

Doctrina

Por José Luis García-Pita y Lastres, catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de A Coruña y consejero académico de Dictum

Algunos supuestos y problemas suscitados en materia de negocios y titularidades fiduciarias, en el ámbito de las sociedades mercantiles

.- CONSIDERACIONES GENERALES

El fenómeno jurídico -y, por el momento, tengo intención de aferrarme a esta expresión, por su amplitud y flexibilidad- de la Fiducia aparece en el “Diccionario Panhispánico R.A.E. del Español jurídico” pleno de acepciones y -sobre todo- mostrándose como una realidad polifacética; poliédrica: se habla -para empezar- del negocio fiduciario, entendido como aquel “convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión del dominio, eficaz erga omnes, y otro obligacional, válido inter partes, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que el fiduciario no impida el rescate de los bienes por el fiduciante cuando se dé el supuesto obligacional pactado a cargo de este» (STSs, Sala 1ª, 26.07.2004, rec. 3684/1998; de 30.03.2004, siguiendo a la de 07.06.2002), añadiéndose que dicho negocio “descansa en la confianza que se profesan los intervinientes ya que termina dejándose el cumplimiento de la voluntad real de una de las partes al criterio de la otra”. De ahí, la vinculación entre el concepto de lo fiduciario y aquello que -en general- es relativo a la confianza o basado en ella.

En segundo lugar, desde un punto de vista subjetivo-personal, se habla del Fiduciario o la Fiduciaria como la “Persona que puede disponer de los bienes o derechos de otro en virtud de una relación de confianza (o negocio fiduciario) para una finalidad previamente pactada con el titular real de dichos bienes” y -en tercero- se emplea la misma expresión para referirse al “Heredero obligado a custodiar y conservar los bienes hereditarios para transmitirlos después al fideicomisario”. Así; de conformidad con el art. 783, párr. 2º, CCiv, «El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa».

Pero, además, el “Diccionario Panhispánico R.A.E. del español jurídico” también conoce la voz dominio fiduciario, sublema de la voz dominio², que el Derecho argentino contempla como significativa del “Dominio que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el

contrato, el testamento o la ley". Y también la voz propiedad fiduciaria calificada como sublema de la voz propiedad, que viene explícitamente recogida en el Derecho de ciertos ordenamientos latinoamericanos, en los siguientes términos: 1. Civ.; Chile Propiedad que recae sobre una herencia o sobre una cuota determinada de ella o sobre uno o más cuerpos ciertos y que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. La constitución de esta propiedad se denomina fideicomiso. CCiv -español- art. 733; Arg. Propiedad que recae sobre los bienes fideicomitidos transferidos al fiduciario. Ley de Fideicomiso 24 441, derogada y sustituida -también a estos efectos- por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1682.

Se hace evidente, pues, que el calificativo de "fiduciario/a" y el sustantivo "fiducia" se mueven entre diferentes planos del Derecho positivo y la Ciencia jurídica, y que -más precisamente- habitan en el plano del Derecho de Bienes y titularidades reales y en el plano del Derecho de Obligaciones y contratos, e incluso en el plano de la Teoría del Negocio jurídico. En este sentido, hablar de "negocios fiduciarios" (1) puede ser conveniente -incluso puede ser necesario- para abordar el complejo fenómeno de la Institución de la Fiducia... pero no agota este fenómeno porque la Institución de la Fiducia va más allá del ámbito del Negocio jurídico o del Contrato: como mínimo, habría que tener en cuenta el fenómeno de las titularidades -reales- fiduciarias.

En el plano del Derecho de Bienes y titularidades reales, la Fiducia es una institución que coexiste -pero en términos de formal y directa contradicción- con un sistema en el que se mira con profunda desconfianza todo supuesto de propiedad dividida, donde la concepción napoleónica del Dominio, cuando enfrenta con el hecho objetivo y positivo -legalmente regulado- de figuras como la enfiteusis y del foro, las mira con desdén y hostilidad, tachándolas de "reminiscencias inaplicables del Derecho medieval" (2).

En el plano del Derecho de los negocios jurídicos y los contratos, la Fiducia es una institución que afecta directa y fundamentalmente, a la Doctrina de la Causa y al Principio de la Autonomía de la Voluntad. En efecto; una de las consecuencias que se derivan del reconocimiento del poder creador de la autonomía de la voluntad, es la admisión de la existencia -y de la licitud- de los denominados negocios fiduciarios. En efecto; existen unos denominados negocios, operaciones o contratos fiduciarios y negocios, operaciones o contratos indirectos (3) incluso eventualmente mercantiles (4); categorías -sobre todo la segunda- que han suscitado graves problemas, dudas e inconvenientes, llegándose -incluso- a poner en tela de juicio la licitud de tales operaciones (5), pero que -a los efectos que aquí interesan- se encuentran estrechamente relacionados con la figura de la Causa, en el marco de la autonomía contractual mercantil, si bien -como veremos- con la peculiaridad de que, en ellos, la Causa aparece,

1.- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: "Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil", cit., reimp. De la 2ª reedición, *passim*. DE CASTRO y BRAVO,F.: "Tratado práctico y crítico de Derecho civil", vol Xº, "El Negocio Jurídico", cit., ps. 379 y ss. y 443 y ss..

2.- ESTRADA ALONSO, E.: "Acerca de la posibilidad de una Propiedad fiduciaria en el Derecho español", en "V/Lex. Información jurídica inteligente", ps. 87-104, en <<https://vlex.es/vid/acerca-posibilidad-propiedad-fiduciaria-406001646>>

3.- DE CASTRO y BRAVO, F.: "Tratado práctico y crítico de Derecho civil", vol Xº, "El Negocio Jurídico", edit. INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURÍDICOS, Madrid, 1967, ps. 379 y ss. y 443 y ss..

4.- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: "Negocios fiduciarios en...", cit., reimp. de la 2ª reedición, ps. 9, 11 y 12.

5.- DE CASTRO y BRAVO,F.: "Tratado práctico y crítico de Derecho civil", vol Xº, "El Negocio Jurídico", cit., ps. 379 y ss. y 443 y ss..

no ya como un elemento del contrato mercantil; no ya como uno de los aspectos del consentimiento, como un elemento constitutivo de los actos de autonomía privada, sino que aparece como objeto mismo del ejercicio de la Autonomía privada; sobre cuyo objeto se dispone -precisamente- creando un negocio jurídico y una relación, e incluso una titularidad, que se califican como “fiduciarios”, aunque también se habla -para referirse a la relación misma concreta sobre bienes objeto de fiducia- de “fideicomisos”.

En este tipo de operaciones jurídicas, suele darse una estructura subjetivo personal tripartita, pues como ya revela el ejemplo de los fideicomisos sucesorios, en ellos intervienen -en primer lugar- el denominado Fiduciante u Ordenante, que es el concedente del derecho o del bien en fideicomiso, y que -en opinión de algunos- actúa como Comitente de la Institución [en su caso, hereditaria, donde este papel la corresponde al testador y así resulta del texto de la norma: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento, para que, fallecido el testador....», quien se sirve -como medio de atribución de la facultad- exclusivamente del testamento] ⁽⁶⁾.

En segundo lugar -o como segundo elemento subjetivo-personal-, nos encontramos con el Fiduciario; es decir: la persona a quien se atribuye la facultad o a favor de quien, directa y formalmente, se lleva a cabo el acto de disposición

patrimonial; en el caso de las fiducias sucesorias o hereditarias, donde este papel le corresponde al cónyuge o pareja premuerto, en virtud de su testamento ⁽⁷⁾.

Y, por fin, en tercer lugar -o como tercer elemento subjetivo-personal-, nos encontramos con el o los beneficiarios ⁽⁸⁾; es decir: la persona o personas, en cuyo favor debe desplegar su actuación el Fiduciario -en virtud del fideicomiso constituido por el Fiduciante- y a las que debe trasladar los bienes o los derechos sobre los cuales se constituyó el fideicomiso; en el caso de las fiducias sucesorias o hereditarias, donde este papel le corresponde a las personas entre las que el fiduciario puede distribuir la herencia del causante ⁽⁹⁾.

Ahora bien; si hay una cosa que nos enseña la ³ Jurisprudencia más reciente, en materia de titularidades fiduciarias es que “no existe una fiducia negocial típica. Por lo que es preciso acudir, en cada caso, al contenido del negocio concreto que la establece” ⁽¹⁰⁾. Así; ni el título jurídico de constitución de la fiducia tiene por qué reducirse, sólo, al Testamento; ni los elementos personales de la Fiducia tienen que presentar la misma estructura – no tiene por qué ser, necesariamente, tripartita-, etc. Y, por este mismo motivo, no resulta fácil ofrecer una noción absolutamente precisa de la institución de la Fiducia; para empezar, porque la misma puede tener manifestaciones, no solamente en el plano de las relaciones jurídicas de Derecho de Familia y sucesiones, sino -con carácter general-

⁶.- RUEDA ESTEBAN, L.: “La facultad de mejora y distribución de la herencia concedida entre cónyuges”, Memoria para optar al grado de Doctor, UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, FACULTAD DE DERECHO, Madrid, 2014, p. 341 y ss

⁷.- RUEDA ESTEBAN, L.: “La facultad de mejora y...”, cit., ps. 351 y ss.

⁸.- RUEDA ESTEBAN, L.: “La facultad de mejora y...”, cit., p. 376.

⁹.- RUEDA ESTEBAN, L.: “La facultad de mejora y...”, cit., p. 376.

¹⁰.- En este sentido, F.J. Segundo de la SAProv. Tarragona, Secc. 3ª, nº 123/2020, de 07/05/2020; Iltmos. Sres.: Presidente: Don Joan Perarnau Moya; Magistrados: Doña Matilde Vicente Díaz y Don Luis Rivera Artieda; dictada en rec. apelación nº 868/2018; Roj: SAP T 403/2020; Ecli: ES:APT:2020:403;Documento TOL7.956.290; <<https://www.tirantonline.com/accedys.udc.es/tol/documento/show/7956290>>

en el plano negocial patrimonial; en el plano de la celebración de negocios jurídicos y de contratos; en el plano de las relaciones jurídico-reales - constitución de fideicomisos-, e incluso en el plano de las relaciones jurídico-societarias, aunque difícilmente puede haber relaciones fiduciarias o fideicomisos, sin un negocio jurídico fiduciario antecedente y que constituye su causa.

