

TITULARIDAD SOCIETARIA Y FIDEICOMISO

*Gladys Josefina Puliafito
Beatriz Mauri de González*

La concentración total de acciones, cuotas o partes de interés en poder de un sólo socio, viola formalmente el principio de pluralidad establecido en el art. 1 de la ley de sociedades comerciales.¹

FUNDAMENTOS

1. Introducción

La disparidad de opiniones planteadas en el último Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa realizado en Mar del Plata (noviembre de 1995) sobre la temática planteada, motiva la presente ponencia que pretende unificar criterios sobre la incidencia del negocio fiduciario en la sociedad comercial, analizada particularmente desde la órbita primaria de sus efectos en la titularidad de las participaciones societarias.

Partimos, para ello, de un especial supuesto donde media un contrato de fideicomiso ordinario, de administración o de garantía, con diversos objetivos o fines, esto es, como accesorio de un acuerdo de sindicación de acciones; como medio de asegurar un proceso de reorganización societaria; como garantía del saldo de precio de un paquete accionario de cuotas o de partes de interés, etc.; pero, que por su intermedio, los socios transfieran la propiedad fiduciaria a un fiduciario (sea éste al restante socio, o a un tercero) y que en virtud de dicha transferencia, se concentre en su mano la totalidad de las participaciones sociales.

2. Las características del dominio fiduciario de la ley 24.441 y la calidad de socio.

La ley 24.441 introduce en nuestro derecho la propiedad fiduciaria comprensiva de bienes determinados o determinables de un fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o a un tercero (fideicomisario).

Sea que consideremos al dominio fiduciario como una especie de dominio imperfecto (art. 71 Ley 24.441)², un nuevo derecho real³ o un patrimonio de

¹ En contra: Sandler, Max, quien sostuvo que dicha concentración no violaba la pluralidad de socios exigida por la ley. "Transmisión fiduciaria en la sindicación de acciones (la ley 24.441 y el "voting trust")" en el libro de ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Directores: Eduardo Favier Dubais (h) y Ricardo Nissen. (Ed. Ad-hoc, Bs. As., 1995) T.II, pág. 169.

² En tal sentido, López de Zavalía, Fernando expresa "Es dominio imperfecto pero dominio.. EL art. 11 de la ley sujeta la propiedad fiduciaria de las cosas a la reglas del Título VII, Libro III del Código Civil (dominio imperfecto) con las reformas introducidas por el art. 73 y 74 del Código Civil. Su imperfección resulta de

afectación administrado por el fiduciario ⁴, lo cierto es que la titularidad de las acciones se transmite al fiduciario y con ello, la titularidad y ejercicio de los derechos que surgen de su calidad o “status” de socio.

El “status socii” suele reconocerse como un conjunto de derechos, obligaciones, funciones y poderes que el socio tiene en la sociedad, esto es, que representa una noción y recurso técnico elaborada por la doctrina con el objeto de establecer la posición jurídica del socio en la sociedad⁵. La adquisición de dicho estado puede ser originaria o derivada; originaria, al momento de suscribir el contrato social, y derivada al adquirirse de un socio su participación societaria⁶. Si tal adquisición derivada deviene de un contrato de fideicomiso, ella se produciría a partir del momento de la efectiva transmisión de la propiedad fiduciaria con los requisitos establecidos en el art. 12 ley 24.441, el cual nos remite al cumplimiento de las formalidades que la naturaleza de las cosas así lo exigiere; debiéndose aplicar, pues, a las adquisiciones participacionales societarias las respectivas disposiciones estipuladas en la ley 19550 de acuerdo al tipo social de que se trate.

De este status de socio surgen derechos y obligaciones en razón del vínculo creado con la sociedad - sujeto de derecho- y con los restantes socios. Dichos derechos, a grandes rasgos pueden distinguirse en patrimoniales y políticos. Los primeros aluden a la participación económica del socio en la sociedad, consistiendo, entre otros, en el derecho a participar en las ganancias y en la cuota liquidacional. En tanto los políticos se refieren a la administración y gobierno de la sociedad - cuya magnitud y contenido varía según el tipo societario adoptado- y comprenden el control de la administración, la integración de los órganos societarios y la participación en las deliberaciones sociales con los derechos de voz y voto. Por su parte, las obligaciones derivadas del estado de socio consisten en la aportación, es

que está sometida a plazo o condición (art. 1 L.F.), y porque el dueño de la cosa goza del *uti, frui y abuti*, si bien de manera restringida”. “Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución hipotecaria y Contratos de consumición”. (Ed. Zavalla, Bs. As., 1996) pág. 70.

