

FIDEICOMISO: FIDEICOMISO EN EL DERECHO SOCIETARIO. ORIGINARIOS Y DERIVADOS.

Mag. Marcelo A. David

Colegio de Abogados de La Plata

Colaboración: **Abog. Gonzalo López Alves** (FCJyS UNLP)

PREMISAS A DILUCIDAR CON LA PRESENTE PONENCIA

- 1. ¿Es posible que un fideicomiso contenga válida y legalmente un negocio de tinte asociativo?**
- 2. Es posible que un contrato fideicomiso se conforme en parte/socio de una sociedad a conformarse? ¿Es posible que el fideicomiso de administración de acciones sea socio de una sociedad desde el mismo momento de su creación? ¿Puede un fideicomiso o un par de ellos, participar de un armado societario originario y rogar por intermedio de su fiduciario su inscripción?**
- 3. Esquematizaremos las opciones de negocios fiduciarios societarios en dos: fideicomisos societarios originarios y derivados, analizando sus vertientes y factibilidad.**

I.- INTRODUCCIÓN.

Pocos institutos jurídicos han acarreado tantos problemas de arraigo legal como el fideicomiso en nuestro país. Desde su incorporación orgánica a la legislación positiva por medio de la Ley 24.441, hasta su casi reciente carta de ciudadanía en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el fideicomiso ha sabido poner a prueba las más abigarradas costumbres de un derecho abrevado sobre las bases del esquema continental romanista. Al extremo que aún a la fecha seguimos discutiendo sobre el peregrinar del fideicomiso en el marco de nuestro derecho positivo, intentando con un conservadurismo formal, retener su innegable y pragmático avance.

La incorporación de la teoría del patrimonio de afectación por separado -en franco embate o adaptación a la teoría Savignyana del patrimonio único-, adaptado a la "latinoamericana" como se ha reconocido al fideicomiso argentino en la esfera académica

mica internacional, a partir de su origen en el “trust” americano, es y sigue siendo el germen de sendas discusiones académicas.

La autonomía de la voluntad que gobierna al fideicomiso, su espectro o vicisitudes en torno a la afectación y segmentación del patrimonio que implica limitar el alcance de la garantía común del patrimonio, las capacidades similares a un sujeto de derecho sin serlo -patrimonio no personificado-, generan no sin inconvenientes que el fideicomiso reperfile el mundo de los negocios, de las inversiones, de los contratos, de las vinculaciones sociales, de las garantías¹, de las sucesiones y en definitiva de un sinnúmero de vinculaciones o negocios de alcance jurídico.

El pragmatismo anglosajón, si bien adaptado a nuestro derecho, ha sabido por medio del fideicomiso ganar territorio y adeptos mediante la adopción maleable de dicho vehículo jurídico. Situación que ha impregnado diversas ramas del derecho, generando carriles de debate en materia de obligaciones, contratos, derechos reales, sucesiones, en fin, en caso todas las esferas del derecho privado e incluso público.

II.- EL FIDEICOMISO Y EL DERECHO SOCIETARIO

Si bien es cierto que en la jerga abogadil en la mayoría de las ocasiones se cita o habla de “fideicomiso de acciones”, que por cierto es lo más usual de encontrar en la práctica, lo técnicamente correcto es abordar las diversas vinculaciones que podrían representarse entre el contrato de fideicomiso como vehículo de negocios e intereses y el derecho societario.

II.a. El negocio societario vehiculizado en un contrato de fideicomiso

Como el objeto del contrato de fideicomiso se encuentra gobernado por el principio de la autonomía de la voluntad (arts. 279, 1003 sgtes. y ccdtes. del CCCN), cualquiera podrían pensar en utilizar al fideicomiso como vehículo para un negocio societario o asociativo, a los fines de realizar aportes e inversiones a un patrimonio fideicomitado para que con dichos bienes o derechos el fiduciario pueda realizar todos

