

2. DERECHO MERCANTIL

Fiducia *cum amico*, compraventa de acciones e inaplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil

Fiducia Cum Amico, Share Purchases and Non-application of Article 1306 of the Civil Code

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: En dos recientes sentencias del Tribunal Supremo de 2016 se niega la aplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil en negocios no atributivos del derecho de propiedad (*fiducia cum amico*) procediéndose por tanto a la restitución de las prestaciones por ambas partes.

ABSTRACT: Two recent Supreme Court rulings of 2016 deny that article 1306 of the Civil Code applies to juristic acts that do not convey any right of ownership (*fiducia cum amico*), in which case the considerations should be returned to both parties.

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Fiducia *cum amico*. Compraventa de acciones. Restitución de las prestaciones.

KEY WORDS: Contract law. *Fiducia cum amico*. Share purchase. Return of considerations.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA FIDUCIA, LA «PUESTA A NOMBRE DE OTRO» Y LA NULIDAD POR ILÍCITO CAUSAL.—III. DE LA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1306 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, nuestro Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de volver a encontrarse con un viejo tema de debate doctrinal y jurisprudencial como es el de los negocios fiduciarios, en este caso, bajo la modalidad *cum amico*.

El interés de la cuestión reside tanto en el análisis que sobre la licitud o ilicitud de los mismos se efectúa, como de la restitución de prestaciones o no

entre las partes del negocio fiduciario, a saber, fiduciante y fiduciario, en base a la alegación y posible aplicación o no de la retención que faculta el artículo 1306 del Código Civil.

De esta forma, en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 353/2016 de 30 mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2307), los hechos analizados fueron los siguientes:

El 16 de diciembre de 1993, Calixto y Enma concertaron con José Pablo, Clemencia, Laureano y Rocío un contrato privado, en el que estos cuatro últimos reconocían haber recibido de Calixto y Enma en fiducia las siguientes acciones y participaciones:

- José Pablo 10 participaciones sociales de Llegarva, S.L., 15 participaciones de Retintel, S.L. y 2 acciones de Rentapren, S.A.
- Laureano 10 participaciones sociales de Llegarva, S.L., 15 participaciones de Retintel, S.L. y 3 acciones de Rentapren, S.A.
- Clemencia 10 participaciones sociales de Llegarva, S.L.
- y Rocío 10 participaciones sociales de Llegarva, S.L.

En el reseñado contrato de 16 de diciembre, Jose Pablo, Clemencia, Laureano y Rocío reconocían que su titularidad era mera apariencia, pues los títulos seguían siendo propiedad de Calixto y Enma. Y se comprometían, en consecuencia, a volver a transmitir a Calixto y Enma las participaciones y acciones.

Además, se obligaban a seguir las instrucciones de Calixto y Enma respecto del ejercicio de todos los derechos derivados de los títulos. Y Calixto y Enma se obligaban, a su vez, a pagar a los fiduciarios todos los gastos que se derivasen para ellos de la titularidad formal de los repetidos títulos, así como los de transmisión cuando se la pidiesen.

«[...] Segundo.— Que, como consecuencia del anterior reconocimiento, los Sres. José Pablo, Laureano, Clemencia y Rocío, se comprometen ya desde ahora y para el momento en que se lo indiquen los Sres. Calixto y Enma, a transmitir a favor de estos las acciones y participaciones a que se refiere el presente contrato.

»Tercero.— En tanto en cuanto frente a terceros los Sres. José Pablo, Laureano, Clemencia y Rocío, ostenten la titularidad de las referidas acciones y participaciones, se comprometen para el ejercicio de los derechos políticos y económicos que puedan derivarse de la tenencia de las tan referidas acciones y participaciones, a seguir bien y fielmente las instrucciones que le sean ordenadas por los Sres. Calixto y Enma».

En la demanda que dio inicio al presente procedimiento, Calixto y Enma pidieron, en cumplimiento del reseñado contrato de fiducia de 16 de diciembre de 1993, que los demandados José Pablo, Clemencia, Laureano y Rocío fueran condenados a transmitir a las demandantes las acciones y participaciones que cada uno de ellos tenía como fiduciario.

En su contestación a la demanda, los demandados opusieron la improcedencia de esta reclamación por ser contraria a la buena fe. Otra de las razones por las que los demandados se opusieron a la demanda fue que no habían ofrecido en su demanda el pago de los gastos generados a los demandados por la titularidad de las participaciones y acciones. En cualquier caso, en la audiencia previa, el juzgado fijó como cuestión litigiosa la licitud del negocio fiduciario, y preguntó a los demandantes si estaban conformes con que, de estimarse la demanda, se incluyese la referencia a que ellos debían indemnizar los gastos, a lo que contestaron que sí.

La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda, en cuanto que condenó a los demandados a entregar la titularidad de las participaciones y acciones a los demandantes, y declaró que correspondía a estos últimos abonar los gastos ocasionados a los fiduciarios por la tenencia de los títulos y los que se occasionen con su transmisión.

Recurrida la sentencia en apelación por los demandados, la Audiencia estimó los dos recursos.

Quedó acreditado que D. Calixto reconoció que el contrato se otorgó para evitar que los bienes apareciesen como suyos ante los acreedores. O sea, para burlar el principio de responsabilidad patrimonial universal que establecen las leyes, en una actuación que, dependiendo de las circunstancias, podría haber constituido delito de alzamiento de bienes.

Ante lo anterior, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación fundado en vulneración del artículo 1306 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta mediante la realización del siguiente razonamiento:

«SEGUNDO

Recurso de casación

1. *Formulación del motivo. El motivo se funda en la infracción del artículo 1306 del Código Civil (LEG 1889, 27) y la jurisprudencia que lo interpreta. Según esta jurisprudencia, el artículo 1306 del Código Civil no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo, que es lo que ocurrió en este caso. En virtud del contrato de fiducia las participaciones y acciones se pusieron bajo la titularidad de los demandados, sin que hubiera mediado contraprestación de clase alguna.*

Procede estimar el recurso por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo. En el presente caso, tanto el juzgado como la Audiencia han partido de que nos hallábamos ante una fiducia cum amico. La titularidad de las participaciones y acciones que ahora reclaman los demandantes, había sido atribuida a los demandados con el compromiso de ejercer los derechos económicos y políticos de acuerdo con las instrucciones de los demandantes y de restituírselas a estos últimos cuando les fuera requerido.*

Como se ha advertido en la doctrina, no existe una fiducia negocial típica. Por lo que es preciso acudir, en cada caso, al contenido del negocio concreto que la establece, y, en especial, a la limitación fiduciaria, para advertir si se ha previsto con eficacia real o simplemente obligacional. De tal forma que el contenido de la limitación fiduciaria condiciona el contenido de las acciones que le correspondan al fiduciante.

