

Tratamiento conjunto del
enriquecimiento y del empobrecimiento
injusto para objetivar soluciones
de equidad. Un estudio en torno
a la causa negocial

*Ensembled approach to both unfaier
enrichment and impoverishment in
order to objectify solutions for equity.
A study about the business causa*

por

FRANCISCO DE LA TORRE OLID
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Católica de Murcia

RESUMEN: Existe la necesidad de impulsar la preservación de la capacidad económica de la persona para que, desde la suficiencia patrimonial o la solvencia, sea posible afrontar el tráfico económico con mayor garantía de integridad ya que la realidad muestra un mercado muy convulso con graves desequilibrios que van desde el posible enriquecimiento (al amparo de una globalización que abre horizontes para superar la crisis centrada en la zona euro o en la frontera nacional), hasta el grave peligro de ruina (por razones tales como el problema del desempleo o del estallido de la burbuja inmobiliaria y la consiguiente caída

del crédito). Comprender que al Derecho no le agrada esa alta oscilación especulativa pasa por recorrer distintas soluciones positivas que apuestan, desde el referente de la causa negocial, por la estabilidad patrimonial y por enumerar principios informadores para legitimar esos preceptos y argumentos jurídicos. Con esa necesaria visión conjunta del rechazo tanto al empobrecimiento como al enriquecimiento injusto, se podrán normalizar e incluso objetivar fallos y preceptos que sirvan a ese reequilibrio, estabilidad y compensación. Resulta para todo ello aconsejable revitalizar el papel, significación y relevancia de la causa negocial con el fin de homologar en Derecho la atribución patrimonial, censurando cuando se desnaturaliza bien sea por excesos o por defectos. En suma, se trata de ir a la justicia del contrato y a la razón en Derecho, más objetiva y causal, de todo desplazamiento patrimonial dependiente de la autonomía de la voluntad.

ABSTRACT: The need of promoting the preservation of the economic capacity of the individual is set out so, parting from the solvency and the self-guaranteed liquidity, the economic traffic can be faced with a greater guarantee of the personal integrity provided that reality shows a market in the very middle of an upheaval with severe instabilities –from the possible enrichment (which takes place in the shelter of a globalization that opens horizons in order to overcome the crisis, being it focused in the euro zone or within national borders); to the grave risk of bankruptcy (due to reasons such as the unemployment issue, the crash of the real estate bubble or the fall of credit). In order to understand that Law is not comfortable with this high speculative oscillation we must go through the different positive solutions which implies, in the Business' field, a patrimonial stability, listing the informing principles with the aim of legitimising those Law precepts and arguments; and, from that needed point of view which rejects both unjust enrichment and impoverishment, also both mistakes and precepts that will help recover the balance, stability and compensation will be able to be normalised and even objectified. Because all of these reasons, it comes advisable revitalising the role, significance and relevance of the Business cause so the patrimonial attribution can be recognised in Law censoring whenever it becomes denatured for excess or for default. Going to the contract's justice and to the Law's reason in every patrimony movement dependent of the will's autonomy.

PALABRAS CLAVE: Empobrecimiento. Enriquecimiento injusto. Causa negocial. Integridad patrimonial. Nulidad. Anulabilidad.

KEY WORDS: *Impoverishment. Unjust enrichment. Business cause. Patrimony integrity. Nullity. Voidability.*

SUMARIO: I. APUNTES PRELIMINARES.—II. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y EL ENTORNO SOCIOECONÓMICO DONDE SE PROCLAMA Y EXPONE LA INTEGRIDAD PATRIMONIAL.—III. LA PROSCRIPCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO Y DEL EMPOBRECIMIENTO SIN CAUSA EN EL CÓDIGO PARA UNA VISIÓN INTEGRADA PARA NORMALIZAR Y UN TRATAMIENTO CONJUNTO INSPIRADOR DE SOLUCIONES A OBJETIVAR.—IV. PARTICULAR REFERENCIA AL ARTÍCULO 1901 DEL CÓDIGO CIVIL COMO REGLA GENERAL A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN DE LA CAUSA Y LA PROSCRIPCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.—V. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. APUNTES PRELIMINARES

La actualidad sugiere afirmar el compromiso social con la equidistribución de la riqueza así como la necesidad de impulsar la preservación de la capacidad económica de la persona para que, desde la suficiencia patrimonial, pueda afrontarse el tráfico económico con mayor garantía de integridad y solvencia. Y es que la realidad española muestra un mercado muy convulso donde se producen graves desequilibrios que van desde el posible enriquecimiento (cuando se recurre, por ejemplo, al comercio de escala al amparo de una globalización que abre oportunidades de superación de la crisis económica nacional y europea concurriendo en otros mercados internacionales más prósperos), hasta el grave peligro de ruina (por razones tales como una situación de desempleo prolongado o las derivaciones provocadas por el estallido de la burbuja inmobiliaria y la caída vertiginosa del crédito bancario —empezando por el préstamo hipotecario—), con consecuencias traumáticas sobre todo para las economías domésticas que han visto devaluados los únicos activos con los que contaban (las viviendas), obstaculizándose así su acceso al mercado financiero para obtener recursos con los que sanear su delicada situación patrimonial. Un delicado panorama de los hogares de nuestro país del que da cuenta el hecho de que se asista a veces a situaciones un tanto inéditas, casi históricas, de renuncia a herencias por motivo del endeudamiento grave del fallecido¹.

Es entendible que, además de la necesaria reacción frente a la injusticia material que representa un alto grado de empobrecimiento (legitimando la necesidad de debatir a favor de una renta básica) y también un excesivo enriquecimiento (hasta el punto de endurecer la progresividad en la tributación y exigir mayor transparencia y evitación de amnistías fiscales), al Derecho no le agrade esa alta oscilación especulativa, motivo por el cual resulta oportuno invocar distintas soluciones positivas que apuesten por la estabilidad patrimonial. Por tanto, habrá que reconocer que cuando la ordenación pasa por una reserva de ley será a la norma a la que le corresponda ofrecer una medida justa, guardando el referente

social en el que se inspira nuestro Ordenamiento Jurídico. De igual modo, habrá que asumir que el margen necesario que se ha de preservar a favor de la autonomía privada tenga que sujetarse a la justa causa o a que la voluntad negocial se homologue en Derecho conforme a lo que a este le da razón e informa.

La Constitución misma proscribe la especulación o el enriquecimiento que no tenga base en la asunción de riesgos desde la inversión en un tráfico lícito que pretenda obtener una productividad. Esta Ley primera ordena además sujetar toda riqueza al interés general (*ex art. 129 CE*), solucionando el problema de la titularidad de los bienes de rendimiento económico con un sistema de derechos reales que respeta la propiedad, siempre que cumpla el presupuesto de una función social (*ex art. 33 CE*). Según las reglas del libre mercado, no cabe negocio lucrativo que no descance en la causa u homologación por el Derecho de la contratación realizada y que la atribución patrimonial se sustente en la liberalidad o en la remuneración. Por tal razón, es inadmisible una donación basada en la pura liberalidad sin que exista una verdadera gratuitad (algo difícil de reconocer, por ejemplo, cuando se espera el retorno de la dádiva realizada a favor de un cargo público en forma de beneficio para el donante, por lo que, en la dificultad de justificar un *animus donandi*, se acercará tal atribución al cohecho —propio o impropio—), como tampoco cabe hablar de justicia del contrato si existe desequilibrio grave que evidencie una carencia de causa.

Desde esos preceptos y argumentos jurídicos, y con esa necesaria visión conjunta de rechazo tanto al empobrecimiento como al enriquecimiento injusto, se podrán normalizar e incluso objetivar fallos judiciales que consigan ese reequilibrio, estabilidad y compensación deseados. Por todo ello, es aconsejable invocar la prohibición del enriquecimiento sin causa formulada en el artículo 1901 del Código Civil, como también, en este escenario de protesta por los excesos en la comercialización masiva de productos bancarios complejos, se debe determinar si el negocio jurídico decae por vicio del consentimiento² (sea el padecimiento del error o el de sufrir un engaño —principal argumento de defensa planteado en el comercio de las denominadas «preferentes»—), que sería un supuesto de anulabilidad, o si ha de decaer ese negocio según fórmulas más objetivas de nulidad radical por falta de causa, como es el caso de las «cláusulas suelo» (en tanto la falta de control de las estipulaciones abusivas que provoque un enriquecimiento injusto legitimará la impugnación por falta de causa). Cláusulas suelo cuya alta litigiosidad es abordada y explicada por RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, aunque este autor centra su reflexión principalmente en la falta de transparencia (RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, 2015, 1)³. La falta de control de condiciones abusivas que provoca un enriquecimiento injusto será el segundo argumento de defensa que toca hacer valer con mayor énfasis, sobre todo cuando se posee una información previa, por exigencia normativa⁴ y desde el mismo momento prenegocial, por lo que es más difícil, según reglas y protocolos de transparencia, esgrimir el argumento del vicio del consentimiento.

Sin embargo, en ciertos supuestos falta con frecuencia el equilibrio contractual. En tales casos, para reaccionar frente a la injusticia objetiva que plantea esa contratación, el argumento de defensa basado en la causa facilitaría la persecución judicial mediante el ejercicio de acciones colectivas y la búsqueda de la reposición íntegra al estado anterior a la apariencia de contrato, aprovechando también la generosidad de la imprescriptibilidad.

Y es que, junto a las aludidas y cuestionadas «cláusulas suelo», ciertos supuestos de atribución patrimonial habituales en nuestros días están pendientes de homologarse o de ser aceptados en justicia. Tal es el caso de las donaciones a personalidades políticas (cuestión distinta de la liberalidad hecha a favor de una institución con ánimo claro de obtener una ventaja fiscal) o del cobro de comisiones por parte de las entidades financieras (operaciones en las que, aunque no se ignora la realidad de la atribución ni existe vicio en el consentimiento, sí es preciso fundar su validez jurídica en la causa⁵, interpretando bien la norma⁶ y ponderando en equidad). También conviene acudir al referente de la causa para informar la validez de aquella relación laboral encubierta donde se abusa del vínculo de confianza personal, explicando con ella si existe una verdadera prestación de servicios (por ejemplo, en el caso de la «pasantía» del abogado⁷), y este mismo referente de la causa resolverá el supuesto de la donación encubierta que pueda existir en la transacción aparentemente onerosa pero concluida a muy bajo coste⁸.

Por demás, el tema de la causa explica algunas soluciones jurídicas acuñadas por nuestro Ordenamiento como es la de favorecer a quien ocupa una posición de parte débil contratante y es protegido, para reequilibrar la igualdad, por el derecho de desistimiento unilateral⁹ o la de afirmar, para quien soporta una mayor onerosidad, el *ius retentionis* (en efecto, al regular el mandato se reconoce a favor del mandatario el poder de retener en prenda las cosas que son objeto del mandato —artículo 1730 del Código Civil—, a diferencia de lo establecido para el comodato donde se dispone que el comodatario no puede retener la cosa prestada —artículo 1747 del Código Civil—, según se abundará en expositivos siguientes y que, en este contrato en particular, por razón de haber disfrutado el comodatario del bien ajeno, ya se comprueba, desde la perspectiva de la causa negocial, que sería abusivo que retuviese en espera de una liquidación).

También es determinante el referente de la causa para diferenciar cuándo el negocio nació nulo (caso de una «letra de peloteo» o carente de causa subyacente por falta de existencia de una transacción real) o cuándo devino ineficaz por frustración de la causa. Ciertamente, la causa no solo ha de estar presente en el momento inicial de la formación del contrato sino que ha de acompañarle igualmente durante su ejecución, de manera que la ausencia sobrevenida de causa permite al contratante afectado solicitar la modificación del contrato o incluso su resolución y, por ello, se podrá entender la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*. De igual modo, en un caso más particular y abstraído de toda altera-

ción extraordinaria de las circunstancias, es posible apostar por la declaración de nulidad radical, en lugar de buscar en la revisión del contrato el grado de incumplimiento, cuando la falta de cumplimiento es de tal envergadura que hace decaer el negocio hasta el punto de difuminar su existencia en Derecho —por ejemplo, si en una compraventa, en lugar de atender el comprador el pago de un millón de euros, se abonan tan solo mil euros.

