

# La causa y la situación patrimonial justa

## *The cause and the fair patrimonial situation*

por

JOSE LUIS DEL MORAL BARILARI  
*Abogado y Doctor en Derecho*

**RESUMEN:** El autor del presente artículo defiende que la causa no es el fenómeno productor de un efecto pues tal función lo verifica una acción. La causa no es más que la relación mental que el Hombre hace entre una acción y su efecto, fruto de experiencias anteriormente vividas en que ambos fenómenos se produjeron sin interrupción o solución de continuidad. Esto provocaría un vuelco en la concepción tradicional de la causa, relevándola a un papel puramente conectivo, dejando de estar presente en los acuerdos y no sirviendo para justificar una situación patrimonial legítima.

**ABSTRACT:** *The author of this article defends that the cause is not the phenomenon that produces an effect, since such a function is verified by an action. The cause is no more than the mental relationship that Man makes between an action and its effect, the result of previously lived experiences in which both phenomena occurred without interruption or discontinuity. This would cause a shift in the traditional conception of the cause, limiting it to a purely connective role, ceasing to be present in the agreements and not serving to justify a legitimate patrimonial situation.*

**PALABRAS CLAVE:** Causa. Acción. Efecto. Acto. Prestación. Motivo. Enriquecimiento injusto. *Animus*. Intención. Proposición. Consecuencia.

*KEY WORDS: Cause. Action. Effect. Act. Prestation. Motif. Unfair enrichment. Animus. Intention. Proposition. Consequence.*

**SUMARIO:** I. LA CAUSA: A) PRELIMINAR. B) CONCEPTO. C) DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES: *a) Del mismo acto. B) Provenientes de un acto anterior.*—II. LA SITUACIÓN PATRIMONIAL JUSTA.—III. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LA CAUSA

### A) PRELIMINAR

Desde el principio de los tiempos, el hombre ha contemplado la naturaleza con constante asombro. Veía como, cada cierto tiempo, se producían delante de él fenómenos extraños e inexplicables. Un día veía un destello, que parecía dibujar una especie de una raya en el cielo (por lo que la llamo «rayo») que terminaba cayendo cerca suyo y, sin saber muy bien por qué, a los pocos segundos observaba cómo se generaba inmediatamente una fuente de luz. Como esa luz producía también una sensación agradable de calor, decidió llevarse a su cueva la rama donde había prendido para que los suyos también pudieran disfrutarla. El frío invierno glacial no daba tregua y el fuego (que es como se pasó a llamar ese fenómeno porque era el *focus* donde se reunía toda la tribu) hacía más habitable la cueva, razón por la que decidieron llamar a dicho espacio, a partir de ese momento, con el nombre de hogar (*fogar*). Por desgracia, un tiempo después, ese nuevo invitado se apagó y en la cueva volvió a imperar el frío y la oscuridad.

Tiempo después, otro miembro del clan llegó a la cueva con otro palo encendido con ese mismo «fuego». Automáticamente, el primero de los hombres que lo llevó a la cueva extrajo una conclusión: había caído otro rayo cerca de la cueva. ¿Por qué? Pues porque podía crear una relación —que no existía en la realidad, pero sí en su mente— entre un fenómeno que había visto (rayo) y lo que después se había producido (fuego).

Sin saberlo ninguno de los miembros de la tribu, la causa ya había hecho acto de presencia entre todos ellos. Y lo había hecho gracias, no a la naturaleza (un rayo y un fuego), sino a que su mente le permitía establecer esa relación: la relación causal.

### B) CONCEPTO

En la antigua Grecia no se hablaba de causa para hacer referencia a ese fenómeno, pues se utilizaba la palabra αἴτια ó *aitía*, del verbo *aitomai* ΑΙΤΙΩΜΑΙ

(acusar) que da lugar a términos como etiología (que estudia la relación entre fenómenos) siendo solo en Roma<sup>1</sup> cuando se la empieza a denominar de tal forma, lo que hacen —extrañamente para la precisión técnica de la que normalmente hacían gala los romanos— con manifiesta y notoria impropiedad y falta de criterio<sup>2</sup>.

Desde el punto de vista intelectual, ningún jurista es indiferente ante la figura objeto de este artículo. Las inquietudes que suscita son grandes y, en la mayoría de los casos, se observa un cierto grado de respeto cuando comienzan a hablar de ella. En este sentido, autores como ALBALADEJO<sup>3</sup> o DÍEZ-PICAZO<sup>4</sup> han demostrado esa posición de indudable respeto por esta figura. Sirvan de botón de muestra las reflexiones que el segundo de ellos hace en su conocida obra *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cuando comienza el estudio de esta materia con las siguientes palabras:

*«El concepto de “causa” dentro de la teoría del contrato es, seguramente, uno de los más oscuros, confusos y difíciles de aprehender, de la doctrina y de la técnica del Derecho civil. Es justa y merecida esta fama de oscuridad que la teoría de la causa viene tradicionalmente arrastrando consigo. No es solamente su tradicional dificultad lo que dota a la teoría de la causa de un relieve singular dentro de las instituciones jurídico-civiles. Es que, aunque otra cosa a primera vista puede creerse, lo que está empeñado en ella no es un mero juego conceptual, sino algo que tiene una honda repercusión práctica. Una pluralidad de conflictos típicos de intereses tiene, en la teoría de la causa, el centro de gravedad de su solución normativa».*

Dos afirmaciones fundamentales pueden extraerse de este y otros apartados de su obra.

La primera que, según este autor, la causa resulta difícilmente ininteligible. Lo que ha llevado a dicho autor y a varios de nuestro entorno a propugnar, como ya ocurre en el derecho alemán y en el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía a intentar hacerla desaparecer virtualmente de nuestro ordenamiento jurídico.

Y que, a pesar de ello, lo que sea esa causa sigue siendo, en todo caso, de extraordinaria trascendencia, porque está presente a lo largo y ancho de todo el ordenamiento jurídico e incluso en todo el lenguaje en general.

Y a fe que es cierto lo que apunta DÍEZ-PICAZO pues no en vano, a día de hoy múltiples palabras derivadas de dicho término plagan por doquier nuestro lenguaje: se habla de causar, incluso del inventado verbo «causalizar», de causante (el que provoca la causa) o de excusar (el que está fuera de la relación causal). Lo mismo ocurre con palabras como acusar (*ad-causare*: acercar la causa), acusador, acusación, causador, causafinalista, etc., que se han creado a lo largo de los tiempos partiendo de una concepción, como veremos, errónea de lo que es la causa.

Pues bien, con la omnipresencia legislativa de la causa que apunta DÍEZ-PICAZO estoy, como es lógico, absolutamente de acuerdo. Pero con su in-

inteligibilidad y la conveniencia de su desaparición, no puedo estar en mayor desacuerdo. Y a demostrar la plena comprensibilidad de la causa y su, no solo inconveniente, sino imposible desaparición, voy a dedicar este artículo.

La causa no es nada, absolutamente nada que se coloque en uno de los dos extremos de una «cuerda». Es la «cuerda» misma. En puridad enlaza una acción (del latín *agere* y este, a su vez, del PIE \**ag*: mover) con su resultado, el *actum* o acto. La acción durante la producción y el acto como producto del mismo.

Si la acción era voluntaria se hablaba de *fectio* o fección y de *fectum* o efecto. Y dependiendo de que la acción o acto y fección o efecto fueran internas o externas al agente que los realizaba, de enacción/exacción, enacto/exacto y de enfección/posteriormente infeción) y exefecto. El término *exfecto* o *exfectum* derivó a *effectum* y finalmente en ¡¡efecto!!

En puridad, por lo tanto, una acción no produce un efecto sino un acto o *actum* pero, para facilitar al lector el cambio de paradigma —de por sí ya bastante revolucionario— vamos a seguir estableciendo una relación entre acción y efecto. Veámoslo en la siguiente gráfica.



La causa se limita, pues a relacionar a esos dos elementos (acción y efecto).

Por las razones antedichas, ni puede hablarse de relación causa-efecto (porque sería como hablar de «relación-relación-efecto») ni de que una acción pueda ser la causa de un efecto. De lo que debe hablarse es de la relación o causa entre una acción y su efecto.

Esa causa, además, no es física sino inmaterial o intelectiva —como la que condujo al hombre primitivo a pensar que había caído nuevamente un rayo— y permite, a través de la imaginación y de la experiencia, unir a dos realidades físicas —acción y efecto— separadas entre sí y defender que entre ellos puede formularse una cadena de sucesos sin ruptura intermedia ni solución de continuidad.

De hecho, así es como ocurre en la realidad. Una persona (agente) con una cerilla prende fuego en unos matojos (acción) y de ahí a un inmenso incendio

(efecto) no hay ninguna interrupción fenomenológica. La causa surge, por el contrario, cuando el proceso completo no ha sido visto. Se observa solo su parte final (hay un incendio) y, merced a experiencias anteriores, se elige de entre diversos agentes (una persona con una cerilla, otra con una azada y una tercera con una manguera) a la primera de ellos. Se le acerca a ella esa línea imaginaria o causa. Se le acerca, en definitiva, la causa. Y, por lo tanto, se le acusa (del latín *ad-causa* o acercar la causa).

Si se descubre que ha habido un incendio y que en las cercanías había una cerilla, la relación causal será la que nos permita construir que el incendio (efecto) fue el resultado del lanzamiento de una cerilla (actuación) por parte de un pirómano (agente) y no que el lanzamiento de la cerilla sea, además de actuación, la causa del incendio.

