

Consideraciones sobre la sustitución fideicomisaria de acciones *

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Posición jurídica del fiduciario.*—III. *La sustitución fideicomisaria de acciones:* 1. Derechos y obligaciones del fiduciario. 2. La sustitución fideicomisaria y el derecho de suscripción preferente. Atribución de las acciones emitidas en las ampliaciones de capital.—3. El gravamen de restitución y su incidencia sobre la posición del socio. Enajenación de las acciones.

I. INTRODUCCION

Es un dato conocido, al que con frecuencia debe remitirse el estudioso del Derecho, la existencia de un conflicto potencial o real entre los distintos sectores del ordenamiento jurídico. No pensamos ahora en la conocida tensión entre un derecho general o *común* y un derecho especial. Nos referimos más bien a la incidencia que se produce entre sectores normativos que disciplinan distintas parcelas de la realidad social, con independencia de su carácter general o especial. La clásica tensión entre el Derecho mercantil y el Derecho sucesorio es una de las manifestaciones de ese conflicto. Es cierto que ambos sistemas de normas coinciden en la protección de intereses patrimoniales genéricamente considerados. Pero, en todo caso, la coincidencia es limitada. Las normas mercantiles atienden al fenómeno de la actividad empresarial, y, en consecuencia, se adecuan al dinamismo propio de esa actividad; en particular, el Derecho de las sociedades mercantiles, como Derecho regulador de las formas colectivas de explotación de la empresa, presenta un marcado dinamismo estructural. El Derecho sucesorio, por el contrario, atiende preferentemente a un interés patrimonial esencialmente estático. La transmisión *mortis causa* de bienes no es, en principio, una transmisión de bienes activos, sino simplemente el mecanismo jurídico que posibilita la sucesión en la titularidad de esos bienes abstractamente considerados. Si a ello añadimos el hecho de que las normas jurídico-sucesorias están pensadas para una estructura social precapitalista, más que de titularidad empre-

(*) Escrito para los *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Vicente y Gella*.

sarial (1), se comprenderá sin dificultad no sólo la permanencia de ese conflicto, sino también su gravedad. Corresponde a la jurisprudencia y la doctrina la labor dirigida a armonizar los distintos sectores del ordenamiento aunando la diversidad de los principios mercantiles y sucesorios mediante una interpretación coherente con las necesidades actuales del tráfico y de la realidad social (2).

Las dificultades de esta armonización se acentúan en el supuesto de la sustitución fideicomisaria. En este caso, a los inconvenientes propios de esta tarea se unen los específicos de la institución (3), que el Código civil español regula en los artículos 781 y siguientes. De un lado, el hecho de que la sustitución fideicomisaria origine una titularidad limitada temporalmente (4) y, de otro, la tormentosa historia de esta institución (5), que repercute decisivamente en su configuración jurídica actual, son factores que hacen particularmente difícil cualquier esfuerzo de construcción en este sector.

El tema de la sustitución fideicomisaria de acciones, a que aquí nos referimos, se presenta así como un tema especialmente delicado. Tal vez se piense con algún fundamento que, en todo caso, el interés de esta materia decrece si se tiene en cuenta que las sustituciones fideicomisarias no son frecuentes o habituales en la práctica, y menos aún en los supuestos en que inciden sobre las acciones de una sociedad (6). La sucesión

(1) V. por todos Díez-PICAZO, *La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil*, «R. D. M.», 1965, pág. 294.

(2) Ha sido quizá la doctrina alemana la que con mayor intensidad ha profundizado en el estudio de la armonización entre Derecho mercantil y Derecho sucesorio, en particular, en materia de sociedades personalistas. Para una exposición suficiente del estado actual de la investigación, v. P. ULMER, *Gesellschafternachfolge und Erbrecht*, «Z. G. R.», 1972, págs. 195 y sigs. y 324 y sigs. Para el estudio de la *Vor- y Nacherbfolge* con referencia a la problemática mercantil, véanse las *Dissertationen* de PICOT, *Vor- und Nacherbschaft an der Gesellschafterstellung in einer Personengesellschaft*, Münster, 1966, y de ROHLFF, *Niessbrauchsverhältnis oder Vor- und Nacherbschaft im Unternehmertestament*, Göttingen, 1968. Véase también HAUSHEER, *Erbrechtliche Probleme des Unternehmers*, Berne, 1970, páginas 59 y sigs. y 220.

(3) La dificultad de la materia relativa a la sustitución constituye lugar común desde BARTOLO, *Opera omnia*, París, 1590 (ad L. 25. D. de vulg. et pup. subst.), folio 125, n. 9. V. también las palabras introductorias que FUSARIO dedica al lector en el *Tractatus de substitutionibus*, Venecia, 1694.

(4) Sobre las titularidades temporalmente limitadas, v. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1955, págs. 679 y sigs.

(5) V. TRIFONE, *Il fedecommesso. Storia dell'istituto in Italia dal diritto romano all'inizio del secolo XVI*, Roma, 1914; TRIA, *Il fedecommesso nella legislazione e nella dottrina del secolo XVI ai nostri giorni*, Milano, 1945; CARVALE, voz *Fedecommesso* (diritto intermedio), en *Enciclopedia del diritto*, XVII, 1968, páginas 109 y sigs. Entre los autores españoles, algunos datos de interés en J. COSTA, *Fideicomisos y albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código civil español*, Madrid, 1905, págs. 7 y 41.

(6) No disponemos de datos estadísticos específicos sobre la práctica española. Los estudios realizados en el sistema italiano, tan próximo al español, pa-

en la titularidad de posiciones de poder empresariales o societarias—al menos, en el seno de las sociedades de capital—suele tener carácter extratestamentario. Los estudios de sociología jurídica ponen de manifiesto la función secundaria que en la actualidad cumple el testamento, cuya utilización parece limitarse—de modo creciente—a la de medio de conservación indivisa de una pluralidad orgánica de bienes (sirva de ejemplo el párrafo 2.º del art. 1.056 de nuestro Código civil) o a la de instrumento al servicio de una más beneficiosa posición (económica) del cónyuge superviviente (7). No es de extrañar, por tanto, que la sustitución fideicomisaria, como institución testamentaria del heredero, no sea recurso de generalizada utilización para la sucesión, tanto en las titularidades empresariales como en las posiciones de poder económico en las estructuras societarias.

No es menos cierto, sin embargo, que en algunos casos los tradicionales perfiles *dinásticos* del fideicomiso pueden servir a fines de carácter empresarial. En este sentido cabe incluso apreciar un notable paralelismo entre la función originaria del fideicomiso y de la sustitución fideicomisaria, y la concreta finalidad perseguida en la actualidad con la sustitución fideicomisaria de acciones. El fideicomiso puro surgió históricamente en el Derecho romano como un medio indirecto de que podían valerse los testadores para atribuir una liberalidad a personas que jurídicamente eran incapaces para recibirla. Era, en definitiva, un *encargo* encomendado a la fe de otro—la *fides* desempeñaba un papel fundamental—con el fin de favorecer *mortis causa* a personas que carecían de la testamentificación pasiva (mujeres, célibes, extranjeros). Frente al puro fideicomiso, la sustitución fideicomisaria se presenta como una institución de desarrollo posterior, en la que se combinan la sustitución y el fideicomiso como un medio de consolidación del patrimonio de las familias evitando su disolución y consiguiente ruina (8). Pues bien, podríamos decir que en la sustitución fideicomisaria de acciones se manifiestan aún estas funciones. Al igual que el fideicomiso puro, la sustitución fideicomisaria de

recen confirmar la escasa utilización de las sustituciones fideicomisarias (v. FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972, págs. 148 y siguientes). Es conveniente, no obstante, proceder con suma cautela en la extensión de estos resultados a la realidad española; en primer lugar, por la diversidad de datos legislativos (el Código civil italiano de 1942 regula la sustitución fideicomisaria con un criterio más restrictivo que el Código civil español; v. arts. 692 y sigs.), y en segundo lugar por la vitalidad de la institución en el Derecho foral catalán (arts. 162 y sigs. de la Compilación de Cataluña de 21 de julio de 1960; véase también la Exposición de Motivos de la Compilación, cuyas manifestaciones al respecto resultan quizá excesivamente optimistas; v. PALOMAR BARÓ, en PUIG PEÑA-PALOMAR BARÓ, voz *Fideicomiso*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, IX, Barcelona, 1958, págs. 736 y sigs. y 752).