En nuestro caso, el pleito se ha suscitado entre los dos fiduciantes y los cuatro fiduciarios, esto es, entre quienes fueron parte en el contrato o negocio de fiducia. Los fiduciantes, en cumplimiento del contrato de 16 de diciembre de 1993, pidieron la condena de los fiduciarios a transmitir a los fiduciantes las acciones y participaciones objeto de la fiducia cum amico.

Frente a esta pretensión, la sentencia recurrida, que no ha negado que se había convenido una fiducia cum amico, razona que el contrato se había firmado con el fin de ocultar los títulos a los acreedores de los demandantes, lo que vició de ilicitud la causa del contrato. Motivo por el cual entiende que no puede reclamarse a los demandados nada en virtud del dicho contrato, conforme a lo prescrito en el artículo 1306 del Código Civil.

Esta posición es contraria a la jurisprudencia de esta Sala que, en supuestos como el presente, afirma: «lo que no se puede pretender es aprovechar la existencia

de una finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia cum amico para negar toda eficacia inter partes a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata» (sentencias 182/2012, de 28 de marzo [RJ 2012, 5588], y 648/2012, de 31 de octubre). De este modo, en un supuesto como el presente de fiducia cum amico, frente a la reclamación de las participaciones y acciones objeto de la fiducia, los fiduciarios no podían oponer la previsión contenida en el artículo 1306 del Código Civil respecto de la concurrencia de causa torpe, para eludir el cumplimiento de la obligación de restituir las participaciones y acciones cuya propiedad no llegó a ser realmente transmitida entre las partes, en un sistema de transmisión de la propiedad causalista como el nuestro.

3. Por todo lo cual procede estimar el recurso de casación, lo que conlleva la desestimación de los dos recursos de apelación y la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia».

Por su parte, en un caso similar, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) sentencia núm. 396/2016 de 10 junio de 2016 (*RJ* 2016, 2827), siendo los hechos los siguientes: el demandante don Mariano, ejercita en esta *litis* frente a los herederos de don Fructuoso (fallecido en noviembre de 2007), doña Lidia y don César y doña Claudia, acción declarativa de existencia de negocio fiduciario consistente en un contrato verbal de fiducia celebrado con don Fructuoso en 1996, justificativo de las ventas hechas el 14 de marzo (de 600 acciones de Ecot) y el 24 de julio (de 200 participaciones de Transaher Madrid S.L.). Alega en la demanda que don Mariano cedió a favor de don Fructuoso, solo de forma temporal, la gestión de la parte del negocio formalmente transferido, manteniendo la titularidad efectiva de esa parte con el fin de preservarla ante la crisis matrimonial que atravesaba, sujetándose su matrimonio al régimen aragonés de consorcio, y de preservarla también de los expedientes administrativos sancionadores y de reclamación de deudas a la Hacienda Pública y Seguridad Social de las sociedades de su titularidad, creando una apariencia de transmisión y pérdida de titularidad mediante unos pactos de confianza mutua por los cuales transmitió la titularidad formal de la parte esencial de su negocio de transportes frente a terceros a don Fructuoso, que pasó a ser representante legal de las sociedades Ecot y Transaher Madrid S.L. (luego Grupo Transaher S.L.), con el efecto de separar las sociedades económicamente viables (Ecot y Transaher Madrid S.L.), en las que don Mariano dejaría de figurar como administrador y como socio, de las endeudadas e inviables (Arafresa S.L., Saherba S.L., Transaher S.L., Transaher Barcelona S.L. y Transaher Valencia S.L.).

Por lo que solicita que se declare la existencia y vigencia de un negocio fiduciario, en su modalidad *cum amico*, y la resolución del referido negocio al darse la causa extintiva del mismo (fallecimiento del fiduciario) y, en consecuencia, se condene a los demandados a la restitución *in natura* de los bienes y derechos entregados en su día, precisando que la restitución alcanza el 60% del capital de las sociedades Ecot, Transaher Central de Liquidaciones, S.L., y Grupo Transaher, S.L.

Los demandados se opusieron a la demanda, solicitando su desestimación, niegan la existencia de un pacto verbal de fiducia señalando, en todo caso, la existencia de un negocio simulado.

La sentencia recaída en la primera instancia estimó parcialmente la demanda. Declaró la existencia y vigencia de un negocio fiduciario, en su modalidad

jurídica denominada *cum amico*, declaró la resolución del referido contrato de fiducia y condenó a los demandados a restituir al actor el 60 por ciento de las acciones de la sociedad Ecot, transmitidas a don Fructuoso por escritura de 14 de marzo de 1996.

La sentencia, en la transmisión en 1996 por el demandante a favor de don Fructuoso, apreció una titularidad solo formal, reservándose la real el transmitente, en cuyo interés se configuró el mecanismo jurídico fundado en la confianza, debiéndose restablecer por los herederos del fiduciario (demandados) la atribución de la efectiva titularidad que siempre ha pertenecido al fiduciante. Llega a tal conclusión a través del análisis de indicios que se derivan de la prueba documental del proceso y de los testimonios realizados en el juicio y, en orden al alcance de la condena justifica, en el último párrafo del fundamento de derecho quinto de su sentencia, por qué debe afectar al 60 por ciento de las acciones de Ecot y no igual proporción las participaciones de Transaher Central de Liquidaciones S.L. y de Grupo Transaher, S.L.

Frente a la anterior resolución, los demandados interponen recurso de apelación que es desestimado por la sentencia de la Audiencia, confirmando la resolución de la sentencia de primera instancia.

Los demandados interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que se desestima (con deducción de testimonio de actuaciones y remisión de los Autos al Ministerio Fiscal, por la presunta existencia de delito), con los siguientes razonamientos:

«TERCERO

Recurso de casación. Negocio fiduciario: fiducia cum amico. Transmisión de acciones disimuladas bajo compraventa. Ilicitud de la causa fiduciae: finalidad fraudulenta de la misma como causa concreta del negocio. Procedencia del efecto restitutorio. Inaplicación de la regla nemo auditur del artículo 1306 del Código Civil (LEG 1889, 27). Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. *La parte recurrente, al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), interpone recurso de casación que articula en un único motivo.*

En dicho motivo, denuncia la vulneración de los artículos 1274, 1275 y 1276 del Código Civil, por carecer de causa o por expresión de causa falsa. En este sentido, argumenta que el contrato no puede producir efecto alguno tal y como resulta de la causa fiduciae que se mantiene desde el inicio del presente procedimiento, esto es, la finalidad fraudulenta, contraria al artículo 7 del Código Civil (LEG 1889, 27), de eludir bienes frente a su esposa ante un posible proceso de divorcio y, a su vez, la ocultación de patrimonio a la Hacienda Pública para frustrar su acción ejecutiva.

