



Universidad
Carlos III de Madrid

 - **Archivo**

Repositorio Institucional



Feliu Rey, Manuel. La proyectada y non grata regulación de la transmisión fiduciaria de participaciones y acciones. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 666-675. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21056>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA PROYECTADA Y NON NATA REGULACIÓN DE LA TRANSMISIÓN FIDUCIARIA DE PARTICIPACIONES Y ACCIONES

MANUEL IGNACIO FELIU REY *

Resumen

Se analiza el art 231-35 de la propuesta de Código Mercantil relativo a la transmisión fiduciaria de acciones y participaciones sociales. No sin razón, dicha propuesta de norma no fue recogida por la ley de Sociedades de Capitales. Es un texto que induce a confusión. No aporta nada. Se aprovecha la ocasión para realizar una revisión del estado de la cuestión del negocio fiduciario

Contenido

Introducción. – 1. Transmisión Fiduciaria. LSC y PCM. – 2. El Negocio Fiduciario. – 2.1. Fiducia y Simulación. – 2.2. La "causa fiduciae". – 2.3. La "titularidad fiduciaria". – 2.4. La Jurisprudencia. – 2.5. Fiducia y Negocio Fiduciario como dos realidades diferenciadas ? – 3. El Negocio Fiduciario del Art 231-35 PCM.

INTRODUCCION

Describir la relación con el Prof. Illescas, con Rafael, es realmente fácil, encerrando dicha facilidad una gran complejidad. Sin duda alguna, he tenido la fortuna de mantener una relación "fiduciaria", de "confianza", durante muchos años.

El caso es que, pensándolo bien, nunca un pasillo ha sido tan importante. Solo el ancho de un pasillo me separaba del prof. Illescas. Estábamos enfrente, uno del otro. Éramos vecinos en el edificio 4 (Gómez de la Serna) de la UC3m, y teníamos nuestros respectivos "despachos" frente por frente, puerta con puerta... Así desde de los años noventa, desde hace más o menos 25 años.

Recuerdo perfectamente su "primer da" en la Uc3m. Yo ya llevaba en dicha Universidad -que se estaba empezando a hacer, todo movimiento, todo obras, y todo ilusión- apenas un año. El prof. Illescas venía acompañado del entonces Secretario General de la Universidad, el prof. Carlos Lasarte, comentando aquel la necesidad de un Centro de Documentación Europea, hoy realidad. Rafael traía muchos proyectos bajo el brazo. Muchos proyectos renovadores. Hoy todos ellos continúan vivos con fuerza.... Pero todos tenían -creo entenderlo así sin cometer graves errores- al menos un común denominador esencial: un grandísimo espíritu renovador, salir al extranjero, hacer venir

* Catedrático acreditado de Derecho civil. Director Cátedra Asgeco. Universidad Carlos III de Madrid. Of Counsel Broseta Abogados.

a grandes ponentes e investigadores extranjeros, reforzar el estudio del Derecho Comunitario, y de las disciplinas del futuro (hoy presente), Contratación Electrónica (entonces llamada así), Derecho de Competencia, Derecho de Transportes (marítimo, aéreo, etc..), etc... Y al tiempo que un gran reconocimiento por el Derecho de Civil Patrimonial y de Sociedades, que hacia estudiar con ahínco.

Yo mismo experimenté esa influencia. Estaba al día de lo que ocurría en otros países. Sus conversaciones de "pasillo" (del edificio 4) eran auténticos seminarios improvisados... Y de esta forma nació la sugerencia de Rafael, el auténtico reto, para que estudiara en profundidad la figura del Trust, de las relaciones fiduciarias en el common law.

Así que, fiducia tras fiducia, y teniendo la oportunidad de rendir homenaje a quien lo merece, me topé con un enigmático art 231-35 de la Propuesta de Código Mercantil (PCM) que precisamente trata de negocios fiduciarios.

Sinceramente pienso que no es un texto de gran interés, ni tampoco estimo que tendrá gran utilidad en el caso (muy remoto) de ver la luz. No obstante, sí se pueden realizar algunas consideraciones útiles.

