

(I)

1.-

(24)

CRISTAGNET-NAVAS

OPONIBILIDAD DE LA AFECTACION DE BIENES AL FONDO COMUN OPERATIVO EN LAS AGRUPACIONES EN COLABORACION.-

PONENCIA:

La intangibilidad de los bienes afectados al fondo común operativo en las agrupaciones en colaboración, frente a los acreedores particulares de los participantes, nace a partir de la inscripción del contrato respectivo en el organismo de contralor pertinente. Si los bienes afectados fueren inmuebles, derechos o muebles cuyo registro las leyes han impuesto en forma obligatoria, la publicidad deberá complementarse con la anotación registral de la afectación del bien al fondo, por el término establecido en el contrato y en sus prórogas.

FUNDAMENTOS:

El presente trabajo tiene por objeto abordar la problemática que introduce en el ordenamiento jurídico general la creación de una masa patrimonial de afectación en los contratos de agrupación en colaboración, a través del denominado "fondo común operativo".

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 369 inciso 6º LSC, el contrato constitutivo de la agrupación deberá contener, entre otros requisitos, "las obligaciones asumidas por los participantes, las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes"; a su vez el artículo 372 establece: "las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquieran constituyen el fondo común operativo de la agrupación. Durante el término establecido para su duración, se mantendrá indiviso este patrimonio sobre el que no pueden hacer valer su derecho los acreedores particulares de los participantes."

La razón para la existencia del fondo común operativo radica en la necesidad de sostener los gastos generales que demande la actividad de la organización (Ricardo A. Nissen Ley de Sociedades Comerciales, Abaco, Bs. As. 1985, Tomo 3 página 415) Ahora bien, el objeto genérico de las agrupaciones en colaboración consiste en "establecer una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros" (que pueden ser tanto sociedades como empresarios individuales) o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades" (art.367 1º parrafo LSC). Como puede apreciarse, dicho objeto está determinado no por el ejercicio de una actividad económica propia, de una nueva empresa en sentido estricto, distinta de las que ya son desarrolladas por los participantes, sino por la cooperación mutualística para lograr, mediante la organización común, mejores resultados, que habrán de reflejarse en los que obtengan los participantes a través de sus propias actividades, individualmente consideradas.

Esta distinción resulta normativamente reforzada por el artículo 368 1ª parte LSC, cuando dispone "la agrupación, en cuanto tal, no puede perseguir fines de lucro. Las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las empresas agrupadas o consorciadas." De esta forma también se busca establecer una clara distinción con los contratos asociativos de naturaleza societaria, regulados en el mismo cuerpo normativo, aún cuando tal distinción, en los hechos, pueda llegar a ser de difícil delimitación en ciertos casos.

Consecuencia lógica de lo expuesto es que, por regla general, las contribuciones al fondo consorcial son de modesta importancia en comparación con los medios que cada partícipe emplea para el ejercicio de su propia empresa (Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, LJA, Bs. As. 1979, Tomo 6, pag. 27, nº 11). Sin embargo, esto no es óbice para que resulten afectados al fondo consorcial bienes de alto valor económico, que, mientras hayan pertenecido al patrimonio personal de los partícipes, es decir, antes de su afectación, han quedado alcanzados por su condición de resultar parte integrante de la prenda común de los acreedores, inevitable aplicación del principio "quien se obliga, obliga lo suyo".

La incorporación de tales bienes al fondo común operativo implica una disminución de la garantía dada por esta prenda común, ya que conforme al mentado art. 372 LSC, los bienes pasan a integrar una masa patrimonial de identidad propia, que resulta insensible al poder de agresión de los acreedores particulares de los partícipes, y que habrá de mantenerse indivisa por el plazo que dure la agrupación.

Como se ha señalado por la doctrina nacional, el fondo común operativo constituye un verdadero patrimonio de afectación (Nissen, ob.cit. pag. 416; Julio C. Otaegui, Concentración Societaria, Abaco Bs. As. 1984, pag. 407, nº 240;), solución a la que ha acudido el legislador frente a la expresa negación que, en forma normativa, ha efectuado con relación a la personalidad jurídica de estas agrupaciones, de manera similar a la volcada por el artículo 2614 del Código Civil Italiano de 1942, para los consorcios con actividad externa (vease Remo Franceschelli, en "Consorti" comentario del codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro Quinto "del Lavoro", Zanichelli Soc. Ed. del Foro Italiano Bolonia-Roma, 1947, pag. 436.-)