(7) V. FERRARI, *ob. cit.*, págs. 167 y sigs.

(8) V. por todos, J. COSTA, *ob. cit.*, págs. 7 y 22 y sigs.

acciones constituye—en ocasiones—un medio de atribuir una liberalidad a personas incapaces para recibirla. Lo que sucede es que cuando esto acontece no se trata de una incapacidad en sentido jurídico, sino de cierta falta de capacidad para la actuación en el mundo económico. El recurso al sistema del fideicomiso permite atribuir un concreto paquete de acciones a una determinada persona—por lo general, aquella que el testador considera más capaz para la administración de los títulos—, obviando de esta manera la falta de capacidad de aquellas otras personas a las que, sin embargo, el testador pretende beneficiar. Esta primera finalidad explica también que la sustitución fideicomisaria de acciones—como tal sustitución fideicomisaria—sirva para la conservación indivisa del paquete de acciones, lo que se traduce—o puede traducirse—en el mantenimiento del control de la sociedad o de un determinado equilibrio de poder en el seno de la misma.

II. LA POSICION JURIDICA DE FIDUCIARIO

Antes de entrar en la concreta consideración de la sustitución fideicomisaria de acciones es conveniente aludir a la posición jurídica del fiduciario. Para ello no estará de más comenzar recordando las ideas esenciales acerca de la distinción entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria. Como es sabido, surgidas ambas instituciones en distintos momentos de la evolución jurídica del pueblo romano, al servicio de finalidades sólo parcialmente coincidentes, una y otra institución mantienen su estructura y su significación originarias. Lo característico del fideicomiso puro consiste precisamente en que con él no se constituye más que una sola liberalidad, es decir, que el testador la hace en contemplación a una sola persona. Por eso se puede decir que en el fideicomiso puro, en el que sólo hay una última referencia personal, no hay en realidad más que un solo heredero; como se ha venido afirmando, el fiduciario u hombre de confianza viene a desempeñar solamente el papel de un mero «ejecutor testamentario» que da cumplimiento eficaz a lo que ordenó el causante. En contraposición a esta imagen, la sustitución fideicomisaria implica la existencia de dos liberalidades, la contemplación de una doble instancia personal. En la sustitución fideicomisaria se produce la institución sucesiva de varios herederos, de modo que uno es llamado para después que haya sido heredero otro durante cierto tiempo o hasta que suceda o no determinado acontecimiento. El testador establece una doble o múltiple vocación sucesoria, de modo tal que el segundo heredero—el heredero *fideicomisario*—lo es tan sólo *para después* que lo haya sido el otro: el denominado heredero *fiduciario*. El fiduciario no es aquí un simple hombre de confianza que ha de cumplir el encargo encomendado por el tes-

tador, sino el beneficiario de una liberalidad del testador. A diferencia de lo que sucede en el fideicomiso puro, en la sustitución fideicomisaria hay una sucesión temporal en la titularidad de la herencia y, en definitiva, dos herederos (9).

En la actualidad, el fideicomiso puro tiene muy escasa vigencia en nuestro ordenamiento. En su sección relativa a las sustituciones hereditarias, y concretamente en el número cuarto de su artículo 785, el Código civil se limita a contemplar el fideicomiso en su forma tácita o reservada (fideicomiso de confianza) para establecer expresamente su prohibición. Mejor estimación han merecido, en cambio, las sustituciones fideicomisarias, aunque haya que señalar también que la disciplina legal es bastante parca, reducida a ocho artículos (781 al 788), y más atenta a la determinación de los casos de nulidad o eficacia de las referidas sustituciones que a la materia relativa a su contenido y efectos. En contraste con este recelo del Código civil frente al fideicomiso y la misma sustitución fideicomisaria—recelo que tiene su explicación en las corrientes liberales, contrarias a todo tipo de vinculaciones (10), y que se percibe, incluso en forma acusada, en otros Códigos modernos (11)—, la compi-

(9) La similitud entre la sustitución vulgar y la sustitución fideicomisaria es, sin embargo, grande; para una enumeración de los problemas a que da lugar esta similitud, v. ALBALADEJO, *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, págs. 104 y sigs.

(10) Conviene señalar, no obstante, que el Código civil español (arts. 781 y siguientes) es menos receloso ante las sustituciones fideicomisarias que el modelo francés. Como es sabido, la Ley de 14 de noviembre de 1792 prohibió en Francia todo género de sustituciones que tuviesen color de vinculación, prohibición que reiteraría el artículo 896 del Código civil francés de 1804. La prohibición revolucionaria francesa—que poco después de la promulgación del Código civil comenzaría a encontrar importantes dulcificaciones—influyó en la Ley española de 11 de octubre de 1820 (restablecida en 30 de agosto de 1836), por la cual quedó prohibido fundar en lo sucesivo directa o indirectamente mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes o derechos. Ciertamente, la influencia francesa encontró ya campo abonado en la ideología *ilustrada* española de la época, la cual había conseguido un importante triunfo con la aprobación de la Real Cédula de 14 de mayo de 1789, por la que se dispuso la necesidad de Real licencia para la fundación de mayorazgos, que se concedía a consulta de la Cámara y nunca sin que precediera conocimiento de la condición de la familia, estado de fortuna, evitando que se constituyeran sobre bienes raíces. El criterio de la Ley de 1820 fue seguido también por el Proyecto de Código civil de 1851; v. J. COSTA, *ob. cit.*, págs. 27 y sig.; CLEMENTE DE DIEGO, *El fideicomiso de eo quod supererit en Derecho romano*. Discurso leído en la inauguración del curso académico 1926-1927 en la Universidad Central, Madrid, 1926, págs. 58 y sigs. Sobre las vinculaciones, v. LALINDE, *Introducción histórica al Derecho español*, Barcelona, 1970, págs. 708 y sigs. y bibliografía allí citada.

(11) Para el Derecho francés, v. AUBRY-RAU, *Droit civil français*, 6.^a ed., por ESMEIN, XI, París, 1956, págs. 161 y sigs.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil*, IV, París, 1959, págs. 1222 y sigs. Para el Derecho italiano, v. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, artículos 679-712, en *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1965, págs. 260 y sigs. El Derecho alemán no regula la sustitución fideicomisaria, sino la llamada «institución de un

lación del Derecho civil catalán, en este punto particularmente respetuosa con la tradición, conserva y regula el fideicomiso puro y consagra una amplia y cuidadosa disciplina de las sustituciones fideicomisarias (artículos 162 a 215) (12).

La primera observación de relieve que conviene recoger es que, a diferencia de lo que sucede en el fideicomiso puro, el fiduciario no es aquí un simple ejecutor testamentario. En la sustitución fideicomisaria, el fiduciario es, con todas sus consecuencias, un verdadero heredero o legatario. El Código civil alude reiteradamente en sus preceptos al «heredero» para referirse al fiduciario y declara expresamente, en su artículo 789, que todo lo dispuesto «respecto a los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios». En consonancia con la estructura clásica de la sustitución fideicomisaria y con esa calificación legal, la doctrina española repite una y otra vez que el fiduciario es un verdadero heredero o legatario, aunque lo sea con la obligación de transmitir la herencia al fideicomisario (13).

