**TEMA 22. TEORÍA GENERAL DE LA CAUSA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS. LOS NEGOCIOS ABSTRACTOS. LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. NEGOCIOS ANÓMALOS: SIMULADOS, INDIRECTOS, FIDUCIARIOS Y FRAUDULENTOS.**

#### TEORÍA GENERAL DE LA CAUSA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Es una de las más difíciles y oscuras, no sólo por los problemas conceptuales que plantea, sino por su honda repercusión práctica (dado que es el centro de gravedad para la resolución de numerosas cuestiones).

**Protección del tráfico versus justicia**. Como señala DE CASTRO, la causa es el punto crucial donde concurren un choque de intereses y corrientes ideológicas:

. Las que propugnan imponer el cumplimiento de cualquier promesa independientemente de su origen y contenido (teorías anticausalistas).

. Las que favorecen el control de las promesas para no considerar obligatorias las que no merezcan, por su contenido, apoyo jurídico (teorías causalistas).

**HISTORIA**

+ En el DERECHO ROMANO la idea de causa se caracterizó, como señalan DIEZ PICAZO y GULLÓN por una radical equivocidad, ya que se empleaba indistintamente para hacer referencia a la causa eficiente de la adquisición del dominio (teoría del título), al fundamento o motivo impulsor de las obligaciones, de los negocios jurídicos o de las atribuciones patrimoniales.

+ En el siglo XVII DOMAT en su tratado “Les lois civiles” formula por primera vez una teoría general de la causa.

Examinando los textos clásicos, DOMAT llega a la conclusión de que la causa es un requisito esencial de toda obligación conforme a la máxima “nulla obligatione sine causa”. Sin embargo, al ser confusa en dicho autor la diferencia conceptual entre la obligación y el contrato, se aplica la doctrina de la causa de aquéllas a éstos.

+ La teoría de DOMAT es matizada por POTHIER, que distingue entre la causa de las obligaciones y la de los contratos, dotando a cada una de un significado específico:

· La causa de las obligaciones son sus fuentes, es decir, los contratos, los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos y la Ley.

· La causa de los contratos es en los lucrativos, la mera liberalidad del bienhechor; y en los onerosos las recíprocas prestaciones y el riesgo que se asume.

+ Esta configuración de Pothier influirá en los códigos de tinte latino (Code 1804 y CC italiano 1865) regulándose en ellos la causa como elemento esencial de los contratos.

En la doctrina germánica en cambiola pandectística refiere la causa no a los contratos sino a las atribuciones patrimoniales.

El BGB alemán y los código influenciados por el mismo (como el suizo de 1907) no mencionan la causa en el contrato sino que la regulan al tratar del enriquecimiento injusto.

**DOCTRINA**. Centrándonos en los planteamientos latinos, es decir, aquellos que consideran la causa como un elemento esencial del negocio, podemos distinguir las siguientes TEORÍAS:

**OBJETIVAS** (Ruggiero y Betti) La causa de los contratos es el fin abstracto y genérico de cada tipo de contrato que la ley determina (función económico-social típica del negocio), siendo indiferentes las motivaciones de las partes.

**SUBJETIVAS** (PLANIOL y RIPERT) La causa no es el fin objetivo y abstracto previsto por la ley sino la finalidad o motivación principal perseguida por las partes en cada contrato en particular. En efecto sólo mediante esta equiparación entre la “causa” y los “motivos” puede apreciarse la ilicitud de la causa, dependiente siempre del ánimo de las partes.

**INTEGRADORA** (PUGLIATTI) Es el propósito común de las partes de alcanzar el fin práctico que el ordenamiento tutela. Se trata, por así decirlo, de una subjetivización de la causa objetiva.