Al ser esta causa inmaterial e intelectiva, es difícil de «ver». No faltan incluso algunos filósofos como HUME<sup>5</sup> que se niegan a hacerlo y llegan a afirmar que no existe, porque no tenemos « impresión » de la misma.

### C) DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES

a) *Del mismo acto:* Dentro de un mismo acto en el que esté operando una causa entre su acción/fección y acto/efecto, la causa suele confundirse con las siguientes figuras que indico a continuación:

#### *Las prestaciones*

Los siguientes artículos que vamos a ver confunden la causa con prestación.

• El artículo 1275 del Código Civil indica que: «Los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno, es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». Con más razón si es a las dos.

• El artículo 1276 del Código Civil señala: «*La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita*».

• Y añade el artículo 1277: «*Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario*».

La acción, como hemos visto, pasa a denominarse fección cuando es voluntaria y, si además de voluntaria, es consensuada, pasa a llamarse prestación y préstamo su resultado.

Es esta prestación (y en modo alguno una causa) la que:

a) Debe ser lícita<sup>6</sup> (por no oponerse a las leyes o a la moral). Obviamente, la misma lo será siempre y cuando lo sean todos sus componentes (fundamen-

talmente la actividad y el elemento o bien). Por el contrario, la prestación será ilícita cuando haya una actividad ilícita sobre bien lícito, cuando lo ilícito lo sea el elemento, o cuando ambos componentes sean ilícitos.

a) Debe existir, porque si no el acuerdo está vacío de contenido y se produce simulación con ineeficacia *ex tunc*, que nada tiene que ver, dicho sea de paso, con la ocultación (impropriamente denominada simulación relativa), que da lugar a una ineeficacia sobrevenida *ex nunc*.

b) Y es también esa prestación la que no tiene por qué expresarse en el acuerdo presuponiéndose<sup>7</sup>, no obstante, su existencia y licitud.

### *El anima de las prestaciones*

También se confunde la causa con el *anima* (del griego *anemós*: viento) de las prestaciones.

El artículo 1274 del Código Civil señala que: «*En los contratos onerosos (en realidad, como veremos, mutuos) se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*».

El *anima* es la dirección que adoptan los bienes entre las distintas posiciones de un acuerdo. Indica exclusivamente si la prestación que va en una dirección va a ir seguida o no de una prestación en sentido contrario.

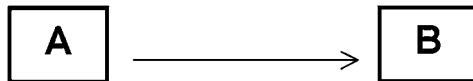
Este precepto se limita, por lo tanto, a apuntar uno de los criterios de clasificación típica de las prestaciones, que pueden distinguirse a estos efectos en mutuas o bidireccionales (*do ut des*) —ya sean recíprocas o no— y graciosas o unidireccionales.

Las remuneratorias no son más que una especie de las bidireccionales por virtud de las cuales la prestación de una de las partes, al ser realizada *in faviendo*<sup>8</sup>, va siendo remunerada (del latín *re-muneris*: recargada) con la misma periodicidad que aquella se va realizando. Pero nada más. No deja de ser más que una modalidad de la prestación mutua.

Sobre todas ellas pesan, sin embargo, importantes confusiones seculares. Veámoslas.

### Graciosa

Es graciosa (del latín *gratia*) aquella prestación en la que alguien da algo a otro sin recibir nada a cambio. Se produce con ello, una traslación sin cambio (del PIE \**kamp*: gamba, por la forma de cambio de dirección en U que tiene dicho crustáceo).

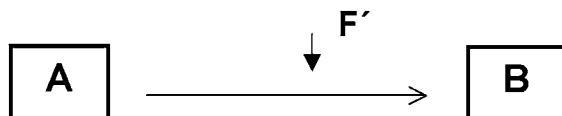


La graciosidad de una prestación debe medirse siempre desde la óptica del disponente y no, como se hace hoy en día, de la del beneficiario. Por ello, mientras el mismo no reciba de vuelta ninguna prestación contraria, la disposición seguirá siendo siempre graciosa. En tales términos, dice el artículo 794 del Código Civil: Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona. Entonces y, solo entonces, la disposición dejará de ser graciosa para convertirse en mutua.

Estas disposiciones graciosas deben de distinguirse en:

- Gratuitas (del latín *gratus*, distinto de *gratia*), indicativo de grato, en la medida en que el que lo recibe lo hace sin nada que lo aminore y, por lo tanto, «libre de peso». Es la donación habitual de los artículos 618 y siguientes o el legado de los 858 y siguientes.
- Onerosas (del latín *onus* o peso, que suele confundirse habitualmente con el gravamen).

A ellas se refiere, con notoria impropiedad, el artículo 622 del Código Civil cuando habla de donaciones con «causa» onerosa, en vez de, en la medida en que es un simple pleonasio, donación onerosa sin más. Este *onus* opera como una fuerza física vertical (*F'*) o peso sobre la prestación graciosa horizontal (*F*) y hace que llegue con menos fuerza o valor al destinatario. Evidentemente, una donación de valor 10 con una carga a favor de otro distinto del donatario que valga 2 finalmente «valdrá» 8. Por esa razón, el artículo 633 impone en la donación de inmuebles la necesidad de consignar aparte ese valor del *onus* impuesto.

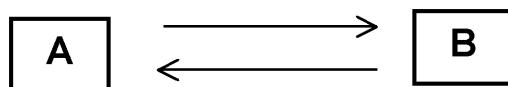


El que el *onus* sea superior o inferior al valor de lo dado en gracia es absolutamente diferente, en contra de lo que afirma el artículo 619 del Código Civil. Un *onus* superior a dicho valor hará, seguramente, que el donatario finalmente considere no aceptar la gracia pero, como dicha carga no es para el donante en modo alguno cambiará tal graciosidad. Cuestión distinta es el diferente régimen de saneamiento que deba corresponder a cada uno en los términos previstos en el artículo 638 del Código Civil.

No merece un capítulo aparte la falsa donación remuneratoria del mismo artículo 619 del Código Civil porque, aparte de que la remuneración no deja de ser mutua, la satisfacción de servicios no exigibles no deja de formar parte de la simple motivación —a la que nos referiremos después de una donación—.

### Mutua

Prestaciones mutuas o sinalagmáticas (del griego Συνάλλαγμα o *syn-allagmá*: con cambio) son aquellas prestaciones en las que se producen dos o más traslaciones que se cambian<sup>9</sup>. A ellas se refiere Paulo, D 18.5.5., pr: *Do ut des* (Doy para que des).



Esta era la instrumentación normal de los acuerdos en la época de Roma sin perjuicio de que el acreedor tenía excepcionalmente a su favor la *conductio causa data causa non secuta* para exigir la devolución de lo tradido en caso de incumplimiento.

### Recíproca

Posteriormente, los acuerdos mutuos o sinalagmáticos se hicieron recíprocos (del latín *recus procus*: hacia adelante y atrás).

La diferencia es que en el mutuo-recíproco, cualquiera de las partes puede dejar de efectuar su prestación ante el inicio de incumplimiento de la otra parte (razón por la que las dos flechas se grafían con diferente longitud). Ya no es un simple dar para que te den, sino un dar siempre que te den.

### *La conexión entre efecto y la consecuencia*

Tampoco hay causa entre un efecto y sus consecuencias términos que, asimismo, son confundidos de forma generalizada. El efecto y la consecuencia (del latín *con-sequi*, seguir conjuntamente) han sido producidas por la misma acción (puñetazo) pero mientras la primera se produce siempre (golpe), la segunda no tiene lugar necesariamente (moratón). No hay consecuencia sin efecto previo pues, si falta la consecuencia pasa a convertirse en efecto mismo. La relación

se produce entre la acción y su efecto y, en la medida en que, sobre este último giran las consecuencias, sobre estas también.

### *Las coacciones*

En algunas ocasiones se ha apuntado hacia el miedo como «causa» provocadora de un efecto. La razón estriba en que algunos textos históricos parecen mencionarla como tal, cuando se afirmaba *v.gr. que quod metus causa gestum erit*. El miedo y la intimidación (*in-timere-dare*: dar temor) no son más que coacciones que convergen (co-) en un único acto. Las coacciones provocan el único efecto y, entre ambas concurre la causa.

### *La intención y la proposición de la sensación<sup>10</sup>*

En la Roma antigua se conocía como *sensatio* o sensación al proceso de formación del *sensum*. La palabra «sentimiento» que no es más que el *sensum* cuando es utilizado como instrumento (v.gr para la adopción de un acuerdo) ha sufrido a lo largo de los siglos un desplazamiento semántico muy importante pues en la actualidad se utiliza para hacer referencia a lo que se percibe por los sentidos, sin sometimiento a análisis racional alguno. Sin embargo, el sentimiento consiste precisamente en una mezcla «química» de lo impulsivo y reflexivo (término este último que se deriva de la posición del pensador, que suele ser la flexión del brazo para sostener la cabeza), En ese proceso hay:

- Un momento en que un factor externo (un helado) influye en la persona originando el impulso de su corazón (del latín *in pellere*: empujar por dentro) y provocando el querer o el no querer (del PIE \**kerd-* corazón).
- Un momento posterior en el que ese querer o no querer se dirige a la mente, la cual utiliza hasta cinco herramientas de procesamiento:
  - La ciencia: del latín *scientia* y este, a su vez, del PIE \**sker* 2- dividir), porque es el instrumento que sirve para distinguir si algo es bueno o malo. Solo cuando se junta con otra puede hablarse de conciencia.
  - El *gnocimiento*: del PIE \**gno-* identificar, instrumento de la *gnitio* o gnoción por el que se identifica lo visto con algo anterior. Con notoria impropiedad se habla de conocimiento para referirse a este fenómeno siendo así que, como vamos a ver en otras numerosas ocasiones, el prefijo co- es indicativo de un gnocimiento mutuo. De no ser así, el mutuo se denominaría co-co-gnocimiento.