2. *Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado.*

El examen del motivo comporta dos cuestiones que, aunque estrechamente relacionadas entre sí, deben ser diferenciadas. En la primera de ellas, hay que dar respuesta a si procede la nulidad del negocio fiduciario que los demandados, aquí recurrentes, opusieron como excepción en su contestación a la demanda. Nulidad que hay que precisar que el presente caso no se produciría por la carencia de causa del negocio, o por su falsedad, tal y como formalmente alega el recurrente, sino por la ilicitud de la misma, como en el fondo denuncia el recurrente por su «finalidad fraudulenta». En la segunda cuestión, si se declara la nulidad del negocio fiduciario por causa ilícita, hay que dar respuesta al posible efecto restitutorio que se deriva de dicha declaración, esto es, bien a su improcedencia, como sostiene la recurrente

sobre la base de la regla *nemo auditur, propria del artículo 1306 del Código Civil* (LEG 1889, 27), o bien a su procedencia por aplicación de la regla de la recíproca restitución dispuesta en los artículos 1275 y 1303 del Código Civil (LEG 1889, 27), de acuerdo con la naturaleza y función del negocio fiduciario celebrado.

Centrados en la primera cuestión, no le falta razón al recurrente en su denuncia sobre la ilicitud de la causa fiduciae. Esta Sala, a tenor de la propia demanda transcrita, no puede compartir los pronunciamientos de licitud del negocio fiduciario que realizan ambas instancias. Por el contrario, la transcripción referida evidencia que la finalidad fraudulenta, lejos de poder ampararse en el ámbito subjetivo de los motivos o móviles que llevaron al fiduciante a realizar la transmisión, fue un elemento determinante de la «causa concreta» del negocio fiduciario celebrado, es decir, del propósito práctico que las partes quisieron conseguir con dicho negocio fiduciario considerado en su unidad. De ahí, que esta indisimulada finalidad fraudulenta de eludir la responsabilidad patrimonial del fiduciante, de la que fue partícipe el fiduciario, comporte la nulidad del negocio fiduciario en cuanto se opone a las leyes en sentido de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil (LEG 1889, 27).

En atención a la segunda cuestión planteada, determinante para la resolución del motivo, debe precisarse que una vez señalada la existencia del negocio fiduciario bajo la modalidad *cum amico*, con la finalidad de la transmisión de las acciones (disimulada bajo compraventas) para fines de mera titularidad formal, que no real, del fiduciario, la declaración de la ilicitud de causa fiduciae no opera la excepción del efecto restitutorio, propia de la regla *nemo auditur* del artículo 1306 del Código Civil (LEG 1889, 27). En este sentido, la excepción del efecto resolutorio es contraria a la jurisprudencia de esta Sala que, en supuestos como el presente, tiene declarado en la sentencia núm. 353/2016, de 30 de mayo (RJ 2016, 2307), lo siguiente:

«[...] lo que no se puede pretender es aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia *cum amico* para negar toda eficacia inter partes a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata (sentencias 182/2012, de 28 de marzo [RJ 2012, 5588], y 648/2012, de 31 de octubre). De este modo, en un supuesto como el presente de fiducia *cum amico*, frente a la reclamación de las participaciones y acciones objeto de la fiducia, los fiduciarios no pueden oponer la previsión contenida en el artículo 1306 del Código Civil (LEG 1889, 27) respecto de la concurrencia de la causa torpe, para eludir el cumplimiento de la obligación de restituir las referidas participaciones y acciones cuya propiedad no llegó a ser realmente transmitida entre las partes, en un sistema de transmisión de la propiedad causalista como el nuestro».

Toda vez que, en el presente caso, no se da la existencia de un tercer subadquirente de buena fe.

CUARTO. En atención a lo razonado y a la vista de que los hechos que se han enjuiciado pueden ser constitutivos de infracción penal, procede deducir testimonio de las actuaciones y su remisión al Ministerio Fiscal a estos efectos».

II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA FIDUCIA, LA «PUESTA A NOMBRE DE OTRO» Y LA NULIDAD POR ILÍCITO CAUSAL

Sobre la fiducia *cum creditore* y la venta en garantía, ya opinamos en su momento sobre el carácter simulado de la misma¹. En este sentido, nos referíamos a que ALBALADEJO² había vuelto a escribir sobre el carácter simulado de los

negocios fiduciarios (reiterando el abandono de sus tesis de juventud y volviendo a admitir las tesis del profesor DE CASTRO³).

Así y de forma gráfica, introduce el tema en cuestión⁴: «Esto es así, en España los valedores del negocio fiduciario en la doctrina después de DE CASTRO se han quedado muy en cuadro porque aparte de que GARRIGUES⁵ ha muerto, es que su monografía es anterior a la obra de DE CASTRO y, por otro lado, desde donde ahora están ambos y JORDANO, GARRIGUES habrá visto la verdad de las cosas y se habrá sumado a la opinión de DE CASTRO. Sin embargo, no deja de ser cierto que todavía hay autores que siguen creyendo en el negocio fiduciario, lo que es como creer que un cadáver está vivo, si bien muchos de los que tal hacen no hacen más que repetir lo de la realidad del negocio fiduciario porque lo toman de otros, pero sin mayor ahondamiento del tema.

En definitiva, que hoy el negocio fiduciario donde parece tener más asentamiento no es en los libros, sino en la jurisprudencia de la Sala Primera del TS si bien es verdad que por un lado, ahondando las sentencias se ve que en gran parte, aunque lo aceptan de palabra, no admiten de hecho el negocio fiduciario verdadero, y, por otro lado, es que las modernas han comenzado a dudar de él o a abandonarlo...».

Como apunté, me adscribo totalmente a las tesis de DE CASTRO y de ALBALADEJO que consideran que el negocio fiduciario (tal y como expondremos brevemente) se trata de un negocio simulado.

Aunque desde ahora, realizo una observación a las citadas palabras de ALBALADEJO, no solo a esos pocos autores que aún afirman la validez del negocio fiduciario⁶, ni a esas sentencias del Tribunal Supremo que ancladas en posiciones pasadas (teoría del desdoblamiento de propiedades —formal y material—, teoría del doble efecto, y teoría de la validez de la «*causa fiduciae*») siguen considerando válido al negocio fiduciario (aunque sin admitir la plena transmisión de propiedad del bien), sino al legislador español tras la publicación del Real Decreto-ley 5/2005, son a quienes deben dirigirse las conclusiones de la invalidez del negocio fiduciario, al consistir este en un simple negocio simulado.

Así pues, con la introducción de dicha figura en el Real Decreto-ley 5/2005, parece que ha de renacer el interés por afirmar, como crítica a dicha introducción, el carácter simulado del negocio fiduciario.

