

Donaciones indirectas

GREGORIO-JOSE ORTEGA PARDO

Doctor en Derecho

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *El negocio indirecto*: 1. *Reflexión en torno al concepto*; 2. *Ambito y naturaleza*; 3. *El negocio medio y el fin ulterior. Causa y motivo en el negocio indirecto*; 4. *Disciplina y substantividad de la figura*; 5. *Recapitulación*.—III. *Las donaciones indirectas*: 6. *Concepto y naturaleza*; 7. *Casos propuestos por la doctrina*: a) *donación actuada por medio de un acto material*; b) *estipulación a favor de tercero*; c) *renuncia*; 8. *Resumen*.—IV. *“Negotium mixtum cum donatione”*: 9. *Concepto, estructura y clasificación de los negocios mixtos*; 10. *Naturaleza*: a) *absorción*; b) *aplicación analógica*; c) *combinación. Criterio adoptado. Disciplina de estos negocios*; 11. *El “negocio mixto con donación”*. *Su naturaleza*; 12. *El “negotium mixtum cum donatione” como negocio mixto y como negocio indirecto*.—V. *Conclusiones*.

I

La donación indirecta ha sido objeto de una larga elaboración doctrinal por los autores alemanes, franceses e italianos. En cambio, en nuestra patria o no se habla del tema o a lo sumo se hacen de él algunas referencias aisladas e incompletas; falta un estudio de conjunto sobre la estructura, alcance y régimen jurídico de estas donaciones.

Tal finalidad persigue nuestro trabajo; y para alcanzarla—en la medida que el lector ha de juzgar—tuvimos que recorrer un camino de dificultades.

Porque para determinar la naturaleza de la donación indirecta debe estudiarse primero la figura del negocio indirecto. Y, además, como uno de los casos de mayor relieve que la doctrina presenta como ejemplo de esta clase de liberalidad es el *negotium mixtum cum donatione*, se hace también necesario analizar la naturaleza de ese negocio, lo que obliga a entrar de lleno en el problema del contrato mixto.

Las aportaciones de la doctrina española sobre negocio indirecto

y mixto son, igualmente, bien escasas. Por el contrario, los juristas alemanes e italianos han contribuido en larga medida a elaborar dogmáticamente estas dos figuras jurídicas.

Las opiniones contradictorias se suceden; y es preciso proceder a una labor de depuración para entresacar del pensamiento de cada autor tan sólo aquello que pueda aprovecharse para perfilar con rigor técnico ambos institutos.

Después, al intentar construir, hay que usar el mayor cuidado; nuestra construcción ha de hacerse con arreglo a un Derecho positivo diferente de aquellos a la luz de los cuales los diversos escritores elaboraron los conceptos. Por otra parte, es necesario moverse constantemente dentro de un orden conceptual; y nunca se debe perder de vista el plano de los intereses dentro del cual se manifiesta la realidad y la vida.

Todas estas dificultades podrán al menos explicar las imperfecciones de nuestro trabajo. Pretendemos realizar una construcción unitaria de las donaciones indirectas, planteando conjuntamente la problemática del negocio indirecto y del mixto; así, este estudio podrá servir de punto de partida a otros posteriores que vengan a precisar, cada vez con más rigor, la naturaleza de esas figuras que tanto interés presentan.

En un primer apartado trataremos el negocio jurídico indirecto. Una vez caracterizado y fijado su régimen, podremos determinar si la liberalidad indirecta es o no un negocio de esta clase; examinaremos los ejemplos propuestos por los autores como casos de donación indirecta para ver si, en realidad, deben calificarse de esa manera. Dedicamos un último apartado al *negotium mixtum cum donatione*, estudiando previamente la naturaleza del negocio mixto para después concretar cuándo constituye negocio de esta especie y cuándo es indirecto.

Una vez conseguido todo lo anterior, podremos ya determinar el ámbito de la donación indirecta.

II

El fenómeno jurídico conocido con el nombre de "negocio indirecto" fué objeto de estudio en la doctrina alemana, pero es principalmente en la italiana donde adquirió mayor desenvolvimiento.

El criterio de los autores diverge al intentar configurar este negocio. En realidad, las corrientes de pensamiento sobre el tema pueden reducirse a dos fundamentales: la que dota a la figura de relevancia jurídica y afirma consecuentemente su carácter de categoría dogmática autónoma con propios efectos y disciplina, y la que niega relevancia al negocio indirecto, reduciéndolo a una pura categoría económica.

Determinar la naturaleza de estos negocios es problema intrincado

y de trascendencia, para cuya solución poco ayudó la doctrina española.

Antes de pronunciarnos sobre estas dos soluciones, habremos de proceder a un estudio sistemático dirigido a cualificar los dos elementos que integran el negocio: negocio medio y fin ulterior, precisando el alcance de ambos y la influencia del uno en el otro; hay que individualizar también esta figura, separándola netamente de otras que son afines. Después, podremos intentar una construcción encaminada a determinar la substantividad del negocio indirecto y la disciplina a que debe quedar sometido.

1. Abundan en la doctrina las definiciones de negocio indirecto. Los autores, con desigual fortuna, quisieron sintentizar su pensamiento sobre este punto en una fórmula—más o menos amplia—que englobase los elementos y el fin de la figura.

Quien primero intuyó el fenómeno fué IHERING (1), que puso de relieve cómo algunos negocios del Derecho romano se concluían a veces para alcanzar por su mediación fines distintos de los que aquellos negocios originariamente perseguían (negocio aparente). Pero para IHERING tal fenómeno queda limitado a la época del formalismo jurídico, desapareciendo su necesidad en los ordenamientos modernos.

RAVEL (2) puso de manifiesto que el fenómeno que IHERING relegaba a las épocas de rudimentaria evolución jurídica es propio de todos los tiempos. Su esencia no reside en una violenta separación entre forma y contenido del negocio, sino en el empleo efectivo del negocio adoptado, aceptando todas sus consecuencias y modificando tan sólo su estructura en algunos aspectos no esenciales, para poder así alcanzar el resultado querido (negocios imitativos).

El primer estudio orgánico del tema lo realizó KOHLER (3). Sienta este autor dos presupuestos: que el resultado económico de un negocio puede no corresponder a la estructura, al aspecto jurídico del mismo; que el fin práctico propio de un contrato se puede alcanzar a través de la combinación con otros negocios. Partiendo de esas bases, KOHLER admite la existencia de negocios en los que, no obstante quererse alcanzar de modo pleno aquello que el negocio expresa, se cesea también conseguir ulteriormente un resultado extraño al medio que se empleó: el fin económico que se persigue no guarda homoge-

(1) IHERING: *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1883, II, págs. 554 y siguientes. Vid., sobre el desarrollo doctrinal de la figura, RUBINO: *Il negozio giuridico indiretto*, Milán, 1937, págs. 1-9.

(2) RAVEL: *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, en "Zeitschrift für Savigny Stiftung", 1907-1908, XXVII, pág. 290 y ss., XXVIII, págs. 311 y ss.

(3) KOHLER: *Studien über Mentalreservation und Simulation*, en "Iherings Jahrbücher", XVI, 1878, págs. 140 y ss.; *Noch einmal über Mentalreservation und Simulation*, en "Iherings Jahrbücher", XVI, 1878, págs. 331 y ss., especialmente págs. 346 y ss.; *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlín, 1906, I, páginas 492 y ss.

neidad con el medio jurídico empleado (negocio encubierto). KOHLER encuadró la figura dentro de la órbita del negocio en fraude a la ley (4).

En la doctrina italiana, el negocio indirecto alcanzó un gran desenvolvimiento.

ASCARELLI (que fué quien definitivamente consagró el tema en la literatura jurídica de su país) nos dice que el negocio indirecto—producto de la inercia jurídica—supone un recurso de las partes para conseguir por medio de un determinado negocio no el fin práctico normal del medio jurídico empleado, sino un fin ulterior diferente, que unas veces es análogo al de otro negocio típico y otras es fin de un negocio que carece de tipicidad legal en un determinado ordenamiento (5). Existe en estos casos negocio indirecto porque las partes recurren a un negocio para conseguir por medio de él, indirectamente, un fin diferente del que se podría deducir de la estructura del negocio empleado. Pero la elección del negocio medio no se hace al acaso; se funda en la voluntad de las partes, que quiere sujetarse no sólo a las prescripciones de forma, sino también a la disciplina de fondo del negocio medio. A través de ese uso indirecto, el negocio adoptado viene a cumplir nuevas funciones, a responder a nuevas necesidades, pues al emplearlo las partes pretenden alcanzar un fin que no es el suyo típico (por ejemplo, a través de una venta, una liberalidad; por medio de la adopción, la institución de heredero, etc.).

Para MESSINA (6) el negocio indirecto es un fenómeno que se produce en la vida práctica, pero los fines ulteriores que con él se consiguen no originan una divergencia jurídica apreciable entre el lado empírico y el aspecto jurídico, sino que cabe dentro de los límites de la autonomía concedida a las partes para realizar las variadas finalidades que pueden conseguir a través de un determinado negocio. El resultado empírico típico de éste, su causa, no varía por ello.

Según PESTALOZZA (7), los indirectos son negocios encubiertos, pero realmente queridos. En ellos es irrelevante la presencia de un fin específico ulterior y esencial la situación objetiva en virtud de la cual la verdadera causa del negocio queda encubierta.

DOMINEDO (8) afirma que el negocio indirecto consiste en emplear una determinada forma jurídica típica para conseguir indirectamente

(4) Este criterio, como luego hemos de ver, fué después compartido por algunos autores italianos.

(5) ASCARELLI: *Contratto misto, negozio indiretto*, "negotium mixtum cum donatione", en "Rivista del Diritto Commerciale", 1930, II, págs. 462 y ss., concretamente págs. 468-469; *Il negozio indiretto e la società commerciale*, en "Studi di Diritto Commerciale in onore di Vivante", I. Roma, 1931, págs. 23 y siguientes, concretamente págs. 27-28.

(6) MESSINA: *Negozi fiduciari*, vol. I de los "Scritti giuridici". Milán, 1948, páginas 70-71.

(7) PESTALOZZA: *Simulazione*, Milán, 1919, págs. 110 y ss.

(8) DOMINEDO: *La costituzione fittizia delle anonime*, en "Studi di Diritto Commerciale in onore di Vivante", II, Roma, 1931, págs. 692-693.

una finalidad económica que no puede alcanzarse de modo directo. El negocio empleado es realmente querido; las partes lo adoptan de modo serio aunque con el deseo de conseguir a través de él un fin indirecto.

SALANDRA (9) considera que existe negocio indirecto cuando las partes concluyen un determinado negocio proponiéndose conseguir un fin práctico distinto de aquel con que ese negocio se alcanza normalmente. Se acude al medio indirecto porque el ordenamiento no tipifica un negocio adaptado al fin que se persigue; el negocio que se celebra es realmente querido y actuado, aunque la voluntad de las partes esté dominada por un fin que sólo de modo indirecto se logra.

Según CARIOTA-FERRARA (10), el negocio indirecto es aquel en el que para alcanzar un efecto jurídico se hace uso de una vía oblicua; es decir, las partes desean conseguir, indirectamente, por medio de un negocio, un fin típico distinto del que el negocio adoptado persigue, por lo que se produce una "disonancia" entre el medio empleado y el fin perseguido.

GENNARO (11) piensa que indirecto es el negocio que las partes quieren realmente realizar, sujetándose, en consecuencia, a su disciplina formal y substancial; pero lo quieren, no en cuanto con él se persigue un fin típico determinado, sino en tanto es necesario para alcanzar un fin ulterior distinto del típico del negocio medio.

Para GRECO y GRAZIANI (12) el negocio indirecto es un fenómeno histórico y sociológico destinado a adaptar los medios jurídicos—necesariamente limitados—puestos a disposición de los particulares por el ordenamiento para conseguir los innumerables fines que pueden presentarse en la compleja realidad de las relaciones concretas. Decir que el negocio indirecto es un concepto sociológico e histórico nada explica; pero tal actitud se justifica, como dice ASCARELLI (13), por reacción contra el error de la tendencia que pretendió configurar esta figura como categoría dogmática autónoma, concediendo a los fines ulteriores indirectos decisiva y general relevancia. ASCARELLI invoca—en todos sus trabajos sobre el tema—como criterio de justificación del negocio indirecto el principio de la inercia jurídica que se manifiesta en la natural tendencia de las partes a servirse—en la medida de lo posi-

(9) SALANDRA: *La società fittizia*, en "Rivista del Diritto Commerciale", 1932, I, págs. 290 y ss., concretamente págs. 299-301.

(10) CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari*, Padua, 1933, págs. 39-40. También las sentencias de nuestro más alto Tribunal de 25 mayo 1944 y 28 enero 1946 recogen el término "disociación", que a nuestro juicio es impropio, pues en el negocio indirecto no hay disociación sino simplemente un negocio típico que activa de modo ulterior un fin jurídico.

(11) DE GENNARO: *I contratti misti*, Padua, 1934, pág. 72.

(12) GRECO: *La società di "comodo" e il negozio indiretto*, en "Rivista del Diritto Commerciale", 1932, I, págs. 756 y ss., concretamente pág. 771; GRAZIANI: *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, en "Rivista del Diritto Commerciale", 1933, I, págs. 414 y ss., concretamente pág. 416.

(13) ASCARELLI: *Nota a una Sentencia*, en "Foro italiano", 1936, vol. 61, páginas 1389-1392.

ble—de las categorías de negocios tipificados, cuya disciplina por ser conocida es segura, antes de acudir a los atípicos, que por la inseguridad de su régimen originan recelo.

PUGLIESE (14) cree que negocio indirecto es el que las partes concluyen a fin de alcanzar por medio de él resultados diferentes de aquellos a que ese negocio, según su propia estructura, conduce.

En el decir de MESSINEO (15), en el negocio indirecto, para conseguir un determinado efecto jurídico se elige un camino “transversal” en lugar de una vía directa, por lo que se produce una discordancia entre el medio jurídico que se empleó y el resultado práctico que se persigue.

Por último—para no multiplicar las citas—, CARRARO (16) entiende que en el negocio indirecto las partes utilizan un determinado negocio para alcanzar un resultado diferente del típico de ese negocio que emplean.

Después de enumerar tantas opiniones, parece llegado el momento de pronunciarnos en favor de una de ellas o construir un nuevo concepto de la figura que tratamos. Pero, mejor que seguir cualquiera de esos sistemas, creemos preferible exponer en grandes líneas las características y régimen jurídico de estos negocios, y después con facilidad podremos resumir y entresacar de la exposición los trazos esenciales que, a nuestro entender, caracterizan los negocios indirectos.

2. Para alcanzar el fin ulterior que persiguen, las partes hacen uso en el negocio indirecto de una vía oblicua, transversal. Una de las causas porque se acude a la utilización indirecta de formas jurídicas—pero no la única—es el ser incompleto el ordenamiento, por no recoger y dotar de medios a todos los fines que la autonomía privada puede pretender y por la lenta adecuación del Derecho a las necesidades del tráfico.

La doctrina reconoce que el empleo indirecto de los negocios era más frecuente en los antiguos sistemas formalistas, que fijaban exhaustivamente unas cuantas categorías de contratos e impedían a las partes alcanzar directamente, en virtud de un principio de libertad contractual, fines no tipificados cuya satisfacción exigía la evolución económica, siempre más rápida que la jurídica. Por ello, los particulares se veían obligados a acudir a las categorías jurídicas disponibles y lograr por su intermedio, indirectamente, fines no previstos en la ley (17). Ahora bien, la mayor abundancia de negocios indirectos en los siste-

(14) PUGLIESE: *La simulazione nei negozi giuridici*, Padua, 1938, páginas 45-46.

(15) MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, sexta ed., vol. I, Padua, 1943, pág. 256.

(16) CARRARO: *Il negozio in frode alla legge*, Padua, 1943, págs. 23-30.

(17) Cfr. GOLTZ: *Das fiduciарische Rechtsgeschäft*, Marburg, 1901, página 20; RAVEL: op. cit., pág. 279; ASCARELLI: *Il negozio indiretto ...*, cit., página 58; GENNARO: op. cit., pág. 73; DOMINICO: Op. et loc. cit.

mas formalistas no justifica las afirmaciones de OERTMANN y DOMINADO (18) de que estos negocios son una pura categoría histórica que carece hoy de fundamento y sólo se emplean para alcanzar fines prohibidos por la ley, y que, en consecuencia, los casos que en la actualidad se presentan deben ser encuadrados dentro del negocio fraudulento.

El negocio indirecto sigue presentando práctica utilidad en los ordenamientos espiritualistas modernos que consagran el principio de libertad contractual. En virtud de tal principio, se concede a los particulares poder para crear, junto a las figuras tipificadas en la ley, otras categorías contractuales atípicas; con mayor razón, por tanto, debe reconocérseles potestad para emplear formas negociales preestablecidas a fin de satisfacer por su intermedio nuevas funciones (19). Precisamente por la inercia jurídica, que ASCARELLI describió de modo magistral, las partes acuden muchas veces al empleo indirecto por la seguridad y certeza de disciplina que les ofrece el negocio empleado, en lugar de crear contratos atípicos cuyo régimen permite un margen de incerteza (20). Esa desconfianza con que miran los particulares los negocios atípicos es causa de que opten por las categorías tipificadas para alcanzar a través de ellas nuevos fines que responden a nuevas necesidades no previstas en la ley. La mayor o menor abundancia de negocios indirectos no depende en realidad de si el ordenamiento está presidido por un principio formalista o espiritualista, sino del desacuerdo que un concreto Derecho positivo presente frente a las necesidades del país donde rige: a mayor inadaptación corresponde, sin duda, más frecuente empleo del negocio indirecto.

* * *

Es necesario distinguir el negocio indirecto de otras figuras jurídicas con las que tal vez pudiera confundirse.

Claramente se distingue del negocio simulado; y por ser dos instituciones diferentes divergen también en su régimen jurídico. El negocio simulado no es querido en realidad por las partes, que lo adoptan para con él encubrir el verdadero negocio—disimulado—que celebran. Por el contrario, sí que quieren de modo efectivo el negocio que emplean como medio para alcanzar un fin ulterior; lo adoptan por su función instrumental y aceptan su disciplina y efectos (21). La causa

(18) OERTMANN: *Die Fiducia in römischem Privatrecht*, Berlín, 1890, páginas 257 y ss.; DOMINADO: *Le anonime apparenti*, Roma, 1932, pág. 51.

(19) Vid. GRASSETTI: *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, en "Rivista del Diritto Commerciale", 1936, I, páginas 345 y ss., concretamente págs. 362-363; GRECO: op. cit., págs. 782-783; RUBINO, op. cit., pág. 34; SALANDRA, op. et loc. cit.; GRAZIANI, op. cit., página 418.

(20) Cfr. GENNARO, op. cit., pág. 74; ASCARELLI: *Nota a una Sentencia*, en "Foro italiano", 1936, vol. 61, págs. 778-781.

(21) Vid. ASCARELLI: *Il negozio indiretto ...*, cit., pág. 49; GENNARO, op. cit., página 72.

del negocio medio es la que presenta relevancia jurídica, si bien desde el punto de vista económico para la voluntad de las partes prevalece el fin ulterior perseguido.

El negocio indirecto no puede confundirse con el atípico. Precisamente característica necesaria del negocio adoptado es la de su tipicidad, como hemos de ver. El negocio atípico se origina cuando al no encontrar las partes en las categorías tipificadas un medio que satisfaga el fin que se proponen conseguir crean al amparo del principio de autonomía de la voluntad una nueva figura contractual apta para alcanzar el fin deseado. En el indirecto para alcanzar el fin ulterior, las partes no crean un nuevo contrato, sino que acuden a una de las categorías negociales recogidas en el ordenamiento, y a través de ella buscan realizar el fin ulterior que persiguen; de esta forma, subordinan el logro del fin al medio jurídico que emplean, desventaja—frente al negocio atípico—compensada por la seguridad de régimen con que se dota al acuerdo.

En seguida veremos también cómo no puede considerarse que el negocio indirecto sea una peculiar clase de negocio fraudulento.

Un problema del que largamente se ha ocupado la doctrina es el de distinguir el negocio indirecto del abstracto. Y los autores concluyen que para hablar de negocio indirecto es necesario que el adoptado sea causal (22). El negocio abstracto—dice KOHLER—puede usarse para alcanzar los más variados fines; los que por su medio se consiguen no puede decirse que deriven de él indirectamente, sino de modo directo. El negocio indirecto presupone el uso de un medio que posea una causa típica; y en el abstracto—hace notar GRAZIANI—falta una función típica que el negocio haya de cumplir. No teniendo, para todas las hipótesis, una causa determinada y concreta, mal podrá el negocio abstracto emplearse para alcanzar un fin indirecto. El negocio indirecto—dice RUBINO—es un producto de la vida jurídica, de la iniciativa de las partes, para conseguir por medio del negocio típico y causal que emplean un fin ulterior extraño—por así decirlo—a la finalidad concreta del negocio adoptado. El abstracto puede emplearse para alcanzar diversos fines, por lo que nunca puede decirse que uno de los que por su mediación se logra es extraño a la finalidad concreta del negocio. Los fines que a través de él se consiguen alcánzanse de modo directo y no indirectamente. Por otra parte, así como el indirecto es una creación de las partes, el abstracto es un medio legal (sólo admisible, claro está, en la medida que el ordenamiento lo permita, y encontrando su razón de ser en la misma ley que lo pone a disposición de los particulares).

ASCARELLI (23) se aparta de este recto criterio, y reconoce—aunque tímidamente—un parentesco entre estas dos figuras no difícil de

(22) KOHLER: *Studien über Mentalreservation*, cit. loc. cit., y *Lehrbuch*, cit., II, págs. 492 y ss.; GRAZIANI, op. et loc. cit.; PESTALOZZA, op. et loc. cit.; RUBINO, op. cit., págs. 76-81; SALANDRA, op. et loc. cit.; etc.

(23) ASCARELLI: *Il negozio indiretto* ... cit., págs. 44-48.

impugnar. No niega que el campo normal de actuación del negocio indirecto sea el de los negocios causales; pero piensa que no es totalmente extraño al de los abstractos. Afirma que históricamente el negocio abstracto comienza por revestirse de la estructura de un negocio concreto empleado de modo indirecto para conseguir diversos fines; sólo cuando el abstracto adquiere plena autonomía se separan ambas figuras, que quedan así vinculadas por un nexo histórico.