³ Al respecto se sostiene que “ se trata de un nuevo derecho real del titular fiduciario de la ley 24.441 con las siguientes características: es un derecho real similar pero no idéntico al derecho de dominio.....no es pleno, sino limitado en su esencia: el titular fiduciario lo es al sólo efecto de cumplir con los fines del fideicomiso. Predomina la limitación, el recorte de facultades....Más que un propietario parece emerger de la ley como un administrador de bienes ajenos.. Orelle, Armella y Causse: “Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción, Ley 24.441”, 2da Parte, pág. 76 y sgtes. También Fernández, Julio considera que hay un nuevo derecho real, puesto que es un dominio precario o interino y ello porque: “... 1. Altera el régimen de los frutos pues estos pertenecen al beneficiario (art. 1 y 15 L.F.) 2. Altera el régimen de dominio del Código Civil, imponiendo consecuencias del mandato. 3. Establece la obligación de rendir cuentas y la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. 4. Establece la obligación de reembolsar los gastos y la posibilidad de retribución por la gestión (art. 8 L.F.) 5. Prevé la remoción del fiduciario para el caso de incumplimiento de sus obligaciones (art. 9 L.F.) 6. Limita el poder de disposición a los fines del fideicomiso, constituyendo el marco objetivo de esa facultad. 7. Legitima al fiduciario para ejercer todas las acciones que correspondan a la defensa de los bienes fideicomitidos. Ello sería innecesario si se tratara de un verdadero dominus...Las características de este derecho real serían : 1. No es pleno, está sujeto a plazo y condición. 2. No es exclusivo, puesto que las acciones que nacen de él no le pertenecen en exclusividad (Art. 18 L.F.). 3. Puede ser privado de su propiedad por remoción judicial por causa de incumplimiento de sus obligaciones. 4. Carece del *ius fruendi* toda vez que los frutos son del beneficiario y del *ius abutendi* por la prohibición del art. 17 L.F. de disponer de los bienes fuera de los fines del fideicomiso”. En “Antecedentes históricos del fideicomiso”, en edición.

⁴ Entre otros, Giraldo, Pedro M. y Gómez Leo, Osvaldo: “Introducción al estudio del fideicomiso”. En Cuadernos de la Universidad Austral, No. 1: “Derecho Empresario Actual - homenaje a Raymundo L. Fernández”, (Ed. Depalma, Bs As., 1996), pág. 355 y sgtes.

⁵ Verón, Alberto Víctor. “Sociedades Comerciales” (Ed. Astrea, Bs. As. 1993), T.1 pág. 316 y sgtes.

⁶ Conf. Nissen, Ricardo: “Ley de sociedades Comerciales” (Ed. Abaco, Bs. As., 1993). T.1, pág. 332

decir la contribución del socio a la formación del capital social; en el ejercicio del gobierno y representación de la sociedad y en la soportación de las pérdidas.⁷

Asimismo, en el momento de adquisición del status de socio se produce una subordinación de sus propios intereses -en mayor o menor medida de acuerdo tipo societario- a los intereses sociales.

Analizada esta situación en el caso de una transmisión fiduciaria, se observa que respecto de los derechos patrimoniales, las utilidades devengadas pertenecen al beneficiario designado en el contrato de fideicomiso, a quien el fiduciario deberá entregarlas y que conforme se desprende del artículo 15, 2da parte de la ley 24.441 se admite que los acreedores del beneficiario se subroguen en los derechos de éste.

En definitiva, el socio “fiduciario” como supuesto dueño tendría el “uti” y el “frui” para sí, y, sin embargo no lo tiene. Ello ha sido explicado desde la propia naturaleza del negocio fiduciario que, como unidad compleja, comprende un doble juego de relaciones personales y reales que se complementan entre sí, permitiendo que el título de enajenación se adicione el pacto fiducia con efectos personales.

En tal sentido, por la doctrina de los derechos reales el fiduciario puede usar para sí, más por la doctrina de los derechos creditorios (pacto de fiducia), no debe usar para sí, aunque podrá usar en la medida en que sea necesario para el ejercicio de la función a la que se obliga. La imperfección del dominio y la restricción real para enajenar se explican por la teoría de los derechos reales, en tanto que la cercenación que se opera en las consecuencias económicas, se justifican en la teoría de los derechos personales.⁸

En relación a la cuota de liquidación, se observa que configurada una causal de disolución de la sociedad e iniciado el proceso de liquidación, se produciría la extinción del fideicomiso por haberse cumplido el objeto y los fines fijados en el pacto, debiéndose asimilar la situación al modo de terminación normal del contrato, esto es, por cumplimiento del plazo o condición resolutoria al que fue sometido (art. 26 Ley 24.441). A partir de allí, la cuota liquidacional deberá ser entregada al fideicomisario designado en el contrato, por ser éste el destinatario final de los bienes fideicomitados. No obstante ello, y en el mismo sentido que lo expresado respecto del beneficiario, la naturaleza del derecho del fideicomisario es de carácter creditorio, teniendo una acción de carácter personal para exigir la entrega.