Esto es, también en nuestra opinión, la venta en garantía como negocio fiduciario no supone más que la existencia de un negocio simulado en el que no es válida la transmisión de propiedad que se ha pretendido operar por inexistencia de consentimiento y de causa onerosa, puesto que el verdadero fin pretendido es la constitución de una garantía, negocio interno que será válido si su causa es lícita.

No obstante dicha afirmación, es cierto que aún la Jurisprudencia sigue siendo reticente a calificar el negocio fiduciario como un negocio simulado (en nuestro juicio, al ser rehén de antiguas posiciones que afirmaban la validez del mismo y de los efectos transmisivos pretendidos, aunque mantenga por otro lado la invalidez de la teoría del doble efecto)⁷.

Aunque se notó un cierto cambio de rumbo en la misma, sobre todo, a raíz de la acertada sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1.999 (*RJ* 1999, 4474), donde se afirma que lo que realmente se convino por las partes fue un negocio simulado que encubría una garantía de la devolución de las cantidades adeudadas.

Así dicha sentencia se pronunció acertadamente al respecto del siguiente tenor literal: «...En el presente caso, por más que se hable de negocio jurídico fiduciario en la sentencia de instancia, que no le aplica los efectos que según la

doctrina le eran propios, no hay sino un negocio jurídico simulado. Las partes celebran sendos contratos de compraventa y en documento privado, reconocido por todas ellas, manifiesta que lo han celebrado sin verdadero «ánimo vendendi». La simulación es relativa, en el sentido de que encubre, disimula, el verdadero negocio jurídico, el cual es, como dicen en el mismo documento, garantía de devolución de las cantidades adeudadas. Como consecuencia, dice el documento, tras la compraventa se concede a los pseudo-vendedores el derecho de retracto sobre las fincas pseudo-vendidas. El negocio disimulado es, pues, la garantía del préstamo y esta no consiste sino en hacer tuyas las fincas dadas en garantía: lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio prohibido, con antiguos precedentes, en nuestro Derecho en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil».

Pese a ello, desafortunadamente no termina de afianzarse dicha postura, puesto que el Tribunal Supremo en diferentes sentencias continúa afirmando la validez del negocio fiduciario y su carácter no simulado⁸.

El efecto más negativo para el fiduciante según el esquema expuesto, es que declarada la inexistencia de una compraventa y sí de una garantía real atípica —verdadero negocio querido por las partes— este no podrá esgrimir su verdadero derecho de propiedad frente a tercero de buena fe y a título oneroso que haya adquirido del fiduciario que se extralimite en su derecho⁹.

Lo anterior nos lleva, al menos, a recordar en el ámbito de la calificación del tercer adquirente a título oneroso como de buena fe (*ex art. 34 de la Ley Hipotecaria*), que el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido denegar la inscripción de los negocios fiduciarios, basándose sobre todo en el carácter imperativo de los preceptos de ejecución extrajudicial de la hipoteca, así como en la prohibición del pacto comisorio¹⁰.

Sin embargo, no es menos cierto que en realidad lo que existe es una titubeante postura jurisprudencial sobre el particular. En realidad el Tribunal Supremo ha resuelto que el negocio fiduciario puede ser una modalidad de simulación, *vid.*, STS de 2 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 3368) y que la adquisición por persona interpuesta se distingue de los de mera titulación formal o puesta a nombre de otro, *vid.* STS de 14 abril de 2005 (*RJ* 2005, 4515)¹¹.

De esta forma, en la STS de 19 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 5418), relativa a un negocio de adquisición por persona interpuesta, fue calificado de fiducia *cum amico*, apreciando la simulación relativa, esto es, un «convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz “erga omnes” y otro, obligacional, válido “inter partes”, destinado a compelir al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado».

Prueba de lo anterior es que la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1012/1996 de 2 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 8784), incardina a la fiducia *cum amico*, dentro de la simulación, razonando lo siguiente: «el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista, y esta Sala ha proclamado reiteradamente que, cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz, y de ahí que el planteamiento de la recurrente —sobre que el incumplimiento por el fiduciario de su promesa obligacional no derivará en la pérdida de la titularidad atribuida por un negocio transmisible seguido de “traditio”, como sucedería en un “pacto de retro”, sino que este solo responderá del incumplimiento de la obligación

según lo establecido en los artículos 1096 y 1101 del Código Civil—, no sirve como apoyo de la indemnización sustitutiva, pues, de una parte, el artículo 1096 compatibiliza la ejecución forzosa con la compensación de daños y perjuicios a elección del acreedor y, de otra, la recurrida, en uso de la opción expresada, ejercitó en el pleito una acción reivindicatoria con la asistencia de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su éxito, a saber: la titularidad de la propiedad, la reclamación contra quien tenía la cosa en su poder, la inexistencia de derecho en la otra parte contra el dueño para retener el bien, y la debida identificación de la cosa, y lo hizo con el objetivo de recuperar el dominio, en realidad nunca perdido en virtud de la «fiducia cum amico» incrustada en la relación jurídica con simulación relativa de persona interpuesta, donde, al quebrar la relación de confianza por la conducta del fiduciario, tenía aptitud legal para el ejercicio de dicha acción».

Prueba de la falta de claridad en cuanto al discurso jurisprudencial es que se sigue afirmando en ocasiones que mediante la estipulación de un negocio fiduciario se persigue en ocasiones fines lícitos, cuáles pueden ser la transferencia de la propiedad con fines de garantía, pues como dice la STS de 26 de julio de 2004 recurso 3684/1998 «La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o “venta en garantía” es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación», fideicomisos, obtención de préstamos, etc., y otras veces, claramente ilícitas como lo es vulnerar la garantía general que para los acreedores representa el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil, la evasión de impuestos o la obtención de subvenciones a las que no se tiene derecho. Incluso los traspasos y subarriendos ilegales como recuerda la STS de 16 de julio de 2001, recurso 1505/1996.