En estos apuntes preliminares hay que insistir en determinadas cuestiones de debate en torno a la causa. Primeramente, al debatir si la causa lo es de cada obligación en particular o del contrato en su totalidad¹⁰, es posible concluir que lo es la de la relación obligatoria y así se puede abarcar la ineficacia del contrato en conjunto o aceptar la solución de tener una cláusula por no puesta. Bajo el argumento de la causa se puede optar incluso por mantener una equidad y no librarse de toda onerosidad que se sumerge en un mercado por definición gravoso, a pesar de declarar la nulidad de la cláusula particular. En tal caso es más justo aplicar, en lugar de la nulidad radical de la cláusula que se califique como abusiva, el mecanismo de la integración con objeto de sustituir el contenido injusto por otro más justo en lugar de por nada. Con ello se dulcifica la desproporción existente sin desequilibrar una relación onerosa (en este sentido, por ejemplo, conviene evitar aplicar un interés del 30% rebajándolo al interés legal del dinero, antes que tachar la disposición de recargo de interés¹¹). No parece justo, no al menos en todos los casos, que un prestatario se libere de todo recargo de intereses en su demora porque se viera expuesto y justamente exonerado de soportar unos intereses moratorios abusivos. Siendo lógico que no resulte gratuito el negocio que se sujeta a una causa onerosa y que, en el referido supuesto, ha permitido disfrutar recursos ajenos del prestamista que producen intereses —y que por ello se definen, incluso, legalmente como «interés legal del dinero»— por lo que, en general, será lógico que el prestatario abone unos intereses fijados en sustitución de lo dispuesto en la cláusula de tal cómputo que se ha tenido por no puesta.

En segundo lugar, y a propósito de la relevancia de la causa para marcar la naturaleza de la relación jurídica, se debe diferenciar el vínculo personal del vínculo patrimonial, entendiendo que en aquel presidirá una consideración abstracta de la relevancia económica. Es el caso del negocio matrimonial en el que, ya en el debate de su celebración, se podrá impugnar el matrimonio contraído a cambio de dinero con el fin de obtener la nacionalidad, siendo considerado en fraude de ley (invocando el artículo 6.4 del Código Civil) y nulo de pleno Derecho. De igual modo, si durante el desenvolvimiento del matrimonio se produce una crisis o ruptura, su régimen ordenador estará sujeto a la búsqueda de la evitación del desequilibrio económico entre las partes y al intento de preservar un círculo parental, mediante el establecimiento del derecho de compañía, custodia o visitas a los hijos, sin que la capacidad económica determine ni influya en la solución jurídica que finalmente se adopte. Bajo esa premisa,

la atribución de la «patria potestad doméstica» se fija a favor del padre que posea mejor perfil para el cuidado de los hijos, atendiendo el interés supremo de estos, y no respecto del progenitor que tenga mayor capacidad económica para dispensar a los hijos mejores atenciones.

En tercer lugar, conviene traer a colación que, aunque antes del texto codificado se mantuvo la cláusula *rebus sic stantibus* y el recurso al enriquecimiento injusto frente a la injusticia del contrato, la codificación apostó luego por el *pacta sunt servanda* de forma rígida y muy excluyente; por lo que, en efecto, el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus* se fijó como algo excepcional. Dicho lo cual, hay que recordar que el deber de cumplir lo prometido o de ser fiel a lo dicho y estar a lo convenido no es absoluto (DE CASTRO, 1985, 314-315)¹² en tanto siempre cabe someter tal imperativo a que el estado de las cosas no haya cambiado (esencialmente) y que, aunque el movimiento codificador abandonó tal cláusula (incluso con argumentos de seguridad jurídica y de Derecho Natural —en tanto la cláusula es odiosa porque tiende a anular la promesa—), tras la crisis que siguió a la Primera Guerra Mundial se prefirió volver a ella como correctivo de equidad. De igual modo, es legítima toda invocación que se precise en tiempos de crisis o de cambios sustanciales, precisamente como argumento de justicia para ofrecer una solución de equidad.

En cuarto lugar, constatando la fuerza que ha tomado actualmente la contratación *on line*, de la mano de esta emergente praxis, y a propósito de la causa, es posible comprobar que en contratos de naturaleza onerosa se introduce el alea a costa de la comutatividad (o que las prestaciones estén determinadas y sean ciertas). De esta manera, se asiste a una nueva realidad jurídica al permitir que se conviertan en gratuitos ciertos contratos onerosos (algo más radical que aquella compraventa de esperanza, que se recuerda como antecedente y en la que el comprador asumía los riesgos de que la cosa pudiera no existir ya que compraba su expectativa o la esperanza; lo que es diferente de comprar a un precio que puede ser estimado tan considerablemente bajo que aboque a concluir que se ha modificado la causa), consecuencia de poder fluctuar la negociación e inclinarse a una bajada —incluso extraordinaria— de precios (redefiniendo relaciones particulares, aunque no el giro o tráfico empresarial que, en sus cuentas de resultados, arrojan saldos propios de la preservación de la contraprestación justa). Todo lo cual permite debatir, en función de cómo se concreten las contraprestaciones, si existe frustración de la causa y, por ende, el contrato pierde su carácter oneroso, resultando nulo como tal y admitiendo, en su caso, la conversión a contrato gratuito. De igual modo, en este escenario virtual con apariencia frecuente de gratuitad, la contraprestación puede llegar por distintos cauces permitiendo comprender, según la significación necesaria por razón de la causa, que hay una compensación con cargo a los presupuestos generales del Estado —caso de la copia privada— o que la utilización gratuita de las redes sociales se compensa con la cesión gratuita de datos personales¹³.

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y EL ENTORNO SOCIOECONÓMICO DONDE SE PROCLAMA Y EXPONE LA INTEGRIDAD PATRIMONIAL

La legitimidad de un eventual enriquecimiento se explica en un escenario de libre mercado proclamado, precisamente, por la Constitución Española —su artículo 38 se pronuncia a favor de esa economía de mercado— si bien, suavizando situaciones excesivamente liberales, se condiciona la acumulación de riqueza a que su producción y apropiación sirvan al referente social (*cfr.* arts. 33 y 128 CE). De igual modo, procurando su corrección en Derecho, se explica y asume el posible supuesto de ruina o pérdida de fortuna ya que el Ordenamiento contempla numerosas situaciones para solucionar los eventuales estados de necesidad padecidos por las personas físicas y las empresas regulando figuras como la del cierre patronal, el despido por causas económicas, la cobertura por desempleo, la legitimidad para instar el concurso de acreedores o acordar la quita y espera, la tributación de la pérdida patrimonial, la renta de subsistencia o el subsidio a parados de larga duración¹⁴.

Todo ello debido a que la variabilidad de la capacidad económica de la persona, el riesgo del mercado y la generación de plusvalías se corresponden con la contratación y la confianza en el libre pacto o en la sola autonomía de la voluntad (como no puede ser de otra manera si se quiere abanderar la confianza en el consentimiento individual y la libertad personal) ya que en nuestro sistema no se impone un precio a las cosas¹⁵, por lo que, con base en razones de oportunidad, conveniencia, afección, etc., es posible obtener un lucro en el sobreprecio y cabe negociar, según la clase de causa, desde la mera liberalidad a la justa contraprestación pasando por la remuneración. En todo caso, se invita a la prudencia en el endeudamiento¹⁶, limitándose la autonomía de voluntad o evitando que si se pagó por error se recupere lo no debido salvo que se alegue justa causa (como es el caso del servicio prestado aunque no debido o los intereses abonados aunque no pactados). La autonomía privada preside nuestro sistema legal: la fuerza del consentimiento unilateral o bilateral para realizar una atribución patrimonial desde la sola voluntad (razonada) del disponente a la (justa) contraprestación entre las partes.

Bajo este planteamiento, tan solo es necesario observar la razón de la comutatividad (referente informador de la idea de justicia que descansa en la importancia de la causa), siendo la equidistribución un elemento inspirador que suaviza el rigor de la norma o los posibles desequilibrios graves que puedan surgir. Por tanto, la justicia distributiva se corresponde (desde aquella consideración aristotélica favorable a la idea de compartir cargas y bienes entre los miembros de un sistema político) con el Estado Social, concebido este como aquel que proporciona un salario indirecto o aquellos servicios sociales tendentes a la cobertura de las necesidades de las personas, con ciertas concreciones de la

justicia distributiva sobre la preferente *justicia comutativa* —a propósito de la causa y para entender que un intercambio de bienes y servicios puede producirse en un escenario de riesgo y liberal siempre que se compense socializando las situaciones de pobreza—¹⁷. En suma, existe un margen y se articulan unos medios para evitar que las causas de oscilación producidas en la esfera patrimonial de la persona que en Derecho son posibles se materialicen de manera drástica.

Justamente, es la propia Constitución la que prohíbe expresamente la especulación¹⁸ o que el enriquecimiento se detraiga de un mercado confiado a lo que resulte de la sola tensión de capitales sin una correspondencia con la inversión y producción de empleo y bienes, por lo que, como expresión de este criterio, se rechaza la especulación —art. 47 CE—. Así, en el Ordenamiento jurídico español, el problema político de la titularidad de los medios de producción y de los bienes de valor y rendimiento económico se resuelve con un sistema de derechos reales que está presidido por la proclamación de la propiedad privada (redefinida esta con una función social necesaria —art. 33 CE—), que se completa con la subordinación de toda riqueza al interés general (art. 128 CE), y con la configuración de España como un Estado social que posee, en virtud de ese apelativo, legitimidad para intervenir en la ordenación económica mediante el instrumento del plan y la asunción de la iniciativa y titularidad de la explotación necesaria para garantizar unos servicios y evitar desequilibrios del mercado (art. 129 CE).

El escenario que la normativa ha de plantear debe ser proclive a la realización de «negocios» en todo orden y a la conformación de situaciones de relevancia jurídica, máxime en un contexto de crisis como el actual. Pero sobre todo, porque no sería conveniente otra cosa si se quiere alcanzar una buena salud de la sociedad civil y favorecer a su vez la libertad, confiando en la iniciativa privada que se sumerge en un tráfico jurídico ordenado por la autonomía privada (de ahí la particular preocupación del legislador de nuestros días por incentivar el emprendimiento). Lo contrario sería un exceso de reglamentación y una falta de protagonismo de la sociedad civil. Por ello, se proclama el margen necesario de libre contratación y se impulsa tanto la facultad de establecimiento y ordenación de situaciones jurídicas como la pacificación del conflicto surgido en su desenvolvimiento. Motivo este último que explica el impulso dado últimamente en nuestro país a la mediación como mecanismo de solución extrajudicial de conflictos (adaptando la normativa interna española a la Directiva 52/2008 mediante la promulgación de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y su reglamento de desarrollo). Se trata de un instrumento negocial, el de la mediación, que favorece la equidad (paradójicamente más justa cuando, por medio de su recurso, se consigue la integración antes que la nulidad de todo) y permite alcanzar un mayor grado de dulcificación de las controversias frente a la rigidez de la norma.

El marco constitucional, además de proclamar principios como el de economía de mercado (o libre iniciativa privada desde la garantía de la titularidad

individual y colectiva de los bienes de rendimiento económico) y de preservación del referente social (a fin de evitar la existencia de monopolios y permitir la participación de la colectividad en las plusvalías de modo que la explotación de aquel rendimiento sirva al interés general), establece también, según se ha apuntado, el principio de justicia commutativa, en coherencia con aquel escenario liberal, aunque con un extremo necesario de equidistribución (conforme se expresa en artículos como el 40 CE: o, según se tenor, la promoción exigida de las condiciones favorables para una distribución de la renta regional y personal más equitativa). Ese cuadro de principios se completa con el principio de integridad patrimonial y, por supuesto, con el principio de legalidad, tratando de evitar con ambos la despatrimonialización de la persona y garantizando que la ganancia y pérdida patrimonial se produzcan conforme a Derecho. Además, se puede referir otro principio de reciente consolidación como es el principio de prudencia financiera¹⁹, según el cual, antes que caer en un endeudamiento ruinoso, se ha de evitar la aventura económica para que toda alteración de circunstancias no se explique en base a la doctrina del *rebus sic stantibus*.

Estos fundamentos o principios informadores se concretan en distintos preceptos que, entre otras cuestiones, condicionan la expropiación al pago del *justo precio* (art. 33, 3 CE), equilibran la contribución al sostenimiento del gasto público según el principio de capacidad económica (art. 31 CE) y, mediante un sistema tributario progresivo, garantizan el derecho a trabajar a cambio de una remuneración suficiente para cubrir las necesidades propias y familiares (art. 35 CE) —añadiendo a ello de nuevo el referente social en los términos del artículo 41 CE que proclama la asistencia a todo ciudadano en situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo—.

No existe un Derecho justo sin esa garantía de la integridad patrimonial. En efecto, este es el argumento que sustenta todas las normas de calado social que se elaboran en épocas de crisis económica para reequilibrar situaciones de quebranto económico sobrevenido. No existe Derecho sin esa atención a la capacidad económica, ya que es moral y jurídicamente deseable, según ordena la Constitución y recuerda el más alto representante de la Iglesia Católica.