Ahora bien, si pretendemos dar un paso más en la aproximación al tema objeto de examen será necesario saber en qué concepto tiene el fiduciario, sea heredero o legatario, los bienes dados en fideicomiso. En términos más concretos, se trata de dar respuesta al siguiente interrogante: la posición del fiduciario ¿es la propia de un usufructuario o se identifica con la que corresponde a un propietario? En este punto nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia más modernas parecen haber resuelto la cuestión de modo definitivo alejando la figura de la condición propia del usufructuario. Es cierto que un sector doctrinal tradicional venía equiparando el fiduciario al usufructuario, y lo es también que esa equiparación llegó a encontrar cierto fundamento en algunas sentencias del Tribunal Supremo (sentencias de 22 de diciembre de 1887, 21 de diciembre de 1892, 12 de octubre de 1895 y 30 de octubre de 1917). Pero no es menos cierto que tanto en la jurisprudencia—a partir de la sentencia de 26 de febrero de 1919 y, sobre todo, con la sentencia de 22 de diciembre de 1920—, como en la doctrina más moderna, la tesis favorable a la configuración del fiduciario como un verdadero propietario ha terminado por imponerse (14).

heredero sucesivo» (arts. 2.100 y sigs. del BGB), figura equivalente en el plano funcional a la «sustitución» de los ordenamientos del grupo romano-francés; véase LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, München y Berlín, 1962, págs. 226 y sigs.; von LÜBTOW, *Erbrecht*, II, Berlín, 1971, págs. 868 y sigs.; para un estudio comparativo de estas instituciones, v. BARTHOLOMEYCZIK, voz *Nacherbe*, en *RevglHWB*, V, páginas 403 y sig.

(12) Cfr. PUIG FERRIOL, *El heredero fiduciario*, Barcelona, 1965.

(13) V. por todos DÍEZ-PICAZO-GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, II, Madrid, 1974, págs. 544 y sigs.

(14) V. por todos PUIG PEÑA-PALOMAR BARÓ, *ob. cit.*, págs. 746 y sig.

La sentencia de 26 de febrero de 1919 rompe, en efecto, con la tendencia anterior favorable a una equiparación del fiduciario al usufructuario, señalando, en el primero de sus considerandos, que «está fuera de duda, siquiera exista de hecho alguna modalidad de semejanza, que ni por su respectiva naturaleza ni por su origen cabe confundir la idea del mero disfrute con el concepto, objeto y fin del fideicomiso». Esa orientación se consolidará poco tiempo después en la sentencia de 22 de diciembre de 1920, que insiste en la necesidad de distinguir del usufructo las distintas formas (la sustitución fideicomisaria, entre ellas) en que puede manifestarse la condición de pasar los bienes a un segundo heredero, y en alguna sentencia más reciente, como es la de 20 de octubre de 1954, el Tribunal Supremo no hará más que seguir por ese mismo cauce mostrando las diferencias sustanciales entre el heredero fiduciario y el usufructuario. En esa misma línea se manifiesta la llamada jurisprudencia registral, señalando reiteradamente que la sustitución fideicomisaria no puede confundirse bajo ninguna forma con «la descomposición del dominio en usufructo y nuda propiedad» (resoluciones de 12 de mayo de 1920, 14 de noviembre de 1933 y 22 de febrero de 1943).

El camino abierto por esta jurisprudencia es seguido en forma decidida por los autores más modernos. Esta doctrina, en efecto, no sólo es unánime a la hora de rechazar la confusión de la sustitución fideicomisaria con la descomposición del dominio en usufructo y nuda propiedad, sino que ha potenciado con todo vigor la equiparación del fiduciario a un propietario, con la única limitación de que se trata de un propietario o titular *ad tempus* privado del *jus disponendi*. El fiduciario—se dice—es un verdadero heredero, y como tal deviene titular de los bienes y derechos objeto de la sustitución, propietario, acreedor, titular de derechos reales limitados, etc., aunque, como consecuencia de la obligación de conservar y transmitir con que está gravado, esa titularidad se encuentra limitada en cuanto a la facultad de disposición en la medida en que mediante su ejercicio pudiera perjudicar los derechos del fideicomisario (15). Esta circunstancia última—señalan otros—si le coloca en posición jurídica especial, no destruye en manera alguna la efectiva propiedad o titularidad adquirida; simplemente quita a estas situaciones jurídicas la nota de perpetuidad o duración indefinida que les corresponde por naturaleza, pero no por esencia, y da lugar a una propiedad temporal o a una titularidad *ad tempus*, en las que no deja de haber propiedad y titularidad verdaderas (16). Otros, en fin, indican que el fiduciario es

(15) V. OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, página 281.

(16) V. FLORES MICHEO, *Los depósitos bancarios y la sustitución fideicomisaria*, «A. A. M. N.», 4, 1948, págs. 673 y sig.

no sólo heredero, sino dueño con una obligación de dar condicional o a término; no basta con ser dueño para tener la libre disposición de sus bienes, y dueños hay por el mundo que no tienen el *jus disponendi*, por más que no les falte el *vindicandi*, que, evidentemente, no falta al fiduciario (17). Y así, la generalidad de los autores viene insistiendo en que el fiduciario es un verdadero propietario en plenitud de su derecho, con la única limitación del poder de disposición sobre los bienes, explicada en función del encargo que recibe de transmitir a un tercero (fideicomisario) la totalidad o parte de la herencia (18). Es importante advertir, sin embargo, que esa tendencia general hacia una configuración del fiduciario como un propietario *ad tempus* contrasta con la que se le da en la Compilación catalana, en la que la consideración del fiduciario como un propietario no logra superar de modo radical y definitivo la influencia de su tradicional consideración como usufructuario (19).

III. LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA DE ACCIONES

1. La consideración del fiduciario como propietario *ad tempus* conduce a una clara conclusión cuando la sustitución fideicomisaria afecta a acciones de una sociedad anónima. Si la condición de accionista va unida a la titularidad de la acción, y si esta titularidad corresponde al fiduciario, la cualidad de socio recaerá sobre el heredero fiduciario, y, en consecuencia, él será el titular de los derechos y obligaciones integrantes de la posición de accionista. Esta conclusión puede incluso considerarse firme en el mismo Derecho catalán; en el artículo 182 de su Compilación, sobre el que volveremos más adelante, se conceden también al fiduciario los derechos que la ley atribuye al titular de las acciones (o participaciones sociales) (20).

(17) V. GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios jurídicos de arte menor*, II, Pamplona, 1964, pág. 385.

(18) Así, entre otros, LARRAZ, *El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos-valores*, «R. D. M.», 1947, pág. 40; ROCA SASTRE, *La sustitución fideicomisaria en el Derecho común y en el foral*, en *Estudios de Derecho privado*, II, Barcelona, 1948, págs. 29 y sigs. y 33 y sigs.; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, V, Madrid, 1970, págs. 312 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, *Lecciones de Derecho civil*, IV, Valencia, 1967, pág. 317; LACRUZ, en LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, págs. 622 y sigs. Como autor representativo del momento en que la doctrina española abandona la tesis equiparadora del usufructo, quizá pudiera citarse a TRAVIESAS, *Sustituciones hereditarias*, «R. D. P.», XIV (1927), páginas 404 y sigs. y 412, el cual escribe que en este punto «no puede darse una solución única... Lo que no puede admitirse es que (el fiduciario) sea un usufructuario». Para las diferencias entre usufructo y sustitución fideicomisaria, v. LATOUR BROTONS, *Del usufructo a la sustitución fideicomisaria*, «R. C. D. I.», 1960, páginas 310 y sigs. y 444 y sigs.; PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, págs. 44 y sigs.

(19) V. PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, págs. 51 y sigs.

(20) V. PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, pág. 99.

El fiduciario administra y disfruta del patrimonio hereditario de que es titular. Tiene sobre él no un derecho real de usufructo, sino el derecho a percibir los frutos que tiene todo propietario (art. 354 del Código civil). Por consiguiente, a él le corresponden los derechos enumerados en el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas; a saber: el derecho de participar en el reparto de las ganancias anuales—y, de modo más concreto, del dividendo acordado (art. 50)—y en el patrimonio resultante de la liquidación (21), el derecho preferente de suscripción y el derecho instrumental por excelencia, que es el derecho de voto (art. 39, 3.º) (22), así como el derecho de información (arts. 65 y 110), el de obtener certificaciones de los acuerdos (art. 65) y el de impugnar los acuerdos sociales (arts. 67 a 70) y el balance de liquidación (art. 166). Como contrapartida pesarán sobre el fiduciario las obligaciones establecidas legalmente a cargo del accionista y, en particular, la de aportar a la sociedad la porción de capital no desembolsada en la forma prevista por los estatutos o, en su defecto, por acuerdo de la Junta general (artículo 44) (23).