Incluso, siguen existiendo recientes posturas en nuestra doctrina sobre la validez del negocio fiduciario y concretamente en el ámbito de la fiducia gestión (fiducia *cum amico*). De esta forma, destacamos las conclusiones de MATEO Y VILLA¹², al respecto:

a) Que la causa, dentro del Derecho español, es un concepto lo suficientemente amplio como para enmarcar dentro de la misma negocios hasta ahora no desarrollados en el Código Civil.

b) Que la causa fiduciaria tiene un carácter no tipificado y se entiende por tal aquella por la que un sujeto adquiere la titularidad dominical de un bien con carácter temporal y afectado dicho bien a la finalidad de administración, con obligación de transmitir al beneficiario las rentas producidas y los bienes resultantes.

c) Que a esta figura le resulta de aplicación por analogía determinados preceptos del Código Civil respecto de la administración de la herencia y más particularmente de las sustituciones fideicomisarias.

d) Que la regulación de la fiducia gestión requiere en todo caso la existencia de un verdadero patrimonio separado, lo que implica una fuente independiente de entrada y salida de los bienes y derechos y un centro independiente de imputación de responsabilidad. Esto implicará, entre otros, la existencia de un patrimonio personal y de otro fiduciario, ambos bajo la titularidad de la misma persona, y que el concurso de uno de los patrimonios no afecte al otro y viceversa.

e) Que, como el resto del ordenamiento jurídico, la seguridad es piedra angular a los efectos de evitar perjuicios de terceros interesados en el negocio —fundamentalmente el beneficiario y los acreedores— por lo que el Registro de la Propiedad se establece como institución fundamental a los efectos de dar

a conocer a terceros la existencia y la extensión, respecto de bienes inmuebles, del negocio fiduciario lo que es fundamental para su articulación; y, por último,

f) Que la declaración de entrada y salida de los bienes del patrimonio fiduciario, la adjudicación de bienes y de rentas al beneficiario o cualquier otra medida de control, puede hacerse a partir de instituciones ya existentes pero que, en todo caso y dentro de lo posible, no deben perjudicar a la flexibilidad de esta figura que por su naturaleza puede ser especialmente sensible a trabas de cualquier tipo».

Pues bien, en nuestro caso en cuestión y más allá de las discusiones apropiísticas sobre la naturaleza y verdadera esencia del negocio fiduciario, sentado en las instancias la existencia de un negocio fiduciario *cum amico*, consistente en una pretendida transmisión de propiedad con el objeto de poder distraer el patrimonio de los acreedores del fiduciante, el ilícito causal se releva en toda su plenitud, al buscarse la clara inaplicación del artículo 1911 del Código Civil.

Además en nuestro caso, entendemos que no nos encontramos «*strictu sensu*», ante un supuesto de fiducia, sino que estaríamos ante el negocio jurídico de «puesta a nombre de otro», tal y como señala la STS de 17 de febrero de 2005 recurso 5211/2000: «y aparte de que dicho negocio es nulo si envuelve un fraude (*ad exemplum sentencia de 2 de diciembre de 1996*), además de todo ello, procede decir que esta Sala (vgr. sentencia de 5 de julio de 1989) ya se ha referido en diversas ocasiones al negocio jurídico de «puesta a nombre de otro» en sentido estricto —«nomen commodat»— [en Cataluña «prestanom»], refiriéndose a su designio de «conseguir una finalidad económica muy limitada con instrucciones reservadas del verdadero propietario, cual es la ocultación de la titularidad real para salvar el patrimonio de las responsabilidades en que se halla implicado, figura que tiene unos perfiles ciertamente semejantes con los negocios fiduciarios, pero con más improntas específicas, y concomitancias con figuras afines como la de interposición de personas»; y entre estas figuran, a no dudarlo, el denominado «testaferro» (del italiano «testa ferro», cabeza de hierro), en cuanto se trata de «una persona que figura con su nombre en un contrato, o como propietario de cierta cosa, en vez del interesado, o dueño verdadero, que queda oculto».

Así, tanto para el negocio fiduciario estricto *sensu*, como para el negocio de «puesta a nombre de otro», hemos de tener presente la concepción del ilícito causal que se realiza en las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 2001, 7 de junio de 2002, de 30 de marzo de 2004, y 17 de febrero de 2005, que afirman que «cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz». Lo que, por otra parte, no es sino una consecuencia lógica de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil, a cuyo tenor «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». Y la STS de 13 de marzo de 1997 precisa que «la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquel imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio», y STS de 19 de febrero de 2009 recurso 2236/2003 «Es cierto que el artículo 1275 del Código Civil en consonancia con el apartado tercero del artículo 1261 del mismo código, que exige como requisito esencial del contrato la existencia de causa de la obligación se establezca, señala que el contrato con causa ilícita no produce efecto alguno y que es ilícita la causa cuando se opone a la ley, de modo que en tal caso se impondrá la aplicación de las reglas del artículo 1306 en cuanto distingue los supuestos en que la causa torpe deba atribuirse a ambas partes o a

uno solo de los contratantes. En este sentido la sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 2007 se remite a la de 13 de marzo de 1997 para reiterar que «la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las Leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio (Sentencias de 8 de febrero de 1963, 2 de octubre de 1972, 22 de noviembre de 1979, 14 de marzo y 11 de diciembre de 1986), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes (sentencias de 22 de diciembre de 1981 y 24 de julio de 1993)».

Aun cuando la «causa» no aparece conceptualmente definida en el Código Civil y el propio legislador utiliza una terminología equívoca, pues unas veces habla de causa de la obligación (art. 1261-3.^º) y otras de causa del contrato (arts. 1275, 1276 y 1277), puede afirmarse que se trata del fin objetivo o inmediato del negocio jurídico o la función económica y social que el Derecho le reconoce como relevante, sin perjuicio de que los móviles subjetivos —en principio, ajenos a la causa— puedan considerarse integrados en la misma cuando se han objetivado mediante su expresión en el propio negocio como fundamento del mismo o se trata de móviles ilícitos, los que vienen a integrar los llamados «motivos casualizados» (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1984, 21 de noviembre de 1988 y 8 de abril de 1992, entre otras)¹³.

En consecuencia, la nulidad del negocio fiduciario obligacional por ilícito causal (distracción del patrimonio del fiduciante al poder de sus acreedores), acarrearía la ineficacia del contrato de naturaleza real aparente, como integrantes de un único negocio complejo, pues no pueden sobrevivir independientemente, aunque con efectos limitados al fiduciante y fiduciario, dada la inatacabilidad de la posición que sobre los bienes fiduciarios ostentan los terceros de buena fe por negocios efectuados por el fiduciario, ya que para los terceros, ajenos a los pactos fiduciarios, serían plenamente válidos y eficaces (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.^a) núm. 459/2009 de 24 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 361380).

III. DE LA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1306 DEL CÓDIGO CIVIL

En cuanto a las consecuencias que para los contratantes se deriva de que la nulidad provenga de ser ilícita la causa del contrato viene regulada en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil¹⁴, indicando, este último, que es el que aquí nos interesa que «*Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:*

1.^{a)} Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2.^{a)} Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá este repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fue extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido».