Como tampoco es posible en un sistema legalista y positivista la existencia de un Derecho sin la eficacia de la norma que rija para todos, tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos (art. 9 CE). Es decir, un Derecho al que le agrada que se hagan negocios (en sentido coloquial) siempre que la aventura económica de la empresa quede sujeta a la ley y que, en el libre desenvolvimiento de la actividad económica, la iniciativa privada responda a una voluntad negocial que se deberá proyectar en un objeto de tráfico lícito y se deberá basar en una causa también lícita. Para mayor seguridad jurídica de las operaciones se dota a ese tráfico de refuerzos, tales como la confianza del Derecho en el compromiso obligacional que se adquiere por libre voluntad, explicándose así el principio de responsabilidad patrimonial universal (aunque

esta regla no excluya y se compadezca cada vez más de situaciones de limitación de la responsabilidad, ya sea por expresa disposición normativa —más excepcional respecto de la regla general—, ya sea por interpretación de equidad cuando, sobre todo según informa el referente de la causa, haya que dulcificar esa gravosidad.

El consentimiento, el objeto y la causa quedan acotados como requisitos esenciales del negocio jurídico y se enuncian de modo taxativo (excluyendo el requisito de la forma) en los artículos 1261, 1258, 1278 del Código Civil, evidenciándose así la exaltación del consentimiento y el respeto al compromiso con la persona que efectúa el Código Civil (elevando a precepto nuclear el principio de autonomía privada asentado en el artículo 1255 y proyectando tal regla a motor del Ordenamiento Jurídico). Bien es cierto que actualmente en la contratación en masa se difumina la relevancia de la voluntad, lo que permite hablar de la revitalización de la forma²⁰ y justifica que el presente estudio pretenda contribuir a reflexionar sobre el papel del requisito de la causa en el negocio jurídico, incluso a resaltar su protagonismo para evitar que por la mera formalidad parezca realmente querida la obligación. Es decir que, por ejemplo, cumplimentando impresos tipo de consentimiento informado o portando prospectos de información tecnificada parezca bien extraído el consentimiento del paciente o usuario; o que engrosado el expediente de estudio de un préstamo con los test del perfil del inversor, no quede bien identificado ni este perfil ni la voluntad negocial del cliente. Y es que lo fundamental en este momento del debate sobre algunos productos bancarios no es tanto saber si el prestatario conocía las condiciones financieras sino tener seguridad de que las conocía en toda su relevancia, pudiendo asumir todas sus consecuencias. En cualquier caso, en el supuesto de que quedase probado un desequilibrio económico sería conveniente desplegar una tutela mediante el control e ineficacia de condiciones abusivas²¹. A estos efectos, interesa recordar lo que se entiende por «cláusula abusiva» (art. 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y en el art. 82 aptds. 1.^º y 3.^º TRLCU), disponiéndose en el artículo 3.1 que «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

Para no caer en la mera apariencia de buen Derecho (*fumus boni iuris*), para que una aceptación aparente del contrato sirva como elemento definitivo para entender asumido su contenido (por vía de consentimiento informado y no viciado) y para que tampoco la realidad contractual conformada se entienda incuestionable si provoca el indeseable desequilibrio, es preciso insistir en el papel que posee el elemento de la causa y entender que la voluntad para comprometerse y obligarse en Derecho se legitime (dentro del marco de respeto a la regla general de libre negociación, libertad de la persona y libre mercado) y se objetive (por ejemplo,

según un referente general, cumpliendo una función social y sirviendo al interés general —arts. 33 y 129 CE—, y según un referente más particular, constatando la razón en Derecho de la atribución patrimonial producida).

Sin embargo, al mencionar el compromiso social afirmado desde la misma configuración del Estado y al justificar toda titularidad patrimonial real, han de evitarse los excesos populistas sobreprotectores (como son aquellos en los que se fundan las plataformas que ejercen su presión antidesahucios) o cualquier otro abanderamiento a ultranza del referente social (como el que esgrime el colectivo de afectados por las hipotecas), ya que unos y otros convierten en derechos lo que son principios con una mera dimensión programática o informadora (principios rectores que se proclaman en el texto constitucional —arts. 39 y sigs. CE—, bajo esa denominación y relativos a ese ámbito de la vivienda—art. 47 CE—).

Desde luego, no es un buen escenario de giro o tráfico negocial aquel contexto convulso en el que se producen enriquecimientos o empobrecimientos sin causa. Lógicamente, así debe ser en las relaciones patrimoniales o de contenido económico inmediato, aunque también en las relaciones personales. Por esta razón, el Derecho articula medidas para procurar la evitación de pérdidas patrimoniales o enriquecimientos injustificados. Un claro ejemplo de esos mecanismos jurídicos se encuentra en lo que establece el Código Civil para la evitación de desequilibrios cuando se produce la ruptura matrimonial, incluso en aquellos casos en los que falta el derecho subjetivo, como es el supuesto relativo a la mera expectativa de matrimonio. Así el caso, cuando se regulan los esponsales, con ocasión de la ruptura de la promesa de matrimonio, se obliga al que rompe dicha promesa a reparar el gasto provocado —arts. 42 y 43 del Código Civil—. Esta es una manifestación, por tanto, de lo afirmado reiteradamente en el presente estudio: la evitación del empobrecimiento injusto. Según esta argumentación puede merecer tutela jurídica no solo el quebranto de un derecho subjetivo sino también la frustración de una expectativa de derecho²², pudiendo hablar de causa prenegocial relevante jurídicamente para entender aplicable esa solución de equidad.

Es cierto que la realidad socioeconómica muestra una brecha social alarmante, sobre todo tras una crisis económica fuerte y alargada en el tiempo que ha provocado el aumento de las bolsas de pobreza y, lo que es peor, ha llevado a hablar, no sin cierta alarma, de pobreza entre personas empleadas, debido a la escasez y precariedad de las rentas salariales (realidad lamentable que, por demás, incumple el art. 35 CE), o entre la población infantil (incumpliéndose, entonces, el artículo 39 CE y la proclamación del interés más digno de tutela) —según datos elaborados por UNICEF²³, INTERMON OXFAM o extraídos del Dossier del Estado de la pobreza en España en 2009 a 2013, encargado por la Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social.

De igual modo, también al amparo de una globalización, se habla de un aumento exponencial de cifras de negocio y resultados de explotación entre

intermediarios financieros y otros colectivos de empresarios que aumentan sus beneficios operando en mercados o sectores de producción considerados poco transparentes por ofertar un tipo de contratación «necesaria». Se trata de la contratación del suministro de energía eléctrica, gas, telefonía, comunicaciones, etc. en la que el contrato de adhesión difumina la libertad de contratación e incluso cuestiona la causa por la falta de igualdad y de contraprestación. Aunque, en puridad, se podría debatir si lo que existe es falta de transparencia o de conocimiento completo cuando se obliga al consumidor a perfeccionar un contrato a pesar de saberse gravoso debido a la necesidad imperiosa de acceder a ciertos servicios que se encuentran *cuasi* monopolizados.

Cabe advertir que la realidad actual analizada en el presente trabajo muestra la existencia de movimientos ciudadanos que tal vez puedan ser considerados alegales en tanto que, bajo el prisma del derecho de asociación, de expresión o de manifestación, su legitimidad se concreta en la configuración de meros movimientos de presión. Presión que se utiliza para servir de altavoz y visualizar la protesta de plataformas como Stop Desahucios que reivindican la dación en pago forzosa. Sin embargo, como se sabe, esta solución desnaturaliza la hipoteca y quiebra el principio de responsabilidad patrimonial universal por lo que, salvo que se pacte, al amparo de lo dispuesto en el artículo 140 LH, la limitación de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, se tendrá que estar a lo dispuesto en el artículo 105 LH; y ello sin perjuicio de que se dispongan legalmente una serie de supuestos en los que sí pueda entenderse a posteriori esa consideración del *aliud pro aliud* y que, con la subrogación real, quepa extinguir la deuda. Precisamente, a propósito de la causa, en la generalización de casos de ejecución hipotecaria y en evitación del enriquecimiento injusto debe tenerse presente lo dispuesto en la STS, 1.^a, del 13 de enero del 2015²⁴, que considera que cuando el acreedor ejecutante se adjudica la vivienda y luego la revende obteniendo una plusvalía se puede entender enriquecimiento sin causa.

También en nuestros días se padece, lamentablemente, una generalización de pagos o cobros indebidos recibidos por personalidades políticas²⁵ que se encuentran con causas judiciales abiertas por aceptar comisiones ilegales u obsequios que no obedecen a la pura gratuidad sino más bien al intercambio de favores políticos (es el caso de «los ERE's de Andalucía», de «la alcaldía de Alicante», de «la trama Gürtel», de «los papeles de Bárcenas» o de «la Operación Púnica»). Por desgracia, existe un alarmante número de escándalos de enriquecimiento de cargos públicos que se encuentran aún en vías de investigación²⁶ para intentar averiguar si se produjo el cobro de comisiones ilegales²⁷. En el esclarecimiento de algunos de estos supuestos se ha tenido que llegar a realizar un complejo análisis técnico-jurídico para depurar la causa del negocio (caso de las conocidas donaciones de un vehículo Jaguar o de unos chaquéns a personalidades políticas de primera línea). Al margen de que existan escándalos de esta índole que provocan

primeras páginas en los medios de comunicación por su carácter caricaturesco, otros supuestos como el de la cesión de las denominadas «tarjetas Black» a altos cargos de Bankia merecen un mayor debate jurídico en torno a la causa negocial para determinar si en su utilización se estaba ante una retribución o ante un mero regalo. Incluso ciertos casos recientes han provocado una profusa actividad legislativa respecto del ejercicio de cargos públicos con el fin de fijar cuando existe verdadero *animus donandi*. En tales circunstancias, respondiendo al llamamiento a la honestidad del cargo público y repudiando todo abuso en el ejercicio de una tarea política obcecada por el enriquecimiento, se han dictado normas sobre transparencia de la información pública y buen gobierno²⁸.

Precisamente la Monarquía española, consciente del papel ejemplar que le corresponde, ha hecho un esfuerzo de transparencia limitando sus partidas presupuestarias y distinguiendo lo que es posible recibir en calidad de obsequio, porque es cuestión de protocolo o de pura liberalidad, de lo que debe rechazarse de plano, por ser excesivo o indebido bajo toda causa. Confiado en la solución normativa es posible evitar también mayor debate en los escenarios públicos en los que la voluntad negocial está limitada y se puede prescindir de esa labor de averiguar la causa si la propia norma es prohibitiva de la liberalidad o la acepta con exención tributaria.

En suma, en ese ámbito público, la atribución patrimonial escaparía a la libre negociación para descansar fundamentalmente en la fuente legal, lo que excusa un debate sobre la causa negocial para apostar por localizar la norma de cobertura. Ese sería el caso, por ejemplo, de la hipoteca legal²⁹, en la que puede exigirse su inscripción en cuanto nacida al amparo de la ley, frente a la hipoteca voluntaria, en la que la causa del negocio jurídico puede hacer decaer la ejecución por razón de lo estipulado abusivamente en el mismo.

A propósito de esta cuestión, aunque sin entrar a mayor abundamiento, conviene aclarar algunos supuestos más particulares, como es la atribución patrimonial percibida con ocasión de recibir una subvención pública que no provocará enriquecimiento en tanto se limite al objeto de servicio social prefijado en la norma que la establece, aunque si puede haberlo si se produce una separación respecto de la norma en algún extremo como el relativo al titular —persona que resulte destinataria—. Por tanto, existen ciertas posibilidades extraordinarias de atribución patrimonial en el caso, por ejemplo, de la persona jurídica pública que por vía de subvención recibe unos fondos con cargo a partidas de presupuestos generales; como también se puede citar en el mismo sentido el caso de donaciones a favor de partidos políticos³⁰.

Un caso diferente al anteriormente expuesto es el de las donaciones incentivadas por los propios poderes públicos como manera de apoyar causas de interés general. En esas medidas políticas el *animus* se fundamenta en la obtención de un incentivo fiscal por parte del donante, además de sustentarse en una mayor o menor identificación con la causa concreta de la institución o fundación a la

que se pretende ayudar. La bondad de estos supuestos legitima su expansión y demanda una ley del mecenazgo más ambiciosa, tal como ha venido anunciando el Gobierno para atender la insistente demanda de distintas instancias³¹.

Por el contrario, es criticable que el Estado no estimule el enriquecimiento lícito y calculado desde la atribución patrimonial mediante el establecimiento de donaciones desgravables o de afecciones de patrimonio a favor de entidades fundacionales que le otorguen finalidad de interés o utilidad pública. Es igualmente censurable que el Estado sea causante de empobrecimientos por quiebra de la seguridad jurídica cuando, actuando contra el principio de legalidad, confianza legítima y garantía de estabilidad, dicta, por ejemplo, una norma mediante la que realiza una oferta no especulativa de incentivos a la inversión en un determinado objeto social y luego la anula. Se trata de lo sucedido con la derogación de la legislación de primas por inversiones en energías alternativas, y algo parecido acontece con la incoherencia política de posibilitar un mercado como el de la industria tabaquera para luego desincentivar el consumo de tabaco.