Ahora bien, la naturaleza propia de la sustitución fideicomisaria no deja de influir decisivamente en la posición jurídica del accionista. En efecto, al ordenar el testador la doble o múltiple vocación sucesoria, impone al heredero fiduciario la obligación de conservar y transmitir los bienes que constituyen el fondo patrimonial de la herencia a los herederos llamados en segundo lugar o, lo que es lo mismo, el heredero fiduciario está obligado a conservar y administrar el paquete de acciones

(21) Más adelante nos referiremos a la atribución al fiduciario de los incrementos patrimoniales de los bienes fideicomitados.

(22) V. DUQUE, *Tutela de la minoría*, Valladolid, 1957, pág. 163. La doctrina italiana también atribuye el derecho de voto al heredero fiduciario (cfr. ASCARELLI, *In tema di titoli azionari e società tra società*, en *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, págs. 225 y sig. y nota 15, y en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, I, páginas 385 y sigs.; SENA, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, Milano, 1961, pág. 295), pero el razonamiento jurídico es absolutamente diverso: la atribución del derecho de voto es conclusión que se deduce por analogía con el usufructo (art. 693 del Código civil) y a la luz del artículo 2.352, 1.º, del Código civil de 1942, que atribuye al usufructuario el derecho de voto, salvo disposición contraria de los estatutos.

(23) Adviértase, no obstante, que la obligación de desembolso íntegro ha de ser entendida como deuda del caudal relicto y no del heredero fiduciario. Parece, pues, aceptable la opinión que atribuye al heredero fiduciario la posibilidad de enajenar bienes hereditarios y, en particular, acciones que no estén totalmente desembolsadas para proceder al pago de los dividendos pasivos; así, LARRAZ, *ob. cit.*, página 33. En caso de impago de los dividendos pasivos, si la sociedad opta por enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso (art. 44, 3.º, L. S. A.), surgirá a cargo del heredero fiduciario un deber de indemnización frente al caudal fideicomitado por incumplimiento de la obligación de administrar la herencia con la diligencia de un buen padre de familia; idéntica conclusión rige para el Derecho catalán por aplicación del artículo 184 de la Compilación (v. PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, 107).

con la diligencia de un buen padre de familia y a restituir los bienes al fideicomisario al término de la titularidad interina (art. 781, en relación con el art. 783, 2.º, del Código civil). Esta obligación de conservación y sustitución nos obliga a plantear dos cuestiones de fundamental importancia. La primera de ellas es la relativa a la atribución al fiduciario de los incrementos patrimoniales de los bienes fideicomitidos y, de modo más concreto, las acciones suscritas como consecuencia del ejercicio del derecho de suscripción preferente. La segunda gira en torno a las facultades de disposición del heredero fiduciario y se extiende a un tema de tanto interés como es el de la enajenación de las acciones.

2. El Código civil no contempla el tema relativo a la distinción entre bienes libres y bienes gravados de restitución en la sustitución fideicomisaria. Se refiere a la obligación fundamental del fiduciario, indicando que en virtud de la sustitución «se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia» (art. 781), limitándose a añadir que «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» (art. 783). La doctrina, muy centrada en las cuestiones que suscitan estas deducciones, entre ellas la supresión de la cuarta trebeliánica en favor del fiduciario (24), ha prestado escasa atención al tema de los posibles incrementos patrimoniales fundados en los bienes fideicomitidos. No parece dudoso, sin embargo, que el impulso de esa doctrina hacia la configuración del fiduciario como un propietario *ad tempus* está claramente en favor de una atribución al mismo de dichos incrementos patrimoniales, al menos en aquellos supuestos en que son adquiridos con cargo a su propio patrimonio (v. art. 354 del Código civil). El fiduciario, como propietario, tiene derecho al aprovechamiento económico de los bienes, haciendo suyos los frutos y sus accesiones. Tiene el *ius utendi et fruendi* de los mismos.

Esta es, a nuestro modo de ver, la única tesis aceptable en nuestro Derecho común, con independencia de la naturaleza que tengan los bienes fideicomitidos (25). Si se quiere ser consecuente con la concepción del

(24) Como es sabido, la cuarta trebeliánica es el derecho que corresponde al fiduciario a detraer en las sustituciones fideicomisarias universales la cuarta parte de la herencia líquida, si el testador no lo hubiere prohibido. Los artículos 198 y siguientes de la Compilación catalana reconocen esta facultad al fiduciario. El Código civil, por el contrario, la suprimió. Sobre la figura, v. por todos PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, págs. 118 y sigs. y bibliografía citada.

(25) Esta era ya la solución del Derecho romano. En efecto, según escribe Voci (voz *Fedecomesso* [*diritto romano*], en *Enciclopedia del diritto*, XVII, 1968, págs. 107 y sigs.), los incrementos patrimoniales producidos después de la *aditio* y antes de la restitución beneficiaban al heredero. Este régimen podía ser modificado por el testador mediante disposición expresa en la que se impusiese

fiduciario como un propietario *ad tempus*, hemos de convenir en que a él corresponden los derechos de todo propietario sobre los bienes fideicomitidos, con la salvedad de un gravamen de restitución que recae sobre dichos bienes y que le obliga a conservar y transmitir a un tercero los bienes recibidos en herencia o legado. Lo correcto, en efecto, es pensar que la sustitución fideicomisaria no implica tanto una limitación o desnaturalización de los derechos de todo propietario cuanto un gravamen que recae sobre los bienes fideicomitidos, exclusivamente sobre ellos. Incluso cabe afirmar que ese gravamen no tiene un carácter absoluto: de una parte, como se desprende del citado artículo 783 del Código civil, el fideicomitente puede atemperar la obligación de conservar y restituir; de otra, como ha puesto de relieve la resolución de 14 de noviembre de 1933, los actos de disposición realizados por el fiduciario no son anulables, y de otra, en fin, es evidente que si la sustitución fideicomisaria es condicional, el fiduciario podrá hacer suyos, sin limitación alguna, los bienes fideicomitidos en caso de que la condición no se cumpla.

Como se ha señalado con acierto, la circunstancia de que el fiduciario haya de restituir lo adquirido impresiona más que el hecho efectivo de la adquisición, y, sin embargo, esto es lo fundamental y decisivo, y aquello no pasará de ser una nota accidental, aunque tenga indudable trascendencia (26). Esa excesiva importancia que se ha dado al gravamen de restitución, en menoscabo de los derechos del fiduciario, es lo que ha contribuido a la asimilación del fiduciario con el usufructuario, que hoy está prácticamente superada en nuestra doctrina. Pero, en cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que, al regular la sustitución fideicomisaria, el artículo 787 del Código civil declara la validez de «la disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia y a otra el usufructo». Y en estos supuestos, si se asimilara el fiduciario al usufructuario, sería difícil comprender en qué consistiría la liberalidad concedida al fiduciario, ya que éste, frente a sus específicas obligaciones de administrar un patrimonio para restituirlo, se encontrará con que las rentas y frutos del mismo serán atribuidos a los legatarios del usufructo y los incrementos del patrimonio terminarán por recaer en los fideicomisarios. De ahí que la concepción del fiduciario como un propietario *ad tempus* se presente no sólo como la justa estimación de su posición de heredero o legatario, sino también como una corrección equitativa del desequilibrio que se produciría en caso de disociación del usufructo y la nuda propiedad, pues si al fiduciario nudo propietario sólo se le reconoce un derecho sobre los frutos y rentas de los bienes fideico-

al fiduciario la obligación de restituir todos los útiles recibidos (fideicomiso de restitución *cum incremento* o *sine reditu*).

(26) Cfr. FLORES MICHEO, *ob. cit.*, pág. 673.

mitidos, ese derecho quedaría vacío de contenido al constituirse sobre esos bienes, al lado de la sustitución fideicomisaria, una herencia o legado de usufructo (27).