Los artículos 1305 y 1306 del Código Civil, suponen una excepción o salvedad (ya anunciada en el artículo 1303 *in fine* del Código Civil) a la regla de la recí-

proca restitución de las prestaciones producidas en virtud de un contrato nulo. La razón de estos preceptos se presenta en sede de pago de lo indebido, o de enriquecimiento injusto. En efecto, se trata de un conjunto de casos, ya tratados en el Derecho Romano, en que se deniega la «*conditio*» o la acción de cobro de lo indebido, y que la doctrina moderna fundamenta, entre otras teorías, en la prohibición del abuso de derecho y en la observancia del principio de legalidad.

Ahora bien, la aplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil, tiene dos excepciones jurisprudencialmente admitidas: los supuestos de simulación contractual y los negocios en que una sola de las partes efectúa prestaciones. Así lo entendió la STS de 30 de octubre de 1985 «*al ser reiterada la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en la sentencia de 7 de febrero de 1959 y en las citadas en la misma, según la que el artículo 1.306 del Código Civil “no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo” que es, al igual que en el supuesto contemplado por la referida sentencia, el caso resuelto por la aquí recurrida, en que el presunto vendedor, padre del demandando, hoy recurrente, transmitió a este, que figuraba como comprador, las fincas objeto de las simuladas compraventas, sin contraprestación alguna por su parte*», lo que corrobora la STS de 14 de noviembre 2008 recurso 74/2003 «*En todo caso, y aunque ello ha sido discutido doctrinalmente, esta Sala ha declarado expresamente (sentencias de 7 de febrero de 1959, 24 de enero de 1977 y 30 de octubre de 1985) que el artículo 1306 del Código Civil “no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo”*.

En igual sentido se pronuncia la doctrina de las Audiencias Provinciales, así la SAP de Burgos de 31 de marzo de 2004, cuando nos dice que «*Partiendo el actor en su demanda de que la finalidad del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, cuya nulidad pretende, era la de simular una venta a favor de su hermana D.^a Cristina pues, consecuencia de una serie de problemas y deudas profesionales (era albañil) temía que le embargaran; y así evitar que los bienes vendidos, casa con terreno y cochera, útiles y herramientas de su trabajo le fueran embargados por terceros, es claro que la causa del contrato litigioso obedeció a una causa torpe o ilícita, cual era vulnerar la garantía general que para los acreedores representa el principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1911 del Código Civil y aún cuando de conformidad con la literalidad del artículo 1306 núm. 2 del Código Civil, el actor carecería de acción para exigir la restitución de los bienes enajenados al responder la transmisión a una causa torpe, no puede ignorarse la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo a lo largo de casi un siglo, no obstante ser criticada por un sector amplio de la doctrina, según la cual este precepto no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo (SSTS de 24 de enero de 1977, 7 de febrero de 1959, 30 de junio de 1931), doctrina reiterada por la más reciente STS de 23 de octubre de 1992, en términos que no dejan lugar a dudas sobre la imposibilidad de aplicar a supuestos como los de autos, la regla 2.^a del artículo 1306, por inmoral y fraudulento que puede parecer esta utilización de los mecanismos y recursos jurídicos, cuando literalmente dice “como el derecho no puede temer a la verdad sino favorecer el que esta prevalezca, es llano que los interviniéntes en el negocio con simulación absoluta están legitimados para pedir la declaración de su inexistencia”*», SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de julio de 2003 al afirmar que «*no hay que confundir el dolo con la causa ilícita o torpe del artículo 1306 del mismo Código y que es predicable de ambos contratantes, precepto que solo es de aplicación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo —senten-*

cia de 10 de abril de 2001, por citar alguna de las más recientes— a los casos de nulidad de pleno derecho o absoluta (entre los que no se incluye el supuesto de los vicios de la voluntad y, entre otros, del dolo), y que tampoco es aplicable, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo —sentencia de 30 de octubre de 1985, por ejemplo—, si uno solo de los contratantes entregó algo. Sobre la base de esta consideración y de la inaplicación del artículo 1306 citado, habría que entender que, en este caso, los efectos materiales de la resolución pretendida por el actor serían los mismos que los de la nulidad solicitada por el demandado, pues ambas formas de ineffectuación contractual se traducen en la obligación de restitución propia de las cosas o de las prestaciones que hubieren sido objeto del contrato (art. 1303 del Código Civil) y entregadas o ejecutadas en virtud del mismo». La SAP de Tarragona de 14 de noviembre de 2003 que «respecto a la supuesta causa ilícita y correlativa nulidad del contrato, hay que indicar que, aceptando esta línea argumental, lo que quedaría sin efecto es precisamente la atribución formal de la titularidad a favor de la esposa, que es la apariencia creada por las partes para obtener la subvención, revelándose entonces como válido el único y auténtico negocio de adquisición real por parte de ambos cónyuges; lo que nunca cabría defender es la solución contraria, propugnada por la recurrente, esto es, que constatada la ilicitud de la causa, se mantuviera la situación aparente creada por las partes con tal fin». Esta misma doctrina la admite la SAP Alicante (Sección 7.^a) de 11 de noviembre de 2002 al sostener que «Sentado, pues, que D. José Francisco conocía que el fin pretendido por D. Bartolomé al proceder a la venta de sus propiedades era el sustraer las mismas a la acción de los acreedores, cabe concluir que la causa torpe o ilicitud de la causa (vulnerar la garantía que para los acreedores representa el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 del Código Civil) era conocida tanto por el vendedor como por el comprador, siendo de aplicación, pues la causa torpe descrita no constituye delito ni falta a que hace referencia el artículo 1305 del Código Civil, lo previsto en la regla 1.^a del artículo 1306 al establecer que “cuando la culpa este de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido”. Si bien es cierto que existe jurisprudencia según la cual el artículo 1306 del Código Civil no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni cuando es uno solo de los contratantes el que entregó algo (STS de 30 de octubre de 1985), también lo es que en el presente caso ha quedado suficientemente acreditado, mediante constancia en escritura pública, que el actor reconoció recibido el precio estipulado, sin que dicha prueba pueda ser destruida por la declaración testifical que ni siquiera asegura tener constancia de si se realizó o no se realizó pago alguno, motivo por el cual no nos encontramos ante ninguno de los supuestos citados, sino, como ya ha quedado expuesto, ante un caso de contrato con causa ilícita». Si bien esta última sentencia se aplicó el artículo 1306 del Código Civil, porque no se trataba de un contrato simulado, y se consideró que hubo prestaciones por ambas partes litigantes, por tanto, no concurría ninguna de las excepciones jurisprudenciales a su aplicabilidad.

En consecuencia, cuando se da uno de estos dos supuestos de excepción a la norma especial sancionadora, la consecuencia por ella prevista decae y vuelve a ser aplicable la norma general reguladora de los efectos *«inter partes»* de la nulidad contractual, que es la prevista en el artículo 1303 del Código Civil conforme al cual *«Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes»*.

