

“Los Fideicomisos en La Empresa Familiar”.

INTRODUCCIÓN.

Para una mejor exposición del poco transitado tema de los fideicomisos en la empresa familiar hemos juzgado de interés dividir el presente trabajo en tres secciones.

En las dos primeras, y como una indispensable introducción al tema, nos ocupamos de los institutos del fideicomiso y de la empresa familiar en sus aspectos generales y sustentabilidad.

En la tercera parte, en forma especial, se analizan las relaciones entre ambos institutos y sus concretas y posibles aplicaciones prácticas.

CAPITULO I.-

EL FIDEICOMISO.

1.-INTRODUCCIÓN.

La ley 24.441, de principios del año 1995, introdujo en la legislación argentina una nueva forma de fideicomiso, tanto en el plano negocial como dominial que, superando al restringido esquema del código civil, permitió su utilización en múltiples actividades¹.

A título de introducción, y respecto del dominio fiduciario, adherimos al concepto según el cual, integrando el art. 2662 del Código Civil con el art. 1º de la ley 24.441, éste existirá “cuando una persona (fiduciante), en razón de un fideicomiso cuya fuente es un contrato o un testamento, transmita el dominio de cosas determinadas a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerlo en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a

1 Para una visión general del tema pueden consultarse, entre otros: Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V. “Tratado de Fideicomiso”, 2da.Ed., Ed. Lexis Nexis, Bs.As., 2005; Maury, Beatriz Alicia (Directora), Grzona, Daniel Alejandro (Coordinador) “Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., T.I 1999, T.2 2004; Barreira Delfino, Eduardo A. y Camerini, Marcelo A. (Directores) “Tratamiento integral del fideicomiso”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2007. Ver la discusión sobre la unidad o pluralidad de regímenes de dominio fiduciario en Lafaille, Hector y Alterini, Jorge Horacio “Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales”, Ed. La Ley, Ediar, 2º Ed.Actualizada y ampliada, Bs.As. 2010, tomo III, pag.45, nro. 991 ter.

transmitirlo a la extinción del fideicomiso al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario (destinatario final)”² .

En cuanto al ámbito negocial, cuyas fuentes son, como ya se indicó, el contrato o el testamento, pueden señalarse los caracteres siguientes: da un marco legal para facilitar otros negocios; se basa en la confianza o fiducia; permite aislar los riesgos propios de un negocio respecto de riesgos subjetivos de las partes (arrepentimiento, muerte, embargo, insolvencia, etc.); no hay enriquecimiento patrimonial para las partes; debe tener causa lícita y la insolvencia del patrimonio fideicomitado no lleva a su quiebra.

En lo que hace a los sujetos participantes, y de conformidad con lo que resulta de los arts. 2º, 4 a 10, 17 y 18 de la ley 24.441, ellos son a) el fiduciante, quien es el dueño de los bienes, derechos o acciones y genera el fideicomiso; b) el beneficiario, que es una persona física o jurídica que no es parte en el contrato, que puede ser presente o futura, singular o plural, original o sustituto, y cuyos derechos son transmisibles salvo pacto; c) el fiduciario,³ que es la persona física o jurídica (salvo oferta pública donde debe ser persona jurídica autorizada), que cumple el rol de depositario de los bienes, a los que no puede usar salvo pacto, pero puede gravar y vender sin necesidad de autorización salvo pacto y dentro de la finalidad del fideicomiso, destacándose que en caso de venta no rige el art.3270 del código civil. Cabe señalar que el fiduciario ejerce todas las acciones en defensa de los bienes, debe cumplir como buen hombre de negocios, tiene obligación de rendir cuentas anuales, posee responsabilidad por culpa o dolo, tiene prohibición de adquirir los bienes fideicomitados y posee derecho a gastos y retribución; y d) el fideicomisario, quien es el destinatario final de los bienes y en caso de silencio es el beneficiario o el propio fiduciante.

Los efectos del fideicomiso, conforme surge de las normas legales respectivas (arts. 11 a 16 L.F.) pueden sintetizarse de la siguiente forma: a) se constituye una propiedad fiduciaria sobre los bienes transmitidos por un máximo de 30 años (salvo beneficiario incapaz o fideicomiso forestal); b) hay también propiedad fiduciaria de los bienes adquiridos con frutos y productos si así se pacta; c) tal propiedad se ejerce en interés de terceros; d) se producen los efectos desde el cumplimiento de las formalidades, en su caso, la inscripción registral; e) se constituye un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante; f) la responsabilidad del art.1113 del código civil se limita al valor de las cosas si no se pudo asegurarlas; g) los bienes fideicomitados están exentos de la acción de los acreedores del fiduciario y del fiduciante, salvo la acción de fraude; h) los acreedores del beneficiario solo pueden agredir los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse; i) los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones del fideicomiso; j) la insuficiencia del patrimonio fideicomitado no produce quiebra sino su liquidación aplicándose sus privilegios.

2 Conf. Alterini, Jorge Horacio y Alterini, Ignacio Ezequiel “Pluralidad de regímenes del dominio fiduciario”, LA LEY 2010-C, pag.1147 y stes.

3 Ver Urrets Zavalía “Responsabilidad civil del fiduciario”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As.-Santa Fe, 2002.

En lo que hace a la clasificación de los fideicomisos, teniendo en cuenta el objeto-fin, pueden distinguirse los de “administración” de los de “garantía” y, por la titulización, la ley distingue el fideicomiso “comun”, donde la transmisión de los derechos del beneficiario opera según lo pactado, del fideicomiso “financiero”, donde los derechos del beneficiario se incorporan a valores negociables (arts. 19 a 24 ley 24.441).

Otros fideicomisos son los previstos para entidades deportivas (ley 25.284) y los denominados fideicomisos públicos⁴, creados por normas especiales y relativos a fondos fiduciarios para determinados emprendimientos estatales.