La afirmación anterior nos lleva a una conclusión cierta en el tema concreto que aquí interesa, es decir, a quién corresponde la titularidad de las acciones, procedentes de sucesivas ampliaciones de capital, suscritas y desembolsadas en su totalidad por el fiduciario. Si el fiduciario es un heredero o legatario, con todos los derechos y deberes de un verdadero propietario de las acciones, siquiera sea temporal, y si, en consecuencia, es él también quien asume la posición de socio hasta tanto se proceda a la delación fideicomisaria de los bienes, no es dudoso, a nuestro juicio, que las acciones emitidas en las ampliaciones de capital realizadas durante la vigencia de la sustitución fiduciaria pertenecen en pleno y libre dominio al fiduciario, que ha desembolsado su total importe. La invocación de esa triple condición de heredero o legatario, propietario de las nuevas acciones y, por tanto, socio no puede sino conducir a proclamar el pleno derecho del fiduciario sobre dichas acciones nuevas y reducir el gravamen de restitución a las acciones viejas fideicomitidas por el testador.

En la estructura de la sustitución fideicomisaria hay—se ha dicho con razón—«dos liberalidades con rango escalonado de preferencias, con predominio de la del primer llamado, al revés de lo que pasa en el fideicomiso propio. Es jugar con trampa—se añade—mirar sólo a los derechos del segundo instituido, que precisamente por ser segundo está postergado al primero; el beneficio del fiduciario es preferente, en tiempo y en rango, al del fideicomisario y se antepone a él en todo en cuanto no le perjudique» (28). En este sentido, la propiedad fiduciaria lleva consigo la atribución de todas las facultades de administración y disfrute que corresponden al propietario, con la única limitación del gravamen de restitución de los bienes fideicomitidos. Se puede así afirmar que, como propietario y titular de las acciones fideicomitidas, el fiduciario

(27) La conclusión contraria a la que defendemos quizá opera con un prejuicio que se conecta con la evolución histórica de la institución. En el Derecho romano la esencia de la sustitución radicaba en la *fides*—recuerdo de un tiempo en el que el cumplimiento del encargo carecía de sanción jurídica, la cual sólo se conseguirá después de una compleja evolución a través del expediente de la *cognitio extra ordinem*—; en el Código civil es, por el contrario, el orden sucesivo. Lo que sucede es que la terminología del Código aún está impregnada de viejas alusiones que, sin embargo, carecen de concreto contenido normativo. Así, el verbo *encargar* utilizado por el artículo 781, cuando en realidad el testador en la sustitución fideicomisaria ordena (no encarga, ni ruega). La conservación y transmisión de los bienes fideicomitidos se ordena o impone como gravamen al heredero fiduciario (v., entre otros, LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 614).

(28) V. GONZÁLEZ PALOMINO, *ob. cit.*, pág. 308.

goza, entre otros, del derecho de suscripción preferente de nuevas acciones, en los mismos términos en que gozaría de ese derecho si las acciones no estuvieran sometidas a sustitución fideicomisaria. El artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, al enumerar los derechos mínimos del accionista, entre ellos el derecho de suscripción preferente, atribuye ese derecho—como es lógico—a quien tenga la condición de socio, y es indudable que en caso de sustitución fideicomisaria esa condición recae en el fiduciario como verdadero propietario de las acciones. Cabe así estimar que siendo el derecho de suscripción preferente un derecho inseparable de la acción, que se realiza en forma concreta en cada aumento del capital, debe ser atribuido al fiduciario, como verdadero titular y propietario de las acciones, siempre que se ejercite dentro del período de vigencia de la sustitución fideicomisaria; de igual modo que corresponderá su titularidad a los fideicomisarios, como propietarios plenos de las acciones, una vez que se haya producido de delación fideicomisaria. En base a estos argumentos, la doctrina que ha prestado atención al tema no vacila en estimar que el derecho de suscripción preferente debe ser atribuido al fiduciario, y que él será quien adquiera la plena propiedad de las nuevas acciones, siempre que sean adquiridas con dinero propio, ajeno al fideicomiso, o con dinero que sea producto de los bienes sujetos a fideicomiso (29).

(29) V. ALVAREZ ALVAREZ, *El ejercicio del derecho de suscripción preferente*, «A. D. C.», 1964, págs. 331 y sigs.; BÉRGAMO, *Sociedades anónimas. Las acciones*, II, Madrid, 1970, págs. 578 y sigs.

Esta solución se encuentra expresamente consagrada en algún ordenamiento. Así sucede con el artículo 11 del Decreto-ley brasileño de 26 de septiembre de 1940, sobre sociedades por acciones, a cuyo tenor «en el usufructo y en el fideicomiso el derecho de preferencia si no es ejercitado por el accionista podrá serlo por el usufructuario o fideicomisario», con lo que, además de recoger una norma práctica de indudable utilidad (núm. 4 del mencionado artículo), se reconoce que este derecho resulta atribuido legalmente al heredero fiduciario. En otros sistemas en los que no existe disposición expresa del legislador, la doctrina ofrece diversas soluciones. En una posición distinta a la aquí mantenida merece especial mención la aportación de la doctrina alemana. Esta doctrina parte de la distinción entre titularidad del derecho de suscripción preferente—o, más genéricamente, atribución de los incrementos patrimoniales de las acciones fideicomitidas—y legitimación para el ejercicio del derecho. El derecho de suscripción preferente—se afirma—no constituye un incremento o producto (*Ertrag*) de la acción y, como tal, no pertenece al heredero previo (*Vorerbe*), sino a la herencia (art. 2.111 BGB). Ahora bien, al venir legalmente obligado el heredero previo a la ordenada administración de la herencia (art. 2.130, 1, del BGB), a él corresponde el ejercicio y, en su caso, la enajenación de ese derecho. Tanto las nuevas acciones como el producto obtenido por la venta del derecho de suscripción pertenecen a la herencia (artículo 2.111 del BGB). V. WIEDEMANN, en *Grosskomm. AktG*, Berlín-Nueva York, 1973, artículo 186, 9, c); LUTTER, en *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Colonia-Berlín, 1971, artículo 186, ap. 20; GODIN-WILHELMI, *Aktiengesetz*, II, Berlín-Nueva York, 1971, II, artículo 186, ap. 2. Para un estudio del tema de la institución de un heredero sucesivo con referencia a las sociedades personalistas, v. HUECK, *Das*

Entendida la propiedad temporal del fiduciario y el gravamen de restitución en los términos expuestos, la conclusión recogida parece obligada:

a) En primer lugar, el derecho de suscripción preferente, en relación con cada aumento de capital, se presenta como un bien negociable «del que el fiduciario puede disponer a su voluntad, bien suscribiendo las acciones que le corresponden, bien enajenando el cupón de suscripción» (30). No hablamos aquí de un pretendido derecho de suscripción en abstracto, inherente a la acción, y que se transmitiría con ella en el momento de la delación de los bienes fideicomitidos. Nos referimos al derecho de suscripción preferente en concreto, referido a cada ampliación de capital, que constituye una ventaja más, atribuida al fiduciario como propietario *ad tempus*, que, por tanto, podrá hacer suyo el importe del mismo en caso de que opte por la enajenación del correspondiente cupón de suscripción.

b) En segundo lugar, parece lógico y justo que, en caso de ejercicio del derecho de suscripción preferente, el fiduciario adquiera la plena propiedad de las nuevas acciones que haya desembolsado con dinero propio, bien sea ajeno al fideicomiso, bien sea fruto o producto de los bienes sujetos a fideicomiso, pues tanto en uno como en otro caso se tratará de dinero que pertenece al patrimonio del propio fiduciario, y tanto en uno como en otro caso se estará ejercitando un derecho de suscripción preferente que durante la vigencia de la sustitución fideicomisaria pertenece al fiduciario. Por las mismas razones debe estimarse también que cuando las acciones nuevas sean emitidas con cargo a beneficios, reservas libres, o sean consecuencia de la regularización del balance, deban ser igualmente atribuidas al fiduciario en su condición de propietario temporal de las viejas acciones. El gravamen de restitución alcanza y sólo puede alcanzar a las acciones efectivamente fideicomitidas, correspondiendo al fiduciario—como titular *ad tempus* de las acciones—todos los beneficios y ventajas de esa titularidad hasta tanto se proceda a la delación fideicomisaria. Para evitar esta consecuencia cabe, sin embargo, que el testador imponga al heredero fiduciario la obligación de restituir al fideicomisario todos los incrementos patrimoniales de los bienes (fideicomiso de restitución *cum incremento*).