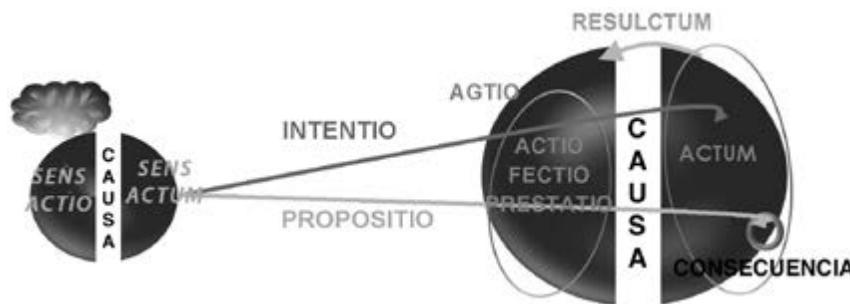
Dicha *gnosis* o *gnitio* se realiza a través de los órganos perceptores (del latín *per-* a través y *cepere*: recibir), que por perversión lingüística vinieron a denominarse posteriormente sentidos, con la confusión que veremos a continuación.

- El discernimiento (del PIE *-ker-*: cortar) para cortar lo conocido y poder separar así los pros de sus contras. Este discernimiento no tiene edad fija y varía en función de lo que va a ser objeto de discernimiento. Ya tratamos esta cuestión con detenimiento en sede de capacidad, a cuyo capítulo y gráfica «La edad y el discernimiento» me remito.
  - El pensamiento (del latín *pessare*: pesar lo separado y los pros y los contras).
  - El razonamiento (del latín *ratio*, del verbo *reor* calcular, estimar, que da lugar a términos como ratificación en el sentido de que algo se detalla o desglosa y que da lugar a palabras como ratificación que consiste, precisamente, en el acto de ponderar y detallar la opinión de un perito que ha emitido previamente un informe). En este proceso se encuadraría lo que HEGEL venía a llamar la *Grund*.  
Este razonamiento opera con la información de que disponemos para obtener conclusiones, resolver problemas, realizar juicios, etc.
- A continuación, la persona decide lo que no va a hacer (decidir viene del latín *de-cadere*, separar y caer), de forma que la decisión no es lo que se hace finalmente, sino precisamente lo que no.
- Y finalmente, después de decidir, «siente» lo que va a hacer (del PIE *\*sent-*: dirigirse, como el sentido de las agujas del reloj o hacer un cambio de sentido, del que surgen palabras como sentencia). Pero, reúndese, en ese sentimiento confluye tanto lo querido como lo razonado.

Se habla solo de sentimiento y no de consentimiento porque este último no es sino el resultado del encuentro de dos sentimientos (igual que el conocimiento antes señalado) y, del mismo modo que la contradicción es la suma de dos dicciones contrarias o una contraprestación la de dos prestaciones contrarias.

Es en el seno de este proceso de sensación en el que el Hombre desarrolla dos proyecciones mentales: La intención y la proposición. Veámoslo en la siguiente gráfica explicativa:

— INTENCIÓN: Del latín *intentio*, compuesto del prefijo *in-* (interior), la raíz *ten-* (estirar, controlar) y el sufijo *-tio* (indicativo de *actio*: incluyendo tanto la sensación como la actuación). Se forma durante el proceso del *sensum* o sensación, de donde surge la palabra sensual, sustituida en el uso por el incorrecto término «subjetivo y a diferencia de lo actual, que no tiene nada que ver con lo que ocurre en ese momento sino con lo propio de la actuación, razón por la



que conserva ese significado en el inglés «*actually*» y que, igualmente ha sido sustituido por el incorrecto término «objetivo».

La intención, al igual que la proposición, es individual y no puede atribuirse a ficciones no humanas (sociedad) a diferencia del *animus* que, por el contrario, tal y como veremos, puede ser colectivo. Cuando esa intención se externaliza y se dirige a otro, se denomina *prae-ten-sio*.

El dolo es una intención (no un ánimo), formada durante la sensación y que se dirige hacia un resultado, no hacia una consecuencia (proposición). Es un tipo de reproche, conjuntamente con la negligencia y únicamente es penal (no civil). Por eso, ni es una coacción del sentir (engaño: art. 1269 del Código Civil) ni una mala fe o bajo grado de cumplimiento de una prestación (art. 1106.2 del Código Civil: que se refiere realmente a la mala fe, en contraposición con la buena fe del primer apartado y respecto del cual afirmamos su carácter objetivo a pie de página<sup>11)</sup>). Tampoco tiene nada que ver con el fraude, que es también actual.

Ni existe el dolo civil, ni el dolo incidental ni el dolo bueno (exageración de las cualidades o defectos de las cosas o personas, normalmente para facilitar la comercialización de un producto).

A esta figura suelen referirse, con impropiedad notoria, los juristas al hablar del fin buscado por las partes. La palabra fin, al igual que la de objeto, carece de tecnicidad y no viene más que a indicar los límites o *fines* de algo.

— PROPOSICIÓN: La proposición (del latín *pro-positio*: lo que se sitúa delante) se genera, al igual que la intención, en la sensación.

Es sensual, al igual que la intención y a diferencia del *animus* actual que veremos después. Sin embargo, a diferencia de la intención —que simplemente busca el resultado— (como por ejemplo intención de ganancia<sup>12</sup>, la proposición busca más allá, en concreto, la consecuencia: v.gr: *propositio lucrandi*<sup>13</sup>.

Las consecuencias son, como hemos visto también en sede de causa, los fenómenos siguientes a los efectos y resultados y que sin embargo hayan sido provocados, al igual que el efecto, por la misma acción. Estas consecuencias

pueden ser muy numerosas y producirse en una dilación temporal muy importante respecto de la actuación inicial (razón por la que, en sede de prescripción, de aplicarse dicha institución, tenga sentido computarse el plazo a partir de la terminación de las mismas). No puede haber consecuencia sin efecto, pero sí a la inversa.

Todo el conjunto de consecuencias derivadas de una actuación, por muy distantes y diferentes que sean, compondrán el acto como una unidad y permitirán diferenciar ese acto de otro posterior o, incluso, coetáneo en el tiempo que nada tenga que ver con el trinomio originario del acto anterior (acción-causa-efecto).

Se diferencia del propósito en que este último es ya el producto (lucro, venganza) y en que, a diferencia de la proposición, solo tendrá lugar como consecuencia de un imponderable, por ejemplo, ser superiores las ganancias a las pérdidas o ser el resultado parecido a la ofensa que el ofendido recibió en el pasado.

El lucro, pues, no es un ánimo de la actuación sino una intención del actor, lo que hace que el que suscribe, por múltiples razones que no pueden ser expuestas en este artículo, abogue por la insustancialidad del acto jurídico mercantil.

La intención y la proposición se forman siempre durante el pensamiento (sensación) del ser humano y, ontológicamente, solo puede ser individual. El atribuirle a una ficción (persona jurídica) semejantes proyecciones del *sensum* es una muestra más del incorrecto entendimiento de lo que es una equivalencia jurídica<sup>14</sup>.

### *El momento de la efectividad*

Tampoco tiene nada que ver la CAUSA con el momento de producción de eficacia. El primero de los artículos que inicia el Título III del Libro III del Código Civil es el artículo 657 que advierte de que: «Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte».

Este precepto es un mero adelanto de lo que es uno de los dos fenómenos, además de la sucesión en las prestaciones, que a continuación va a regular: la transmisión después de la muerte. Y recuerda que ese fenómeno, que se rige igualmente por el sistema del título y el modo presenta una particularidad: que el Título se genera en vida del disponente pero el Modo no tendrá lugar hasta la muerte del mismo, es decir, *post mortem*. Una disposición, por lo tanto, no es *inter vivos* o *causa* sino *inter vivos* o *post mortem*.

La muerte no es la «causa» de nada y, por lo tanto, tampoco de una disposición. Esa es la razón por la que hago referencia a tal fenómeno utilizando dicho nomenclátor, que es el del Derecho Romano clásico y no el «tradicional».

*El animus*<sup>15</sup>

El *animus* es lo que identifica actualmente la acción. A las personas les cuesta distinguir entre los adjetivos que se predicen de ellas mismas y los que pueden predicarse de sus acciones, al margen de ellas. Una persona puede ser mala y realizar un acto bueno y viceversa.