2.-DESAFIOS DEL INSTITUTO.

Ya hemos tenido oportunidad de señalar que el fideicomiso, en su regulación por la ley “24.441”, presenta a la doctrina un doble desafío.⁵

Por un lado, el de procurar su amplia y mayor utilización en la vida comercial dada su marcada ventaja: es un vehículo que permite aislar los riesgos propios de un negocio determinado respecto de otros riesgos, sean genéricos o subjetivos de las partes (arrepentimiento, muerte, embargo, insolvencia, etc.) y que está exento de ser declarado en quiebra.

Por el otro, presenta el desafío doctrinario de fijar los límites concretos de tal utilización de modo de evitar la violación de normas legales indisponibles o la perpetración de fraudes o perjuicios a terceros.

Este último plano es de la “sustentabilidad legal” de la figura y se refiere a las condiciones y presupuestos que llevan a un fideicomiso determinado a pasar o no por el test de su eventual impugnación judicial, lo que exige confrontar tal fideicomiso con el resto del ordenamiento vigente, considerado éste como un sistema no solo de normas sino también de principios jurídicos.

3.-CARACTERISTICAS CONDICIONANTES DE LA SUSTENTABILIDAD.

Por nuestra parte, y a los efectos de juzgar la sustentabilidad, sostenemos que resulta necesario tener en cuenta algunas características del instituto que son las que marcan sus límites y que, a nuestro juicio, son las siguientes:

A.”Bifrontalidad”.

4 Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V. op.cit. pag. 536.

5 Ver del autor “La sustentabilidad legal del fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso” en El Derecho, t.229 pag.657 y stes.

El fideicomiso es bifronte en el sentido de que alude tanto a un contrato o negocio unilateral (testamento) como una forma de propiedad.

El contrato de fideicomiso se perfecciona con las declaraciones de voluntad entre las partes por lo que es “consensual”.

La propiedad fiduciaria, en cambio, nace solo después de cumplida la transferencia de los bienes al fiduciario. Antes de ella no existe como tal (art. 12 LF).

En el punto no compartimos un fallo que, contrariando reiterada jurisprudencia anterior⁶, consideró suficiente y oponible frente a la quiebra la anotación de la cláusula de adquisición “en comisión para una sociedad que oportunamente aceptará la compra”⁷, a pesar de que el titular registral del dominio seguía siendo el comisionista al momento de la falencia.

Ahora bien, en caso de bienes registrables, la falta de inscripción de la transferencia no es invocable por las partes y terceros que participaron en el acto (publicidad cartular), máxime en obligaciones propter rem⁸.

B.”Alteridad”.

De los cuatro roles naturales del fideicomiso (fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario), hay solo dos necesarios como son el de fiduciante y fiduciario y entre ellos debe haber alteridad.

O sea no puede ser el mismo sujeto, ni dos sujetos aparentemente distintos pero que responden a una misma sustancia o cuya personalidad diversa pudiera ser allanada (art. 54, tercer párrafo, ley 19.550).

Tampoco podrá coincidir el fiduciario con el beneficiario dada la neutralidad que exige el rol del primero.

Una excepción a este principio aparecería en los “fideicomisos públicos” en los cuales el Estado es al mismo tiempo fiduciante y fiduciario, aunque por medio de una Repartición o Ente estatal diverso.

Sin embargo debe tenerse presente que se trata de fideicomisos especiales, no sujetos a las reglas generales sino a las normativas de su creación, como así que tampoco está excluida

6 C.N.Com., Sala E, 15-4-88, “Argentaria S.A. c/Herrera Automotores”; Sala B, 24-8-90, “Pea, Horacio s/tercería en Tarantino c/Pea, Hector”

7 C.N.Com., Sala C, 22-2-05, “Kumvich, Anibal s/quiebra”, LL 1-4-05, p.7

8 C.N.Com., Sala C, 22-2-05 “Consorcio L.N.Alem 480 c/Bco.Medefin”, LL 5-4-05, p.6

una alteridad de intereses entre dos organismos distintos del mismo Estado con funciones y objetivos diversos.

C."Vehicularidad".

El fideicomiso no es un negocio en sí mismo sino un vehículo neutro respecto de un negocio subyacente.

Ello impone indagar el negocio subyacente, su validez y su causa lícita, en tanto el fideicomiso no puede ser un instrumento para que el fiduciante o un tercero hagan lo que a título propio no pueden hacer.

También implica que no hay enriquecimiento o empobrecimiento patrimonial para las partes, lo que, en todo caso, resultará del otro negocio.

En consecuencia, el fideicomiso no existe en función de sí mismo sino de otro contrato o relación negocial, por lo que el juzgamiento de cada contrato (en su onerosidad, licitud, etc.) deberá hacerse en base a esa finalidad.

Este carácter "vehicular" lo distingue de los negocios simulados ya que el fideicomiso se exterioriza como un verdadero instrumento y no oculta al negocio subyacente⁹.

D."Temporalidad".

El fideicomiso es un contrato que implica, supone y necesita un tiempo para que el fiduciario ejercite su propiedad, y para que los beneficiarios la disfruten, antes de la transmisión al fideicomisario.

De ellos se sigue que el fideicomiso instantáneo no sea tal.

E."Plasticidad".

El fideicomiso admite la incorporación ulterior de fiduciantes, de beneficiarios y de fideicomisarios, pero ello siempre que en el contrato inicial se prevean y pauten detalladamente las condiciones y que no se vulneren los límites de la figura.

F."Comunicabilidad".

9 Conf. C.N.Civil, C.N.Civil, Sala A, 9-3-05, "Pereyro c/Vilar", LL 27-6-05, p.4

El carácter “fiduciario” del contrato denota la total falta de interés personal del fiduciario y califica su deber de cumplir adecuadamente la manda, para lo cual no solo debe rendir cuentas al beneficiario (art.7 L.F.) sino al propio fiduciante, interesado en tal cumplimiento¹⁰, quien puede remover al fiduciario en caso de incumplimiento (art.9, a, L.F.).