Conforme a esta teoría, todo negocio tiene una causa genérica preestablecida por el ordenamiento, que será la normalmente querida por las partes; pero ello no excluye la causalización de los motivos cuando se incorporan a la estipulación (a través de condiciones, modos, etc)

**ANTICAUSALISTAS**

\* (ERNST, DABIN y entre nosotros DE DIEGO) La causa es algo inútil, de lo que los códigos que la incluyen podrían haber prescindido (“aunque la doctrina de la causa desapareciera de los Códigos, nada se perdería”, afirma DE DIEGO) dado que en realidad se confunde con otros elementos:

. En los contratos onerosos, la causa es en realidad su objeto.

. Y en los contratos gratuitos el consentimiento, pues el espíritu de liberalidad no puede ser un requisito aparte o distinto de éste.

\* (ENNECCERUS y NÚNEZ LAGOS) Otros reducen el ámbito de la causa, refiriéndola como los alemanes a las atribuciones patrimoniales.

La mayoría de la doctrina española considera que la orientación objetiva es la más ajustada a la regulación del Cc, criterio éste que, con matizaciones como ahora veremos, sigue también nuestro TS.

**Código Civil**. CONCEPTO. La confusión entre las distintas acepciones de la causa en nuestro ordenamiento se hace patente a primera vista en nuestro Cc:

. En ocasiones refiere la causa a las obligaciones: art. 1261, al enumerar los elementos esenciales del contrato, requiere ***causa de la obligación que se establezca***.

. En otras la incardina en las atribuciones patrimoniales (art. 1901)

. Finalmente se refiere a la causa en los contratos en los arts. 1274 ss

(art. 1274) **En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.**

\* La **doctrina** critica este precepto en cuanto:

+ No define sino que suministra tres tipos de causa inarmónicas e incongruentes (en materia onerosa se emplea como causa final y en materia lucrativa como causa eficiente).

+ La causa de los contratos onerosos que determina sólo sirve para los sinalagmáticos y conmutativos, pero no para los demás (aleatorios).

+ La distinción entre contratos remuneratorios y de pura beneficencia es falsa, artificiosa y arbitraria, pues ambos son subtipos de la donación (art. 622).

\* A la vista de todo ello:

. Opina GULLÓN que el Código desconoce la causa del contrato y únicamente se fija en la causa de la obligación. En contra señala DE CASTRO que nuestro Código no desconoce la causa del contrato y así lo prueba el **artículo 1262.1** que determina que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

. LACRUZ advierte que la causa contemplada en el art. 1274 se refiere en realidad a las tres causas objetivas de las atribuciones patrimoniales *credendi, donandi y solvendi*. Pero esto no significa que se renuncie a la causa del contrato: éste ha de tenerla.

\* En cuanto a la jurisprudencia del TS es siempre causalista, pero su doctrina sobre el art. 1274 es confusa ya que:

* En ocasiones la refiere a la causa de las obligaciones, otra a la del contrato y en otras todavía a la atribución patrimonial.
* Aunque se alinea con la concepción objetiva de la causa frecuentemente ha admitido la causalización o INCORPORACIÓN DE LOS MOTIVOS a su causa. En todo caso, para tal incorporación, requiere (STS 12 de abril de 1944 o 21 nov 1988):

. Que ese motivo o móvil sea común para ambas partes contratantes o, por lo menos, que sea de una parte y que sea reconocido por la otra (en expresión de CAPITANT, “es necesario que forma parte del acuerdo de voluntades”).

. Que el motivo sea determinante (“fin”) del negocio.

* Y es que, como concluye LACRUZ, si bien nuestro Código Civil no se refiere a los motivos, disciplina la causa falsa y la causa ilícita así como hace referencia a la causa en las disposiciones testamentarias o en la regulación del consentimiento, de todo lo cual se deduce sin posibilidad de duda que los motivos pueden llegar a formar parte del negocio y han de ser tenidos en cuenta a la hora de apreciar su validez y eficacia.

REQUISITOS

Art. 1275: **Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.**

Art. 1276: **La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.**

Art. 1277: **Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.**

De estos preceptos se derivan tres requisitos de la causa: existencia, licitud y veracidad.