¹ EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA SOBRE ACCIONES NO ES UNA PRENDA DISFRAZADA NI VIOLA EL ART. 219 DE LA LEY DE SOCIEDADES. Lisoprawski, Silvio V. Publicado en: DCCyE 2011 (febrero), 180 Cita: TR LALEY AR/DOC/111/2011. PERALTA MARISCAL, Leopoldo, “Fideicomiso de garantía. Neuralgias y cefaleas garantizadas”, LA LEY, 2000-E, 948; “El negocio fiduciario con fines exclusivos de garantía como acto jurídico ineficaz”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2001 - 3, Buenos Aires, 2002, p. 229; “Fideicomiso sí; de garantía no”, LA LEY, 2001-B, 978 y “Análisis económico del fideicomiso de garantía. Nuevas reflexiones sobre su ilicitud”, LA LEY, 2001-E, 1025.

los actos tendientes a cumplir con la fiducia negocial encomendada -actividad comercial-, participando de los beneficiarios, de las ganancias e incluso soportando fiduciarios y beneficiarios de las pérdidas, pactando incluso el desarrollo de asambleas de fiduciarios y beneficiarios, quórum, mayorías, recesos, sistema de capitalizaciones, en fin todo aquello que el requerimiento de los clientes sugiera como convenientes a los fines canalizar el negocio o actividad con incluso aspiración de duración en el tiempo.

Parte de la doctrina ha entendido que dicha opción o uso del vehículo fideicomiso a tales fines no es legal, entre ellos podemos encontrar a Favier Dubois (h)², quien sostiene que ello no es posible por las particularidades que presenta el régimen societario. En primer lugar, señala, que, si se trata de un único fiduciante, se estaría vulnerando la pluralidad de socios -aclaremos que el artículo data de fecha anterior a la unificación del derecho privado y por ende a la reforma de la Ley 19.550 hoy denominada Ley General de Sociedades-, pauta que incluso a la fecha no pasaría por ende a conformar un argumento de vigencia legal. En segundo lugar, indica que el derecho societario presenta normas indisponibles en materia de formas, publicidad, contabilidad, objeto, capacidad, nulidad, entre otras, las que refiere tienden como es sabido a proteger a los terceros e incluso minorías agregamos. Por ello Favier Dubois sostiene que el concepto de aporte para un fondo común con el cual realizar una actividad lucrativa empresarial en común para participar en los resultados, debe considerarse -sostiene- privativo del derecho societario (art. 1 Ley 19.550). Indicando por ende el autos citado, que en el supuesto de un fideicomiso donde se presentaran dichos elementos, podría considerarse una sociedad atípica y, como tal, nula, liquidable y concursable, con las responsabilidades de sus socios y administradores.

Otra vertiente doctrinaria contraria a la precitada, podemos encontrarla ya desde los trabajos doctrinarios de Echverry³, quien al analizar el carácter asociativo del fideicomiso, indicaba que el mismo no transgredía a su criterio lo normado por el art. 17 de la LGS, sosteniendo cómo funciona en la realidad ciertas aplicaciones del fideicomiso o como, en innumerables ocasiones, esa característica de la fiducia satisface necesidades económico sociales que, por una u otra razón (rigidez, insuficiencia, obsolescencia, ausencia de aptitud, etc.) no son cubiertas por las típicas figuras societarias.

² FIDEICOMISO Y RÉGIMEN SOCIETARIO. EL FIDEICOMISO SOBRE ACCIONES DE SOCIEDAD ANÓNIMA Eduardo M. Favier Dubois (h.) Publicado en: LA LEY 08/11/2010, 1 • LA LEY 2010-F, 842 Punto 4.1 • Enfoques 2011 (enero), 45 Cita: TR LALEY AR/DOC/7076/2010

³ Echverry Raúl, A., "El fideicomiso como contrato asociativo", RDCO 199, septiembre de 2002 página 517.

Por nuestra parte, entendemos que los avances y reformas del derecho societario a través de la reforma de la Ley 26.994 -unificación del derecho privado argentino y esquema de mutabilidad del derecho general societario argentino- hacen que no podamos compartir a la fecha la postura del autor citado.

En primer lugar, podemos citar el abandono por parte del legislador/codificador argentino del principio de la pluripersonalidad societaria, sombra a la cual nació y se desarrolló gran parte del derecho societario argentino, y el nacimiento del negocio societario individual tanto en el régimen de la ley 19.550 -SAU art. 164 LGS- como en la ley 24739 que recepta estructuraciones satélites del derecho societario central -SAS arts. 33 a 62 ley citada-. De manera que la conformación de un negocio social encajado en la figura contractual de un fideicomiso con un solo fiduciante es plenamente válida.