Ya Federico DE CASTRO manifestaba que la concepción e incluso la aceptación de la figura del negocio Fiduciario que se tuviese, habría de depender fundamentalmente de la adhesión o del rechazo que se mostrase, frente a la formulación originaria de esta figura, debida a Ferdinand REGELBERGER, que formuló la llamada “teoría del doble efecto” (11): para REGELBERGER lo que define al Negocio Fiduciario es que se trata de un negocio jurídico en el que las partes eligen, para llevar a cabo su fin práctico, un negocio jurídico cuyos efectos exceden; resultan más fuertes que los que produciría el negocio que, regularmente, permitiría alcanzar el mismo fin práctico perseguido (12). Por el contrario, lo que define al Negocio Jurídico Indirecto es que, mediante un negocio jurídico dado, las partes tratan de alcanzar unos fines que son “diversos de aquellos típicos de la estructura del negocio mismo” (13). El Negocio Jurídico Indirecto lo es -es “indirecto”- porque persigue un “resultado indirecto”; es decir: un “resultado de aspecto jurídico exactamente individualizado, ajeno al negocio utilizado en el caso concreto, y que, cuando este negocio haya

recibido completa ejecución, sustituirá prácticamente en todo o en parte al resultado inmediato del mismo” (14).

De todos modos, lo que se acaba de exponer merece una doble reflexión: por una parte, no debemos interpretar las palabras de estos autores como significativas de que Negocio Fiduciario y Negocio Indirecto sean dos figuras radicalmente distintas e incluso incompatibles, cuya regulación legal -la que sea- es diferente en el uno y en el otro: más bien entre los negocios, operaciones o contratos fiduciarios y los negocios, operaciones o contratos indirectos media una relación género/especie, siendo el género o categoría más amplia, la de los negocios indirectos, dentro de cuyo ámbito se englobarían los negocios, operaciones o contratos fiduciarios. Incluso hay quien sostiene que los negocios, operaciones o contratos fiduciarios son la variedad lícita de los negocios, operaciones o contratos indirectos. De hecho, cuando se citan ejemplos de negocios jurídicos indirectos, los primeros que se incluyen son -precisamente- los negocios fiduciarios (15).

El problema es que existen modelos históricos y positivos -entiéndase, actuales- de consideración o caracterización de la Fiducia: así, existe la “Fiducia” de Derecho romano, el “Treuhand” germano y el “Trust” anglosajón del “Common Law”, cada uno de los cuales concibe a la Fiducia de un modo muy distinto (16). Así, la Fiducia anglosajona, denominada “Trust”, puede ser definida como: una obligación en equidad que recae sobre cierta

11.- DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Tratado práctico y crítico de Derecho civil*”, vol Xº, “*El Negocio Jurídico*”, cit., p. 380.

12.- DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Tratado práctico y crítico de Derecho civil*”, vol Xº, “*El Negocio Jurídico*”, cit., p. 381.

13.- DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Tratado práctico y crítico de Derecho civil*”, vol Xº, “*El Negocio Jurídico*”, cit., p. 447.

14.- DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Tratado práctico y crítico de Derecho civil*”, vol Xº, “*El Negocio Jurídico*”, cit., p. 447.

15.- DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Tratado práctico y crítico de*

Derecho civil”, vol Xº, “*El Negocio Jurídico*”, cit., p. 448.

16.- Por todos, NAVARRO MARTORELL, M.: “*La propiedad fiduciaria*”, edit. BOSCH, Barcelona, 1950, *passim*, quien se trata de la fiducia histórica; extensamente, según el Derecho romano -“*fiducia cum amico*” y “*fiducia cum creditore*”; del “*pactum fiduciae*”; de la “*actio fiduciae*”, etc.-, con referencias a la fiducia germánica y a la *wadiatio* española, y -además- refiere la posición del Tribunal Supremo aceptando los negocios fiduciarios y las indicaciones de la Dirección General de los Registros respecto de la figura del fiduciario, propietario formal y titular real frente a terceros.

persona [“trustee”], a quien compromete a disponer y administrar un bien ajeno sobre el que tiene control [“the trust property”], en beneficio de ciertas personas, entre las cuales puede hallarse ella misma, que pueden exigirle el cumplimiento de su obligación ⁽¹⁷⁾.

Pero, en segundo lugar, debemos estar bien advertidos de que la “teoría del doble efecto” de REGELBERGER si no resulta letal para la propia idea de Fiducia, pues la devalúa hasta vaciarla de contenido, convirtiendo una institución única - aunque multiforme- en un agregado de piezas o elementos diversos que se unen para dar lugar a algo que nada tiene de fiduciario, pues no es más que una transmisión plena de un derecho... unida a un simple deber; a una obligación de obrar de determinada manera sobre el objeto ahora adquirido, en interés de otro, cuando es evidente que la categoría de las fiducias, los negocios fiduciarios y la titularidades fiduciarias ofrece posibilidades mucho más numerosas, diversas y - sobre todo- unitarias; susceptibles de producir un único efecto, y no necesitadas de dos [Prueba de ello, como veremos son el art. 1605, CCiv; el régimen de los fondos de inversión y la figura de las participaciones hipotecarias].

En efecto; se ha señalado -de contrario- que no es posible admitir que el negocio fiduciario transmita la propiedad formal, sino que parece más lógico defender que, al tratarse de un negocio simulado relativamente, no se ha transmitido propiedad alguna, toda vez que, si se entiende que el negocio fiduciario es un caso de simulación relativa, en el que, bajo un negocio simulado de carácter transmisivo, subyace un negocio disimulado de garantía o de mandato, y que la causa de garantía o de mandato no es idónea para la transmisión del

dominio, se debe concluir que el negocio fiduciario no transmite la propiedad en absoluto, ni entre las partes, ni frente a terceros, lo cual conduciría - supuestamente- a la irremisible conclusión de que nos encontraríamos ante una transmisión aparente, falsa, fingida, presunta o simulada ⁽¹⁸⁾. Pues bien; este argumento resulta de todo punto falaz: porque se basa en una premisa que considero falsa; falsa, además, por cuando desconoce; por cuanto hace caso omiso de una posibilidad directamente contemplada por la Ley positiva española vigente. En efecto: quien sostiene esta postura afirma que no puede haber transmisión dominical, cuando el título jurídico es, en sí mismo, no-traslativo, y lo es -es decir: es no-traslativo; no es traslativo- porque se trata, en el fondo, de un negocio disimulado de garantía o de mandato... Esto es cierto: lo que no es verdad es que el fundamento de los negocios fiduciarios se agote, exclusivamente, en las clásicas modalidades de garantía -“fiducia cum creditore”- o de gestión/mandato -“fiducia cum amico”-... sin admitir otra posibilidad: la posibilidad de directamente transmitir una propiedad fiduciaria, en sí; la de llevar a cabo un desdoblamiento del dominio, de modo que la propiedad del fiduciario no sería absoluta, sino relativa, en el sentido de externa o de cara a tercero, es -además- una posibilidad directamente contemplada en el art. 1605, CCiv o -siquiera- susceptible de hallar amparo legal en nuestro ordenamiento, acogiéndose a ese precepto, según el cual:

“Es enfiteútico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio”. Así; resulta que en nuestro Derecho positivo patrimonial, existe un precepto -ese art.

17.- DURO MORENO, M.: *“Introducción al Derecho inglés. La traducción jurídica Inglés-Español y su entorno”*, edit. EDISOFER,S.L., Madrid, 2005, p. 490, quien la toma del jurista inglés -luego magistrado- Sir Arthur UNDERHILL.

18.- MARTÍN LEÓN,A.: “Negocios fiduciarios y usucapión”, en *“Anuario de Derecho Civil”*, tomo LXVI, 2013, fasc. III, ps. 1179 y 1180.

1605, CCiv, referido al censo enfiteútico- que, siendo verdadero Derecho objetivo positivo, vigente, parte de nuestro Ordenamiento jurídico nacional- reconoce, más allá de cualquier duda, la posibilidad de división del dominio, de forma que la nota de unidad del derecho real de propiedad viene a quedar en entredicho, y –además- se pone de manifiesto que la aludida división del derecho de propiedad; del derecho dominical, puede establecerse –precisamente- en términos de distinción entre dominio útil y dominio directo. Entiéndase bien que no se pretende decir, aquí, que el Censo enfiteútico sea –“per se”- una fiducia, pero sí que revela que es posible disponer una división del dominio en directo y útil, lo que por vía voluntaria -ahora sí fiduciaria- puede extenderse a otros contratos, como la compraventa o la sociedad, llevando a cabo “ope voluntatis” negocios jurídicos de atribución patrimonial con efectos diversos de los que les son propios, en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad sobre el elemento causal típico de las figuras utilizadas.

En la medida en que nos las tenemos que ver con una institución que se basa en la autonomía de la voluntad, es evidente que los negocios fiduciarios, sean o no de estructura contractual -y, consiguientemente, la constitución de fideicomisos u otras titularidades reales fiduciarias-, precisan de la voluntad del Disponente -Fiduciante- y aún del Fiduciario o del Fideicomisario: la primera -de forma exclusiva o casi- en los negocios fiduciarios unilaterales como, p.e., los negocios fiduciarios “mortis causa” -como las sustituciones fideicomisarias-, aunque a veces es precisa la concurrencia de dos voluntades, ya que -en su caso- esa voluntad adopta la forma de un consentimiento: es el caso de los contratos fiduciarios o contratos de fiducia.

Un contrato fiduciario -el que sea- precisa de la concurrencia de lo que el Cap. II, Tít. II, Lib. IVº, CCiv

describe como “los requisitos esenciales para la validez de los contratos”; a saber -de acuerdo con el art. 1261- 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca; requisitos sin cuya concurrencia “no hay contrato”. Pues bien; el “consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”, dice el art. 1262, párr. 1º, lo cual -al propio tiempo- nos da una pista fundamental sobre la relación entre Consentimiento y Forma del Contrato, ya que - como dice el precepto- el “consentimiento se manifiesta”; “se manifiesta”: sea hace patente, evidente; se muestra al exterior haciéndose conocido o cognoscible; por lo menos se hace evidente entre las Partes contratantes... porque son las Partes contratantes las que vendrán a resultar comprometidas por los efectos del contrato [arts. 1254, 1091, 1256, 1257 y 1258, CCiv]. Por este motivo el Consentimiento -en tanto ⁶ que voluntad manifestada o, siquiera, cognoscible para las Partes- precisa de una Forma. Pues bien; en principio, esa forma es libre: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez” [Art. 1278, CCiv].

Por consiguiente, en el Contrato -cualquiera que sea, e incluso, en general, en el Negocio jurídico- no solamente no puede haber indeterminación del Objeto, sino que no puede haber ni ocultación ni falsedad del mismo: el Objeto es -en última instancia- el Negocio mismo, en cuanto voluntad dispositiva declarada.

Ahora bien; la posibilidad de consentimientos expresados de forma tácita o por “facta concludentia” se manifiesta de una forma muy particular... cuando se trata del tercero de los elementos de validez del Contrato: la Causa, de la

que trata la Sección 3ª, del Cap. II, Tít. II, Lib. IVº, CCiv –“De la causa de los contratos”- porque -para empezar- el art. 1277, CCiv, cuando dispone que: “Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario”.