La in**existencia** de causa:

. propiamente dicha, sólo puede concebirse en el ámbito de las atribuciones patrimoniales ya que el contrato siempre tendrá una función económica fijada por la ley (teoría objetiva) o un propósito perseguido por las partes (teoría subjetiva)

. de una manera impropia, en el ámbito de los contratos la doctrina y la jurisprudencia refieren la inexistencia de causa a aquellos supuestos en los que falta una justificación jurídica o social de los mismos.

La i**licitud** de la causa, es decir, su contrariedad con el ordenamiento jurídico, sólo cabe si se admite la causalización de los motivos o causa subjetiva (en otro caso, preestablecida por la ley, siempre sería lícita).

La **veracidad** de la causa, por las mismas razones ya expuestas respecto a la licitud sólo tiene relevancia si se admite la causa en sentido subjetivo.

\* La idea de causa falsa es tratada en el CC no solo en el art. 1276 sino también en el 1301, si bien recogen figuras diversas ya que:

· El primero se refiere a la causa falsa como sinónimo de simulada por lo que en realidad dicha causa no existe, sin perjuicio de que detrás del contrato simulado haya otro disimulado que luego analizaremos.

· Por el contrario el art. 1301 contempla la causa falsa como aquella que existe pero, afectada por error o dolo, no es la verdadera (en idéntico sentido, el art. 767 para los testamentos). En este caso, el contrato será anulable a instancia de quien lo sufre.

\* Ambos arts. 1276 y 1301 tendrían a su vez que ser puestos en relación con:

/ la causa torpe de los arts. 1305 y 1306 (que contemplan la posibilidad de que dicha “causa torpe” esté de parte de uno solo de los contratantes o de ambos)

/ la cláusula rebus sic stantibus y la teorización sobre ella; nos referimos principalmente a la teoría de la base del negocio de OERTMANN -Geschäftsgrundlage-, perfeccionada por Larenz y acogida por nuestro TS en sentencia  30 Jun 2014

/ la extinción de la prestación por pérdida de la cosa debida (en gral, imposibilidad sobrevenida de la prestación)

/ y la condición resolutoria (condictio causa data causa non secuta),

Todas estas figuras son objeto de estudio en otros temas y resultan en mayor o menor medida relacionadas con la causa, permitiéndonos entrever:

- la enorme trascendencia y eficacia de esta última (la causa), que no se agota en la génesis del negocio sino que lo acompaña a lo largo de su existencia.

- la **función de cierre** del sistema de la causa (compartida con otras instituciones como la inexistencia negocial o el abuso del derecho).

#### LOS NEGOCIOS ABSTRACTOS

En una primera aproximación, serían causales los negocios que tienen causa y abstractos los que no la tienen, si bien, como hemos vistos, todo negocio tiene causa objetiva o subjetiva, pues nunca se celebran sin razón alguna.

Por ello, la doctrina considera que negocio causal es aquel cuya validez y eficacia depende de la existencia, licitud y veracidad de la causa, mientras que el abstracto es aquel que aparece desligado de su causa.

**HISTORIA**. Los negocios más antiguos en Roma –mancipatio/in iure cessio/sponsio- eran abstractos, pura forma: la forma, la solemnidad, habría sido no sólo esencial o constitutiva, sino el único elemento exigible para su validez.

Con el tiempo, de los negocios re y verbis (reales y orales), se habría evolucionado hacia los litteris (escriturarios) y en último término hacia la obligatio ex consensu (cv, arrdto, sociedad y mandato, aparte de los pacta vestita).