La única duda que se puede suscitar es la relativa a la suscripción de las nuevas acciones desembolsadas por el fiduciario con dinero proce-

Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4.^a ed., Berlín-Nueva York, 1971, pág. 414; BAUR-GRUNSKY, *Eine «Einmann-oHG» (Zugleich ein Beitrag zur Vor- und Nacherb-schaft an einem oHG-Anteil)*, en «Z. H. R.», 133 (1970), págs. 209 y sigs.

(30) V. BÉRGAMO, *ob. cit.*, II, 579.

dente de las ventas o amortización de otros bienes fideicomitidos. En este caso, en función de la orden de conservar los bienes fideicomitidos, el fiduciario sustituye unos bienes por otros, por lo que, en principio, habrá que aplicar la regla general del artículo 781 del Código civil, en orden a la integración de los bienes fideicomitidos. La sustitución objetiva operada no se considera un acto dispositivo que exceda de las facultades del fiduciario, sino un puro acto de administración (aunque sea de naturaleza especial). Se produce entonces una subrogación real y, en consecuencia, debe entenderse que las nuevas acciones, lejos de quedar sometidas a la propiedad privativa y absoluta del fiduciario, quedarán integradas en el conjunto de bienes, que en su día revertirán a los fideicomisarios (31).

Sin embargo, el tema merece una solución distinta en la Compilación de Derecho civil catalán. En su artículo 182, al contemplar la distinción entre bienes libres y gravados de restitución, la Compilación dispone, en efecto, que: «El heredero fiduciario tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y de sus subrogados y accesiones, hará suyas las rentas y frutos de los mismos y gozará de todos los demás derechos que la ley atribuye al propietario, incluso respecto de tesoros, minas, bosques y *acciones o participaciones sociales*; pero lo que adquiriera que no sean frutos o rentas quedará incorporado al fideicomiso.» Y en consonancia con esta asimilación al usufructo, el número 3 del artículo 208 niega la condición de frutos a las acciones procedentes de las ampliaciones de capital social, estableciendo expresamente su integración en el patrimonio que ha de ser restituido al fideicomisario; todo ello sin perjuicio del derecho del fiduciario a los frutos o beneficios que produzcan las nuevas acciones y, en su caso, al reintegro de las cantidades que haya

(31) V. ALVAREZ ALVAREZ, *ob. loc. últ. cit.*; BÉRGAMO, *ob. loc. últ. cit.* Aunque no faltan argumentos en favor de una conclusión distinta (en el sentido de que también en el caso de suscripción de las nuevas acciones, desembolsadas por el heredero fiduciario con dinero procedente de la venta o amortización de bienes fideicomitidos, las nuevas acciones son de propiedad del fiduciario, el cual adeudaría al fideicomiso el valor de los fondos del mismo utilizados en la suscripción), nos parece que la idea de una subrogación real se atiene bien a la utilización del dinero procedente de la venta de otros bienes fideicomitidos, en tanto que la adquisición de las acciones por el fiduciario con cargo a esos fondos es difícil de coordinar con la prohibición de disponer y el gravamen de restitución de los bienes fideicomitidos que pesa sobre el fiduciario.

Para un estudio completo y riguroso del derecho de suscripción preferente en nuestro Derecho ha de verse ahora la obra de SÁNCHEZ ANDRÉS, *El derecho de suscripción preferente del accionista* (Madrid, 1973). En este lugar interesa llamar la atención sobre su exposición acerca de la exigencia de un desembolso como *conditio iuris* de la atribución del derecho (págs. 113 y sigs.) y su oportuna crítica de la distinción entre derecho abstracto y derecho concreto de suscripción (páginas 162 y sigs.).

satisfecho, con cargo a su propio patrimonio, para adquirir las nuevas acciones.

No parece dudoso que estas soluciones de la Compilación catalana responden a la influencia de una larga tradición de la figura en ese Derecho, en el que la limitación de los derechos del fiduciario a los frutos y rentas de los bienes fideicomitidos corre pareja con otras fórmulas compensatorias, como el derecho a la cuarta parte de los bienes relictos por el fideicomitente, deducidas las deudas y determinados gastos—la *cuarta trebeliánica*—, que opera en forma muy activa en las sustituciones fideicomisarias a título universal. En todo caso, es evidente que los esfuerzos para configurar al fideicomisario como propietario han quedado a medio camino. La materia relativa a los bienes libres y los bienes sujetos al gravamen de restitución en relación con el fiduciario aparece, en efecto, muy claramente condicionada por la analogía con el usufructo, y así en el tema del derecho sobre las nuevas acciones procedentes de las ampliaciones de capital, tanto el texto legal como el tratamiento doctrinal que ha merecido, muestran en forma muy acusada la influencia ejercida por la regulación y la doctrina sobre el usufructo (32).

3. La obligación de conservación y restitución, que el Código civil establece a cargo del heredero fiduciario (art. 781, en relación con el párrafo segundo del art. 783), se desintegra, durante el período de vigencia de la titularidad temporal, en dos obligaciones de distinto carácter: la primera, de orden positivo, hace referencia a la administración de la herencia con la diligencia de un buen padre de familia; la segunda, a la prohibición de enajenar los bienes fideicomitidos por solo el fiduciario.

Urge advertir, sin embargo, que es dudoso que se pueda hablar de una prohibición de disponer, en sentido técnico jurídico, a cargo del fiduciario. El Código civil no establece expresamente esa prohibición en ninguno de los preceptos dedicados a la sustitución fideicomisaria; se ha podido afirmar así, con razón, que «la pretendida prohibición de disponer es un *inducido* de la obligación de conservar y de transmitir» (33). En efecto, si el fiduciario tiene limitada su capacidad de disposición, no es tanto por estar sometido a aquella prohibición como por la obligación que le impone el artículo 781 del Código de conservar o transmitir el todo o parte de la herencia a un tercero o, como dice el

(32) V. PUIG FERRIOL, *ob. cit.*, págs. 102 v sigs. Conviene advertir que una perspectiva similar a la adoptada por la Compilación catalana es la del Anteproyecto de reforma de Ley de Sociedades Anónimas, en fase de elaboración por la Comisión General de Codificación. El artículo 51 del referido Anteproyecto señala que «en el caso de sustitución fideicomisaria referida a acciones, el fiduciario tendrá los derechos que esta Ley concede al usufructuario, y el fideicomisario aquellos de que goza el nudo propietario».

(33) V. GONZÁLEZ PALOMINO, *ob. cit.*, pág. 388.

número 1.º del artículo 785, «de entregar los bienes a un segundo heredero». La sustitución fideicomisaria no comporta una propia prohibición de disponer, sino sólo limitaciones de su facultad de enajenar, en cuanto pueda perjudicar con ello el derecho del fideicomisario (34). Es indudable, en efecto, que si está obligado a entregar los bienes fideicomitidos a un segundo heredero, no puede proceder a su enajenación, salvo que el propio testador le haya autorizado para ello.

La determinación de cuáles son esas limitaciones debe realizarse a la luz de la obligación instrumental del fiduciario, la de conservación de los bienes fideicomitidos. La tendencia hacia una estimación de la conservación de un patrimonio como obligación de *conservación de valores*, más que de *conservación de bienes*, es decir, hacia la consideración de la administración como una administración *operativa o dinámica*, más que como una administración *estática*, alcanza un relieve especial cuando el legislador impone la obligación de conservar sin aludir expresamente a la prohibición de disponer. En otras palabras, si en los supuestos de administración de patrimonios regulados con mayor detenimiento por nuestro ordenamiento (herencia a beneficio de inventario, juicio de testamentaría, abintestato, etc.) no se niega, a pesar de la expresada prohibición de disponer, la posibilidad de enajenar ciertos bienes por razón de necesidad o de conservación del valor (35), con mayor razón ha de llegarse a esa conclusión cuando, como sucede en materia de sustitución hereditaria, falta una expresa prohibición de disponer, y es evidente la conveniencia de una conservación operativa o dinámica, tanto en beneficio del fiduciario como del fideicomisario. Esa es, además, la conclusión a que se llega con la lectura de los textos positivos, tanto de aquellos preceptos generales, como el artículo 1.094 del Código civil, que hace recaer sobre el obligado a dar alguna cosa la de conservarla con la diligencia de un buen padre de familia, lo que sólo se puede satisfacer con la realización de una conservación *dinámica* (36); como de aquellos otros preceptos más concretos, cual sucede, por ejemplo, con el artículo 308 del Código de Comercio, que contemplando el depósito de títulos o valores hace recaer sobre quien es un simple depositario la obligación de practicar «cuantos actos sean necesarios para que los efec-

(34) V., por todos, LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 625.