Aunque se admita esta teoría, que ASCARELLI no prueba y con certeza habría de serle difícil probar, nunca podrá sostenerse la menor interferencia entre una y otra figura. Porque el problemático hecho de que históricamente los negocios indirectos cumplieren de modo rudimentario la función que en la actualidad cumplen los abstractos pone de manifiesto la separación entre ambos: el abstracto habría nacido para superar las deficiencias del indirecto y cubrir de forma más adecuada y de modo jurídico estructuralmente distinto un conjunto de necesidades; si el primero supera al segundo y funciona con estructura diferente, no puede decirse que sean una misma cosa, ni siquiera desde el punto de vista histórico, sino, a lo sumo, que cuando uno acaba empieza el otro. Pero, además, el hecho de que aun después de aparecer el negocio abstracto se siga empleando el indirecto demuestra que el contenido de uno y otro y la función que desempeñan no es la misma.

ASCARELLI va más allá, y no contento con proclamar ese indiscutible nexo histórico, insinúa que también hoy cabe pensar que el negocio abstracto sea capaz de actuar un fin indirecto. A tal propósito, llega a admitir en el negocio abstracto una función típica jurídicamente relevante. Y esto de modo alguno puede admitirse: equivale a confundir la finalidad típica con una característica común a una serie de negocios (por ejemplo, que se dirigen a procurar un traspaso de propiedad). Las causas típicas con las que pueden actuarse fines ulteriores son exclusivamente las de los negocios concretos que el ordenamiento tipifica atribuyéndoles una función objetiva concreta y única; y no puede negar ASCARELLI que en el negocio abstracto no existe una causa de esta especie.

Mayores dudas y vacilaciones se presentan al tratar de separar el negocio indirecto del fiduciario. Los autores reconocen que dentro de una rigurosa construcción dogmática el negocio fiduciario no sólo no constituye una categoría de negocio indirecto, sino que incluso ambos son figuras contrapuestas (24). Porque si característica esencial

(24) Vid. GENNARO, op. cit., pág. 75; SEGRE: *Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e suoi effetti nel caso di fallimento in relazione alla riserva di dominio*, en "Anuario di Diritto Comparato", vols. II y III, Milán, 1929, págs. 832 y ss., concretamente pág. 834. En la doctrina española los autores que se ocupan del negocio fiduciario parecen inclinados a encuadrarlo dentro del indirecto; cfr. HERNÁNDEZ GIL: *Comentario a la Sentencia de 25 mayo 1944*, en "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", 1945, páginas 700-701; CASTÁN: *Derecho civil (registros)*, tercera ed., vol. I, apéndice, Madrid, 1945, págs. 155-161.

del negocio fiduciario es que el negocio empleado sea abstracto, queda excluido del campo del indirecto, que, como acabamos de ver, necesita ser causal (25). Es cierto que se ha pretendido negar—en los sistemas latinos—la existencia del negocio fiduciario actuado a través del abstracto, hablándose por el contrario de medios de adaptar determinados negocios causales a fines diferentes y menos importantes que el fin típico actuado, a través de estipulaciones, de acuerdos separados, dirigidos a limitar, de modo obligatorio, los efectos normales del negocio que se empleó (26). Con estos presupuestos MAZZONE (27) ha podido realizar una clasificación de los negocios indirectos que no juzgamos correcta, englobando los fiduciarios en uno de sus apartados. Admite: negocios indirectos adoptados plenamente por las partes en todos sus efectos, en los cuales basta la estructura del negocio que se emplea para alcanzar los fines perseguidos; junto a estos existe otra categoría compuesta por los negocios cuyos efectos normales se modifican en razón del fin ulterior que se quiere conseguir. Dentro de esa hipótesis hace el autor una distinción: casos en que al modificarse la estructura del negocio empleado no pierde éste su fisonomía típica, y supuestos que no consienten tal posibilidad, sino que exigen necesariamente para alcanzarse los fines ulteriores un acuerdo separado; en el último grupo encuadra MAZZONE el negocio fiduciario.

Admitamos que un negocio de esa naturaleza sea fiduciario—admisión puramente hipotética, difícil de justificar dogmáticamente—; lo que ha de negarse del modo más rotundo es que sea indirecto. Si el fin ulterior se consigue a través de acuerdos separados que se unen al negocio medio, nunca cabe hablar de resultado indirecto: el fin derivará directamente del acuerdo, de la estipulación.

GRASSETTI (28) pretendió configurar el negocio fiduciario como negocio atípico con eficacia real basado en una *causa fiduciae*. Tampoco dentro de esta construcción cabe encuadrar el fiduciario dentro del negocio indirecto, y GRASSETTI distingue nítidamente ambas figuras. Siendo característica esencial del indirecto la tipicidad del negocio medio, pues en caso contrario el fin se obtiene de modo indirecto, al atribuir al fiduciario la naturaleza de atípico se le distingue sin más del indirecto.

Si se piensa que el negocio fiduciario puede surgir de negocios causales típicos con causa simulada, también lo excluimos del campo del indirecto, en el que nunca puede hablarse de simulación.

(25) Cfr. GRAZIANI, op. cit., pág. 416.

(26) SEGRE, op. et loc. cit.; CARLOTTA-FERRARA (op. cit., pág. 131), que también se ocupa de estos casos de negocios causales adaptados, expresamente advierte que no son, técnicamente, negocios fiduciarios.

(27) MAZZONE, recensión al artículo de GRECO, cit., en "Diritto e Pratica Commerciale", 1933, I, págs. 44 y ss., concretamente págs. 47-48; GENNARO, op. et loc. ult. cit., parece dar su conformidad a la clasificación de negocios indirectos propuesta por MAZZONE, pero sin comprometerse demasiado.

(28) GRASSETTI: *Del negozio fiduciario* ..., cit., y *Rilevanza del intento giuridico en caso de divergenza dall'intento empirico*, Milán, 1936, pág. 16.

No podemos hacer un estudio de la naturaleza del negocio fiduciario porque lo impiden los límites de nuestro trabajo. Basta con enunciar, sin pronunciarnos sobre ellas, las diferentes opiniones de los autores para concluir que ya se le considere abstracto, causal simulado, causal con adición de estipulaciones o atípico, estamos siempre fuera del plano en que se mueve el negocio indirecto. Y, aparte de sus diferencias estructurales, contra lo que sucede en el negocio fiduciario, el indirecto no se basa en la *fiducia*; simplemente supone la adopción de un medio jurídico típico para actuar a través de él un efecto que en cierto modo le es extraño, pero que se consigue como si fuese un efecto propio del negocio empleado.

Finalmente hay que distinguir el negocio indirecto del mixto. En el IV apartado de este trabajo hemos de ocuparnos de los negocios mixtos, y al marcar sus rasgos esenciales resaltarán las diferencias entre unos y otros. Podemos adelantar que la fusión de causas contractuales características de los mixtos no se da en los indirectos. En estos últimos la causa es siempre la típica del negocio adoptado, quedando englobados los fines ulteriores que se persiguen en el campo de los motivos (29). Precisamente en ese extremo, de la causa radica el que los contratos mixtos constituyan una categoría conceptual y posean un propio régimen jurídico y los indirectos no.

Con todo lo que hemos expuesto queda conceptualmente diferenciado el negocio indirecto de otras figuras que guardan con él cierta afinidad.

3. Un primer examen de la estructura del negocio indirecto nos indica que son esenciales para su existencia estos dos términos: el negocio medio y el fin indirecto. Son presupuestos mínimos indispensables para hablar de esta figura.

Respecto al negocio adoptado, sólo una aclaración se torna precisa: Las partes pueden acudir a cualquier negocio para conseguir por medio de él un resultado indirecto: pero únicamente existirá negocio indirecto cuando el empleado como medio sea típico. Si no corresponde a un tipo legal, si es una creación atípica de las partes realizada al amparo del principio de libertad de contratación, el resultado no se origina indirectamente (30), sino que se habrá creado un contrato atípico de características determinadas entre las que figura un resultado concreto previsto por las partes e incluido por su voluntad dentro del supuesto negocial que generan. Precisamente una de las ventajas que el negocio indirecto presenta es la de evitar la incerteza de régimen jurídico propia de los contratos inominados.

Veamos ahora las características del fin indirecto.

En primer lugar, no ha de tratarse de un simple motivo que ca-

(29) Cfr. ASCARELLI: *Il negozio indiretto* cit., pág. 40 y *Contratto misto* cit., pág. 471; GENNARO, op. cit., págs. 98-99.

(30) Cfr. GRASSETTI: *Rilevanza* cit., pág. 35; SALANDRA op. et loc. citis.

reza, en cualquier hipótesis, de relieve jurídico. De ser así no se produciría ninguna anomalía respecto al negocio medio: en todos los negocios los motivos psicológicos influyen en la voluntad de las partes sin que por ello deje de ser directo el contrato. Pero el hecho de que el fin ulterior precise de un cierto relieve jurídico no significa que se trata de un motivo relevante. Con la expresión *relieve jurídico* queremos indicar que ese fin ha de poseer la virtualidad de poder constituir, sólo por sí, función objetiva y económicosocial de un negocio diferente del empleado como medio. Si fuese un simple motivo que nunca podría considerarse, en un determinado ordenamiento, como posible causa de un negocio, no saldríamos del campo de los negocios directos.

Un ejemplo aclarará cuanto decimos. El móvil de disfrutar la belleza de un paisaje nunca puede constituir causa de un negocio; para el Derecho no presenta relieve. Si una persona compra una casa para satisfacer ese deseo, la compraventa nunca podrá verse afectada por ese móvil (a no ser que las partes lo hayan elevado a la categoría de elemento del contrato, en cuyo caso deja de ser simple motivo para convertirse en condición). Por el contrario, el ánimo de liberalidad sí que puede constituir causa de un negocio; si las partes realizan una venta procurando por su medio obtener también el fin práctico de la donación (en el supuesto de que la "venta amistosa" reúna las condiciones necesarias para calificarse de negocio indirecto), el fin de liberalidad podrá no adquirir relevancia jurídica en el caso concreto y quedar incluido en el campo de los motivos, pero, en sí, tiene un relieve jurídico: el poder constituir—hipotéticamente—causa de un negocio.

Cuando un fin ulterior que carezca de relevancia presente ese relieve jurídico, tendremos un presupuesto mínimo para calificar de indirecto al negocio medio a través del cual se actúa.

RUBINO (31) considera que es carácter normal del fin ulterior su atipicidad, si bien no deja de admitir ciertos casos que introducen un principio de excepción. Reconocemos que en la práctica los fines ulteriores pueden ser atípicos; ello es lógico, porque para conseguir el fin típico propio de un contrato lo normal es celebrar directamente ese negocio. Pero no se debe excluir la posibilidad de que sean típicos, de que las partes celebren un contrato para alcanzar a través de él un fin peculiar de otro negocio (32). En algunos casos, cuando esto suceda habrá simulación y, por tanto, no podrá hablarse de negocio indirecto; pero desde el punto de vista conceptual no puede negarse que sea posible realizar indirectamente un fin típico por razones especiales—por ejemplo, consideración social—a través de un negocio que no es el que de modo directo se dirige al logro de ese fin: y en la práctica el supuesto es frecuente. No cabe, por tanto, afirmar que los fines ulte-

(31) RUBINO, *op. cit.*, págs. 24-29.

(32) GENNARO, *op. cit.*, pág. 93, pone como ejemplo el caso en que las partes prefieren el negocio adoptado por su mayor eficacia en comparación con la que tendría el negocio directo por medio del cual podría conseguirse el fin ulterior.

riores han de ser necesariamente atípicos; la liberalidad indirecta es uno de los casos en que el fin ulterior es típico.

Tampoco puede considerarse—como creyeron algunos autores (33)—que el fin ulterior se emplea precisamente con la intención de defraudar la ley. Claro que puede usarse con esa finalidad, y entonces el negocio será nulo por fraudulento; si el fin se dirige a burlar disposiciones legales quedará el negocio herido de nulidad en virtud del principio *fraus omnia corrumpit* (34). Pero esto no quiere decir que el negocio indirecto sea una especie dentro de la categoría del negocio en fraude de la ley (35). Puede ser fraudulento, como puede serlo todo negocio; pero no es esta una de sus características; todo lo contrario: precisamente cuando se torna fraudulento deja de presentar interés; el estudio de la figura ha de hacerse tomando en cuenta las hipótesis en que tiene validez el negocio, que es cuando pueden apreciarse aquellos caracteres en virtud de los cuales algunos autores afirman su autonomía frente a otras categorías dogmáticojurídicas, y no fijándose en los casos de nulidad. Si el fin ulterior se dirige a defraudar la ley, el negocio deja de interesar como indirecto para encuadrarse en el campo de los fraudulentos. El supuesto que merece estudio especial es la figura del negocio indirecto plenamente lícito—hipótesis posible y frecuente (36)—, que exige como condición necesaria la licitud del fin ulterior perseguido.

El fin ha de ser indirecto. Con ello queremos significar que no puede derivar de un pacto, convención o cláusula unida al negocio empleado; de ser así no habría negocio indirecto, sino un negocio típico al que se añade una cláusula en virtud de la cual las partes alcanzan directamente el resultado que pretendían (37). RUBINO ha puesto de relieve la necesidad de que el fin ulterior no derive del negocio medio por fuerza de la ley (38); en efecto, si supone una consecuencia legal (por

(33) KOHLER, op. et loc. ult. cits.; OERTMANN, op. et loc. cits.; FERRARA: *Della simulazione dei negozi giuridici*, 4.ª ed., Milán, 1913, págs. 82 y sigs.; DOMINEDO: *Le anonime apparenti*, cit., pág. 51.

(34) Vid. ASCARELLI: *Il negozio indiretto* ..., cit., pág. 40.

(35) Cfr. CARRARO, op. et loc. cits., y bibliografía por él citada. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 mayo 1944 y 28 enero 1946, afirman expresamente que el negocio indirecto es recibido cuando no es fraudulento.

(36) Vid. ASCARELLI: *Il negozio indiretto* ..., cit., págs. 51-52 y en "Foro italiano", cit., págs. 778-781.

(37) Cfr. RUBINO, ob cit., pág. 20; GENNAPO: *Sul valore dommatico del negozio indiretto*, Milán, 1939, págs. 17-18; CARRARO, op. et loc. cits., etc.

ASCARELLI (*Contrato misto* ..., cit., pág. 468, y en "Foro italiano", cit. págs. 778-781), sostuvo que el fin ulterior no sólo puede realizarse por medio de simples elementos de hecho sobre los cuales recae el consentimiento de las partes, sino también a través de cláusulas particulares compatibles con la estructura fundamental del negocio adoptado. ASCARELLI no reparó en la incongruencia que supone hablar del resultado indirecto cuando éste deriva de cláusulas expresas estipuladas por las partes; esa opinión puede considerarse hoy definitivamente superada en la doctrina.

(38) RUBINO, op. cit., págs. 21-22.

ejemplo, legitimación de la prole por subsiguiente matrimonio) no estaremos en presencia de un negocio indirecto, ya que el medio jurídico empleado trae consigo directamente esa consecuencia. El fin ha de ser indirecto en relación al negocio adoptado y autónomo respecto a las consecuencias normales del mismo; pero ha de derivar directamente de la actuación del negocio medio: el conseguir a través de ese negocio un efecto ajeno a él como si fuese propio es una de las características esenciales del negocio indirecto.

Después de calificar con acierto el fin ulterior, RUBINO, con el deseo de encontrar una base en que asentar el reconocimiento dogmático de la categoría del negocio indirecto, se esforzó por demostrar la relevancia de ese fin atribuyéndole cualidades que vienen a corromper su naturaleza (39). Así, exige que sea común a ambos contratantes y por las dos partes conocido como elemento vinculante del negocio. Con razón dice GENNARO (40) que tales afirmaciones originan la legítima sospecha de que para RUBINO el fin ulterior supone una convención tácita que origina un deber recíproco entre las partes dirigido a conseguir el resultado perseguido; y este deber también tendría que ser tácito, pues RUBINO—con buen acuerdo—niega expresamente la existencia de negocios indirectos cuando el fin ulterior se consigue a través de cláusulas que se añaden al negocio medio (41).

De esta forma se llega a un contrasentido: si el reconocimiento como categoría jurídica del negocio indirecto se funda en la voluntad tácita de las partes, no podremos admitir que tenga relevancia jurídica, que es lo que RUBINO pretendía demostrar con su construcción. El intérprete tropezará con insuperables dificultades para llegar a convencerse de la existencia de un acuerdo tácito; y aun cuando llegue a descubrirlo, al elevar ese acuerdo a elemento del negocio, los efectos jurídicos que de él deriven ya no los actúa de modo indirecto el negocio medio, sino que serán originados directamente por el acuerdo.

Hemos de analizar ahora las relaciones que existen entre el fin ulterior y el negocio medio.

Es necesario que el fin no produzca alteraciones substanciales en el negocio, pues en caso contrario se originará un contrato atípico que—según hemos demostrado—por tener esa naturaleza no puede ser indirecto. El fin no puede alterar la estructura del negocio medio o, a lo sumo, puede alterarla tan sólo de modo no substancial.

El fin ulterior debe estar en contraste con el negocio medio, no en el sentido de que se contrapongan o luchen entre sí, sino en el de que no debe ser un efecto normal del negocio; ha de ser extraño a él, si bien no lo puede contradecir. Ese contraste, repetimos, no ha de originar rivalidad; cuando las partes acuden al negocio indirecto es porque para ellas presenta más ventajas que el directo, y esa preferencia les

(39) RUBINO, ob. cit., págs. 106-113.

(40) GENNARO: *Sul valore dommatico* ..., cit., págs. 11-12.

(41) RUBINO, op. cit., pág. 20.

lleva a subordinar el fin ulterior que persiguen a la estructura y régimen del negocio empleado; por ello renuncian a las ventajas de alcanzar directamente, a través del negocio adecuado, el fin económico perseguido para lograrlo por medio de la actuación del negocio que adoptan.

Vamos ya teniendo elementos suficientes para cualificar el negocio indirecto y para poder determinar si un caso concreto que se nos presente debe o no encuadrarse en este campo: en primer lugar, después de excluidas las figuras afines, hay que concretar si el contrato que va a juzgarse es o no típico (42); y una vez probada su tipicidad ha de comprobarse la existencia del fin ulterior y ver si reúne las características que a su respecto hemos predicado.

* * *

Falta todavía estudiar un problema que es sin duda fundamental para la determinación de la naturaleza del negocio indirecto: el papel que juega la causa típica del negocio medio y el que desempeña el fin ulterior respecto a ella.

Los autores coinciden en afirmar que el fin ulterior perseguido en el negocio indirecto entra dentro del campo de los motivos. Pero el problema surge al querer poner en claro si se trata de un simple motivo o, por el contrario, de un motivo relevante desde el punto de vista jurídico. La cuestión no es bizantina, sino de verdadera trascendencia práctica: si se reconoce relevancia al fin, podrá sostenerse que el negocio indirecto es una categoría jurídica a la que corresponde una disciplina propia; en caso contrario, habrá que negarle esos caracteres. Tiene, por tanto, razón GRECO (43) cuando afirma que para determinar la autonomía y substantividad del negocio indirecto es necesario precisar ante todo la relevancia del motivo que el fin ulterior constituye.

ASCARELLI, con el afán de mantener la substantividad dogmática de la figura, realizó una construcción de la causa—a nuestro juicio, insostenible, si han de interpretarse literalmente las palabras del autor—que le permite mantener en ciertos casos la relevancia del motivo.

En el negocio indirecto—nos dice (44)—, a pesar de que las partes quieren de modo efectivo el fin típico del negocio adoptado, su voluntad está esencialmente dominada por la intención de conseguir fines ulteriores que desde el punto de vista jurídico son motivos. Los motivos carecen, por lo general, de relevancia y no influyen en la disciplina de un negocio, pero a veces las normas legales los toman en conside-

(42) Sobre el proceso de determinación del negocio atípico vid. nuestro artículo: *Cuasi-contratos atípicos*, en "Anuario de Derecho civil", 1948 I. páginas 493 y ss. concretamente págs. 509-515.

(43) GRECO, op. cit. págs. 773-782.

(44) ASCARELLI: *Appunti di Diritto Commerciale*, III, Roma 1932 páginas 27-28.

ración (a este respecto, ASCARELLI enumera, a título ejemplificativo, numerosos casos en los que la ley concede relevancia al motivo, especialmente en el ámbito mercantil (45); de modo particular, considera que el motivo debe tomarse en cuenta para determinar si un concreto negocio se realiza o no en fraude a la ley).

Los fines ulteriores perseguidos por las partes—continúa afirmando—son jurídicamente motivos; pero pueden configurar de tal modo el negocio medio que a través de él se realicen, además de su fin típico, esos fines ulteriores que adquieren prevalencia entre los motivos psicológicos que a las partes pueden animar. Para la realización indirecta de esos fines los particulares se valen de cláusulas, o convenios accesorios, o características especiales, con las que configuran el negocio empleado. De esta forma el negocio se sujeta a una disciplina particular dirigida a realizar los fines ulteriores que como simples motivos—al menos como norma general—no podrían adquirir relevancia. En contra de la hipótesis normal, en la que el elemento dominante en la voluntad de las partes, incluso desde el punto de vista psicológico, es la consecución del fin típico del contrato que se celebra, en el negocio indirecto elemento decisivo es el alcanzar los fines ulteriores, respecto a los cuales el típico del negocio medio resulta un presupuesto, un punto de partida (46).

Según ASCARELLI (47), el fin típico, la causa de cada negocio, es entendida por el ordenamiento en un sentido meramente formal: el Derecho se preocupa de la subsistencia de la misma, no de la importancia que adquiere en el pensamiento de las partes en comparación con otros motivos. Por ello debe mantenerse que la causa existe cuando aparece su estructura formal, aunque en el pensamiento de las partes sólo tenga una importancia económica mínima al estar su voluntad dominada por el móvil de conseguir fines ulteriores. De esta manera el cualificar un negocio de indirecto depende de si puede concederse relevancia al motivo que el fin ulterior representa.

Para conceder tal relevancia, ASCARELLI exige, aparte de que el fin se manifieste en la contextura del negocio por medio de cláusulas o circunstancias especiales y de que no sea contrario a la naturaleza del negocio medio ni a la ley, que los fines ulteriores sean conocidos por ambos contratantes.