Y sobre todo, es una excusa magnífica para, por fin, testimoniar públicamente mi agradecimiento por tu amistad, confianza y constante aliento. Y muy especialmente, Rafael, Prof. Illescas, por una generosísima, ejemplar y edificante vida dedicada al estudio, la docencia y a la transmisión del conocimiento. En pocas palabras, de dedicación a la Universidad.

Y ahora, veamos qué podemos decir de la Propuesta de Código de Comercio (perdón, del Código Mercantil...)

1. TRANSMISION FIDUCIARIA. LSC Y ACM

1.1. La transmisión fiduciaria de participaciones y acciones

La lectura de la Subsección 4ª (*“De los Derechos Reales sobre Participaciones y Acciones”*), perteneciente a la Sección 3ª (*“De las Participaciones Sociales y Acciones”*), del Título III (*“De las Sociedades de Capital”*) nos sorprende con un inesperado artículo (de nuevo cuño), cuyo ordinal a la fecha de hoy es el número 231-35, y cuya rúbrica -también a la fecha de hoy- no podía ser menos sorprendente, o al menos inquietante: *“Transmisión fiduciaria de particiones y acciones”*. Dicha sorpresa aumenta hasta la decepción, cuando llegamos a la lectura de la propuesta de norma:

Las reglas previstas en esta Subsección para el usufructo serán de aplicación a la transmisión fiduciaria de participaciones y de acciones, cualquiera que sea la forma en que se hubiera efectuado.

Dicha decepción, llega a ser máxima, a la par que verdaderamente tranquilizadora, cuando se constata que la reciente Ley de Sociedades de Capitales no

ha hecho suya el artículo proyectado, a diferencia de lo ocurrido con el resto del citado Título III ("De las Sociedades de Capital") del PCM.

Y es que en realidad, desde un punto de vista práctico, nuestro Ordenamiento gana con la omisión realizada por la LSC, ya que, (A) por una parte, ni la PCM ni, por tanto la LSC, no ignoran la posibilidad de transmisiones fiduciarias o por persona interpuesta (negocios fiduciarios por persona interpuesta); (B) dicho artículo 231-35 PCM, a mi juicio, no aportaba nada; (C) todo lo contrario, y siempre a mi juicio y por las razones que se dirán, la redacción es causa de confusión de una figura (la "transmisión fiduciaria", ya de por sí suficientemente compleja).

(A) Los supuestos específicos de transmisión fiduciaria:

En efecto, se contempla específicamente por la LSC, y con anterioridad en la PCM -de donde aquel texto legal trae causa-, la transmisión fiduciaria (por persona interpuesta) en dos ámbitos que solamente citaremos al no correspondernos su comentario, remitiéndonos a los trabajos correspondientes:

(i) Para los supuestos prohibidos de adquisición originaria de propias participaciones o acciones, así como de las creadas o emitidas por su sociedad dominante. Se regula específicamente en el art 137 LSC (adquisición originaria de propia acciones y participaciones por la propia sociedad mediante persona interpuesta)

Artículo 137 LSC. Adquisición realizada por persona interpuesta

1. En el caso de que la asunción o la suscripción haya sido realizada por persona interpuesta, los fundadores y, en su caso, los administradores responderán solidariamente del desembolso de las participaciones asumidas o de las acciones suscritas.
2. La misma responsabilidad alcanzará a los promotores de la sociedad anónima.

Dicho art. 137 LSC debe ser puesto en relación con los arts 134 ("prohibición"), 135 ("Adquisición originaria por la sociedad de responsabilidad limitada"), 136 (Adquisición originaria por la sociedad anónima"), 138 ("Exención de responsabilidad") y 139 ("Consecuencias de la infracción") LSC

(ii) Los supuestos prohibidos de adquisición derivativa: adquisición por la sociedad de capital de sus propias participaciones o acciones, o participaciones o acciones de su sociedad dominante.