En segundo término, debemos poner de resalto que se han modificado las pautas de nulidad específica societaria, de modo que un negocio societario en ancas de una estructuración fiduciario no sería de ninguna manera nulo, sino en todo caso conformará como indica el propio art. 17 de la LGS una sociedad de las regidas por la sección IV (arts. 21 a 26 respectivamente). Situación que derriba tal vez uno de los principales argumentos citados por la doctrina para tildar de nulos a este tipo de negocios.

Recordemos que a las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos de la ley general de sociedades, representan uno de los cambios más sustanciales del moderno y actual derecho societario, donde la autonomía de la voluntad ha pasado a ocupar un rol preponderante frente a la clásica y conocidas tipicidad societaria. Superando la concepción sancionatoria y estigmatizante de las viejas sociedades irregulares y/o de hecho, al extremo que a la fecha dichas sociedades no formales o atípicas -como entre otras las ex sociedades civiles- pueden oponer el contrato entre las partes, pueden establecer un régimen subsidiario no solidario de responsabilidad entre los socios, pueden oponer el contrato a terceros que lo conozcan, pueden establecer un régimen de administración diferenciado, pueden tener bienes registrables a su nombre, en fin, salvo el hecho de no representar un esquema típico y regular conocido en el mercado, lo real y concreto es que el derecho societario en este ítem dio un giro copernicano, abriendo paso a la autocomposición de los negocios sociales. Abriendo paso a que incluso el negocio social pueda vehiculizarse con el esquema del fideicomiso en su estructuración legal, sin que ninguno de los dos sistemas se vea mutilado o desechado, aunando hasta incluso un esquema de sana convivencia en función de un menú de vehiculizaciones jurídicas de los interés proclive a los negocios a desarrollar.

Siendo incluso este último el argumento que sostenía la nulidad de este tipo de negocios sociales a través del fideicomiso, por cuanto la autonomía de la voluntad y los principios generales del derecho serán los que contengan la protección de los derechos de los propios cocontratantes del fideicomiso, así como los derechos de los terceros que se vinculen con este tipo de negocios sociales fiduciarios.

Conforme lo expuesto propugnamos la legalidad de este tipo de fideicomisos que denominamos originarios -por cuanto crean y en el caso contienen un negocio asociativo-facilitando otra herramienta útil para la estructuración de negocios en los mercados argentinos. Dando cuenta que los mismo son disímiles de lo que comúnmente en la práctica societaria se conocen como fideicomiso de acciones que más adelante abordaremos, y que se enancan sobre la base de un negocio societario subyacente ya creado.

II.b Aporte de participaciones sociales a un fideicomiso

Continuando con el abordaje de los negocios fiduciarios en el ámbito societario, sin dudas la mayoría han oído o armado o interactuado con los denominados “fideicomiso de acciones”. Ahora bien, tratando de sumar estructuración academicista lo cierto es que las acciones como títulos valores pueden conformar un patrimonio fideicomitado, es interesante plantearse si el resto de las participaciones sociales también pueden resultar objeto de un negocio fiduciario.

En dicho andarivel debemos analizar si las partes sociales de las sociedades de personas o por parte de interés⁴ (colectiva, capital e industria, comandita simple o el capital solidario de la sociedad en comandita por acciones, pueden ser objeto de un fideicomiso, y la respuesta que se impone en doctrina es en principio la negativa, ya que en principio no se trata de bienes determinados o determinables como rezan las normas del fideicomiso en el código al momento de requerir las pautas a cumplir como contenido del pacto de fiduciario (art. 1667 inc. a). Ello aunado al fuerte imperio personal en estas sociedades donde el capital se divide en partes de interés (775 CCCN).

Pero amen de lo expuesto no podemos dejar de expresar que las participaciones sociales de las sociedades colectivas por ejemplo pueden ser cedidas en los términos normados por el art. 1614 del CCCN, lo que puede indicar que incluso las

⁴ Nissen, Ricardo A.; “Ley de Sociedades Comerciales” Comentada, Editorial La Ley Buenos Aires 2017, Tomo II, pág. 491.

mismas puedan ser insertas en un fideicomiso de administración o incluso en un fideicomiso de trazabilidad sucesoria o testamentario si la determinación contractual de los derechos y obligaciones que las mismas imponen puede superar el valladar de la indeterminación.