Luego toda la manifestación y evidencia que se exige en relación con el Consentimiento y el Objeto, o -lo que es igual- toda la manifestación y evidencia que se exige en relación con el Consentimiento referido al Objeto y -por consiguiente- toda la manifestación y evidencia que se exige en relación con el Objeto, como materia del Consentimiento, viene a menos cuando se trata de la Causa, ya que se llega a admitir incluso la Causa presunta; aquella causa que “no se expresa” en el contrato, pero cuya existencia y cuya licitud se benefician de una presunción “iuris tantum”.

Y es que el Ordenamiento jurídico español se muestra extraordinariamente generoso y flexible, en relación con la Causa de los contratos, ya que no solamente permite la omisión de su expresión en el contrato, al presumirla existente y lícita -presunción que, además, complementa con una suerte de lo que me atrevería a describir como “causas típicas por defecto”, contempladas en el art. 1274, CCiv, cuando dispone que “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”- sino que incluso llega a permitir la expresión de una “causa falsa”... siempre que sea “lícita”. Así; el art. 1276, CCiv dispone que: “La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”.

En consecuencia, ni siquiera la falsedad de la Causa expresada en el contrato, incluso la falsedad de la causa de un contrato celebrado, respecto de la que sería su causa típica, vicia la validez del contrato... cuando se probase que “estab[a] fundad[o] en otra verdadera y lícita”. El único problema se da cuando el Contrato carece de causa o la que tiene es ilícita, porque se opone a las leyes o a la moral -art. 1275, CCiv- porque los contratos donde suceden tales cosas “no producen efecto alguno”.

Todo esto, como fácilmente se podrá apreciar, puede tener una extraordinaria importancia en materia de negocios y contratos fiduciarios e indirectos, porque si hay una forma paradigmática de establecer contractualmente una relación jurídica de fiducia, es celebrando un negocio o contrato típico, dotado de una propia causa típica... pero que responda a otra causa distinta, más verdadera que esa causa “típica” y seguramente no expresada, con tal que sea una causa verdadera y no sea una causa ilícita, por ser contraria a las leyes o a la moral.

Claro que, en estas condiciones, los negocios y contratos fiduciarios, en tanto que manifestaciones exteriorizadas -y por eso jurídicamente eficaces- de la voluntad; en tanto que realidades manifiestas o no manifiestas, pero cognoscibles se enfrentan con el problema de la prueba de su existencia, contenido, eficacia... Porque, en realidad, hay -aquí- no uno solo, sino varios extremos a “probar”; a saber:

- 1.- El Negocio jurídico o contrato, “in se”...
- 2.- Su carácter “fiduciario”, lo cual -a su vez- supone...
- 3.- ... la prueba del elemento causal -de la Causa, como objeto sobre el que recae el consentimiento-, cuando sucede que la Fiducia existe porque se emplea un negocio o contrato típico, dotado de una causa típica.... Pero cuya causa típica se ve

sustituída por, o encubre, una causa diferente, que es la causa fiduciaria, de modo que la primera viene a constituir una causa falsa.

En este sentido, parece evidente; parece obvio y de una necesidad lógica irrefutable que no son el Negocio jurídico o el Contrato típicos, aquello que ha de ser probado... sino que -por las razones expuestas- es la Fiducia -la causa fiduciaria o el "pactum fiduciæ"- lo que hay que probar.

Si ya pudimos comprobar -de acuerdo con el F.J. Segundo de la SAProv. Tarragona, Secc. 3ª, nº 123/2020, de 07/05/2020 que "no existe una fiducia negocial típica. Por lo que es preciso acudir, en cada caso, al contenido del negocio concreto que la establece", una consideración que podemos hacer -al respecto- es que uno de esos otros casos, formas y fines de constitución de relaciones jurídicas fiduciarias, tanto contractuales como de eficacia real, pueden estar relacionados con las relaciones jurídico-societarias; con la constitución y organización interna, y con las relaciones patrimoniales internas de las sociedades mercantiles, en orden a una hipotética proyección de las mismas sobre el plano de las relaciones externas, también denominadas extracorporativas o relaciones con terceros ajenos a la Sociedad, y pueden estar relacionados -también- con fenómenos de posible interacción de las relaciones jurídico-societarias con las relaciones jurídico-familiares o conyugales.

En el sentido de lo que se acaba de referir, es harto conocido el fenómeno de las sociedades familiares y de las sociedades conyugales, como manifestaciones del fenómeno de la Empresa Familiar. Se habla de ingresar en sociedad en virtud de vínculos familiares... Ciertamente, pero esto, al menos aparentemente, no forma parte del negocio constitutivo, ni de los negocios modificativos de la Sociedad, propiamente, sino que -más bien- opera en el plano de los motivos... unos motivos causalizados, y -eventualmente- en el plano de la

Causa, propiamente dicha, porque la condición familiar -conyugal, incluso- no es, por sí misma, título jurídico que permita crear relaciones societarias o integrarse en ellas... como no sea en la forma de Sociedad de Gananciales, si es que la consideramos verdadera "sociedad", y no simple comunidad de bienes "zur gesammte Hand": bien por el contrario, para crear relaciones societarias o integrarse en ellas... -con independencia de los títulos jurídicos sucesorios- es preciso recurrir a la vía de los negocios jurídicos; es decir: que se ingresa en una sociedad como consecuencia de vínculos contractuales.

Pues bien; los vínculos en cuestión pueden ser de diversos tipos: tratándose de la transferencia del dominio, ha de tratarse -se trata- en nuestro caso de lo que el art. 609, CCiv describe como "ciertos contratos"; es decir: no "todos" los contratos: pueden serlo unos sí, pero otros no: lo serían -en principio- la compraventa, la donación, el arrendamiento de obra, el mutuo... y el Contrato de Sociedad... Pero -como sabemos- incluso esos "ciertos contratos" de los que admitimos -"prima facie"- que son títulos idóneos traslativos del dominio, no siempre lo son o no siempre lo son como ordinariamente lo suelen ser. Imaginemos dos supuestos muy significativos y relevantes:

1. El Contrato de Sociedad
2. El Contrato de Compraventa

Para empezar, la naturaleza societaria de un contrato fundacional o de constitución de sociedad o algún acuerdo social de modificación estatutaria o de ampliación de capital no impide -"per se"- que la causa típica de los contratos de sociedad -poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de desarrollar una actividad común en interés común, normalmente lucrativo- pudiera resultar modificada -alterada, desviada- por consideraciones fiduciarias, porque dados los términos de los arts. 1665, 1666, CCiv y 116, CCom,

la “causa societatis” es perfectamente compatible con esas modificaciones -insisto- fiduciarias, lo cual perfectamente permitía –y permite- que una persona ingrese como socio de una sociedad preexistente, recibiendo participaciones o acciones de nueva creación, pero como un mero “socio de complacencia”; fenómeno que comenzó teniendo sentido en el caso de sociedades unipersonales que debían enfrentarse con la original prohibición de esa figura.

En efecto; antes de que el Derecho Comunitario y luego los distintos ordenamientos jurídico-societarios nacionales -incluido el Derecho español- decidieran otorgar reconocimiento y carta de naturaleza a la Sociedad Unipersonal, la praxis societaria ya estaba familiarizada -quizá no de muy buen grado- con el fenómeno de las sociedades ficticias o sociedades “de favor” o “de complacencia” [en italiano, “società di comodo”], consistentes en organizaciones formalmente societarias que se constituían fingiendo una pluripersonalidad inexistente, mediante el simple expediente de incorporar como socios a simples testaferros ⁽¹⁹⁾. Se trataba de una práctica que presentaba varias características que -en un primer momento- hacían muy cuestionable su licitud:

1. Ficción de pluralidad de socios
2. Simulación causal en el compromiso de los “socios de complacencia”
3. Antijuridicidad directa -por infracción de Ley imperativa- e Ilícitud causal, pues con esta práctica se hacía violencia sobre el principio de la Responsabilidad patrimonial Universal.

Ahora bien; la admisión de la figura de las Sociedades de capital unipersonales vino a suponer un profundo cambio en el “status quæstionis”,

pues -en adelante- la técnica del Capital social venía a solventar la problemática de la -real o supuesta... pero, en todo caso, histórica o pretérita- violencia sobre el principio de la Responsabilidad patrimonial Universal, de modo que desaparecían la ilicitud causal y la ilegalidad. Ahora bien; este fenómeno no implica -ni tiene por qué implicar- la desaparición de las sociedades con “socios de complacencia”, ya que en definitiva el supuesto de esas sociedades con socios de complacencia o “de favor”, se resume en -o se puede reconducir a- un supuesto de contrato de sociedad con causa falsa -en cuanto ocultada por otra supuesta por ser la típica; por ser la Causa propia del Tipo contractual de que se trate... pero verdadera y lícita.

A partir de aquí, la Fiducia puede afectar al título jurídico de integración del “socio de complacencia” y/o al título jurídico de aportación de bienes al Patrimonio social. Tanto respecto de un plano,⁹ como respecto del otro, debemos partir de la base de que si el Dominio y los demás derechos sobre los bienes pueden transmitirse y adquirirse por la vía del título y el modo -arts. 609 y 1095, CCiv-, pero el art. 609 es muy claro: “a virtud de ciertos contratos” [seguidos, lógicamente, del modo traslativo], sucede que esos “ciertos contratos” pueden ser unos sí, pero otros no: lo serían -en principio- la compraventa, la donación, el arrendamiento de obra, el mutuo... y el Contrato de Sociedad... Pero hay otros muchos contratos que no son título idóneo traslativo del dominio. Es más; incluso esos “ciertos contratos” de los que admitimos –“prima facie”- que son títulos idóneos traslativos del dominio, no siempre lo son: la Compraventa a plazos con reserva de dominio, cuya Cláusula nuestra Jurisprudencia había declarado válida –“pactum reservati domini”-, por no ser algo contrario ni a la ley, ni a las buenas

¹⁹.- FLORES,G. y MESTRE,J.: "L'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité limitée", en Rev.Soc., 1986, t. 104, fasc. 1º, p. 17.

costumbres [STs. de 13.12.1911; de 03.07.1915; de 10.01.1919 y 20.03.1930]. También habría que considerar la figura de la venta-arrendamiento, en la que el vendedor aparece, simplemente, como un cedente de la posesión y uso de las cosas, por un determinado plazo, con promesa conferida a favor del Comprador de transmitirle la propiedad al término del contrato. De esta forma, lo que se pagaba con la forma externa de un canon de arrendamiento era, en realidad, el precio de una venta ⁽²⁰⁾; un supuesto y el otro son buenos ejemplos de compraventas que no transmiten el dominio de la cosa vendida -STs, Sala de lo Civil, de 10.12.1991 ⁽²¹⁾, o de 11 julio 1983 ⁽²²⁾-, pues para que sea un contrato de compraventa sea efectivo como “iusta causa acquisitionis domini”, es preciso que sea pleno e idóneo como título jurídico alienatorio o “iusta causa traditionis”, lo cual no se da, no solo respecto de los contratos que no son “per se” traslativos del dominio, como el Arrendamiento, sino también en aquellas compraventas en las que la voluntad de las partes excluye una adquisición inmediata del dominio, incluso producida la “traditio”. Tal sucede, precisamente, cuando la compraventa -como en este caso de las ventas a plazos- incluye una cláusula de reserva de dominio. En cierto sentido, estos negocios -incluso- hasta pueden considerarse negocios fiduciarios... o casi.