G.-“Autorización especial societaria”.

En materia societaria, como regla, los representantes obligan a la sociedad por todo acto que no sea notoriamente extraño al objeto social (art. 58 ley 19.550).

Ahora bien, en el caso del fideicomiso en el cual una sociedad comercial transfiere bienes propios como fiduciante, debe medirse la entidad del acto respecto del patrimonio y del giro social para establecer si el mismo se encuentra dentro de las facultades de sus representantes o si, por tratarse de un acto de “administración extraordinaria”, requiere aprobación de la asamblea extraordinaria o reunión de socios con facultades para reformar el contrato.

Al respecto, la doctrina y jurisprudencia son contestes, en el caso de sociedades anónimas, en negar facultades al directorio cuando se trata de actos de administración extraordinaria o que exceden el objeto de la sociedad ¹¹

H.-“Infungibilidad y orden público fiduciario”.

A nuestro juicio el fideicomiso no puede reemplazar a una figura tipificada por la ley en protección de los terceros o a ciertas reglas del ordenamiento contractual que tienen la misma finalidad ni tampoco puede contrariar las relaciones básicas que fundan la institución, a las que denominamos “orden público fiduciario”.

Entre tales casos de inadmisibilidad pueden citarse las normas legales que, tanto en la hipoteca como en la prenda, impiden que el acreedor se apropie el bien dado en garantía en tutela del deudor y de los demás acreedores (art. 3222 del código civil).

10 Ver del autor “La rendición de cuentas en el derecho comercial. Su vigencia en materia de negocios fiduciarios, asociativos y societarios”, Errepar, DSE, nro. 262, Septiembre 2009, T. XXI, pag. 967, en co-autoría con Favier Dubois (pater).

11 C.N.Com., Sala B, 06-12-83, “Azopardo S.A. Cía Financiera c/ Márquez y Cía. Productora s/ Inc. de revisión” La cuestión se hace mas grave cuando se trata de actos de garantía absolutamente gratuitos, como sería el caso de un fideicomiso de garantía a favor de un tercero que, como tal, no sólo exceden notoriamente al objeto social sino también a la propia finalidad de la estructura societaria. Confirman tal línea jurisprudencial los fallos “Banco de la Nación Argentina s/ Inc.de verificación en Escape Metal S.A. s/ Concurso preventivo”, de la Sala B, de la Cámara Comercial, del 30-09-05 y “Canteras Cerro Negro c/ El Abuelo S.A. s/ Inc. en quiebra”, de la C.C.yCom. de Mar del Plata del 12-02-06, que sostienen la no verificación en el concurso de garantías gratuitas contrarias al objeto y al interés social.

¿Podría esto pactarse en un fideicomiso de garantía?

Entendemos que no.

Es que, de lo contrario, todas las normas imperativas referidas pasarían a ser meramente dispositivas por la sola voluntad de las partes en violación de las tutelas legales, resultado que condena la interpretación.

También juzgamos inadmisibles que un negocio determinado y tipificado por ley, con la presencia de determinados elementos concretos, pretenda ser modificado en sus efectos mediante la “adaptación” de la figura del fideicomiso.

Finalmente, tampoco corresponde que el “orden público fiduciario”, entendido por tal al ordenamiento mínimo e indisponible de las relaciones legales entre los sujetos intervinientes para que el negocio sea un fideicomiso y no otra cosa, pueda alterarse por voluntad de las partes pretendiéndose igualmente lograr los efectos del instituto.

Tal sería el caso, entre otros, del denominado “fideicomiso inmobiliario de garantía” que se presenta cuando, a los efectos de garantizar una deuda, el deudor transmite en propiedad fiduciaria un inmueble de su propiedad para que, en caso de no abonarse aquella a su vencimiento, el fiduciario venda el inmueble en forma privada y, con su producido, pague la deuda al beneficiario-acreedor, entregando el eventual remanente al deudor-fiduciante, pero reteniendo la tenencia y administración del inmueble.

Vale decir que se trata de un caso donde la estructura coincide con la de la hipoteca y se pretende transmitir la propiedad sin mediar “constituto posesorio”¹² por lo que el contrato en cuestión es inválido como fideicomiso de garantía al no ajustarse a sus presupuestos legales¹³.

CAPITULO II. LA EMPRESA FAMILIAR.

1.-CONCEPTO E IMPORTANCIA.

Cabe aquí recordar que hay “empresa familiar” cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa, la que constituye su medio de vida, y

12 Conf. Favier Dubois –pater- “Fideicomiso de garantía ¿si o no?”, en Errepar, DSE, nro.166, agosto 01, pag.142, nro.13.

13 Ver Favier Dubois (h), Eduardo M. “El fideicomiso inmobiliario de garantía y su validez frente a los concursos” en “Problemas y Cuestiones sobre los Concursos”, Vitolo-Pardini (Directores), Buenos Aires, 2006, Ed.Ad Hoc, pag.125.

tienen la intención de mantener tal situación en el tiempo y con marcada identificación entre la suerte de la familia y de la empresa ¹⁴

También se sostiene que la “empresa familiar” es “aquella en la que un grupo de personas pertenecientes a una o más generaciones, y unidas por vínculos familiares, comparten parcial o totalmente la propiedad de los medios instrumentales y la dirección de una empresa, produciéndose una comunicación entre los fines de la familia y de la empresa” ¹⁵

Y si bien no existe un concepto unívoco en la materia, es claro que la empresa familiar presenta al menos dos elementos objetivos y relacionados entre sí: la existencia de una familia o grupo familiar y la existencia de una empresa, elementos a los que se suma uno subjetivo: la intención de mantener la participación familiar en la empresa y de que ésta sea el sustento de la primera.

