

Donación y transferencias de participaciones societarias

*Carlos A. Molina Sandoval*²⁶

Ponencia

Las transferencias societarias (fundamentalmente en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada) tienen algunas particularidades en el nuevo CCC que es necesario analizar. En efecto, el régimen de separación de bienes en el matrimonio y el reconocimiento de las uniones convivenciales impone un replanteo de los distintos negocios que pueden realizarse en la sociedad. El asentimiento conyugal se requiere para todas las participaciones societarias. No sólo las de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada sino también las de una sociedad colectiva, capital e industria y especialmente las sociedades de la “Sección IV”. También en cooperativas y sociedades de garantía recíproca. Las sociedades extranjeras (art. 118, LGS) se registrarán por lo establecido por el ordenamiento donde se constituyó la sociedad (lugar de constitución). La donación de acciones y cuotas sociales puede realizarse por instrumento privado como así también el fideicomiso que al efecto se constituya.

I. Nuevas reglas patrimoniales en el CCC

Si bien el CCC no regula directamente muchos aspectos societarios si ha modificado algunas reglas que impactan sobre ella. Ello se ve más evidente

²⁶ Abogado (U. Nac. Córdoba). Master en Derecho Empresario (U. Empresarial Siglo 21, Cba, Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (U. Nac. Cba.). Director de la Sala de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Córdoba. Prof. de Derecho Concursal y Cambiario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U. Nac. Cba. y de Derecho Societario y Seguros de la Universidad Católica de Córdoba. E-mail: camolinasandoval@yahoo.com.ar

en sociedades familiares, que siempre estuvieron regidas por normas de orden público y con escaso margen para la realización o planificación de cuestiones patrimoniales o negocios entre sus miembros. La mayoría de los contratos se encuentran prohibidos entre los cónyuges o, incluso, entre padres e hijos y la planificación del futuro de una empresa familiar siempre encontraba límites en los cuestionados “pactos de herencia futura”²⁷.

Fruto de un nuevo enfoque, más liberal, de la estructura de la familia (no tan verticalista) y del claro impacto que las “uniones convivenciales” (como una opción cada vez más común) tuvieron respecto del concepto de familia, el CCC ha flexibilizado ciertos “dogmas” que siempre limitaron la posibilidad de “pactar” dentro de la familia y de la sociedad.

El CCC si bien no ha dado libertad plena a los pactos prenupciales (en su sentido más liberal) si ha establecido la posibilidad de que los futuros cónyuges opten por dos sistemas dentro del régimen patrimonial del matrimonio. Hoy podrán optar por el “régimen de comunidad de bienes” (muy similar al actual y que se sustenta en la división entre bienes propios y gananciales) o el “régimen de separación de bienes”. En este régimen “cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, excepto lo dispuesto en el art. 456. Cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas, excepto lo dispuesto en el art. 461” (art. 505, CCC)²⁸.

Hoy la “familia empresaria” puede estar organizada jurídicamente bajo dos esquemas diferentes de administración de bienes familiar. La asunción de cada esquema difiere notablemente en orden a la estructuración de la planificación patrimonial de la empresa familiar, ya que las consecuencias jurídicas

²⁷ MOLINA SANDOVAL, C. A., “Planificación patrimonial en la empresa familiar: limitaciones en los pactos de herencia futuras”, en: *Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor*, Errerius, Bs. As., ejemplar del Febrero de 2015, p. 63.

²⁸ Art. 456, CCC: “Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

Art. 461, CCC: “Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el art. 455. Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro”.

(y eventualmente la posibilidad de extinción del vínculo mediante un divorcio) difieren en cada uno de los sistemas.

Incluso uno de los elementos o herramientas legales en orden a la planificación patrimonial puede ser, justamente, mutar el régimen de bienes que tenga el matrimonio. Recuérdese que la opción por uno de los regímenes matrimoniales no es inmutable sino que puede ser modificado por ambos cónyuges. El art. 449, CCC, señala que después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención expresa de los cónyuges. Este precepto señala que después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

Según el caso, la separación de bienes es una herramienta útil para evitar los inconvenientes que la “comunidad de bienes” suele ofrecer en aquellos matrimonios en los que el cónyuge no está comprometido con la gestión de la empresa familiar. Es una alternativa válida para “pactar” puertas adentro como será desarrollada la actividad empresarial, la que podría ser llevada a cabo por un cónyuge con sus hijos o nietos (o aún con los hijos del otro cónyuge). Las motivaciones y razones que originan los diversos modelos de planificación patrimoniales son muy diversos y muchas veces se originan en cuestiones nacidas en generaciones anteriores. Como se ve, la separación de bienes no es la regla (todo lo contrario, debe pactarse expresamente pues sino la regla es la comunidad de bienes), pero es una variante de planeación que puede ser útil para la empresa familiar.