Y en el Derecho de Sociedades tenemos buenos ejemplos de aportaciones que no son a título de dominio pleno y definitivo, sino limitadas, como es el caso de las aportaciones sociales denominadas aportaciones “quoad usum et quoad sortem”.

En principio, la aportación a sociedad es uno de esos actos que producen una disminución en el patrimonio del causante o una limitación o gravamen sobre elementos patrimoniales propios, correlativas a la constitución de un patrimonio de afección, cabiendo tanto la posibilidad de que la afección se produzca por vía de enajenación, como por una vía no alienatoria; es decir: tanto la posibilidad de un acto traslativo, como la posibilidad de un acto constitutivo de una situación reglada ⁽²³⁾. Así, lo mismo cabe que las aportaciones lleguen a la Sociedad a título de dominio, o bien a título de uso. También existen unas aportaciones que algún autor ha calificado de fiduciarias, y que son las aportaciones “quoad sortem”. A decir verdad, las posibilidades serían mucho más variadas y complejas, como pone de manifiesto GIRÓN TENA, cuando prevé los siguientes supuestos:

10

- * “quoad dominium”: transmisión a la Sociedad, pero con reserva por el Socio de un derecho a la reversión de la misma cosa, cuando se produzca la extinción de la Sociedad [Esta posibilidad se contempló expresamente en el, hoy derogado, art. 119, LSRL/1995].
- * “quoad dominium et quoad sortem”: transmisión a la Sociedad, en pleno dominio o a título pleno, pero sin reserva por el Socio del derecho a la reversión de la misma cosa, en caso de extinción de la sociedad,
- * “quoad sortem”: transmisión a la Sociedad del derecho de disposición sobre la cosa: se trata de una transmisión o aportación a título fiduciario, de forma que la propiedad adquirida por la

²⁰.- URÍA GONZÁLEZ, R.: “Derecho Mercantil”, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A., 28ª ed. con la colaboración de Mª. L. Aparicio, Madrid/Barcelona, 1992, p. 652.

²¹.- STS., Sala de lo Civil, de 10.12.1991; Ponente: Excmo Sr. Rafael Casares Córdoba, en Rep.Aranzadi 1991\8926.

²².- STS., Sala de lo Civil, de 10.12.1991; Ponente: Excmo Sr. José Luis Albácar López, en Rep.Aranzadi 1983\4208.

²³.- LÓPEZ JACOISTE, F.J.: “El Arrendamiento como aportación social”, edit. PUBLICACIONES DEL ESTUDIO GENERAL DE NAVARRA, Pamplona, 1955, ps. 55 y s.

Sociedad destinataria, no es una propiedad ilimitada o incondicionada, respecto del aportante.

* "quoad usum": transmisión a la Sociedad del derecho de mero uso sobre la cosa y

* "quoad usum et quoad sortem": transmisión a la Sociedad del derecho de uso y del derecho de disposición ⁽²⁴⁾;

... supuestos todos ellos que quedan reducidos a tres: "quoad dominium", "quoad usum" y "quoad sortem". También hay quien distingue entre aportación en propiedad, en usufructo y aportación de disfrute ⁽²⁵⁾. En el primer caso -aportación "quoad dominium"-, que es el más frecuente y representativo, el socio aportante desea o consiente en transmitir a la sociedad, de forma plena, todos los derechos que ostenta sobre el objeto aportado. En estas circunstancias, la Sociedad se convertirá en el nuevo propietario -o, si se prefiere, en titular pleno- del objeto aportado, que se integrará en su patrimonio, saliendo -en principio, definitivamente- fuera del patrimonio del socio aportante ⁽²⁶⁾. Esa salida es verdaderamente alienatoria, y el aportante deja de mantener cualquier vinculación real plena con el citado objeto de la aportación, al tiempo que deja de

soportar el riesgo de la cosa aportada ["periculum rei"], en virtud del principio "res perit domino", que aparece recogido en el art. 1687, CCiv ⁽²⁷⁾.

"El riesgo de las cosas ciertas y determinadas no fungibles, que se aportan a la Sociedad para que sólo sean comunes su uso y sus frutos, es del socio propietario.

Si las cosas aportadas son fungibles, o no pueden guardarse sin que se deterioren, o si se aportaron para ser vendidas, el riesgo es de la sociedad. también lo será, a falta de pacto especial, el de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario, y en este caso la reclamación se limitará ¹¹ al precio en que fueron tasadas".

De la lectura del precepto, se deduce que el título de aportación puede ser diverso: hay un título de aportación no traslativo, que es precisamente el que aparece reflejado en el párr. 1º: se habla de "cosas ciertas y determinadas no fungibles que se aportan a la Sociedad para que sólo se hagan comunes su uso y sus frutos". En este caso, podríamos hablar de una aportación "quoad usum"; razón por la cual, en virtud de la regla "res perit domino", el riesgo lo soporta el Socio aportante, que no piensa en transferir el dominio a

²⁴.- GIRÓN TENA, J.: "Derecho de Sociedades", t. I, "Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias", impr. ARTES GRAFICAS BENZAL, Madrid, 1976, ps. 217 y s.

²⁵.- HOUPIN, C. y BOSVIEUX, H.: "Traité général, théorique et pratique des Sociétés civiles et commerciales et des associations (avec formules)", t. I, edit. ADMINISTRATION DU JOURNAL DES NOTAIRES ET DES AVOCATS/LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL SIREY, 5ª ed., París, 1919, p. 100.

²⁶.- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: "Tratado de Derecho mercantil", cit., t. I, vol. 1º, Madrid, 1947, p. 442. GIRÓN TENA, J.: "Derecho de Sociedades...", cit., t. I, p. 219. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.J.: "La Sociedad en general: elementos del Contrato de Sociedad", en VV.AA.: "Curso de Derecho mercantil", t. I, "Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual. Derecho de Sociedades", dir. por R. Uría González y A. Menéndez Menéndez, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1999, p. 466. LÓPEZ JACOISTE, F.J.: cit., p. 64. DE PABLO

CONTRERAS, P.: "Capítulo 20. El Contrato de Sociedad y la Sociedad Civil", en MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, Mª.A.: "Curso de Derecho Civil", t. II, "Derecho de Obligaciones", "Tercera Parte: Contratos y cuasicontratos", coord. por C. Martínez de Aguirre y Aldaz, edit. COLEX, S.A., Madrid, 2000, p. 636. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: "Manual de derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos", edit. LIBRERÍA TÉCNICA UNIVERSITARIA "FIGUEROA 2", Cáceres, 1997, p. 464. HAMEL, J., LAGARDE, G. Y JAUFFRET, A.: "Droit commercial", t. I, vol. 2º, "Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques", edit. DALLOZ, 2ª ed., París, 1980, ps. 23 y s.

²⁷.- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: "Tratado...", cit., t. I, vol. 1º, ps. 443 y s. RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: cit., p. 465. LÓPEZ JACOISTE, F.J.: cit., ps. 64 y s., quien señala que "la aportación en dominio desconecta definitivamente al aportante de la cosa aportada".

la sociedad. ¿Significa, acaso, que el supuesto del párrafo segundo es el de la aportación “quoad dominium”? Podría ser, aunque –en teoría- podría tratarse, igualmente, de una aportación “quoad sortem”. Lo que sí es cierto es que en el art. 1687, párr. 2º, CCiv se ha contemplado la atribución a la Sociedad del poder de disposición sobre los objetos aportados; poder que –ciertamente- podría derivar de la transferencia de la propiedad. Así las cosas, ni siquiera la disolución y liquidación de la Sociedad podría determinar una reversión “ipso iure” o, cuando menos, una reversión necesaria del objeto aportado, al sujeto originalmente aportante: el derecho del socio, en tal caso, se proyectará sobre el precio en que la cosa fue estimada, pero no sobre la cosa misma ⁽²⁸⁾.

Ahora bien; ¿puede considerarse “fiduciario” un contrato o un negocio jurídico societario que disponga o prevea aportaciones sociales “quoad sortem”? ¿Merece recibir ese calificativo – “fiduciaria”- la aportación social consistente en la transmisión a la Sociedad de un derecho de propiedad que confiera a la Sociedad destinataria, una propiedad limitada o condicionada, respecto del aportante o de otro sujeto? Lo digo porque si esta es una posibilidad que la Ley admite en el marco del Contrato de Sociedad, ¿no estaríamos moviéndonos, ya, en el plano de los negocios típicos?

En mi opinión, la respuesta a la cuestión planteada es que, en efecto, la aportación social consistente en la transmisión a la Sociedad de un derecho de propiedad que confiera a la Sociedad destinataria, una propiedad limitada o condicionada, respecto del aportante o de otro sujeto -p.e.- un socio originario, merece recibir el calificativo de “aportación fiduciaria” y el propio derecho de propiedad que se confiere a la Sociedad destinataria, merece recibir el calificativo de

“propiedad fiduciaria” una propiedad limitada o condicionada, respecto del aportante o de otro sujeto... Y la razón es que la aportación fiduciaria no se limita a constituir un acto jurídico de disposición que confiere a la Sociedad destinataria únicamente una propiedad limitada o condicionada, respecto del aportante o de otro sujeto: lo es -sí- ciertamente, pero hay algo más: lo es -es un negocio fiduciario- porque en ese negocio jurídico de disposición -es decir: en el propio título o “causa adquirendi”- hay una “desviación causal” que conlleva el apartamiento respecto de lo que es causalmente típico del Contrato de Sociedad, para perseguir fines diversos; particulares de los interesados en la relación fiduciaria... que no son fines “sociales”, y cuyos fines no-societarios o no-sociales no se expresan en el negocio causal, sino que permanecen ocultos tras la causa aparente típica, propia del Contrato -de Sociedad- que encubre o que ampara la causa fiduciaria.