Incluso nos encontramos con sociedades en comandita simple, donde conforme la ley 17.565, conocida como “ley de farmacias”, se ha impuesto en la práctica y en muchos casos por necesidad del capital -socios capitalistas comanditarios que no pueden tener injerencia en la administración de una farmacia (art. 136 LGS)- que los farmacéuticos con título habilitante se transformen en socios comanditados sin ninguna injerencia real en la administración de la sociedad. Forzando la figura societaria y simulando que el farmacéutico participa como socio y no como realmente sucede en muchos casos es un simple empleado con responsabilidades sociales no reconocidas con dividendos en el marco ordinario conforme demarca la LGS.

En esos casos, donde la obligación del socio contiene parte o la totalidad de un territorio propio de una obligación de hacer *in tuito personae*, mal puede el socio pretender traspasar dichas obligaciones personales indelegables e indeterminadas en la figura de un fiduciario al frente de un patrimonio de afectación.

Con lo que deberemos tener cuidado y advertir la determinabilidad de las obligaciones de los socios y en su caso que no componga su participación o vinculación social una obligación de tinte personalísima e intransferible.

Ello no sucede en principio con las cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada (SRL) dado su actual régimen patrimonial (art. 57 y 156 LGS), como tampoco en el caso de las sociedad anónimas (SA) y en comandita por acciones que se representan y vehiculizan por medio de títulos valores (art. 226 LGS).

II.b.1 La incorporación de acciones a un fideicomiso. Fideicomiso derivado.

En grandes rasgos la doctrina ha sostenido que el aporte de acciones por parte de uno o más fiduciantes a un patrimonio fideicomitado, para ser ejercidos sus derechos por su nuevo titular fiduciario -conforme el alcance dado al pacto contractual de fiducia-, en beneficio de las personas que se indique y pasando las mismas una vez extinguido el fideicomiso al o los fideicomisarios designados, es un negocio contractual válido⁵.

⁵ Molina Sandoval, Carlos, “Fideicomiso societario. Bases para una mejor utilización de la figura fiduciaria” ED 211-884 y ss.

Las acciones de la sociedad anónima pueden ser analizadas desde tres puntos de vista: a) como representativas de una parte alícuota del capital social (art. 163 ley LGS); b) como representativas de la calidad de socio, con los derechos y obligaciones respectivos (status socii); c) como “*títulos valores*” en torno a su modo de representación y transferencia (art. 226)⁶.

Las acciones, como indiscutidos “*títulos valores*”⁷ conforme la doctrina alemana receptada por el actual CCCN (arts. 1815 sgtes. y ccdtes.) pueden ser transferidas a un patrimonio fideicomitado, y por ende pasar a conformar un dominio imperfecto administrado o ejecutado los derechos que de las mismas surgen por parte de su nuevo titular fiduciario. Accediendo por ende a sostener en líneas generales que las acciones se encuentran dentro del comercio (1667 inc. a y 1670 CCCN), más allá de las limitaciones que la propia ley de sociedades o los acuerdos parasocietarios le pudieran disponer en torno a la libre transmisibilidad o de ejercicios de los derechos que surgen de las mismas.

Recordemos que los derecho pueden ser calificados en patrimoniales: la participación a) en el capital; b) en las utilidades; c) en el fondo de reserva; d) en los resultados no asignados, e) en la cuota de liquidación; f) derechos suscripción preferente en los aumentos de capital a los fines de poder acrecer; entre otros y los no patrimoniales o político de voz y voto, destinado a la formación de la voluntad social; de gobierno, de administración, de control, de receso y, todo en un marco de resguardo al derecho de información del socio.