Anteriormente, ya hemos expuesto que en realidad más que ante un negocio fiduciario *cum amico*, nos encontramos en los casos analizados por estas sentencias del Tribunal Supremo ante supuestos de intestación conocidos como negocios de puesta a nombre de otro. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1989 viene a indicar que «*aparece claro que el contrato de compraventa a favor de la Orden de Predicadores, efectuado por los actores por medio de su apoderado a tal fin don Eloy V. M. y con el propósito de esquivar responsabilidades de orden administrativo constituye un típico caso de negocio jurídico de "puesta a nombre de otro" en sentido estricto, que en el historial patrio cuenta con innumerables precedentes en los avatares de los conflictos político-sociales padecidos y que con un instrumento jurídico aparentemente ilimitado en sus consecuencias cual es la transmisión de la propiedad, se trata de conseguir una finalidad económica muy limitada y con arreglo a instrucciones reservadas del verdadero propietario, cual es la ocultación de la titularidad real para salvar el patrimonio de las responsabilidades en que se halle implicado el mismo; tiene pues, unos perfiles ciertamente semejantes a los negocios fiduciarios, pero con unas improntas específicas, que han sido objeto de doctrina de esta Sala si bien en casos diferentes al que aquí no ocupa* —sentencias de 26 de abril de 1956, 13 de noviembre de 1958 y 25 de octubre de 1962— y con concomitancias con figuras afines como la de interposición de personas. Ahora bien, calificado el contrato de 8 de febrero de 1969, como enmarcado en el negocio de “puesta a nombre de otro” (*«nomen commodat»*), y dada su validez no cabe extenderse más allá de lo prevenido, conforme al acuerdo de voluntades de los contratantes, por lo que las sucesivas transmisiones sin el consentimiento de una de las partes incurre en vicio de simulación, y nulidad por falta del consentimiento del verdadero titular salvo que esté protegido por la buena fe el tercer adquirente, en aras de la seguridad jurídica».

Por ello, como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.^a) núm. 232/2013 de 20 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 211153), no existe verdadera transmisión de propiedad entre las partes del negocio fiduciario *cum amico* ni en el de intestación consistente en la puesta a nombre de otro: «*al tratarse de un negocio de fiducia trátese de una fiducia cum amico o simplemente un supuesto de puesta a nombre de otro pretendiendo que la verdadera titularidad quede oculta lo cierto y verdad es que la titularidad quasi transmitida es meramente aparente y no real y por lo tanto las ventas o transmisiones realizadas por el fiduciario sin el consentimiento o fuera de las instrucciones arregladas con el fiduciante son nulas por cuanto están hechas por quien no es verdadero titular de los bienes y no se prueba que se haya realizado de acuerdo con las instrucciones del mismo. Por ello el motivo en cuanto confunde la existencia de los dos tipos de negocios fiduciarios se desestima».*

En realidad, no existiendo transmisión dominical en los negocios analizados por las sentencias del Tribunal Supremo de 2016, nos encontramos realmente ante una «tercera excepción» a la aplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil, junto a las ya citadas de los contratos simulados y la de los contratos en lo que solo una de las partes procedió a cumplir su prestación, como es el de los supuestos de prestaciones no definitivas o que el *accipiens* no recibía para su propio patrimonio, tal y como las denomina DELGADO ECHEVARRÍA¹⁵, (con quien coincidimos) razonándolas del siguiente tenor: «El Código Civil alemán excepciona de la exclusión de repetición de la prestación torpe el caso en que la prestación consistiere en contraer una obligación (§ 817, 2, de la BGB). Con mayor razón debe mantenerse la misma doctrina para el Derecho español, en que no se

reconoce el negocio obligacional abstracto. La aceptación de letra de cambio o la firma de pagaré no es todavía pago (*vid.* art. 1170, 2.^º, del Código Civil) y es conforme a la idea de los artículos 1305 y 1306 impedir su cumplimiento para evitar con él una atribución patrimonial reprobable. Generalizando este criterio restrictivo, se ha dicho que no ha de excluirse la repetición de las atribuciones no definitivas, aquellas que el atributario no ha de retener para siempre según el acuerdo y las que no recibe para su propio patrimonio (19). Así, por ejemplo, las prestaciones en garantía (constitución de prenda o hipoteca, cesión de crédito en garantía, etc.) serían repetibles aun cuando la obligación garantizada fuera nula por ilicitud de la causa.

Lo mismo las cantidades entregadas para ejecución de un mandato ilícito (mientras este no ha sido ejecutado) o las atribuciones fiduciarias: de otro modo, la aplicación de los artículos 1305 y 1306 llevaría a desplazamientos patrimoniales que ni siquiera el contrato habría producido de ser válido.

Siguiendo este camino, es decir, entendiendo restrictivamente el concepto de «prestación» realizada en virtud de contrato ilícito («lo que se hubiera dado a virtud del contrato», dice el art. 1306 del CA), se hace notar que en contratos como el préstamo o el arrendamiento lo dado en virtud de él no es el dinero o la cosa, sino la utilización de ellos durante cierto tiempo; en consecuencia, la irrepetibilidad solo operaría en el tiempo contractualmente previsto para la duración de la prestación.

El supuesto principal es el del préstamo usurario, que llevó al Reichsgericht a cambiar en el sentido apuntado su anterior jurisprudencia (sentencia de 30 de junio de 1938): se entiende que al usurero alcanza la tacha de torpe, y no así al prestatario, por lo que este puede repetir los intereses pagados, pero aquel no el capital entregado; ahora bien, si la negación de la repetición fuera perpetua, el prestatario obtendría sin fundamento alguno otra ventaja patrimonial, además de la que el contrato le proporcionaba (la utilización del capital por el tiempo pactado); en definitiva, se entiende que el § 817 de la BGB (equivalente a nuestro art. 1306) no se opone a la repetición del capital una vez transcurrido el tiempo pactado. La solución parece aceptable en nuestro Derecho, en que el artículo 3.^º de la Ley de 23 de julio de 1908 (de represión de la usura) obliga al prestatario a restituir la suma recibida, autorizándole a repetir el exceso pagado en concepto de intereses: ha de entenderse —aunque no resulta con claridad de la jurisprudencia— que la restitución del capital tampoco puede exigirse antes del plazo pactado. Considerando que esta solución legal no es sino concreción para un caso de la regla del artículo 1306 podríamos tratar con los mismos instrumentos problemas como el del arrendamiento de prostíbulo, sin necesidad de reconocer —lo que sería incorrecto, en mi opinión— el ejercicio de la reivindicatoria al arrendador durante el plazo del arriendo».