Característica fundamental de los patrimonios de afectación constituye la autonomía que le otorga su destino, subordinado al cumplimiento de ciertos fines determinados, es decir, el elemento teleológico (en este caso, el fin perseguido por la agrupación) por sobre el elemento subjetivo (quienes componen la agrupación). A tal punto que se ha llegado a sostener que cuando un determinado fin económico social ha sido reconocido por el derecho como susceptible de imprimirse a los bienes, estableciendo cuales son las reglas propias de la responsabilidad patrimonial en el caso, resultará superfluo indagar quienes son, en última instancia, los propietarios de tales bienes (Franceschelli, ob.cit.,

2.-

pag. 437). La postura es propia de la llamada teoría objetiva del patrimonio, opuesta a la cual se encuentra la tradicional postura subjetiva, formulada por Aubry et Rau, que considera básicamente al patrimonio como atributo de la personalidad, asignándole el carácter de único e indivisible, no susceptible de ser fraccionado en masas separadas, pensamiento que influyó fundamentalmente en nuestra codificación.

La concepción clásica fue ya revisada por los juristas alemanes y franceses del Siglo XIX, y comienzos del XX (Windscheid, Saleilles, Plastara, etc.), sosteniéndose la posibilidad de la existencia de masas de bienes afectadas al cumplimiento de determinados fines, y, como consecuencia, la posibilidad de la multiplicidad de patrimonios, ya que era la idea de finalidad, y no la existencia de un sujeto titular de derechos sobre los bienes afectados, lo que otorgaba el carácter de unidad a tales masas. Se ha señalado correctamente que la teoría objetiva del patrimonio ha incurrido en un exceso, y es aquel de perder de vista que todo derecho tiene un titular, que no hay derecho sin sujeto, que no puede pensarse en un patrimonio general o especial que no tenga un sujeto: el sujeto es la condición esencial en la definición del patrimonio (Marcelo U. Salerno, El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1974, pag. 57, nº 51). Pero también resulta cierto que los ordenamientos admiten distintos supuestos en que se advierte la existencia de masas patrimoniales dotadas de sensibilidad diferenciada, con relación al principio general de la prenda común de los acreedores (bien de familia, peculios, patrimonio del ausente con presunción de fallecimiento, herencia recibida con beneficio de inventario, etc.).

De lo expuesto, se deriva el principio de que una misma persona puede ser titular de varias universalidades jurídicas, cada una de ellas con un activo y un pasivo propio, dado que la pluralidad de masas es una regla del derecho moderno, que no significa escindir un patrimonio, sino desprenderle ciertos bienes para darles una determinada afectación. De allí, que por un lado, encontramos que siempre detrás de todo patrimonio exista un sujeto, pero por otro que la responsabilidad patrimonial con relación a los bienes que resultan afectados, pueda desgajarse en distintas categorías que determinarán también distintas categorías de acreedores y que irán desde una amplia o residual hasta aquellas especiales o separadas. (Salerno ob.cit., Cap. 5, pag. 87 y sig.).

Como es carácter esencial del patrimonio su función de garantía, para determinar la situación del acreedor frente a las masas de afectación, resulta fundamental establecer cuales son los bienes contra los cuales podrá dirigir su poder de agresión para hacer efectivo su crédito. De allí que toda constitución o afectación de bienes a una masa patrimonial diferenciada de la garantía residual, deba ir acompañada de la pertinente publicidad, con la que se producirá la oponibilidad de la situación creada frente a los terceros que puedan quedar afectados.

Tal publicidad con el consecuente efecto de oponibilidad, en materia de los contratos de agrupación en colaboración puede ser contemplada

desde dos puntos de vista. En primer lugar, la ley manda la registración del contrato constitutivo en el Registro Público de Comercio (art. 369. 1º párrafo LSC), requisito que hace a la regularidad del agrupamiento (Ortaqui, ob.cit. pag. 396, n° 228; Nissen, ob.cit. pag. 402), es decir a la publicidad formal del contrato.

Pero además debe analizarse si esta publicidad resulta suficiente a los efectos de la afectación de los bienes al fondo común operativo, por cuanto desde el momento en que tal destino los sustrae del dominio del participante que contribuye con los mismos a la formación del fondo, y pasan a integrar una masa indivisa con sensibilidad propia, se vuelven inmunes al poder de agresión de los acreedores individuales de cada uno de los coparticipes, con la consiguiente disminución de la garantía patrimonial que antes ofrecían.

Careciendo de personalidad la agrupación como tal, y no existiendo patrimonio sin titular, cabe concluir que la indivisión del fondo común operativo está revelando una situación similar a la del condominio. Decimos similar y no idéntica por cuanto el fondo común puede formarse con la contribución de bienes de la más variada naturaleza, y no sólo por cosas muebles e inmuebles, (Código Civil art. 2674) pero también es indudable que las reglas del dominio originario que se hallaba en cabeza del participante resultan alteradas tanto por la imposibilidad de la sustracción posterior de los bienes al fondo común operativo como por la insensibilidad de éstos frente a sus acreedores particulares, al mismo tiempo que el carácter comunitario que le impone el fin de la agrupación, permite su disfrute por todos y cada uno de los demás coparticipes, durante el tiempo convenido y sus posteriores prórrogas. (Por otra parte las comunidades de bienes que no son cosas se rigen supletoriamente por las reglas del condominio.)