Artículo 143 LSC. Negocios prohibidos a la sociedad de responsabilidad limitada.

1. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias participaciones ni las participaciones creadas ni las acciones emitidas por sociedad del grupo a que pertenezca.
2. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca.

Artículo 156 LSC. Persona interpuesta.

1. Se reputará nulo cualquier acuerdo entre la sociedad y otra persona en virtud del cual ésta se obligue o se legitime para celebrar en nombre propio pero por cuenta de aquella alguna de las operaciones que en este capítulo se prohíbe realizar a la sociedad.

Los negocios celebrados por la persona interpuesta con terceros se entenderán efectuados por cuenta propia y no producirán efecto alguno sobre la sociedad.

2. Los negocios celebrados por persona interpuesta, cuando su realización no estuviera prohibida a la sociedad, así como las participaciones o acciones propias, o de la sociedad dominante, sobre las que recaigan tales negocios, quedan sometidos a las disposiciones de este capítulo.

No obstante, establecido, como queda en la LSC, el régimen lógico de extensión de la prohibición a los negocios efectuados por persona interpuesta, se cierra sin más el panorama normativo de los negocios fiduciarios.

En efecto, a diferencia de lo que ocurría en la texto del ACM (artículo 231-35 -ya transcrito-), y como por otra parte resulta lógico, nada se dice al respecto con carácter de cláusula general en la LSC.

B) y C) La redacción propuesta del art 231-35 PCM no aporta nada. Es más, introduce confusión.

Como ya se ha señalado, la parquedad y raquitismo del art. 231-35 PCM aconsejaba sin lugar a dudas su preterición por la LSC. Y así ocurrió. A diferencia del resto del cuerpo normativo de la Propuesta del Código Mercantil referente a la Sociedad de Capital, en la vigente LSC -prácticamente transcrita de la PCM- no consta precepto alguno similar al art 231-35 PCM.

Y es que la *transmisión fiduciaria, el negocio fiduciario, todo negocio fiduciario*, es una realidad, una verdadera y auténtica realidad polimórfica, suficientemente compleja para ser "despachada" sin más ni más en un escuetísimo artículo de remisión -incomprensible- de una extensión que no alcanza más de un par de reglones.

Para delimitar el problema, debemos afirmar que la PCM no está pensando en la figura del trust anglosajón, como tampoco en las figuras "atrustadas".

El art 231-35 PCM, "simplemente" pretende ceñirse o contemplar una realidad muy concreta, y al tiempo muy compleja: el negocio fiduciario sobre acciones y participaciones sociales, esto es, la "transmisión fiduciaria de acciones y participaciones sociales".

2. EL NEGOCIO FIDUCIARIO

Y llegados a este punto ("transmisión fiduciaria" como "negocio fiduciario"), conviene recordar que el negocio fiduciario "no constituye una categoría unitaria".

Una manifestación de la complejidad del negocio fiduciario reside en la dificultad de su delimitación con el negocio simulado, siendo ambos negocios anómalos.

2.1. Fiducia y Simulación

Así se ha afirmando que el negocio fiduciario, en orden a los efectos, es realmente un supuesto de simulación relativa, si bien ambas categorías negociales (fiducia y simulación) se han venido distinguiendo tradicionalmente señalando que los fiduciarios son *serios*, concluidos realmente entre las partes para obtener un efecto práctico determinado y querido. De esta forma, como ya señalara la STS 15-11-93 *"la simulación contractual se produce cuando no existe causa que nominalmente expresa el contrato, por responder este a otra finalidad jurídica distinta"*, que es lo que realmente existe en los negocios fiduciarios.

Es decir, la diferencia esencial entre negocio simulado y negocio fiduciario reside en la causa (nos referimos no a la causa de uno de los actos que lo integran, sino a la causa de ese negocio complejo: la "causa fiduciae", queriendo ser reconducida (artificialmente) al art. 1274 CC al considerar el mismo que la simple promesa de una cosa o servicio puede ser causa en los contratos onerosos, servicio que consistiría -a juicio de los defensores de esta postura- en el deber del fiduciario de servirse de la cosa o del derecho conforme a las instrucciones del fiduciante y de restituirlos de acuerdo con dichas pautas. Así, esta postura concluye afirmando que "la "causa fiduciae", identificada con la finalidad de mandato o de garantía, visible en el negocio obligatorio, es la que constituye la causa de ese negocio complejo que llamamos fiduciario").