(35) Cfr. GITRAMA, *Los supuestos de administración de herencia*, «R. D. P.», 1948, págs. 97 y sigs.

(36) V. RODOTÀ, *Diligenza (diritto civile)*, en *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, págs. 539 y sigs., el cual hace referencia a la elasticidad del concepto de diligencia. A juicio de ROCA SASTRE (anotaciones al *Derecho de sucesiones* de KIPP, Barcelona, 1951, II, pág. 106), el heredero fiduciario responde no con arreglo al criterio paradigmático del buen padre de familia, sino con arreglo a las fórmulas de la culpa leve en concreto.

tos depositados conserven el valor y los derechos que les correspondan con arreglo a las disposiciones legales» (37); como, en fin, aquellos otros referentes concretamente a la sustitución fideicomisaria, como el artículo 783 del Código civil, que, en definitiva, viene a reconocer al fiduciario poderes dispositivos sobre los bienes de la herencia al facultarle para alterar su *forma y sustancia* mediante la realización en ellos de mejoras repetibles. Por todo lo cual, no parece dudoso que el fiduciario podrá disponer de las nuevas acciones siempre que esa disposición sea necesaria o útil para la mejor conservación del valor del patrimonio fideicomitado, que ha de ser entregado en su día al fideicomisario.

Mas no es suficiente con admitir las facultades dispositivas del fiduciario dentro de los límites establecidos. Es necesario considerar también de qué modo han de ejercitarse esas facultades dispositivas, porque es lo cierto que una buena parte de la doctrina que ha contemplado este tema afirma, en una u otra forma, la necesidad, ya sea del consentimiento de los fideicomisarios, ya de la autorización judicial, para proceder a la enajenación de los bienes en aquellos casos.

En el supuesto de la sustitución fideicomisaria en que el fideicomisario está instituido a término (incierto)—la muerte del testador—adquiere «derecho a la herencia» desde la apertura de la sucesión (art. 784), por lo que ha de entenderse que tiene un título hereditario desde que se produce ese acontecimiento, que necesariamente ha de llegar, aunque se ignora su momento (38). En atención a esta consideración se estima que en este caso la enajenación de bienes por el fiduciario exige el consentimiento de todos los fideicomisarios, pudiendo ser anulada por los que no la hubiesen consentido (39).

Distinta solución tiene el supuesto de sustitución fideicomisaria condicional (40). En estos casos, la jurisprudencia y la doctrina están de

(37) Sobre el artículo 308 del Código de Comercio, v. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, págs. 409 y sigs. y 425 y sigs.; APARICIO RAMOS, voz *Depósito mercantil*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VI, Barcelona, 1954, páginas 885 y sigs.; LANGLE, *Manual de Derecho mercantil español*, III, Barcelona, 1959, pág. 358.

(38) V. LACRUZ, *ob. cit.*, págs. 627 y sigs.

(39) Esta es la opinión dominante en la doctrina que ha prestado especial atención al tema (así, TRAVIESAS, *ob. cit.*, pág. 419; ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 51; Díez-PICAZO, *Lecciones*, cit., pág. 317).

(40) Frente a la opinión de NÚÑEZ LAGOS (*Contestación a ROCA SASTRE, El fideicomiso «si sine liberis decesserit» y el Código civil*, Madrid, 1956, págs. 116 y sigs.), para quien la sustitución fideicomisaria es una figura exclusivamente a término y no admite la condición, la opinión mayoritaria se inclina decididamente por la admisibilidad de la sustitución condicional. V., entre otros, VALLET DE GOYTISOLO, *Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula «si sine liberis decesserit» en el Derecho histórico de Castilla*, «A. D. C.», 1956, págs. 783 y sigs.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-II, Barcelona, 1963, págs. 450 y sigs.; LACRUZ, *ob. cit.*, págs. 637 y sigs.

acuerdo en afirmar que el fideicomisario no adquiere el derecho a la herencia desde la muerte del testador, sino desde el momento en que se cumple la condición; de ahí que se estime inaplicable el artículo 784 del Código civil, anteriormente citado, y que, por el contrario, se considere plenamente ajustada al supuesto la norma contenida en el artículo 759 del mismo cuerpo legal, a cuyo tenor «el heredero o legatario que muera antes que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos» (41).

Se comprende perfectamente que cuando la sustitución fideicomisaria es suspensiva, las facultades dispositivas del fiduciario, en los términos expuestos, no pueden ser sometidas al consentimiento de los fideicomisarios. En materia de sustituciones fideicomisarias sobre inmuebles, la Dirección General de Registros ha ido formando una doctrina, reiterada en varias resoluciones, en el sentido de que el fiduciario condicional puede enajenar los bienes del fideicomiso, en la misma modalidad en que los tiene; si el instituido bajo condición resolutoria es verdadero propietario, y dicha condición tiene como único efecto resolver, al cumplirse, la titularidad de los bienes—pero no supone obstáculo alguno para enajenarlos (v. art. 107, núm. 10, de la Ley Hipotecaria)—, está claro que al producirse el evento resolutorio, la enajenación realizada sin el consentimiento de los fideicomisarios, como se refiere sólo al derecho del fiduciario, queda resuelta a la muerte de éste. Así, pues, el heredero fiduciario condicional puede efectivamente enajenar los bienes del fideicomiso, pero no con carácter definitivo, sino quedando pendiente la enajenación a que se realice la condición resolutoria, es decir, que si el fideicomisario condicional llega, por cumplimiento de la condición, a consolidar su derecho sobre los bienes fideicomitados, dicho fideicomisario podrá pedir la resolución de aquel negocio de enajenación (42). Esta solución, que, en relación con los inmuebles, permite, a través del Registro, asegurar a los terceros adquirentes el conocimiento de la condición resolutoria que gravita sobre el negocio de enajenación, no es la que mejor puede responder a las exigencias del tráfico.

Es indudable que la amenaza de resolución paraliza considerablemente las posibilidades dispositivas o viene a deprecia su valor, lo que no parece muy acertado u oportuno cuando la enajenación esté fundada en razones de conveniencia o necesidad. Por ello, en base a esta argumentación y a la necesidad de encontrar fórmulas más adecuadas que

(41) V. sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1928 y 13 de marzo de 1942.

(42) V., entre otras, las Resoluciones de la D. G. R. N. de 12 de mayo de 1920, 14 de noviembre de 1933 y 2 de marzo de 1956; también LACRUZ, *ob. cit.*, página 639.

salvaguarden tanto los intereses del fiduciario como los intereses de los posibles fideicomisarios, se ha ido abriendo paso en la más moderna doctrina una tesis favorable a permitir las enajenaciones necesarias o convenientes de bienes fideicomitidos con carácter definitivo, siempre que se realicen con la oportuna autorización judicial. La base doctrinal y positiva de esta tesis se encuentra en la estimación del fideicomisario como un heredero condicional y en la consiguiente aplicación de los artículos 801 y 804 del Código civil. Conforme al primero de estos preceptos, en caso de institución condicional de heredero se «pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse», y en atención al segundo «los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente». Es precisamente por este lado por el que, en consideración también a la semejanza existente entre el fiduciario y el poseedor temporal de los bienes del ausente, se da entrada al artículo 186 del mismo cuerpo legal, que permite la enajenación de dichos bienes «en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Juez, quien al autorizar dichos actos determinará el empleo de la cantidad obtenida» (43).