Dicha transmisión de dominio por cierto imperfecta de acciones (limitado en el tiempo y en el objeto de la fiducia, incluso revocable art. 1697 inc. b CCCN) debe tener un beneficiario o un destinatarios de los actos que despliegue el propio fiduciario en ejercicio de su territorio dominial. Signando a los destinatarios de tales actos dentro de los esquemas mentados en el contrato de fideicomiso. Dicho de otro modo, lo actuado por el fiduciario en este tipo de fideicomisos lo es con destino a un beneficiario necesario (art. 1666 CCCN “...quien se obliga a ejercerlo en beneficio de otra denominada beneficiario”), que dependiendo de la estructuración podrá ser uno o más beneficiarios, incluso con distinto alcance en los beneficios, podrá ser el propio fiduciante y hasta incluso de darse de las pautas de residualidad ante la extinción del fideicomiso, puede ser destinatario hasta el propio fideicomisario. Resaltando que el fiduciante

⁶Halperín-Otaegui, “*Sociedades Anónimas*”, 2ª ed., Buenos Aires, 1998, Depalma, p. 307 y ss.

⁷Gomez Leo, Osvaldo R.; “*Títulos Valores y títulos cambiarios*” Edición ampliada y actualizada, Editorial Abeledo Perrot 2018, página 54 a 57, 67 sgtes. y ccdtes.

puede cumplir los tres roles, en caso de así preverlo el esquema contractual gobernada por la autonomía plena de la voluntad.

Ahora bien, resulta o puede resultar el fiduciario titular o sujeto legitimado a ejercer todos los derechos que surgen de las acciones, y en caso aplicarse las reglas estatutarias y legales respecto solo de su persona. La jurisprudencia, en materia de fideicomiso en general, en algún caso considero al fiduciario como exclusivo propietario y, en algún otro, como un dueño “aparente” de los bienes fideicomitados que obra virtualmente por cuenta del fiduciante, lo que incluiría, en nuestro caso, a las acciones.

Aun cuando pareciera que, como regla, debería considerarse lisa y llanamente al fiduciario como titular del status el socio íntegro, pleno y completo, la más autorizada doctrina que seguimos en el punto Eduardo M. Favier Dubois (h)⁸, “*sostiene que, lo cierto es que no siempre es así, ya que en el fideicomiso sobre acciones se presentan algunas particularidades*”.

Ello incluso abona a la teoría que la transferencia de los títulos valores por medio de la cesión o transferencia a un patrimonio fideicomitado se identifica con la idea de una transferencia o adquisición derivada⁹ y no originaria y propia del derecho cambiario como sucedería con el endoso de la acción, prohibido en nuestro derecho.

Al respecto Kiper y Lisoprawski¹⁰ sostienen que de ahí se fungen dos escenarios: uno interno en relación con las partes del contrato de fideicomiso y otro externo de cara a la sociedad en la que participa como verdadero socio.

Referenciando Favier Dubois (h) que, en primer lugar, lo fideicomitado son las “acciones” y ellas, como “títulos valores”, sólo le confieren a su titular una investidura formal: la “legitimación” para ejercer los derechos, pero no implican necesariamente la “propiedad” como tal, en el sentido del “estado de socio” que, como ya se señaló, no es en sí mismo objeto posible de fideicomiso.

De hecho, tal pauta doctrinaria va de la mano con las extremos de legitimación sustancial o formal del derecho cambiario, donde el fiduciario no siempre podrá asumir el rol de legitimado sustancial de los derechos que surgen del título valor.

⁸ FIDEICOMISO Y RÉGIMEN SOCIETARIO. EL FIDEICOMISO SOBRE ACCIONES DE SOCIEDAD ANÓNIMA. Eduardo M. Favier Dubois (h.) Publicado en: LA LEY 08/11/2010, 1 • LA LEY 2010-F, 842 • Enfoques 2011 (enero), 45 Cita: TR LALEY AR/DOC/7076/2010

⁹Gómez Leo, Osvaldo R., Ob. Cit. Página 151 a 153.

¹⁰ Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski, “Tratado de Fideicomiso”, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires 2012, página 441 sges. y ccdtes.

En segundo término, en el fideicomiso nos encontramos con un dominio “imperfecto” o “fiduciario” sobre las acciones, en los términos de los arts. 1701 sgtes. y ccdtes. del CCCN, o sea que no es pleno sino limitado (en tiempo y en objeto causal), lo que puede incidir, según el caso, sobre el haz de derechos, obligaciones y responsabilidades del socio.

