

EL ACCIONISTA FIDUCIARIO Y LA CALIDAD DE SOCIO

PO^R CLAUDIA RAISBERG

Sumario

El contrato de fideicomiso, cualquiera sea la clase o subtipo de que se trate, es una herramienta instrumental idónea y lícita para complementar o facilitar otros negocios subyacentes, también lícitos.

Particularmente, en relación con el derecho societario puede servir para dar cauce a situaciones transitorias que exigen el cambio de titularidad de las acciones.

Quien detenta el dominio fiduciario de las acciones o es el titular fiduciario de aquellas ostenta la calidad de "socio" y debe ser considerado en igualdad de condiciones que el titular pleno, mientras no se configure ninguna de las causales de extinción del dominio fiduciario, previstas en la Ley 24.441 o en el contrato, y hayan sido notificadas al ente societario.

El fiduciario posee iguales deberes y obligaciones que un accionista, por lo que es éste y no el fiduciante responsable en caso de incumplimiento, salvo fraude.

I. Introducción

A partir del dictado de la Ley 24.441 el contrato de fideicomiso es típico y oponible a terceros.

En su regulación legal se han fijado las pautas mínimas que lo caracterizan, permitiendo esa flexibilidad que sea utilizado en diversas materias –civil patrimonial, civil testamentaria, comercial y societaria– y con distintos fines –de administración, de inversión, de garantía–.

Apartándose de lo previsto por la legislación anterior (ver artículo 2662 del Código Civil anterior a la reforma), como

contrato el fideicomiso puede tener por objeto tanto a las cosas (artículo 2311 del Código Civil) como a los bienes en sentido amplio (artículo 2312 del Código Civil). De ello se sigue que uno de los efectos primordiales del contrato es la transmisión del dominio fiduciario, si se trata de una cosa, o la de la propiedad fiduciaria, si se trata de un derecho u objeto inmaterial.

Refiriéndonos entonces al tema que hoy nos ocupa, debemos concluir en que cualquiera sea la finalidad o el negocio subyacente¹, cuando nos referimos al “fideicomiso de acciones”, estamos aludiendo a aquel contrato por medio del cual una persona llamada fiduciante transmite el dominio fiduciario que posee sobre sus acciones –si están emitidas y se consideran cosas– o la propiedad fiduciaria de las mismas, si no lo están, a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a ejercer ese derecho –de dominio o de propiedad– en beneficio de un tercero (beneficiario) y a retransmitirlo –al fiduciante, beneficiario o fideicomisario, al cumplirse el plazo o condición (conforme artículo 1° de la Ley 24.441)–.

Aclarado entonces de qué se trata el contrato, veremos a continuación qué efectos produce entre las partes, frente al ente societario y a terceros, para poder concluir como proponemos: que el accionista fiduciario debe ser considerado como un accionista “pleno”, con la sola limitación de la durabilidad de su derecho, salvo fraude.

Ello’ así por cuanto todos los intentos de interpretar el contrato de manera distinta a la prevista por la Ley 24.441 que lo regula, sientan principios generales elaborados a partir de situaciones conflictivas particulares que pueden zanjarse, sin desvirtuar la figura típica reglada desde 1995 ni traspolar consecuencias propias de otros contratos.

¹ “Pacífica doctrina y constante práctica admiten la posibilidad de que los bienes entregados en fideicomiso sean acciones de una sociedad comercial, lo que es utilizado principalmente como instrumento para la compraventa de paquetes accionarios, acuerdos de accionistas, administración o management de una sociedad o de portafolios de acciones de varias sociedades, garantizar deudas de los socios o de un tercero, programación familiar (protocolo familiar), la superación del eventual impasse, el usufructo a favor de herederos, etc.” (conforme Favier Dubois (pater) E. M. “Fideicomiso de acciones como negocio parasocietario”, *Errepar*, DSE N° 215, T. XVII, p. 1247.

II. El contrato de fideicomiso: efectos y comparación con otros contratos

Uno de los efectos fundamentales de este contrato es que por él se transmite –o se obliga a transmitir– el derecho real de dominio sobre una cosa o el derecho de propiedad sobre el bien de que se trate.

Dicho efecto, que se perfecciona cuando se cumplen las formas de transmisión que la ley exige según la naturaleza de las cosas (artículo 12 de la Ley 24.441), es decir el modo y el título si se trata de un derecho real, o su inscripción registral si correspondiese (artículo 13 de la Ley 24.441), es por lo que el fiduciante *deja de ser el dueño del bien o de la cosa*.

Ello implica que en el fideicomiso en general y también en el de acciones, una vez cumplidas las formas legales, el fiduciante pierda la calidad de “accionista”, pues ya no será titular de ese derecho, asumiendo tal calidad otro sujeto: el fiduciario.