La empresa familiar tiene enorme importancia económica, social y moral reconocida en todo el mundo ¹⁶ y presenta grandes fortalezas pero, al mismo tiempo, plantea muchas dificultades, derivadas principalmente de su falta de profesionalización, de la falta de planeamiento de la sucesión, de la inexistencia de canales idóneos de comunicación, y de la confusión de límites entre familia y empresa, todo lo que crea la necesidad de acudir a procedimientos y herramientas que permitan brindarle una debida sustentabilidad en sus diversos planos: económico, psicológico-relacional y jurídico, de modo de permitir su continuación y evitar las altas tasas de mortalidad al pasar a las siguientes generaciones.

Dentro de éste último plano, se ubican la relación de la empresa familiar con el derecho societario.

2.-LA EMPRESA FAMILIAR FRENTE AL DERECHO SOCIETARIO.

14 Favier Dubois (h), Eduardo M. “La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica”, E.D. tomo 236, 17-2-10, pag.2, nro.2.1.. Ver también la doctrina publicada en la página web del Instituto Argentino de la Empresa Familiar: www.iadef.org

15 Rodríguez Díaz, Isabel “La empresa familiar en el ámbito del derecho mercantil”, Cuadernos 2 Mercantiles, Edersa, Madrid, 2000, pags.23/24, citado por Martorell Zulueta, Purificación “Empresa Familiar y Regímenes Comunitarios” en Reyes Lopez, María José (Coordinadora) “La Empresa Familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales”, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2004, pag.76, nota 6).-

16 Ver sobre el tema los siguientes aportes publicados en los últimos tiempos: “La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación”, director E.M.Favier Dubois (h), de Editorial Ad Hoc, Bs.As., 2010, en la que participaron como co-autores de sucesivos capítulos: Tomás M. Araya, María Gabriela Brandám, Ángel F. Cerávol, Oscar D. Cesaretti, Marcelo de Hoz, Eduardo M. Favier Dubois (h), Viviana Fourcade, María Blanca Galimberti, Martín Giralt Font, Graciela Junqueira, Roberto M. Martín, Victoria S. Masri, Ricardo A. Nissen, Rodrigo N. Rosales Matienzo, Hugo E. Rossi, Candelaria Sandro, Susana Sosa de Irigoyen, Claudio D. Szarlat Dabul, Daniel R. Vítolo y Augusto Weigel Muñoz; También la obra colectiva titulada “Empresas de Familia. Aspectos Societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia”, dirigida por Gabriela Calcaterra y Adriana Krasnow, editada por La Ley, Buenos Aires, 2010. Además, pueden consultarse los siguientes trabajos: Medina, Graciela “Empresa Familiar”, La Ley, T.2010-E, ejemplar del 13-9-10, pag.1 y stes.; y Alterini, Ignacio Ezequiel “El bien de familia frente a la empresa familiar” en La Ley, to. 2010-F, diario del 9-12-2010, pag. 1 y stes

En Argentina no existe ni un estatuto jurídico, ni un tipo especial, ni tampoco medidas puntuales de sustentabilidad jurídica para la empresa familiar, debiendo juzgarse su situación bajo la normativa actual.

Sentado ello, y desde el punto de vista del derecho societario, la empresa familiar puede presentar tres estructuras básicas, a saber:

La de una empresa familiar “informal”, que se configura cuando se trata de una explotación unipersonal del “pater” (art.1º cod.com.) o de una sociedad de hecho integrada por los familiares (art. 21 ley 19.550).

La de una empresa familiar “formal”, cuando se ha formalizado un contrato adoptando un tipo social (arts.4º, 5º, 7º, y 11 L.S.), pero el mismo se limita a los contenidos estándar de los estatutos modelo.

La de una empresa familiar “organizada”, cuando a la instrumentación formal se agrega una reglamentación específica de las relaciones entre la familia y la empresa.

3.-LA EMPRESA FAMILIAR ESTRUCTURADA: EL PROTOCOLO FAMILIAR.

El medio mundialmente recomendado para estructurar a una empresa familiar, cualesquiera sea su forma jurídica, es el denominado “protocolo de la empresa familiar”¹⁷.

Cabe aquí recordar que el protocolo familiar es una reglamentación escrita, lo más completa y detallada posible, suscripta por los miembros de una familia y socios de una empresa, que actúa como un mecanismo preventivo de conflictos.¹⁸

Básicamente regula las relaciones entre la familia, la propiedad de la empresa y la gestión de ésta.¹⁹ Es una suerte de carta de navegación para prevenir futuros conflictos. Constituye un acuerdo marco que debe prever su revisión y actualización.

17 Ver sobre el tema la segunda obra colectiva del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (www.iadef.org) titulada “El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución”, bajo la Dirección de E.M.Favier Dubois (h), y la co-autoría de Lilita Araldi, Martín Arecha, Alberto Azubel, Facundo Biagosh, Gabriela Calcaterra, María Cesaretti, Oscar Cesaretti, Daniel Cialdella, Silvia Cirmi Obon, Marcelo A. David, Osvaldo Di Tullio, E.M.Favier Dubois (h), María Viviana Fourcade, Nora Franco, María Blanca Galimberti, Carlos E. Garobbio, Martín Giral Font, Arturo G. Giovenco, Lisandro A. Hadad, Bibiana Kopita, René Llapur, José Luis Marinelli, Teresa Mariño y Busquet, Roberto M. Martín, Victoria S. Masri, Rodolfo G. Papa, Guillermo Ragazzi, R.Nicolas Rosales Matienzo, Hugo E. Rossi, Silvia Ruiz Larriu, Enrique M. Skiarski, Susana Sosa de Irigoyen, Claudio Szarlat Dabul, Flavio Varennes, Daniel R. Vítolo, Augusto Weigel Muñoz y Pedro Zuanich, de Editorial Ad Hoc, Bs.As., 2011.