Poca cosa puede salvarse de toda esta construcción. En primer lugar, del hecho de que algunas normas legales concedan y reconozcan relevancia al motivo no puede deducirse que la tenga en el negocio indirecto. Tales normas son excepcionales y no atacan el principio ge-

(45) ASCARELLI: *Contratto misto* ..., cit., pág. 470; *Il negozio indiretto* ..., cit., pág. 42; en "Foro italiano", cit. págs. 1389-1392.

(46) ASCARELLI: *Il negozio indiretto* ... cit., pág. 41, y en "Foro italiano", últimamente citado.

(47) ASCARELLI: *Contratto misto* ..., cit., págs. 469-470; *Il negozio indiretto*, cit., págs. 43-44.

neral de irrelevancia de los motivos (48). Por el contrario, la existencia de esos preceptos pone de manifiesto la necesidad de especial disposición legislativa para reconocer que un motivo sea relevante; y si la ley expresamente concediese relevancia a un determinado fin ulterior que se encuadrara en un negocio, ese negocio no sería indirecto, ya que el fin estaría directamente previsto por la ley en referencia al medio jurídico empleado.

Tampoco será indirecto el negocio si las partes emplean cláusulas o acuerdos dirigidos a la consecución de los fines ulteriores, ni siquiera si el resultado deriva de "características especiales" con las que se configura el negocio adoptado, porque si existe convenio (tácito o expreso) el resultado se obtiene directamente, y si esas "características" no constituyen ni acuerdo tácito, no aparece por ninguna parte su especialidad y, por tanto, no habremos salido del campo del puro motivo psicológico.

Menor consistencia que estas afirmaciones tienen las que hace respecto a la causa formal, criticadas con rigor y acierto por GENNARO (49). Para que la ley conceda tutela jurídica a un negocio no es suficiente que aparezca de modo abstracto la función objetiva y económicosocial típica de aquél; es preciso que esa causa tenga también una existencia concreta; junto a la existencia objetiva ha de darse la subjetiva; es decir, ha de ser realmente querida por las partes en el negocio concreto que realizan. Claro está que el ordenamiento tipifica las causas de modo formal, porque al configurar un determinado tipo de negocio necesariamente ha de tomar en cuenta sus generalidades, no pudiendo descender a la tipificación de los innumerables casos concretos que en la práctica pueden presentarse. Pero el ordenamiento no se conforma con que cada uno de los negocios que las partes concluyen, presente la estructura formal de la causa por él tipificada; exige además que las partes quieran efectivamente esa causa, que junto a su existencia objetiva haya un querer subjetivo: el querer conseguir un fin tipificado abstractamente en la ley. Siguiendo la teoría de ASCARELLI llegaríamos a concluir que, por ejemplo, en la venta simulada con precio en realidad irrisorio el negocio disimulado no presenta interés para el Derecho, no ya frente a terceros, sino incluso en referencia a las partes, pues si la ley se preocupa sólo de comprobar la existencia de la causa formal, que en la hipótesis de esta simulación sería la del negocio simulado, el querer efectivo de los contratantes quedaría olvidado; para conceder relieve *inter partes* al negocio disimulado tendríamos que concebirlo como motivo relevante del negocio que se empleó, lo cual de forma alguna puede admitirse.

Por último hemos de advertir que no basta para conceder relevan-

(48) Cfr. GENNARO: *I contratti misti*, cit., pág. 85; CARRARO op. et loc. citados.

(49) GENNARO, op. últ. cit., págs. 82 y ss.; GRAZIANI (op. et loc. cit.), comparte también su criterio.

cia a un motivo el hecho de que se conozca por ambas partes. Si ellas no lo elevaron a elemento del negocio—al menos por convenio tácito—no puede admitirse esa relevancia; y si lo transformaron en elemento o es la propia ley quien concede relevancia a un fin ulterior en un determinado negocio, el resultado deja de ser indirecto.

Con el mismo deseo de mantener la existencia de una categoría jurídica de negocio indirecto, también RUBINO intentó justificar la relevancia del motivo que el fin ulterior supone, si bien de forma menos extremosa que ASCARELLI.

Reconoce RUBINO la existencia del principio general de la irrelevancia del motivo, fuera de las excepciones legales (50). Pero afirma que tal principio debe sufrir ciertas dulcificaciones. No deben despreciarse sin más todos los motivos no previstos de modo manifiesto en el negocio; algunas veces pueden tornarse relevantes: basta para ello que sean reconocidos o reconocibles por ambas partes y que actúen como motores determinantes de la voluntad, en el sentido de que si no existieran no se celebraría el negocio o se concluiría de otra forma. Ante un motivo que reúna esas características—características que la ley exige en los supuestos concretos en que concede relevancia a determinados motivos—el principio de la irrelevancia absoluta debe sufrir una quiebra. Pero la relevancia debe admitirse sólo *inter partes*, no frente a terceros. Y será el juez el encargado de marcar la medida de relevancia que a un motivo específico puede concederse (51).

Pensamos que la exposición hecha por RUBINO sobre la relevancia del fin ulterior no expresa con claridad su pensamiento. Hay una pregunta a la que no contesta: ese motivo que deben conocer ambas partes y que es el que las determina a contratar de modo que de no existir hubieran celebrado otro negocio o ninguno, ¿es un simple motivo o un acuerdo tácito del que deriva un deber de conducta para los contratantes dirigido a conseguir el fin previsto? CARRARO y GENNARO (52) afirman, con razón, que el motivo descrito por RUBINO es un elemento del negocio que se celebra elevado a esta categoría en virtud de un convenio tácito de las partes. Y entonces dejamos de estar en presencia de un negocio indirecto, porque el fin deriva directamente del convenio que lo elevó a elemento del negocio. Y si no existe acuerdo tácito, el motivo no puede dejar de ser irrelevante.

Para mejor precisar la relevancia del fin ulterior en el negocio indirecto, GRECO (53) propuso una clasificación seguida después por muchos autores. Distingue tres grupos de negocios indirectos: un primero en el que el fin ulterior no se revela en la estructura del negocio adoptado, es decir, que la estructura y efectos del negocio medio satis-

(50) RUBINO, op. cit., págs. 109-114.

(51) RUBINO, op. cit., págs., 125 y ss.

(52) GENNARO: *Sul valore dommatico* ..., cit. pág. 10; CARRARO, op. et locución citados.

(53) GRECO, op. cit., págs. 357 y ss.

face de modo pleno a la voluntad de las partes, si bien esa voluntad se dirige a conseguir un fin que el negocio empleado normalmente no persigue. En el segundo el fin ulterior viene a constituir un elemento o condición del negocio adoptado. En el tercero para alcanzar el fin ulterior se precisa un acuerdo que se une al negocio medio.

En los dos últimos casos, GRECO reconoce que no se puede hablar de relevancia del motivo, pues la condición y el acuerdo no son motivo, Y—hemos de añadir—tampoco se puede hablar de negocio indirecto porque, si el fin ulterior es elemento del negocio empleado o se alcanza por medio de un acuerdo, el resultado es plenamente directo.

Queda así reducido el campo de los negocios indirectos a los sujetos del primer grupo, en los cuales—afirma GRECO—tiene plena aplicación el principio de la irrelevancia del motivo. Sólo en el caso de que los motivos sean fraudulentos o ilícitos adquirirán relevancia jurídica a efectos de nulidad del negocio (54).

GENNARO (55) plantea correctamente el problema, reconociendo que la admisión dogmática de la categoría del negocio indirecto estriba en conceder o no relevancia al fin ulterior. Hace constar que la causa del negocio adoptado subsiste tanto objetiva como subjetivamente, ya que las partes quieren de modo real el negocio medio con todos sus efectos. Exige la subsistencia de la causa en el campo psicológico interno, pero admite que puede no constituir el *elemento determinante* de la celebración del negocio. En el negocio indirecto existe una divergencia entre la causa y el elemento determinante; este último lo constituyen los fines ulteriores. El ordenamiento considera desde un punto de vista objetivo el negocio actuado y se mantiene indiferente ante los motivos que llevan a las partes a celebrarlo. Interesa que la causa aparezca realmente y que explique—aun en el fuero interno, en la voluntad de las partes—el papel jurídico que va a desempeñar el negocio. Los motivos suponen la contemplación de una serie de finalidades prácticas que mueven a las partes a querer la causa y los efectos de un determinado negocio, pero para el Derecho resultan indiferentes. De la relación entre causa y motivo peculiar del negocio indirecto no se infiere que este último adquiera relevancia frente a aquélla; lo que en él resulta diferente respecto a la hipótesis normal de conclusión del negocio adoptado no es su estructura ni su causa, sino el fin individual práctico que las partes persiguen; pero ese fin, desde el punto de vista jurídico, es un motivo y como tal irrelevante.

Discrepamos de algunas expresiones usadas por GENNARO que no matizan de modo preciso su pensamiento y pueden originar dudas y malas interpretaciones, pero estamos de acuerdo con el resultado a

(54) CARRARO (op. cit. págs. 28-30), critica esta última opinión.

(55) GENNARO: *I contratti misti*, cit., págs. 81-85.

que llega (56). Concretamente, nuestro reparo se refiere a sus palabras en referencia al fin ulterior que califica de *elemento determinante*. Este término podría hacer pensar que la causa del negocio medio no es *elemento determinante* del negocio indirecto, con lo que caeríamos en la construcción formalista de la causa propuesta por ASCARELLI y que GENNARO repudió y calificó de inadmisibles. GRECO (57) ha propuesto otra designación que tampoco nos satisface por completo: *trascendencia del fin*; puede creerse que *fin trascendente* significa motivo con relevancia, lo cual se opone a la construcción ideada por GRECO, y desde luego a la que nosotros proponemos.

La discordancia es más bien en la terminología; estamos convencidos de que tanto GENNARO como GRECO quieren decir lo mismo con las expresiones que usan, y que nuestro pensamiento coincide con el de ellos. Pero en honra a la claridad se deben precisar mejor los conceptos y calificar el fin ulterior de manera que no puedan levantarse dudas sobre su naturaleza.

En el negocio indirecto, las partes adoptan con pleno querer de su estructura y efectos un negocio medio; la causa típica de ese negocio subsiste y es querida por las partes. Pero, además de conseguir el fin objetivo típico del negocio empleado, desean también alcanzar ulteriormente otro fin económico-práctico que no se logra en las hipótesis normales de conclusión del negocio medio. Ese fin práctico queda dentro del campo de los motivos psicológicos y por ello no tiene relevancia jurídica. Cuando GENNARO afirma que actúa como *elemento determinante* no quiere con certeza decir que ocupa el lugar propio de la causa, porque de ser así vendría a contradecir su propio pensamiento. Desde el punto de vista jurídico, *elemento determinante* del negocio indirecto ha de ser la *causa* del negocio medio. El fin ulterior, siendo motivo, influye poderosamente en la voluntad de las partes hasta el punto de decidirles a celebrar el contrato; pero una vez acordada la conclusión del negocio, las partes aceptan y quieren de modo

(56) La opinión de que el fin ulterior es un simple motivo y por ello irrelevante es hoy compartida por la mayor parte de los autores. CARRARO (op. cit., págs. 23-27), afirma que el fin ulterior perseguido en el negocio indirecto, como motivo que es, no tiene relevancia a no ser que la ley se la conceda, en cuyo caso el resultado dejará de ser indirecto SANTORO-PASARELLI (*Interposizione di persona, negozio indiretto e successiones della prole adulterina*, en "Foro italiano", 1931, vol. 56, págs. 176-179), califica de motivos a los fines ulteriores perseguidos en el negocio indirecto y por ello los considera irrelevantes; añade que admitir la relevancia de los fines equivale a destruir la idea de negocio indirecto y encuadrar esta figura en otra categoría dogmática diferente: MESSINEO (op. et loc. cit.); DOMINICO (*La costituzione ...*, cit., loc. cit.); GRAZIANI (op. cit., págs. 417-418); PUGLIATTI (*Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, Messina, 1935, pág. 14) y otros autores, afirman también la necesidad de que subsista en el negocio indirecto la causa típica del negocio medio, y relegan los fines ulteriores al campo de los motivos con lo que les privan de relevancia jurídica. En Alemania, por todos, v. BÜLOW; *Geständnisrecht*, 1899 páginas 132 y ss.

(57) GRECO, op. cit., pág. 775.

efectivo como finalidad del mismo su causa típica, que es la que para el ordenamiento presenta relevancia. No tiene nada de particular que el fin ulterior determine a celebrar el negocio indirecto; igual sucede con los motivos en el contrato directo: Una persona compra un coche para poder trasladarse con mayor rapidez de su casa a la oficina; otra arrienda un piso por estar situado en la calle donde nació; los ejemplos podrían multiplicarse. Nadie dice, sin embargo, que esos motivos sean *elementos determinantes* del contrato; son móviles que llevan a celebrarlo. El fin ulterior del negocio indirecto es también un motivo: ¿Qué razones hay para que GENNARO le llame elemento determinante? Una fundamental: que el fin ulterior, a pesar de ser irrelevante en el terreno jurídico, no presenta la misma estructura que los demás motivos psicológicos.

Hemos dicho que el fin ulterior ha de poseer virtualidad para constituir hipotéticamente causa de un negocio jurídico (típico o atípico); al emplearse en el negocio indirecto no se usa como causa; no se le equipara a la causa típica del negocio adoptado, sino que actúa como simple motivo. Pero en sí, tiene relieve suficiente para llegar a ser causa de un negocio directo. Esto es lo que le caracteriza y lo que es fundamental en el negocio indirecto: las partes, en lugar de procurar el fin ulterior a través de un negocio directo (típico o atípico) en el que ese fin actuase como causa, adoptan (por razones especiales, normalmente buscando la seguridad y certeza de régimen jurídico) otro negocio distinto de naturaleza típica, y por medio de él alcanzan de modo indirecto el fin ulterior que queda relegado al campo de los motivos.

Cuando GENNARO habla de *elemento determinante* quiere significar, a nuestro entender, que el fin ulterior, a pesar de que tiene la irrelevancia propia de los motivos, es algo más que un simple motivo psicológico del negocio. El motivo en el contrato directo no tiene consistencia jurídica: queda absorbido por la causa. En contraste, los fines ulteriores dan cierto color al negocio indirecto; con este negocio las partes tienden a satisfacer necesidades prácticas sirviéndose de los elásticos esquemas negociales que la ley pone a su disposición; antes que realizar creaciones atípicas, prefieren acudir a esos esquemas en virtud de la seguridad y certeza de régimen jurídico con que están dotados (ésta es generalmente la razón por la que las partes acuden al negocio indirecto; pero ya advertimos que existen también otras razones justificativas de su empleo). El querer resolver una necesidad práctica, que podría satisfacerse directamente por medio de un determinado contrato, a través de un negocio distinto con el que se logra de modo indirecto el fin perseguido, presta individualidad al fin ulterior frente a los otros motivos psicológicos y permite que en cierto sentido coloree al negocio indirecto, ya que fuerza al adoptado a servir nuevas funciones que si no se oponen ni contrastan con su causa típica quedan al menos fuera de la órbita de ese negocio.

La finalidad práctica que con el fin ulterior pretende satisfacerse

queda, por tanto, encuadrada en el negocio medio adoptado. Este negocio posee una causa típica. ¿Aparecen en un plano de igualdad esa causa y aquel fin? De modo alguno. En el negocio indirecto existe una subordinación: el fin queda en posición secundaria, incluido jurídicamente en el campo de los motivos, y la causa es la que posee relevancia. El fin tiene que someterse al medio empleado sin deformarlo. Las alteraciones que produzca en el negocio medio no pueden ser substanciales, no pueden destruir las notas típicas de ese negocio; en caso contrario se originaría un negocio atípico que, por tener esa naturaleza, no podría ser indirecto. Las modificaciones superficiales que pueda producir no dotan de relevancia al fin ulterior ni lo substraen del campo de los motivos.

En este sentido entendemos las palabras de GENNARO. En este sentido, también, comprendemos las de GRECO (*fin trascendente*); y no parece que se les pueda dar otro alcance. *Trascendente y determinante* no son términos que hagan referencia al influjo del fin ulterior sobre el negocio medio, sino que se refieren a su individualización frente a los demás motivos psicológicos en cuyo campo queda englobado para el ordenamiento. La terminología que proponemos, y nos parece que con ella se evitan las confusiones, es: *fin con relieve, pero sin relevancia jurídica*.

4. Pocos son los autores que admiten la relevancia jurídico-dogmática del negocio indirecto, necesaria para configurarlo como categoría autónoma (58).

Incluso quienes más se esforzaron por mantener esa relevancia vienen a negar substantividad a la figura.

Así, ASCARELLI (59) afirma que la disciplina aplicable al negocio indirecto será la del negocio adoptado; las eventuales cláusulas particulares que según este autor acostumbra a existir en el negocio indirecto no constituyen generalmente—a su juicio—un negocio distinto, ni substraen el contrato medio del tipo al que fundamentalmente pertenece.

Y RUBINO (60) concluye que el negocio indirecto no es una categoría jurídica: sólo puede hablarse de categoría cuando una figura posee disciplina propia y un conjunto de efectos peculiares de aplicación uniforme y constante a los singulares casos que en ella vienen a integrarse. En el negocio indirecto no existe una disciplina de

(58) Entre otros, CANDIAN, en comentario a ASCARELLI, en "Temì Emilianà", 1931, II, págs. 69-70; PELLEGRINI: *La causa obligandi nella firma cambiaria di favore*, en "Studi per D'Amelio", en Roma, 1933, II, págs. 44 y ss.; BROSIÒ: *Mancaza di causa, causa illecita e frode ai creditori nella trasformazione di società in nome collettivo in accomandita semplice poi fallita*, en "Foro italiano", 1934, vol. 59, págs. 1867 y ss., concretamente pág. 1871.

(59) ASCARELLI: *Il negozio indiretto...*, cit., pág. 41; *Contratto misto...*, cit., pág. 471.

(60) RUBINO, op. cit. págs. 142-143.

tal género; si a veces se producen efectos diferentes de los normales del negocio medio—continúa diciendo RUBINO—, esto se verifica de forma discontinua y, por lo general, en las hipótesis de irregular desarrollo de la relación.

La mayor parte de la doctrina se pronuncia decididamente por la irrelevancia dogmático-jurídica de la pretendida categoría del negocio indirecto (61). Al encuadrar el fin ulterior en el campo de los motivos (aunque, en sí, presente un relieve del que el motivo carece: la virtualidad del poder ser causa de un negocio), se le califica de irrelevante. Y, en consecuencia, al afirmar su irrelevancia se significa ya que el negocio indirecto no puede constituir una categoría dogmático-jurídica.

El fin ulterior se alcanza a través de la realización del negocio medio, a cuya estructura, causa, régimen y disciplina queda sometido. De esta forma se encuadra el negocio indirecto dentro del marco de los negocios típicos. La particularidad del medio típico que se emplea para conseguir indirectamente un fin ulterior es su elasticidad; el negocio indirecto pone de manifiesto que la ley ofrece a los particulares cuadros contractuales de amplio contenido, capaces de servir para obtener por vía indirecta otras finalidades diferentes y subordinadas a aquella típica que constituye su causa.

Tiene razón GRASSETTI cuando afirma que habiendo de ser causal el negocio empleado como medio para alcanzar fines indirectos, o bien subsiste su causa y entonces el negocio es válido, produce todos sus efectos y son irrelevantes los motivos posteriores (lo que equivale a negar, como el mismo autor reconoce, que constituya una categoría jurídica), o no subsiste la causa, en cuyo caso no puede hablarse de negocio indirecto, sino de atípico. En este mismo sentido GRAZIANI dice que no pudiendo introducir el fin ulterior modificaciones en el negocio medio incompatibles con su causa típica, el empleo indirecto de un negocio no puede conquistar la necesaria autonomía para elevar la figura al rango de categoría autónoma.

Pero el hecho de que no pueda considerarse categoría dogmático-jurídica el negocio indirecto, no significa que carezca de importancia. Es una categoría económica y como tal no inútil (62).

Es cierto que jurídicamente el indirecto no es más de lo que sea el negocio adoptado: queda sometido a su estructura, a sus efectos y a su disciplina. Mas, aparte de que tan sólo su interés económico justifica sobradamente el estudio científico de la figura, tal estudio adquiere mayor trascendencia si reparamos que con él se viene a ser-

(61) Así, DOMINEDO: *La costituzione ...*, cit., loc. cit.; RAVA: *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, en "Rivista del Diritto Commerciale. 1933. I, páginas 324 y ss., concretamente págs. 341-348; GRAZIANI, op. cit., págs. 417-418; GENNARO: *Contratti misti*, cit., págs. 85-86; PUGLIATTI op. et loc. cit.; GRASSETTI: *Del Negozio fiduciario...*, cit., págs. 362-363; CARRARO, op. et loc. cit.; MESSINEO, op. et loc. cit.; PUGLIESE op. cit., págs. 46-50; etc.

(62) Cfr. GRAZIANI, op. cit., pág. 417; GENNARO, op. últ. cit., pág. 86.

vir al juez y al intérprete, facilitando notablemente su labor calificadora. Porque al determinar que un negocio concreto tiene naturaleza de indirecto, se ha excluido ya la posibilidad de simulación, de negocio mixto, atípico, fraudulento, fiduciario y abstracto, y puede fijarse con facilidad de su disciplina, bastando para ello precisar en qué clase de negocio típico debe encuadrarse el medio empleado.

El negocio indirecto queda sometido a la disciplina del adoptado. No obstante, hay un punto, muy debatido en la doctrina, que parece viene a negar la afirmación sentada: nos referimos al problema de si serán o no aplicables al fin ulterior unas especiales normas, que nada tienen que ver con el negocio medio, conocidas por los autores con el nombre de *normas materiales*. KOHLER (63) fué quien primero planteó este problema, resolviéndolo en sentido positivo.

Trátase de normas substanciales, imperativas y prohibitivas, que se dirigen a impedir ciertos resultados prácticos.

La aplicación más numerosa de estas normas—dice RUBINO—se da en el campo del Derecho público (normas fiscales, penales, de policía económica, etc.). Pero no dejan de presentarse casos en el Derecho privado, especialmente en los ordenamientos modernos, dada la tendencia hacia una mayor intervención del Estado en la actividad de los particulares.

Dentro de esas normas entran: las prohibiciones de usura y, en general, todas las prohibiciones de contratar, normas sobre colación y reducción sobre incapacidades, normas fiscales, etc..