III. LA PROSCRIPCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO Y DEL EMPOBRECIAMIENTO SIN CAUSA EN EL CÓDIGO: UNA VISIÓN INTEGRADA PARA NORMALIZAR Y UN TRATAMIENTO CONJUNTO INSPIRADOR DE SOLUCIONES A OBJETIVAR

Tradicionalmente, recogiendo doctrina asentada por O'CALLAGHAN MUÑOZ³², el enriquecimiento injusto ha sido proscrito en el Código Civil, como ya desde antes se recogía en dos textos del Digesto y en las Partidas (VII, 34,17), manteniendo el concepto que ha llegado hasta nuestros días según el cual «ninguno non debe eriqueser tortizamente con daño de otro», elevándose por la Jurisprudencia a principio general del Derecho.

De esta manera y de forma específica, se reconoce como fuente de obligaciones la modalidad del *cuasi* contrato, que exige la devolución del cobro de lo indebido. De igual modo, en base a ese argumento de justicia, se completa el régimen de los *cuasi* contratos con ocasión de regular la gestión de negocios ajenos sin mandato ya que, según doctrina del propio Tribunal Supremo (VÁZQUEZ IRUZUBIETA, 1988, 2751³³), la evitación del enriquecimiento injusto es la razón que informa el articulado de los *cuasi* contratos, asumiendo que su manifestación es diversa en tanto la obligación jurídica puede provenir de la voluntad negocial o del imperativo legal.

Por demás, se pueden seguir analizando otros preceptos recogidos en el Código Civil que, además de ir contra el enriquecimiento sin causa, fundamentan en Derecho la evitación del empobrecimiento injusto. Sin que esta contraposición sea una sola y simple forma de ver el lado activo o pasivo de una misma relación jurídica (aunque, en efecto, ordinariamente así acontezca³⁴) ya que se

puede hablar de una y otra posibilidad aunque entre el empobrecimiento y el enriquecimiento exista un correlativo directo. Para ejemplificar tal argumento bastaría con invocar el supuesto del acuerdo entre varias empresas para fijar un precio bajo de un servicio o producto determinado de manera que, aunque el consumidor se beneficia por la fuerza de ese abaratamiento, supone también el enriquecimiento de quienes copan y se aseguran el dominio de un mercado, contraviniendo con ello la normativa sobre competencia.

El Ordenamiento jurídico cuenta con un cuadro de soluciones particulares de Derecho positivo que afrontan el enriquecimiento injusto, tal como se examinará más adelante. Junto a ese cuadro de soluciones se encuentran también preceptos generales como pueden ser la proclamación misma de la responsabilidad civil que se dicta con la pretensión del reequilibrio completo de la reparación integral, de la evitación del lucro cesante y del daño emergente (*ex arts. 1101 y sigs., y 1902 del Código Civil*). Precisamente, situados en esta teoría general de la responsabilidad civil, se contempla como elemento informador de la solución de justicia la proscripción del enriquecimiento y la evitación del empobrecimiento sin causa, bien cuando se sigue la línea de *cuasi* objetivación de la culpa, donde tiene cabida y se hace valer el lucro perseguido por la empresa (según razona la jurisprudencia dictada con ocasión de ventilar asuntos relativos a accidentes deportivos), bien cuando se mide la prevalencia de un derecho de la personalidad sobre otro para decidir cual es más digno de tutela o cómo y por cuánto reparar el derecho quebrantado (caso frecuente de tensión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión). Preceptos estos que se pueden relacionar en tanto sirven a escenarios o situaciones jurídicas dispares y explican unos principios generales, siendo a la vez expresión de unos valores y referentes éticos y morales. Como ejemplo de esta afirmación pueden invocarse distintas figuras e instituciones iuscivilistas: la donación, la prodigalidad, la ausencia... En ellas se va desde la regla que prohíbe donar todo el patrimonio personal (art. 634 del Código Civil), mandando guardar lo necesario para vivir, hasta la solución de nombrar administrador del patrimonio del ausente (art. 181 del Código Civil), evitando el abandono y quiebra de los negocios del mismo, pasando por la medida que declara la incapacidad del que dilapida y malgasta de forma desordenada y arbitraria (art. 286 del Código Civil), impidiendo la ruina de esa persona y, por ende, de los dependientes de esa economía o patrimonio personal, o acabando por admitir la excusa del vendedor para no entregar la cosa si tiene la certeza del impago del comprador (art. 1467 del Código Civil).

En esta misma línea y argumento de evitación de la ruina o quebranto económico, es posible localizar y explicar soluciones legales recogidas en nuestro Código: la de evitar el empobrecimiento y el enriquecimiento en el cargo tutelar (y, por extensión, en el ejercicio de la guarda legal —arts. 220 y 221 del Código Civil—); la de considerarla extinción del contrato de arrendamiento por

pérdida gravosa de esa cesión de uso y goce pacífico que caracteriza de modo definitivo su derecho (al amparo del art. 1558 del Código Civil); la nulidad de la transacción o renuncia a la legítima imponiendo que el que reclame deberá traer a colación lo recibido por aquella renuncia (art. 816 del Código Civil).

Además se pueden enumerar otras tantas medidas de evitación del empobrecimiento como son las que explican la regulación de la liquidación del estado posesorio (con una manifestación expresa recogida en el art. 487 del Código Civil) o las que recargan la responsabilidad en esa situación posesoria, por su prórroga más allá de lo negociado —y, por ende, por la pérdida del título y su causa, como se dispone en el comodato al determinar la responsabilidad del comodatario por pérdida de la cosa si la conservó en su poder más tiempo del convenido, incluso si la pérdida sobreviene por caso fortuito (según el art. 1744 del Código Civil); siendo esa causa gratuita del comodato la que explica también que el beneficiado-comodatario asuma los gastos ordinarios necesarios para el uso y conservación (art. 1743 del Código Civil)—. Este razonamiento de evitación del empobrecimiento en base a la causa negocial es el que sustentaría lo dispuesto para el contrato de depósito, aunque aquí lo que se dispone para responder a aquel argumento de justicia es un *ius retentionis* (art. 1780 del Código Civil) que equilibra una situación en la que el depositario ha servido al interés del depositante y, habiendo generado un derecho de crédito contra este, no debe soportar mayor onerosidad.

Abundando en soluciones varias recogidas en el Código Civil a propósito del rechazo al enriquecimiento injusto, se halla la obligación de devolver lo encontrado. Y ello porque la titularidad de otro impide consolidar el dominio si no existe causa jurídica de adquirir. Casos distintos serían los dos siguientes: primero, el de la ocupación por encontrar una *res nullius*, ya que nadie ostenta titularidad alguna y no existe debate en torno a la causa, y segundo, el de la adquisición *a non domino* a favor del tercero hipotecario si se cumplen todos los requisitos enumerados en el artículo 34 LH, donde el debate sobre la causa negocial se elimina por la fuerza de los principios de seguridad jurídica y fe pública registral.

Sirven además al reequilibrio patrimonial y a la evitación de enriquecimientos y empobrecimientos las soluciones que pretenden compensar pérdidas por el ejercicio de un derecho de retracto (art. 1518 del Código Civil, que condiciona este ejercicio a la obligación de reembolsar al comprador no solo el precio sino también los gastos del contrato y los gastos necesarios y útiles) o en base al saneamiento por evicción (art. 1478 del Código Civil que da derecho al comprador para exigir al vendedor, junto con la restitución del precio fijada al tiempo de la evicción, la compensación de otras partidas como los gastos del contrato o las costas procesales). Como también se preserva la causa impidiendo un exceso de la obligación accesoria, al no permitir que se afiance en más de lo adeudado por el deudor principal (art. 1826 del Código Civil), o

cuando, en la propia regulación de la fianza, se posibilita la reclamación antes de desembolsar, neutralizando el eventual empobrecimiento gracias a la acción prevista en el artículo 1849 del Código Civil.

Así se comprende, además de la solución particular dada en cada uno de los distintos supuestos en que se contempla ese necesario reequilibrio, que se interprete y resuelva a favor tanto de la nulidad del negocio por la falta de causa como de la posibilidad de que, aun existiendo el negocio, se frustre la causa al quedar este sin basamento (ESPINAR LAFUENTE, 1969, 111³⁵). No sin dejar de advertir que son complejas y difíciles las distintas situaciones que se pueden vislumbrar según el negocio decaiga por onerosidad extraordinaria, por razón del *rebus sic stantibus*, por dificultad extraordinaria en el cumplimiento, etc... lo que hace comprensible, entonces, ciertos referentes jurisprudenciales (STS de 23 de abril de 1991, de 26 de junio de 2008).

Esta necesaria comprobación de la existencia de la causa negocial (junto a la apreciación de que aún pudiéndose reconocer causa en el basamento del negocio esta puede luego haber decaído) abre el camino a una mayor tutela del deudor (como la operada por la Ley 1/2013 de reforzamiento de la protección del deudor hipotecario) y ya en la vía negocial³⁶ (en ese escenario preliminar contemplado por el art. 1861 del Código Civil cuando regula la promesa de hipoteca, antecedente de una constitución de derecho real de hipoteca), se puede apreciar el desequilibrio entre partes del contrato inicial (y, por ende, la falta de causa que solo era aparente) con la posible invocación del artículo 6 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, para decidir, ante la contradicción de las partes, a favor de la cláusula más beneficiosa para el deudor (si la tasación del bien se dispuso unilateralmente y/o si esa tasación es menor que la deuda, hasta posibilitar que el deudor tomara legítima confianza o expectativa razonable de que con ese bien se saldaba la deuda). Este es el argumento que motivó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 14 de marzo de 2013³⁷, cuando al ventilar una ejecución hipotecaria, revisó la causa del contrato y su posible contenido integrado con cláusulas abusivas, pronunciándose finalmente contra esa ejecución.

De igual modo, se podrá dispensar mayor tutela al deudor —en base a la causa y a pesar de reconocer su existencia inicial, por razón de su decadencia o frustración— cuando, por ejemplo, en una ejecución hipotecaria deba revisarse un contrato de larga duración que ha perdido el equilibrio por razón del cambio de circunstancias (inspirados en la doctrina asentada en la STS de 13 de enero de 2013). Claro está que deben sobrevenir circunstancias imprevisibles que supongan una grave alteración extraordinaria y provoquen una desproporción exorbitante y que debe mantenerse que la invocación de este criterio no puede convertirse en algo habitual ya que posee reparos importantes como los planteados por la SAP de Murcia (sección 4.^a), de 27 de enero de 2013, que calificó de extravagante el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus* por con-

siderar que la crisis económica no es argumento suficiente para entender que opera la desproporción.

En la misma línea se encuentra el rechazo al abuso de derecho (art. 7 del Código Civil) cuando decae la tutela jurídica por extralimitarse el margen de interés legítimo protegido en Derecho (que será el que constituya el contenido justo del particular derecho subjetivo). En tal ordenación no se duda de un consentimiento ni de un objeto pero sí de una sinrazón en la causa. Y es que, en efecto, en los últimos años preocupa la contratación masiva de productos bancarios complejos en los que han podido padecerse vicios del consentimiento (por error o dolo) y con los que, a la postre, se ha empobrecido un gran colectivo de adquirentes que poseían un perfil de usuario más que de inversor. Sin embargo, al insistir en analizar el papel de la causa, se esgrime otro argumento de justicia y fundamentación legal que es útil para defender, por ejemplo, el cuestionamiento de las «cláusulas suelo» en base a que exigen un cobro indebido por haberse frustrado la expectativa del consumidor, provocando con ello una oscilación del mercado solo favorable en una dirección. Todo lo cual conlleva que, en estos supuestos, el debate no se centre en el consentimiento informado y en la transparencia sino que se sitúe en la impugnación de las condiciones generales de contratación, objetivamente abusivas, que decaen por causa de nulidad (al amparo del precepto general recogido en el art. 1261 del Código Civil y, solo indirectamente, por el art. 1300 del Código Civil) y por la posible ilicitud de la causa (conforme al art. 1305 del Código Civil).

En muchas ocasiones se ha debatido sobre la pureza y eficacia del consentimiento, sobre todo en la contratación adhesiva y en las relaciones de consumo, cuando una parte contratante accede a un mercado complejo o de productos de alto riesgo. En tales casos, la contienda judicial ha pivotado en torno a la averiguación del conocimiento por parte de un usuario no experto que compra envuelto en cláusulas oscuras o técnicas (incluso directa y dolosamente inducido). Es decir, en estos litigios los tribunales se han preocupado más en depurar el consentimiento que en comprobar la justicia de las condiciones generales de contratación (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2015, 611-612)³⁸, se han ocupado de la exhaustividad y transparencia en la información suministrada al consumidor para garantizar un consentimiento informado³⁹.