12

II.- CONSTITUCIÓN DE LA FIDUCIA. LAS RELACIONES CONYUGALES-FAMILIARES

COMO CAUSA DE TRANSMISIONES FIDUCIARIAS EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Si ya antes hubo ocasión de referirse a la especialidad de aquellas sociedades mercantiles, en las que los sujetos que se asocian están vinculados, además, por relaciones matrimoniales o de parentesco; a aquellas sociedades mercantiles constituidas o creadas por personas físicas que están casadas o aquellas sociedades mercantiles constituidas o creadas con anterioridad a la constitución del vínculo matrimonial, en las que vienen a ingresar de forma sucesiva los cónyuges de los socios originales; supuestos que genera ciertos problemas de Derecho de Familia, y en los que -además- cabe distinguir entre el supuesto en que la persona casada que ingresa en sociedad, no sea comerciante, y el supuesto en que esa persona

²⁸.- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “Tratado...”, cit., t. I, vol. 1º, p. 442. LÓPEZ JACOISTE, F.J.: cit., p. 65.

casada sí que tenga esta condición profesional de comerciante. Y, en segundo lugar, el supuesto de sociedades creadas entre ambos cónyuges [supuesto de la denominada Sociedad conyugal o Sociedad entre cónyuges"]. Este tipo de sociedades representan una de las diversas manifestaciones del fenómeno de la Empresa Familiar, en relación con cuyo fenómeno cabe señalar que mucho antes de que se conformase el sistema económico actual; mucho antes de la división del trabajo y la especialización, las necesidades de los seres humanos eran satisfechas por la Familia, de modo que –frente a la alteridad y extroversión que caracterizan a la actividad de los empresarios- la economía familiar era una economía de autoconsumo.

Dentro del sistema del Derecho Civil se ha acotado una parte denominada Derecho de Familia, aunque semejante rúbrica no aparece ni en nuestro CCiv, ni en otros del modelo francés ⁽²⁹⁾. Hay, sí, una regulación del Matrimonio; de la Filiación; de la Tutela... Incluso existe alguna referencia inorgánica y dispersa a las relaciones entre parientes, a las que –por otra parte- se atribuye un ámbito muy restringido [solo comprende a los hermanos, y en

muy escasa medida] ⁽³⁰⁾, pero las referencias a “la Familia”, como tal, son muy escasas ⁽³¹⁾. Sin embargo, el art. 39, Const.Esp. declara que “los Poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la Familia”. Y es la Familia es una institución jurídica, basada sobre haces de relaciones jurídicas que son las relaciones jurídicas familiares, pero –antes que esto- la Familia; las relaciones familiares tampoco son relaciones naturales; relaciones que están en la propia naturaleza humana; la Familia es un fenómeno preo protojurídico y –por tanto- metajurídico; un fenómeno natural y social ⁽³²⁾ que desempeña funciones de conservación y reproducción de la especie ⁽³³⁾; función primordial u originaria, junto a la cual asume otros objetivos o finalidades políticas, económicas y socio-culturales. Desde la perspectiva sociológica y social, la Familia constituye un instrumento de socialización del individuo; vehículo de transmisión de pautas de comportamiento; de tradiciones, hábitos, usos y creencias, a la que se la atribuye un papel fundamental en la preparación y educación del individuo ⁽³⁴⁾. Y, para terminar, también es preciso tener en cuenta el gran relieve adquirido por las

²⁹.- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN,L. y GULLÓN BALLESTEROS,A.: “Sistema de Derecho Civil”, t. IVº, “Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones”, edit. TECNOS, S.A., 2ª reimpression de la 7ª ed., revisada y puesta al día, Madrid, 1998/2000, p. 29.

³⁰.- CASTÁN TOBEÑAS,J.: “Derecho Civil español, Común y Foral”, t. Vº, “Derecho de Familia”, vol. 1º, “Relaciones Conyugales”, edit. REUS,S.A., 9ª ed., revisada y puesta al día por G.García Cantero y J.Mº.Castán Vázquez, Madrid, 1976, ps. 81 y ss. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS.: “Sistema...”, cit., t. IVº, 7ª ed., p. 29. PUIG BRUTAU, J.: “Fundamentos de Derecho Civil”, t. IVº, vol. 1º, “El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes”, edit. BOSCH, CASA EDITORIAL, Barcelona, 1967, ps. 19 y s. LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO,A., RIVERO HERNÁNDEZ,F. y RAMS ALBESA, J.: “Elementos de Derecho Civil”, t. IV, “Derecho de Familia”, edit. J.M.BOSCH, EDITOR, 4ª ed., Barcelona, 1997, ps. 13 y ss.

³¹.- Tampoco parece haber claridad, al respecto, en la Legislación Autonómica [“La Empresa Familiar: una

noción relativa”, en VV.AA.: “El Buen gobierno de las Empresas familiares”, edit. CUATRECASAS/THOMSON/ARANZADI,S.A., Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 77 y ss.].

³².- VALLET DE GOYTISOLO,J.B.: “Panorama del Derecho Civil”, edit. BOSCH, Barcelona, 1963, ps. 240 y ss. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/RIVERO HERNÁNDEZ/RAMS ALBESA.: cit., t. IV, 4ª ed., p. 15. LASARTE ÁLVAREZ, C.: “Principios de Derecho Civil”, t. VI, “Derecho de Familia”, edit. TRIVIUM, EDITORIAL, S.A./ALÁJAR EDICIONES Y PROMOCIONES,S.L., 2ª ed. revisada y actualizada, Madrid, 2000, p. 33. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. y PEDREIRA ANDRADE,A.: “Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial”, edit. CEURA.,S.A., Madrid, 1992, p. 1136.

³³.- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN,L. y GULLÓN BALLESTEROS,A.: “Sistema...”, cit., t. IV, p. 33.

³⁴.- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN,L. y GULLÓN BALLESTEROS,A.: “Sistema...”, cit., t. IV, p. 34.

funciones económicas de la Familia, que durante largo tiempo ha constituido una verdadera unidad de producción; un agente económico activo de producción de bienes y servicios –ordenado a la subsistencia del grupo-, y que ahora constituye – más bien- una unidad de consumo ⁽³⁵⁾. En una primera aproximación, parecería lógico confrontar dialécticamente economía empresarial y economía familiar; satisfacción exógena y satisfacción endógena de las necesidades de los seres humanos; dos mundos paralelos –llama la atención que la actividad de las empresas ⁽³⁶⁾ y el ámbito de las relaciones jurídico-familiares ⁽³⁷⁾, resulten extremadamente permeables a la presencia de fenómenos de representación-, que parecerían destinados a no encontrarse. Sin embargo, desde hace tiempo se habla de la “Empresa Familiar”; noción ampliamente extendida por su creciente importancia económica ⁽³⁸⁾, pero de la que no parece que exista una definición generalmente aceptada: no existe un concepto legal de la “Empresa Familiar” ⁽³⁹⁾.

La Familia puede ser considerada como una institución solidaria; una institución que tiene como uno de sus principales fines la ayuda mutua... Mutua, sí, pero no necesariamente simétrica, ya que es frecuente que uno de los cónyuges ayude al otro, más que este otro, al primero. Las formas de ayudar un cónyuge a otro pueden incluir actos de liberalidad o actos que -siendo onerosos- se facilitan; se hacen más sencillos; se consienten, aún a costa del propio interés inmediato, lo cual -a su vez- es una potencial fuente de inconvenientes que se manifiestan paradigmáticamente en la Empresa Familiar: la tentación de confundir propiedad y gestión ⁽⁴⁰⁾ o la improcedente “generosidad” en las retribuciones a los directivos ⁽⁴¹⁾; problemas ambos que podrían describirse gráficamente como el concebir la caja social con la hucha propia. Igualmente, hay que advertir contra el riesgo de desprofesionalización –“confundir los lazos de afectos, propios de la familia, con los lazos contractuales, propios de la empresa”-, que redundaría en perjuicio de la eficiencia de la gestión ⁽⁴²⁾; problema que se agrava en las sucesivas generaciones, generando “tipos erróneos de

³⁵.- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Sistema...”, cit., t. IV, ps. 33 y s.

³⁶.- GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “La mercantilidad del Contrato de Comisión y las obligaciones de diligencia del Comisionista”, en VV.AA.: “Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez”, t. III, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1997, p. 2817 y s.

³⁷.- GARCÍA CANTERO, G.: “Notas sobre Representación legal en el Derecho de Familia”, en VV.AA.: “Homenaje al Profesor Juan Roca Juan”, edit. SECRETARIADO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA, Murcia, 1989, p. 289.

³⁸.- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Sociedad de Responsabilidad Limitada y Empresa Familiar (Notas sobre una Reforma de la LSRL.)”, en RDSocs., 2003-2, nº 21, p. 16. FERNÁNDEZ GIMENO, J.P. y REYES LÓPEZ, Mª.J.: “La Empresa familiar”, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2000, p. 15.

³⁹.- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Sociedad de...”, cit., p. 17. VICENT CHULIÁ, F.: “Recapitulación”, en VV.AA.: “El Buen gobierno de las Empresas familiares”, edit. CUATRECASAS/THOMSON/ARANZADI, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 314, quien señala que el

concepto de “Empresa Familiar” es un concepto difícil de definir porque incluye dos nociones amplias e indeterminadas. CERDÁ ALBERO, F.: “La Empresa Familiar...”, cit., ps. 67 y ss. GALLO, M.A.: “La Empresa familiar: fortalezas y trampas”, en VV.AA.: “La Empresa familiar ante el Derecho. El Empresario individual y la Sociedad de carácter familiar. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP.”, dir por V.M. Garrido de Palma, present. por A. Pérez Sanz, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1995, p. 49. RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “La Empresa Familiar en el ámbito del Derecho mercantil”, edit. EDERSA., Madrid, 2000, p. 19.

⁴⁰.- CUESTA LÓPEZ, J.V.: “Mecanismos jurídicos para...”, cit., ps. 61 y 64, quien señala que ello lleva consigo, además, incertidumbre sobre la autoridad y la responsabilidad. GALLO, M.A.: “La Empresa familiar...”, cit., p. 53.

⁴¹.- CUESTA LÓPEZ, J.V.: “Mecanismos jurídicos para...”, cit., p. 62. GALLO, M.A.: “La Empresa familiar...”, cit., p. 55.

⁴².- CUESTA LÓPEZ, J.V.: “Mecanismos jurídicos para...”, cit., p. 62. GALLO, M.A.: “La Empresa familiar...”, cit., p. 55.

estructuras” –“querencial”, “duplicada”, “de árbol genealógico”, “tribal”, “policial” y “de suplentes”-, que responden a las necesidades de la familia, y no de la empresa ⁽⁴³⁾. Sea como fuere; lo cierto es que -en principio- ineficiencia no equivale -sin más- a ilicitud o invalidez, o a no-reconocimiento legal. Por eso -y sin entrar, ya, a la peliaguda cuestión de cuándo consideramos que se da una situación de eficiencia, cuando combinamos aspiraciones familiares e intereses empresariales-, los negocios y los contratos fiduciarios pueden jugar un papel efectivo en el seno de las empresas familiares, incluso pueden constituir el origen y fundamento de formas societarias mercantiles que se constituyen “fiduciæ causa”, o bien que se reestructuran y se abren a nuevos miembros, los cuales ingresan por motivos de raíz más afectiva y familiar, que por razones de estricta y objetiva eficiencia económica.

