio y no requieren, por lo tanto, una contrapartida en dinero o títulos o cualquier otra forma de representar o valorizar su participación.

Sin embargo, y a similitud del art. 2614 del Cód. Civil Italiano, el art. 372 de la Ley de Sociedades excluye a los bienes aportados de la prenda común de los acreedores del aportante, por todo el plazo que dure la agrupación, sin prever mecanismo de oposición alguno durante el trámite de inscripción.

De este modo, y salvo el ejercicio de la acción de simulación o de la pauliana, cuyas dificultades procesales y probatorias obvio señalar, los acreedores de un comerciante acuciado por sus deudas deberán ver impávidos como se esfuma la garantía patrimonial en pos de una pretendida "colaboración empresaria" basada en las elásticas motivaciones que introduce el art. 369 de la Ley de Sociedades.<sup>19</sup>

c.2. En torno al fideicomiso no financiero, la cuestión es similar o aún peor.<sup>20</sup>

ron 17 ponencias agrupadas bajo el título "Contratos de colaboración y asociativos". De todas ellas, sin embargo, sólo una —la de los Dres. Jorge A. MIEREZ, Marisa RAMETTA y Cruz MIEREZ— se refiere al tema que aquí nos ocupa, cuyas recomendaciones analizaremos.

<sup>18</sup> A diferencia de lo que dispone el art. 3º de la Ord. 67-821 del 23/9/67 en Francia al crear los GIE (*groupement d'intérêt économique*), antecedente principal de la Agrupación Europea de Interés Económico en vigencia desde 1989; o el art. 1º de la ley 12 de 1991 para las "Agrupaciones de interés económico" en España, que tienen reconocida personalidad jurídica mercantil; o el art. 489 de la ley 16.060 de la República Oriental del Uruguay: "Será persona jurídica".

<sup>19</sup> Tal vez una de las mayores dificultades del instituto radique en lo indefinido de su objeto: En Argentina, "facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o (de) perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades"; similarmente en Italia (art. 2602 Cód. Civil) *organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese*; en Francia (art. 1º, ord. 67-821, ley 89-377, 13/6/89) *en vue de mettre en oeuvre tous les moyens propres a faciliter ou a developper l'activité économique de ses membres, a améliorer ou a accroître les résultats de cette activité*; en España (art. 2º, ley 12 de 1991) para "facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios"; en Portugal (dec.-ley 430/73) el objeto es *melhorar as condicoes de exercicio ou de resultado das suas actividades económicas*; en Uruguay (art. 489, ley 16.060) para "facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros o mejorar o acrecer los resultados de esa actividad", por el tiempo que su deudor quiera.

<sup>20</sup> Tómese nota del sesgo negativo que, en general, atribuye MOSSET ITURRASPE (*Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Ediar, 1975, pp. 215/6) a los negocios fiduciarios.

A su respecto son válidas las consideraciones efectuadas precedentemente en tanto tampoco constituyen sujeto de derecho ni importa su constitución una enajenación del dominio del deudor sobre sus bienes, resultándole aplicable el régimen del "dominio imperfecto" del Cód. Civil, cuyos arts. 2670 a 2672 agravan aún más la situación del acreedor que por imperio del art. 15 de la ley 24.441 se ve impedido de ejercer sus derechos por un determinado plazo. Y la mayor gravedad de su situación resulta clara a poco que recordemos que, al vencimiento del período de "espera", el acreedor podrá ver como el patrimonio —en vez de volver a su deudor— pasa al beneficiario en forma definitiva.

4. *Las soluciones dadas.* Descartando la innecesaria referencia que incluye el art. 15 de la ley 24.441 a la acción de fraude, y aún la pauliana, cuya promoción tiene obvios condicionamientos —el primero de ellos los tiempos procesales que habitualmente convierten en ineficaces a los mejores resultados— debemos abocarnos a la proposición de soluciones. Ellas, empero, no deben pasar por el facilismo de inutilizar a los institutos analizados, cuya pertenencia a las "formas modernas" de actividad económica sería necio discutir.

En este sentido, y sin dejar de destacar su valor como primer llamado de atención sobre la cuestión, entiendo que las soluciones que propiciaron los Dres. Mierz y Rametta en el V Congreso de Derecho Societario<sup>21</sup>, consistentes en la aplicación al caso de los criterios que rigen (i) la inscripción del bien de familia y (ii) el régimen de transferencia del fondo de comercio, no resultan prácticas.

En primer lugar, por cuanto:

- a. La adopción del régimen del "bien de familia" haría incierta la obtención de los resultados beneficiosos buscados a través de la integración y optimización de medios que proponen las agrupaciones de colaboración empresarial, lo que las desalentaría. Piénsese que los integrantes de la misma deberían estar todos en igualdad de situación económico-financiera antes de constituir-la; o que deberían asegurarse de la existencia de bienes remanentes del participante en exceso de los aportados que alejen el compromiso de estos últimos por razón de deudas anteriores que, incluso, pueden no ser significativas. Finalmente, podría quedar en manos de un acreedor abusivo el éxito de la agrupación, desde el momento en que pretendiera cobrar su crédito sobre bienes aportados a la agrupación y no sobre los remanentes en el patrimonio "general" de su deudor.
- b. Algo similar sucedería si se pretendiera aplicar el régimen de transferencia de fondos de comercio. Pero en este caso, además, la inexistencia de un "pre-

<sup>21</sup> "El fondo común operativo de los contratos de colaboración empresarial frente a los créditos individuales de los acreedores de los participantes y las ejecuciones individuales". *Derecho societario y de la empresa*, t. 1, Advocatus, 1992, pp. 161/4. Ver nota 12 precedente.

cio” –ya que no hay compra ni en el caso de las agrupaciones ni en el del fideicomiso– haría inaplicable en sí mismo el mecanismo por imposibilidad de configuración de su supuesto de hecho principal: la transferencia en propiedad a cambio de un valor equivalente.