En tercer lugar, el fideicomiso “desdobra” los derechos del socio en materia del derecho patrimonial al cobro de dividendos, que no lo coloca en cabeza del fiduciario sino del beneficiario y/o de lo que surja en forma concreta y necesaria del contrato de fideicomiso (arts. 1666, 1667 inc. d), 1671, 1672sgtes. y ccdtes. CCCN).

Finalmente, la ley admite expresamente la posibilidad que el contrato de fideicomiso limite, restrinja, sujete a instrucciones o condicione las facultades del fiduciario (art. 4º inc. c y conc. L.F), lo que también puede llevar al desdoblamiento de su estatuto de socio.

Es fundando en tales premisas que con acuerdo Favier Dubois considera que en el fideicomiso accionario puede existir un *desdoblamiento de la calidad de socio* y que los diversos derechos, obligaciones, prohibiciones, límites e incompatibilidades del accionista deben ser atribuidos ora al fiduciario, ora al fiduciante, ora al beneficiario, según el caso, previa indagación y teniendo en cuenta a los siguientes parámetros:

- a) La causa del concreto fideicomiso de que se trate, o sea, el negocio subyacente.
- b) Las limitaciones o autorizaciones dadas por el contrato al fiduciario y los derechos que se hubiese reservado el fiduciante.
- c) La dinámica de instrucciones o consultas que deba hacer el fiduciario al fiduciante o al beneficiario, siendo usual y de estilo la conformación en muchos casos de escenarios de asamblea o reuniones de fiduciantes y/o beneficiarios y/o fideicomisarios, para lograr con quorum y mayorías las definiciones o pautas a adoptar por el fiduciante.
- d) El juego del interés social o del interés individual del fiduciario, beneficiario, fideicomisario o fiduciante en cada supuesto concreto.
- e) La configuración o no de un centro autónomo de interés en la figura del fiduciario respecto de la situación de que se trata, teniendo incluso presente que en la nueva codificación incluso el fiduciario puede conformar el rol simultáneo de beneficiario (conforme art. 1671 primera parte CCCN).

De tal suerte que el juzgamiento del alcance de la legitimación derivada o for-

mal/sustancial, en su caso de los votos y de la legitimación para reclamar información, dividendos, ejercer derecho de preferencia, ejercer el derecho de receso, pedir convocatoria a asambleas, iniciar acciones de impugnación de decisiones asamblearias, transferir las acciones a terceros y/o preñarlas, se condicionará a las pautas precedentes a juzgar en cada caso.

Incluso el autos citado, referencia que el alcance de la intervención del fiduciario en un fideicomiso de acciones derivado tendrá extensión, alcance o análisis respecto de: 1) disolución y responsabilidad, 2) situaciones de control, 3) participaciones recíprocas, 4) acciones de inoponibilidad y/o de responsabilidad, 5) planteos de extensión de quiebras, 6) de inhabilitación en caso de quiebra, 7) alcance o no de inhabilitaciones de voto por interés contrario -dilucidando en beneficio de quien las acciones son administradas en cada caso concreto-, 8) contrataciones del fideicomiso con la sociedad de la cual el patrimonio de afectación posee acciones, 9) la imputación de responsabilidad en acciones de impugnación asamblearia, entre tantas situaciones o efectos a analizar, lo que incluso dirimirá si se deberá responder frente a terceros con el patrimonio fideicomitado como regla o también con el patrimonio de las partes del contrato en los supuestos de responsabilidad personal.

Claro que también deberán analizarse las estipulaciones contractuales previstas en el propio estatuto societario, donde suelen incorporarse cláusulas de estilo sobre la limitación a la libre transmisibilidad de acciones, las que en su caso no podrán ser violentadas o dejadas de lado por parte del fideicomiso de acciones a conformar, si es que el mismo pretende ser registrado conforme lo normado por el art. 215 LGS y oponerse a la sociedad -como deudora cedida- y terceros.