A una conclusión similar ha llegado parte de la doctrina italiana con relación a la situación de los bienes aportados en los tipos societarios desprovistos de personalidad jurídica. Así, por ejemplo, afirma Francesco Ferrara: "...sobre los bienes que se han aportado se establece necesariamente un condominio, pues falta el nuevo sujeto al que pudiera entenderse que se le transfiere la propiedad de aquellos bienes. Y para reforzar el vínculo social se adoptó una solución original, que consiste en la llamada autonomía patrimonial." Y agrega: "...si bien tales bienes son propiedad de los socios es una propiedad modificada en cuanto está afectada por la carga de un destino del que no puede apartarse y, por tanto, permanecen diferenciados de los demás bienes de los socios. Por eso el contrato de sociedad no produce sólo efectos obligatorios sino, además, efectos reales en cuanto que coloca a los bienes aportados en esta situación especial de estar destinados al ejercicio de la actividad social con efectos vinculantes para los terceros y para los mismos socios." (Francesco Ferrara (h) *Empresarios y sociedades*, Ed. Rev. de Dcho. Privado, Madrid, s.d., pag. 120/122, -los subrayados son nuestros-).

La doctrina nacional frente al texto del artículo 372 LSC ha seña-

3.-

lado la similitud de la solución adoptada con otros antecedentes de nuestro derecho positivo, el fondo común de inversión, (dice el artículo 1 de la ley 15.885 "A los fines de la presente ley, se considera Fondo Común de Inversión el patrimonio integrado por valores mobiliarios y dinero perteneciente a diversas personas, a las cuales se les reconocen derechos de copropiedad indivisa, representados por certificados." (Niessen, Ob. Cit. pag. 416, Otaegui, Ob. Cit. Pag. 407) y, la indivisión forzosa consagrada por los artículos 51 y 53 de la ley 14.394 (Villegas, Carlos Gilberto, Derecho de las Sociedades Comerciales, Abeledo Perrot, Bs. As., 1985, pag. 597.).

Otros autores, frente a supuestos de autonomía patrimonial similares al que analizamos, sostienen la existencia de una comunidad sin cuotas, de tipo colectivo, modelado bajo la influencia germánica de la propiedad en mano común (gesamte Hand). Puig Brutau define a esta figura en contrapartida de la comunidad romana o por cuotas, como aquella en que existe un vínculo personal entre los cotitulares al que se haya subordinada la misma relación real, que excluye la disposición separada de la parte, significando la cuota la demostración de que su titular forma parte de la comunidad a la manera de una expectativa para el caso de ruptura del vínculo personal. (Puig Brutau, Fundamentos de Derecho Civil, Bosch, Barcelona, Tercera Edición, 1979, T.III Vol. II pag. 6 y sig.)

Así Brunetti refiriéndose a los mismos supuestos de las autonomías patrimoniales en la sociedad simple, colectiva y en comandita simple señala: "...la dogmática, como sabemos, ha creído ver una relación de comunidad sui generis, desconocida por el derecho romano: la de la propiedad colectiva o de mano común, correspondiente a una pluralidad de personas..." "En la sociedad simple y en las demás de tipo personal el patrimonio pertenece, pues, al grupo. Los derechos relativos a éste no competen a A, B, C etc. sino a A, B, C, etc. en su conjunto. Ninguno de ellos posee una cuota de las cosas que componen el patrimonio, sino que es, en una determinada medida, cotitular del mismo." (Antonio Brunetti, Tratado de Sociedades, Uteha, Bs. As. 1960, T.I, pags. 400 y sgtes.)

Esta tesis, aceptable en los ordenamientos germano e italiano donde la figura de la comunidad en mano común es recepcionada siguiendo las aguas de una larga tradición cultural, choca con su falta de recepción en nuestro ordenamiento positivo, siendo muy discutidos en doctrina, los supuestos en los que se ha querido encontrar su aplicación (como la sociedad conyugal y la indivisión hereditaria, por ejemplo) Por otra parte, nuestro sistema de derechos reales establece que los mismos sólo podrán crearse por la ley, bajo formas tipificadas, (art. 2502, 2503, -2614 y concordantes del Código Civil). Estas razones nos llevan a descartar la aplicación de la figura de la comunidad en mano común y, vuelven preferible, el encuadramiento del fondo común operativo dentro del condominio con indivisión forzosa, elevando el plazo de la indivisión convencional previsto en el artículo 2693 del Código Civil a diez años, asimilándolo a las disposiciones de los artículos 51 y 53 de la Ley

14.394 para aquellos originados por causa de muerte. Por otra parte, como ya señaláramos, cualquiera sea la naturaleza de la comunidad establecida las normas del condominio serán aplicables en forma supletoria.