18 Reyes Lopez, María Jose (coord) “La empresa familiar; encrucijada de intereses personales y empresariales”, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pag. 15; Ver nuestro trabajo “El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos”, en Errepar, DSE, nro. 244, marzo 2008; También en la obra colectiva de Favier Dubois (h), E. M. (Director), titulada “La Empresa Familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2010, los trabajos de María Susana Sosa de Irigoyen “El protocolo de empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción”, en pag. 235 y stes; Victoria Masri “El protocolo familiar: valioso instrumento para la conservación de la empresa familiar” en pag. 279 y stes; y Rodrigo Nicolas Rosales Matienzo “Modelo de Protocolo Familiar”, en pag. 369 y stes.

El protocolo ha sido definido, desde el punto de vista jurídico, como “un acuerdo entre accionistas familiares, titulares de bienes o derechos que desean gestionar de materia unitaria y preservar a la largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia empresaria y la empresa familiar”²⁰.

Cabe asimilarlo a los “shareholders agreements” de Estados Unidos y viene a desempeñar en la organización jurídica de la sociedad familiar la misma función que el contrato base de la “joint venture”²¹.

El protocolo podrá tener o no fuerza jurídica tanto en función de la voluntad de sus firmantes interpretada debidamente, cuanto de su consistencia con el ordenamiento jurídico indisponible.

Así, en función del grado de vinculación jurídica que se otorgue, pueden apreciarse tres tipos de protocolo²²:

El “pacto de caballeros”, cuando su contenido solo obliga a los que lo suscriben desde un punto de vista moral, familiar o social.

El protocolo “contractual”, que vincula a los firmantes jurídicamente pudiéndose accionar judicialmente por cumplimiento o inejecución y reclamarse medidas cautelares.

El protocolo “institucional”, cuando es posible oponer el mismo frente a terceros que no lo hayan suscripto.

En la práctica, para discernir entre un pacto de caballeros y un contrato habrá que analizar frente a qué clase de protocolo se está y cuál fue la intención de las partes conforme a su texto expreso y frente al contenido implícito que resulte del contexto familiar al momento de la suscripción y de la ejecución y del marco legal.

En cuanto al protocolo “institucional”, para configurarlo será necesario acudir a instrumentos jurídicos complementarios que puedan otorgarle eficacia frente a terceros.

También habrá que tener en cuenta los límites que, para el valor legal del protocolo, resultan de las normas indisponibles del ordenamiento jurídico²³, sin perjuicio de su eventual valor moral residual.

19 El art. 2 inc.1º del R.Decreto Español nro.171 del 9-2-07 lo define como “el conjunto de pactos suscriptos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre la familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”.

20 Rodríguez Aparicio, J.A. y Torres, C.Agustín “La empresa familiar y el derecho civil”, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, num.12, 3ª época, mayo 1999, pag. 44.

21 Gortázar, Carlos “Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar”, en Amat, J.M. y Corona, Juan F. (Editores), “El protocolo familiar. La experiencia de una década”, Ed. Deusto, Barcelona, 2007, pag.196.

22 Gortázar, Carlos, op.cít., pag. 197.

4.-LA EJECUCIÓN DEL PROTOCOLO.

Una vez elaborado el protocolo se hace necesario trasladarlo a la esfera societaria de modo de darle valor “institucional”, esto es frente a todos los socios, la sociedad y los terceros.

A tales fines corresponderá procurar la adopción del tipo social más adecuado e incorporar al contrato o estatuto de las diversas cláusulas disponibles para la estructuración.

Pero además del protocolo de la empresa familiar y de su debida estructuración societaria, cabe mencionar la existencia de otros instrumentos jurídicos de sustentabilidad de la empresa familiar como son los acuerdos de accionistas²⁴, los testamentos, los seguros y los fideicomisos²⁵, ocupándonos a continuación de éstos últimos.

CAPITULO III. LOS FIDEICOMISOS EN LA ESTRUCTURACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR.

1.-LOS FIDEICOMISOS SOCIETARIOS EN GENERAL.

Los fideicomisos societarios son aquellos en los cuales el objeto que el fiduciante entrega al fiduciario para su administración consiste en participaciones en el capital y los votos de sociedades comerciales.

O sea que el socio de una sociedad entrega en fideicomiso su participación social para que el fiduciario la administre en interés de un tercero o del propio fiduciante y que luego, al fin del fideicomiso, la transfiera a un tercero o al propio fiduciante.

Ahora bien, a nuestro juicio el objeto de los fideicomisos societarios solo pueden ser acciones de S.A. y S.C.A. o cuotas de SRL, pero no otras participaciones societarias.

En efecto, y en cuanto a las acciones de sociedad anónima, las mismas son “bienes” susceptibles de ser objeto de negocios (art. 451 del código de comercio), que pueden ser transferidas tanto en plena propiedad, como en co-propiedad constituyendo un condominio

23 Achares-Di Orio, Federico “El protocolo familiar. A propósito de la autonomía de la voluntad, sus límites y el contrato social” en R.D.C.O., nro.240, pag. 1 y stes.

24 Ver del autor “El pacto de sindicación de acciones como instrumento del protocolo de la sociedad de familia”, en el libro “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty”, Bs.As., 2007, Ed. Por FPIYDCJ y FJM, pag.405 y stes., en co-autoría con Oscar D.Cesaretti.

25 Ver Favier Dubois (h), E.M. “Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima”, La Ley tomo 2010-F, pag.842.

(art.209 L.S.), y que pueden ser sometidas a un pacto de accionistas o sindicato accionario, con diversos efectos (art. 1197 c.civil)²⁶.

Lo mismo ocurre con las acciones de sociedades en comandita por acciones, que tienen, como las de la anónima, carácter de títulos valores (art.226 L.S.).

Con tales fundamentos, las acciones se ubican indubitablemente en el ámbito del art. 11 de la ley 24.441 como “bienes” que pueden ser objeto de transferencia fiduciaria.