Empresas de titularidad unipersonal; acaso revestidas de la forma de sociedades unipersonales [hay quien distingue entre Empresa Familiar doméstica, donde la propiedad pertenece a una persona sola o a un escaso número de ellas, la unidad productiva es de escasas dimensiones y apenas posee organización corporativa o, si la tiene, se halla enteramente ocupada por personas unidas por vínculos familiares; Empresa Familiar tradicional, parecida a la anterior, aunque la unidad productiva podría alcanzar dimensiones muy heterogéneas –pequeña, mediana o grande-, pero, una vez más, los órganos de administración se hallan enteramente ocupados por familiares; la Empresa Familiar alargada -donde la propiedad pertenece a un grupo más amplio de personas, la unidad productiva es mediana o grande, el órgano colegial de administración puede, ya, incorporar a personas ajenas a la familia, y los puestos directivos se reparten entre familiares y no familiares- y la

Empresa Familiar abierta, donde en la propiedad del capital participan personas ajenas al grupo familiar; las dimensiones de la unidad productiva son medianas o grandes y tanto los puestos de consejeros como de directivos están ocupados, asimismo, por familiares y por no familiares]⁽⁴⁴⁾, se “abren”, en lo que todavía podemos calificar como de una fase asociativa temprana, cuando la originaria Sociedad unipersonal da lugar a la constitución de una Sociedad conyugal, no necesariamente por vía de fundación, pues ésta ya podría haber tenido lugar antes, sino por vía de apertura de la Sociedad a la pluripersonalidad, mediante incorporación de un segundo o de un tercer socio, etc., ora si el Socio hasta entonces único les vende o transfiere parte de las participaciones que -hasta ese momento- sólo él ostentaba, ora bien si se efectúa una ampliación de capital y el Fiduciario -verdadero “socio de complacencia”- acude a la ampliación, e ingresa así en el agregado de socios de la Sociedad; hasta entonces un conjunto unitario, y en adelante un conjunto con dos elementos. Pues bien; estos socios pueden unirse en sociedad -incluso familiar; incluso conyugal- sin que esa incorporación deba, necesariamente, tener que producirse por vía fiduciaria; sin necesidad de otorgar un consentimiento negocial asociativo en el que se produzca una desviación o alteración causal... Pero también puede suceder que, precisamente por razón de las especiales necesidades de la Familia, ese consentimiento negocial asociativo se otorgue, consintiendo los otorgantes en llevar a cabo una desviación o alteración causal de forma que ora se incorporen “socios de complacencia” esos miembros de la Familia, ora bien se lleven a cabo aportaciones sociales a título fiduciario.

⁴³- CUESTA LÓPEZ,J.V.: “*Mecanismos jurídicos para...*”, cit., ps. 63 y s.

⁴⁴- RODRÍGUEZ DÍAZ,I.: “*La Empresa familiar ...*”, cit., ps. 24 y s.

III.- EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA RELACIÓN FIDUCIARIA Y DE LA RELACIÓN MERCANTIL DE SOCIEDAD

Se ha dicho -y es verdad, en gran parte- que, a diferencia del derecho de propiedad, que es derecho naturalmente perpetuo, la fiducia es temporal, aunque ello no es óbice para que -al mismo tiempo- la fiducia establezca una posición jurídica subjetiva formal y duradera ⁽⁴⁵⁾. Como tienen reconocido nuestros Tribunales de Justicia, en materia de ventas fiduciarias -que constituyen el supuesto típico de la "fiducia cum creditore"-, procede ejercitar la acción reivindicatoria, toda vez que el Fiduciario no se convierte en titular real definitivo y absoluto del dominio -como pretendía la tradicional "Teoría del Doble efecto"- sino que únicamente adquiere un dominio formal, de modo que es obligación del Fiduciario volver a transferir el dominio al Fiduciante, habiendo llegado nuestra Jurisprudencia a negar que fuese posible que los fiduciarios adquiriesen el dominio de las cosas vendidas en garantía [supuesto de "fiducia cum creditore"], ni siquiera aunque hubiera concluido, ya, el plazo fijado en el contrato para que el Fiduciante reclamase la retrocesión ⁽⁴⁶⁾.

Pues bien; con independencia del juicio que nos merezca esa opinión, que nuestros Tribunales de Justicia hayan establecido, en materia de ventas fiduciarias -que constituyen el supuesto típico de la "fiducia cum creditore"-, que procede ejercitar la acción reivindicatoria, para recuperar los bienes transmitidos a título fiduciario pone de manifiesto que las titularidades dominicales fiduciarias no tienen vocación de eternidad, sino que pueden tender -claramente- a la limitación cronológica o

cronológico-funcional; es decir: a la limitación finalista o teleológica. Recurriendo a la -insuficiente y limitada- "Teoría del Doble efecto" y con objeto de justificar esa reivindicabilidad de los objetos sobre los cuales se constituyó la fiducia, se concluye y afirma que el Fiduciario no se convierte en titular real del dominio... Sin embargo, sí que se reconoce que el Fiduciario o Fideicomisario adquiere un dominio o titularidad plena formal, lo cual quiere decir que su derecho vive marcado por la impronta de la interinidad.

Mas; ¿en qué momento o concurriendo cuáles circunstancias cabe considerar extinguidas las relaciones de fiducia y las titularidades fiduciarias? Desde luego, el régimen de los censos prevé su redención por el censatario [art. 1608, CCiv]; posibilidad que cito a pesar de que ya se advirtió, con anterioridad, que no es que el censo⁶ enfiteútico sea -"per se"- una fiducia, sino que simplemente pone de manifiesto que es posible disponer una división del dominio en directo y útil, lo que por vía voluntaria -ahora sí fiduciaria- puede extenderse a otros contratos, como la compraventa o la sociedad, llevando a cabo "ope voluntatis" negocios jurídicos de atribución patrimonial con efectos diversos de los que les son propios, en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad sobre el elemento causal típico de las figuras utilizadas.

Asimismo, el carácter, no ya sólo voluntario, sino eminentemente finalista; teleológico, de los negocios fiduciarios determina que los mismos hayan de extinguirse en caso, ora de cumplimiento total de sus fines, ora bien -por el contrario- de imposibilidad absoluta de cumplirlos. El primer

⁴⁵.- SALVADOR CODERCH, P.: "Fideicomiso inter vivos, fundación de interés particular y fiducia expresa: una propuesta de política jurídica", en "Diario. La Ley", nº 9890, 2021, junio.

⁴⁶.- STS., Sala 1ª, de 27.11.1995, en AC., 1996, t. I, marg. 141, ps. 388 y s. En esta misma línea, la STS., Sala 1ª, de 4.06.1998, en AC., 1998, t. IV, marg. 992, p. 2653, reconoció que la existencia del "pactum fiduciae", por el cual el fiduciario de

llevar a cabo la "retrocesión de los bienes... cuando la obligación garantizada se hubiere cumplido", hacía imposible que los fiduciarios adquiriesen el dominio de las cosas vendidas en garantía, ni siquiera aunque hubiera concluido, ya, el plazo fijado en el contrato para que el Fiduciante reclamase la retrocesión.

caso es sin duda la causa más positiva de extinción debido a que en ella se manifiesta el resultado esperado consecuentemente con los propósitos recogidos en el contrato de fideicomiso. En el segundo caso observamos la misión e importancia que representa el objeto del fideicomiso, ya que si el fiduciario no ve posible cumplir el encargo recogido en el contrato éste carecerá totalmente de sentido, y por lo tanto se extinguirá.

Es, igualmente, ese carácter, no ya sólo voluntario, sino eminentemente finalista; teleológico, de los negocios fiduciarios, la razón que determina que los mismos hayan de extinguirse -en segundo lugar- el cumplimiento del plazo o condición resolutoria a que se hubiese sometido.

También es causa de extinción -siendo como es algo fruto de la autonomía de la voluntad- el acuerdo entre las Partes; es decir: el mutuo disenso, lo cual tiene sentido cuando el negocio fiduciario es un contrato... Pero cuando la fiducia se constituye por virtud de negocio jurídico unilateral -aunque también en el caso de las fiducias constituidas por virtud de contrato, si el Fiduciante o Fideicomitente se hubiere reservado expresamente esa facultad en el negocio de fideicomiso-, parece evidente que la extinción podrá tener lugar por revocación unilateral declarada por el fideicomitente.

A la inversa, el Beneficiario -no el Fiduciario- puede renunciar al fideicomiso, en cuyo caso es evidente que debería producirse la extinción del contrato fiduciario; posibilidad que suele darse principalmente en fideicomisos irrevocables o en aquellos en los que no se incluya expresamente la posibilidad de designar beneficiarios durante la vida el contrato. Un fideicomiso revocable también se puede extinguir por esta causa, pero solo si no es posible designar a un beneficiario.

Evidentemente, ora causa de extinción es la pérdida o extinción total de los bienes objeto del

fideicomiso, ya que estos constituyen un elemento real fundamental del negocio o contrato fiduciario; de hecho: su elemento real nuclear y axial. Por consiguiente, faltando los mismos, carecería de objeto -de elemento real- contrato de fideicomiso, lo cual -salvo que el objeto fueran bienes fungibles- privaría de sentido al negocio fiduciario.

La muerte -y antaño la incapacidad judicialmente declarada- del Fiduciario, puede -muy bien- constituir otra causa de extinción, salvo que en el instrumento de constitución del fideicomiso se haya designado fiduciario sustituto. También la muerte - y antaño la incapacidad judicialmente declarada- del beneficiario ya sea tanto por muerte como por renuncia. Nuevamente el caso de extinción del contrato por muerte del beneficiario suele darse principalmente en fideicomisos irrevocables o en aquellos en los que no se incluya expresamente la posibilidad de designar beneficiarios durante la vida el contrato. Un fideicomiso revocable también se puede extinguir por esta causa, pero solo si no es posible designar a un beneficiario.

Por fin; en la medida en que los negocios o contratos fiduciarios son fruto de la autonomía privada, es evidente que el instrumento de fideicomiso puede recoger otras diferentes causas de extinción conforme a la voluntad del Fiduciante, de modo que la concurrencia de cualquier otra causa establecida expresamente en el Negocio o contrato fiduciario determinará que el contrato de fideicomiso se extinga.

Y si la titularidad fiduciaria le corresponde a una sociedad o al tenedor de participaciones sociales o acciones, que las ha adquirido "fiduciæ causa", cabe suponer que la extinción de la Sociedad -y empleo, ahora, el término "extinción" en un sentido amplio-, debería poner fin a la relación fiduciaria. Y es que todos los sujetos de derecho -ya se trate de personas físicas o jurídicas- nacen,

viven y mueren ⁽⁴⁷⁾, aunque al hacer semejante comparación y predicar tales procesos de las personas jurídicas, haya que guardarse de caer de los excesos propios de la llamada "teoría organicista" de la persona jurídica ⁽⁴⁸⁾, porque nunca se puede olvidar que la Personalidad Jurídica no es otra cosa que una ficción; una ficción legal, y –por consiguiente- en sí misma, no puede decirse que pertenezca a la esencia o la sustancia de las realidades sociales o socio-económicas personificadas, sino que debe considerarse como un "accidente" de ellas, en la acepción que del término "accidente" nos da la Filosofía. Sea como fuere, lo cierto es que toda sociedad puede, en un determinado momento, desaparecer, y cada singular socio puede dejar de ser miembro de una sociedad, sea por muerte, separación o exclusión, aunque dicha sociedad permanezca ⁽⁴⁹⁾.