Atento a que la creación del fondo altera la situación de garantía general que ofrecían los bienes mientras integraban el patrimonio de los participantes frente a los acreedores particulares de estos, pensamos que tal afectación debe ser acompañada de la correspondiente publicidad, a los efectos de mantener la más indispensable seguridad en el tráfico jurídico. "la razón de ser de la publicidad de los negocios de los actos (cualquiera que sea el medio con el que se la realiza) reside en el hecho de que, con ella, crece el grado de seguridad de los terceros en orden a las relaciones jurídicas en general; en cuanto se evita que negocios y actos queden ocultos". Messineo, *op. cit.* Tomo II, pag. 393.

"Una universalidad de afectación no puede crearse arbitrariamente y por puro capricho o con miras a burlar derechos de terceros. Su constitución está reglada por la ley y los supuestos permitidos son limitados, encontrándose previstos taxativamente con un régimen jurídico particular. A fin de resguardar legítimos intereses de terceros la ley prevé medios adecuados de publicidad en la formación de una universalidad especializada. Como se trata de un caso de excepción todo aquello que se vincula con su nacimiento y disolución debe ser interpretado restrictivamente." (Salerno, *Ob.Cit.* pag. 90.)

La naturaleza de los bienes afectados resulta relevante a los efectos de establecer cual es el régimen de publicidad más adecuado. Pensamos que la distinción entre bienes registrables y no registrables resulta útil a estos efectos. Para los no registrables, la publicidad del contrato a través de su inscripción en el Registro Público de Comercio parece ser suficiente, si quien los afecta, detentaba su posesión a título de dueño y no se desprende de los mismos, la afectación denunciada en el contrato evidencia una modificación en su título. (art. 2462, incisos 3° y 6° del Código Civil). Más clara resulta aún la situación para el caso de haber hecho entrega material de la cosa a quien revista el carácter de administrador de la agrupación pues ello equivaldría a tradición (art. 577 y concordantes del Código Civil).

Con respecto a los bienes registrables la situación es más compleja, por la misma finalidad que persigue el sistema registral con respecto a las condiciones de titularidad y ejercicio de los derechos que recaen sobre tales bienes. De allí que la afectación de los mismos conlleve a que la publicidad de tal situación tenga o deba ser reflejada en el asiento registral correspondiente para que pueda ser eficazmente opuesta a terceros.

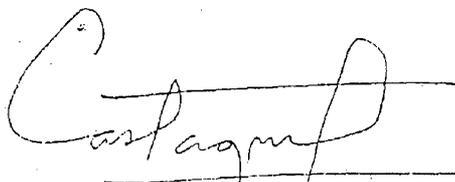
Con respecto a los bienes inmuebles el sistema publicitario encuentra su base en lo dispuesto por el artículo 2505 del Código Civil y su aplicación en las normas de la Ley 17.801. sobre los Registros de la Propiedad Inmueble. Señala el artículo 2 de esta ley "de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta

4.-

Ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) Los que constituyan, transmitan, declaren modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles..." Disposiciones similares gobiernan la publicidad registral de otros bienes como aeronaves, buques etc., destacándose que en otros como los automóviles el Registro es constitutivo, es decir, que el derecho real nace recién a partir de su inscripción en el mismo. (Decreto Ley 6582/58 artículo 1.)

Las formalidades del contrato constitutivo de la agrupación en colaboración también quedarán subordinadas a que por el mismo, se establezca ó no la afectación al fondo común operativo de un bien que requiera del otorgamiento de escritura pública (como los inmuebles, artículo 1184 Cod.Civ.) o de instrumento privado con firma certificada (art. 1º Decreto Ley 6582/58) a los efectos de armonizarlas con lo dispuesto en el artículo 369 LSC que faculta el otorgamiento del contrato por instrumento público o privado.

El sistema publicitario sólo habrá completado su íter, cuando una vez inscripto el contrato en el Registro Público de Comercio que corresponda según el domicilio de la agrupación se haya cumplido con la anotación de la afectación de los distintos bienes al fondo común operativo, procediéndose en cada caso conforme al régimen registral aplicable de acuerdo a la naturaleza del bien de que se traté. Hasta tanto no esté cumplido el procedimiento registral la afectación de cada bien en concreto no será oponible a los terceros interesados, quienes podrán hacer valer, hasta entonces, su poder de agresión patrimonial en aras de la satisfacción de sus créditos sin limitación alguna.



Claudio Alejandro CASTAGNET



Raúl Francisco NAVAS