En similar situación se encuentran las cuotas de la SRL, dado su particular régimen societario patrimonial (arts. 57, segundo párrafo, y 156 de la ley 19.550) por lo que se trata de “objetos” susceptibles de negocios, incluyendo el fideicomiso.

Ello no pasa con las participaciones sociales de las sociedades de interés (colectiva, capital e industria, comandita simple) y/o el capital solidario de la sociedad en comandita por acciones, que no pueden ser objeto de un fideicomiso en tanto no se trata de “bienes determinados” en los términos del art. 1º de la ley 24.441, sino de un “status socii” absolutamente personalizado y que comporta derechos, obligaciones, atribuciones, incompatibilidades y responsabilidades ilimitadas que exceden dicha noción.

Finalmente, cabe destacar que consideramos 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) La limitaciones o autorizaciones dadas por el contrato al fiduciario y los derechos que se hubiese reservado el fiduciante²⁷; c) La dinámica de instrucciones o consultas que deba hacer el fiduciario al fiduciante o al beneficiario; d) El juego del interés social o del interés individual del fiduciario, beneficiario 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.

2.-EL FIDEICOMISO SOCIETARIO PARA CUMPLIR EL PROTOCOLO DE LA EMPRESA FAMILIAR.

26 Ver Rovira, Alfredo L. “Pactos de Socios”, Ed. Astrea, Bs.As., 2006, pag. 8 y siguientes

27 Ver a favor de la posibilidad de reservarse derechos el fiduciante a Gonzalez, A. Mariano “El fideicomiso de acciones”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2010, pag.87.

Ya hemos señalado en el cap. II que el “protocolo de empresa familiar” es un acuerdo marco que regula las relaciones entre familia y que requiere una ejecución concreta en diversos instrumentos adicionales para darle plenitud²⁸.

Uno de ellos puede ser el fideicomiso de todo o parte de las acciones de modo de cumplir lo allí pactado²⁹.

En este fideicomiso el padre, o los familiares que detentan acciones al momento de su constitución, las transfieren como “fiduciantes” a un tercero, el “fiduciario”, quien las recibe para cumplir el protocolo y administrarlas a favor de los “beneficiarios”, que pueden ser los propios fiduciantes o sus herederos, y para transmitir las, en el momento indicado o al final del fideicomiso, a favor de los “fideicomisarios”, que también pueden ser los propios “fiduciantes” y/o “sus herederos”.

Ahora bien, cuando las “instrucciones” o “mandas” del fiduciario son las cláusulas del propio protocolo de la empresa familiar, este fideicomiso permite dar “cumplimiento cierto” a diversas previsiones para la estructuración de las relaciones entre la familia y la empresa, como son entre otras las siguientes:

La misión y visión del fundador sobre la empresa, explicitada en el plan de empresa que debe procurar con su voto el fiduciario.

El cumplimiento de las previsiones sobre honorarios, dividendos, designación de administradores, financiación, etc. previstas en el protocolo.

La distribución actual de las acciones del fundador entre los miembros de la familia al investirlos como beneficiarios-fideicomisarios.

La situación de ingreso o exclusión de los herederos y/o de terceros.

La transferencia pautada de las acciones a la siguiente generación al momento del retiro del fundador y mediante su designación como beneficiarios-fideicomisarios desde ese momento.

La transferencia mortis causa de las acciones a la siguiente generación mediante su designación como beneficiarios-fideicomisarios desde la muerte del fiduciante.

La prevención de conflictos nacidos del empate de posturas antagónicas.

28 Ver sobre Empresa Familiar y Protocolo de Empresa Familiar la obra colectiva del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (www.iaef.com.ar) dirigida por el autor y titulada “La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2010.

29 En la obra citada en nota anterior, ver De Hoz, Marcelo “Aplicación del fideicomiso en la estructuración de la empresa familiar”, en pag. 361 y stes.

Es que por efecto de este fideicomiso societario, las decisiones que deban adoptarse por la asamblea en cumplimiento del protocolo familiar serán votadas por el fiduciario sin interferencias por arrepentimiento, concurso o muerte de los accionistas y familiares.

También las prohibiciones o restricciones para la transferencia de cuotas o acciones, la prohibición de ingreso de no familiares, y la incorporación o no de los herederos, quedarán en manos del fiduciario sujeto a las instrucciones emanadas del protocolo.

Finalmente, la transferencia de las acciones a la siguientes generación, sea en forma inmediata, sea a la muerte de la generación anterior, o sea en un momento intermedio, quedan también en manos del fiduciario conforme a sus instrucciones.

Vale decir que, como se dijo, este fideicomiso eleva a la categoría de “instrucciones a cumplir por el fiduciario” los acuerdos derivados del protocolo de la empresa familiar en tanto se refieren a las acciones o cuotas y a los derechos que emanan de ellas.

Adviértase que, en cuanto se refiere a la toma de decisiones y a las limitaciones a la transferencia de acciones este fideicomiso es una suerte de “sindicación de acciones”, de indudable valor para superar la inoponibilidad a la sociedad del pacto y garantizar su cumplimiento.

En el caso de sindicato “de mando”, el fiduciario es el sindico designado y consulta con los fiduciantes o recibe instrucciones previas sobre el modo de votar extraídas del protocolo.

En el sindicato de “bloqueo”, al estar las acciones en titularidad del fiduciario no existe riesgo de que se incumpla³⁰.

3.-LOS FIDEICOMISOS SOCIETARIOS CON OBJETO ESPECIAL.