Estos *animus* son tasados, lo cual no quiere decir que pueden ser de muy distinto orden. Así:

- a) Una cuchillada, si es cerca del corazón es mortal tiene un *animus necandi* y si es en una pierna un *animus laedendi*.
- b) Un abandono o *derelictio*, realizado en un sitio que manifiesta normalmente la idea de abandonar (contenedor de basura) tiene un *animus derelinquendi*. Obsérvese la curiosidad de que en la antigüedad, ese acto se hacía a las afueras de la ciudad. De hecho, el origen de la palabra es francesa «*laissez a l'a bandon*», siendo la raíz ban- indicativa de límite, razón por la que las afueras se dice en francés *banlieu* o lugar al límite).
- c) Como veremos, un desplazamiento de un bien tiene un *animus locandi* en el arrendamiento y, por el contrario, *tradendi* en compraventa.
- d) Como también veremos, un *non dominus* —cuando está usucapiendo— tiene un *animus possidendi*, mientras que un *verus dominus* tiene un *animus dominandi*.
- e) Un arrendamiento tiene un *animus locandi* mientras que una compra tiene un *animus vendendi*.
- f) Y un depósito tiene un *animus depositandi* y no *prestandi*, razón por la que cualquier disposición sobre el mismo pueda ser considerado como un delito de usurpación. Véase el conocido asunto sobre la utilización de los depósitos de los aparatos del Canal + que he dejado abajo referenciado<sup>16</sup>.
- g) Una dación tiene un *animus solvendi* mientras que una compraventa tiene un *animus vendendi*. En contra STS de 7 de diciembre de 1983, STS de 26 de mayo 1988 (*RJ* 1988/4343) y STS de 23 de febrero de 2007 (*RJ* 2007/1475), que piensan que si lo dado en *solutio* tiene vicios debe aplicársele la normativa del saneamiento en vez de, como considero más adecuado, la potestad del acreedor de instar el renacimiento total o parcial de la deuda.
- h) Una donación (de cosa) tiene un *animus donandi* objetivo además una intención piadosa y una proposición *beneficiandi*. Ese *animus* está presente además en sus distintas formas:
  - Un perdón (de crédito), solo que su proposición es *liberandi*.
  - Una condonación, que no es más que un perdón consensuado.

- Una remisión (*re-mittere*; volver a enviar, devolver) que, como veremos, no es más que lo que actualmente se entiende por condonación presunta. 1188, 1189 y 1191 (amén de la recogida de dicha figura en los arts. 1143 y 1146).
- No ocurre lo mismo con la quita que, por el contrario, no tiene *animus donandi*, porque lo único que hace es aplazar la satisfacción de un crédito *sine die*, hasta que el deudor venga a mejor fortuna (*vid. antíguo art. 1920 del Código Civil*) —a diferencia de la espera que fija su fecha— y además tendría una intención de financiar y una proposición de cobro.

La distinción del *animus* como un componente actual de la actuación —que es evidente que es la base que inspiró la denominada por BETTI como «función económico-social de los acuerdos»— se torna, por lo tanto, vital. Y no solo por lo expuesto (su diferenciación con otros acuerdos afines), sino porque es lo que permite diferenciar un tipo de acuerdos de otros con los que sí se puede mezclar (v.gr *leasing*) o no mezclar. Con respecto a esta última advertencia (prohibición de mezclar *animus* incompatibles), se han planteado problemas en las siguientes materias:

a) *Préstamo con precio<sup>17</sup> variable y/o cláusulas suelo*

Pactar un préstamo con un precio variable hace que ya no estemos en presencia de un simple préstamo. En tal caso habría un préstamo con *animus prestandi* combinado con juego con *animus iocandi*.

Si el precio, además, no es equilibrado (sin suelo o «red»), sigue siendo un juego, solo que un poco más peligroso.

El Tribunal Supremo ha tenido que darle a la imaginación para dejar sin efecto este último tipo de cláusulas llamadas «suelo», como consecuencia de la crisis hoy imperante. Así, en la STS de 9 de mayo de 2013, se dicen cosas del siguiente calibre: (\*) que las cuestiones importantes en un contrato deben estar más desarrolladas (\*) que, sin embargo, tampoco pueden tener mucho contenido (\*) que los consumidores son una parte débil (\*) que deben acompañarse simulaciones de producto (\*) e incluso ¡ofertarse otros productos!

Todo menos que sea el Estado —como ocurre con las adhesiones que, aunque son actos de consenso, no son acuerdos al igual que las uniones (matrimonio o sociedad) y los convenios (instrumentales, preparatorios y accesorios)— quien fije el contenido de esta clase de manifestación de consenso. O decir que quien va a pedir un préstamo, no puede encontrarse con que se está poniendo también a jugar contra un banco (a diferencia de quien va a un casino).

Por eso se cuida mucho de defender su ineeficacia, pero solo «en el modo y forma en que se utilizan». Lo contrario ¡habría supuesto atacar los pilares del 1255 del Código Civil!

*b) Préstamo participativo*

Otro tanto de lo mismo es predicable de esta figura, que nadie duda que es de préstamo, pero que evidentemente convierte un negocio presidido por un *animus prestandi* en otro gobernado por una *affectio societatis*. Y esos *animus* son, claramente, distintos. El negocio societario es para los que arriesgan en él bienes, trabajo o industria e incluso también para los que, desde dentro, arriesgando con la sociedad en su día a día, le prestan asimismo a la sociedad (art. 1682). Pero no para aquellos que, ajenos al riesgo y cobrando una cantidad fija de capital y usura garantizados, además, juegan a ver si sacan un rédito más, con la red que les da el que la garantía ya está asegurada «desde dentro».

*c) Swaps o «permutas» financieras*

El *swap* es, simple y llanamente —se realice o no en apoyo de un préstamo— un juego (también fuera del Casino) con *animus iocandi*.

Se disfraza de «permuta» o de «seguro» como si el cliente fuera a obtener a través del mismo, a cambio de una cantidad o precio, una prestación contraria segura. Pero es manifiesto y notorio que, en ningún momento, se le permuta absolutamente nada ni se le cubre absolutamente ninguna posición porque:

En el seguro, un asegurado abona una prima a un asegurador que, a cambio, le cubre de un posible riesgo. Pero en el *swap* el banco no asegura nada a su asegurado, solo le cubre una apuesta en la medida en que el otro le cubre la suya. Las partes, a través del mismo, se cubren respectivamente las posiciones al alza o a la baja que puedan producirse en un producto (*swaps de commodities*) o en un valor (*swaps de divisas*), etc., en un mercado determinado. Tampoco sería un seguro mutuo porque en el seguro se cubre un evento incierto (siniestro) y en el *swap* algo cierto (alzas o bajas de un precio) aunque se ignore cuánto.

Por lo tanto, nadie asegura a nadie contra nada, por mucho que, mientras las cosas sean favorables, haya esa sensación. A pesar de ello, como siempre, nuestro Alto Tribunal mantiene su posición liberal de conformidad de dicha figura a Derecho, permitiendo que préstamos y juego se mezclen sin problema o se limita a entender que, con una información simétrica, todo se arreglará.

Comparemos, para finalizar, las tres figuras:

a) Animus: (a) *possidendi* en la *tentio* (b) *dominandi* en el dominio (c) *dondandi* en la donación (d) *condonandi* en la condonación (e) *laedendi* en la lesión (f) *iocandi* en el juego (g) *derelinquendi* en el abandono (h) *affectandi* (del latín *affectio*: compuesto de *ad-* y de *-facere*: hacer hacia, en el sentido de hacer cosas en común) en la sociedad.

b) Intención y proposición

- Intención: (a) capciosa en la *tentio* (b) provechosa en el dominio (c) piadosa en la donación (d) piadosa en la condonación (e) dolosa en la lesión (f) jocosa en el juego (g) desprofectuosa (desprovechosa) en el abandono (h) gananciosa en cada socio individual.
- Proposición: (a) *provectiva* en la *tentio* (b) *exclusiva* en el dominio (c) *benefactiva* en la donación (d) *liberativa* en la condonación (e) *vindictativa* (venganza) en la lesión (f) *lucrativa* en el juego (f) dispositivo en el abandono (g) lucrativa en casa socio individual.

Como ya hemos visto, la *propositio lucrandi*. Cuando se ha obtenido, pasa a denominarse propósito de lucro.

Esta figura del *animus*, como hemos visto, es una de las peor entendidas por la doctrina y jurisprudencia modernas. Y sus consecuencias, sin embargo, son extraordinariamente importantes. Veámoslas:

### La *affectio societatis*

El término *affectio* es, en contra de lo que suele creerse, actual y no sensual. Igual ocurre con la *affectio maritalis*, que tenía el mismo sentido de «hacer cosas en común» y que, al sensualizarse, dio lugar a que el Papa Alejandro (1159-1181) ordenara retirar dicha expresión del lenguaje teológico jurídico en la Jurisprudencia Rotal de la Santa Sede, como consecuencia de las dificultades que creaba su interpretación entre los jueces eclesiásticos.

La caterva de interpretaciones sensuales de la *affectio societatis* ha sido ilimitada: intención de asociarse, espíritu de fraternidad, voluntad de unión, colaboración activa, intención de estar en lo bueno y en lo malo, etc.

La *affectio societatis* es un *animus* como el resto que hemos visto, solo que colectivo por su carácter actual. No es ni una voluntad<sup>18</sup> ni, a mi juicio, «un genérico consentimiento contractual aplicado al tipo de acuerdo», como entiende DÍEZ-PICAZO (que con tal expresión sí que apunta, por otro lado, hacia su naturaleza actual) ni lo que se afirma en otra interminable retahíla de posiciones jurisprudenciales, que vienen a decir lo mismo con distintas palabras)<sup>19</sup>.

La *affectio societatis* es lo que también ha sido denominado en alguna ocasión como *animus contraendae societatis*, esto es, un fenómeno de carácter actual y colectivo, muy lejos de las intenciones o, incluso, del espíritu de fraternidad que en ocasiones se le apunta. El ánimo es lo que mueve el acto, no al actor. Los sentimientos son importantes para constituir y mantener una sociedad. Los sentimentalismos, no necesariamente.