¿Cuáles son las formas que deberá cumplir para que ello ocurra? Celebrar el contrato por instrumento privado o público, entregar las acciones si están emitidas y comunicar a la sociedad (artículo 215 de la Ley de Sociedades) ese cambio de titularidad para su debida registración en el libro de Registro de acciones (artículo 213 de la Ley de Sociedades), cumplido lo cual el accionista fiduciario ostentará el mismo derecho que anteriormente tenía el fiduciante.

Es que si bien el contrato de fideicomiso puede limitar el ejercicio pleno del derecho de socio o pautar la forma en que aquel debe ser ejercido mediante instrucciones preconstituidas (conforme artículo 17 de la Ley 24.441), la doctrina no está conteste en concluir que ellas constituyan una disminución en las facultades oponibles a terceros o a la sociedad.

En efecto, refiriéndose a la necesidad de requerir consentimiento para poder disponer del bien, Lisoprawski sostiene que *“esto debe entenderse como una suerte de consulta que debe efectuar el fiduciario, cuya omisión puede acarrear consecuencias de índole personal en el plano de las obligaciones, pero de ningún modo puede obstaculizar su facultad de disponer pues insistimos, aunque temporalmente, es el dueño de la cosa con todo lo que ello implica. Tal cláusula no puede ser interpretada como un restricción absoluta al ius abutendi”*.²

² Lisoprawski, S. *Práctica del fideicomiso. Problemas y soluciones*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2009, p. 215.

En concordancia con lo expuesto, si bien existe la posibilidad de insertar limitaciones en el contrato en relación con el ejercicio del dominio fiduciario, su violación sólo genera la responsabilidad del fiduciario –frente al fiduciante o el beneficiario– sin afectar a terceros de buena fe, buena fe que se torna inexistente si las limitaciones surgen de algún registro que pudo haber sido conocido por aquél. En el caso, no habrá buena fe si el contrato de fideicomiso o la limitación de facultades estuvieran notificadas a la sociedad y anotadas en el libro de registro de acciones.

Por otro lado, si bien la analogía es un método válido para interpretar situaciones dudosas (conforme artículo 16 del Código Civil)³, debemos apartarnos de caer en la tentación de equiparar la figura lisa y llanamente a otros contratos⁴. El fideicomiso de garantía sobre acciones no es un contrato de prenda de acciones, pues en el primero se constituye un derecho real sobre “cosa propia”, en tanto que en la prenda el derecho se ejerce sobre “cosa ajena” (conforme artículo 3204 y siguientes del Código Civil).

Tampoco cabe considerar que el fideicomiso constituye un “usufructo” de acciones (artículo 2807 del Código Civil), pues el fiduciario es el titular dominial de las mismas, en tanto en el usufructo el accionista conserva la nuda propiedad y ha transmitido el derecho real de uso y goce que otorga el dominio, desmembrándolo en ese aspecto.

¿Qué es entonces el dominio fiduciario reglado en el artículo 2662 del Código Civil?

Veamos, El derecho de dominio pleno es absoluto, exclusivo y perpetuo (artículos 2506/7/8 del Código Civil). El dominio fiduciario posee las dos primeras cualidades mencionadas. Es absoluto y exclusivo, pero **no es perpetuo**, por cuanto sólo puede ejercerse por el plazo máximo de 30 años, prorrogable si el beneficiario es un incapaz (artículo 4° inciso 3° de la Ley 24.441).

En tal inteligencia, mientras se halla vigente, es idéntico en su ejercicio al dominio pleno, aun cuando pueden aumentarse contractualmente las restricciones legales mencionadas, pero es imperfecto, por cuanto no es perpetuo (artículo 2661 del Código

³ Llambías, J. *Tratado de derecho Civil. Parte General*. Tomo I, p. 115, Buenos Aires, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984.

⁴ Ver Resolución N° 820/2005 IGJ dictada en el caso “Buenos Aires Broadcast S.A.”; Paolantonio, M. “El fiduciario como accionista a propósito de la Resolución 829/2005 IGJ”. *La Ley* del 21 de octubre de 2005, p. 1 y siguientes.

Civil). Teniendo presente esa caracterización es que deberán interpretarse las diversas situaciones conflictivas que pueden presentarse en todo fideicomiso y también en el tema de esta ponencia: el fideicomiso de acciones.

III. La calidad de socio, la affectio societatis y el interés social

Algunos escinden la transmisión fiduciaria de acciones de la transmisión de la calidad de "socio"⁵. No obstante las circunstancias del caso particular, no debe erigirse tal consideración en regla general. Más allá de las limitaciones contractuales para el ejercicio de los derechos provenientes de esa calidad pactadas entre fiduciante y fiduciario, lo cierto es que el único que puede ostentar esa calidad es el dueño de las acciones, inclusive cuando el dominio se encuentre desmembrado –v.gr. mediante un usufructo o prenda– y, según expresas normas del Código Civil y de la Ley 24.441, el único dueño de los bienes fideicomitidos –en este caso: las acciones– es el "fiduciario".