Puede ocurrir que por diversas razones culturales, de oportunidad, de costos, de falta de consensos, no se decida constituir de una vez un fideicomiso societario global, para cumplir todo lo acordado en el protocolo, sino que se formalicen, parcial y sucesivamente, fideicomisos solo sobre ciertos objetos específicos como son los siguientes:

30 Rovira, Alfredo L “Pactos de Socios”, Ed. Astrea, Bs.As., 2006, pag.256 y stes.; Molina Sandoval, Carlos “Sindicación de Acciones”, Ed. Lexis Nexis Depalma, Bs.As., 2003, pag. 91 y stes.; Miller, Alejandro “Sociedades Anónimas. Sindicación de acciones”, Ed.AMF. Amalio M.Fernandez, Montevideo, 2009, pag.239 y stes.; Sanchez Herrero, Pedro “Sindicato de voto en las sociedades comerciales”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2010, pag. 135 y stes.; Maury, Beatriz y Puliafito, Gladys “La sindicación de acciones mediante fideicomiso” en IX Congreso Argentino de Derecho Societario, Ed.Univ.Nacional de Tucuman, Santa Fe, 2004, tomo II, pag.559.

3.1.-FIDEICOMISO PARA LA DISTRIBUCION ACTUAL DE ACCIONES ENTRE LOS FAMILIARES.

Se refiere solo a ese capítulo del protocolo relativo a “la distribución de la propiedad entre los familiares”.

Se limita a instrumentar el “anticipo de herencia” a favor de los hijos del fundador, mediante un fideicomiso que mantiene al padre como beneficiario y a los herederos como fideicomisarios, pero con revocación simple, lo que le da enormes ventaja sobre la donación de acciones con reserva de usufructo³¹.

3.2.-FIDEICOMISO PARA LA PROGRAMACIÓN DE LA SUCESIÓN EN LA PROPIEDAD³².

Este fideicomiso se refiere solo al capítulo del protocolo relativo al “proceso de sucesión en la propiedad y en la gestión”.

Se trata de un fideicomiso por el cuál el padre transfiere la acciones al fiduciario, queda como beneficiario y fideicomisario pero dispone que, a partir de su muerte, pasen a ser beneficiarios y fideicomisarios sus herederos.

Puede también incluirse en la manda el voto del fiduciario designando como administrador de la sociedad a la persona que, según el protocolo, debe estar a cargo del relevo generacional en la gestión de la empresa.

Cabe señalar que con un efecto similar, aunque con diversa naturaleza, puede hacerse, aún en caso de no existir un protocolo familiar, un “fideicomiso testamentario” relativo a la sucesión en la gestión y en la propiedad, y con el objeto de que se cumpla el plan de empresa del fundador-testador³³.

3.3.-FIDEICOMISO PARA LA SUPERACION DEL IMPASSE EN LA SOCIEDADES DE DOS PARTES.

Uno de los problemas más grandes de las empresas familiares se da cuando las participaciones sociales (acciones o cuotas) se encuentran distribuidas entre dos personas (dos hermanos), o entre dos ramas familiares (primos) en partes iguales, de modo que si no

31 En el caso “Vogelius, Angelina c/Vogelius, Federico”, se entendió que el fideicomiso a favor de herederos forzosos constituía una donación colacionable (JA. 2006 III 726).

32 Ver Glikin, Leonardo y Hers, Liliana “Fideicomiso societario y planificación sucesoria”, en la obra colectiva “La negociación accionaria, el fideicomiso y la representación de las sociedades”, Ed. Legis Argentina, Bs.As., 2011, pag.391 y stes.

33 El mismo está expresamente autorizado por el art. 3º de la ley 24.441 y requerirá un tratamiento especial.

se ponen de acuerdo en algo, la sociedad puede quedar paralizada y sujeta a problemas difíciles de manejar y a un conflicto que pueda implicar su desaparición.

Una solución para ello es el fideicomiso de “desempate” que consiste en entregar cada parte una mínima cantidad de acciones a un fiduciario para que éste siga con su voto a las decisiones coincidentes de los otros dos socios pero, en caso de divergencia y empate de los votos de éstos, con concretas instrucciones de cómo votar para desempatar (vgr. Votar alternativamente, adhiriendo a cada uno por vez, votar conforme al interés social, votar lo que implique cumplir un plan de empresa, etc.)³⁴.

Este fideicomiso se engloba en las herramientas para detectar, gestionar y solucionar conflictos entre los socios y entre éstos y la sociedad³⁵.

4.-EL FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS PARA AYUDAS FAMILIARES.

Compartimos la postura de quienes consideran que en el protocolo familiar debe haber un equilibrio entre los intereses de la empresa y los intereses de la familiar, como así que la empresa debe ser, dentro de ciertos límites, un apoyo patrimonial y una posibilidad de crecimiento de los integrantes de la familia.

Es por eso que el protocolo puede prever “ayudas familiares” para la capacitación de las jóvenes generaciones (pago de posgrados, estudios en el exterior, etc.), dar subsidios a los familiares frente a eventualidades (viudez, desempleo, etc.), y/o brindar ayudas para la adquisición de viviendas, rodados o para encarar negocios propios.

A tales fines, con fondos provenientes de las utilidades de la empresa familiar, o con otros fondos o activos propios de la familia empresaria, integrantes del denominado “family office”³⁶, puede constituirse un fideicomiso de administración para ayudas familiares, designándose un fiduciario y estableciéndose detalladamente el sistema de captación, administración y aplicación de los fondos.

5.-ALGUNOS DESAFÍOS DE LOS FIDEICOMISOS EN LA EMPRESA FAMILIAR.

34 Paolantonio, Martín Esteban “Fideicomiso sobre acciones” en Favier Dubois (h), E.M. (Director), “Negocios Parasocietarios”, Ed. Ad Hoc, Bs.As. 1999, 2ª ed., pag. 282.

35 Favier Dubois (h), E.M. “Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución”, La Ley, tomo 2010-E, pag.675.

36 Se trata de una oficina integrada por profesionales, dependientes de la misma familia o tercerizada, donde se desarrollan las tareas de conserjería, administración y gestión de inversiones respecto de los activos familiares distintos a las acciones o cuotas de la empresa familiar.