Sin embargo, en el presente estudio, se pretende impulsar la relevancia de la causa, incluso la necesidad de analizarla en aquellos casos en los que la ineficacia de la contratación se ha venido razonando por parte de la doctrina científica y judicial más por un vicio de consentimiento o, incluso, por su inexistencia. Es lo que ocurre en la fijación de un suelo de un 4% de interés bancario y de un techo de un 14% puesto que en tal situación se produce un beneficio asegurado para el prestamista, por el suelo establecido, y un inaccesible escenario de beneficio para el prestatario, por el techo marcado, a lo que se une la falta de causa en el enriquecimiento de la imposición de un límite a la baja. En estos

casos es útil la tarea de depuración de la causa puesto que ayuda a recordar que la preocupación no es solo saber si el prestamista conoce unas cláusulas sino si realmente conoce todas sus consecuencias —conforme se razonaba en la sentencia anteriormente citada de la Audiencia Provincial de Pontevedra, SAP de Pontevedra de 11 de mayo de 2015—; y si, por encima de ese consentimiento, en su caso bien informado, conformado y prestado, se debería estar a un control de cláusulas abusivas y al restablecimiento de un desequilibrio importante en derechos y obligaciones. Respecto de la concreción del concepto mismo de cláusula abusiva, si ya antes se citó el tenor del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, se puede trae a colación el contenido mismo del artículo 82 de la LGDCU que ha permitido que se detecte también el desequilibrio contractual y, por ende, su falta de causa según queda avalada con pronunciamientos como el dado en la sentencia TS (Sala Primera) de 22 de abril de 2015 (Rec. 2351/2012). Este fallo judicial fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores sea considerada abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. Permitiéndose, en definitiva, servir a la objetivación de soluciones en base a la causa y para la evitación del desequilibrio económico o empobrecimiento injusto (ahora consolidando la expresión «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» y antes de la reforma de esta ley general de defensa de los consumidores refiriéndose al «justo equilibrio de las contraprestaciones», tal como se recuerda en la STS de 6 de junio de 2012).

Llegado este momento del trabajo es necesario destacar la falta de causa en el control de las condiciones generales de contratación y el posible reconocimiento de cláusulas abusivas que pueden afectar *ab initio* al contrato. Hay que advertir además de la posible decadencia de la causa a posteriori, si se frustra la expectativa negocial, o de la precisa conversión de la causa, si se detecta una simulación. En todo caso, es esta vía del control de las condiciones generales de contratación y la invocación de su articulado (arts. 2, 5, 6, 7, 8.1, 9 y 10 de la LCGC), así como, supletoriamente del Código Civil, lo que permite acercar, la tutela a los consumidores y a las empresas (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2015, 690)⁴⁰ que, como adherentes merecen una especial tutela, en cuanto se dé y sufran una falta de información suficiente o, en cualquier caso, se genere un desequilibrio grave, injustificado, rompedor de la causa.

De igual modo, llegados a este punto, en el esfuerzo por depurar la razón de la nulidad, si radicada en el consentimiento, en su viciada formación; o si radicada en la causa; se afirma que cabrá estimar compatible la ineficacia de la contratación (en particular la contratación financiera masiva de productos complejos e hipotecaria) en dos vertientes: de un lado, con base en una falta de transparencia y en el suministro de información oscura o altamente tecnicizada que viciaría el consentimiento y legitimaría el ejercicio de la acción de

anulabilidad; de otro lado, con base en una quiebra o frustración de la causa, derivada de una resistencia generalizada por parte de las entidades financieras a retirar estas cláusulas, obligando a los afectados a acudir a los tribunales que vienen declarando, en la mayoría de los casos, la injusticia del contrato que, a fuerza de su frecuencia, demuestra una objetiva sinrazón —excusando averiguar en el caso de cada adherente cual fue el grado de conocimiento y de asunción de riesgos— (RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, 2015, 1)⁴¹.

Este esfuerzo por objetivar la posible causa de ineeficacia del contrato, con base en una persistente insistencia en mantener un desequilibrio con cláusulas abusivas, encuentra fundamento además en la apelación a la cláusula *rebus sic stantibus* si se considera y asume que realmente la crisis económica es una circunstancia de tal gravedad que produce una variabilidad extraordinaria capaz de justificar la revisión del contrato y la quiebra del *pacta sunt servanda* a favor del deudor (ANGUITA RÍOS, 2014, 2050)⁴². Admitiendo, eso sí, que esta doctrina del *rebus sic stantibus* es excepcional, es decir de existencia y aplicación estrictamente por la Jurisprudencia y de carácter extraordinario, en función de que concurran los requisitos que compila CASTIÑEIRA JEREZ⁴³: alteración extraordinaria, imprevisibilidad, inimputabilidad al tiempo de exigencia de la obligación, con desproporción exorbitante que provoca un desmantelamiento del contrato por aniquilación del equilibrio entre las prestaciones.

Resulta preciso insistir, entonces, en las dos posibles situaciones jurídicas que se pueden plantear: de un lado, la nacida sin causa que, por tanto, no es propiamente jurídica sino solo en apariencia; y de otro, la nacida con causa, aunque esta decaiga a posteriori al producirse una frustración de la misma que viene provocada por las partes o que está desencadenada por la alteración extraordinaria de las circunstancias, lo que permiten apelar a la cláusula *rebus sic stantibus*, y por supuesto, siempre que concurran los requisitos antes aludidos (distinguiendo no obstante el caso en que se aplique esta doctrina al consentimiento si se aprecia que no se pudieron o no se debieron asumir los riesgos del contrato o los derivados de la obligación por ineptitud para preverlos y para hacerse cargo de ellos).

Ciertamente, la regulación dada por el Código Civil a la causa es insuficiente. Bien es verdad que hay que advertir que este texto principal carece de una teoría general del negocio jurídico. En todo caso, el Código deja claro que la causa es un elemento esencial de todo negocio (art. 1261 del Código Civil) y que el negocio abstracto es admisible en cuanto puede no haber expresión de causa alguna, más no cabe que esta falte o que existiendo sea ilícita (art. 1275 del Código Civil).

Dentro de los escasos preceptos del Código dedicados a este tema se encuentra el artículo 1274 del Código Civil que realiza una enumeración suficiente de causas: la causa onerosa, la remuneratoria y la que consiste en la pura liberalidad. La primera causa citada hace entendible la justa contraprestación

entre partes (que permite la solución recogida en el antes aludido art. 1467 o el más fácil precepto recogido en el art. 1466 del Código Civil, menos forzado en cuanto que es lógica la inmediata concreción del art. 1124 del Código Civil). Con la segunda de las clases de causas se legitima, por ejemplo, el abono del servicio recibido aunque el pago no fuera debido. Aquí encuentran fundamento soluciones que, basadas en la voluntariedad del pago, añaden la capacidad para reembolsarlo —como ocurre en el simple préstamo si se abonan intereses no pactados, según el art. 1756 del Código Civil—. Y este mismo tipo de causa opera en los casos del albacea, el tutor, el mandatario y otros prestadores de servicios que por definición no son retribuidos, explicando que estos puedan recibir algún tipo de compensación que impida que se empobrezcan. Para terminar, en la citada relación de causas aparece referida en último lugar la pura liberalidad. Esta liberalidad existe en toda donación (art. 618 del Código Civil) y hace comprensible que el artículo 1901 del Código Civil excuse la devolución del cobro indebido siempre que se pueda alegar liberalidad u otra justa causa.

A propósito de la eficacia de la causa y de como opera en el negocio se puede abrir una relación de supuestos que ejemplifiquen la relevancia del elemento causal y el motivo por el que se ha de perseguir jurídicamente la manipulación de la causa. Uno de estos supuestos lo constituye la simulación de una causa aparentando un negocio oneroso que realmente está basado en la liberalidad (se puede pensar en la donación a un hijo declarada como compraventa para aminorar el coste fiscal). Otro caso sería aparentar una pura causa remuneratoria cuando en verdad se está ante un supuesto ajustado a la justa contraprestación por causa onerosa (caso en el que se justifica un servicio como no debido, aparentando una ayuda basada en la confianza o la amistad, pretendiendo disimular una relación laboral encubierta —por ejemplo pagando con un viaje la ayuda que realiza el hijo en el negocio del padre—). Un supuesto diferente es aquel en el que se aparenta una causa onerosa que, ciertamente, solo es remuneratoria (por ejemplo, cuando se aparenta un servicio profesional por una persona carente de cualificación no se genera derecho de cobro por contrato, aunque en realidad existe un servicio prestado que, aunque no debido, puede ser compensado —supuesto doméstico del que recibe ayuda de un vecino en la reparación de hogar—) o, por el contrario, cuando se quiere afirmar como gratuita la situación negocial en la que hay que contemplar una causa onerosa (caso en el que el mediador de la compraventa de un inmueble reclama honorarios y el que resulta aprovechado por su gestión niega el pago arguyendo que no se trataba de un intermediario oficial por lo que actuaba desde el desinterés).

A mayor abundamiento se puede aludir a otros supuestos en los que la causa opera para fijar en Derecho el caso. Por ejemplo, cuando la ley exige la consideración onerosa de la relación que se quiere hacer valer como gratuita (desde este punto de vista actuaría contra la normativa de competencia el profesional que regalase sus servicios o excusase, incluso, la facturación y el

correspondiente recargo del IVA). Bajo la misma perspectiva, en un escenario de sacrificio patrimonial se puede cuestionar que haya ventaja por gratuitad, reaccionando entonces la Administración Tributaria con la presunción de onerosidad (caso de las relaciones de vecindad donde se aprovecha el servicio de plaza de garaje gratuitamente, en tanto a la propiedad —empresa dedicada a los alquileres de esas plazas— no le interesa transparentar la contratación porque ha optado por el precario, en base a esa relación amistosa; o se disimula una auténtica contraprestación, prefiriendo la propiedad apparentar el precario para evitar una imputación de rentas que le perjudique —por ejemplo, al jubilado en su pensión—).

No se ha de permitir, en efecto, que se produzca un enriquecimiento injusto ni un empobrecimiento sin causa. Es el razonamiento por el cual se limita el *quantum* de la donación (según el aludido art. 634 del Código Civil) y se legitima la revocación por el donante que, descansando en la liberalidad, se ha visto sorprendido por nuevas circunstancias de ingratitud (evidenciando que su *animus donandi* no era lógico) o de supervivencia o superveniente del hijo (arts. 644 y 648 del Código Civil) que también debilita aquella pureza de *animus* si a su consentimiento se le hubiera sumado la carga de atender a otras personas dependientes económicamente (aunque también esta causa de revocación, por supervivencia o superveniente, se comprende en relación no solo a la causa sino al objeto ya que se ha reducido el caudal disponible por la donación sin tener en cuenta que, en las circunstancias del donante existían esas personas a cargo). Distinto será que, sin responder a un *animus* puro, en sentido subjetivo —queriendo realizar la liberalidad por puro sentir de atribución patrimonial—, se pueda homologar en Derecho una donación impuesta (alimentos entre parientes —artículo 142 del Código Civil— como también, en este ámbito del deber de alimentos entre parientes, es posible excusar la obligación por falta de causa cuando el hijo falte a la lealtad y mantenga una actitud de rechazo a la búsqueda de rentas propias). Cabría además homologar en Derecho una donación interesada, por ejemplo, por razón de ofrecer incentivos fiscales a la ayuda a instituciones de interés público. En esos supuestos de falta de un sentir se puede objetivar la causa con base en motivos de solidaridad o del deber de afectar la riqueza al interés general.

En todo caso, como el Derecho no desea el empobrecimiento resuelve los riesgos en la compraventa según un argumento de justicia material, solventando la polémica *res peritemptori*, *res peritvenditori* con base en la solución justa que aporta la Ley (arts. 1152, 1096 y 1182 del Código Civil) asignando al comprador ese riesgo. Por el mismo motivo el Derecho ofrece otras soluciones legales tendentes a evitar la pérdida patrimonial: en casos ya aludidos como la ausencia (art. 181 del Código Civil), la prodigalidad (art. 286 del Código Civil) o la compensación al tutor o al albacea. A mayor abundamiento, igual preocupación en la evitación del empobrecimiento late en el debate sobre la

causa una vez que se detecta la injusticia de una cláusula suelo o al impulsar la reforma de la ejecución hipotecaria (operada por la Ley 1/2013), consecuencia del desequilibrio y pérdida de la justicia que produce ya en el momento anterior, en el contrato, a donde hay que retrotraerse para depurar y homologar la causa. Del mismo modo, se ha de profundizar en la fijación de la «verdadera causa» evitando que la «aparente causa» sirva para separar operaciones que, en realidad, están vinculadas —por esta razón se exigirá que desde la traba se consiga justificar un impago a un prestamista que obtuvo la financiación para pagar un servicio de otra empresa que, en puridad, no era un tercero ya que no había ningún extraño en el concierto de ambas empresas, una financiadora y otra prestadora, y ambas estaban ligadas en el mismo negocio.