### La *tentio* o tenencia

La *tentio* es un término que proviene del latín *tenere* y, a su vez, del PIE (-*ten*\*: estirar, controlar) y da lugar a numerosas palabras como atención, contención, detención, tenencia, contienda, hipotenusa (lo que se extiende por debajo de los dos catetos), etc. Y es la actuación de control sobre una cosa.

Si utilizásemos la Filosofía para distinguir dos períodos o etapas en la evolución de las personas y el Derecho veríamos una primera en la que las personas están en una isla con la cosa y se limitan a entrar en contacto (*cum-tangere*) con ella. Cuando acercan el tacto están en contacto con ella y, cuando no lo hacen, no se produce absolutamente nada.

Posteriormente, las personas convergen en un mismo «continente» lo que hace necesario, ante los conflictos que se plantean, reconocer un área de control sobre la cosa para que sea respetada. La actuación tendente a mantener esa labor de control, pasó a denominarse *tentio* porque los humanos, al igual que los animales, estiraban su cuello para ejercer esa labor de control.

La *tentio* no precisa de contacto, pero está basada en el contacto, pues es potencia de contacto, razón por la que, como veremos, no cabe la tenencia de un valor inmaterial.

Esta tenencia —que como ya dije, solo se produce en el continente (pues en la isla solo hay contacto)— tiene lugar siempre con un determinado *animus*, el cual será *possidendi\** en el *non dominus* y *proficiendi* en el verdadero dueño. El término posesión (terminado en -sión, pues lo normal es que termine en -ción pero varía también a -sión e incluso a -xión), como si fuera indicativo de actuación, es propio del Derecho romano tardío. Porque tal fenómeno (*possidendi*) no es una actuación, sino un *animus* que acompaña, en gerundio, a la misma (la *tentio* y su *animus possidendi*).

La actuación no es, por lo tanto, la falsa posesión, sino la tención (actuación de la tenencia) y su *animus* es *possidendi* (del latín *po-sedere*, en el que *po-* deriva del griego *απω-* / *apo-* que significa separadamente, no escondidamente y *sedere* en referencia a sentarse para esperar a que se produzca... la usucapión o captura por el uso). Al ser una invención la posesión, otro tanto de lo mismo ocurre con su agente, el poseedor, que debe ser sustituido por: el tenedor.

La «posesión», por lo tanto, ni es un *corpus* conjuntamente con un *animus*, como decía SAVIGNY (porque el *corpus* es la *tentio* o tenencia), ni menos aún solo un *corpus* como defendía IHERING, sino solo un *animus*, que acompaña a la actuación o *corpus* de la *tentio* o tenencia. Cada uno de ellos existe por separado y ninguno de ellos se espiritualiza o materializa.

Aunque la historia, por lo tanto, demuestra la antigüedad de esta confusión, lo cierto es que el dueño no posee, solo tiene y, solo en el caso de que sea un no dueño, su acción va dirigida a obtener ese dominio a través de la usucapión, sentándose imaginariamente sobre la cosa, para que pueda pasar el tiempo. De todas estas cuestiones, en cualquier caso, voy a dar cumplida cuenta en un artículo que va a publicar la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario en breve, titulada «La posesión: Análisis crítico de una falsa institución».

b) *Provinientes de un acto anterior*

Ya hemos visto las figuras afines con las que se distingue una causa y que se desarrollan en el seno de un mismo acto. Pasemos a ver las que tienen su origen en un acto anterior a aquel en que se forma la causa.

B.1. Sensuales

• *El motivo:* Tampoco la causa tiene nada que ver con lo que mueve al actor hacia la actuación. Eso lo hace el motivo (del latín *motus* y del sufijo -ivo que indica función) que, si es a priorístico para todas las personas, se denomina móvil. También ostentan tal categoría la necesidad, el deseo, el desapego, etc.

No así la venganza, que es una proposición posterior, razón por la que no en vano, se dice de ella «que se sirve mejor en plato frío»).



Mencionan realmente el motivo y no la causa los siguientes artículos:

- Donación por méritos del donatario: artículo 619 del Código Civil.
- Institución de heredero o nombramiento de legatario con expresión de motivo erróneo: artículo 767 del Código Civil.
- Desheredación por maltrato: artículo 853.2 del Código Civil.
- Incapacitación por enfermedades y deficiencias persistentes: artículo 200 del Código Civil.
- Donación *propter nuptias* 1336: También las nupcias hacen las veces de motivo por cuanto, aunque las donaciones así llamadas se hacen «antes de celebrarse», lo determinante no es la fecha de su celebración sino la previsión de su celebración anterior al acto de donar y que ese acto sirve de motivación para hacer la disposición. Al no ser las *nuptias* el *animus donandi* objetivo de la donación, sino su mera motivación, la no celebración de las mismas no dará lugar a la ineffectuación de la disposición.

## B.2. Actuales

Las fuentes de las acciones debidas:

La causa tampoco es la fuente de las acciones debidas. Es inveterada la clasificación que hace el Legislador de las fuentes en el artículo 1089. Esta clasificación no puede resultar, a mi juicio, más carente de ciencia y, sobre todo, más inútil. Puesto que las fuentes son siempre y en último término las acciones, sin necesidad de hacer distinción alguna ni tener que acudir, como hizo Gayo en su momento<sup>20</sup>, a su clásica coletilla de cierre *ex variis causarum figuris*.

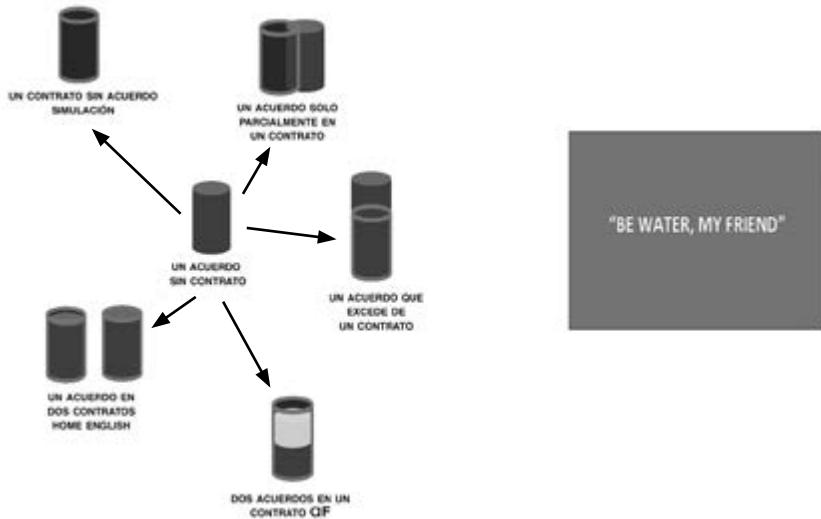
a) La Ley, por el contrario, no es una fuente de una acción legal debida sino aquel presupuesto que permite hablar del mismo, precisamente, como deber legal. Es un presupuesto de la deuda y de la verdadera prestación en el mundo del puesto o tesis. Y, como vamos a ver de inmediato, regula los principios básicos de esta.

Si la Ley fuera una fuente distinta de las otras mencionadas en dicho precepto, parece lógico que concluyese que el resto son fuentes de acciones al margen de la Ley lo que resulta una reducción *ad absurdum*.

b) Dejando al margen la omnipresente Ley, el resto son al fin y al cabo acciones. Así lo son (\*) los acuerdos: que son acciones de consenso (\*) los quasi-acuerdos: que son acciones puramente voluntarias<sup>21</sup> (\*) y lo mismo las acciones ilícitas de cualquier tipo.

## El acuerdo / contrato

La causa tampoco sería lo que conecta a dos simples contratos —término este de «contrato» que, como postulo en mi Tratado, con una trascendencia enorme— no son más que meros formatos de acuerdos con las combinaciones que pueden observarse en la siguiente gráfica:



Un acuerdo no tiene causa, sino que entre el propio acuerdo (acción voluntaria y consensuada) y su efecto, se ubica la causa.

Si lo que se observa entre dos contratos/formatos es una aparente conexión, la misma no merece el nombre de causa, sino de: ¡¡acuerdo!! que, al ser inmaterial puede adoptar cualquier forma, incluso dividiéndose en dos.

Cuando un grupo considerable de personas, como ocurrió con los afectados por la quiebra de la empresa *Opening* (red de academias de inglés) acudieron a los tribunales, todos los perjudicados adujeron «casualmente» lo mismo, argumentando que el *modus operandi* había sido siempre el siguiente:

Todos los clientes manifestaron haber dado en su momento su sentimiento a un *acuerdo* atípico y conjunto de «enseñanza financiada». No a un *contrato* de enseñanza y a un *contrato* de financiación distinto, sino al acuerdo conjunto.

Posteriormente, todos los alumnos fueron requeridos para formalizar dos contratos o formatos separados con la academia de inglés y con la entidad financiera, la última de las cuales se cuidó muy mucho de hacer constar que

desconocía para qué daba el dinero y que, obviamente, se lo daba al alumno para que hiciese con él lo que el mismo dispusiese.