A pesar de sus enormes ventajas en materia de planificación, control y seguridad, el empleo de los fideicomisos en la empresa familiar presenta aún algunos desafíos que requieren del esfuerzo de los operadores para superarlos.

En primer lugar, existen desafíos culturales en tanto la familia empresaria es generalmente poco propensa a elementos novedosos como los fideicomisos que modifican las prácticas consuetudinarias y, sobre todo, no está dispuesta a incorporar como fiduciario a un tercero no familiar.

Estos reparos deben ser superados mediante el adecuado asesoramiento de los profesionales intervinientes y utilizando pautas de redacción que clarifiquen el objeto del negocio y el funcionamiento del fideicomiso. Eventualmente, podrá ubicarse a un familiar o persona de confianza de la familia que, no siendo ni fiduciante, ni beneficiario, ni fideicomisario, esté en condiciones de desempeñar idóneamente el cargo de fiduciario.

En segundo término, hay una limitación por los costos ya que, habitualmente, los fiduciarios profesionales del sector financiero exigen honorarios exagerados en proporción a sus funciones que, en muchos casos, no consisten más que en votar en la asamblea anual siguiendo la protocolo.

Este límite debe ser superado acudiendo a profesionales universitarios que, en forma individual u organizados como sociedades fiduciarias, puedan desarrollar tales tareas con menores costos e igual idoneidad y responsabilidad.

En tercer lugar, hay una limitación objetiva consistente en el plazo máximo de treinta años que puede tener un fideicomiso, frente a los mayores plazos del contrato de sociedad y de las generaciones familiares.

Si bien tal limitación es insoslayable, ella no impide que, así como el protocolo debe ser periódicamente revisado, las vicisitudes de la familia y de la empresa lleven a constituir fideicomisos sucesivos con diversos contenidos y alcances, respetando cada uno el plazo legal.

En cuarto término, la exigencia de pluralidad de socios en materia de sociedades comerciales (arts. 1º y 94 inc.8º ley 19.550) puede desaconsejar que la totalidad del paquete accionario pase a un solo fiduciario, lo que puede superarse constituyendo dos fideicomisos paralelos, con diversos fiduciarios, o dejando un grupo de acciones fuera del fideicomiso en cabeza de otra persona.

Finalmente, existen limitantes nacidas de la incertidumbre de las soluciones fiduciarias instrumentadas frente a las diversas interpretaciones de la doctrina sobre las normas indisponibles del sistema legal y, particularmente, sobre las que emanan del sistema de sucesiones como es el caso de la protección de la “legítima hereditaria”.

A nuestro juicio se trata del desafío propio de la “sustentabilidad legal” de cada fideicomiso, la que debe ser analizada por el asesor legal correspondiente quien deberá

brindar a la familia empresaria un adecuado pronóstico legal de la situación para que ésta resuelva que riesgos está dispuesta a enfrentar, y cuáles no, frente a algunos puntos que todavía no han sido clarificados por la doctrina y jurisprudencia.

La respuesta a este desafío puede exigir, eventualmente, acudir a una ingeniería jurídica de modo de combinar en un mismo fideicomiso instituciones que proveen las propias materias societarias y de derecho familiar, y que ya han sido consolidadas en la legislación y en la práctica, como son las cláusulas de ingreso y exclusión de herederos en las sociedades, la indivisión forzosa del paquete accionario, la partición por ascendientes y el favorecimiento de un heredero con la porción disponible.

CAPITULO IV. CONCLUSIONES.

En orden a lo señalado en los capítulos anteriores, y como meras propuestas provisorias sujetas a la dialéctica del pensamiento, formulamos las siguientes conclusiones:

1.-La sustentabilidad legal de un fideicomiso determinado requiere que el mismo evidencie y respete ciertas características esenciales como son las siguientes: el perfeccionamiento de su "bifrontalidad", la "alteridad" entre fiduciante y fiduciario, la "vehicularidad" respecto de un negocio subyacente lícito, la "temporalidad" entre su nacimiento y su extinción, la oportuna previsión sobre su "plasticidad", la "comunicabilidad" al fiduciante, la previa "autorización especial societaria" cuando el acto excede la administración, y la "infungibilidad" respecto de otra figura tipificada en protección a terceros respetando, además, los elementos estructurales que determinan "el orden público fiduciario".

2.-Frente a la enorme trascendencia de la empresa familiar en todo el mundo, aparecen debilidades que deben ser atendidas mediante el uso de ciertos instrumentos y herramientas para su debida "estructuración".

3.- La "estructuración" de una empresa familiar comienza con la elaboración de un "protocolo" pero requiere además de instrumentos societarios, otros instrumentos contractuales entre los que se cuentan los fideicomisos societarios y de administración.

4.-Las cuotas de S.R.L. y las acciones de S.A. y de S.C.A. de empresas familiares son bienes susceptibles de transferencia y propiedad en un fideicomiso societario. No así las partes sociales de la S.C.A. y de los restantes tipos societarios por implicar un "estado de socio" intransferible a título fiduciario.

5.-Resulta conveniente y legalmente posible constituir en la empresa familiar, con todo o parte de las cuotas o acciones, un fideicomiso societario en el cuál las instrucciones a ejecutar por el fiduciario son las propias cláusulas del protocolo de la empresa familiar como mecanismo para asegurar su cumplimiento. Alternativamente pueden constituirse fideicomisos con objetos parciales como la transferencia programada de las acciones o el desempate en los conflictos.

6.-También es conveniente la creación de un fideicomiso de administración de otros activos de la familia empresaria para destinarlo a solventar las “ayudas familiares” a los integrantes de la empresa familiar.

7.-Finalmente, los fideicomisos en la empresa familiar se encuentran actualmente sujetos a una serie de desafíos que pueden ser superados mediante el trabajo, el esfuerzo y la imaginación de los profesionales que asesoran a la familia empresaria.