Juzgamos que esta clase de normas se han de aplicar al fin ulterior. La finalidad de tales disposiciones es impedir un determinado resultado práctico, interesando poco que ese resultado asuma en el negocio el papel de causa o el de motivo: lo que la ley trata de reprimir con ellas es un fin económico, y por eso se aplican cuando se alcanza tal fin, ya derive de la causa, ya de un simple motivo. Esta aplicación y sus consiguientes efectos no deriva del contrato, sino directamente de la ley: no es el negocio el que atrae a la norma, sino la norma la que va al encuentro de aquél.

En contra de RUBINO y siguiendo a GENNARO (64), afirmamos que la aplicación de las *normas materiales* no dotan al negocio indirecto de una disciplina propia. No es disciplina propia del negocio, sino impuesta por la ley en consideración a determinados resultados prácticos y se aplica siempre que ese resultado se produce con independencia del negocio a través del cual se ha alcanzado.

Por no constituir disciplina propia del negocio indirecto no puede

(63) KOHLER: *Studien* cit., pág. 144, y *Lehrbuch* cit., pág. 493. En Italia muchos autores mantienen también la aplicación de esas normas. Cfr. ASCARELLI: *Il negozio indiretto* cit., pág. 56; DOMINEDO: *La anonime apparenze* cit., pág. 56; GENNARO, op. ult. cit., pág. 101; RUBINO, op. cit., páginas 115-119; GRECO op. cit., págs. 781-782; MESSINA, op. cit., pág. 76; etc.

(64) RUBINO, op. et loc. ult. cit.; GENNARO, op. ult. cit., págs. 101-102.

mantenerse que la aplicación de esas normas le conceda la necesaria relevancia para elevarlo al rango de categoría dogmático-jurídica. No se trata de un especial régimen del negocio indirecto, sino de normas que se aplican en consideración a la importancia de determinados intereses que la ley quiere tutelar de modo especial, prescindiendo para ello incluso de la causa del negocio y fijándose tan sólo en el resultado práctico conseguido. De esta forma la ley vendrá a culpar a veces simples motivos, pero no por ello les concede relevancia, sino que tan sólo quiere tutelar el orden público que al actuar esos motivos vendría a desconocerse.

Podemos concluir, por tanto, que jurídicamente, en el campo contractual, el negocio indirecto queda enmarcado dentro del negocio típico que se adoptó.

5. Después de toda la exposición que antecede, se puede ya resumir en breves trazos la fisonomía, alcance, efectos y disciplina del negocio indirecto.

El negocio jurídico indirecto es un recurso de las partes para alcanzar a través de los esquemas contractuales típicos, de modo indirecto, finalidades extrañas al negocio empleado, pero compatibles con su causa. Y así, puede darse tanto en los antiguos ordenamientos formalistas como en los espiritualistas modernos, pues su empleo obedece—entre otras razones—a la inadaptación de un ordenamiento frente a las necesidades prácticas de la vida, y de esta forma las partes acuden a los contratos nominados, de disciplina cierta y segura, antes que a los atípicos.

Por ser realmente querido el negocio medio, no puede ser simulado el negocio indirecto. Características específicas del negocio medio son también su tipicidad y el ser causal, por lo que el negocio indirecto queda fuera del campo de los atípicos y abstractos. Tampoco es fiduciario, visto que todas las teorías sobre la naturaleza de este último repugnan al indirecto. Se distingue también del mixto, porque en el indirecto no existe fusión de causas que en aquél se produce y en virtud de lo cual constituye categoría autónoma. Por último, no puede encuadrarse dentro del negocio fraudulento, porque si se realiza en fraude a la ley, desaparece la peculiar fisonomía del negocio indirecto y se transforma en un negocio nulo en virtud del fraude.

El negocio adoptado necesariamente ha de ser típico; en caso contrario, el resultado ulterior perseguido se obtendría directamente a través del negocio atípico creado por las partes. Y el fin ulterior no puede producir alteraciones substanciales en el negocio medio, porque de producir las lo convertiría en atípico.

El fin ulterior puede ser atípico y de hecho así acontece muchas veces, ya que para alcanzar un fin típico las partes acostumbran a emplear el medio jurídico que directamente lo alcanza. Pero es posible que sea típico, y así sucede en las donaciones indirectas.

El fin no puede derivar de una convención o cláusula añadida

al negocio medio, porque en esa hipótesis el resultado deriva directamente de la convención o cláusula estipulada. Ni siquiera puede hablarse de acuerdo tácito, ya que tal convenio o no puede descubrirlo el intérprete, en cuyo caso es desconocida su existencia y por ello resulta irrelevante, o si llega a descubrirlo aparece el fin ulterior derivando directamente del acuerdo.

El fin debe estar en contraste con el negocio medio, no en el sentido de contradecir su causa, sino en el de que no puede ser resultado normal del mismo o estar impuesto por la ley. Ha de ser un efecto extraño al negocio adoptado, pero sin contradecir su naturaleza. Mas debe alcanzarse como si precisamente fuera un efecto de ese negocio.

El fin ha de tener *relieve jurídico*, es decir, poseer virtualidad de constituir causa en un negocio hipotético; si fuese un simple motivo psicológico no saldríamos del plano del negocio directo. Pero no tiene *relevancia*: jurídicamente es un motivo. El fin queda englobado en un negocio que posee una causa típica, sin que exista paridad entre ésta y aquél: ocupa respecto a la causa una posición secundaria, queda relegado al campo de los motivos. Carece por ello de relevancia jurídica; pero tiene *relieve*, ya que podemos individualizarlo frente a los demás motivos psicológicos, dada su potencialidad para constituir en hipótesis causa de un negocio

Por quedar relegado al campo de los motivos y no poseer relevancia, ha de negarse que el negocio indirecto constituya una categoría jurídica autónoma. De esta forma estos negocios se mueven únicamente en el plano de los típicos, que vienen por este conducto indirecto a mostrar su elasticidad para servir nuevas funciones diferentes—aunque no opuestas—a aquellas que les son peculiares.

Al fin ulterior se aplicarán las llamadas *normas materiales*, lo cual no supone que el negocio indirecto esté dotado de propia disciplina; tales normas no derivan del contrato concluido por las partes, sino directamente de la ley que exige su aplicación cuando se produce un resultado práctico concreto, sin tomar en cuenta si este resultado deriva de la causa del negocio o de un motivo.

Jurídicamente, el negocio indirecto no es más de lo que sea el negocio adoptado, quedando sometido a su estructura, causa, efectos y disciplina. No es una categoría jurídica. Pero sí constituye una categoría económica cuyo estudio presenta el mayor interés desde el punto de vista práctico y suministra bases seguras al intérprete para calificar la naturaleza de los supuestos concretos que en la vida se presentan: después de excluir las hipótesis de negocio atípico, fiduciario, mixto, abstracto, fraudulento y simulado, podrá determinarse si existe un propio negocio indirecto, y en caso afirmativo se precisa también el régimen a que queda sometido. Todo ello proporciona a la figura una innegable utilidad no sólo teórica, sino especialmente práctica.

Nos parece que con los rasgos descritos quedan bien diseñados los perfiles del negocio jurídico indirecto.

III

Después de estudiar el negocio indirecto puede pensarse que es fácil tarea determinar la naturaleza de las llamadas donaciones indirectas. Todo parece indicar que estas liberalidades suponen un negocio indirecto en el que el fin ulterior perseguido por las partes es el de donar; o sea que a través de un determinado negocio medio diferente del de donación se obtiene indirectamente el resultado económico de la liberalidad.

Así lo reconoce algún autor. Por el contrario, otros muchos niegan carácter de negocio indirecto a estas donaciones.

Y es que, unos y otros, fijaron tan sólo su atención en una serie de casos que, en su mayor parte, no pueden considerarse liberalidad indirecta. Por ello se llega a las conclusiones más dispares y a los resultados más ilógicos, hasta el punto de haberse proclamado por algunos autores la imposibilidad de realizar una construcción unitaria de esas liberalidades.

Pensamos que el único criterio científicamente admisible es el de considerar tales donaciones como resultado ulterior de un negocio indirecto. Partiendo de esa base pretendemos realizar un trabajo depurador: analizar los supuestos que en la doctrina se presentan como ejemplos de esta figura y demostrar la impropiedad de la calificación en la mayor parte de ellos.

Sólo así, después de excluir todas las hipótesis que aquí no pueden encuadrarse y que fueron las que motivaron las dudas e imprecisiones doctrinales podremos sentar un criterio unitario que delimite con nitidez las fronteras del concepto y permita fácilmente calificar los diferentes casos que en la vida práctica han de presentarse.

6. Un gran número de definiciones sobre la llamada donación indirecta aparece en la literatura jurídica francesa e italiana.

RAGEYS (65) equipara las donaciones indirectas a las liberalidades sin forma, dotando así al concepto de una extensión que resulta inadmisibile.

Para TRASEBORT (66), liberalidades indirectas son las incluídas en un negocio que no es el de donación, ya sea neutro (no causal), ya oneroso. También este concepto presenta desmesurada amplitud y desfigura el instituto, pues le atribuye una naturaleza incompatible con su estructura.

Según ROUSSEAU y SAVATIER (67), es donación indirecta todo

(65) RAGEYS: *De libéralités indirectes en Droit française*, París, 1869, páginas 61-62.

(66) TRASEBORT: *Donations et testaments*, en "Traité pratique du Droit civil", de PLANTOL-RIDERT, vol. IV, París, 1923, págs. 870 y ss.

(67) ROUSSEAU: *Essai sur la notion juridique de simulation. Contribution à l'étude des actes indirects*, París, 1936, pág. 16; SAVATIER: *Cours de Droit civil*, París, 1945, vol. III, pág. 497.

acto sincero que sin recurrir a las formas normales de la liberalidad se destina a transmitir gratuitamente un valor de un patrimonio a otro, por voluntad de las partes. Estos autores incurren en la vaguedad e imprecisión que a RAGEYS hemos criticado.

PONSARD (68), sin dar un propio concepto de las liberalidades indirectas, admite que sean donaciones, porque en ellas se opera un enriquecimiento del donatario que corresponde a un empobrecimiento del donante a través de la transmisión de un valor patrimonial informada por el *animus donandi*. Falta probar que así sucede realmente y que los efectos de la liberalidad derivan de modo directo del negocio empleado; porque si aparecen como meros fines ulteriores alcanzados a través de un acto principal que tiene una causa diferente de la donación, de liberalidad sólo podrá hablarse en sentido económico y no en el jurídico.

La doctrina italiana ha estudiado esta figura con un criterio más científico. SCUTO (69) sostiene que donaciones indirectas son aquellas liberalidades que no constituyen causa, sino más bien consecuencia o efecto accesorio de un acto o negocio que persigue un fin diferente.

Para COVIELLO (70) son aquellas donaciones que no constituyen el fin único, sino una circunstancia tan sólo, unida a un acto jurídico que tiene una causa y naturaleza distintas de las de la liberalidad.

En el decir de MAROI (71) son las donaciones que sólo aparecen como efecto ulterior o de un mero acto material o del cumplimiento de otro contrato que tiene de por sí un fin típico.

Para MOSCO y FUNAIOLI (72) existe liberalidad indirecta cuando mediante un negocio diferente del de donación, o mediante un acto jurídico se obtiene de modo consciente el resultado económico propio de la liberalidad, pero se alcanza ulterior o accesoriamente respecto al negocio que se concluye.

Tampoco podemos considerar perfectas estas definiciones propuestas por la doctrina italiana: todas ellas presentan características comunes y tan sólo se aprecian diferencias accidentales entre unas y otras. No matizan el concepto e introducen dentro de él elementos que debieran quedar fuera.

Precisamente por ello algunos autores (73) llegaron a afirmar que es imposible reconducir los diversos supuestos de donación indirecta a un concepto unitario, que es imposible construir una teoría general

(68) PONSARD: *Les donations indirectes en Droit civil française*. París, 1946 págs. 21-55.

(69) SCUTO: *Le donazioni*, Catania, 1927-1928, pág. 1078.

(70) COVIELLO: *Delle successioni*, tercera ed., Nápoles, 1932, pág. 462.

(71) MAROI: *Delle donazioni*, Turin, 1936, pág. 267.

(72) MOSCO: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici* Milán, 1942, páginas 295 y ss.; FUNAIOLI: *La donazioni*, Pisa, 1945-1945, págs. 43 y ss.

(73) ASCOLI: *Trattato delle donazioni*, segunda ed. Milán, 1935, págs. 431-438; BALBI: *Liberalità e donazione*, en "Rivista del Diritto Commerciale", 1948, I págs. 157 y ss., concretamente pág. 196.

de las liberalidades indirectas, debiéndose, por el contrario, resolver de modo diferente, con un criterio adecuado a cada caso, las distintas hipótesis que puedan presentarse. Y es que la doctrina al querer ejemplificar plantea como supuestos de esta figura una serie de casos de la más variada naturaleza, que en su mayor parte no pueden calificarse científicamente de donación indirecta.

Esa variada naturaleza explica por qué muchos autores niegan carácter de negocio indirecto a las donaciones que estudiamos (74). MAROI (75) llega a criticar a ASCARELLI por afirmar que las donaciones de esta clase sean negocios indirectos, aduciendo que no es preciso que se actúen en el campo negocial, sino que pueden realizarse a través de actos materiales, en cuya hipótesis no puede de forma alguna hablarse de negocio indirecto. Tal crítica carece de fundamento científico; porque para justificarla es preciso demostrar que las pretendidas donaciones actuadas por hecho material son verdaderas liberalidades indirectas, y esto todavía no lo ha probado ningún autor.

Para resolver el problema de la calificación dogmática de estas figuras, propone GENNARO (76) una fórmula simplista. Piensa que de negocio indirecto puede hablarse, además de en un sentido estricto (como quedó expuesto en el apartado anterior de este trabajo), en otro lato y sin rigor técnico: atendiendo a la posición del destinatario de la atribución patrimonial, siempre y cuando tal destinatario permanezca extraño al negocio del que obtiene un resultado práctico; ejemplos de esa última clase de negocios indirectos se dan de modo especial en las donaciones y constituyen la figura que se conoce con el nombre de liberalidad indirecta: son todos los casos de liberalidad actuada a través de una estipulación a favor de tercero que se une a un contrato en el que el tercero no es parte.

Esta teoría, aparte de no explicar más que un supuesto de los varios que se proponen como ejemplo de liberalidad indirecta (el de la estipulación a favor de tercero), introduce una peligrosa dualidad de conceptos de negocio indirecto que no responde a ninguna base científica ni reporta alguna utilidad práctica.

A nuestro juicio, sólo existirá esta figura cuando a través de un negocio causal, típico, diferente del de donación y plenamente querido por las partes, se persigue de modo indirecto, como fin ulterior, el efecto económico de la liberalidad, siempre y cuando las partes adopten con pleno querer la causa del negocio empleado y releguen ese fin al campo de los motivos. Por tanto, en las donaciones indirectas se obtiene el resultado práctico de la liberalidad, pero sin que exista un convenio dirigido directamente a beneficiar (77).

(74) SANTORO-PASARELLI, op. cit., pág. 178; GRASSETTI: *Del negocio fiduciario* ..., cit., loc. cit.; BALBI, op. et loc. cit.

(75) MAROI, op. cit. págs. 276-279.

(76) GENNARO, op. últ. cit., pág. 91.

(77) Cfr. ALAS: *Derecho civil*. Madrid 1929 pág. 365.

Para que pueda hablarse de donaciones indirectas es necesario que el negocio concluído no sea simulado. Las diferencias entre donación indirecta y simulada aparecen claras (78); el papel que en unas y en otras juega el *animus donandi* es bien distinto: en las simuladas ocupa el primer plano en la voluntad de las partes, mientras que en las indirectas las partes acuden a la causa del negocio medio relegando el fin ulterior de liberalidad que persiguen a un plano secundario. En unas el negocio que se concluye es plenamente querido y en las otras no.

PONSARD (79) considera que es carácter común a todas las hipótesis de liberalidad indirecta el ser abstracto el negocio medio que las actúa; se trata de un acto neutro que no expresa su causa; estos negocios son válidos por sí mismos y no revelan naturaleza gratuita u onerosa. Siempre que a través de un negocio abstracto se obtenga una donación—afirma este autor—, la liberalidad será indirecta. PONSARD llega a sostener que todos los ejemplos estudiados por la doctrina son donaciones actuadas por medio de negocio abstracto (estipulación a favor de tercero, renuncia, venta a precio amistoso).

No puede admitirse este pensamiento. Si el negocio empleado es abstracto, como no posee una causa típica concreta, sino que puede acoger en su seno negocios diferentes, al actuar una liberalidad no puede decirse que ésta se alcanza indirectamente, sino que el *animus donandi* será la causa acogida en el caso concreto por el amplio esquema del negocio abstracto empleado, y el resultado se obtiene, por tanto, del modo más directo. Adoptándose como medio un negocio que puede abarcar diversas causas, cuando por él se actúe una de las muchas

(78) La doctrina ha distinguido con nitidez ambas figuras. Vid. CLOS: *Le rôle de l'intention libérale dans les donations déguisées*, Montpellier, 1941, página 73; NOUVEAU: *Essai sur la notion de la donation déguisée*, Nancy, 1943, páginas 10-11; PONSARD, op. cit., págs. 274-275.

También se ha puesto en evidencia la distinción fundamental que existe entre las donaciones indirectas y la impropia llamada *donatio ob causam* que más bien supone un contrato innominado de *do ut facias* en el que en realidad no existe fin alguno de liberalidad (así, los premios dados en exposiciones y concursos: quien da lo hace por causa muy diferente de la de donar); Cfr. STOLFI: *Atti di liberalità e doni manuali*, Turín, 1918, págs. 9 y ss.

PONSARD (op. cit., págs. 98-104) pretendió establecer una asimilación entre las donaciones indirectas y las manuales, fundada—a su juicio—en una profunda analogía: ambas son realizadas por medio de acto neutro, abstracto. Esta característica, que reputa esencial en las donaciones indirectas, se presentan también en las manuales ya que se perfeccionan con la tradición que es un negocio de esta naturaleza. Reconoce que la asimilación puede parecer audaz y chocante, visto que nada parece más directo que la entrega de un bien mueble de mano a mano; advierte que la asimilación hace referencia tan sólo al medio jurídico empleado para alcanzar el fin práctico perseguido, medio que en ambos casos tiene idéntica naturaleza. Semjante asimilación se opone, a nuestro entender, a un carácter que—precisamente en contra de lo que afirma PONSARD—reputamos esencial de las donaciones indirectas: el negocio adoptado ha de ser causal.

(79) PONSARD, op. cit., págs. 193-194; ASCOLI (op. et loc. cit.), considera con razón que con el término "acto neutro" los autores franceses vienen a significar negocio abstracto.

para que sirva, el resultado deriva directamente del negocio medio. Por ello, puede afirmarse que si una liberalidad se obtiene a través de un negocio abstracto, nunca se debe hablar de donación indirecta. De otra parte, sostener que la venta con precio amistoso y la estipulación a favor de tercero son negocios abstractos, es algo que no cabe admitir a no ser que estos negocios se configuren de modo especialmente distinto al propuesto en la doctrina que construye la figura con base en los ordenamientos positivos.

Como juzgamos que las donaciones indirectas son negocios indirectos, hemos de afirmar, en consecuencia, que el régimen jurídico a que han de quedar sometidas es el expuesto al estudiar los negocios de esta especie, o sea: les es íntegramente aplicable la disciplina del negocio medio.

A pesar de admitir que las liberalidades indirectas son verdaderas donaciones, PONSARD (80) considera que están dispensadas de la exigencia formal por realizarse a través de un negocio que puede no requerir la forma específica exigida por la ley en la donación. La inaplicabilidad de los preceptos formales la justifica alegando que la forma se impone con el fin de hacer reflexionar al donante antes de concluir un negocio definitivo de graves consecuencias patrimoniales, realzándose así el principio de irrevocabilidad propio de las donaciones; en la liberalidad indirecta la irrevocabilidad viene impuesta por la naturaleza abstracta del negocio adoptado, tornándose por ello superflua la forma, y como resulta inútil, desaparece su exigencia.

Por el contrario, DE BUEN (81) afirma que las liberalidades indirectas no son verdaderas donaciones, ya que no se someten a los preceptos formales exigidos *ad substantiam* por el Código (artículos 632 y 633); y considera que tan sólo tiene naturaleza de liberalidad la donación, por otorgarle ese carácter la propia ley (artículo 1.187).

Coincidimos con PONSARD en que la principal finalidad de la forma es garantizar la seriedad del acto y realizar su irrevocabilidad, si bien no es ésta su única función (control fiscal, evitar que se eludan las prohibiciones legales y que se apliquen las normas de colación y reducción, etc.): por ello, aunque la irrevocabilidad quede asegurada, siempre existirían esas otras razones para justificar la exigencia formal. También coincidimos en que la liberalidad indirecta no precisa de la forma exigida para las donaciones puras: pero no porque sea abstracto el negocio adoptado, sino por ser indirecto.

Tiene razón DE BUEN al afirmar que exigiendo la ley *ad substantiam* la forma en las donaciones, no puede considerarse liberalidad un acto que no cumpla esa exigencia formal; en todo caso, existen argumentos de más peso que éste de la falta de forma para negar naturaleza jurídica de liberalidad a la indirecta. Y ha de advertirse que

(80) PONSARD, op. cit., págs. 93-94.

(81) DE BUEN: *Derecho civil español común*, segunda ed., vol. II Madrid, 1931, pág. 453.

el supuesto de la condonación presentado por DE BUEN como excepcional, no constituye liberalidad indirecta.

Las liberalidades indirectas quedan exentas de la exigencia formal impuesta por la ley en las directas, porque no son verdaderas donaciones, sino negocios indirectos. Se obtienen como efecto ulterior de un negocio típico diferente del de donación; la liberalidad es aquí un fin ulterior perseguido por las partes y, desde el punto de vista jurídico, queda englobado en el campo de los motivos, siendo por ello irrelevante. Por no tener relevancia jurídica ha de someterse a los preceptos formales que la ley dictó en referencia a las verdaderas donaciones tan sólo. En las indirectas aparece en primer plano un negocio distinto del de donación, el cual actúa ulteriormente el efecto económico de la liberalidad; es natural que se someta a la forma requerida para celebrar el negocio medio, por ser éste el único que presenta relevancia jurídica.