En el régimen de separación de bienes los cónyuges podrían celebrar la más variada gama de contratos. Ello está permitido actualmente bajo el velo del art. 1002, inc. d, CCC. Este precepto señala que no pueden contratar en interés propio los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí. Por ello, en una interpretación a contrario, los cónyuges entre sí podrían celebrar contratos de compraventa, cesión de derecho, mutuos, locación de un inmueble comercial hasta cincuenta años y cualquier otro contrato que permitiera una adecuada planificación patrimonial. Esto permitiría cesiones de acciones y participaciones societarias en empresas familiares. Obviamente, que esta posibilidad no sería lícita bajo el régimen de comunidad de bienes.

En las empresas familiares, se admite el mandato entre cónyuges (haya o no régimen de separación de bienes). En función del art. 459, CCC, uno de los cónyuges puede dar poder a otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a

sí mismo el asentimiento conyugal. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones y no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos, excepto pacto en contrario (art. 459, CCC).

En caso de falta de mandato, el art. 460, 2º párr., CCC, señala que a los actos otorgados por uno en representación del otro se les aplican las normas del mandato tácito o de la gestión de negocios, según sea el c.

II. Enajenación de participaciones societarias

La enajenación de participaciones societarias requiere, según el caso, de “asentimiento conyugal”. Las participaciones societarias no son bienes muebles, a tenor de lo establecido por el art. 1815, 2º párr., CCC. En efecto, este precepto señala que cuando en el CCC se hace mención a bienes o cosas muebles registrables no se comprenden los títulos valores. El art. 226, LGS, estipula expresamente que el régimen de las acciones se gobiernan por el sistema general de los títulos valores. Cuestión aparte merece el tema de las sociedades de responsabilidad limitada en el que las cuotas sociales no pueden ser asimiladas a títulos valores (pues el régimen de transmisión, registración e incluso de representación es claramente diferente), lo que motivaría, al menos, la duda de si la cuota social de una sociedad de responsabilidad es un bien registrable (es obvio que no es una cosa en sentido estricto) o si se le puede asimilar analógicamente al régimen de las sociedades anónimas.

El asentimiento conyugal (rectifica la crítica que se realizaba al término “consentimiento” a que aludía el anterior art. 1277) se requiere, obviamente, sólo para cónyuges que tienen el régimen patrimonial de comunidad de bienes (y no de separación de bienes). Obviamente que este asentimiento tampoco es exigido en las uniones convivenciales, salvo que expresamente lo hubieran en el pacto de convivencia. El art. 470, CCC, señala que la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar: a) los bienes registrables; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del art. 1824; c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. El incumplimiento al otorgamiento del asentimiento conyugal determina la nulidad de la transferencia societaria. El art. 456, CCC, señala que el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los bienes dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de los seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

Por su parte, el art. 1824, CCC, señala que el incumplimiento del requisito previsto en el art. 470, inc. b, en los títulos nominativos no endosables o no cartulares no es oponible a terceros portadores de buena fe. Al efecto previsto por este Artículo se considera de buena fe al adquirente de un título valor incorporado al régimen de oferta pública.

De lo dicho, se sigue que el asentimiento conyugal se requiere para todas las participaciones societarias. No sólo las de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada sino también las de una sociedad colectiva, capital e industria y especialmente las sociedades de la “Sección IV”. También en cooperativas y sociedades de garantía recíproca. Las sociedades extranjeras (art. 118, LGS) se regirán por lo establecido por el ordenamiento donde se constituyó la sociedad (lugar de constitución).

III. Donación de acciones

La determinación de la naturaleza bien registrable (o no) de las participaciones societarias puede parecer estéril frente a la exigencia de contar con asentimiento conyugal para todas las enajenaciones que se realicen bajo el sistema de comunidad de bienes (incluso cuando pudiera no haber siquiera contrato social, a tenor de los arts. 21 y ss., LGS). Pero no lo es frente al análisis que pudiera exigirse a la forma que deben tener las donaciones de participaciones societarias. El art. 1552, CCC, señala respecto de la forma que deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias.

La consecuencia legal por omitir la forma no es menor sino que es sumamente relevante: la nulidad del acto. El acto será nulo por defecto de forma (lo que implica volver las cosas al mismo estado anterior a la realización del acto nulo).