Solo en el Ordenamiento de Alcalá 1348, al admitirse como principio “general” que de cualquier forma que las partes quieran obligarse quedan obligadas, el consenso habría desplazado a las otras tres fuentes de obligación; y aun así sólo como principio general, dado que siguen existiendo por ej. contratos formales

Respecto a su **ADMISIBILIDAD**, existen dos posiciones doctrinales:

\* En posición minoritaria, algunos como PEREZ-GLEZ Y ALGUER y NUÑEZ LAGOS consideran que si bien todos los contratos típicos que regula el CC son causales ello no obsta a que:

. en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art 1255), cualquiera de las obligaciones susceptible de ser contenido de uno de éstos contratos pueda ser aislada y abstraída, para constituir el contenido exclusivo de otro negocio aparte.

. los negocios abstractos vengan implícitamente admitidos en el art. 1277.

\* Sin embargo, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA MAYORITARIA entiende que:

. la causa es un imperativo no sujeto a la autonomía de la voluntad como se deriva de los términos tajantes de los arts. 1261 y 1275 (los contratos sin causa no producen efecto alguno).

. En cuanto al art. 1277 simplemente invierte la carga de la prueba de ámbito procesal por lo que, señala ALBALADEJO una cosa es que el negocio no dependa de la causa y otra muy distinta es que, aun dependiendo de ella, no sea preciso que conste.

En conclusión, en nuestro derecho se admite la abstracción formal o procesal *(término acuñado por la doctrina italiana)* de la causa pero no la material. Su inexistencia, ilicitud o falsedad determina la inexistencia o nulidad del negocio, al faltarle, ex 1261, un elemento esencial.

\* SUPUESTOS DUDOSOS. La posición minoritaria considera supuestos de ésta figura:

· las promesas de pago y los reconocimientos de deuda (como en Alemania)

· Las transferencias inmobiliarias en el RP que según ellos se rigen el principio del “consentimiento formal”, particularmente en materia de cancelaciones (82.1 LH: **"Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación o sus causahabientes o representantes legítimos"**) DECIRLO SEGÚN TIEMPO

. Los negocios de aportación a la sociedad de gananciales (1323 y 1355 Cc)

· la constitución de garantía por deuda ajena (en especial, fianza)

· algunos títulos valores.

La doctrina mayoritaria y jurisprudencia, sin embargo, destacan:

. El ámbito estrictamente procesal de la abstracción de la causa del reconocimiento de deuda. En lo material impera el art. 1275 ***(los contratos sin causa no producen efecto alguno)***.

. El registrador ha de calificar la causa ex art. 18 LH, sin que pueda presumirse a efectos registrales, siendo la determinación del carácter gratuito u oneroso de la adquisición esencial a efectos por ej. del juego del art. 34 LH:

+ El art. **18 LH** extiende la calificación registral a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras y dicha validez puede verse afectada por la falta, ilicitud o falsedad de la causa.

+ La inscripción debe expresar la causa de la adquisición, por aplicación de los arts. **9 y 51.10 RH** que se refiere al “título genérico de la adquisición”

. En esta línea causalista, sin perjuicio de su estudio detallado en Tema Hipotecario, la RDGRN 2 de noviembre de 1992 ha señalado que el supuesto del art. 82.1 del a LH no es un negocio abstracto, pues la admisión del puro consentimiento formal como título bastante para la cancelación, no se conviene con las exigencias del sistema registral y que, en consecuencia, también en el ámbito de las cancelaciones registrales la causa no se presume:

+ En contra, LACRUZ con apoyo en el art. 103 LH, entiende que en este ámbito cancelatorio la causa, aunque necesaria, no es preciso que se exprese y puede presumirse.

+ Conforme con la doctrina de la citada RDGRN, GARCÍA GARCÍA, con apoyo en el art. 193.2 RH -que exige que la cancelación extensa contenga la “causa o razón de la cancelación”-.

. Que el pacto de atribución de ganancialidad del art.1355 CC es causal si bien su causa no coincide con las de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta o la donación sino que es un negocio “atributivo” especial(RDGRN 28 V 1996), llegando incluso una parte de la doctrina a hablar de una “causa matrimonii”.