En el debate civil, al quedar reservado el *ius puniendi* al ámbito del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, se entiende que no cabe la aplicación de la doctrina del castigo ejemplar (*punitives damages*) por lo que se refuerza el criterio civilista de sostener un equilibrio y una compensación económica recíproca antes que una mayor onerosidad (salvo algunas excepciones, como por ejemplo la regulada en el artículo 7 LPH que prohíbe la realización de actividades molestas y sanciona tal conducta diciendo literalmente que «si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años»⁴⁴). En consecuencia, se entiende que estemos en un terreno muy sometido a debate y a determinación judicial, a excepción de supuestos en que, por ley, se fija el *quantum* de onerosidad y se prohíbe un empobrecimiento —se trataría de la situación, en base a la accesoriedad como nota esencial, en la que un avalista quisiera garantizar un mayor débito que el deudor principal (*cfr.* art. 1826 del Código Civil)—. El referente de la causa resulta sumamente ilustrativo para entender la ordenación que hace el legislador de la fianza, antes con la nota de la accesoriedad, impidiendo el empobrecimiento excedido de la onerosidad de la deuda del principal y legitimando luego el accionamiento del fiador para que no soporte una onerosidad extraordinaria respecto de la posición del deudor principal, por lo que el artículo 1843 del Código Civil dispone que el fiador puede proceder contra el deudor principal aún antes de haber pagado.

La disposición patrimonial que empobrece al que realiza la atribución se compensa con ciertas soluciones jurídicas como, por ejemplo, la alusión a la capacidad de revocar que posee el donante. También, si el disponente actúa no trasmitiendo por donación una propiedad, cediendo en precario o prestando en comodato se entiende que puede acogerse al artículo 1749 del Código Civil para obtener la devolución anticipada (alegando «urgente necesidad») o en cualquier momento —como permite el artículo 1750 del Código Civil («si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada y este no resulta determinado por la costumbre de la tierra»).

En general, toda liquidación del estado posesorio ha de conducir hacia la evitación del empobrecimiento injusto. Incluso, para asegurar la justicia del mismo, se permite el *ius retentionis* en algunos supuestos y por razón de la causa del contrato, según lo expuesto anteriormente. Por ejemplo, a favor del depositario, tal como establece el artículo 1780 del Código Civil; a favor del acreedor pignoraticio, según el artículo 1866 del Código Civil; y también, en la misma sede de los derechos reales, a favor del usufructuario, según el artículo 502 del Código Civil, y del mandatario, según el artículo 1730 del Código Civil. A diferencia de lo que ocurre en el comodato —art. 1748 del Código Civil— en el que se rechaza tal privilegio de retención ya que, a pesar de su posible derecho de crédito por asunción de costes que sean debidos por el comodante, la ejecución del contrato ya le ha reportado beneficio en base a ese uso gratuito de lo prestado. En efecto, en este préstamo de comodato no se contempla la retención por el comodatario de la cosa prestada con el pretexto de que se le deba, a diferencia de aquel mandatario o depositario (como también del acreedor pignoraticio y del mismo usufructuario con sus obligaciones de conservar y cuidar de modo diligente y por ello gravoso que ya venían soportando el sacrificio de atender el interés de la otra parte como para hacer más gravosa su posición por un coste que le es debido). Y, a mayor ilustración de medidas legales para reaccionar frente a la frustración de la causa y del empobrecimiento injusto, debe hacerse referencia a la ineficacia de los contratos con base en la rescisión por lesión (hoy limitada en los arts. 1290 a 1299 del Código Civil).

Para comprender algunas situaciones materiales de cierta complejidad es preciso apreciar la relación que existe entre las varias fuentes de las obligaciones. Solo así se puede entender que lo que nace como *cuasi* contrato se convierta en contrato al quedar ratificada la gestión, o se puede comprender que la obligación surge porque el vínculo contractual se desvirtuó y se extralimitó (arts. 1725 y 1891 del Código Civil). En el primer caso la justicia llega por el pago proporcional al interés o provecho del *dominus negotii*, y en el segundo caso el empobrecimiento se evita pagando todo daño que el gestor haya provocado, aunque sea con una actuación lícita (art. 1887 del Código Civil) —en tanto que si la extralimitación del gestor es culpable e ilícita su responsabilidad será exigible, lógicamente, pero en base al artículo 1902 del Código Civil.

En toda obligación nacida de un negocio jurídico es necesaria la existencia de una causa. Su reconocimiento pasará por localizar el tipo de causa y constatar su sentido. Habrá que apreciar, por tanto, si se da una justa contraprestación (en lugar de la frustración o la lesión); si existe realmente un servicio y su relevancia como para entender que fuera retribuido aunque no fuese debido; y reconocer, en fin, un *animus donandi*. Especial importancia merecerá localizar y valorar la causa para que, en caso de sancionar un negocio jurídico con la ineficacia, sea posible distinguir la nulidad (por falta de causa) de la anulabilidad (por vicio del consentimiento). Algo que resulta preciso en la práctica de la contratación

masiva de los productos bancarios donde la opción por la solución de la anulabilidad (por la falta de transparencia e información precontractual insuficiente) se diferencia de la eventual solución de la nulidad (por la injusticia del contrato en un desequilibrio objetivamente repudiable). Entonces, en el primer supuesto, se ha de entender la prescripción, frente a la imprescriptibilidad de accionar en el segundo supuesto; como también se ha de entender todo lo propio que la concepción dualista comporta.

Esta preocupación por el mantenimiento o la crisis de la teoría dualista es objeto de estudio en profundidad por PASQUAU LIAÑO que recuerda que la distinción entre la nulidad y la anulabilidad ha encontrado razón en argumentos importantes como la legitimidad (al ser la primera causa de ineficacia una cuestión de interés general y porque lo nulo lo es para todos) y la imprescriptibilidad (para hacer impugnar lo que es nulo) frente a la prescripción (al superar el plazo de cuatro años que sirva para sanar lo anulable); así como ha encontrado sustento en la sola posibilidad de conversión para el caso de nulidad y, por el contrario, la posibilidad de convalidación para el caso de anulabilidad —o posibilidad de subsanación o confirmación, frente a lo inconformable que puede ser apreciado de oficio— (PASQUAU LIAÑO, 1996, 153-160)⁴⁵, resultando que la sentencia que declara lo anulable como ineficaz es constitutiva frente a la que estima la acción de nulidad que es meramente declarativa —operando la nulidad *ipso iure* o por efecto de la norma—. El recordatorio de esta contraposición es útil para fijar la relevancia de la falta de causa entre los supuestos de nulidad de los contratos, bien por la carencia de uno de los elementos esenciales relacionados en el artículo 1261 del Código Civil, o bien porque el contrato, dicho de forma gráfica, no sea como el Derecho quiere que sea. También procederá declarar la nulidad del contrato en el supuesto de contratación con cláusulas abusivas o con recarga de intereses usurarios y, por ende, incurriendo en la contravención de normas imperativas o prohibitivas (arts. 6.3 y 1255 del Código Civil).

La teoría del negocio jurídico repreeba el enriquecimiento sin causa en cuanto que al acto voluntario o de participación del sujeto —desde la autonomía de la voluntad y la libre iniciativa— en la decisiva razón de constitución o desenvolvimiento de la situación jurídica, es necesario añadir un objeto y una causa, es decir una realidad sobre la que proyectar la actividad volitiva, el derecho y la obligación de los sujetos (prestación o cosa), y además un referente que explique y homologue en Derecho esa relación jurídica.

El *cuasi* contrato se ha considerado una fuente de obligaciones jurídicas, inspirado en el principio general que afirma que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Y es que al *cuasi* contrato se le reconoce la fuerza desencadenante y constitutiva de la situación jurídica en la que se va a reconocer la relación, por lo que un sujeto queda obligado respecto de otro. Aunque queda obligado de manera diferente a lo que ocurre en la relación contractual (donde se reconoce de partida la vinculación del autor para con otro en un vínculo pactado

con fuerza de ley) y de forma distinta también a lo acaecido en el escenario extracontractual (donde el obligado lo es con respecto a un tercero en base a la ilicitud de lo actuado —separado de la voluntad negocial, en cuanto esta no interviene por ser una voluntad dolosa y contraria al Derecho, ya que no está dirigida a crear una relación jurídica sino que contraviene el principio de no hacer daño a nadie; o por no intervenir la voluntad al descansar la actuación lesiva en la inconsciencia, según sea el grado de negligencia—).

En el *cuasi* contrato se aprecia una fuente de obligaciones en base a la ley misma (al exigir la devolución en caso de cobro indebido), en tanto el acto de pago a otro (asimilado al pago por tercero del art. 1158 del Código Civil —si bien en el *cuasi* contrato el abono no es liberatorio de deuda ya que no hay tal—) no estaba justificado por la falta de causa y, entonces, la voluntad informadora de tal actuación —lícita— no es negocial ni reconocible como vinculante en Derecho por esa falta de fundamento causal (es más, la voluntad del pagador se difumina en tanto el mandato legal es claro al limitarse su tenor a ordenar la devolución de lo cobrado indebidamente).

Queda evidenciado que la falta de causa deslegitima e invalida el cobro, sin que sea preciso añadir en el precepto que el pagador se arrepintió o alegó voluntad de reembolso. Y es que, en principio, en el cobro de lo indebido falta la causa en la carencia misma de consentimiento por lo que se ha de excusar el control de ajuste a Derecho o control causal en tanto no existe voluntad negocial. Si bien, es preciso recordar que esa voluntad negocial puede existir y ser válida, siempre que se pueda justificar por el cobrador la liberalidad u otra justa causa; como también se podría, si no excepcionar, sí suspender, aplazar o debatir si el pago se hizo al amparo de una presunción de legalidad o de un principio de actos propios (si se recibe un abono desde la Administración, ya que en el Derecho Administrativo informa ese Principio de actos propios), pudiendo permitirse una solicitud de devolución fraccionada en base a argumentos de justicia material por insolvencia o precariedad económica. Y, en este elenco de situaciones, también se puede ver frenada la automaticidad de la obligación de devolver el cobro indebido si hay razón sobrevenida, como puede resultar del incumplimiento de una condición que se dispuso para recibir una subvención⁴⁶.

El *cuasi* contrato como fuente de obligaciones se basa además en la voluntad negocial (se habla por ello de gestión de negocios ajenos sin mandato —art. 1888 del Código Civil—), extendiendo la responsabilidad si se actúa excediendo el objeto del contrato hasta exigirla por la vía del *cuasi* contrato (arts. 1725 del Código Civil y 1891 del Código Civil). Y esto de conformidad con una interpretación amplia del artículo 1901 del Código Civil en tanto, cuando hay causa —caso de que la atribución patrimonial se base en una relación contractual —la jurisprudencia no venía apreciando, en puridad, un supuesto de enriquecimiento injusto de los que, por carecer de causa, rechaza el citado precepto.

Ciertamente, es en aquella situación jurídica que se basa en la voluntad negocial donde propiamente se habla de causa (y de objeto, completándose así los tres elementos esenciales del negocio jurídico). Precisamente la evolución acaecida en la historia del Derecho reconoce en la espiritualización y primacía del consentimiento la paralela necesidad de consolidar la causa como elemento esencial del negocio jurídico⁴⁷ (a modo, seguramente de control o mecanismo de homologación para asegurar que se responde al fin práctico social para el que se respetó en ese ámbito el margen de autonomía privada).

Abundando en el escenario contractual cabe prestar atención a preceptos fundamentales en lo que respecta a la causa. Preceptos que se encuadran en la regulación de la compraventa, cuando se teme la frustración de la causa y se excusa una obligación de entrega (*ex art. 1467 del Código Civil*) o cuando se reacciona contra la aventura económica y la excesiva onerosidad, como son los casos de resolución de la compraventa regulados en los artículos 1469 y 1470 del Código Civil, donde, en efecto, hay que compensar o solucionar la frustración de una expectativa negocial.

Es la visión integrada de esa tradicional repulsa al enriquecimiento injusto, la valoración de la apuesta por una autonomía privada y la relevancia de la voluntad negocial al constituir y ordenar situaciones jurídicas, y el entrelazamiento coherente con una necesaria y siempre entendida evitación del empobrecimiento injusto lo que puede legitimar una normalización de soluciones como el *rebus sic stantibus*, hasta ahora tenidas por excepcionales, según mantiene la referida STS de 30 de junio de 2014.

La base para poder objetivar una consideración protecciónista del que va a sufrir un empobrecimiento grave pasa por abordar un tratamiento conjunto del empobrecimiento y del enriquecimiento sin causa, con el objeto de que el principio de capacidad económica e integridad patrimonial, constitucionalmente validados, sirvan a la interpretación más favorable del que sufre ruina o grave lesión económica.