En contra de lo que mantiene respecto a la forma, cree PONSARD que se han de aplicar a las liberalidades indirectas las normas de fondo de las donaciones. Esta afirmación es lógica dentro de su pensamiento, pues PONSARD considera que tales liberalidades son verdaderas donaciones.

Al englobar la figura que estudiamos dentro de la del negocio indirecto, tenemos que negar la aplicación de las normas de fondo; tanto respecto al fondo como a la forma, la disciplina a que quedan sometidas las liberalidades indirectas es la del negocio adoptado. Las únicas normas aplicables al fin ulterior de donar perseguido son las *materiales*, porque con ellas la ley pretende reprimir el resultado práctico de la liberalidad, prescindiendo de si deriva de la causa del negocio concluido o de un fin ulterior; pero esas normas no conceden al fin de liberalidad substantividad y autonomía frente al negocio medio que las actúan, porque su aplicación no deriva del contrato celebrado ni de la voluntad de las partes, sino de la ley.

7. Los autores proponen una serie de ejemplos de donaciones indirectas que, a nuestro juicio, no pueden ser considerados figuras de esa especie. Es necesario depurar el concepto y apartar todos aquellos casos que en él no pueden tener cabida.

A este fin, vamos a realizar un breve estudio de estos ejemplos, agrupándolos sistemáticamente, en distintos apartados que comprenden hipótesis afines para probar que los supuestos más relevantes presentados por la doctrina no pueden en rigor calificarse de donaciones indirectas (82).

(82) Tal vez sólo pueda salvarse el caso de la venta amistosa a bajo precio. Por la trascendencia y amplitud de los problemas que este supuesto plantea dedicaremos a su estudio el próximo apartado, y allí habremos de exponer nuestro pensamiento sobre el particular.

Quedan fuera de esta categoría los supuestos presentados por PONSARD

a) Diferentes autores hablan de donación indirecta en el caso de obtenerse el efecto práctico de la liberalidad por medio de un acto material (83).

Si se planta, siembra o edifica en terreno ajeno, por el principio de la accesión (que nuestro Código recoge en el artículo 358), la propiedad de lo plantado, sembrado o edificado pertenecerá al dueño del terreno (previa la indemnización establecida, en caso de buena fe, por el artículo 361, que remite a los artículos 453 y 454); si esos actos se realizan con el deseo de beneficiar, los autores afirman que se produce el resultado económico de la donación a través del acto material de la siembra, etc. Igual criterio mantienen si una persona quiere que otra adquiriera un objeto de su propiedad que ésta posee, y para tal fin deja transcurrir en su favor el plazo legal de prescripción, uniendo a su inactividad el ánimo de beneficiarla. En ambos supuestos, el fin de liberalidad es irrelevante a efectos de la adquisición.

Los autores indican que ese fin liberal puede obtenerse a través de un convenio realizado entre el que planta, siembra o edifica y el dueño del terreno, o entre quien posee la propiedad de una cosa y quien la deja prescribir.

Es necesario separar las hipótesis en que existe acuerdo de aquellas en que se realiza el acto material sin convenio alguno, si bien en ninguno de los dos casos nos encontramos en la presencia de una donación indirecta.

Si existe acuerdo y éste es plenamente válido (puede ser fraudulento o simulado) el efecto de liberalidad derivará directamente del convenio. El acto material se emplea aquí como medio de cumplir el convenio. La ley prescinde en el acto de la voluntad de las partes, para imponer unos determinados efectos: cuando las partes quieren esos efectos porque son precisamente los mismos que han de producirse al actuar una liberalidad que tienen convenida, pueden realizar el acto con ese fin y se produce el efecto económico de la donación, como pretendían; pero este efecto deriva directamente del convenio, del acuerdo de donar que habían celebrado. No hay, desde el punto de vista jurídico, negocio de donación, porque la ley, al atribuir los efectos al acto, prescinde de la voluntad de las partes; si que existe resultado económico de liberalidad, pero no indirecto, sino derivado directamente del acuerdo de las partes. Es decir, estaremos en la presencia de un resultado económico de liberalidad que se produce por vo-

(op. cit., págs. 145-163) de donaciones concluidas por medio de negocio abstracto (reconocimiento de deuda, promesa de pago, letra de cambio, etc.). Repetimos que cuando el fin de liberalidad se obtiene a través de un negocio abstracto, el resultado no deriva de modo indirecto, sino directamente de ese negocio.

BALBI (op. cit., págs. 173-175) advierte que el negocio que sirve de ejecución a una liberalidad no puede considerarse nunca donación indirecta: constituye tan sólo el cumplimiento del deber jurídico que nació del contrato de liberalidad.

(83) PIOLA: *Donazioni*, en "Digesto italiano", vol. IX, part. III, Turin, 1901, pág. 948; MAROT, op. cit., pág. 268; BALBI, op. cit., págs. 177-180.

luntad de las partes de modo directo; y por ello no cabe hablar de donación indirecta.

Si no existe acuerdo, tampoco puede hablarse de liberalidad indirecta. Si una persona trata de beneficiar a otra sin que ésta lo sepa y realiza para ello un acto material, no se produce el resultado práctico de la donación; ese resultado consiste en querer dar y recibir respectivamente; el querer dar tan sólo constituirá a lo sumo media liberalidad, lo que jurídicamente no es nada. Y aunque una persona quiera dar una cosa y otra recibirla, y sin haber llegado a un acuerdo (ni siquiera tácito) la primera realiza un acto material que va a producir el beneficio deseado para la segunda, no habrá liberalidad indirecta, por que el resultado viene impuesto directamente por la ley. Repetimos que lo característico del acto jurídico es el imponer la ley determinados efectos con independencia del querer de las partes; cuando esos efectos imperativamente marcados coinciden con los que las partes se proponen, no puede hablarse del resultado indirecto; el resultado deriva directamente de la ley; la especialidad del supuesto reside en que las partes acoplan su voluntad a los efectos imperativos que la ley marca sin tomar en cuenta los deseos de aquéllas. Cuando el resultado lo impone directamente la ley no puede hablarse de liberalidad indirecta, sino de resultado económico de liberalidad que deriva directamente de la ley. El ejemplo—salvando las distancias—es análogo al que propusimos cuando estudiábamos el negocio indirecto para negar la existencia de esta figura cuando el fin ulterior venia impuesto por la ley: si dos personas tienen hijos naturales reconocidos y con el deseo de legitimarlos contraen matrimonio, el resultado que persiguen no se obtiene de modo indirecto, sino que viene directamente impuesto por la ley (artículo 121, núm. 1.º de nuestro Código), e incluso si no quisieran legitimarlos aun contra su voluntad se produciría la legitimación por el hecho de casarse. De modo semejante, si una persona quiere realizar un beneficio y otra desea alcanzarlo, y a tal efecto realiza la primera un acto material, al imponer la ley la atribución el resultado deriva directamente de ella y no puede de ese modo hablarse de liberalidad indirecta.

Vemos, por tanto, que ya exista convenio o no exista, no se produce en ninguno de estos casos una donación indirecta.

b) El segundo supuesto es el de atribuir a un tercero cierto beneficio por medio de una estipulación añadida a un contrato al que aquél permanece extraño (84).

El beneficiado lo es no por efecto de un negocio que él realiza, sino por efecto reflejo de un contrato concluído entre el efectivo donante y otra persona (85).

(84) Vid. ASCOLI: *Donazioni indirette*, en "Rivista di Diritto Civile", 1924, páginas 388-393; GENNARO: *I contratti misti*, cit. pág. 91; MAROI, op. cit., página 270; PONSARD, op. cit., págs. 165-183; BALBI, op. cit., pág. 196.

(85) GRECO (op. cit. pág. 778); GENNARO (op. cit., págs. 196-197), y PONSARD (op. cit., pág. 168) ponen de manifiesto las diferencias existentes entre este

Normalmente, esas estipulaciones a favor de tercero se apoyan en un acuerdo anterior celebrado por el tercero y uno de los contratantes. Si el convenio es oneroso no podrá hablarse de liberalidad; si gratuito, la donación no será indirecta, sino que derivará directamente del acuerdo concluido entre el tercero y uno de los contratantes.

Si no hay acuerdo previo, el tercero permanece extraño al contrato celebrado. Pero entonces no existe liberalidad hasta tanto que el tercero acepte: el párrafo segundo del artículo 1.257 del Código civil exige para que el tercero pueda invocar el cumplimiento de la estipulación concluida a su favor, que haga saber su aceptación al obligado antes de que éste revoque lo prometido. Es entonces, después de aceptar, cuando puede hablarse de liberalidad; antes existe sólo una promesa. Y la liberalidad que surge al aceptar no puede considerarse indirecta: deriva directamente de la oferta de donar hecha por el estipulante y de la aceptación del tercero.

Esas estipulaciones actúan, por tanto, liberalidades directas, y de esta manera sólo producirán el efecto querido cuando se someten a las normas imperativas de las donaciones y a la disciplina de las mismas.

c) Uno de los casos más saliente de donación indirecta es para los autores el de la renuncia (86).

No cabe duda que la renuncia convencional es una liberalidad directa. Pero cabe la pregunta de si la renuncia traslativa hecha con ánimo de liberalidad originará una donación indirecta.

A nuestro juicio, no. Consideramos que el negocio de renuncia es empleado directamente para conseguir el fin liberal perseguido.

En la renuncia traslativa gratuita de un derecho, la ventaja que logra el adquirente no es una consecuencia ulterior de la renuncia obrada en su favor, sino el fin principal que se persigue; por ello constituye donación directa. Podrá objetarse que la renuncia es una manifestación unilateral de voluntad que produce su efecto sin necesidad de concurso, y por el contrario, las donaciones son contratos, es decir, negocios jurídicos bilaterales. Pero es que la renuncia traslativa gratuita no produce el efecto deseado por el renunciante hasta que el favorecido manifiesta su voluntad de aceptar. Una simple renuncia no aceptada no constituye donación, ni directa ni indirecta (87).

caso y el de la donación simulada por interpuesta persona: aquellas partes realizan un verdadero contrato querido por ellas, y a través de una estipulación que añaden a su acuerdo, pretenden beneficiar a un tercero; allí no son los contratantes que externamente aparecen quienes concluyen en realidad el contrato.

(86) ASCOLI, op. et loc. últ. cit.; PIOLA, op. cit., pág. 932; MAROI, op. cit., página 269; FUNIOLI, op. et loc. cit.; PONSARD, op. cit., págs. 133-144; BALBI, op. et loc. últ. cit.

(87) BARASSI: *I diritti reali limitati*, Milán, 1947, pág. 66 y nota 23) llega a sostener que la renuncia a un derecho real limitado en favor del propietario de la cosa no constituye donación por no producirse, mediatamente, enriquecimiento en el patrimonio de este último visto que al desaparecer el derecho real limitando la propiedad se reexpande por su propia virtud. Reputamos exagerada esa idea: no puede negarse que, de modo inmediato, el enriquecimiento existe y ello basta para poder hablar de donación.

Para hablar de liberalidad se precisa, además, que se renuncie a un derecho ya adquirido. En caso contrario no habrá efectivo traspaso de un derecho del patrimonio del renunciante al del que ha de beneficiarse, requisito necesario para la existencia de las donaciones directas. Y requisito preciso también en las indirectas, porque esas liberalidades implican el obtener a través de un negocio diferente del de donación, como efecto ulterior, el resultado económico de la liberalidad: este resultado aquí no se produce, ya que no hay desplazamiento de un derecho de un patrimonio a otro (88).

El supuesto más importante de renuncia gratuita es el de la condonación. El artículo 1.187 de nuestro Código establece dos clases: expresa y tácita; y dispone que la expresa ha de quedar sometida a las reglas de forma de las donaciones. La condonación expresa es un verdadero contrato de liberalidad realizado de modo directo; hasta tanto que el donatario la acepte, puede el donante retirar su oferta, pero una vez aceptada queda definitivamente concluida una liberalidad directa, sometida tanto a las normas de forma como a las de fondo de las donaciones (89). También es directa la condonación tácita hecha con ánimo de liberalidad (90), pues supone una renuncia traslativa gratuita de un derecho ya adquirido, la cual, como hemos dicho, constituye donación de esta especie.

Por tanto, la renuncia abdicativa, en la que se abandona un derecho sin intención de transmitirlo a otra persona, no constituye donación, sino un acto unilateral que si bien disminuye el patrimonio del renunciante es por sí mismo, como efecto voluntario de la renuncia, insuficiente para producir aumento en el patrimonio del que llega a beneficiarse de ella (91). La renuncia convencional es una liberalidad directa. La renuncia traslativa gratuita de un derecho ya adquirido es, si existe convenio, donación directa, y se transforma en liberalidad de esa clase, cuando no existe acuerdo, desde el momento en que se acepta. Podemos de esta forma concluir que en los diferentes casos de renuncia o no hay donación o, de haberla, se trata de una liberalidad directa (92).

(88) En este sentido, la Sentencia de 3 diciembre 1920 afirma que la renuncia de bienes en realidad futuros no puede determinar legalmente una donación. Y la Resolución de 17 junio 1907 negó carácter de liberalidad a la renuncia hecha por la madre en favor de sus hijos del usufructo viudal antes de que se le adjudicase tal usufructo.

(89) Cfr. DE BUEN, en notas al *Curso de Derecho civil de COLIN-CAPITANT*, traducción esp., t. VII, Madrid, 1927, pág. 596; MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, quinta ed., t. IX, Madrid, 1932, pág. 121.

(90) Cate la condonación hecha sin este ánimo. Vid. anotadores del ENNECCERUS: *Tratado de Derecho civil*, II, I, trad. esp., Barcelona, 1935, págs. 361-362.

(91) Vid. MANRESA, *op. cit.*, pág. 70.

(92) Con esto quedan enumerados los casos más salientes que en la doctrina se presentan como supuestos de donación indirecta; aunque no ha sido exhaustiva la enumeración, fué suficiente para probar la poca propiedad con que se usa el término de liberalidad indirecta por los autores.

8. Examinamos diferentes ejemplos propuestos por la doctrina como casos de donaciones indirectas; queda todavía por estudiar el más importante (venta a precio amistoso) y a él dedicaremos el próximo apartado. Pero después de todo lo dicho ya podemos afirmar—frente a ASCOLI y BALBI—que es posible construir un concepto unitario de la liberalidad indirecta.

Existirá esa figura cuando un negocio indirecto, en el que el medio adoptado no sea la donación, actúe como fin ulterior el resultado económico de la liberalidad; es decir, cuando a través de un negocio típico y causal distinto del de donación se obtiene indirectamente el fin práctico propio de las liberalidades. Ese fin no adquiere relevancia jurídica porque queda encuadrado en el campo de los motivos, subordinándose a la causa del negocio empleado.

El fin ulterior no puede resultar de una cláusula o convenio (expreso o tácito) unido al negocio medio, pues entonces el resultado liberal se obtiene directamente; por la misma razón no puede ser abstracto el negocio adoptado. Si con ese fin se quiere defraudar la ley, el negocio será nulo por fraudulento. La liberalidad indirecta representa uno de los casos en que el fin ulterior del negocio indirecto es típico; las partes, por razones especiales (por ejemplo, para que no aparezca ante la sociedad como beneficiado el donatario), actúan ulteriormente el resultado práctico de la liberalidad—relegando ese fin de donar al plano de los motivos y sujetándose a la disciplina del negocio adoptado—en lugar de acudir directamente al negocio de donación.

Por no tener relevancia jurídica el fin de liberalidad, la disciplina que ha de aplicarse a las donaciones indirectas es la del negocio medio que se adopte, tanto en lo que se refiere a las normas de forma como a las de fondo. Pero cabe aplicar al fin ulterior las *normas materiales* dictadas por la ley para evitar el resultado práctico de la liberalidad con independencia de si ese resultado deriva de la causa del negocio o de un simple motivo; así sucede con las normas de reducción y colación, las fiscales, las prohibiciones de donar, etc.; no pueden encuadrarse dentro de este grupo las normas de revocación porque no son dictadas en virtud de un interés público y general. Si el donante escoge una vía indirecta se cierra el camino para disfrutar de la tutela que la ley concede tan sólo a las liberalidades directas; y esto sucede con la revocación cuyas normas son de fondo y no materiales.

• Llegamos, por tanto, a concluir que las donaciones indirectas no son jurídicamente donaciones, en ellas tan sólo se obtiene el resultado económico de la liberalidad.

Cuando un negocio típico y causal actúe un fin ulterior de liberalidad que reúna las características descritas, ese negocio indirecto puede llamarse con propiedad donación indirecta.

Lo que no puede admitirse es dos especies de negocio indirecto,

porque de esa manera, sin conseguirse ninguna utilidad teórica o práctica, se rompe la unidad conceptual, sembrándose la confusión.

Cuando el fin de liberalidad perseguido no reúna los caracteres que hemos señalado, no estaremos en presencia de una liberalidad indirecta. Y esto es lo que ocurre en los casos examinados en el número anterior: ni la pretendida liberalidad actuada por acto material, ni la estipulación a favor de tercero, ni la renuncia constituyen supuestos de la figura que tratamos; o no son donaciones o de serlo resultan plenamente directas.

El trabajo depurador que hemos efectuado nos parece útil porque despeja el camino para alcanzar un concepto técnico que sirva de guía al intérprete para precisar la naturaleza y régimen jurídico de una serie de supuestos que en la vida práctica se presentan.

IV

Los autores proponen todavía otro ejemplo de donación indirecta que precisamente es el más relevante. Trátase del llamado *negotium mixtum cum donatione*, especialmente en una de sus manifestaciones más frecuentes: la compraventa con precio amistoso.

Dedicaremos a su estudio todo este apartado por su extraordinario interés y por la extensión del tema, ya que para precisar la naturaleza de las figuras conocidas con ese nombre se hace preciso exponer primero, aunque sea de modo sucinto y esquemático, la naturaleza y disciplina del negocio mixto.

Después de conocer la teoría del negocio mixto y de sernos conocida la del indirecto, podremos determinar con mayor facilidad el carácter y régimen jurídico del "negocio mixto con donación", precisando si puede o no constituir una liberalidad indirecta.

Y como las donaciones indirectas, según hemos afirmado, son tan sólo negocios indirectos cuyo fin ulterior es el de donar, en último análisis lo que interesa poner en claro es si el *negotium mixtum cum donatione* constituye siempre—como su nombre parece indicar—un negocio mixto o cabe también que sea indirecto.

9. Llámase negocio mixto al formado por la combinación de dos o más prestaciones típicas, o de prestaciones típicas y atípicas. O sea, los compuestos de partes de las cuales por lo menos alguna está disciplinada en la ley, pero cuya combinación no fué prevista por el ordenamiento. Esas partes pueden ser negocios completos o elementos simples de un negocio, siempre y cuando estos elementos posean la virtud informadora del tipo.

En el negocio mixto existe una mezcla de elementos legales, o legales y extralegales. Algunos autores consideran que pueden existir estos negocios con la simple combinación de prestaciones atípicas (93); no

(93) Cfr. ASCARELLI: *Contratto misto* ..., cit., pág. 465; RUBINO, op. cit., página 52.

compartimos tal opinión: cuando las partes crean una nueva figura contractual, al amparo del principio de libertad de contratación, la crean con las características que juzgan oportunas (dentro de los límites de la ley, moral, orden público y buenas costumbres); el intérprete, al analizar el negocio, debe contemplarlo unitariamente, y no lo puede escindir en prestaciones, a no ser que las partes hayan separado de modo expreso prestaciones diferentes; en esta última hipótesis habrá varios negocios combinados—viviendo cada uno vida independiente—y no negocio mixto.

El negocio mixto no es verdaderamente típico, visto que ningún cuadro legal se adapta por completo a su estructura. Pero tampoco es del todo atípico; no es en realidad un negocio plenamente nuevo, ya que entre los materiales que lo componen se encuentran varios tipos o elementos de tipo legales; si en la combinación que se produce intervinen partes extralegales, respecto a ellas el resultado será atípico, pero como es necesario que algunos de los elementos que componen el negocio sean típicos siempre habrá alguna parte provista de tipicidad. Por tanto viene a constituir una categoría encuadrada en la zona fronteriza que separa los negocios nominados de los que carecen de *nomem iuris* (94).

Numerosas dudas, vacilaciones y disparidad de criterios aparecen en la doctrina cuando se intenta precisar la naturaleza de estos negocios. El único punto fundamental en el que todos los autores coinciden es en afirmar la unidad del negocio (95). Para que exista un propio y verdadero negocio mixto no basta la unidad externa de contratos, sino que se precisa una unión real.

Pero la unanimidad desaparece cuando se trata de elegir el criterio idóneo para determinar la existencia de la unidad del negocio.

Para ASCARELLI existe negocio único cuando los varios fines perseguidos tienen conexión en la voluntad de las partes. En el mismo sentido ARCANGELLI afirma que cuando los diversos fines que las partes desean alcanzar están estrechamente ligados entre sí, hay negocio único.

Efectivamente, esa íntima conexión de los fines es característica fundamental del negocio único. Pero la dificultad estriba en determinar la conexión.

(94) Este parece ser también el pensamiento de ASCARELLI (*Il negozio indiretto* ..., cit., pág. 37).

(95) SCHREIBER: *Gemischte Verträge im Reichsschuldrechts*, en "Iherings Jahrbücher", LX, 1911, págs. 106 y ss., concretamente pág. 111; LOTMAR: *Der Arbeitsvertrag*, vol. I, Leipzig, 1908, 177; REGELSBERGER: *Pandekten*, Leipzig, 1893 págs. 515-520; ARCANGELLI: *Il servizio bancario delle cassette-forti di custodia*, en "Rivista del Diritto Commerciale", 1905, I, págs. 179 y ss., concretamente págs. 193-197; LA LUMIA: *I depositi bancari*, Turín, 1913, pág. 117; ASQUINI: *Parte generale del trasporto terrestre di persone*, Padua, 1915, páginas 55-56; ASCARELLI: *Contratto misto* ..., cit., pág. 64. y *Negoziio indiretto* ..., cit. págs. 36-37; GENNARO: *I contratti misti*, cit., págs. 105-107; MESSINA, op. cit., pág. 90; etc.