Frente a esta tesis, se encuentra aquella otra que señala que el negocio fiduciario no es un negocio simulado, aunque se le parezca, al estar ausente la idea de fraude. De esta forma, el propósito fiduciario del contrato no se oculta, como la simulación, sino que puede ser público y notorio; y la figura negocial que se celebra se quiere realmente, aunque provocando unos efectos distintos y más reducidos de los que ordinario comporta: por haber una real voluntad de celebrar un verdadero negocio, el fiduciario no es nulo, como el simulado. No obstante, -suele afirmarse- en el negocio fiduciario suele estar presente la idea de fraude, ora sea para apartar determinado bien del patrimonio del deudor sustrayéndolo de los demás acreedores, ora por motivos fiscales....

No obstante, el régimen de los negocios que llamamos fiduciarios, a falta de norma expresa, necesariamente ha de componerse en cada caso por lo querido por las partes y los efectos propios de la figura contractual adoptada, de tal modo que el negocio fiduciario constituye siempre un tipo distinto del adoptado como base, y las atribuciones realizadas mediante él tienen su propia causa.

Es decir, en la fiducia la función económico-típica del negocio sólo se quiere en la medida en que realiza una finalidad distinta, que puede ser la de otro contrato típico", sea la de garantía o cualquier otra, no siendo posible la adquisición del dominio por el fiduciario (pues "la sola voluntad de adquirir y transmitir no son suficientes" -STS 22-12-88-), adquiriendo solamente la mera apariencia de propietario, si bien la transmisión definitiva de la propiedad se dice querida porque es el único medio de conseguir que la finalidad perseguida (garantía, mandato, gestión, etc..), efecto traslativo que no se produce, aproximándose así a la simulación.

Por otra parte, reiteramos, tampoco se puede elevar a rasgo diferenciador la existencia de una manifestación expresa de la finalidad perseguida.

Así la Res. DGRN de 30 de junio de 1987 señala acertadamente que "en nuestro ordenamiento jurídico la sola voluntad de adquirir y transmitir no basta para provocar el efecto traslativo perseguido: es preciso la concurrencia de una causa suficiente que justifique el reconocimiento del fin práctico querido por los contratantes, por eso, la misma esencia de la garantía le priva de virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio pleno", criterio acogido por las SSTS de 22 de diciembre de 1988 al sentar que "la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo intentado o perseguido, toda vez que la validez y eficacia del contrato exige la existencia de una causa eficiente justificadora del fin que las partes han pretendido o buscado y que en el caso que nos ocupa es la de garantía o afianzamiento".

De esta forma, resulta capital comprender la denominada "causa fiduciae", en cuanto piedra angular de la transmisión fiduciaria.

2.2. La "causa fiduciae"

La venta, como contrato causal y no abstracto, requiere una causa. Al no haber precio, el negocio de compraventa se revela como contrato simulado. Por mucha fuerza taumatúrgica que se vea en el término negocio fiduciario, nunca llegará a convertir lo falso en verdadero. Puede la compraventa encubrir otro negocio. Este negocio disimulado puede ser, por ejemplo, el de garantía. O bien, otro, como distinto, la transmisión de determinados activos para su gestión (mandato). Mas los negocios de garantía, no son negocios independientes, sino que para su existencia requieren la de aquel crédito de cuyo cumplimiento responden"...Eliminada la compraventa como tal título transmisivo, por ser simulada e inexistente, queda como único título el disimulado de garantía", de forma que el fiduciante conserva la propiedad y el fiduciario ostenta un cierto poder sobre la misma cosa, poder en consonancia con la causa que informa el negocio, que no es la transmisión de la propiedad -ni plena ni formal - sino la constitución de una garantía. Y todo ello es predicable no solo a la finalidad de garantía, sino a cualquier otra finalidad fiduciaria como la de gestión, mandato, etc.

