

EL SOCIO FIDUCIARIO Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RECESO

Liuba Lencova

Síntesis

1. El contrato de fideicomiso, mediante la transferencia fiduciaria, instituye en cabeza del fiduciario un dominio fiduciario, que, como tal no es pleno.

2. Frente a la sanción de la ley 24.441 surge la posibilidad cierta de estructurar un pacto de sindicación de acciones utilizando la figura del fideicomiso, lo cual *prima facie*, aseguraría el cumplimiento del mismo por los sindicados.

3. El contrato de fideicomiso como instrumento para la estructuración de un pacto de sindicación de acciones es de la naturaleza del fideicomiso de administración y garantía.

4. Por consiguiente, salvo que el contrato de fideicomiso lo prevea, el titular fiduciario de acciones sindicadas no puede ejercer el derecho de receso sin el consentimiento expreso de los sindicados.

Características del dominio fiduciario

Conforme surge de las regulaciones del art. 2507 del Código Civil, el dominio puede ser perfecto o imperfecto. El dominio perfecto es el que otorga a su titular el *ius abutendi*, *ius utendi* e *ius fruendi*. Por su parte, el dominio imperfecto es el que presenta alguna de estas tres características: a) está gravado con derecho real; b) es revocable, o c) es fiduciario. A su vez, el dominio fiduciario, como dominio imperfecto es: absoluto, exclusivo y temporario. Esta última nota implica que la vida del fideicomiso está sujeta al cumplimiento de un plazo o de una condición.

Hablar de propiedad fiduciaria es aludir a aquella propiedad que temporariamente ejerce una persona, llamada fiduciario, por la

confianza que ha depositado en él quien se la ha transmitido, que se llama fiduciante ⁽¹⁾.

La transferencia fiduciaria de cosas conforme un contrato de fideicomiso crea un patrimonio de afectación que rompe el principio del derecho romano según el cual el patrimonio es uno solo y cada persona tiene un patrimonio único.

Ello implica que el patrimonio fideicomitado debe permanecer en todo momento separado del patrimonio personal del fiduciario.

Las nociones de unidad y universalidad del patrimonio están siempre referidas a “los bienes que son de uno”, habiendo ingresado por las vías normales de adquisición. Desde el momento en que el fiduciario recibe bienes que le han sido transferidos a “título fiduciario”, es evidente que su trato ha de ser distinto ⁽²⁾.

El carácter de “domino” del fiduciario le permite gozar, respecto de los bienes o derechos fideicomitados, de todos los atributos propios del dominio sin perjuicio de su relación fiduciaria con los fiduciantes ⁽³⁾.

En relación a las facultades del fiduciario respecto de los bienes fideicomitados coincidimos con Caldano, quien expresa que *“la persona física o jurídica designada como fiduciario, dentro de una estructura típica de un contrato de fideicomiso... es titular del derecho real de dominio fiduciario de las mismas. Otro es el plano donde se ubica lo pactado en el contrato lo cual quedará en la órbita obligacional, por lo que el fiduciario deberá responder en la medida que se haya obligado en él”* ⁽⁴⁾.

(1) Andorno, Luis, *La propiedad fiduciaria*, RDCO, 2005-A, p. 239.

(2) Hayzus, Jorge, *Fideicomiso*, Astrea, Bs. As., 2000, p. 47.

(3) En contra: García Menéndez, Sebastián Alfredo, “Evolución histórica del fideicomiso y del trust. Reflexiones sobre el dominio fiduciario”, E.D., 188, p. 1.081. El autor sostiene que el conjunto de facultades de que goza el fiduciario en la legislación argentina no serían susceptibles de ser consideradas conjuntamente como derecho de dominio. Concluye que en lo que al dominio fiduciario respecta, pese a su concreción legal, resulta insatisfactoria la atribución de la propiedad de los bienes fideicomitados a favor del fiduciario y la denominación de “dominio fiduciario” o “dominio restringido” para designar al conjunto de derechos y obligaciones que éste detenta; por un lado, porque tales derechos y obligaciones no podrían ser considerados derecho real de dominio, y por otro, porque mal puede transmitir el “dominio pleno” aquel que es titular de un “dominio restringido”.

(4) Caldano, Martín Roque, “Alcances del dominio fiduciario”, E.D., 190, p. 614.

Instrumentación del pacto de sindicación de acciones mediante fideicomiso

El fideicomiso por sus particularidades, ofrece una buena garantía para el cumplimiento de la obligación por parte de los sindicados, por la sencilla razón que sustrae de su ámbito personal las obligaciones de hacer o no hacer que las asume el fiduciario.

Dentro de la clasificación doctrinaria del fideicomiso en tal supuesto, estamos en la presencia de un fideicomiso de garantía y administración. Decimos que es de garantía por que se constituye para que mediante la transferencia fiduciaria de acciones se garantice el cumplimiento del pacto de voto o bloqueo de los sindicados, es decir, garantiza el cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer. Además, es de administración porque el fideicomiso le confiere al fiduciario las facultades necesarias para administrar el patrimonio fideicomitado, conforme la voluntad de los sindicados.

Sostenemos que la relación jurídica subyacente entre el fiduciario (accionista) y los fiduciantes (sindicados) es la del mandato. Eso nos permite inferir que la conducta del fiduciario dentro de la sociedad en relación a algunas cuestiones, deber ser regida por las instrucciones impartidas por los fiduciantes. Dichas instrucciones pueden ser fijadas contractualmente *ab initio* o pueden provenir de “actos instructorios” impartidos con posterioridad por los fiduciantes.