En torno a la finalidad o causa contractual de los contratos de fideicomiso de acciones podemos encontrar en el ejercicio profesional -sin intentar agotar todas las opciones solo demarcadas por el principio de la autonomía de la voluntad- las siguientes opciones: 1) sindicato o acuerdo parasocietario de accionistas a los fines de aunar criterios en torno a ciertas decisiones propias como para asumir el control social externo de derecho o para asegurar extremos de la vida societaria conjuntos, 2) a los fines de generar válvulas de escape y esquemas desempate en caso de sociedades cincuenta y cincuenta; 3) de garantía a los fines de asegurar el cumplimiento de una obligación estratégica o de asegurar el cumplimiento de un acuerdo de transferencia de acciones; 4) a los fines de conformar un fideicomiso de trazabilidad sucesorio de acciones¹¹ tendientes a permitir el ingreso de las nuevas generaciones a la sociedad, de facilitar la transgeneracionalidad acudiendo a la herramienta del pacto de herencia futura (art. 1010 CCCN), 5) directamente un protocolo de empresa familiar.

II.b.2 Fideicomiso rogando una conformación societaria. Otro ejemplo de fideicomiso societario originario.

Vimos en el desarrollo precedente, como el fideicomiso puede ser el vehículo de algunas participaciones sociales -principalmente de acciones-, así como procedimos a analizar junto con la doctrina que se ocupa del tema, los diversos usos y finalidades para los cuales se conforman fideicomiso de acciones o de participaciones sociales.

Ahora bien, por estos días se ha planteado por ante los órganos de registro societarios presentaciones de fideicomisos -a través de sus respectivos fiduciarios y en el marco de las facultades que otorga el pacto de fiducia- rogando la conformación de una sociedad comercial. Supuesto que presentamos como dos fideicomisos diversos, rogando, requiriendo la inscripción de una sociedad anónima de la cual sus socios aportantes resultan en principio dos fideicomisos diversos, cuyo objeto faculta a los fiduciarios a aplicar los recursos aportados por los fiduciantes.

Claro que no podemos pasar por alto que la Ley General de Sociedades recepta en su artículo 1 el concepto de persona, y tenemos claro que el fideicomiso no es una persona jurídica, sino que el mismo resulta un contrato por medio del cual se admite la conformación de un dominio imperfecto. Pero a nadie le pasará tampoco por inadvertido que la doctrina y la jurisprudencia desde hace años admite la conformación, funcionamiento y operatividad de los denominados vulgar y genéricamente “*fideicomiso de acciones*”. Estos últimos, contratos de fiducia donde los fiduciantes -titulares de acciones o de las participaciones sociales habilitadas en principio a ser aportadas a una fiducia- le requieren a una tercera persona denominado fiduciario que proceda a administrar los derechos patrimoniales y no patrimoniales que surjan de dichas participaciones que conforman el patrimonio de afectación.

Entonces y jugando con las variables doctrinarias que se pudieran generar podemos simular dos corrientes:

La primera de ellas indicará que lo planteado en el caso es inviable desde el punto de vista jurídico, y el argumento será lisa y sencillamente por cuanto el art. 1 de la LGS indica que quienes pueden conformar una sociedad son o deben ser personas y no patrimonios o contratos como en el caso del fideicomiso.

La segunda indicará que amen de la redacción del artículo 1 de la LGS, la doc-

¹¹ PACTO O ESTIPULACIÓN DE HERENCIA FUTURA EN LA DINÁMICA SOCIETARIA. FIDEICOMISO DE TRAZABILIDAD SUCESORIA: UNA VARIABLE INTERESANTE David, Marcelo A. Publicado en: RCCyC 2019 (mayo), 3 Cita: TR LALEY AR/DOC/824/2019

trina¹², los organismos de registro y la jurisprudencia¹³ han habilitado que los fideicomisos de acciones no solo tengan reconocida carta de ciudadanía¹⁴ y eficacia legal, sino que hasta incluso resultan usuales en escenario de pactos de herencia futura, esquemas o vehículos para asegurar el desempate en caso de votaciones en la administración social, sindicato de acciones, planificaciones familiares, entre otras opciones.

Seguido de los argumentos habilitantes podemos decir que los fiduciarios que se encuentra fundando y dando causa fin al aporte y suscripción de nuevas acciones de una nueva sociedad anónima, sin dudas que cumplen por medio del negocio citado, con la presencia de la persona que en el fondo sustenta y subyace a la necesidad de personalidad de los aportantes a una sociedad a conformarse. Ello sustentando la doctrina del desdoblamiento gestado por el Favier Dubois, al que seguimos en el punto, aunque sostenemos que no siempre ese desdoble se perfecciona, y deberemos estar a las resultas del análisis del caso concreto.