. GULLÓN afirma que la fianza es un contrato que tiene su propia causa: causae garantiae. Este punto de vista ha sido acogido en la RRDGRN 30 septiembre 2009.

. Como excepción, las letras de cambio sí son en nuestro derecho un negocio abstracto entre el librado-aceptante y el 3º tenedor de la misma (art. 20 y 67 LCCH). Y ello por influencia directa de la Ley Uniforme de Ginebra de 1930 (inspirada a su vez en el sistema de la Ordenanza Cambiaria Alemana), recepcionada en la Ley española de 1985.

\* Para terminar señalar que, a diferencia de entre nosotros, en Derecho alemán sí se admite con amplitud la figura del negocio abstracto. No en cambio en Austria, a pesar de regir en este país como en Alemania el principio de separación de negocios. Las circunstancias en cualquier caso son radicalmente distintas:

. En Derecho alemán se distingue entre negocio obligacional y **NEGOCIO DISPOSITIVO** (Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte). Los primeros solo obligan (a dar, hacer o no hacer alguna cosa - Tun, Dulden oder Unterlassen-); mientras que los segundos llegan más allá (dan lugar a una transmisión, gravamen, extinción o modificación -Übertragung, Belastung, Aufhebung oder Änderung-). Rige en todo caso el principio de separación (Trennungsprinzip) entre ambos.

. Si bien en Alemania los negocios obligacionales son normalmente causales (y los dispositivos –siempre, en Alemania- abstractos-), existen algunos negocios obligacionales abstractos: vg. el reconocimiento de deuda (Schuldanerkenntnis) o la promesa de deuda (Schuldversprechen).

. En Austria y Suiza, donde tb rige el Trennungsprinzip, a los negocios dispositivos, a diferencia de en Alemania, se les aplica el Kausalprinzip –es decir, son causales-. No es exactamente lo mismo que en España, donde **la entrega** no se considera propiamente **un negocio jurídico** sino un acto: en España, por tanto, carece de sentido entre nosotros hablar de Principio de Separación de negocios (pq el neg dispositivo no se considera tal)

#### LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

 Al igual que en el ámbito contractual, todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícito debe tener una causa justa.

**Régimen jurídico en ESPAÑA**

\* El Código Civil no contiene una regulación unitaria del enriquecimiento sin causa, a diferencia de los Códigos de corte germánico o de algunas compilaciones forales, como es el caso de la Navarra, que lo regula en las leyes 508 y 509. También alude a él el art. **65 LCCH.**

- No obstante, sí que alude a él en el Art. 10.9 in fine: **En el enriquecimiento sin causa se aplicará la Ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido.** Regla que ha de entenderse hoy superada por el art. 10 del Reglamento Comunitario 864/2007, relativo a las obligaciones extracontractuales (Roma II), que señala que será aplicable la Ley del país con que presente vínculos manifiestamente más estrechos.

- Indirectamente late el concepto de enriquecimiento injusto en la regulación del pago o el cobro de lo indebido (arts 1895-1901), y en particular en el art. 1901: **Se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa**.

\* El TS sobre la base de la legislación histórica (fundamentalmente las Partidas), y estos preceptos, afirma que “a nadie le es lícito enriquecerse torticeramente en perjuicio de otros” y señala como REQUISITOS para que pueda prosperar la reclamación por enriquecimiento:

. Un enriquecimiento del demandado, que puede producirse por aumento de su patrimonio, o por su no disminución.

. Un correlativo empobrecimiento del actor, por un daño positivo o por un lucro frustrado.

. Un nexo causal entre empobrecimiento y enriquecimiento, en virtud del traspaso directo o indirecto de patrimonio del demandante al de la otra parte.

. Falta de causa que justifique el enriquecimiento, que es compatible con la existencia de buena fe en el enriquecido (aunque en un principio la jurisprudencia exigió para la viabilidad de la acción que el enriquecimiento fuera “torticero”, hoy es doctrina consolidada que no se exige mala fe ni conducta ilícita por parte del enriquecido, que hasta puede ser ignorante o de buena fe).

. Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa: posesión de mala fe (art. 455) o de las mejoras introducidas por el usufructuario (art. 487) o el arrendatario (art. 1573).

EFECTOS:

+ Si el enriquecimiento se ha producido de buena fe, se debe restituir la misma cosa corporal o específica, o, en su caso, otro tanto de la misma especie y calidad, así como sus accesiones y lucros.

+ Si el enriquecimiento se ha producido de mala fe, el enriquecido, además de lo anterior, por aplicación analógica del art. 1896, **debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere. Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó**.

ACCIÓN Y SU PRESCRIPCIÓN. Del enriquecimiento sin causa nace una acción personal (pues se trata de una simple acción de reembolso que busca una condena pecuniaria), según los casos directa o in rem verso (directa -restitutoria- o indirecta -contra el patrimonio de un tercero-) y subsidiaria (TS; en contra LASARTE ÁLVAREZ). Su plazo de prescripción es el plazo general de 5 años del artículo 1964 Cc.

**ALEMANIA.** En Alemania al enriquecimiento sin causa se le denomina enriquecimiento “injusto” (Ungerechtfertigte Bereicherung).

\* El Derecho de Enriquecimiento (Bereicherungsrecht) se considera una parte principal de su Derecho Civil. Se le denomina también “Derecho de las Condictiones” (Kondiktionenrecht) en clara alusión al hecho de que en Derecho Romano eran las condictiones las acciones que permitían reclamar la devolución por razón de enriquecimiento injusto.

\* En el parágrafo 812 y ss BGB se contemplan cuatro clases de condictiones:

condictio indebiti (alguien adquiere sin causa)

condictio ob causam finitam (la causa desaparece sobrevenidamente)

condictio ob rem (tb condictio causa data, causa non secuta)

condictio ob turpem vel iniustam causam (arts. 1305 y 1306 Cc))

\* El enriquecimiento sin causa remite a la teoría sobre los NEGOCIOS DE ATRIBUCIÓN PATRIMONIAL (o enriquecimiento), “causa credendi, solvendi ó donandi”. Aunque normalmente vengan a coincidir, no deben confundirse con los NJ de disposición, *pues en ocasiones puede haber una disposición sin atribución patrimonial (vgr renuncia abdicativa) y al revés, una atribución sin disposición (vgr asunción de deuda).*

#### NEGOCIOS ANÓMALOS: SIMULADOS, INDIRECTOS, FIDUCIARIOS Y FRAUDULENTOS.

Son definidos por DE CASTRO como aquellos que deforman una figura negocial por voluntad de las partes de escapar a la regulación normal prevista y ordenada por la ley para un negocio concreto. Presentan diversas clases, entre las que no se puede trazar una separación nítida pues las categorías no son excluyentes (STS de 5 de marzo de 1.966).

NJ SIMULADOS

El negocio simulado es un negocio ficticio y no real, que en ocasiones oculta un negocio verdadero. Por ello presuponen:

. Finalidad de engañar (no siendo necesario que su fin sea ilícito)

. Discrepancia consciente voluntad-declaración (a diferencia del error obstativo)

. Acuerdo simulatorio (que lo diferencia de la reserva mental)

La simulación puede ser:

* Absoluta, cuando el negocio es una pura apariencia pues las partes realmente no pueden celebrar ninguno. A la vista de los arts. 1261 y ss podemos concluir que es nulo o inexistente por falta de voluntad y causa.
* Relativa, cuando detrás del negocio simulado existe en realidad otro, llamado disimulado, que es el que realmente determina la causa. El negocio simulado es nulo por falta de causa y el disimulado en base al art. 1276 es válido si tiene una causa lícita y verdadera, siendo además necesario que reúna los requisitos que le correspondan. Se sigue así la máxima romana “contractus simulatus valet, secundum id, quod actum est, se eo modo valere posit”. En todo caso, la simulación no podrá perjudicar al tercero de buena fe

que actúe en base al negocio aparente; pero como pone de relieve la doctrina, éste no es un efecto de la simulación, sino de la apariencia jurídica y de la buena fe.