Si centramos nuestra atención en la etapa final de la vida de estos sujetos que son las sociedades mercantiles personificadas -es decir: en lo que por el momento denominaremos su "extinción"-,

podremos apreciar que tanto la extinción de la Persona humana, como la de una persona jurídica o moral, comparten el común denominador de suponer la desaparición de un ente al que el Ordenamiento jurídico considera centro de imputación de derechos y deberes; de relaciones jurídicas, en suma; la desaparición de un sujeto de derecho. Sin embargo, existen algunas diferencias notables entre ambos supuestos de extinción; diferencias que no se refieren, únicamente, a la circunstancia de que la extinción de la personalidad jurídica de los entes morales pueda ser debida a un ⁸ cúmulo de causas precisas, establecidas -o, al menos, reconocidas- por la Ley, que -además- determina el instante preciso a partir del cual debe reputarse desaparecida la personalidad, en tanto que la personalidad del Ser humano sólo se extingue por la muerte, y precisamente en el mismo momento en que ésta se produce ⁽⁵⁰⁾. Sino también -y sobre todo- que se refieren al hecho de que, con la desaparición de la persona jurídica, se extinguen tanto la personalidad de la misma, en sí, cuanto –en mi opinión, como condición previa- el

47.- GARCIA-PITA, J.L.: "La Disolución de la Sociedad Anónima. Aspectos generales", en C.D. y C., 1989, nº 6, diciembre, p. 99. Idem.: "A disolución e liquidación das cooperativas galegas: proposta dun modelo xeral de relación entre disolución e liquidación de sociedades", en CoopEcS., nº 28, 2005/2006, p. 9. SENÉN DE LA FUENTE, G.: "La Disolución de la Sociedad Anónima por paralización de los órganos sociales", Madrid, 1963, ps. 44 y ss. En cierto sentido, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "Capítulo XXV. Disolución y Liquidación de sociedades mercantiles", en "Estudios de Derecho mercantil", t. II, edit. EDITORIAL DE DERECHO FINANCIERO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, 2ª ed. revisada, corregida y puesta al día, Madrid, 1977, p. 503. DÍAZ MUYOR, M.: "La reactivación de la Sociedad Anónima disuelta", edit. MARCIAL PONS, Madrid, 1994, p. 11, quien alude a la existencia de un paralelismo entre la extinción de la persona física y la de la persona social, aunque no deja de advertir las profundas diferencias. Merece la pena recordar, ahora, las palabras de GUYON, Y.: "Droit des affaires", cit., t. I, 8ª ed., p. 197, cuando afirmaba que la Sociedad está hecha para durar; que "[l]a vejez, lejos de mermar sus fuerzas, le confiere las ventajas de una reputación comercial consolidada y de un activo más importante. Los asociados originarios pueden morir o desear causar baja de la Sociedad. La Sociedad continúa existiendo sin ellos...", hasta el punto de que existen ejemplos de sociedades verdaderamente centenarias... ¡Y sin embargo incluso estas sociedades pueden "morir"! Esa "muerte" de las Sociedades se produce, no por, ni inmediatamente cuando,

aunque sí como consecuencia un fenómeno llamado "Disolución de la Sociedad".

48.- GARCIA-PITA y LASTRES, J.L.: "La Disolución ...", cit., p. 99. Idem.: "A disolución e liquidación ...", cit., p. 9. SENÉN DE LA FUENTE, G.: "La Disolución de la Sociedad Anónima por paralización de los órganos sociales", Madrid, 1963, ps. 44 y ss. En cambio, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "Capítulo XXV. Disolución y Liquidación ...", cit., p. 503, aunque caía, un tanto, en esa propensión organicista, cuando se expresaba en estos términos: "[f]ormalmente titular de la empresa colectiva es la sociedad, en su calidad de persona jurídica (al menos cuando se trata de sociedades regularmente constituidas). De aquí que la disolución de la sociedad, en cuanto comporta la desaparición del titular de la empresa, es un hecho que guarda un cierto paralelismo con la hipótesis de la muerte del comerciante individual. En ambas hipótesis la empresa está abocada a su extinción, aunque es posible que subsista...".

49.- CAMPOBASSO, G-F.: cit., t. II, p. 109. GARCIA-PITA y LASTRES, J.L.: "A disolución e liquidación...", cit., p. 9.

50.- GARCIA-PITA y LASTRES, J.L.: "La Disolución...", cit., p. 99. CAMY SÁNCHEZ-CAÑATE, B.: "Derecho mercantil registrable. Registro Mercantil", edit. ARANZADI, 2ª ed., Pamplona, 1985, p. 684. CARLÓN SÁNCHEZ, L.: "La extinción de la Sociedad Anónima", en RDP., 1970, p. 119.

nexo que daba vida al complejo socio-económico y jurídico de personas y/o patrimonio, reunidos en un ente asociativo o institucional ⁽⁵¹⁾. Por consiguiente, al hablar -en general- de la disolución y la extinción de sociedades, habremos de referirnos, necesariamente a fenómenos complejos, en los que conviven aspectos propios de la extinción de sujetos, con aspectos propios de la extinción de relaciones jurídicas y de la extinción de contratos; es decir: fenómenos o aspectos de desmembración -parcial o total- de vínculos contractuales [según que nos hallemos ante una Disolución parcial, por separación o exclusión de socios; o bien ante una disolución total], de los que -acto seguido- pueden derivar efectos extintivos, no ya sobre una relación negocial-societaria [que también], sino incluso sobre una organización dotada, en su caso, de personalidad jurídica, cuya personalidad -por fin- también acaba desapareciendo ⁽⁵²⁾.

La primera etapa o el primer hito de este proceso es la disolución. La disolución total afecta a la Sociedad de manera total; es decir: no de modo limitado a la posición de uno o varios, pero no todos los socios; no de forma que deje a la Sociedad sin el número mínimo de socios para poder subsistir, sino cuando incide -cuantitativamente- sobre las relaciones sociales de todos los socios o,

considerado desde otra perspectiva, cuando incide sobre todas las relaciones de socio, dejando a la sociedad disuelta sin materia prima para poder existir como tal "sociedad" ⁽⁵³⁾. Así, toda disolución produce, directa o indirectamente, efectos resolutorios y extintivos sobre las relaciones jurídico-privadas de sociedad. Luego, consecuentemente, la disolución total de sociedades sería aquella que, de forma directa o indirecta, produce efectos resolutorios y extintivos que afectan de modo total a las relaciones jurídico-privadas de sociedad, de tal modo y manera que dichas relaciones -de modo inmediato, o diferido- desaparecen por completo, sin que subsistan, de modo parcial, respecto de alguno o algunos socios.¹⁹

Con la disolución total, las sociedades disueltas desaparecen completamente de la vida jurídica, aunque ese efecto o consecuencia no sean inmediatos, por cuanto el acuerdo de disolución de una sociedad no produce su inmediata y automática desaparición, sino que -todo lo más- constituye el "presupuesto jurídico de la liquidación", que -sólo cuando haya concluido plenamente- podrá conducir a la extinción de la Sociedad disuelta, previa cancelación registral de la misma ⁽⁵⁴⁾.

Ahora bien; una cosa es el contrato o el negocio fiduciarios... y otra, la titularidad -real- fiduciaria,

51.- GARCIA-PITA y LASTRES,J.L.: "La Disolución...", cit., p. 100. BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ.: "Manual...", cit., t. I, 11ª ed., p. 464, en relación con la Disolución de las Sociedades anónimas. En cierto sentido, vid. Asimismo GUYON,Y.: "Droit des affaires", cit., t. I, 8ª ed., p. 197, cuando señala que "la Disolución es el fin de la existencia social. Las relaciones y vínculos que unían a los asociados se desatan y la personalidad jurídica primero se debilita y -por fin- desaparece".

52.- GARCIA-PITA y LASTRES,J.L.: "A disolución e liquidación...", cit., ps. 9 y s. APARICIO CARRILLO,E.J.: "Los socios ante el patrimonio de la Sociedad Civil en liquidación", edit. UNIVERSIDAD DE JAÉN, Jaén, 2003, p. 19.

53.- GÓMEZ CALERO,J.: "Las Agrupaciones de...", cit., p. 219.

54.- URÍA GONZÁLEZ/APARICIO: cit., 28ª ed., p. 206.

BATALLER GRAU,J.: "La reactivación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", edit. EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS,S.A., Madrid, 2000, p. 21. Idem: "1. La Disolución", en VV.AA.: "Disolución y Liquidación de sociedades mercantiles", dir. Por A.Rojo Fernández-Río y E.Beltrán Sánchez, coord. Por A.B.Campuzao Laguillo, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2009, p. 23. LARA,R.: "7. La Extinción de la Sociedad", en VV.AA.: "Disolución y Liquidación de sociedades mercantiles", dir. Por A.Rojo Fernández-Río y E.Beltrán Sánchez, coord. Por A.B.Campuzao Laguillo, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2009, ps. 335 y s. DÍAZ MUYOR,M.: "La reactivación...", cit., ps. 12 y s. MUÑOZ MARTÍN,N.: "Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la Sociedad Anónima", edit. LEX NOVA,S.A., Valladolid, 1991, ps. 25, 31 y 32. BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ.: "Manual...", cit., t. I, 11ª ed., ps. 302, 464, etc. APARICIO CARRILLO,E.J.: "Los socios ante ...", cit., p. 23.

siendo así que la cuestión es: extinguido el primero... ¿cuándo y cómo se extingue la segunda? Piénsese, p.e., que, si la titularidad fiduciaria procede de un negocio contractual, por cuya virtud se confiere la titularidad fiduciaria a un tercero... que no fue Parte directa en el contrato, lógicamente podría plantearse el problema de que -p.e.- el acuerdo de extinción entre fideicomitente y beneficiario, tendría -evidentemente- efectos -perjudiciales- sobre los derechos del fiduciario.

Pues bien; aquí cabe imaginar dos posibilidades; a saber:

a.- que la extinción de la relación fiduciaria - digamos- “in personam” produzca de inmediato; es decir automáticamente, “ipso iure ac ex opere operato”, la extinción de la titularidad fiduciaria - digamos- “in re vel in rebus”, o bien...

b.- ... que la extinción de la relación fiduciaria - digamos- “in personam” no produzca otro efecto inmediato que destruir la base de la relación real fiduciaria, pero únicamente con efecto “interpartes”, y que -para lograr los efectos “ad extra vel ad tertios” de una extinción de titularidades reales- sea preciso recorrer en sentido inverso, el proceso el título y el modo, efectuando una “traditio” de retorno al Titular original.