Interpretado el contrato a la luz de lo expresamente normado en el artículo 2662 del Código Civil y la Ley 24.441 no es posible elaborar otra conclusión general en cuanto a quién posee ese carácter.

Por otro lado, el fiduciario al aceptar el cargo ha asumido la responsabilidad de desempeñarse de acuerdo a la ley y a lo convenido, con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (artículo 6° de la Ley 24.441), lo que implica que deberá respetar no sólo lo pactado en el contrato sino también, y en primer término, lo que surge de la ley en general y la de sociedades en particular.⁶

Eso implica que deberá desarrollar su actuación con las mismas facultades y deberes que el accionista "pleno", respetando el

⁵ Ver doctrina sentada en la Resolución 820/2005 citada anteriormente.

⁶ Cabanellas de las Cuevas, G. director de la obra colectiva "Fideicomiso de garantía" en *Fideicomiso de garantía sobre acciones*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 419; Favier Dubois (p) E. M. y Favier Dubois (h). "Fideicomiso accionario en garantía de una obligación social: el interés social vs. el voto del fiduciario", *Errepar*, DSE N° 260, julio/09, T. XXI, p. 702.

interés social y la *affectio societatis* como lo debería hacer aquel, al igual que las prohibiciones previstas en la Ley de Sociedades al respecto.

La violación a la Ley de Sociedades le generará al accionista fiduciario las mismas consecuencias que le hubiera generado al fiduciante cuando "era" accionista, sin que en ello influya el contrato de fideicomiso ni sus términos.

Me explico. El hecho de que el fiduciario deba seguir instrucciones contractuales que surgen del fideicomiso, no lo releva de actuar frente al ente societario tal como lo haría el ex-socio, fiduciante, con las mismas obligaciones y responsabilidades. Esa obligación es conocida por ambas partes, el fiduciante, por haber sido accionista, y el fiduciario, por asumir la calidad de tal al aceptar su designación y suscribir el fideicomiso de acciones, por lo que *prima facie* no debe suponerse que el contrato pueda imponer la violación de tales normas, ni fundar en él la disociación entre accionista y fiduciario.

IV. La utilización del contrato en fraude a la ley o a terceros

Muchas de las asimilaciones a otras figuras o interpretaciones que se le han formulado al contrato de fideicomiso de acciones se orientan a evitar situaciones en las que se lo ha utilizado de manera fraudulenta.

A mi modo de ver, esas desviaciones deben ser enderezadas mediante la declaración del fraude, sin necesidad de elaborar teorías generales acerca del fideicomiso que terminan contraponiéndose con las normas y principios que expresamente lo regulan.

Habrá fraude a terceros cuando la constitución del fideicomiso fue pergeñada con el ánimo de perjudicar detrayendo de la prenda común del accionista bienes que integraban su patrimonio, luego de la insolvencia, o en el período de sospecha en la quiebra (artículo 961 del Código Civil o artículo 119 de la Ley 24.522 y modificaciones).

En cuanto al fraude a la ley, si bien no está definido en el Código Civil, en doctrina se sostiene que existe "*cuando un acto jurídico es aparentemente lícito por realizarse al amparo de una norma de cobertura, pero que persigue la obtención de un*

*resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa (ley defraudada)*⁷.

Así, por ejemplo si lo perseguido con la constitución del fideicomiso es violar las limitaciones contenidas en los artículos 30, 31, 32 o 241 de la Ley de Sociedades, entre otras, ello encuadrará en el supuesto en análisis, al igual si por su intermedio se violan la legítima, normas concursales, laborales o impositivas.

Sólo en esos casos patológicos, habrá que analizar la situación concreta y considerar inoponible la calidad de accionista del fiduciario, sin desvirtuar los efectos propios del contrato en general: la transmisión del dominio fiduciario.

V. Conclusión

1. El contrato de fideicomiso de acciones es un contrato válido y típico.

2. El fideicomiso de acciones, cualquiera sea la clase, transmite el dominio fiduciario sobre aquéllas.

3. El titular del dominio fiduciario de las acciones ostenta la calidad de accionista y debe ejercer su derecho como tal, al igual que lo hacía el fiduciante, ex accionista.

4. Las limitaciones contractuales al ejercicio del derecho de dominio fiduciario sólo son oponibles si están inscritas.

5. La utilización desviada de la figura en fraude a la ley o en perjuicio de terceros debe ser sancionada mediante su declaración como tal en el caso concreto.

⁷ Rivera J. C. *Instituciones de Derecho Concursal*, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 481.