REGELSBERGER y ASCARELLI, después de advertir que no puede encontrarse un criterio decisivo, proponen como índice bastante seguro el que exista una contraprestación tan sólo frente a prestaciones múltiples. GENNARO puso de relieve que para hablar de negocio único no debe exigirse que las diversas prestaciones sean valoradas globalmente al determinar la contraprestación de modo que desaparezca, desde el punto de vista económico, la autonomía de aquéllas; la unidad de contraprestación no determina sin más la unidad del contrato. Puede ser un indicio de prueba, pues por lo general, las partes suelen determinar la contraprestación de acuerdo con su deseo sobre la unidad o no unidad del contrato; si estipulan varias contraprestaciones habrá pluralidad de contratos, salvo si se prueba la unidad del negocio; si hay una sola contraprestación el contrato será único, a no ser que se pruebe lo contrario (96). Estamos, por tanto, en presencia de un criterio no seguro, simplemente probable.

Con GENNARO, afirmamos que el único criterio con el que se puede determinar de modo preciso la unidad del negocio es el de la causa.

Si en una determinada relación, compuesta de supuestos de hecho heterogéneos hasta el punto de levantarse dudas sobre la unidad del negocio la causa es única, el contrato será único. Para precisar la unidad de la causa es necesario examinar las diferentes prestaciones que componen el negocio; si resulta que una de éstas caracteriza al contrato y las demás están ligadas a ella por un vínculo de subordinación funcional, el contrato es único. Ahora bien, en la práctica pocas veces se presentan situaciones de ese género, por lo que con tal criterio casi nunca se podrá determinar la unidad del negocio.

Hay que avanzar un paso más y afirmar la posibilidad de que el contrato sea único en el caso de existir varias causas. No quiere esto significar que un contrato puede tener varias causas; queremos decir que pueden participar en él algunas, no con independencia y autonomía, sino en concurrencia, con fusión orgánica para constituir la causa única de un nuevo contrato diferente de cada uno de los tipos que cooperan a formarlo. Esta causa única puede llamarse *causa mixta* (97). Precisamente esa *causa mixta*, que como función jurídicoeconómica del contrato es el elemento dotado por excelencia de la virtud informativa del tipo, será el instrumento más idóneo de valoración.

(96) REGELSBERGER: *Mehrheit von Verträgen oder Vertrag mit zusammen-gesetzten Inhalt*, en "Iherings Jahrbücher", 48, 1904, págs. 452 y ss., concretamente pág. 458; ASCARELLI, op. et loc. últ. cit.; GENNARO, op. últ. cit., páginas 51-56.

(97) Cfr. GENNARO, op. cit., págs. 109-110. En este punto el autor aprovechó la sugestiva construcción de Von SCHEY (*Die obligationverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Viena, 1895, vol. I, pág. 292) sobre la posibilidad de escindir una relación jurídica y reconocer en ella pluralidad de contratos tan sólo cuando sea posible escindir las diversas causas contractuales y determinar que hasta un cierto momento aparece una de ellas como decisiva y aparte de él en adelante otra.

Es ésta, a nuestro entender, la característica esencial del negocio mixto: no basta que exista una pluralidad de prestaciones; se precisa la fusión de tipos, que se produce cuando esas prestaciones se funden en una causa común (*mixta*) diferente de cada uno de los elementos típicos que concurren a formarla. Si una causa absorbe a las demás el negocio es único, pero no mixto: debe encuadrarse dentro del tipo legislativo al que corresponde la causa principal.

Y esa característica nos permite distinguir con claridad el negocio mixto del indirecto. En este último la causa es la del negocio adoptado, y es ella la que domina todo el acuerdo delegando el fin ulterior al campo de los motivos, lo que equivale a decir que carece de relevancia; por ello el negocio indirecto no constituye una categoría jurídica, quedando sometido a la disciplina del negocio medio. En cambio, en el mixto existe pluralidad de prestaciones y *causa mixta* formada por la concurrencia de diferentes causas que se fusionan; el negocio es único, pero la existencia de esa causa le concede el rango de categoría jurídica que postula una disciplina especial.

LA LUMIA (98) ha realizado, con criterio ejemplificativo, una enumeración de diferentes negocios mixtos formados exclusivamente por prestaciones típicas, agrupándolos en cuatro apartados: 1) formados por un tipo completo y un elemento simple (el arrendatario de obra de albergue alpino estipula, junto con el contrato de arrendamiento, el alojamiento gratuito para sí en el albergue-; 2) por dos prestaciones típicas (el portero presta su trabajo al propietario de un edificio a cambio de alojamiento gratuito); 3) por un negocio completo y una prestación típica (un contrato de sociedad en el que uno de los socios pone una cosa en común); 4) por dos prestaciones típicas (contrato en pensiones).

La clasificación de LA LUMIA nos parece incompleta, y además, en los términos que él la plantea, no del todo admisible en nuestro Derecho.

La estructuración de mayor rigor científico y más comúnmente aceptada es la de ENNECERUS (99). Dentro del genérico apartado que designa con el nombre de "contratos unidos y mixtos" distingue tres categorías, advirtiendo que para saber en cada caso concreto ante qué clase de combinación contractual nos encontramos el intérprete debe atender a las circunstancias del supuesto inspirándose especialmente en el fin económico y en los legítimos intereses de las partes.

Esas tres categorías son: uniones de contratos, contratos mixtos "latu sensu" y contratos típicos con prestaciones subordinadas de otra especie.

En las uniones de contratos distingue: unión meramente externa (en la que cada contrato se rige por sus propias normas); unión con

(98) LA LUMIA: *Contratti misti e contratti innominati*, en "Rivista del Diritto Commerciale", 112, I, págs. 719-724.

(99) ENNECERUS, op. cit., II, II, págs. 5-14.

dependencia bilateral o unilateral (cada contrato está sometido a sus propias reglas, pero la revocación de uno de ellos supone la del otro); unión alternativa (se aplican las normas del contrato que después de desvuelta la condición queda efectivamente concluido).

En el contrato típico con prestaciones subordinadas de otra especie hay un contrato único que sólo encaja en un específico tipo; pero se obliga a las prestaciones subordinadas a servir al fin principal, sin alterarlo.

En los contratos mixtos "latu sensu" hay un contrato unitario cuyos supuestos de hecho esenciales están regulados en todo o en parte por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contrato: se aplicarán las reglas de cada uno de los tipos de contrato que lo componen, siempre que no contradigan el carácter específico y el fin total del contrato mixto.

Dentro de esta última categoría distingue tres grupos: contratos combinados (en los que una parte se obliga a varias prestaciones principales frente a una contraprestación unitaria del otro contratante); contratos de doble tipo (el total contenido del contrato encaja en dos tipos contractuales); contratos mixtos de sentido estricto. En éstos el contrato contiene un elemento que representa a la vez un negocio de otro tipo (por ejemplo, una compraventa contiene una donación); rigen para todo el negocio las normas propias del tipo de contrato concluido y respecto a la parte integrante se aplican las disposiciones que le compelen siempre que a ello no se oponga la naturaleza del negocio considerado en su conjunto.

Sin coincidir del todo con el concepto de negocio mixto en sentido escrito propuesto por ENNECERUS, aceptamos en general su clasificación, que supone un esquema bastante completo donde pueden encuadrarse todas estas figuras de combinaciones contractuales.

10. Los criterios de los autores discrepan cuando intentan calificar jurídicamente los negocios mixtos y determinar su disciplina. Las diferentes opiniones pueden englobarse en tres principales teorías: la de la absorción, la de la aplicación analógica y la de la combinación.

Advertimos desde ahora que posiblemente la falta de acuerdo en la doctrina obedece a que los autores suelen partir de un preconcepto que les lleva a una construcción que impone una determinada disciplina (10). Así, los que sostienen la teoría de la absorción suponen que la naturaleza jurídica de todas las formaciones contractuales en las que no existe duplicidad de negocios debe determinarse atendiendo a una sola de las prestaciones que concurren en el contrato y creen que las demás tienen una finalidad subordinada respecto a aquélla. Con la de la aplicación analógica se equiparan—sin que se justifique de modo conveniente—los negocios mixtos a los atípicos. En la teoría de la combinación se parte del principio de que todos los supuestos de he-

(100) Cfr. GENARO, *op. cit.*, págs. 17-108.

cho legales son regulados por sí mismos y por ello van siempre acompañados de su disciplina aunque se encuentren en un tipo contractual distinto de aquel dentro del cual la ley los tipifica.

Vamos a exponer los rasgos fundamentales de estas teorías.

a) La teoría de la absorción—que hoy podemos considerar superada—consiguió gran fortuna en la doctrina (101) y encontró adhesión expresa en los trabajos preparatorios del B. G. B. (102). Fué LOTMAR (103) su más genial expositor y quien aportó mejores argumentos en su apoyo, e incluso invoca una serie de normas legislativas que, a su entender, reconocen el principio (104); la teoría ha quedado ligada a su nombre.

Sostiene LOTMAR que en cada caso concreto de negocio mixto el intérprete debe atender al elemento de hecho prevalente en ese negocio y aplicar los efectos propios de tal elemento, quedando absorbidos por él todos los demás que accesoriamente vienen a integrar el contrato. Es decir, en el contrato mixto, que es un negocio único formado por varias prestaciones, hay que buscar cuál de ellas es la principal. Una vez determinada, resulta fácil concretar su régimen jurídico: será el propio de la prestación principal y a él quedarán sometidas todas las otras prestaciones que intervienen en la formación del contrato.

En realidad, con esta teoría se llega a negar la existencia de negocios mixtos, convirtiendo a los que se tienen por tales en negocios unitarios simples con ciertas anomalías, anomalías que al subordinarlas a la prestación principal no adquieren relevancia jurídica y por ello no substraen al contrato del tipo legal a que pertenece la prestación dominante.

El principio de absorción ha sido negado por los autores con los más variados argumentos y hoy se ha tornado manifiesta la improcedencia del mismo.

SCHREIBER (105) afirma que esta teoría procede de un error medieval: en el Derecho romano existió una absorción formal dentro del sistema del procedimiento, en el sentido de no admitirse en el negocio mixto más que el ejercicio de una acción, precisamente la del elemento

(101) Para la doctrina alemana, vid. BLOCISZEWSKI: *Die Vermengung von Vertragstypen*, Berlín, 1905, págs. 17 y ss., y bibliografía allí citada. En Italia, ASCARELLI (*Contratto misto...*, cit., pág. 465) y MESSINA (op. cit., pág. 90) afirman que es esta la teoría prevalente de la doctrina; hay que reconocer que así lo era al menos en el primer cuarto de este siglo (vid., por todos, ARCANGELLI: *Il servizio bancario della cassette-forti di custodia*, en "Rivista de Diritto Commerciale", 1905, I, págs. 179 y ss. y 264 y ss., concretamente pág. 197).

(102) Cfr. MUGDAN: *Die gesamten Materialien zum B. G. B. für das Deutsche Reich*, vol. II, Berlín, 1899, pág. 265.

(103) LOTMAR, op. cit., págs. 193 y ss y 378 y ss.

(104) STADELMANN (*Der Impresariovertrag nach bürgerlichen Recht*, Halle, 1910, págs. 20 y ss.); HÖENIGER (*Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge*, vol. I, Leipzig, 1910, págs. 367 y ss.), y SCHREIBER (op. cit., páginas 194-195), negaron que las normas invocadas por LOTMAR puedan servir para deducir de ellas el principio de la absorción.

(105) SCHREIBER, op. cit., págs. 127 y ss.

principal del negocio; pero con ello no se quiso negar que en él interviniesen otros elementos idóneos para informar su disciplina. Los medievalistas transformaron esa absorción meramente formal en absorción material (106).

Es cierto que resulta muy cómodo para el juez resolver la disciplina del negocio mixto subordinando los singulares supuestos de hecho del mismo a un simple tipo legal, extendiendo mecánicamente a todo el contrato el régimen del tipo predominante. Pero de esta forma se desconocen y desamparan los intereses de las partes, llegándose a la consecuencia de que el juez sólo podrá aplicar el Derecho cuando existan normas explícitas (107).

Esta teoría implica la consagración de la antigua tendencia de no reconocer, ni aun en casos excepcionales, idoneidad a los tipos legales de contrato para satisfacer nuevas necesidades prácticas por impedirlo el principio de la certeza que debe presidir todas las relaciones jurídicas. Semejante pensamiento es contrario a la libertad contractual, y por ello va perdiendo fuerza a medida que el progreso económico aumenta la fertilidad del principio de libertad de contratación (108).

El argumento más importante esgrimido contra esta teoría es el siguiente: No se puede aplicar la absorción en los numerosos casos de negocio mixto en los que las prestaciones que lo forman tienen el mismo peso, o al menos no puede determinarse de modo preciso cuál sea la principal; en esa hipótesis habría que proceder a buscar con artificio una función subordinada a una serie de prestaciones que no fueron convenidas con el deseo de que se subordinasen (109). Por otra parte—dice CASTÁN—, no basta un examen objetivo del juego de las prestaciones, pues el juez no podrá decidir la preponderancia de una sobre las otras por la estructura de las mismas, ya que aquello que parece constituir lo accesorio puede tener en la voluntad de las partes, o ejercer en el contrato, una función tan importante como la de lo que aparece con carácter de principal (110).

(106) El proceso es análogo al que se opera en referencia a la clasificación de las fuentes de las obligaciones (vid. nuestro trabajo cit.: *Quasi-contratos atípicos*, págs. 6-13). La equiparación procesal de los quasi-contratos y quasi-delitos a los contratos y delitos respectivamente, que se observa en la época clásica, da pie a que los bizantinos elaboren con afán sistemático dos nuevas categorías que los escritores medievales aprovecharon y convirtieron en figuras autónomas con substantividad propia y material.

(107) Cfr. LA LUMIA: *Contratti misti* ..., cit., loc. cit.

(108) Vid. SCHREIBER, op. cit., pág. 151.

(109) Cfr. BEKKER: *System des heutigen Pandektenrechts*, vol. II, Weimar, 1889, pág. 281; LA LUMIA, op. et loc., últ. cits.; MESSINA, op. et loc. últ. cits.

ASCARELLI (op. últ. cit., págs. 465-467), sin rechazar el principio de absorción de modo absoluto, reconoce su insuficiencia; sólo cuando pueda determinarse que una prestación prevalece sobre las demás podrá aplicarse este principio. Por ello lo admite con restricciones.

(110) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral* (notarías), sexta edición Madrid, 1944, págs. 402-408.

Con GENNARO (111), afirmamos que la teoría de la absorción es inaplicable a los contratos mixtos. Si una sola de las prestaciones que los componen puede absorber a todas las demás, el negocio no será mixto, sino que debe encuadrarse dentro del tipo legal al que la prestación preponderante pertenece. Esta teoría opera fuera del propio campo de los negocios mixtos y se limita a la esfera de los contratos que poseen tipicidad legal.

Por tanto, en los casos en que la existencia de pluralidad de prestaciones dentro de un mismo negocio no impida que todas ellas puedan ser absorbidas por una principal no existirá negocio mixto, sino simplemente el negocio típico al que corresponde esa prestación.

b) La teoría de la aplicación analógica encontró también bastantes partidarios; SCHREIBER (112) fué su campeón.

Construye este autor un concepto de negocio mixto que por su desmesurada amplitud resulta inadmisibile.

Considera que todo contrato que no se acopla perfectamente a alguno de los tipos legales, por mínima que sea su inadaptación, es negocio mixto; de esta manera se equipara el contrato mixto al atípico. Para SCHREIBER, en ambos supuestos deben aplicarse directamente las normas generales de las obligaciones y contratos y, por aplicación analógica, las del contrato típico más semejante a aquel a que se pretende dotar de una disciplina, siempre y cuando los intereses que en este último se persiguen sean análogos a los del tipo legal que se le asemeja.

SCHREIBER llega a afirmar que la ley prevé casos concretos de contratos y que no son aplicables las normas con que los regula a los supuestos prácticos que no coinciden perfectamente, hasta en la mínima particularidad, con los tipos descritos en la ley. Semejante idea es inadmisibile. GENNARO hace notar (113) que las categorías legales de contratos surgen como complejos de normas de conducta y tienen un valor abstracto. Por ello es suficiente, para afirmar que pueden aplicarse a un determinado caso las normas legales de un tipo concreto, que exista identidad entre los elementos esenciales del contrato que se juzga y los del tipo en el que se le quiere encuadrar; no es precisa la coincidencia en los elementos no esenciales y en todas las particularidades.

Con el criterio propuesto por SCHREIBER llegaríamos al peregrino resultado de que en la práctica ninguno de los contratos concretos que

(111) GENNARO, op. cit., págs. 170-175.

(112) SCHREIBER op. cit., págs. 111 y ss., y 209 y ss. En Alemania sostuvieron esta teoría, MAYER: *Die Bankdepotgeschäfte*, Leipzig, 1908, pág. 12, y LINDEMANN: *Der Schrankfachvertrag*, Leipzig, 1908, págs. 30-31. En Italia, LA LUMIA (op. et loc. últ. cit.) considera que esta construcción, aunque incompleta, es correcta. Acepta este criterio en sus líneas fundamentales, FUBINI: *Il contratto di locazione di cose*, segunda ed., vol. II, Milán, 1917, págs. 553-554. CASTÁN (op. et loc. cit.) recoge la argumentación de FUBINI y parece complacido con esta teoría aunque expresamente no la acepta.

(113) GENNARO, op. cit., pág. 182.

las partes celebran serán típicos, visto que siempre poseen particularidades que no corresponden exactamente a la descripción legal del tipo. Y ese resultado trae como consecuencia la incerteza del régimen de un procedimiento analógico que ha de determinarse *a posteriori*, desconociéndose así las exigencias que el principio de certeza y seguridad impone en la vida jurídica (114).

Además, y esta es la crítica principal que debe hacerse a la teoría de la aplicación analógica, con ese criterio se equiparan totalmente los contratos mixtos a los atípicos. Si para designar el contrato creado por las partes sin corresponder a uno de los tipos legales tenemos ya el nombre de innominado o atípico, no hay por qué substituir ese nombre con el de mixto, pues de esta manera se siembra la confusión.

Hay que sostener decididamente que negocio mixto y negocio atípico forman dos categorías distintas; toda equiparación entre ambas carece de base científica.

c) La teoría de la combinación, sustentada con especial relieve por HÖENIGER (115), es hoy la prevalente en la doctrina (116), si bien muchos autores suelen acogerla con ciertas restricciones.

Parte esta teoría del pensamiento de RÜMELIN (117), para quien las normas que disciplinan cada uno de los elementos de un negocio están inseparablemente unidas a esos elementos con independencia del contrato en que aparecen encuadrados; de modo que tales normas siguen a los elementos cuando éstos se presentan aislados o se unen a otros elementos legales de contratos diferentes a aquel dentro del cual la ley los reguló. Entre elemento y efecto jurídico hay un vínculo en virtud del cual siempre se llega a esta consecuencia: un concreto elemento produce siempre determinados efectos jurídicos.

HÖENIGER (118) parte también del principio de que todos los ele-

(114) En este sentido, ASQUINI, op. cit., pág. 83, y DONADIO: *Natura giuridica del contratto d'abbonamento alle cassette-forti di custodia*, en "Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Bari", 1931, II, pág. 196.

(115) La primera formulación precisa la realizó HÖENIGER en su trabajo *Vorstudien zum Problem der Gemischte Verträge*, Friburgo 1906, págs. 28 y ss. Pero su consagración definitiva se encuentra en: *Gemischte Verträge in ihren Grundformen* Mannheim-Leipzig, 1910.

(116) En cierta medida la acepta ENNECERUS (vid. supra, número anterior in fine); también OERTMANN (*Recht der Schuldverhältnisse*, vol. II, del "Kommentar zum B. G. B.", Berlin, 1929, pág. 552), limitando su campo de aplicación. En Italia, ASCARELLI (*Contratto misto* ... cit., págs. 465-467) considera que el principio de la combinación debe aplicarse en el contrato mixto cuando no sea posible llegar a la absorción por imposibilidad de determinar cuál de las prestaciones es la principal. Se adhiere a esta teoría, GRASSETTI (*Rilevanza* ... cit., pág. 35) afirmando que los negocios mixtos son reconducibles a una combinación de causas típicas. GENNARO (op. cit., págs. 182 y ss.), llega a ella por exclusión pero propone una serie de restricciones que vienen a dulcificar la aplicación rigurosa del principio. MESSINA (op. et loc. ult. cit.) la acepta como la más idónea.

(117) RÜMELIN: *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen 1905, páginas 312 y ss.

(118) HÖENIGER: *Gemischte Verträge* ... cit., pág. 4.

mentos de hecho que componen los distintos tipos legales de contrato tienen una disciplina propia que siempre les acompaña. Con este pensamiento, al igual que con el de SCHREIBER, se llega a un concepto excesivamente lato de negocio mixto; pues que así pertenecerán a esa categoría todos los contratos en los que de cualquier modo existe unión de varios elementos contractuales descritos por la ley dentro de diferentes tipos de contrato.

En esta teoría se determina el régimen jurídico del negocio mixto escindiendo los diversos elementos que lo componen y atribuyendo a cada uno sus propios efectos, resultando la disciplina de la combinación de los diferentes complejos normativos. Se llega al extremo de no exigir para que exista negocio mixto la fusión de los tipos que intervienen. El intérprete sólo podrá dar preferencia a un elemento sobre los otros cuando exista conflicto entre varios que componen el contrato, y entonces ha de proceder a una valoración del caso concreto (119).

En último análisis, la doctrina de HÖENIGER lleva a la consecuencia de que existe una relación abstracta entre los elementos de hecho y los efectos jurídicos, y ese vínculo permanece encuéntrense donde se encuentren los elementos. De esta forma, la ley, al regular los distintos tipos de contrato, no haría más que combinar las normas que desea establecer para los singulares supuestos de hecho de cada tipo y esas normas resultarían directamente aplicables a los supuestos aun cuando se presentaran encuadrados en una formación contractual diferente de aquella típica en la que el ordenamiento lo había previsto.

La doctrina reaccionó contra esta concepción del contrato afirmando que los grupos o complejos de normas que se presentan en la ley como tipos de contrato no constituyen una suma de factores heterogéneos, sino un todo orgánico. La ley no contempla partes aisladas de un contrato, sino el todo; no especifica a qué partes corresponden los efectos que globalmente atribuye a un negocio. Los contratos típicos no son la reunión de varios supuestos de hecho, no son el total de una suma compuesta de sumandos autónomos; constituyen un todo orgánico en cuya formación pierden la independencia los elementos que lo componen (120).