Por ello, considerar o no considerar a las acciones de una sociedad anónima bienes muebles registrables es sumamente relevante para determinar si la donación requiere de escritura pública o es suficiente el instrumento privado. A tenor del art. 1815, 2º párr., CCC, los títulos valores (aún los escriturales o los que requieren registro) no son bienes registrables; luego, si la acción es un título valor (art. 226, LGS), no es un bien registrable y por ello no requiere de escritura pública. Existiendo libertad de formas (art. 1015, CCC) y no estipulando en otra sección la obligatoriedad de escritura pública (art. 1017, incs. a) a d), CCC), parece razonable entender que la forma suficiente para la donación de acciones es el instrumento privado (y obviamente, el cumplimiento de todos los recaudos previstos por la LGS). Si hubiera querido imponer una

formalidad expresa que contraría la libertad de formas debería haberlo hecho de manera expresa.

La cuestión es, quizás, más dudosa en la sociedad de responsabilidad limitada en la que las cuotas sociales no pueden entenderse como títulos valores. Pese a ello, tampoco puede entenderse lógicamente que el contrato social (constitutivo y fundacional de la persona jurídica privada) pueda celebrarse por instrumento privado con autenticación de firma y la transferencia a título gratuito de una cuota social deba hacerse mediante escritura pública. No sólo no está expreso sino que el art. 1016, CCC, señala que la formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que ellas versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias o que exista disposición legal en contrario.

En la sociedad de responsabilidad limitada cualquier enajenación (a título oneroso o gratuito) importa una modificación del contrato social. Esa es la regla justamente diferencial respecto de otros tipos societarios. Por ello, no sólo no existe norma expresa en contrario (pues el art. 1552, CCC, no es lo suficientemente claro) sino que el propio art. 1016, CCC, admite que si el contrato principal (contrato social) pudiere hacerse por instrumento privado sus modificaciones también asuman esta forma.

El art. 1546, CCC, prohíbe las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante y establece que la aceptación de la donación debe producirse en vida del donante y del donatario (art. 1545, CCC).

IV. Utilidad del fideicomiso en la sociedad familiar

Si bien se derogó la Ley 24.441, el fideicomiso se incorporó al CCC, a partir del art. 1666. Muchas de las disposiciones han sido redactadas de mejor manera y también se han previsto algunas cuestiones relevantes reclamadas por la jurisprudencia (v.gr., el mejoramiento del sistema de liquidación del patrimonio fideicomitado, la regulación del fideicomiso de garantía, etc.).

No cabe aquí hacer un detallado análisis de cada una de las modificaciones registradas en el contrato de fideicomiso. Las dos principales modificaciones que producen un impacto significativo en la planificación patrimonial en la empresa familiar son la necesidad de registración del contrato y la posibilidad expresa de que el fiduciario sea, a la vez, beneficiario del contrato.

La registración del contrato de fideicomiso no ha sido planteada de manera adecuada y las reglamentaciones administrativas (v.gr., Resolución 7/2015 de IGJ) tampoco han logrado tomar la verdadera esencia de la registración.

La falta de claridad de la norma (que sólo dice casi de manera circunstancial que el contrato es registrable: “El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado”, sic art. 1669, CCC) generará problemas en orden a la seguridad jurídica y al cumplimiento de los distintos aspectos del contrato. Recuérdese que no es la inscripción del dominio fiduciario la que se exige (la que depende del tipo de bienes que corresponda) sino la inscripción del contrato en sí y de todo un elenco de actos que pueden desarrollarse internamente en el fideicomiso y cuyo contralor de legalidad debe cumplir el fiduciario.

El art. 1673, CCC, señala que el fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica y que el fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

Este es quizás el mejor avance en materia de programación del patrimonio familiar²⁹. En la práctica, el fideicomiso se ha utilizada para muchas finalidades conexas (o incluso estructurales) de la adecuada organización del patrimonio familiar. El fideicomiso permite “unificar” las participaciones societarias del fundador (o de todo el grupo familiar), permite realizar aportes de bienes inmuebles en orden a organizar o administrar de una manera más eficiente el patrimonio familiar, admite fondos de garantía y/ financiamiento de necesidades alimentarias, profesionales o aún empresarias de las generaciones siguientes, permite adaptar una estructura contractual flexible con la “impermeabilización” patrimonial de la que goza el esquema de dominio fiduciario. Parece haber quedado superado la posibilidad concreta de celebrar fideicomisos de planeación patrimonial o que procuren organizar todo el patrimonio completo de una determinada persona humana o jurídica.