El resto de la historia es conocida por todos: la academia quiebra y la financiera reclama la devolución del dinero prestado. Lo cierto es que el problema tuvo una solución razonable en los tribunales (no sabemos si por el número de afectados o por lo justo de sus pretensiones). Sin embargo, consideramos que el resultado, desde el punto de vista técnico-jurídico, no ha sido en absoluto correcto. Así, algunas sentencias del Tribunal Supremo<sup>22</sup>, terminaron dando la razón a este colectivo exclusivamente por su condición de consumidores y usuarios (figura a mi juicio huérfana del más mínimo sentido pues convierte al Legislador en protector de sus «ovejas» con un doble rasero, en vez de eliminar los excesos de los «lobos»), o por ser un crédito al consumo (más de lo mismo) o por la existencia de lo que indistintamente denomina un vínculo o ¡una causa!

Dejando aparte el vínculo (que a mi juicio no es un instrumento de unión sino de fuerza *ex 1098 v.gr.* cuando se habla de «resolución vinculante»), lo que es evidente y así se deduce de todo lo expuesto hasta ahora, es que la única relación que existe entre esos dos contratos es: el propio acuerdo.

Nada tiene que ver, además, la condición o no de usuario para que un acuerdo deba seguir prevaleciendo sobre dos contratos (meros instrumentos de plasmación) que fraccionan un solo sentir o *sensum real*.

### Los instrumentos abstractos

Son instrumentos abstractos aquellos que no traen (abs-traen) el acto precedente (ni la causa ni subyacente), ya sea un arrendamiento, una venta o un préstamo, pero no porque no existan (si no habría una situación patrimonial injusta) sino porque se hace innecesaria su mención.

a) **TÍTULOS VALOR:** En contra de la posición defendida por la Sala Primera (en pleno) del Tribunal Supremo en sentencia de 18 de enero de 2011, considero que el título valor ya adquiere independencia del acto precedente desde el momento de su emisión, sin necesidad de su circulación, momento a partir del cual ya adquiere plena independencia de las excepciones no solo derivados del acto anterior debido sino del resto de las oponibles por el deudor por razón del resto de actos existentes entre las partes (*v.gr* compensación).

Se trataría, por tanto, de un camino de la independencia no *per saltum* sino progresiva. Huelga decir que la independencia, realmente, nunca puede ser completa, toda vez que será vulnerable a otros motivos de ineficacia (fundamentalmente, la falta de capacidad del emisor y a la *exceptio doli*). Una cosa

es que Ley Cambiaria y del Cheque permita e incluso potencie la cesión crédito y otra que no pueda entonces oponerse su independencia del acto precedente desde el principio de la emisión. ¿Para qué nace si no, el instrumento, máxime cuando la vía de repetición queda siempre expedita si se ha producido algún tipo de incumplimiento?

La abstracción genera —por equivalencia— un efecto similar —no idéntico— que el que provocaría la acción no traída (algo así como un «ab»efecto) y, finalmente, un abs-tracto. Lo que ocurre es que, como es un efecto equivalente, puede y debe producirse antes (sin ninguna excepción proveniente del acto y salvo que provenga del propio abstracto), pero sin perjuicio de que el definitivo derivado del acto impere después.

b) **AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO:** Entiendo con DÍEZ-PICAZO<sup>23</sup>. —y en contra del criterio defendido por el Tribunal Supremo<sup>24</sup>— que dicho aval no puede configurarse como una garantía independiente de la prestación (y ello tanto en fase extrajudicial como judicial) sino solo independiente de sus excepciones. Lo contrario conduciría a considerar el aval, no como una garantía y sí como un medio instrumental de *solutio* de una prestación.

En el supuesto de la sentencia abajo referenciada, además, el incumplimiento alegado por el vendedor (al que le quedaba una parte del precio aplazado por abonar) era la existencia de una posible venta de cosa ajena (un supuesto del artículo 6.3 y no un mera *exceptio non adimpleti*), por lo que debería haberse podido aplicar además el artículo 1502 del Código Civil.

#### Reconocimiento de deuda

*Concepto:* Es una declaración de sentimiento del deudor por la que declara la existencia de una deuda en su contra. No tiene tal condición el reconocimiento de una promesa de afianzamiento (en contra la SAP Teruel de 21 de diciembre de 2010).

*Naturaleza:* Es instrumental de una deuda, no la deuda en sí misma. En contra SAP Pontevedra de 22 de marzo de 2007 y Madrid de 29 de octubre de 2010. No nova la prestación previa (en contra SAP Gerona de 15 de octubre de 2010, SAP Valencia de 11 de junio de 2008), razón por la que no se ejecuta el reconocimiento, sino la prestación inicialmente debida (en contra SAP Valencia de 5 de diciembre de 2007). No es una presunción de deuda sino un instrumento de deuda (parecido al 1462 del Código Civil) y el prestatario/deudor debe probar su inexistencia o menor cuantía (a favor SAP Barcelona de 18 de marzo de 2002), no porque sea irracional reconocer una cantidad superior a la real (en contra SAP Córdoba de 25 de mayo de 2010).

*Carácteres:* Es libre (SAP Tenerife de 19 de enero de 2010), consciente (en contra SAP Cantabria de 7 de octubre de 2009) y requiere de la misma

capacidad que la de generar la deuda (SAP Valencia de 22 de mayo de 2009). No excluye el error (aunque lo dificulta) SAP Madrid de 31 de mayo de 2010 y Asturias de 12 de diciembre de 2008.

Puede fijarla o determinarla (si es la prestación) STS de 6 de marzo de 2009 o SAP Tarragona de 26 de junio de 2008 o simplemente reconocer la existencia de la acción (encargo), dejando la determinación de la prestación para después (1598). No tiene por lo tanto por qué fijar un medio de *solutio* (en contra SAP Toledo de 8 de julio de 2009 y SAP Castellón de 15 de mayo de 2009).

## II. LA SITUACIÓN PATRIMONIAL JUSTA

Una situación es justa cuando (1) deriva de un acto justo y (2) no está pendiente de la realización de un acto justo.

### A) LA QUE SE DERIVA DE UN ACTO JUSTO

Como hemos podido ver, la justificación de un efecto encuentra su explicación en una acción con la que se relaciona causalmente. Alguien tiene un dinero porque ha dado un bien a cambio o viceversa. Es por lo tanto la existencia o no de dicha acción, y no la mera causa relacional, lo que justifica o hace justa dicha situación.

Desecho, por lo tanto, la clásica expresión de enriquecimiento sin causa o la de enriquecimiento injusto. La primera (causa) porque, como hemos visto, no depende de ella y la primera (el enriquecimiento), porque no es cierto que sea necesaria su existencia. Será lo normal, por supuesto, pero en modo alguno tiene por qué producirse necesariamente, bastando que se produzca una utilidad (arts. 1163 y 1304 del Código Civil) para que la misma quede justificada. Puede igualmente haber un empobrecimiento y ser igual de injusto para el ordenamiento.

Hablo también de situación y no de otros términos porque la situación puede producirse en cualquier momento o estadio, lo mismo si es dinámico que estático. Y puede producirse no solo originariamente sino de forma sobrevenida (la mal llamada desaparición sobrevenida de la causa).

La situación patrimonial injusta es la creada por una acción ilícita, ya sea ilegal [(1305) penal (apropiación indebida) o civil (venta de bien ajeno)] o inmoral (1306), falsa (1276) o provisional con deber de repetición (1717/1725, 1838) o con potestad para reclamar el reembolso (1728, 1779).

Esta es la solución que establece habitualmente el Código Civil a lo largo de todo el articulado. Véanse, en este sentido, los artículos 10.9, 153, 487, 1063,

1145.II, 1158, 1067, 1304, 1352, 1358, 1359, 1401, 1518, 1535, 1573, 1698, 1717, 1728, 17651.779, 1838, 1893, 1897, 1904, 1909.

En ocasiones, sin embargo, esta situación, pese a ser inicialmente injusta, puede legitimarse posteriormente por ley. En este sentido, merece especial interés el análisis —desde la óptica de la situación patrimonial legítima— la figura del préstamo usurario. Y ello de cara a poner en entredicho una afirmación que lleva mucho tiempo dándose por supuesta. Concretamente, la que recoge el artículo 3 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, cuando establece el deber del deudor de devolver el capital al usurero.

Pues bien, entendemos que tal deber es contrario, además de a la moral (lo que es bueno según el Derecho natural), a los más elementales principios generales de nuestro ordenamiento jurídico por las siguientes razones:

Como punto de partida, lo único que quiere el Estado es que todo aquel que cometa un delito o una inmoralidad no se beneficie, para mayor escarnio, del instrumento (elemento), prestación o beneficios del mismo; y es por eso que, si los dos lo han cometido (o el elemento en sí mismo es delictivo), lo decomisa.

Pero por el contrario si solo lo ha cometido alguno de ellos, lo que considera oportuno es legitimar al perjudicado para beneficiarse con ese capital prestado, lo que hace que, aunque podríamos hablar de enriquecimiento económico, no podríamos decir que es injusto.

Y ello porque el Estado carece —a diferencia de los supuestos de doble conducta ilícita— de razón legal alguna para poder quedárselo (*v.gr* no hay utilidad pública como en la expropiación).

Por supuesto también, le interesa defender tal solución para producir un efecto disuasorio. Se trata, como hemos visto, de un acto de reconocimiento de la legitimidad de un enriquecimiento que, en condiciones normales sería injusto pero que, por condiciones anormales, pasa a ser justo.