IV. PARTICULAR REFERENCIA AL ARTÍCULO 1901 DEL CÓDIGO CIVIL COMO REGLA GENERAL A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN DE LA CAUSA Y LA PROSCRIPCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Una vez abordada la relevancia de la causa en el Ordenamiento jurídico en general, como argumento que ayude a razonar en contra de un enriquecimiento o empobrecimiento patrimonial grave y sin causa, es necesario entender que el marco contractual constituye un escenario de libre negociación e intercambio de bienes y servicios en el que cabe depurar esa justa contraprestación o evidenciar otra justa causa. Fuera del escenario contractual (y recordando el serio reparo

que debe hacerse a todo enriquecimiento producido en el ámbito público, ya que este se encuentra marcado por la legalidad, antes que por el pactismo o la libre contratación, y queda sujeto a la transparencia) la regla general contra el enriquecimiento sin causa se proclama a propósito de regular el *cuasi* contrato.

Después de haber realizado en este trabajo la invocación a diversos preceptos y soluciones particulares favorables a la evitación del enriquecimiento sin causa, es momento de afirmar que el artículo 1901 del Código Civil sirve para positivar como regla general el rechazo al mismo, además de las alusiones contenidas en otros preceptos de nuestro Ordenamiento Jurídico, como la recogida también en el texto codificado en materia de Derecho Internacional Privado (art. 10.9 del Código Civil), fijando que en el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial a favor del enriquecido. En cualquier caso, la construcción, requisitos, desarrollo y consecuencias de la figura del enriquecimiento injusto es obra de la jurisprudencia civil⁴⁸.

Partiendo de la función relevante que posee el precepto principal recogido en el artículo 1901 del Código Civil, es factible realizar un análisis de su literalidad que sea útil para comprender la licitud del pago (como de todo acto propio de un *cuasi* contrato, según el concepto general contenido en el art. 1887 del Código Civil) y que esa fuente negocial que es la voluntad del pagador tiene eficacia jurídica en tanto el abono se puede consolidar a favor de su receptor mientras el pagador, que actuó por error, no invoque la ineficacia sobrevenida por vicio del consentimiento.

El receptor del pago podrá invocar recibir una liberalidad (aunque desde un dudoso *animus donandi*) si con ocasión del mismo se aprecia un exceso en el particular que realiza un pago a favor de otro particular (caso de un exceso en la liberalidad que luego ha de colacionar un heredero forzoso); o caso del mismo particular que realiza un pago a una persona pública, aunque revestido de atención y respeto a una labor, se rechaza si, por su *quantum*, no es homologable en Derecho. Por el contrario, puede existir una verdadera liberalidad y que esta no sirva de causa suficiente si va *contra legem*, por quebrantar la legítima de un heredero forzoso o por contravenir el límite de la dádiva a favor de un funcionario. Así pues es necesario insistir en la consideración más objetiva de la causa.

La situación jurídica planteada en el precepto objeto de examen debe ser razonada desde la voluntad negocial, contemplando que esta adquiera firmeza por ausencia de revocación, que sea dirigida a reclamar el reembolso y que sea instada por el pagador para dejar sin efecto la actuación de atribución patrimonial; aunque la voluntad negocial también puede adquirir carácter definitivo por la mera prescripción. Sin embargo, no es en el extremo subjetivo relativo al consentimiento donde subyace la razón jurídica sino en el extremo más objetivo de la causa ya que se exige la devolución del pago cuando no existe

motivo para recibirlo. Hay una norma imperativa que obliga a la devolución, sin esperar a probar, aunque sí detectar, el vicio del consentimiento (ya que la prueba de este se dulcifica al amparo de la presunción legal que recoge este art. 1901 del Código Civil) y a legitimar y entablar la acción de reembolso. De este modo, frente a la dificultad de la prueba del error, queda establecida la obligación legal de devolver lo recibido siendo este receptor el que tendría que probar la existencia de justa causa. Por ello, el abono que se realiza aparentando un complemento salarial (caso de la utilización de las denominadas *tarjetas black*) se corrige jurídicamente exigiendo al beneficiario la devolución de lo recibido, sin que haya que estar a expensas de que se reclame o se pruebe un error o una causa por el pagador.

Ensalzar el papel de la causa es conveniente puesto que en aquellas situaciones que el mercado está destapando como focos de importante litigiosidad (por ejemplo el supuesto de las cláusulas suelo), el argumento de justicia debe localizarse en el desequilibrio contractual. Este enfoque permite abrir el debate sobre las cláusulas abusivas y, por ende, desde un análisis objetivo, posibilita la declaración de nulidad, con un antecedente procesal más suavizado que admite la acción colectiva y dulcifica el rigor de la carga de la prueba. Por demás, caminar en esta dirección supone separarse del argumento de justicia que se basa en la falta de transparencia, ya que esta afecta al consentimiento, que por ser un elemento subjetivo, dificulta la acción colectiva y endurece la prueba que demuestre la falta de consentimiento por sufrir error o falta de conocimiento suficiente de las consecuencias jurídicas. Además, en aras de posibilitar la realización de lo justo, la fijación de la causa va a facilitar que se extienda la tutela a favor de los empresarios, no solo de los consumidores. Incluso va a de permitir invocar el referente moral para medir la interpretación del equilibrio patrimonial, del empobrecimiento y del enriquecimiento.

En el supuesto en cuestión, parece oportuno centrar la mirada en la causa en tanto el vicio del consentimiento puede quedar difuminado, sobre todo si las entidades bancarias no pueden esgrimir ya buena fe (principalmente tras la STS de 9 de mayo de 2013) y los prestatarios, no solo han podido constatar la realidad de sus cláusulas suelo, sino que han conocido la valoración negativa de sus consecuencias (ya que, en su sola formulación no tienen por qué merecer el juicio negativo ni la declaración de su nulidad) y sufren el rechazo de sus pretensiones por parte de los Tribunales. Se supera también el tema de la retroactividad si el debate gira en torno a la causa, en función de la realidad del enriquecimiento injusto⁴⁹, en la retroacción total o, por argumentos de equidad, en la integración (quizá en casos en los que, según el análisis económico, se deba responder con una retroacción limitada), primando el referente del artículo 1303 del Código Civil o con retroacción total (superando argumentos de seguridad jurídica o de estabilidad financiera y estimando que no se contraviene aquella sentencia de 9 de mayo ya que en la misma no se prohibía la retroacción y si

se limitó fue por responder a la pretensión colectiva de una acción de cesación). Y, desde luego, también aunando a los afectados en la acción colectiva en tanto la carga procesal es muy gravosa para ejercerla individualmente y, además, el supuesto de hecho está muy uniformado. Se superaría, en fin, la tensión sobre la retroacción o la buena o mala fe, así como la falta o no de transparencia centrando el debate en el enriquecimiento injusto por falta de causa.

En torno a la causa negocial y su relevancia pueden enumerarse distintas posibilidades: se puede no deber nada y pagar conforme a Derecho (como en el caso de la causa remuneratoria —arts. 1274 y 619 del Código Civil—); también puede deberse todo y no pagar (en la pendencia permitida por ley como en el supuesto de una suspensión de pagos o de aplazamiento de pago al amparo de otra posibilidad legal como la contemplada en el art. 1504 del Código Civil). Se puede tener que restituir a pesar de gozar de la causa basada en la liberalidad (caso de un *animus donandi* que no da cobertura suficiente a una declaración de donación inoficiosa por quebranto de legítimas o la que puede decaer por supervivencia o supervenencia; y si estos casos se pueden plantear a posteriori también *ab initio* no se sostiene la donación que excede del límite legal que permite al donante la liberalidad o que permite al donatario recibir —caso de despatrimonializarse hasta no preservar lo necesario para vivir o caso de dar dádiva a quien por cargo no puede aceptar—). Y puede en fin tener lugar una contratación en base a una causa que se corresponde con la justa contraprestación que se acabe declarando ilegal por fraudulenta si, en realidad, solo hay apariencia de contraprestación y simulación de donación o puede ser declarada nula porque lo acordado se frustre por culpa del que paga una cantidad de tan escasa e irrelevante cuantía que frustre la causa o, por parte del vendedor, si se falta al cumplimiento de la entrega de vivienda habitable careciendo el inmueble de licencia que lo cualifique como tal.

Como corolario a este análisis del artículo 1901 del Código Civil y a modo de recapitulación cabe puntualizar lo siguiente:

— El pago que se cree nacido de la voluntad libre de un sujeto es tenido por bien hecho, es decir se presume la causa, se homologa la voluntad negocial y se considera, por el principio *pro negotii*, que tiene plena eficacia en Derecho. Frente a ello, el pago no debido se cuestiona, sobre todo si no fue querido (error en el pagador) o no es justificado ni amparado en justa causa de liberalidad o retribución; y, tal pago, se declara nulo debiendo el perceptor devolver lo recibido ya que, en aquel pagador no hay debate de causa negocial porque no hay voluntad negocial alguna.

— La ineficacia depende de un presupuesto: el vicio de la voluntad, el error en el pago. Por ello se ayuda a promover la ineficacia con la presunción legal del error si se pagó sin causa. Aunque siempre desde la razón de que el pago sin causa decae al no haber negocio jurídico y no desde la cuestión del vicio

del consentimiento que es presupuesto de hecho desencadenante de la acción de nulidad, no presupuesto legal legitimador de la acción de anulabilidad.

— La exigencia de la acción de nulidad (que no de anulabilidad) puede pasar por una invocación de haber sufrido el error (según la literalidad del artículo 1901 del Código Civil o según la argumentación de la falta de transparencia en la contratación bancaria) aunque la ineficacia no se basaría en el vicio sino en la falta de causa —cuando existe el enriquecimiento injusto—, por lo que no habrá caducidad de la acción ni posibilidad de subsanación del negocio que es nulo de pleno derecho.

— La acción de nulidad también se ve favorecida en su accionamiento mismo al posibilitar el ejercicio de la acción colectiva, aunque por contra esta acción colectiva provoca un mayor quebranto económico para el enriquecido. Además, si la parte enriquecida es el sistema financiero, su descalabro puede afectar al interés general y al equilibrio del mercado por lo que los tribunales pueden sentenciar en el sentido de que no haya efecto retroactivo. Bien es cierto que la regla de la seguridad jurídica o el interés en preservar el orden económico decaen en cuanto se comprueba el enriquecimiento injusto, por lo que abrir un debate sobre la retroacción de la eficacia de la nulidad o insistir en la causa de ineficacia residenciada en la falta de transparencia es gratuito si se depura y se comprueba la falta de causa, la nulidad radical y la retroacción total en evitación del enriquecimiento injusto.

— La acción por enriquecimiento injusto puede hacerse valer por vía de acción o excepción, siempre que sea el pagador el que accione; y puede hacerse valer en cualquier tiempo (por ser una acción de nulidad que no de anulabilidad). Aunque la acción dependa de reconocer el error —como posible presupuesto concurrente y desencadenante —este no constituye el motivo de la ineficacia sino que la razón será la falta de causa. Ello permite sustraerse a la invocación del artículo 1300 del Código Civil ya que preside el artículo 1261 del Código Civil, que ante la falta de un requisito esencial legítima, en todo tiempo, hacer valer el enriquecimiento injusto (siempre salvo que la nulidad se excepcione desbordando el error alegado con otra justa causa que sea probada por el enriquecido).

— Varias son las posibilidades que contempla el artículo examinado respecto del pago: el pago puede tenerse por bien hecho (porque la voluntad del pagador sea negocial y la entrega sea entendida, en tanto acto material, como un hecho lícito bien realizado); el pago puede no ser debido (aunque se mantiene su eficacia jurídica desde que se pueda reconocer la causa —si así se opone por el que percibe la atribución patrimonial—, bien sea esta debida a la liberalidad o a la remuneración); el pago puede ser equivocado, alegando entonces el pagador su error y haciéndolo valer al amparo de la presunción legal, pudiéndose declarar la nulidad del negocio (con importantes excepciones como la del prestatario que paga intereses sin estar estipulados, no pudiendo

reclamarlos, según el art. 1756 del Código Civil, lógicamente en base al peso de la causa que informa a favor del que ha soportado la posición más gravosa, en este caso como prestamista).

Entre los extremos o presupuestos de activación del artículo 1901 del Código Civil destaca la presunción legal del error, que es favorable a la ineficacia del enriquecimiento sin causa, prevaleciendo sobre la presunción de la causa no expresada y de la fuerza de una apariencia de voluntad negocial o acto lícito de pago o entrega. Hay que subrayar también la alternativa de que la cosa se entregue cuando nunca se debió y, en efecto, pueda no deberse estando sin embargo bien entregada o pagada si se libró y transmitió en base a una liberalidad o de una causa remuneratoria. Respecto a esta excepción oponible por el receptor que se enriquece hay que evidenciar la dificultad de probar una causa de calado subjetivo.