Respecto de los derechos políticos se advierte que ellos son detentados por el socio fiduciario, si bien se encuentran condicionados con mayor o menor intensidad conforme al pacto fiducia, que puede contener ciertas instrucciones vgr. para la designación de los administradores o la votación en las asambleas (no votar reducciones o aumentos de capital, o actos que, en general, disminuyan el valor o el grado de participación social de las acciones o cuotas o partes de interés, pudiendo, inclusive, ejercer el derecho de receso -de corresponder- si la continuación en la sociedad importa contrariar los fines del fideicomiso).

Con relación a las obligaciones, el aporte del socio está representado en las partes de interés, cuotas o acciones que integran el patrimonio fideicomitado y que han sido objeto del contrato de fideicomiso. Inclusive, si no se encuentran

⁷ Verón, Alberto Víctor: op. cit., pág. 319.

⁸ López de Zavalía, Fernando: op. cit. pág. 73.

aquellas totalmente integradas, el socio fiduciario asume frente a la sociedad y frente a sus consocios la responsabilidad de su total integración, más allá que dicha obligación será efectivizada con los bienes que integran el patrimonio fiduciario, limitación que por otra parte encuentra resguardo en el efecto de la separación patrimonial prescrita en la ley 24.441 (art. 14). Dicho principio resulta igualmente aplicable para la soportación de las pérdidas.

En cuanto a la participación del socio en la administración y representación de la sociedad, como derecho-deber no existirían limitaciones en cuanto a su ejercicio, salvo que expresamente se haya impuesto restricciones en el pacto fiduciar.

Llevado al caso que motiva la presente ponencia -es decir la tenencia en una única persona fiduciaria de la totalidad del paquete de acciones, cuotas o partes de interés- cabe preguntarse si se mantiene o no el principio de la pluralidad socios establecido en el sistema societario actual, a la luz de lo anteriormente expuesto.

Conforme a lo dicho, entendemos que el estado o calidad de socio ha sido transferido al fiduciario, aún con las restricciones que puedan surgir del pacto fiduciar. Es decir que la titularidad en cuanto tal es detentada por aquél, no obstante la cercenación económica en el ejercicio de los derechos o contenido de esa titularidad, sin que ello pueda significar asimilación alguna a la de un socio aparente, puesto que esta última figura contemplada en la ley art. 34 L.S., puede obedecer en su origen a un negocio simulado, situación diversa de un contrato de fideicomiso.

Asimismo, a tal conclusión se arriba si analizamos la opinión contraria que sostiene que la mencionada concentración en un socio o tercero de la propiedad fiduciaria de acciones, cuotas o partes de interés de los restantes socios no violaría la citada pluralidad.

En efecto, si frente a la referida hipótesis, el requisito del art. 1 L.S. se ha mantenido incólume, ello evidentemente es por dos motivos: el o los fiduciantes no han transmitido su o sus calidades de socios, o bien se la ha o han transmitido a otra persona distinta del fiduciario, pues es claro que debe haber otro socio (art. 1 L.S.) “sujeto de derecho”.

La posibilidad de mantener el “status socii” en cabeza del fiduciante tropieza con el ineludible hecho de la transferencia que se opera en el contrato de fideicomiso, y por cuyo intermedio aquél se despoja de todo derecho que, sobre las cosas transmitidas, detentaba, pudiendo únicamente reservarse el control sobre el accionar del fiduciario en forma expresa en el contrato (arts. 17, 7 y 25 Ley 24.441).

Asimismo, debemos descartar que dicha calidad haya sido transmitida al beneficiario, puesto que lo que éste ostenta -como señalamos anteriormente- es un derecho personal o creditorio a que las utilidades que produzcan las cosas fideicomitidas le sean entregadas por el fiduciario. En la misma situación se encontraría el fideicomisario quien efectiviza sus derechos sobre el patrimonio fideicomitado una vez que el fiduciario se las transmita o transfiera, momento a partir del cual, pues, adquirirá éste su calidad de socio.

Y el análisis que antecede es válido tanto para quien observa en el dominio fiduciario una especie de dominio imperfecto o para quien propugna la existencia de un nuevo derecho real similar al dominio, precisamente por el acto de la referida transferencia. Para ambas teorías es indudable, pues, que la titularidad de tal derecho real -y con él la calidad de socio- pertenecen al fiduciario.