Un caso particular de simulación relativa lo constituyen:

. la donación de inmuebles encubierta bajo forma de CV otorgada en EP.

. La donación encubierta de participaciones sociales, si bien en cuanto a éstas la jurisprudencia viene reiteradamente interpretando -STS 14 abril 2011 - que la forma que impone el art. 106 TR LSC no es esencial sino “ad utilitatem” –lo que reenvía la cuestión al art. 632 Cc-). Nos remitimos al tema correspondiente.

NJ INDIRECTOS

ASCARELLI define el NJ indirecto como aquel al que las partes recurren para alcanzar, a través del mismo, consciente y consensualmente, fines diversos a los que le son típicos. Un supuesto típico es la sociedad de favor o la donación indirecta (también llamada negotium mixtum cum donatione).

La doctrina suele distinguir dos tipos fundamentales de negocio indirecto:

. El NI "abierto", en el que el fin indirecto perseguido por las partes sale al exterior.

. El NI "encubierto", en el que el fin indirecto se mantiene oculto por las partes.

La doctrina suele criticar esta categoría:

* DE CASTRO considera que carece de autonomía, pues los supuestos que engloba pueden reconducirse a los negocios fiduciarios y los fraudulentos (que ahora veremos).

La doctrina ha abandonado ya la posibilidad de que el negocio indirecto sea una categoría dogmática con plena sustantividad dado lo heterogéneo de sus supuestos. Así CASTÁN, atendiendo a su causa distingue entre negocios fiduciarios (lícitos y válidos) y negocios fraudulentos (ilícitos e inválidos).

* Por su parte, consideran DIEZ PICAZO y GULLÓN que en un sistema espiritualista que permite la creación de negocios atípicos no tiene sentido esta categoría.

NJ FIDUCIARIOS

Los define ENNECERUS como “aquellos que determinan la transmisión de un derecho o para un fin que no exige tal transmisión”. En definitiva, suponen la transmisión de un derecho a una persona para que lo utilice dentro de unos límites y una vez cumplida su misión lo restituya.

Son negocios caracterizados por:

· Estar basados en la fiducia o confianza en que el fiduciario no abusará de su posición jurídica para fines diversos de los propuestos.

· Suponen una desproporción entre el fin económico que se persigue y el medio jurídico que se utiliza.

 Se suele distinguir entre la fiducia "cum amico" (en beneficio del fiduciante) y "cum creditore", en provecho del fiduciario p. e. cuando se entrega –aparentemente en pleno dominio- un bien en garantía de un préstamo, debiendo restituirse una devuelta la cantidad prestada.

Su **naturaleza jurídica** ha sido muy discutida, destacando dos construcciones:

- Teoría del doble efecto (FERRARA) que configura el negocio fiduciario como un negocio complejo, con una causa propia, causa fiduciae, integrado por dos contratos independientes:

· uno real positivo, por el que el fiduciario adquiere erga omnes la cosa entregada.

· uno obligacional negativo, por el que el fiduciario se obliga a utilizarla en una cierta forma y restituirla después al transmitente o un tercero.

Siguiendo esta postura el fiduciante carecería de acción reivindicatoria (y tercería de dominio) y sólo podría ejercitar contra el fiduciario acción personal de indemnización de daños y perjuicios.

- Para evitar estos inconvenientes, la mayoría de la doctrina y la propia jurisprudencia, a partir de los años 70, acogiendo la posición de DE CASTRO, diferencia entre una propiedad material, que corresponde al fiduciante, y propiedad formal, que corresponde al fiduciario frente a todos excepto frente al fiduciante, quien podrá reivindicarla frente a él como verdadero dueño.