La asimilación del fideicomiso condicional al heredero condicional —y la aplicación por vía analógica del artículo 186 del Código civil a las facultades dispositivas del fiduciario— encuentra mayor justificación aún en el caso de enajenación de cosas muebles, y más concretamente, de acciones. Respecto de los bienes muebles no existe el instrumento de pu-

(43) Así, entre otros, DE LA CÁMARA, *Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria*, «R. D. P.», 1948, págs. 662 y sigs.; GONZÁLEZ PALOMINO, *ob. cit.*, págs. 398 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, *ob. loc. últ. cit.*; con ciertas reservas OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pág. 283, y PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., pág. 464. Esta tesis parece encontrar cierta resistencia en algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros, en las que se sostiene que el fiduciario no puede realizar enajenaciones definitivas, sino enajenaciones que, en todo caso, aun cuando se obtenga la autorización judicial correspondiente, están sometidas a la referida condición resolutoria (Resoluciones de 16 de septiembre de 1929 y 22 de junio de 1944). Pero—como se ha señalado con acierto—estas resoluciones contemplan supuestos en que la autorización judicial se había conseguido al amparo del artículo 164 del Código civil (enajenación de inmuebles del hijo por el padre o, en su caso, la madre), por lo que la Dirección General tuvo que rechazar tal autorización que podría referirse a eventuales derechos de hijos *nondum concepti* que ni están sujetos a la patria potestad ni pueden ser representados por la sencilla razón de que no existen. El supuesto aquí contemplado es radicalmente distinto. Ni en las hipótesis del heredero condicional del artículo 804 del Código civil ni en la de la sustitución fideicomisaria condicional hay representación alguna, voluntaria o legal. En el supuesto aquí analizado es claro que el fiduciario actúa como titular de los derechos de que dispone, y por ello ha de entenderse que si bien la autorización judicial se presenta como medida para tutelar intereses diversos de los propios del fiduciario, su actuación en el ejercicio de aquellas facultades dispositivas es actuación en nombre propio; v. DE LA CÁMARA, *ob. cit.*, página 663).

blicidad adecuado para proceder a una inscripción de la enajenación en la que se haga constar que queda sujeta a condición resolutoria. En relación con las acciones ni siquiera podrá invocarse el juego de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas respecto de la sociedad, pues el artículo 35 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, de un lado, sólo extiende la anotación a «las sucesivas transferencias y la constitución de derechos reales» y, de otro, esa anotación sólo sirve para legitimar como socio frente a la sociedad a quien aparezca inscrito en el mencionado libro (44).

Estos argumentos explican que la tesis de la autorización judicial merezca ser acogida en las enajenaciones de bienes muebles realizadas por el fiduciario. Se trata de una solución que tiene un fundamento positivo suficiente, permite que la enajenación tenga carácter definitivo librándola de la amenaza de resolución, proporciona la garantía conveniente de una intervención judicial que controla la razón de necesidad o utilidad de la enajenación, responde adecuadamente a la oportuna tutela, tanto de los intereses del fiduciario como de aquellos otros de los eventuales fideicomisarios, y, por lo que aquí interesa, constituye cauce de solución de los difíciles problemas que puede plantear la enajenación de acciones por parte del fiduciario.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado artículo 186 del Código civil, la autorización judicial sólo podrá concederse «en caso de necesidad o utilidad evidente». Este es el límite de la administración dinámica u operativa confiada al fiduciario. Equivale ello a exigir que la enajenación de los bienes haya de ser autorizada cuando redunde en beneficio, tanto del fiduciario como de los eventuales fideicomisarios, pues si el testador ha hecho dos llamamientos en orden escalonado, parece correcto entender que ha tenido presente la utilidad del primer llamado en tanto no perjudique al segundo, y, de otro lado, es evidente que esa utilidad común podrá alcanzarse siempre que se sustituyan unos bienes por otros de mejor rendimiento. Se estima así en la doctrina que serán casos de evidente utilidad los de venta de fincas arrendadas con renta barata si el precio se puede invertir en forma más rentable; la enajenación de una finca arrendada para adquirir otra libre de arrendamiento susceptible de ser explotada directamente por el fiduciario o arrendada en precio superior, o la autorización—por citar un supuesto de mayor interés para nosotros—para sustituir unos valores por otros de mejor rendimiento (45). Se puede afirmar, consiguientemente, que el fiduciario sólo podrá disponer de las acciones en caso de que esa

(44) V. URÍA, en GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, 2.ª ed., Madrid, 1953, págs. 375 y sigs.

(45) V. GONZÁLEZ PALOMINO, *ob. cit.*, pág. 403.

enajenación esté justificada por razones de necesidad o por razones de utilidad para el fiduciario y el fideicomisario, y en uno y otro caso mediante la oportuna autorización judicial. De acuerdo con la doctrina expuesta, el Juez, al autorizar la enajenación, determinará el empleo de la cantidad obtenida siguiendo la propuesta del fiduciario en atención a las razones de necesidad o de utilidad evidente que han determinado la solicitud de autorización (46).

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ

Catedrático de Derecho Mercantil
en la Universidad Autónoma de Madrid

(46) La obligación de conservación y restitución plantea igualmente problemas en materia de derecho de separación. Ciertamente que la condición de socio que ostenta el heredero fiduciario permite concluir que este derecho le corresponde a él en todos aquellos casos en los que la legislación vigente lo ha establecido (cfr. MOTOS, *La separación voluntaria del socio en el Derecho mercantil español*, «R. D. N.», 1956, págs. 79 y sigs. y 115 y sigs.; SAINZ MORENO, *Fusión de sociedades en el régimen de acción concertada o de concentración de empresas*, «R. D. M.», 1969, páginas 209 y sigs. y 222 y sigs.). El problema radica en determinar los límites para el ejercicio de ese derecho. Un primer límite podría deducirse de la obligación de diligente conservación. En efecto, en algunas hipótesis la obligación de administrar la herencia con la diligencia de un buen padre de familia puede traducirse en la conveniencia de ejercitar ese derecho. Ahora bien, en cualquier caso, el fiduciario deberá separarse evitando las posibles mermas de la valoración del paquete de acciones. La liquidación de la cuota de separación si se realiza en función del último balance aprobado (v. MOTOS, *ob. cit.*, pág. 130) o con arreglo a criterios de particular prudencia en materia de valoración de los elementos del activo podrá suponer un límite indirecto para el ejercicio del derecho, en razón de la infravaloración de las acciones por parte de la sociedad. Un segundo límite vendría dado por la forma de ejercicio del derecho; en este punto parece procedente la aplicación de las conclusiones defendidas en el texto en materia de enajenación de acciones: necesidad de consentimiento del fideicomisario en caso de sustitución fideicomisaria pura y autorización judicial en caso de sustitución condicional. En el Derecho catalán, PUIG FERRIOL (*ob. cit.*, pág. 109) entiende que la separación del accionista requerirá la autorización previa del juez competente (arg. ex art. 189, 1.º, de la Compilación).

Cuestión de particular interés es la relativa a los efectos de la revisión de las aportaciones *in natura* del causante sobre las acciones en fideicomiso por él establecido. A tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley de Sociedades Anónimas, el heredero fiduciario del socio aportante deberá optar entre que se le anulen las acciones equivalente a la diferencia, separarse de la sociedad o completar en dinero esa diferencia. Si—como hemos defendido—el fiduciario para ejercitar el derecho de separarse de la sociedad necesita bien del consentimiento del fideicomisario, bien de autorización judicial, y no los obtiene o no opta por esta posibilidad, para completar en dinero la diferencia deberá, en primer lugar, acudir al fideicomisario, y en el caso de que éste no proceda al desembolso de la diferencia deberá enajenar bienes del fideicomiso para hacer frente a ese desembolso. Si opta por completar con su propio dinero la diferencia, las nuevas acciones se integrarán a pesar de ello en el fideicomiso y no en el patrimonio del fiduciario. En ese caso parece equitativo entender que el fiduciario podrá deducir la cantidad desembolsada (art. 783, párrafo 2.º del Código civil). Si no estima conveniente a sus intereses esta solución siempre podrá optar por la anulación de las acciones, salvo que dicha anulación entrañe un evidente perjuicio—económico o societario—para el paquete de acciones en fideicomiso.