CASTÁN (121) afirma que no es posible la aplicación al contrato mixto de todas las normas de los elementos que lo integran, ni siquiera con el límite de que esas normas no se contradigan entre sí; la aplicación material de todas ellas—dice—llevaría a desconocer aquello que constituye el negocio complejo, que no es simplemente la pluralidad de prestaciones, sino esencialmente el ser contrato único y, por consiguiente, tener una única finalidad empírica. ¿Cómo puede sostenerse que

(119) HÖENIGER, op. últ. cit., pág. 31; en el mismo sentido MESSINA, op. et loc. últ. cits.

(120) Vid. SCHREIBER, op. cit., pág. 208; LA LUMIA: *Contratti misti* ..., cit. loc. cit. y *Depositi bancari* ..., cit., págs. 255-256; ASQUINI, op. cit., páginas 77-79; DONADIO, op. et loc. cits.

(121) CASTÁN op. et loc. últ. cits.

con la íntegra aplicación de las normas de los contratos singulares se alcance el fin contractual perseguido? No es posible que la reunión de los diversos elementos de hecho—concluye—deje de introducir alguna limitación o modificación en la aplicación de las normas que regulan los negocios singulares.

Lo que CASTÁN quiere dar a entender, si no interpretamos mal su pensamiento, es algo que nos parece incontrovertible: la disciplina del negocio mixto no puede depender, sin más, de los elementos de hecho que lo componen, sino del fin que el íntegro contrato persigue.

Aceptamos la concepción orgánica del contrato. Pero, con GENNARO (122), hemos de advertir que ello no supone que en todo caso sea imposible la aplicación directa de las respectivas normas a los singulares elementos cuando éstos se encuentran en formaciones contractuales diferentes de aquellas dentro de las que el ordenamiento los encuadró. Hay un supuesto de hecho contractual que la ley regula por sí mismo en cada tipo: la prestación típica que caracteriza todo el contrato constituyendo la manifestación objetiva de la causa. A la causa se le pueden aplicar directamente las normas legales que la ley dicta a su respecto, aunque figure en un negocio distinto de aquel dentro del cual la ley la contempla, porque aun en las nuevas uniones contractuales se presenta dotada de su función típica, conserva la virtud informadora del tipo.

De esta manera se aporta un apreciable límite al principio de la combinación propuesto por HÖENIGER: para que se apliquen directamente las normas legales a un determinado supuesto de hecho cuando se encuentra fuera del cuadro contractual en el que el ordenamiento lo encuadró es preciso que tal supuesto esté dotado de la virtud informadora del tipo; y esa virtud acompaña siempre necesariamente a la causa. Así se evita el reproche de CASTÁN, porque las normas directamente aplicables en combinación al negocio mixto serán tan sólo las que se refieren a las distintas funciones objetivas y jurídico-económico-sociales que concurren en el negocio para formar la *causa mixta* que le caracteriza.

* * *

Después de haber analizado las diversas teorías sobre la naturaleza y disciplina del negocio mixto hemos de exponer nuestro criterio.

En principio, admitimos la teoría de la combinación, pero con una serie de restricciones que vengán a destruir el extremismo a que llega.

Consideramos que no puede acogerse un criterio puramente unilateral y que la disciplina del negocio mixto debe determinarse también con la ayuda—en cierta medida—del principio de aplicación analógica e incluso con el de la absorción. No se trata de aceptar una cómoda postura ecléctica: el contrato mixto es un fenómeno complejo compuesto de diversos elementos contractuales, y es natural que su disciplina—tam-

(122) GENNARO, op. cit. págs. 183-185.

bién compleja—no pueda determinarse por un único criterio que pueda resultar simplista.

El negocio mixto se caracteriza por la especialidad de su causa; posee una *causa mixta* formada por la cooperación de diferentes causas. De éstas, unas han de ser necesariamente típicas (si todas fuesen atípicas el resultado sería un negocio innominado); pero cabe que alguna o algunas sean atípicas. Para determinar el régimen de las prestaciones a las que corresponden causas atípicas es necesario acudir—como propone la teoría de la aplicación analógica—a las normas generales de las obligaciones y contratos y a la analogía con los tipos contractuales semejantes (después de haber atendido a la voluntad de las partes), siempre que las normas de éstos no repugnen a la naturaleza de la prestación atípica que se intenta regular.

Sólo cuando todos los elementos del negocio mixto sean típicos podrá excluirse de modo absoluto el principio de la aplicación analógica.

Entonces, en referencia a los elementos dotados de virtud informadora del tipo (esencialmente la causa), entra en juego el principio de la combinación. La disciplina del negocio mixto se obtendrá determinando las causas típicas que cooperan a formar su finalidad compleja y única y combinando después las normas legales que para ellas se dictaron. Esa combinación no es puramente mecánica, sino que debe estar presidida por una valoración del fin complejo del contrato, habiendo de excluir aquellas normas que no sean compatibles con dicho fin. También entrarán en esa combinación las normas que regulan las prestaciones atípicas existentes en el complejo contractual (esas normas son las generales de los contratos y obligaciones y las que se obtienen por analogía con figuras afines, después de tomar en cuenta la voluntad de las partes); con lo cual vemos que el principio de la aplicación analógica se viene a integrar dentro del de la combinación.

¿Qué papel jugará el principio de la absorción? Una parte de la disciplina del negocio mixto no puede formarse por combinación de normas, sino que en ciertos puntos hay que aplicar una sola. Así sucede en lo referente a requisitos (capacidad, forma). Si, por ejemplo, concurren dos prestaciones distintas, pertenecientes a tipos contractuales que exigen formas diferentes (en uno escritura pública, en otro documento privado), no cabe combinar las normas y celebrar la mitad del negocio por escritura pública y la otra mitad por documento privado; ha de acudirse a una de las dos formas. Pues bien, en lo que respecta a requisitos se impondrá siempre la norma de mayor rigor. Se produce de este modo una cierta absorción bien diferente de la exigida por la teoría de ese nombre. No es que una prestación absorba a las demás; como se trata de un contrato único es imposible aplicar simultáneamente normas distintas en referencia a los requisitos. El preferir la más rigurosa no supone determinar preponderancia de una prestación sobre las otras, sino respecto a la ley, que con esa norma rigurosa quiere proteger de modo especial intereses dignos de tutela.

Lo dicho respecto a los requisitos es aplicable también a la ineficacia: la ineficacia de una de las prestaciones acarreará la de todo el negocio. Tampoco esto significa que la prestación ineficaz sea preponderante y a ella se subordinan las otras; al estar compuesto el fin complejo del negocio mixto por un conjunto de finalidades típicas que se fusionan para constituir una única, no cabe que una de las partes que integran el fin complejo sea ineficaz y el resto válido; por ser un negocio unitario o es completamente ineficaz o plenamente válido (123).

Mas que de absorción debe hablarse en estos casos de exclusión.

Pero en vía de principio el criterio general que debe aceptarse es el de la combinación: el contrato mixto exige combinar varios órdenes de normas, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el fin específico del negocio único. Por ello es necesario determinar en primer lugar la *ratio legis* de cada norma y ver si esa *ratio* está o no representada en el contrato que se pretende regular.

En última instancia, la disciplina concreta de estos negocios ha de marcarla el juez, que debe tomar en cuenta el fin complejo de los supuestos que se le presenten, las diversas circunstancias económicas que en los mismos pueden apreciarse y los legítimos intereses de las partes (124). Aquí sólo podemos sentar los criterios generales a que —según nuestro juicio— se debe atender para calificar las figuras de negocio mixto y determinar su disciplina.

II. Después de haber estudiado en sus trazos esenciales el negocio indirecto y el mixto, podemos ya precisar la naturaleza del llamado *negotium mixtum cum donatione* que la doctrina presenta como ejemplo más saliente de donación indirecta.

Este negocio supone un contrato oneroso concluído conscientemente en condiciones favorables para una de las partes, de modo que a través del negocio oneroso se obtenga además el efecto de la donación (125).

Cualquier contrato oneroso puede dar lugar a *negotium mixtum cum donatione* siempre que voluntaria y conscientemente los contra-

(123) Cfr. GENNARO, op. cit., págs. 187-190.

(124) En este sentido se pronuncian quienes admiten la teoría de la combinación, ya en todo su rigor, ya con restricciones: HÖENIGER: *Gemischte ...*, cit., página 31; ENNECERUS, op. últ. cit., pág. 6; GENNARO, op. cit., pág. 186; MESSINA, op. cit. pág. 90; CASTÁN (op. et loc. últ. cits.), sigue en este punto el criterio de ENNECERUS a quien transcribe; y aduce, para reformar su afirmación de que el Juez al calificar debe atender al fin económico, a los legítimos intereses de las partes y especialmente a la intención de las mismas, la Sentencia de 10 junio 1929 en la que se declara que cuando un contrato no tenga fácil encaje en el molde de los definidos en la ley para cualificarlo debe acudirse antes que al nombre que las partes le hayan dado al espíritu que lo informa y al objeto que aquellas se proponen debiendo prevalecer su intención sobre todo otro elemento interpretativo cuando esta se deduce racional y lógicamente.

(125) Cfr. ENNECERUS, op. últ. cit., págs. 126-128 y GENNARO, op. últ. cit., páginas 204-205.

ta-tes consientan en que la prestación de una de las partes sea desproporcionada frente a la de la otra y ese desequilibrio obedezca al ánimo de liberalidad (126); así puede suceder en el arrendamiento, en la permuta, etc. Pero el supuesto más relevante, sobre el que los autores concretan su estudio, es el de la "compraventa amistosa", en la que el vendedor recibe una cosa que vale menos de lo que corresponde al precio que entrega. De estas dos hipótesis en la doctrina se trata con preferencia de la venta a bajo precio. También vamos a fijarnos en ese supuesto, advirtiendo que todo lo que sobre él digamos puede aplicarse también al caso inverso de venta con precio excesivo y a todos aquellos en que un contrato oneroso da origen a un *negotium mixtum cum donatione*.

Para que la venta a bajo precio constituya un "negocio mixto con donación" es necesario, además de que exista ánimo de liberalidad, que el precio sea serio.

FERRARA (127) ha negado la necesidad de este requisito, afirmando que aun cuando el precio sea irrisorio no puede hablarse de simulación, porque no deja de existir acuerdo sobre el tal precio irrisorio que de ese modo resulta plenamente querido.

Esta afirmación resulta extremada. Ni siquiera al no admitirse en términos generales el instituto de la rescisión en nuestro Derecho se puede afirmar la plena validez de la venta con precio irrisorio.

Los autores del proyecto de Código de 1851, influidos por las tendencias de la economía liberal de la época y fundados en las dificultades prácticas que suscitaba la teoría de la lesión, suprimieron la acción rescisoria en ella fundada. El Código recogió la idea del proyecto; por ello afirma CASTÁN que no puede mantenerse en el Derecho común español el requisito de la justicia del precio (128) y existirá venta aunque el precio sea inferior al real. ROCA SASTRE (129) ha criticado con razón al Código por no haber recogido esta figura, considerando que, en justicia, deberá admitirse no sólo en la compraventa, sino en todos los actos de naturaleza conmutativa e incluso debería restringirse el límite romano de la lesión en más de la mitad del precio (Cód. 44, 4, 7) a un tercio o, mejor aún, a un cuarto. Hay situaciones objetivas de desproporción de precio que patentizan la necesidad de que pueda rescindirse el contrato; porque si se pacta un precio inferior por error o dolo podrá anularse el negocio por vicio del consentimiento; si el

(126) Vid. PONSARD, op. cit., págs. 184-192.

(127) FERRARA: *Simulazione* ..., cit., pag. 123. También se inclinan a esta solución. ASCOLI: *Donazione indirette*, cit. loc. cit., y BURGHART: *Der einfluss der Missverhältnisse von Preis und Wert auf die Gültigkeit des Kaufvertrages, insbesondere im Grundstücksverkehr*, en "Iherings Jahrbücher", 1936, págs. 205 y siguientes.

(128) CASTÁN, op. ult. cit., págs. 24-25.

(129) ROCA SASTRE: *La lesión "ultra dimidium"*, en "Estudios de Derecho Privado", I. Madrid 1948, págs. 259 y ss. concretamente págs. 260-261.

lesionado carece de discernimiento, se invocará la falta de capacidad para declarar la nulidad del contrato; pero si se vende por necesidad urgente a un precio manifiestamente injusto, no puede impugnarse el negocio. El vendedor se ve en ese supuesto compelido a vender a precio bajo en consecuencia de una situación de hecho. ROCA propone que la simple existencia de la lesión deba ser causa de que la ley presuma, *iuris tantum*, que el contrato se celebró en una situación de necesidad, o de inexperiencia, o de limitación de las facultades mentales (sin llegar a la incapacidad) del lesionado. Y si bien esas circunstancias no bastar por sí solas para anular el contrato, deben considerarse suficientes para solicitar la rescisión.

Pero si la desproporción del precio obedece al *animus donandi* nos encontramos ante un supuesto que el propio ROCA considera como única prueba en contrario que admite la presunción *iuris tantum* por él propuesta. O sea, que en este caso nunca se debería rescindir el contrato, porque cuando el precio sea inferior al justo por favorecer con ánimo de liberalidad al comprador no cabe hablar de rescisión.

El problema que ahora nos interesa es el siguiente: la compraventa a bajo precio no deja de ser una compraventa, aunque con ella se actúe también una liberalidad: si el precio es irrisorio, ¿podrá mantenerse—como sostiene FERRARA—la existencia de la venta? Firmemente creemos que no. La compraventa es un contrato de cambio; influido por preceptos injustificados podrá un ordenamiento positivo—como el nuestro—no admitir la rescisión por lesión en el precio, permitiendo que éste sea fijado libremente por los contratantes sin imponer ningún límite. Pero lo que siempre es necesario, y nuestro Código exige, es la existencia de dos prestaciones: cosa y precio. Y como es lógico, para que el precio pueda constituir prestación no basta su presencia; es necesario que sea serio, que venga a suponer una contraprestación frente a la cosa (130). Adquirir una casa de diez pisos por el precio de una peseta nunca puede considerarse contrato de compraventa.

La seriedad del precio es problema diferente del de si es preciso que cubra con exactitud el valor de la cosa. Esto último no lo exige nuestro Código; pero sí prescribe la necesidad de que exista precio, y no puede considerarse que exista cuando no es serio.

Algunos autores piensan que cuando en la venta amistosa el precio sea ridículo habrá simulación (131). A nuestro juicio, no debe hablarse en este caso de simulación: si el precio es irrisorio a nadie puede en-

(130) En este sentido. SIMONCELLI: *Istituzioni di Diritto Privato*, Roma, 1914, pág. 396; BARASSI: *Giusto salario e salari anormali. Contributo al concetto di equivalenza nei contratti onerosi di scambio*, en "Rivista del Diritto Commerciale", 1917, I, págs. 1 y ss., concretamente págs. 32 y ss.; RUGGIERO: *Istituzioni di Diritto civile*, cuarta ed., vol. II, Mesina, 1926, pág. 237; GENNARO, op. cit., págs. 208-216; etc.

(131) Así. DALLIGNY: *Etude de jurisprudence sur les donations déguisées*, Paris, 1927, pág. 475; DANJOU: *Influence du déguisement su la validité des donations*, Lille, 1935, pág. 46; GENNARO, op. et loc. ult. cit.

ganarse; no existe precio y, por tanto, la venta será nula por falta del mismo, no simulada. Claro que puede haber venta simulada con precio en realidad irrisorio; así sucede cuando se pacta un precio razonable, pero en la realidad se entrega sólo una suma insignificante: pero este supuesto es bien diferente del que ahora tratamos.

Coincidimos con FERRARA en negar la simulación si se pacta un precio irrisorio en la venta; mas él sostiene que en tal hipótesis existe una verdadera venta, y, a nuestro entender, ni hay simulación ni hay venta.

Si nubiese simulación estaríamos fuera del supuesto de *negotium mixtura cum donatione*, porque entonces el contrato oneroso—la venta—sólo en apariencia era querida, para encubrir con ella el acto en realidad deseado: la liberalidad; por el contrario, en el “negocio mixto con donación” es necesario que el contrato oneroso se quiera de modo efectivo, aunque junto con él se procure también alcanzar el efecto de la liberalidad.

Por tanto, si se simula una venta para encubrir una donación estaremos en presencia de venta simulada y no querida. Si el precio estipulado es irrisorio no hay simulación y la venta es nula por falta de precio. Sólo habrá compraventa amistosa cuando queriendo en realidad la venta, con ánimo de liberalidad, se disimula el precio, a fin de favorecer al comprador.

Los anotadores de ENNECERUS (132) consideran que la figura conocida por este autor con el nombre de donación mixta ha de encuadrarse dentro de la categoría que nuestro Código llama donación onerosa (artículo 622) y que comprende tanto la liberalidad modal como la mixta. Este pensamiento, que no compartimos, les lleva a afirmar que el artículo 622 consagra respecto a la liberalidad mixta el principio de desarticulación del negocio en una parte onerosa y otra gratuita, puesto que habla de “parte que excede del valor del gravamen impuesto”; tal principio, como luego hemos de ver y los anotadores reconocen, es inadmisibles.

Precisamente la donación modal se presenta como la antítesis de la venta a precio amistoso (133). En la liberalidad onerosa existe un negocio a título gratuito, pero con gratuidad parcial; y, por el contrario, en la venta amistosa el contrato es parcialmente oneroso. Además, en la donación modal la parte onerosa ha de derivar necesariamente de un pacto o cláusula; mientras que en la venta a bajo precio la liberalidad se actúa sin que existan cláusulas particulares o convenios.

Por tanto, no debe confundirse una figura con otra; en la venta amistosa hay un solo negocio, en cambio, en la liberalidad onerosa el propio Código mantiene una escisión, disponiendo expresamente en

(132) En ENNECERUS, últ. cit., págs. 129-130.

(133) Cfr. ASCARELLI: *Contratto misto* ..., cit., pág. 476.

el artículo 622 que a cada una de las partes se aplicarán sus propias y peculiares reglas.

* * *

Como en todos los temas que hasta ahora tratamos, al pretender determinar la naturaleza del *negotium mixtum cum donatione* aparecen en la doctrina las más diversas opiniones, muchas de ellas contradictorias. Se hace preciso exponer con brevedad las principales y excluir las que parezcan improcedentes, antes de marcar nuestra posición.

Algunos autores desarticulaban el *negotium mixtum cum donatione* en una parte onerosa y otra gratuita. Piensan que debe escindirse el acto, y que en realidad existen los negocios diferentes combinados (134).

Esta teoría está hoy superada (135). Tal escisión del acto sólo puede mantenerse cuando sean las partes quienes expresamente la efectúen (o la ley). En esa hipótesis existirán dos contratos concluidos de modo combinado, pero guardando cada uno autonomía y quedando sometido a sus propias reglas. Si las partes no realizan esa escisión o la ley no la impone de modo expreso, no es lícito desarticular arbitrariamente un negocio del todo unitario en una parte gratuita y otra onerosa.

Tampoco cabe hablar de remisión parcial del precio, como pretende DERNBURG. ¿Con qué criterio se determinará esa remisión?; sólo si se pacta en primer lugar un precio y luego se remite parte de él podrá hablarse de esa figura. En tal hipótesis no estaremos en presencia de un negocio de los que ahora estudiamos, sino ante dos contratos diferentes que no se fusionan en uno único.

Actualmente los autores reconocen que en el *negotium mixtum cum donatione* existe un único negocio (136). Pero los criterios se dividen al tratar de precisar si será un negocio mixto o indirecto.

(134) REGETSBERGER: *Pandekten*, cit., págs. 610-621; KÖPPEN: *Negotium mixtum cum donatione*, Berlín, 1901, págs. 26 y ss.; GOLDSMIDT: *Die Gemischte Schenkung nach Reichrecht*, Berlín, 1907, pág. 92. Dentro de esta corriente, DERNBURG (*Pandette*, trad. it., vol. II, Turín, 1903, pág. 210), considera que existe en estos negocios un contrato oneroso concluido por su precio justo y una remisión parcial del precio en lo que falta para cubrir el equivalente al valor de la cosa.

(135) Cfr. MÜLLER: *Die Gemischte Schenkung*, en "Iherings Jahrbücher", 1911, pág. 209 y ENNECERUS, op. et loc. ult. citis.

(136) Además de los autores citados en la nota anterior, vid. HÖENIGER: *Gemischt: Verträge* cit., pág. 168; PACCHIONI: *La donazione a mezzo di cambiale*, en "Rivista del Diritto Commerciale", 118, II, págs. 385 y ss.; ASCARELLI: *Contratto misto* cit., pág. 473; GENNARO, op. cit., págs. 217-218, etc.

Muchos autores sostienen que la compraventa amistosa es un negocio mixto (137).

SANTORO-PASARELLI niega decididamente que se trate de un supuesto de negocio indirecto. Es a su juicio negocio mixto porque concurren causas de negocios distintos: la donación no es un simple efecto ulterior de la compraventa en este caso, sino causa que concurre con la de venta, obteniéndose el régimen jurídico del contrato por combinación de los dos órdenes de normas.

ENNECCERUS afirma que la venta amistosa contiene una atribución en cierta medida gratuita. Al concluirse la venta por bajo precio se opera una disminución patrimonial para una parte y un enriquecimiento correlativo para la otra, siendo una y otro queridos por los contratantes. Por ello, para el negocio en su conjunto habrá que tomar en cuenta las reglas de las donaciones y aplicar también las normas de la venta por medio de la cual se actúa la liberalidad. Ambos órdenes de normas han de aplicarse en la medida en que son compatibles, y acudir con determinado criterio a uno u otro en caso de que se excluyan.