2.3. La "titularidad fiduciaria"

De este modo surge lo que el propio DE CASTRO denominara "titularidad fiduciaria", pues el fiduciario ostentará un poder sobre la cosa, a consecuencia del pacto fiduciario, poder distinto, siempre, según el carácter de este pacto, importando destacar la condición jurídica del fiduciario que, conforme al sistema jurídico español, no se puede basar en lo que aparece como negocio transmisor de la propiedad (la venta simulada), sino que descansa únicamente en el pacto fiduciario subyacente (mandato, garantía de préstamo disimulado, etc.).

En todo caso, lo cierto es que hoy el negocio fiduciario donde aparece tener más asentamiento no es en los libros, sino en la jurisprudencia de la Sala primera del TS.

2.4. La Jurisprudencia

Y es así que la jurisprudencia contempla como categoría autónoma e individualizada la figura del negocio fiduciario. La fundamentación básica acogida por el TS para defender la categoría del negocio fiduciario consiste en que *"ningún precepto del CC español se opone al reconocimiento de los negocios fiduciarios, pero tampoco hay regla en que apoyarlos directamente. Solo cabe invocar la amplitud del margen de libertad de contratación que establece el art. 1255 CC"*, a lo que debe oponerse que no se trata de que falta un precepto que lo rechace, sino de que el negocio fiduciario no cumple los requisitos para ser admitido, y ya la Res. DGRN de 10 de junio de 1986 señalaba que *"si la causa de la transmisión es la garantía, cualquiera que sea la vestidura exterior del negocio, tendrá el (adquirente) sobre la cosa sólo facultades de garantía"*.

Por otra parte, el TS desde antiguo ha defendido la propia autonomía del negocio fiduciario en relación con el simulado (SSTS de 25 de mayo de 1944, 28 de enero de 1946, 31 de octubre de 1955, 28 de diciembre de 1955, 10 de julio de 1957 y 8 de marzo de 1963, no se trata de *"un negocio ficticio, aparente o relativamente simulado, sino real y existente, y querido por las partes contratantes,... constituyendo en su conjunto un contrato causal, conforme al art. 1274 del Código mencionado, en el que "causa fiduciae" no consiste la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito al que la relación obligacional responde (STS de 10 de marzo de 1944 y 3 de mayo de 1955)"*.

Defendiendo dicha autonomía, pero atendiendo a otros criterios, SSTS de 4 de abril de 1972, 9 de diciembre de 1981, 19 de mayo de 1982, 2 de junio de 1982, 6 de abril de 1987, 8 de marzo de 1988, 28 de octubre de 1988, 7 de marzo de 1990, 30 de enero de 1991, etc

Surge así la relevancia de la "titularidad fiduciaria", siempre distinta en atención al concreto negocio fiduciario y la concreta causa fiduciaria que lo presida, si bien dicho poder (contenido de la titularidad fiduciaria) en ningún caso podrá consistir en la transmisión de la propiedad pues la venta celebrada no existe al faltarle su propia causa.

2.5. Fiducia y Negocio Fiduciario como dos realidades diferenciadas?

La STS 22 de diciembre de 1988 distingue entre "negocio fiduciario" y "fiducia" como dos realidades distintas. De esta forma, en los negocios de fiducia la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo perseguido. Los negocios de garantía con fiducia o de fiducia en garantía *-que no fiduciarios-* tiene su razón de ser en que el CC no limita las figuras contractuales a salvo las prohibiciones del artículo 1255 CC ... lo que ha permitido la creación de nuevos tipos o manifestaciones tanto de derechos reales como de contratos...