En este sentido, el total de las sumas a retener por el mutuario no podrá exceder, como dicen dichos artículos del Código Civil, del capital prestado más el precio total, por lo que servirán de cantidad a cuenta o de límite legal de percepción de daños y perjuicios, salvo los mal llamados daños morales (en realidad daños psíquicos o a la psiqué o alma, tal y como la entendía Aristóteles).

También por ese motivo, el fiador debe quedar liberado de su deber, a tenor del artículo 1824 del Código Civil.

La necesidad de una acción justificadora es propia no solo de la adquisición patrimonial, de su transmisión y su pérdida, sino de su mantenimiento.

Por tanto, el comiso (decomiso cuando se acuerda como medida cautelar) no es:

- Ni una confiscación (temporal).
- Ni una expropiación (utilidad pública).

- Ni una pena o accesoria de la misma (pues se deriva exclusivamente de la pérdida de la causa de mantenimiento de un bien en el patrimonio de una persona).
- Ni una responsabilidad patrimonial civil (aunque puede darse como cantidad a cuenta).

La falta de legitimidad de la situación puede derivarse no solo de la falta de acción, sino de una acción errónea (1756 y 1901) o de la pendencia de un deber de reintegro (devolución, reembolso o *actio in rem verso*, resarcimiento o restitución).

Por último, señalar que también son posibles situaciones parcialmente legítimas (cosa, no frutos o intereses) 1304, 1765 y 1897.

El Tribunal Supremo en sentencia de 23 de julio de 2010 se pronunció sobre esta figura, aunque en la sentencia expuesta a pie de página, entendió que una gestión de negocios ajenos sin mandato puede justificarla —lo cual puede ser correcto— pero, en modo alguno, puede defenderse su carácter subsidiario, lo cual carece, a mi juicio, de base legal alguna.

Es evidente que, una vez aclarada la causa, el desmontaje de un enriquecimiento «sin causa» era, a todas luces, automático.

#### B) LA QUE NO ESTÁ PENDIENTE DE UN ACTO JUSTO

Esta situación justa (a diferencia de la equitativa, que es relativa porque da una solución provisional entre dos o más alternativas) es la que se produce cuando ya no se está pendiente de:

- REEMBOLSO (GASTO): véanse los artículos 1717 *in fine*, 1722, 1729, 1779, 1838.

Mención aparte merecen las costas procesales<sup>25</sup>

- REPETICIÓN: Véanse los artículos 1121, 1401, 1904, 34 LH 1909, LCCH frente al incumplidor.

- RESTITUCIÓN (PATRIMONIO) que pasa a denominarse reintegro cuando la misma es «integra». La misma da lugar a:

- a) Devolución: en el supuesto del artículo 1303.
- b) O a resarcimiento: en supuestos como los de los artículos 1101, 1902, o cuando se tiene que indemnizar a un asegurado tras un siniestro, lo que no constituye prestación contraria de la prima (cobertura) sino acción debida nacida *ex lege* para evitar la situación patrimonial en la que se encontraría el asegurador si, tras recibir la prima, no sufriera la correspondiente pérdida patrimonial con la indemnización.

### III. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, La causa, *RDP*, 1.958, 315.
- AMORÓS GUARDIOLA, Comentario a los artículos 1274 a 1277, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, 478.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Universidad de Sevilla, 1999.
- ATARD, La causa ilícita, *RCDI*, 1957, 352.
- CÁMARA, Meditaciones sobre la causa, *RCDI*, 1.978, 637.
- CASTRO Y BRAVO, El negocio jurídico, Madrid, 1967.
- DELGADO ECHEVARRÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII-2, Madrid, 1981.
- Comentario a los artículos 1305 y 1306, *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, 274.
- DE LOS MOZOS, La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción de su concepto, *RDN*, 1961, 274.
- Negocio abstracto y reconocimiento de deuda, *ADC*, 1966, 369.
- Causa y tipo en la teoría del negocio jurídico, *RDP*, 1970, 739.
- La renovación del concepto de causa del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giurídico moderno*, 7, 1978, 421.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Introducción Teoría del Contrato, Civitas 1996, 217.
- El concepto de causa en el negocio jurídico, *ADC*, 1963, 3.
- El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1980.
- GARCÍA MONGE, Contratos con causa ilícita, *RDP*, 1964, 856.
- GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1976.
- GETE-ALONSO, *Reconocimiento de deuda: aproximación a su configuración negocial*, Madrid, 1989.
- HECK, El negocio jurídico real abstracto, *RCDI*, 1965, 1443.
- JORDANO, Causa, motivo y fin del negocio (STS 30-VI-48, *ADC*, 1949, 749).
- LACRUZ, La causa en los contratos de garantía, *RCDI*, 1981, 709.
- NUÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Causa ilícita y fraude de acreedores (STS 26-IV-62), *ADC*, 1962, 1086.
- ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, La causa en el negocio jurídico, en *Estudios de Derecho Privado*, I, Barcelona, 1948, 49.
- SANCHO REBULLIDA, Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil, *RGLJ*, 1971, 663.
- TRAVIESAS, La causa de los negocios jurídicos, *RGLJ*, 1919, 28.
- VERDERA, Algunos aspectos de la simulación, *ADC*, 1950, 22.
- ZUMALACÁRREGUI, *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*, Madrid, 1977.

## NOTAS

<sup>1</sup> *Cessante causa cessat effectus* (Azón, *Brocardica*, rúbrica 32, fol. 88): Si cesa la causa, cesa el efecto. 1309.

*Cessante statu primitivo cessat derivatus* (Broom, *Legal Maxims*, 495): Una vez suspendido el estado primitivo queda suspendido el derivado. Viuda que contrae nuevas nupcias pierde la legítima, la pensión compensatoria y la pensión de viudedad, 945, 959 y sigs.

*Causa cause est etiam causa causati* (Decio, *Commentaria*). La causa de la causa es también la causa del causado. STS de 19 de julio de 1996, *RJ* 5803.

*In iure no remota causa sed proxima spectatur* (Bacon, *Maxims*, reg. 1; y Broom, *Legal Maxims*, 216): En Derecho, se atiende a la causa próxima, no la remota.

<sup>2</sup> En Roma se utiliza la palabra causa, como veremos, con enorme falta de tecnicidad, lo mismo para referirse a las fuentes de las acciones debidas (*ex variis causarum figuris*) que la naturaleza de una institución (*causa perpetua servitutis*) que una coacción (*quod metus causa gestum erit*) o a un *anima* (*dare ob causam*).

<sup>3</sup> ALBALADEJO, M. La Causa, *RDP*, 1958, 315.

<sup>4</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 8.<sup>a</sup> Edición. Editorial: TECNOS. Madrid, 1975. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, 215 a 244.

<sup>5</sup> HUME, D. *Investigación sobre el entendimiento humano*, 1970, 93. Razón por la que apunta hacia una suma ininterrumpida de actuaciones.

<sup>6</sup> Lícito, del verbo *licere* (permitir) es el género y comprende dos términos que deben concurrir simultáneamente, esto es la legalidad y moralidad del acto. Buena prueba de ello es la disyuntiva “o” utilizada en el artículo 1275. La moral es una figura jurídica (no simplemente religiosa), que va mucho más allá de una simple costumbre (*vid.* su superioridad jerárquica en el art. 1.3) y con evidente trascendencia en el mundo del Derecho.

<sup>7</sup> Se habla de presuposición y no de presunción, como dice el artículo 1277, pues no se basa en ningún indicio, sino que es un presupuesto base de la ante-hipótesis.

<sup>8</sup> Sobre este tipo de prestaciones y la deriva, a mi juicio, irracional que está marcando el Tribunal Supremo a la hora de aplicar la denominada cláusula *rebus sic stantibus me pronunciaré próximamente*.

<sup>9</sup> Sinaligmático, por lo tanto, no es lo mismo que recíproco pues el primer término nace en Grecia, en que la idea de la reciprocidad no había todavía dado a luz. Por su parte, la palabra cambio viene del latín *cambium* y, a su vez, del PIE \*skamb-: curva, en cuanto que supone un cambio de dirección, razón por la que la palabra gamba también tiene esa misma raíz etimológica.

<sup>10</sup> Consentimiento habrá siempre y cuando haya potencialidad para ello (*vgr.* no la tendrán los ya fallecidos o los que se encuentren en cualquier grado o estado de inconsciencia).

El consentimiento, sin embargo, será eficaz en función de cada acto a realizar y de la capacidad que en cada caso exija el ordenamiento jurídico en función de los diferentes grados de discernimiento por los que atraviesa el hombre.

a) Ya en la actuación, ese sentimiento se transforma en manifestación de sentimiento (voluntad) y si cruza y con-cuerda (*cum-cordis*) con otra se convierte en manifestación de consentimiento.

<sup>11</sup> La fe en el cumplimiento: La indemnización prevista en el artículo 1101 no se aplica sin más, sino que tiene en nuestro sistema unos criterios de graduación. Y este criterio de graduación se fija en función de la fe del incumplidor hacia lo pactado en el acuerdo en los términos previstos en el artículo 1107 del Código Civil. Ya advierto, porque esta cuestión también tiene una importante trascendencia, que este es el único precepto que regula realmente lo que debe denominarse buena fe, en sentido propio, en nuestro ordenamiento.

Se trata de una fe actual y no sensual. Sino no tendría sentido que el artículo 1107 pre-citado estableciese un castigo para la buena fe menor que la mala fe —pero castigo al fin y al cabo— para el caso del incumplimiento. Y ello es porque, en realidad, la buena fe no se predica del agente sino de su acción.