GENNARO (138) critica la teoría que considera mixto el *negotium mixtum cum donatione*. Para llegar a ese resultado es preciso operar una escisión ideal de la única prestación existente y dividirla en dos partes, una onerosa hasta la concurrencia del precio y otra gratuita en la medida en que el precio no cubre el valor de la cosa. A su entender, tal escisión es arbitraria y no responde a la voluntad de las partes que determinaron unitariamente la prestación sin establecer fronteras entre parte gratuita y onerosa. Pactando una única prestación a título oneroso, determinando el precio de modo unitario, las partes muestran su voluntad de sujetarse por completo a las normas de la compraventa. Sean cualesquiera los fines ulteriores perseguidos, desde el momento en que las partes adoptan seriamente un negocio, la disciplina que debe regular el contrato es la del negocio celebrado. La intención de realizar por medio de ese contrato una liberalidad queda en el campo de los motivos. No existiendo pluralidad de prestaciones no cabe hablar de negocio mixto. Sólo si las partes establecen expresamente la venta de una parte de la cosa y la donación de

(137) En Alemania HÖENIGER: *Gemischte Verträge* ..., cit. págs. 168 y ss., y 200 y ss.; SCHREIBER, op. cit., págs. 184-193; Von TUHR: *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, Leipzig, 1918, págs. 76 y ss.; EHRENZWEIG: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* vol. III, Viena, 1928, págs. 184-185; OERTMANN, op. cit., pág. 516; ENNECCERUS, op. et loc. últ. cit. En Italia, COVIELLO: *Donazione*, Siracusa, 1927, págs. 313-314; GARBA, nota a una Sentencia en "Giurisprudenza italiana", 1903, I, págs. 1026 y ss., concretamente, pág. 1029; SANTORO-PASARELLI, op. et loc. últ. cit. BALBI (op. cit., página 196) afirma la existencia de negocio mixto—en los casos de notable desproporción del precio—cuando existe acuerdo en que el precio equivalga a parte del valor de la cosa sin recibirse contraprestación por la otra parte de valor que el precio que no cubre.

(138) GENNARO, op. cit., págs. 218-220.

la otra podrá hablarse de contrato de esa especie (139). El hecho de que el precio sea inferior al valor de la cosa, aunque ello obedezca al ánimo de beneficiar, no basta para modificar el tipo contractual de la venta y sostener que se fusiona con el de la donación.

Por todas estas razones, no del todo convincentes, y aportando otros argumentos de desigual valor, muchos autores consideran que la naturaleza del *negotium mixtum cum donatione* no es la de contrato mixto, sino la de negocio indirecto (140).

GENNARO sostiene que la estructura del "negocio mixto con donación" es la de un contrato oneroso. La parcial gratuidad del acto no implica sin más la existencia de la causa de la liberalidad junto a la del contrato adoptado. Que el precio sea bajo no supone de modo necesario concurrencia del tipo gratuito con el oneroso; puede ser inferior al valor de la cosa por otras razones diferentes de la de liberalidad (por ejemplo, conquistar un mercado). En todos los casos, esos fines ulteriores quedan en el campo de los motivos y por ello son irrelevantes. Para determinar la naturaleza del contrato no puede atenderse a la medida cuantitativa del precio.

Por ello GENNARO concluye que estamos en presencia de un negocio indirecto: se trata de una venta en la que la desproporción del precio es compatible con el tipo de negocio actuado. El fin ulterior de liberalidad ha de encuadrarse en el campo de los motivos, siendo de tal modo irrelevante. Por ser indirecto, su disciplina será la propia del negocio oneroso adoptado, tanto en lo que se refiere a las normas de forma como a las de fondo. De la donación sólo se aplicarán las *normas materiales*, porque éstas tienden a evitar un determinado resultado económico prescindiendo del medio jurídico a través del cual se alcanza: así han de aplicarse las normas de la reducción y colación, las prohibiciones, etc. Tales normas se aplicarán al contrato por entero y no sólo a la parte gratuita; lo contrario podría producir una grave injusticia, pues cabe que las partes celebren el contrato atendiendo preferentemente a la liberalidad; o sea cuando haya que aplicar una de esas normas todo el negocio quedará afectado y el comprador tendrá que devolver la cosa al vendedor, que le reintegrará el precio recibido.

También ASCARELLI afirma la naturaleza indirecta del *negotium*

(139) Precisamente en este caso es cuando no se puede hablar de negocio mixto. GENNARO no repara en que si las partes pactan la venta de un lado y la donación de otro no se produce fusión de prestaciones: habrá dos contratos separados y cada uno se regirá por sus propias normas.

(140) FERRARA (op. ult. cit., pág. 195) y SCUTO (op. cit., págs. 45 y ss.) consideran la venta amistosa como donación indirecta; una liberalidad unida accesoriamente a un contrato oneroso. MAROT (op. cit., pág. 271) y PONSARD (op. y loc. ult. cits.) la califican también de donación indirecta (recordamos que la figura de la liberalidad indirecta no queda perfectamente enmarcada para estos autores en el campo del negocio indirecto). ASCARELLI (op. ult. cit., págs. 473-476); GENNARO (op. cit., págs. 228-231), y PUGLIESE (op. cit., págs. 48-49 en nota), piensan que es un propio y verdadero negocio indirecto.

mixtum cum donatione. La causa de este negocio—dice—es la del oneroso. La compraventa amistosa es, por tanto, una venta con todos los caracteres típicos de ese contrato. La reducción de precio, e incluso el prevalecer en la voluntad de las partes el fin liberal sobre el de cambio, no se opone a que subsista un verdadero cambio de cosa por precio realmente querido por las partes. El fin ulterior de donar se obtiene de modo indirecto al reducir el precio, pero queda dentro del campo de los motivos.

Concluye ASCARELLI que este negocio indirecto es una de las hipótesis de donación indirecta. Pero después de mantener con rigor ese criterio, se contradice notoriamente afirmando que al existir dentro del negocio de venta amistosa una parte onerosa y otra gratuita, es necesario realizar una valoración cuantitativa y sólo se aplicarán las normas de fondo de las donaciones en la medida en que el negocio sea gratuito. Si el negocio fuese verdaderamente indirecto, no podrían nunca aplicarse las normas de fondo ni se permitiría cualquier valoración cuantitativa.

12. Después de excluidas las doctrinas que ven en el *negotium mixtum cum donatione* una duplicidad de contratos, vemos que para determinar la naturaleza del mismo aparecen dos teorías diferentes: la que considera que es un negocio mixto y la que piensa que es indirecto. Sobre estas dos teorías debe escogerse la que parezca más apropiada.

No se piense que estamos frente a un problema dogmático que sólo presenta interés doctrinal; las consecuencias prácticas de calificar esos negocios de una u otra manera son de verdadera trascendencia. Si consideramos que son mixtos, quedarán sometidos a las exigencias formales de las donaciones y prevalecerán todos los requisitos de éstas, de mayor rigor que el que corresponde al de los onerosos; y se aplicarán en combinación las normas del negocio oneroso y de la liberalidad, en la medida en que sean compatibles con el fin unitario del negocio celebrado: así, por ejemplo, la evicción sólo entrará en juego cuando la desproporción del precio acordado desaparezca por culpa del vendedor; por otro lado, cabe revocar el negocio cuando exista una de las causas previstas en la ley para tal efecto, quedando afectado el negocio todo porque en caso contrario no se respetaría la voluntad de los contratantes que quisieron el contrato en su conjunto y no una parte de él (141). En cambio, si fuese indirecto, las normas de forma y de fondo aplicables serían las del negocio oneroso (la evicción en todo su ámbito y no podría revocarse el negocio): de las donaciones sólo se podrían invocar las normas materiales (142).

Partimos del supuesto de que en el *negotium mixtum cum donatione* existe una consciente desproporción de las prestaciones que obe-

(141) Cfr. EHRENZWEIG, op. et. loc. cit.; ENNECCERUS, op. et. loc. ult. cit.
 (142) Vid. GENNARO, op. cit., págs. 232-233.

dece al ánimo de liberalidad. Las partes no escinden en dos el contrato que concluyen, porque de ser así nos encontraríamos ante dos negocios diferentes y el problema quedaba resuelto aplicando a cada uno su propia disciplina; el negocio es único. Al exigir que la desproporción del precio obedezca al ánimo de liberalidad excluimos otras hipótesis (deseo de ganar un mercado, inexperiencia del vendedor, etc.) en las que existe un simple negocio de venta sin que la desproporción de precio permita salir fuera de este tipo de contrato, pues sólo cuando aquélla sea motivada por el *animus donandi* podrá hablarse de *negotium mixtum cum donatióne*.

Sentadas estas bases podemos ya plantear el problema de si el negocio es mixto o indirecto.

Creemos que tal problema no puede ser resuelto de forma unitaria. Según las circunstancias del caso, se tratará de una u otra clase de negocio: Si el tipo de la donación interviene en posición paralela al de la venta, podrá hablarse de negocio mixto; si, por el contrario, no participa directamente en el contrato resultando que éste es una simple venta que se adopta para actuar de modo ulterior una liberalidad, habrá negocio indirecto.

No tiene razón GENARO cuando afirma que el hecho de ser inferior el precio al valor de la cosa nunca es suficiente para modificar el tipo contractual de la venta. Es cierto que la desproporción del precio no destruye sin más la estructura y causa del contrato oneroso (143); pero si el precio se reduce en virtud del ánimo de liberalidad, puede suceder que no exista una simple desproporción. Cuando las partes, conscientemente y movidas por ese *animus*, convienen que el precio no sea el que corresponde al objeto, sino notablemente inferior, son ellas mismas las que alteran la estructura de la venta y añaden a la causa de ese contrato el *animus donandi*, que es elemento que posee la virtud informadora del tipo de liberalidad. El contrato es único, no se escinde, pero para formarlo se hace intervenir a dos tipos contractuales diferentes, a los que corresponden dos prestaciones distintas: la de la venta y la de la liberalidad. Y esos dos tipos se funden en un todo orgánico. La desproporción del precio no es por sí suficiente para alterar la estructura de la venta; pero si obedece al ánimo de liberalidad y la donación ocupa en la voluntad de las partes lugar paralelo al del negocio de cambio, habrá que considerar que dos causas típicas concurren a formar la *mixta* y única del negocio que se celebra.

Un ejemplo mostrará con más claridad cuanto afirmamos: Dos personas convienen que una venderá a la otra cierta cosa valorada en mil por un precio de seiscientas, advirtiendo que se determina un pre-

(143) En este sentido, REGELSBERGER: *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, en "Archiv für die civil. Praxis", 1890, pág. 161; DERNBURG. op. cit., página 195; CHIRONI-ABELLO: *Trattato di Diritto Civile*, I, Turín, 1904, pág. 396; FERRARA: *Simulazione...*, cit., pág. 174; etc.

cio inferior al normal en virtud de la amistad que une a los contratantes, la cual lleva al vendedor a beneficiar de ese modo al comprador. Las partes no escinden el negocio en dos; concluyen uno solo. Pero un contrato que no es una simple compraventa, sino una venta a la que se une un elemento típico de la donación, el *animus donandi*. El elemento de cambio y el de liberalidad se conjugan aquí para formar un negocio único que con toda propiedad debe ser calificado de mixto.

O sea, cuando de la contextura del negocio celebrado pueda deducirse claramente la existencia de dos elementos típicos distintos que las partes conjugan para formar un solo contrato con el fin de actuar a la vez y en un mismo plano una venta y una liberalidad, se funden esas dos causas típicas y el *negotium mixtum cum donacione* que se opera debe calificarse de mixto. Por ser mixto su régimen jurídico, se obtendrá combinando los dos órdenes de normas: el de la compraventa y el de la donación, en la medida que sean compatibles con el fin único del contrato. En caso de incompatibilidad, siguiendo el criterio que trazamos al determinar la disciplina del negocio mixto, hemos ahora de mantener la aplicación de las normas más rigurosas: así sucede en los requisitos y en la ineficacia: respecto a esta última, la revocación, por ejemplo, dejará sin efecto el negocio todo, siendo necesario restituir el precio y devolver la cosa (144). El aplicar la norma más rigurosa en los supuestos de incompatibilidad supone una actitud de respeto a la ley que quiso proteger con esa norma intereses dignos de especial tutela.

Pero puede suceder que este negocio sea en algunos casos indirecto. Si las partes concluyen una venta por un precio inferior al normal y por medio de ella desean alcanzar ulteriormente el efecto económico que con la liberalidad se consigue, el negocio será indirecto.

Así: una persona vende conscientemente a otra un objeto que cuesta mil por el precio de ochocientas; comprador y vendedor desean de modo efectivo la venta y quieren someterse a su disciplina, pero de modo ulterior, indirectamente, a través del negocio de venta, pretenden alcanzar el resultado práctico de la donación. Estaremos en presencia de un negocio indirecto en el que el fin económico de beneficiar queda encuadrado en el campo de los motivos y es por ello irrelevante: son las partes las que destierran el fin de liberalidad al plano de los motivos psicológicos, al no elevarlo a elemento del negocio ni celebrar sobre él ningún convenio: externamente aparece la

(144) Cfr. ENNECERUS, op. et loc. últ. cit. Por el contrario, HÖENIGER (*Gemischte Verträge ...*, cit., págs. 297 y ss.) considera que las normas de la revocación se aplicarán de modo escalonado atendiendo al grado de gratuidad del acto; este criterio no aparece justo, pues con él se puede llegar a destruir la parte beneficiosa del acto, dejando subsistir la onerosa, olvidando que el contrato se concluyó unitariamente y que al desaparecer uno de los elementos que venían a integrarlo se alteraron de modo fundamental los presupuestos del negocio sin respetar la voluntad de las partes.

venta concluída de modo válido y, además, es querida en realidad por las partes; la desproporción del precio, sin más, no origina ningún cambio substancial en el negocio de venta, pues nuestra ley no exige equivalencia perfecta entre cosa y precio. Siendo el precio serio y realmente querido si no aparece otro elemento que modifique la estructura del contrato celebrado, puede afirmarse que el negocio es oneroso. La desproporción puede obedecer a diversas finalidades prácticas, pero éstas quedan relegadas al campo de los motivos psicológicos; cuando la finalidad práctica perseguida por las partes es la de liberalidad, el *negotium mixtum cum donatione* que se origina será, como indirecto, una donación indirecta.

Por ser indirecto el negocio en estos casos, no cabe—como pretende ASCARELLI—realizar una valoración cuantitativa y aplicar las normas de fondo de las donaciones en la medida en que el contrato es gratuito, porque a los negocios indirectos nunca pueden aplicarse las normas de fondo que corresponden a los fines ulteriores. La disciplina de estos contratos, en la hipótesis que ahora estudiamos, será la del negocio oneroso celebrado, tanto en lo que se refiere a las normas de forma como a las de fondo. Sólo las *normas materiales* de las donaciones podrán invocarse en estos supuestos, dado que con ellas la ley pretende impedir un resultado práctico prescindiendo de si deriva de la causa o de los motivos del negocio; dentro de estas normas aparecen las de reducción y colación, las fiscales, las prohibiciones, etcétera; no las de revocación, porque con ellas el ordenamiento no quiso tutelar un interés general y público: si el donante escogió la vía indirecta para donar, renuncia a la tutela que la ley concede tan sólo en las donaciones directas para las cuales, y como norma de fondo de las mismas, fué prevista la revocación.

O sea que dentro del supuesto del llamado *negotium mixtum cum donatione* caben casos de negocio indirecto y de negocio mixto. En realidad, sólo deben designarse con aquel nombre las hipótesis de negocio mixto, porque la terminología así lo impone en honra de la claridad. Cuando a través de una venta se actúe indirectamente una donación debe hablarse de negocio indirecto, y por ser una liberalidad el fin ulterior alcanzado el nombre propio que corresponde a este supuesto es el de donación indirecta; es éste uno de los pocos casos de liberalidad de esa clase de entre los muchos que la doctrina presenta como ejemplos de la figura que estudiamos.

Queda así reservado el nombre de *negotium mixtum cum donatione* para los negocios mixtos formados por elementos típicos de un contrato oneroso de la liberalidad. En los casos en que un negocio oneroso actúe indirectamente una liberalidad debe con toda propiedad hablarse de donación indirecta.

•Compete al juez determinar la naturaleza de los casos concretos que en la práctica se presentan. Después de excluir las hipótesis de simulación, pluralidad de negocios y de simple contrato oneroso directo (si la desproporción del precio obedece, por ejemplo, a inexpe-

riencia del vendedor), ha de precisar, investigando la voluntad de las partes—que es fundamental para determinar la naturaleza del negocio—, si se está en presencia de un negocio mixto o de uno indirecto, atendiendo a los elementos que componen el contrato para ver si poseen o no virtud informadora de diferentes tipos, y también al fin unitario del negocio y a las circunstancias económicas del mismo.

V

Una vez sentado nuestro criterio sobre la donación indirecta y analizados los ejemplos que la doctrina propone como supuestos de esta figura, podemos ya determinar el ámbito de tal liberalidad.

Afirmamos la necesidad y conveniencia de admitir una construcción unitaria del negocio indirecto. Aceptar una duplicidad de conceptos, uno en sentido estricto (negocio medio a través del cual se alcanza indirectamente un fin ulterior) y otro en sentido impropio (negocio en el que las partes estipulan a favor de un tercero una liberalidad, resultando que el tercero se aprovecha indirectamente de un negocio al que es extraño), ni es científico ni presenta utilidad práctica. En primer lugar, de esta forma sólo se consigue englobar dentro de ese segundo concepto un caso de los varios que los autores proponen como ejemplo de donación indirecta: por otra parte, ya advertimos que la estipulación aceptada por el tercero constituye una liberalidad directa sometida por ello a todas las normas de las donaciones, y si no la acepta no puede hablarse de liberalidad ni directa ni indirecta. Los dos conceptos que se proponen no sólo no coinciden en su estructura, sino que cada uno de ellos impone un régimen jurídico totalmente distinto; no puede por ello conocerse con el mismo nombre dos figuras tan diferentes. El nombre debe reservarse para el primer supuesto, que es cuando en realidad existe un resultado indirecto, y no aplicarse al segundo, al que la designación de indirecto no cuadra porque no se produce un resultado de esa especie. Con la duplicidad de conceptos el intérprete vería innecesariamente aumentadas las dificultades para la calificación en una materia que ya es de por sí complicada.

La única forma de salvar la unidad conceptual de esta figura y suministrar bases ciertas al intérprete para poder determinar la naturaleza de las relaciones que haya de juzgar, es aceptar un concepto unitario de negocio indirecto (como negocio que actúa indirectamente un fin ulterior) y no encuadrar dentro de él más supuestos de donaciones que aquellos que puedan amoldarse plenamente a su estructura.

Esto nos lleva a negar el carácter de liberalidad indirecta a la mayor parte de los ejemplos que la doctrina propone como casos de esta especie (donación actuada por medio de acto material, estipulación a favor de tercero y renuncia).

De los supuestos que los autores presentan, el que en determinadas circunstancias puede constituir donación indirecta es el *negotium*

mixtum cum donatione. Decimos que en determinadas circunstancias porque puede suceder que suponga un contrato mixto. Cuando las partes concluyan un negocio oneroso, querido de modo real en su estructura y efectos, y a través de él pretendan alcanzar como fin ulterior una liberalidad, habrá donación indirecta, ya que el negocio adoptado actúa ulteriormente el fin práctico de la liberalidad. Y entonces, para evitar confusiones, en lugar de hablar de “negocio mixto con donación”, deberá simplemente decirse que estamos en presencia de una liberalidad indirecta. Para determinar si este negocio es mixto o indirecto, el juez debe atender, sobre todo, a la voluntad de las partes.

Es el negocio oneroso el campo normal donde se manifiestan estas donaciones (145).

Cuando el intérprete se encuentre ante un caso dudoso, tendrá primero que descartar la hipótesis de simulación y comprobar si el negocio medio empleado es típico, causal y no mixto. Después investigará si el fin práctico ulterior perseguido es el de la donación: precisamente es éste uno de los casos de negocio indirecto en que el fin ulterior es típico; habrá de precisar si ese fin resulta de un convenio y si es fraudulento, porque en ambas hipótesis hay que excluir la existencia de negocio indirecto. Una vez acabado este trabajo de depuración podrá calificar con propiedad de indirecto al negocio celebrado, lo que equivale a decir que desde el punto de vista jurídico no habrá donación, sino un negocio diferente que actúa de modo ulterior el fin económico de la liberalidad.

Las donaciones indirectas, como todo negocio indirecto, quedan

(145) Normal pero no único: cabe también que se actúen por medio de un negocio gratuito. Un ejemplo de esta clase, presentado por los autores, es el del mandato a fin de liberalidad en el caso de que se dispense al mandatario de rendir cuentas con ánimo de beneficiarle. El mandato es un negocio naturalmente gratuito (artículo 1.711 del Código civil, primer párrafo); nuestro Código (artículo 1.720, en su primera parte), impone al mandatario el deber de rendir cuentas, si bien nada se opone a que el mandante le dispense de ese deber (así lo reconocen las Sentencias de 31 mayo 1897 y 10 febrero 1915). Pero, con RUBINO (op. cit., págs. 166-167), pensamos que aunque se le dispense de rendir cuentas con ánimo de liberalidad no estaremos en presencia de un negocio indirecto; porque (al igual de lo que disponía el artículo 1.747 del Código italiano antiguo) en la segunda parte del artículo 1.720 de nuestro Código, se prescribe: “Todo mandatario está obligado ... a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, *aún cuando lo recibido no se debiera al segundo*.” El deber de rendir cuentas es independiente del devolver al mandante cuanto se haya recibido; la dispensa del primero no exime del segundo. El mandante que, por ejemplo, dé poder al mandatario para que le venda un bien por el precio de 1.000 y le dispense de rendir cuentas, podrá exigirle que le abone 1.500 si el mandatario consiguió vender por ese precio, y no puede este último alegar la dispensa de rendición de cuentas; sólo si se prueba que entre mandante y mandatario existía un acuerdo de liberalidad dirigido a beneficiar el primero al segundo en todo aquel precio que consiguiera por la cosa y que excediese a 1.000, podrá el mandatario evitar la devolución; pero en ese supuesto no puede hablarse de liberalidad indirecta, sino de directa. En todo caso no debe excluirse la posibilidad de que se actúen donaciones indirectas por medio de negocios gratuitos; lo que sí puede afirmarse es que normalmente se realizan a través de los onerosos.

sometidas a la disciplina del negocio medio adoptado; del fin ulterior típico de donar que se persigue sólo podrán invocarse las llamadas *normas materiales*, y éstas porque la ley las dicta teniendo en cuenta tan sólo el resultado práctico conseguido, con independencia del medio de que deriva.

Esta larga y difícil labor calificadora que el juez debe realizar cuando juzgue los casos concretos que se mueven a lo largo de todo el campo de temas que hemos estudiado, resulta de la mayor utilidad práctica, porque al depurar y excluir conceptos para poder determinar la naturaleza indirecta de una relación se precisa también su disciplina jurídica adecuada, poniendo fin a la incerteza de régimen que debe eliminarse de la vida jurídica.