Parecido criterio adopta la STS 19 de mayo de 1989 al señalar que *"el negocio base de fiducia, garantía primitiva semejante a la prenda, confiere al acreedor una titularidad formal de bienes, nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor dueño, aunque la recuperación, por éste, de tal titularidad, esté subordinada al*

cumplimiento de las obligaciones garantizadas, sin que, en ningún caso, pueda prevalecer, entre partes, la apariencia creada por el negocio indirecto, sobre el negocio real directo, de garantía".

Esta sentencia ha motivado que, ciertos autores, excluyan la venta en garantía de la categorización del negocio fiduciario, considerando aquella como una nueva garantía atípica que conlleva la transmisión de la propiedad al acreedor, quien queda obligado a retransmitir el bien dado en garantía al deudor para el caso de cumplimiento; y en tanto este no se produzca, ostenta un *ius retinendi*, entendido no tanto como un derecho de retención sino como la obligación de conservar del art. 1904 CC. De este forma, el contenido de la garantía real atípica -se dice- supondría, en la relación inter partes, la transmisión de la propiedad al receptor de la garantía, si bien, este último no puede oponer su titularidad al deudor como si de un derecho de propiedad se tratase, aunque -continúa diciendo este sector- de ello efectivamente se trata, si bien con la obligación añadida de retransmitir de acuerdo con la finalidad de garantía, verdadera causa del negocio; por el contrario, frente a los terceros el fiduciario es verdadero propietario, siendo válidos los actos de disposición realizados, si bien dichas adquisiciones sólo podrán ser opuestas al deudor por terceros de buena fe.

Y si bien es cierto que se trata de una garantía, no es menos cierto que ello obedece al hecho de que el revestimiento formal de la compraventa celebrada contiene realmente un contrato de garantía perfectamente reconducible a las típicas reguladas en nuestro Derecho. Basta contemplar en qué se traduce el *ius* o *titulus retentionis*: ni el acreedor puede quedarse con el bien transmitido a su voluntad, ni puede tampoco el deudor, en puridad, elegir entre pagar su deuda o quedarse sin el bien transmitido. Es decir, se contempla el contenido de carácter negativo (prohibición del pacto comisorio) propio de los derechos reales típicos. ¿Cómo se explica la existencia de esta propiedad "fiduciaria o aparente"? Sencillamente recurriendo a la figura de la simulación (el negocio fiduciario es un supuesto de simulación), de tal manera que la apariencia creada no puede perjudicar a los terceros de buena fe (ignorantes de la simulación), y respecto de la vinculación establecida entre acreedor y deudor, no se produce transmisión alguna de propiedad, ni formal ni real, sino una apariencia de transmisión de propiedad, la cuál permite al acreedor transmitir a un tercero aún no teniendo el poder de disposición sobre el bien, siendo firme dicha adquisición del tercero de buena fé atendiendo a la confianza depositada en la apariencia (registral y/o posesoria).

3. EL NEGOCIO FIDUCIARIO DEL ART 231-35 PCM

Una vez recordada sumariamente la problemática del negocio fiduciario, debemos retornar a la redacción del art 231-35 PCM para comprobar la adecuación del mismo

Las reglas previstas en esta Subsección para el usufructo serán de aplicación a la transmisión fiduciaria de participaciones y de acciones, cualquiera que sea la forma en que se hubiera efectuado.

Por supuesto, estaríamos ante un grave error, y consecuentemente tendríamos un importante problema, si contempláramos que el texto propuesto (231-35 PCM) pretende regular una universalidad ("*transmisión fiduciaria de participaciones y de acciones, cualquiera que sea la forma en que se hubiera efectuado*") reconduciéndola a una particularidad muy concreta y específica ("*Las reglas previstas en esta Subsección para el usufructo*").

A dicho punto de partida erróneo habría que añadir la indeterminación en la propia norma (y en el propio PCM) de cuestiones tan fundamentales como: ¿Qué es una transmisión fiduciaria para el redactor del PCM?; ¿Qué exacto alcance tiene la expresión "*cualquiera que sea la forma en que se hubiera efectuado*"?; ¿Se ha tenido en cuenta la importancia de la "causa fiduciae" como elemento delimitador de los poderes y facultades de la titularidad fiduciaria, es decir, del contenido de la transmisión fiduciaria?, etc..