Y también debemos estimar que si permitimos el fideicomiso de acciones de forma derivada o con posterioridad a la conformación de una sociedad anónima -lo que la mayoría de la doctrina convalida-, porque motivo no vamos a permitir que un fideicomiso -aporte a un patrimonio fideicomitado- participe de la gestación de una nueva sociedad -fideicomiso de acciones originario-. Por cuanto, sostener lo contrario sería como un sentido a todo lo expuesto y construido por la doctrina comercial respecto de la validez y utilidad legal del fideicomiso, donde pocas veces nos preguntamos sobre la personalidad de acciones en cabeza de un patrimonio no personificado de una sociedad ya conformada.

Claro que en este caso se deberá analizar la legitimación del fiduciario conforme el pacto de fiducia -causa- que habilite al mismo a participar del otorgamiento de un estatuto conformatorio de una sociedad anónima, superando un rechazo cómodo y desactualizado de dicho intento con el solo argumento de carecer de personalidad.

¹² FIDEICOMISO Y RÉGIMEN SOCIETARIO. EL FIDEICOMISO SOBRE ACCIONES DE SOCIEDAD ANÓNIMA. Eduardo M. Favier Dubois (h.) Publicado en: LA LEY 08/11/2010, 1 • LA LEY 2010-F, 842 • Enfoques 2011 (enero), 45 Cita: TR LALEY AR/DOC/7076/2010

¹³ "Orcoyen, Javier y otros c. Forlano, Carlos s/medidas precautorias", CNCivil, sala L, sent. Interlocutoria, C.1049441. "Maceda, Raul c. Quintana, Héctor s/PVE. s/tercería de dominio iniciada p/Eliana del Carmen Hidalgo Ruiz s/casación, Sup. Tribunal de Viedma, 24-3-93.

¹⁴Conf. PAOLANTONIO, Martín E., "El fiduciario como accionista: A propósito de la resolución 820/2005 de la Inspección General de Justicia", LA LEY, 2005-E, 1473

III. CONCLUSIONES.

Resulta indiscutido en el derecho privado argentino que el fideicomiso es una herramienta válida, legal, versátil y sumamente útil como para vehiculizar diversas opciones de negocio y/o simplemente de organización patrimonial en un escenario de patrimonio de afectación por separado de quienes adoptan la decisión de conformarlo.

Variados son los usos de lo que denominamos fideicomisos societarios derivados, conocidos como “de acciones” en sentido genérico -gestados a partir de una sociedad ya conformada en los términos normados por el Capítulo 2 de la LGS-, al extremo que las causas de su otorgamiento resultan prácticamente inabordables en su bastedad, amén de la referencia a las vehiculizaciones más usuales y validadas por la doctrina y la jurisprudencia en nuestro ordenamiento.

Pero lo cierto es que la doctrina a la fecha poco a debatido sobre la instrumentación de un negocio social sobre la base del pacto de fiducia, o la participación de un fideicomiso en la conformación inicial y fundacional de una sociedad. Extremos ambos en donde caracterizamos a los fideicomisos vinculados al derecho societario como originarios o creadores de un negocio social, bien sea porque lo contiene o bien porque participan del otorgamiento del acto constitutivo de una sociedad regular o no formal dependiendo el supuesto.

Promoviendo por medio de la presente ponencia la legalidad tanto de los fideicomisos societarios originarios como derivados -de acuerdo a la académica caracterización de uno y otro- en el marco de conformación y adecuación a las incipientes pautas vertidas por la doctrina y reforzadas por el presente trabajo. Dando un voto más de confianza y difusión a una de las herramientas contractuales más versátiles y útiles del derecho privado argentino a la fecha, resaltando su neutralidad y afectación patrimonial, en un derecho que se gestó casi en su totalidad al amparo de las personas y no de los patrimonios no personificados representados en los pactos de fiducia, quienes a la fecha vienen ganando sendos adeptos y usos en nuestro derecho.