La fe no se produce en la fase de la sensación o formación del *sensum* o senso y, por lo tanto, no es ni un conocimiento de un hecho ni una intención de resultado. Si hay incumplimiento (pues si hay cumplimiento no se plantean problemas de «fe») la acción es de mala fe si la disolución sorprende al incumplidor con un grado muy bajo de cumplimiento y de buena fe si, incumpliendo igualmente, sin embargo, se ha acercado objetivamente al grado de cumplimiento pactado.

El término «fe» procede del PIE \**dheidh-* y significa ajuste, coincidencia. Nada mejor para apreciar su verdadero sentido que la conocida locución *nihil prius fide* por virtud de la cual el notario da fe de la coincidencia entre lo apreciado por él y lo consignado en el documento público.

En materia de religión la confusión también se produce entre los términos creencia y fe. Creencia, del PIE \**kerd-* corazón, significa que la persona quiere que algo exista, con independencia de si lo piensa o no. Por eso, incongruentemente, también se habla de la fe como una de las tres virtudes teologales que, en definitiva, son instrumentos de ajuste del creyente para seguir los mandatos —normalmente escritos— que establece su religión.

Desde muy antiguo, la fe objetiva fue confundida con diversos conceptos sensuales aunque tampoco han faltado orientaciones claramente objetivas. Esa tendencia hacia la sensualidad se deriva del antropocentrismo y se manifiesta por la constante tendencia del ser humano a asociar los adjetivos que se dicen de su actuación con los adjetivos que se puedan hacer, independientemente, a él mismo como autor de esa actuación. Cuando el archiconocido personaje Forrest Gump en la película del mismo nombre dirigida por Robert Zemeckis dice aquello de que: «Tonto es el que dice tonterías», nos da una pista para entender esta idea. Una persona puede hacer una tontería y no ser, por ello, tonto. Si hace muchas, a lo mejor empieza a merecer la persona el calificativo.

CHICO Y ORTIZ recoge con bastante claridad las dos concepciones actualmente imperantes sobre la buena fe: 1) las llamadas teorías «subjetivas» que entienden que la buena fe tiene como base un simple error valorado jurídicamente a favor del sujeto o una creencia errónea inexcusable (WAECHTERC y PERNICE), o un estado ético conforma a la tesis de MENGONI o 2) y las teorías «normativas» en las que el concepto de buena fe brota del general deber de no dañar conscientemente a otros. Tampoco faltan las «pluralistas» que consideran que en determinados momentos se basan en un hecho intelecto y en otras en un elemento volitivo.

Otros autores como DÍEZ-PICAZO prefieren llamar a las posiciones anteriormente citadas como «concepción sociológica» y «concepción ética». La primera se basa en la ignorancia del carácter ilícito de un acto o de su contravención con el ordenamiento jurídico. La segunda, que considera más exigente, es aquella por virtud del cual el sujeto opera en virtud de un error cometido conforma a una diligencia socialmente exigida».

No termino de coincidir con ninguna de ellas. La ciencia no termina de encontrar tales huecos intermedios, las cosas, a mi juicio, son «subjetivas» u «objetivas» (en realidad sensuales o actuales), ni mixtas, ni híbridas ni «pluralistas».

El Tribunal Supremo inició un buen camino cuando en STS de 21 de octubre de 1988 la definió como un «comportamiento honrado y justo». Al hablar de comportamiento la objetivaba, sin embargo, en infinidad de ocasiones termina finalmente por subjetivar el concepto. La buena fe ha sido siempre, con las excepciones del derecho tardío y medieval, absolutamente objetiva. Es por esa razón por la que, como veremos, la usucapión romana no exigía inicialmente buena fe ni tampoco se planteaba la cuestión de que la «buena fe» sobreviniese o no.

Visto, pues, lo anterior, es evidente que un comportamiento contrario a la buena fe y, por lo tanto, un comportamiento de mala fe, va a tener el mismo carácter objetivo, razón por la que nada tiene que ver una mala fe con una intención dolosa. En derecho civil no hay dolo (solo engaño *ex 1269* que no es una intención, sino un instrumento inductor de un vicio del *sensum* y, en definitiva, una co-acción).

<sup>12</sup> Término que viene del gótico *ganān*, que significa codiciar y que dio lugar a palabras como ganado —que en origen, significaba también ganancia—).

<sup>13</sup> Lucro: del latín *lucrum* y este, a su vez, de la raíz indo-europea \**lau-* (logro) del que salen también otras palabras como galardón o, en germánico *lauman*.

<sup>14</sup> Equivalencia jurídica se produce cuando dos seres, sin confundir en ningún momento sus seres, comparten total o parcialmente sus valores frente a otros seres ajenos a la misma. B, sin ser A, comparte el valor de la misma frente a C, pero nunca frente a A.

<sup>15</sup> Véase en este sentido la posición defendida por los profesores ALBALADEJO y DÍEZ-PICAZO, a la hora de calificar la naturaleza jurídica de la *traditio* realizada por los usuarios a Canal +, en garantía de la devolución incólume de los sintonizadores digitales como una simple «tradición» con carácter traslativo para que el arrendador hiciera con dichas cantidades lo que estimase conveniente. Por el contrario, consideramos que su naturaleza es la de un depósito más.

Por eso, no pueden ser objeto de disposición. Vergonzosamente se vino a imponer tiempo después por vía legal la prohibición de disposición, exigiendo el ingreso en una cuenta aparte o en la misma del arrendador, pero eso no es lo realmente importante. Si se contraviene ese *animus* y se dispone de las cantidades depositadas dicha contravención puede ser perfectamente constitutiva de un delito de apropiación indebida.

Porque esos depósitos se hacen para no ser tocados (no para maquillar contabilidades y balances, y después, para desaparecer en un concurso de acreedores). Son cantidades depositadas para ese acuerdo, sirven a ese acuerdo y se retienen o devuelven en función de ese acuerdo. Por eso, nos resulta extraño que se procesara al Magistrado J. GÓMEZ DE LIAÑO por prevaricación con base en el mal entendimiento de una disquisición civil (ánimo) tan simple como esta, que los tribunales penales no podían olvidar, habida cuenta del mandato legal del artículo 4.3 del Código Civil.

<sup>16</sup> Utilizo el término precio, por cuanto el interés nunca fue más allá de lo que tenían en común (*inter esse*) todas las partes concernidas por un acuerdo de modo y manera que los que quedaban dentro eran interesados y los que quedaban fuera eran desinteresados. Por esta razón postulo la imposibilidad ontológica de un conflicto de intereses y su sustitución por la expresión conflicto de intenciones (que sí que es individual y distinta en cada uno de los partícipes).

<sup>17</sup> Sentencia núm. 1004 del TS, Sala Primera, de lo Civil, 13 de noviembre de 1992, que habla de una voluntad de unión. Lo que entiendo correcto en cuanto que es objetivo pero incorrecto en cuanto que voluntad y *animus* no es exactamente lo mismo.

<sup>18</sup> Sentencia TS 114/2012, Sala Primera, de 22 de febrero, que se remite a la sentencia de 25 de octubre de 1999 o a las de 29 de abril de 2005 («...comunidad de contribución...»), 14 de julio de 2006 («...voluntad de crear la sociedad...»), 29 de noviembre de 2007 («...acuerdos sociales son consecuencia y cumplimiento del contrato de sociedad...»)

<sup>19</sup> GAYO, en *Res cottidiana sive aurea*, recogida en el Digesto 44. 7. 1. Pr: «*Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*».

<sup>20</sup> *Etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere licet* (Gayo D. 46.3.53) Es lícito mejorar la condición de una persona sin su conocimiento y contra su voluntad.

<sup>21</sup> STS de 19 de febrero de 2010 (JUR 2010, 66582) o de 25 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 145).

<sup>22</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Civitas, Vol. II, 464 y 465: «En nuestra opinión, no puede hablarse de un verdadero carácter abstracto del aval a primera demanda. La causa de garantía aflora inexcusablemente en la valencia de la prestación del aval y el carácter indebido que puede tener el pago, si la obligación garantizada no existía. Por consiguiente, más que de un carácter abstracto del negocio de constitución de la garantía, de lo que se trata es de un sistema de garantía en el que no pueden oponerse al acreedor las excepciones derivadas de su relación con el deudor. Se trata, por consiguiente, de una garantía sin excepciones posibles del fiador.

<sup>23</sup> STS 3157/2014, 17 de julio de 2014, remitiéndose a una anterior sentencia de 17 de febrero de 2000 señala que: «La obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo

cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriadad».

<sup>24</sup> No son daño sino reembolso porque son un gasto para recuperar un daño, no un daño en sí mismo en cuanto que no es el resultado de una actuación. Debe aplicarse el IVA al abogado propio y al abogado contrario si es persona física. Como no es daño no es susceptible de ejecución provisional. Las de segunda instancia deberían, a mi juicio, imponerse también pues lo contrario vulnera el principio de la *restitutio in integrum*.

Son de concesión legal (1256), es decir, deben imponerse aunque lo pidan las dos partes (salvo transacción) y ya no las pedirán las partes. En allanamiento del artículo 395 LEC ocurre igual. El pacto de renuncia anticipada es ineficaz porque, aunque las costas son reembolso y no daño, el juez debe condenar en todo caso y si el perjudicado quiere desdecirse de dicha renuncia podrá hacerlo.

*(Trabajo recibido el 31-5-2018 y aceptado para su publicación el 17-7-2018)*