\* Ello no obstante, si el fiduciario transmite a un tercero de buena fe y a título oneroso, el fiduciante no podrá reivindicar (464) sino dirigirse al fiduciario para exigir indemnización de daños y perjuicios.

Partiendo de esta posición, el negocio fiduciario sería un negocio simulado en el que lo querido es algo distinto a la transmisión por lo que, algún autor como ALBALADEJO ha llegado a afirmar que se trataría de un negocio inexistente, no real (sin perjuicio de la protección de la apariencia creada –supongo q dirá-).

\* En base a estos argumentos, la Jurisprudencia del TS acepta la validez de los negocios fiduciarios (STS 25 de mayo de 1944), siempre que "no envuelvan fraude de ley". Así, la DG ha rechazado expresamente la admisión en nuestro Derecho de la venta en garantía (fiducia cum creditore) (a diferencia la Ley 466 Navarra que la admite))

REGISTRO PROPIEDAD. En cuanto al acceso al RP de los negocios fiduciarios, el **artículo 2.3 LH** declara inscribibles: “**Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado**”.

Relacionada con el negocio fiduciario resulta la representación indirecta (1717 Cc, actuación en nombre propio pero en interés ajeno). Sin perjuicio de su estudio en otro tema, apuntar aquí que según la **RDGRN 6 julio 2006** produce no un doble efecto sino una adquisición directa por parte del rpdo (y por tanto da lugar a una acción reivindicatoria y tercería de dominio del representado frente al rpte y terceros), siendo el rpdo es dueño de la cosa ab initio, sin ser preciso –ni posible, pues sería simulado- un acto de transferencia sobrevenido a su favor. La R 6 julio 2006 dice más:

. No es preciso un poder previo a favor del rpte que acredite su rpton indirecta. Cabe ratificación posterior (pese al limitado tenor literal del art. 1259 Cc), siempre que dicha ratificación vaya acompañada de algún hecho o circunstancia que permita afirmar que, atendidas las circunstancias, ha quedado suficientemente evidenciada la relación de representación “atendidas” las circunstancias del caso.

. La inscripción deba practicarse directamente a favor del representado si la relación representativa ha sido acreditada en el momento de solicitarse la inscripción del título traslativo. Y ello sin perjuicio de la debida protección al 3º que contrató con el rpte indirecto (el contrato sigue produciendo todos sus efectos entre quienes lo suscribieron).

NJ FRAUDULENTOS

Existe fraude de ley en el ámbito negocial cuando se celebra un negocio jurídico permitido para lograr fines prohibidos por el ordenamiento. No se ofende la letra de la ley, pero sí su espíritu.

\* ¿Es precisa la voluntad de burlar la Ley? Aunque algunos autores así lo entienden, la mayoría de la doctrina entiende que no porque la proscripción del fraude se basa no tanto en el propósito de reprimir la mala fe cuando en la necesidad de proteger los fines de las leyes y la organización jurídica.

\* Un EJEMPLO lo constituye la venta en garantía frente a la prohibición del pacto comisorio (1859 Cc). Para eludir esta prohibición, la venta en garantía se hace a través de una venta con pacto de retro, a favor del deudor-vendedor. DOS ADVERTENCIAS a este respecto:

- Como queda dicho, la venta en garantía –en general la fiducia en garantía- se admite en Navarra (Ley 466)

- Al hilo de la ejecución hipotecaria, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, dispone en su art. 28.4: “Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito”. Lo que ha sido interpretado por algún autor como una norma que, excediendo la dación en pago, admite en su ámbito el pacto comisorio (contra lo dispuesto en el art. 1859 Cc). CONSULTAR AL PREPARADOR

\* En cuanto a sus efectos, ha de aplicarse el art. 6.4 C.C. (**Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludi**r) que se estudia en otro tema. Solo destacar que como implica la debida aplicación de la norma que se ha tratado eludir, por ello la sanción no necesariamente será la nulidad.