A su vez, esta cuestión se ve influida por la propia configuración de la Fiducia y del Negocio Fiduciario, porque si -p.e.- adoptásemos la tesis del “doble efecto”, más que extinguirse la fiducia real, lo que sucedería es que nace o se actualiza una obligación de restitución. Pero, si -por el contrario- adoptamos otra concepción, las consecuencias pueden ser diversas. Esto puede tener importantes consecuencias en caso de disolución societaria o de liquidación de empresa. aunque la disolución de sociedades es una institución -por así decirlo- “universal”, siquiera por lo que al Ordenamiento

jurídico-societario español se refiere, ya que absolutamente todas las formas y tipos societarios, civiles o mercantiles, de personas o de capitales, o incluso cooperativos o mutualísticos, pueden disolverse, en cambio la liquidación de sociedades es una institución que no siempre viene recogida en las leyes positivas. Así, p.e., el Code de comm.fr./1807 la desconocía, aunque apareció reconocida entre la Doctrina italiana anterior al Cod.civ.it./1942 ⁽⁵⁵⁾. Incluso nuestro CCiv/1889 la desconoce, igualmente, toda vez que su art. 1708, cuando regula las consecuencias de la disolución de la Sociedad Civil, no habla de la “liquidación”, sino que trata de la “partición de la sociedad entre los socios” disponiendo que:

“La partición entre socios se rige por las reglas de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan. Al socio de industria no puede aplicarse ninguna parte de los bienes aportados, sino sólo sus frutos y los beneficios, conforme a lo dispuesto en el artículo 1689, a no haberse pactado expresamente lo contrario”.

Así, el Derecho -español- de sociedades presenta dos tipos de respuestas, frente al fenómeno de la disolución-extinción de las sociedades: la partición y la liquidación; dos instituciones jurídicas distintas y profundamente diferentes. La Partición es una institución jurídica que se encuentra estrechamente relacionada con la idea de división de un patrimonio común; concretamente la división de una herencia indivisa. Así se aprecia con meridiana claridad y de modo harto terminante, cuando el art. 1708, CC. establece que “[l]a partición entre socios se rige por las reglas de las herencias”: con estas palabras el precepto jus-societario revela que lo que se practica entre los con-socios de la sociedad extinguida es una “partición”, y que esta partición se registrará en todos

⁵⁵.- GIRÓN TENA,J.: “Derecho de Sociedades...”, cit., t. I, p. 689, quien señalaba que esto demostraba a superioridad de nuestro

CCo./1829, sobre su “antecedente” francés.

sus aspectos fundamentales “por las reglas de las herencias”; es decir: por lo dispuesto en los arts. 1051 a 1087, CCiv; el primero de los cuales establece lo siguiente:

“Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división. Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad”.

Se trata, pues, de dividir lo que es común; pero, lo que, es más –o en términos más precisos- se trata de efectuar esa división “in specie vel in natura”, y no “in numerario”. Por este motivo, se insiste en la idea de la “indivisión de la herencia” y en la alternativa de dividirla, que es una posibilidad siempre abierta a los coherederos, o -en este caso- de los socios. Y que esto es así, se comprueba fácilmente, leyendo los arts. 1061, 1062, 1063, 1065, 1066, 1068 o 1069, CC., entre otros; preceptos en los que se refleja una “divissio bonorum”, y no una “divissio valoris bonorum”. Así, p.e., se habla de una partición igualitaria, “haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie”; se contempla la problemática de la adjudicación de cosas indivisibles o que desmerezcan mucho por su división, previendo su adjudicación a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, si bien se establece que “basta que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga”. O también se establece -y esto sí que es ya definitivo- que la “partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”. Pero es que, por si lo anterior no fuera suficiente, ya el propio art. 39,

CCiv, en materia de personas jurídicas, también dispone que:

“Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiese en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o Municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas”.

Pues bien; todo lo que se ha descrito, hasta aquí, incluyendo las previsiones del citado art. 39, CCiv, ¿constituye -propriadamente- una “liquidación”, en e¹ sentido en que se define esta noción por el Derecho de sociedades? La respuesta es que: “depende”. Depende de lo que entendamos por “liquidación de sociedades”. Hay quien considera que la liquidación de sociedades es “el conjunto de operaciones de la sociedad que tienden a fijar el haber social divisible entre los socios. Consiste en percibir los créditos de la compañía y extinguir las obligaciones contraídas según vayan venciendo”⁽⁵⁶⁾, aunque se añade que “termina... con la división del haber social, conforme a lo dispuesto en los estatutos o en su defecto por la junta de socios. Se hace tal división en dinero, abonándose a cada accionista <sic> la cantidad proporcional al importa nominal de sus acciones”⁽⁵⁷⁾.

La cuestión es si el término “liquidación” comporta, o no, la partición del patrimonio social “in specie”, o bien consiste, simplemente, en su reducción a

⁵⁶.- Voz “Liquidación”, Derecho mercantil, en “Enciclopedia Jurídica”, en <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/liquidacion/liquidacion.htm>>

⁵⁷.- Voz “Liquidación”, Derecho mercantil, en “Enciclopedia Jurídica”, en <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/liquidacion/liquidacion.htm>>

metálico; su conversión en efectivo, con objeto de saldar las deudas y -finalmente- distribuir, además, el remanente entre los socios. En este caso, la liquidación supondría reflejar una “divissio bonorum”, y no –como la Partición- una “divissio bonorum”. Esta es la imagen que me parece más convincente, siendo así que las normas del Derecho mercantil de sociedades, lo que previenen -cuando se produce la disolución de éstas- es que tenga lugar su liquidación. Se trata, pues, de dividir lo que es común; pero efectuar esa división “in pecunia”. Que esto es así, puede deducirse de los términos del art. 227, CCom:

“En la liquidación y división del haber social se observarán las reglas establecidas en la escritura de compañía y, en su defecto, las que se expresan en los artículos siguientes...”.

Obsérvese, pues, cómo el art. 227 emplea dos términos o alude a dos nociones, demostrando -en mi opinión- que las distingue: la “liquidación” y la “división del haber social”, lo que vuelve a ocurrir -luego- en el art. 232, CCom, cuando dispone que:

“Terminada la liquidación y llegado el caso de proceder a la división del haber social, según la calificación que hicieren los liquidadores o la Junta de socios que cualquiera de ellos podrá exigir que se celebre para este efecto, los mismos liquidadores verificarán dicha división dentro del término que la Junta determinare”.

Ergo la liquidación es algo distinto de la división del haber social, y que -acaso por puras exigencias lógicas- debe preceder a este último.

La liquidación de sociedades es, al propio tiempo, un “estado” en el que se hallará la Sociedad, luego de haber quedado disuelta –y como consecuencia natural de esa circunstancia de su disolución-, pero, asimismo, también un “proceso”; es decir: un conjunto de actos y operaciones materiales y jurídicas, dotado de una unidad funcional o teleológica ⁽⁵⁸⁾, aunque puede ser que el fin o “τελος” perseguido no lo configuren de modo coincidente la Doctrina o la Jurisprudencia. Así, hay quien sostiene que se trata de un procedimiento dirigido a desintegrar el patrimonio de la sociedad, que desemboca en la extinción de la misma ⁽⁵⁹⁾,²² aunque no termino de compartir esa idea de “desintegración” del patrimonio social [Por lo menos, no la comparto en los términos absolutos en los que la misma se formula] porque tengo la impresión de que confunde dos figuras que -previamente- se han mencionado separadamente: la liquidación y la división del haber social. Así; la unidad mencionada la proporciona el hecho de que la Liquidación se encamina a la fijación del activo social, la conversión en dinero de los activos, el cobro de los créditos y pago de las deudas de la Sociedad –satisfaciendo, de este modo, el interés de los acreedores sociales-, para culminar con la división del haber líquido o remanente entre los socios ⁽⁶⁰⁾.

⁵⁸.- Como “procedimiento técnico” califica a la liquidación BÉRGAMO LLABRES,A.: “Sociedades Anónimas (Las Acciones)”, t. III, impr. PRENSA CASTELLANA,S.A., Madrid, 1970, p. 383. Los dos aspectos aparecen mencionados en APARICIO CARRILLO, E.J.: “Los socios ante el patrimonio de la Sociedad Civil en liquidación”, edit. UNIVERSIDAD DE JAÉN, Jaén, 2003, ps. 24 y s.

⁵⁹.- BERGAMO LLABRES,A.: cit., t. III, p. 383.

⁶⁰.- VICENT CHULIÁ,F.: “Introducción...”, cit., 13ª ed., p. 420. SANCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE.: “Instituciones...”, cit., t. II, 24ª ed., p. 590.

GIRÓN TENA,J.: “Derecho de Sociedades...”, cit., t. I, p. 338, quien señala que se trata de un procedimiento cuyo fin es liberar el patrimonio social de su afectación a los acreedores, para hacer posible su reparto. DÍAZ MUYOR,M.: “La reactivación...”, cit., p. 59, quien define la liquidación como “aquel periodo en que deben practicarse una serie de operaciones encaminadas a extinguir las relaciones jurídicas concluidas por la sociedad con terceros y con los socios”, calificándola -al propio tiempo- como un proceso y como un estado. En sentido similar, respecto del Derecho Norteamericano de Sociedades de capital, vid. TUNC,A.: “Le Droit américain de Sociétés...”, cit., p. 301.

Por consiguiente; antes de llevar a cabo la distribución, entre los socios, del remanente líquido del patrimonio social, conforme al Derecho de sociedades, porque esto es algo pertinente al ámbito de las relaciones jurídicas internas, primero es necesario proceder -entre otras cosas- a la fijación del activo social, la conversión en dinero de los activos y el pago de las deudas de la Sociedad... Mas sucede que en el desarrollo de estas actividades se penetra, muy fácilmente, en el plano de las relaciones jurídicas externas, pues aunque es evidente que una liquidación societaria no es una liquidación concursal, una cosa que comparte con ella es la necesidad de proceder a una depuración del Patrimonio social -verdadera Masa Activa societaria- determinando que bienes pertenecen a la Sociedad... y qué otros bienes no pertenecen a la Sociedad... aunque lo parezca; de hecho, los únicos activos que procede convertir a dinero, para saldar las deudas con terceros y distribuir su importe remanente entre los socios, son los activos que pertenecen a la Sociedad, debiéndose excluir los que no pertenecen, restituyéndolos a sus verdaderos titulares, ya sea en virtud de un título jurídico-real [reivindicación], ya sea en virtud de un título jurídico-personal u obligacional [restitución].

Pues bien; esto último -insisto- pertenece al ámbito de las relaciones jurídicas externas, pues es obvio que se trata de relaciones o titularidades que, o bien no afectan a sujetos que tengan la condición de socios; es decir: que afectan a sujetos que no tienen la condición de socios... o bien -alternativamente- ... aunque puedan afectar a sujetos que son socios, empero los afecta -precisamente- fuera del marco del contrato social y, por tanto, fuera del marco de la relación jurídico-societaria.