Pero muchas veces la selección de un fiduciario de confianza de todos los miembros de la familia era una selección difícil, sobre todo si el fiduciario elegido tenía una eventual vocación sucesoria sobre los bienes que integraban el patrimonio fideicomitado (ya que de heredar la posición de beneficiario en el fideicomiso se produciría la yuxtaposición de dos roles contractuales: fiduciario y beneficiario).

El art. 1673, CCC, admite esta posibilidad y el fiduciario de un fideicomiso de acciones no sólo deberá administrar adecuadamente dichas participaciones societarias (en orden a los derechos de información, votación, elección de directores, distribución de dividendos, etc.) sino que podrá recibir directa-

²⁹ MOLINA SANDOVAL, C.A., “*El fideicomiso en la planificación sucesoria*”, La Ley, ejemplar del 15 de Abril de 2014, p. 1/6.

mente los beneficios que pudieran generar dichas acciones sin entrar en una zona de dudosa validez.

El fiduciario puede ser el encargado de distribuir y organizar el patrimonio familiar (según las instrucciones dadas por el fiduciante u otros sujetos, v.gr., asesores de management, legales, fiscales, etc.) y podrá –en dicho cometido– recibir parte de dichos bienes a título personal.

El valor confianza y fundamentalmente los principios que gobiernan una determinada familia empresaria (sumado a ciertas políticas conservadoras en orden a la distribución de las ganancias de la empresa familiar) son los que permiten que en muchos casos una empresa familiar tenga márgenes de maniobra mucho más ágiles a la hora de adaptarse a escenarios macroeconómicos pesimistas (o incluso a problemas endógenos de la misma estructura productiva). La solidaridad en la familia hace que estas ayudas no sólo queden en las necesidades afectivas o emocionales sino imponen cierta diferencia de esfuerzos frente a situaciones particulares de alguno de los miembros (enfermedades, embarazos, crisis matrimoniales, problemas con descendientes, etc.).

Obviamente que el límite de actuación es el conflicto de intereses (esto es, debe evitar beneficiarse a expensas del patrimonio familiar) y –en su caso– debe priorizar los intereses familiares. Esta previsión normativa es justamente uno de los ejes del adecuado funcionamiento de la familia empresaria (evitar lucrar a expensas de la familia). El protocolo familia (o el mismo fideicomiso) puede regular los distintos aspectos o procedimientos para tratar situaciones de posibles conflictos. No sólo puede definir de manera general cuales son estos conflictos sino que puede poner ejemplos y supuestos concretos en los que el conflicto de interés se presume o podría estar presente. También puede incorporar reglas y mecanismos para resolver estas cuestiones, sea imponiendo la abstención de actuación o requiriendo un dictamen de un profesional independiente (muchas veces no designado por el propio fiduciario sino por los restantes miembros de la familia) que establezca como actuar. La valuación de ciertos bienes y las llamadas “condiciones de mercado” son los límites naturales que existen para la administración y disposición de ciertos bienes.

El protocolo familiar debería contar con pautas o exigencia de asesoramiento a los miembros de la familia en la comprensión del funcionamiento del fideicomiso en general pero especialmente en el fideicomiso familiar de la cual son o tienen vocación de ser beneficiarios. Se requiere un adecuado sistema de suministro de informaciones y también la fijación de ciertas reglas que permitan tomar ciertas decisiones con bases mínimas de consenso.

El art. 1670, CCC, admite que cualquier bien puede ser aportado al fideicomiso, incluso universalidades, pero no acepta la posibilidad de que “incluya pactos de herencia futura”. Es claro que esta norma es sobreabundante, ya que

en la parte general que regula los contratos expresamente se prohíbe los pactos de herencia futura con una salvedad justamente pensada para la empresa familia (art. 1010, 2° párr., CCC).

Podría discutirse si el fideicomiso no puede albergar un pacto de herencia futura de los que están admitidos expresamente en el art. 1010f, 2° párr., CCC, y que justamente se flexibiliza para las necesidades de programación de una empresa familiar. La discusión parece superflua, ya que sería un contrasentido prohibir los pactos de herencia futura específicos de la empresa familiar que se instrumenten mediante fideicomiso pero permitir todos los demás. Lo determinante de la norma (y fundamentalmente de la prohibición) no es la forma que asuman sino el contenido que derive de la implementación. El sentido axiológico de la norma procura evitar la tergiversación de esta clase de pactos, independientemente del vehículo formal que se utilice.