Además de regirse por las reglas del mandato, las instrucciones no pueden violar las normas imperativas de nuestra ley de sociedades comerciales. Si las instrucciones fueran contrarias a derecho, el fiduciario deberá abstenerse de ejecutarlas, pues como socio de la sociedad, cuyas acciones integran el patrimonio fideicomitado, responde en los mismos términos que los restantes socios por la violación de la ley. Esta conducta no podrá ser interpretada por los fiduciantes como incumplimiento contractual, pues nadie puede ser obligado a actuar *contra legem*.

Ejercicio del derecho de receso por el fiduciario

Dentro de las diferentes situaciones ante las cuales puede verse obligado a actuar el socio fiduciario es –frente a una causal que lo habilite- el ejercicio del derecho de receso.

Jurídicamente se estima que el derecho de receso es un acto unilateral (declaración del recedente de ejercerlo con la consiguiente obligación de la sociedad de admitirlo) que no requiere aceptación por la sociedad y que está automáticamente autorizado con la sola aprobación asamblearia del asunto que otorga tal derecho, pero requiere una inequívoca manifestación de voluntad del recedente, quien de esta manera pierde su calidad de accionista, pasando a la de acreedor de la sociedad hasta que se le abone el valor de las acciones recedidas⁽⁵⁾.

El derecho de receso además de ser un acto unilateral se engloba en la categoría de los derechos potestativos extintivos, dado que dependen de la sola voluntad del socio. Este derecho es renunciabile en forma tácita por la inactividad del socio frente al transcurso del plazo previsto en el art. 245. Decimos que es extintivo pues implica la pérdida de la condición de socio del sujeto recedente y, por consiguiente, extingue todos los derechos que el *status socii* otorga.

Frente a esto se hace necesario analizar cuál sería la postura del fiduciario frente a este instituto y como repercutiría su ejercicio en la vida del contrato de fideicomiso.

Respecto del primer interrogante planteado, si bien coincidimos en principio con la postura que afirma que: *“Las facultades o atribuciones que la ley concede al fiduciario –con la mayor o menor acotación que resulte del contrato de fideicomiso– incluyen la posibilidad de realizar actos dispositivos; inclusive hay actos de administración que se realizan a través de actos de disposición, como facultades naturales, habida cuenta del beneficio que persigue este contrato”*⁽⁶⁾, en el caso concreto del fideicomiso que instrumenta un pacto de sindicación tal afirmación no sería válida. Ello es así porque el ejercicio del derecho de receso por parte del fiduciario implicaría, sin más, la extinción del contrato de fideicomiso, y por consiguiente, burlaría el objetivo tenido en mira por los fiduciantes

(5) Verón, Alberto V., *Sociedades comerciales*, Astrea, Bs. As., 1998, t. III, p. 826.

(6) Highton, Elena, “El dominio fiduciario y la problemática de su reflejo registral”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 2001-3, p. 25.

al instituir el fideicomiso. Creemos que el fiduciario siempre deberá pedir instrucción a los fiduciantes frente al tratamiento en el orden del día de una causal que eventualmente podría habilitar el ejercicio del derecho de receso.

Es importante señalar que en todo lo que el fiduciante no hubiere estipulado, el fiduciario tiene plena potestad como "dominio". Este comentario es relevante a los fines del fideicomiso como pacto complementario de un contrato de sindicación ya que, en el fondo, el fiduciante no tiene intención de desprenderse de su calidad de dueño de las acciones fideicomitidas, y el fiduciario tampoco debería tener interés en asumir más responsabilidades que las de un mero administrador conforme instrucciones específicas.

Una segunda cuestión que debemos mencionar es la posibilidad de limitar su ejercicio mediante cláusulas insertas en el fideicomiso. Depende de cómo son planteadas las mismas, se debe juzgar su licitud o ilicitud. La cláusula que lisa y llanamente implica una renuncia por anticipado al ejercicio del derecho de receso, sería nula por violar la letra del art. 245 en su último párrafo.

Distinto sería el caso de la cláusula que directamente habilita e instruye al fiduciario para que ante determinadas causales, que podrían disparar el ejercicio del derecho de receso, vote en forma positiva. En tal supuesto los fondos provenientes del ejercicio del derecho de receso integrarán el patrimonio fiduciario y deberán ser distribuidos en las proporciones, estipuladas en el contrato de fideicomiso, a los fideicomisarios.

Bibliografía

- ANDORNO, Luis, *La propiedad fiduciaria*, RDCO, 2005-A.
CALDANO, Martín Roque, "Alcances del dominio fiduciario", E.D., 190.
GARCIA MENENDEZ, Sebastián Alfredo, "Evolución histórica del fideicomiso y del trust. Reflexiones sobre el dominio fiduciario", E.D., 188.
HAYZUS, Jorge, *Fideicomiso*, Astrea, Bs. As., 2000, p. 47.
HIGHTON, Elena, "El dominio fiduciario y la problemática de su reflejo registral", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 2001-3.

Ley 24.441

Ley 19.550

ROVIRA, Alfredo L., *Pactos de socios*, Astrea, Bs. As., 2006.

VERON, Alberto V., *Sociedades comerciales*, Astrea, Bs. As., 1998, t.
III.