En realidad el art 231-35 PCM, mediante la remisión a las normas del usufructo, solo pretende realizar una simple y sencilla distribución de facultades entre fiduciante -fiduciario. Es decir, de esta forma, se establece a quien corresponde -en el del ámbito propiamente fiduciario- el derecho de voto, la percepción de los "frutos", quien ostenta la verdadera condición de propietario, quien es titular del derecho de preferencia, qué criterios deben utilizarse en relación con la liquidación de la transmisión fiduciaria, etc... y todo ello debidamente informado y matizado por la concreta causa fiduciaria (garantía, gestión, mandato, etc..) que deberá ser tenida en cuenta y que constará (expresamente o no) en el título constitutivo.

Y es que la causa fiduciae no deja de tener una influencia trascendental en la relación por cuanto, como resulta obvio, las normas del usufructo solo pueden ser aplicables a una transmisión fiduciaria cuya causa fiduciae sea compatible con la causa del usufructo. Así, si la causa fiduciae de la transmisión fiduciaria es la constitución de un derecho de garantía (fiduciario), según lo expuesto hasta el momento, dicha transmisión deberá regirse por la causa de garantía, la cual informará el contenido normativo de la concreta titularidad fiduciaria. Igualmente, en el caso de efectuarse una transmisión fiduciaria con la finalidad de gestión, mandato, etc... la causa fiduciae no será la de garantía, sino la propia que informe el diseño contractual establecido por las partes.

De esta forma, y desde esta perspectiva, la remisión a las normas del usufructo resulta equivocada, o cuanto menos, estrecha. Es decir, y siempre desde esta visión, no todas las transmisiones fiduciarias, no todos los negocios fiduciarios, podrán ser acomodados en el régimen del usufructo de acciones y de participaciones sociales.

Es más, si la carta de naturaleza del negocio fiduciario es el art 1255 CC lo que ocurrirá será que la propia voluntad de las partes, modularán el art 231-35 PCM propuesto para adaptar su aplicación a las concretas necesidades de cada caso, pues habrá que considerar siempre -y de forma necesaria- que el art 231-35 PCM es Derecho dispositivo. Es más, de no ser así, abriríamos de par en par el portón a la simulación y el fraude.

Por otra parte, no cabe otra interpretación posible, tanto desde un punto de vista de lógica-jurídica, como a la luz del art 231-30 PCM, al disponer que

Artículo 231-30. Usufructo de participaciones y acciones

1. En caso de usufructo de participaciones y acciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los beneficios que se obtengan y que la sociedad acuerde repartir durante el usufructo.

2. Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario, quedando el usufructuario obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de esos derechos.

3. En las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo, y, en su defecto, lo dispuesto en la legislación civil.

O en otras palabras, estructuralmente, el fiduciante siempre ostentará la condición de socio (al menos frente al fiduciario), de forma que la transmisión fiduciaria de acciones y participaciones sociales no supone en sí misma la efectiva transmisión de la propiedad, sino que el título transmisivo -y la efectiva posición de las partes- vendrá condicionada por la causa fiduciae (garantía, mandato, gestión, etc.), de forma que el título constitutivo de la transmisión fiduciaria resultará fundamental a la hora de conocer el efectivo contenido de facultades de cada una de las partes, que vendrá determinado precisamente por la causa fiduciae y la concreta finalidad del negocio subyacente, siempre diversa en cada supuesto particular. No obstante, sí interesa destacar la relevancia fáctica y jurídica del fiduciario, derivada de su situación de control efectiva como tenedor de las acciones y participaciones sociales, "como un usufructuario", que gestiona y disfruta sin ser propietario. Y ello a pesar de las grandes diferencias estructurales existentes....

En conclusión, nada aporta el art 231-35 PCM. La cuestión es, ¿Por qué y cómo llegó al PCM...? Al final, una vez más, intervino afortunadamente la navaja de Ockham.