Por tanto, si el negocio fiduciario fuese nulo por concurrir causa ilícita, cual pudiera ser una eventual evasión fiscal o un fraude de acreedores, la consecuencia no sería siempre que el fiduciario no tendría que entregar nada al fiduciante, por aplicación del artículo 1306 Código Civil, sino que se debe de estar al artículo 1303 del mismo texto legal, cuando fue solo el fiduciante el que efectuó entregas, cuando se trate de un negocio simulado, o bien, en realidad cuando no la atribución no haya supuesto una transferencia dominical, como realmente ocurre en el caso de los negocios fiduciarios y en los de puesta a nombre de otro. Lo contrario incluso supondría un enriquecimiento injusto para el fiduciario cooperador en el negocio fraudulento. Además, esta sería la solución más correcta desde el punto de vista de eventuales terceros perjudicados, ya que al

reintegrarse los bienes en el patrimonio de su verdadero titular, normalmente podrán (los terceros) desplegar con mayor facilidad las acciones que pudieran corresponderles, cual sucede en supuestos de obtención de subvenciones indebidas, fraudes fiscales, de acreedores..., con lo que estimamos acertada la solución que nos ofrecen estas dos sentencias del Tribunal Supremo de 2016 al negar la aplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil en negocios no atributivos del derecho de propiedad, procediéndose por tanto a la restitución de las prestaciones por ambas partes.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA. *La simulación*. Madrid, 2005.
- ALONSO PUIG. Reflexiones sobre el artículo 1306 del Código Civil. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003.
- DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico*, 1967.
- DELGADO ECHEVARRÍA (comentario al art. 1306 del Código Civil). *Comentarios al Código Civil*. Edesa (2005). Tomo XVII, Vol 2.º: Artículos 1281 a 1314 del Código Civil (2.ª edición).
- GÓMEZ GALLIGO. Titularidades fiduciarias. *Actualidad Civil*, 1992-3.º, XXXIII.
- JORDANO BAREA. Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria (Notas sobre la sentencia del TS de 16 de mayo de 1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro). *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, núm. 4, 1983, pp. 1435-1454.
- MATEO Y VILLA. De la fiducia gestión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 83, núm. 704, 2007.
- MORALES MORENO. Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes (Anotaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986), *Anuario de Derecho Civil* (1988).
- PARA MARTÍN. En torno a la fiducia *cum creditore*. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003.
- REDONDO TRIGO. El pacto marciano, el pacto «*ex intervallo*» y la fiducia «*cum creditore*» en las garantías financieras del Real Decreto-ley 5/2005. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 83, núm. 699, 2007.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 11 de julio de 1984
- STS de 21 de noviembre de 1988
- STS de 5 de julio de 1989
- STS de 15 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4474)
- STS de 8 de abril de 1992
- STS de 2 de diciembre de 1996
- STS de 13 de marzo de 1997
- STS de 19 de junio de 1997
- STS de 5 de marzo de 2001
- STS de 16 de julio de 2001
- STS de 7 de junio de 2002
- STS de 30 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 2603)

- STS de 26 de julio de 2004
- STS de 17 de febrero de 2005
- STS de 14 abril de 2005 (*RJ* 2005, 4515)
- STS de 15 de julio de 2005 (*RJ* 2003, 4462)
- STS de 14 de noviembre de 2008
- STS de 19 de febrero de 2009
- STS de 2 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 3368)
- STS de 30 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2307)
- STS de 10 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2827)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de julio de 2003
- SAP de Tarragona de 14 de noviembre de 2003
- SAP de Burgos de 31 de marzo de 2004
- SAP de Madrid de 24 de julio de 2009
- SAP de Madrid de 20 mayo de 2013

NOTAS

¹ REDONDO TRIGO. El pacto marciano, el pacto «ex intervallo» y la fiducia «cum creditore» en las garantías financieras del Real Decreto-ley 5/2005. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 83, núm. 699, 2007, pp. 355-375.

² ALBALADEJO GARCÍA. *La simulación*. Madrid, 2005.

³ DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico*, 1967.

⁴ *Vid., op. cit.*, pp. 91 y 92.

⁵ ALBALADEJO, se está refiriendo a la obra cumbre de GARRIGUES en esta materia: *Negocios jurídicos fiduciarios en el Derecho mercantil*, 1976.

⁶ ALBALADEJO cita a DE COSSIÓ, LACRUZ-LUNA, VIDAL MARTÍNEZ, SANTOS BRIZ, GETE-ALONSO CALERA y NURIA GINÉS. *V. op. cit.*, cita 3 ter de la página 91.

⁷ En este sentido, se puede examinar toda la Jurisprudencia analizada por ALBALADEJO en torno a la calificación o no del negocio fiduciario como negocio simulado. *Vid. op. cit.*, pp. 94 y sigs.

⁸ En esta línea, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2005 (*RJ* 2003, 4462) y la también sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 2603).

⁹ En cuanto al resto de la problemática derivada de las relaciones entre fiduciante, fiduciario, terceros acreedores y terceros adquirentes nos remitimos (al exceder el ámbito de este trabajo) a las recientes reflexiones al respecto expuestas por PARA MARTÍN. En torno a la fiducia *cum creditore*. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo I. Derecho Civil. Parte General*. Thomson-Civitas, 2003.

PARA MARTÍN, también acoge la postura de la simulación al afirmar (p. 736) lo siguiente: «En mi opinión la venta en garantía es siempre un negocio simulado que encubre otro disimulado, calificable de fiduciario que establece un derecho real atípico de garantía».

¹⁰ En este sentido, GÓMEZ GALLIGO, Titularidades fiduciarias, *Actualidad Civil*, 1992-3º, XXXIII.

¹¹ Sobre la titularidad fiduciaria, con plena adscripción a las tesis de DE CASTRO, *vid.*, JORDANO BAREA. Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria (Notas sobre la sentencia del TS de 16 de mayo de 1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro). *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, núm. 4, 1983, pp. 1435-1454.

¹² MATEO Y VILLA. De la fiducia gestión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 83, núm. 704, 2007, pp. 2585-2677.

¹³ En cuanto a los convenios que pretendían atribuir la propiedad de bienes con ánimo de evitar actuaciones tributarias y su nulidad por ilícito causal, *vid.*, MORALES MORENO. Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes (Anotaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986), *Anuario de Derecho Civil* (1988), pp. 607-618.

¹⁴ *Vid.*, para un análisis recopilatorio de las posturas doctrinales al respecto, *Vid.*, ALONSO PUIG, Reflexiones sobre el artículo 1306 del Código Civil. *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo I. Derecho Civil. Parte General*. Thomson-Civitas, 2003, páginas 154 y siguientes.

¹⁵ DELGADO ECHEVARRÍA (comentario al art. 1306 del Código Civil). *Comentarios al Código Civil*. Edersa (2005). Tomo XVII, vol 2.^º: Artículos 1281 a 1314 del Código Civil (2.^a edición).