Ahora bien, respecto a la opinión que asimila la situación del fiduciario a la de un administrador de bienes ajenos, cabe realizar alguna consideración especial, con mayor razón si la “ajenidad” mentada se vincula con la existencia de un patrimonio de afectación. En este sentido, Giraldi y Gómez Leo señalan que la situación del fiduciario no puede asimilarse a la de un mandatario⁹, ni a la de un propietario dado que él no puede disponer libremente de la cosa, ni gozar de sus frutos o transmitirlo a sus sucesores universales, sino que, por el contrario, puede ser despojado de ella y debe rendir cuentas de su gestión, recibiendo una remuneración por su trabajo. Ello lleva a los autores a sostener que el fiduciario “es un administrador autónomo y sin representación de un patrimonio ajeno por el cual cumple una función gerencial. No empece lo dicho la inscripción registral de los bienes a nombre del fiduciario. Se trata simplemente de un recurso técnico que no desvirtúa el carácter de sus funciones (derechos y deberes) impuesto por la carencia de personalidad del fideicomiso”.¹⁰

Ciertamente que el patrimonio fideicomitado se encuentra afectado al cumplimiento de los fines que justifican la celebración del contrato. Asimismo, la equiparación del fiduciario a un gerente encontraría sustento, entre otros, en el art. 6 de la ley 24.441 quien señala el deber de aquel de obrar con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, de manera similar a lo dispuesto en el art. 59 de la Ley de Sociedades que deben observar los administradores sociales.

Sin embargo, y como lo señalan los citados autores, el patrimonio fideicomitado carece de personalidad, que si bien consiste también en un recurso técnico o instrumental cuyo otorgamiento o reconocimiento queda a exclusivo cargo del legislador, ciertamente ella es necesaria -al menos en nuestro derecho- para considerar a aquél como un centro de imputación diferenciado.

Es evidente pues, que si la ley no le ha reconocido la cualidad personificante es porque el “sujeto de derecho” necesario ya estaba presente en la persona del fiduciario como receptor de los bienes fideicomitados en virtud de la transmisión operada. Y obsérvese que a raíz de dicha transmisión (lo que supone la imputación a otro sujeto distinto del trasmittente) se configura una de las razones por las cuales la ley estipula el efecto separador de patrimonios (art. 14 Ley 24.441), ya que con ello se impide la confusión patrimonial de los bienes fideicomitados con el patrimonio personal del fiduciario, con la innegable utilidad práctica que esto significa (arts. 15 y 16 Ley 24.441) pues evita unir al fideicomiso a las contingencias económicas personales del fiduciario. En consecuencia, es evidente que la ley evitó el tratamiento del patrimonio de afectación como “ente abstracto”, pues tal patrimonio lo atribuyó -con características especiales- directamente al fiduciario.

Asimismo, de más está señalar que desde la perspectiva del derecho societario, el patrimonio de afectación sin personificación obstaculiza su directa considera-

⁹ En efecto, como lo indican los autores de ningún modo puede asimilarse el fideicomiso a un mandato irrevocable por el cual se transmiten determinados bienes; puesto que es “conceptualmente imposible que se produzca una traslación de dominio y simultáneamente el enajenante confiera mandato al adquirente para administrar el bien transferido. El mandatario queda sujeto a las instrucciones del mandante, lo que supone que este debe continuar siendo el principal del negocio encomendado. Además la imposibilidad de que pueda existir fideicomiso sin la actividad de un fiduciario es de por sí razón suficiente para excluir la idea de un mandato, puesto que no cabe pensar en un mandatario allí donde no es dado prescindir de su cometido” Giraldi, Pedro M. y Osvaldo Gómez Leo: op. cit. pág. 379 y 380.

¹⁰ Idem anterior, pág. 383.

ción como verdadero “socio” (art. 1 L.S.: “Habrá sociedad comercial cuando dos o mas personas.....”).

Por lo tanto y en razón de lo expuesto, el acto de transmisión de la propiedad fiduciaria produce la adquisición del status del socio en la persona del fiduciario y en caso de concentrarse en una sola persona la titularidad de las participaciones sociales se violaría el principio de pluralidad, permitiendo la configuración de una causal de disolución conforme lo señala 94 inc.8) L.S. No obstante ello y en el supuesto de que los restantes socios transfirieran a título fiduciario sus respectivas participaciones sociales al socio existente, a fin de evitar la referida disolución deberá éste retransmitir sus participaciones societarias fiduciarias a otro, puesto que la hipótesis señalada daría lugar a los mecanismos de sustitución previsto por la ley (art 9 y 10 Ley 24.441).