V. CONCLUSIONES

I. El principio de integridad patrimonial y el referente de la capacidad económica de la persona justifican el establecimiento de una batería de soluciones normativas que van desde la más programática a la más eficaz, desde un pronunciamiento en el texto fundamental constitucional a su articulación en la legislación ordinaria. En cualquier caso, el referente que informa la preservación del patrimonio como garantía de supervivencia de la persona y complemento necesario para un desarrollo más pleno de la personalidad y de su dignidad, debe completarse con una reacción del Derecho que evite la ruina o despatrimonialización y que sirva incluso para abrir un debate sobre la renta básica o favorecer otras medidas sociales. Todo ello sin perder el carácter propio de un sistema de corte liberal, confiado a la justicia comutativa, donde la autonomía privada queda homologada en Derecho por la causa, que a su vez se inspira en aportar soluciones de equidad y de equilibrio patrimonial.

II. De igual modo, el reconocimiento a la persona en sí misma considerada, abstracción hecha de otra dimensión patrimonial, ha de traducirse en el respeto a su margen de autonomía privada, a su libertad de pacto y a que su voluntad negocial sea vinculante y suficiente, frente a otras tendencias más intervencionistas o a exigencias formalistas. En consecuencia, para homologar la eficacia jurídica del compromiso que implica el consentimiento, hay que reafirmar la relevancia de la causa negocial.

La afirmación de un escenario de libre mercado es coherente con esa confianza en la libre iniciativa y en la contratación. Si bien, de entrada, los correctivos dictados por el referente social explican la formulación de medidas de dulcificación o evitación de desequilibrios graves que legitiman

un Estado Social, y el hecho de que en la contienda judicial se invoquen con normalidad mecanismos correctores aplicados al caso concreto, como se puede comprender con el *rebus sic stantibus* (más generalizado en la contratación pública).

III. Procede reconocer la existencia de un marco jurídico que, partiendo de una población con distintos niveles de renta, es garante de un enriquecimiento ajustado a Derecho, tributario del referente social, comprometido con la comunidad en general y sensible ante las situaciones de pobreza. De este modo, aunque se admite la posibilidad jurídica de que produzcan graves oscilaciones patrimoniales, el interés debe centrarse en la consideración conjunta tanto de la traumática variación que la capacidad económica de las personas puede sufrir, como de las abundantes respuesta que el Derecho ofrece para reprochar tales situaciones.

Además, a propósito de la apreciación general del marco jurídico, ha de concluirse en dos sentidos: primero, considerando la virtualidad de toda visión panorámica, concordada e integrada, en particular del articulado del Código Civil (constatando su virtualidad, actualidad y eficacia); y segundo, asumiendo el reto de realizar una selección de preceptos legales que resulte acertada para sostener la coherencia del Sistema y para, desde un cuadro de principios informadores, avalar soluciones a problemas de hoy.

IV. La voluntad negocial depende de una causa que la ajuste a Derecho. Solo así se entienden ciertas exigencias jurídicas: fuerza de ley en la contratación, una preferencia en la sucesión testada sobre la intestada, un respeto a la donación desde la mera liberalidad, una proscripción del enriquecimiento injusto, etc. También por ese motivo se comprende la censura de las cláusulas abusivas, la comprobación del puro *animus donandi* y la medición de una eventual carga; en suma, el encuadramiento de la voluntad negocial en la justa causa. Objetivo principal de este estudio es poner en valor el papel de la causa para interpretar y legitimar la voluntad negocial.

Como también se ha dejado explicado en este estudio que, a fuerza de impulsarse la relevancia jurídica del escenario prenegocial (sobre todo con la exigencia normativa de una información precontractual) y con el recurso, en el que se ha ido abundando, que ofrece el principio de evitación del enriquecimiento injusto, corresponde invocar la causa prenegocial para entender por qué y en base a qué compensar el quebranto o los daños y perjuicios sufridos en ese momento preliminar anterior al negocio.

V. Respetar la liberalidad y comprender la justa contraprestación no descarta una ruina ni exige un precio justo, más no puede sostenerse un negocio jurídico si se razona que no hubo causa porque se donó sin verdadero *animus* de liberalidad, se inspiró una contraprestación no debida o se vendió confiando en una expectativa negocial que se ha de preservar en su margen. De igual modo, desde la necesaria reflexión que merece la causa para su validación en cada una

de sus modalidades también, hay que justificar la revocación o irrevocabilidad del negocio por razón de justicia que, en gran medida, dependerá de la fortaleza de su causa. Así se podrá legitimar la ineeficacia de la donación sobrevenida por la ingratitud (entendiendo que la pureza del *animus* no se mantiene por la falta de lealtad) o el mantenimiento de la retribución de un servicio que, aunque no debido, se quiso compensar y, con base en el referente de equidad, se sostiene pese a que el comprometido quiera desdecirse.

VI. Al igual que se exige la causa como medida de equilibrio económico en la determinación de la justicia de los negocios que son de proyección patrimonial directa (por ejemplo, la compraventa), también en otros negocios de calado jurídico más personal se debe tener presente la causa para explicar sus efectos económicos y evitar grandes desequilibrios (por ejemplo, el matrimonio). Esto explica que se acuerde la atribución patrimonial como compensación a favor de uno de los cónyuges en el remedio de una crisis matrimonial o que se retire la pensión al hijo que, amparándose en la cobertura paterna, abusa de su posición y decide no estudiar ni trabajar, provocando que quede sin causa aquella atribución patrimonial.

A propósito de preservar la dimensión patrimonial de la persona —en ese compromiso social de evitar la ruina y salir al paso del escenario altamente especulativo que arroja consecuencias negativas por la ruptura del equilibrio económico—, conviene ensalzar el papel de la causa ya que es más objetivo, permite impugnar contratos con cláusulas abusivas y facilita que sea la tacha al desequilibrio económico la que razone la nulidad, evitando que se tenga que entrar a analizar la falta de transparencia, el debate individual sobre el consentimiento erróneo, ...

VII. En un Derecho confiado a la autonomía privada, que respeta y exalta a la persona y su libre desenvolvimiento, la causa debe ser repensada puesto que, como medida de lo justo, sirve para conocer el significado y alcance que posee en aquellos negocios jurídicos en los que, eventualmente, se alcanzan picos de (lamentable) empobrecimiento y de (abusivo) enriquecimiento; considerando, a favor de la equidad, la posible revisión y corrección de los excesos que, en efecto, no son queridos por el Derecho.

De la misma manera, para validar la regla contenida en el artículo 1901 del Código Civil, se ha de revisar y abundar en la crítica a la literalidad del precepto y a su encuadramiento como *cuasi* contrato ya que una regla general que proscribe el enriquecimiento injusto no tiene que pasar por entender acto puramente voluntario el que está basado en un error, ni como acto lícito el que, de no impugnarse, se puede confirmar a pesar de saberlo sin causa y, por ende, injusto.

VIII. El impulso de la doctrina relativa al enriquecimiento injusto, dada la escasa regulación existente en Derecho positivo —en el art. 1901 del Código Civil— o su concreción no definitiva en otros referentes normativos

(como los supuestos específicos de cláusulas abusivas en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU que, en todo caso se articulan empleando conceptos jurídicos indeterminados), pasa por configurar e integrar el cuadro de principios informadores que sirven a esa regla prohibitiva y, además, por buscar su aplicación eficaz. Ello permitirá hacer valer este motivo de invalidez del negocio jurídico de modo más generalizado y coherente, desde sus fundamentos y razonamiento.

En efecto, recurrir a la depuración de la causa negocial puede servir tanto para clarificar figuras jurídicas desnaturalizadas (el voluntario en lugar del empleado asalariado, el suplido o la dieta en lugar del sueldo, ...) como para ofrecer soluciones a nuevos debates y contiendas (la donación pura radicada en el altruismo en lugar de confiada al retorno lucrativo indirecto o encubierto, o el cobro de comisiones bancarias en base a un servicio debido, o no debido pero que admite la causa remuneratoria —o que, si por el contrario, responde a una cláusula abusiva, debe tenerse por no puesta según su oferta y configuración—, o la desnaturalización del mercado oneroso en el abaratamiento excesivo de productos y servicios ofertado *on line*). Se trata, en definitiva, de hacer un ejercicio de análisis económico para saber si la declaración de nulidad de la cláusula contractual trasciende el debate sobre el consentimiento centrándose más bien en el debate sobre la causa negocial, de manera que permita un pronunciamiento judicial que establezca la retroacción en función del enriquecimiento provocado, pudiendo interpretar un cláusula suelo en la falta real de contraprestación y reciprocidad entre las partes y así, desde una teórica bondad o licitud, dirimir en el caso concreto sobre la nulidad radical y todos sus pronunciamientos favorables.

IX. El compromiso con la unidad y coherencia del Ordenamiento jurídico requiere entrelazar argumentos y referentes legales que sirven a la proscripción del enriquecimiento sin causa y a la evitación del enriquecimiento injusto, para afirmar una mayor objetivación de las medidas de restablecimiento o reequilibrio ante el grave quebranto económico. Y ello desde una clara objetivación de la causa, según marcan los referentes informadores de la misma (la ley, la moral y el orden público), que acepte un margen de libre negociación y que, sin embargo, no permita descansar toda atribución patrimonial en un *animus donandi* ya que, frente al mismo, puede instarse a posteriori una revocación de donación por el donante, o una obligación del donatario de colacionar o un límite legal al *quantum* de la donación para no despatrimonializarse o para no exceder lo que la ley marca de límite a la dádiva. De igual modo, con esa objetivación se permite hacer valer una solución de justicia material, cuando formalmente no es debido retribuir un servicio que se ha tenido a bien pagar, consolidando ese abono a favor del perceptor; y se permite entender una revisión de la causa onerosa si por grave desequilibrio entre partes o frustración de la expectativa negocial se declara la inexistencia de causa.

X. La reflexión permanente en torno a la causa negocial resulta conveniente a fin de aportar soluciones jurídicas a situaciones nuevas que precisan esclarecimiento. En este sentido, la visión de conjunto de nuestro Ordenamiento aúna criterios que sirven de ayuda: el por qué de un *ius retentionis* (en un contrato de mandato o de depósito, que no en el de comodato), la medida de un desequilibrio en el establecimiento de cláusulas suelo, la fijación de un límite legal favorecedor de una ética de los negocios que restrinja los emolumentos y dádivas a personalidades públicas (evitando de este modo una mayor depuración de la causa en tanto el referente normativo permite eludir el debate sobre la voluntad negocial).

Con idéntico objetivo conviene repasar la literalidad del artículo 1901 del Código Civil que es útil como regla contra el enriquecimiento injusto. Sin embargo, este precepto es pobre en su formulación e incluso hace incurrir en cierta confusión puesto que parece que descansa en una acción de anulabilidad cuando, en realidad, permite siempre la acción de nulidad, en tanto la obligación de restituir el enriquecimiento injusto puede partir de un vicio de consentimiento, si bien el principio general conlleva que se proceda a la devolución por falta de causa en cualquier caso, a menos que se alegue justa causa.

XI. Aferrándonos a la causa negocial como argumento de justicia para hacer valer soluciones de equidad es conveniente impulsar la mediación como instrumento de solución extrajudicial de conflictos. Sobre todo para aplicar esta herramienta al ámbito de consumo y, en particular, al consumo de productos financieros que tanta controversia judicial viene provocando en los últimos tiempos. Cuanto más, cuando este particular mecanismo de la mediación descansa en la autonomía privada que es un principio fundamental que siempre corresponde defender en Derecho.

XII. La actualidad está requiriendo, sobre todo en la contratación de productos complejos, en particular en el sector financiero y de comercialización masiva, que tanta litigiosidad ha provocado y mantiene, que se compruebe el consentimiento no viciado, en particular en el adherente, desde luego si es consumidor o parte débil que soporte estipulaciones no negociadas o impuestas, averiguando que realmente conoce el contenido del contrato y que, además, se asumen todas las consecuencias derivadas de ese clausulado. Como también y asumiendo que la contratación, aún gravosa, puede exigir la suscripción, en tanto no le cabe al adherente eludirla por la necesidad de los determinados bienes y servicios, puede merecer el control de cláusulas abusivas y que, en base al referente de la causa, se declare la ineficacia de aquellos contenidos que produzcan grave desequilibrio entre las partes, según una progresiva objetivación del fundamento causal o base del negocio, según la finalidad económica, el compromiso social y la conmutatividad o proporción entre prestaciones, en el reparto de cargas y riesgos.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 14 junio de 2012
- STS, 1.^a, de 7 de julio de 2015
- STS, 1.^a, del 13 de enero del 2015
- STS, 1.^a, de 2 de diciembre de 2014
- STS, 1.^a, de 15 de julio de 2014
- STS, 3.^a, de 30 de junio de 2014
- STS, 1.^a, de 9 de mayo de 2013
- STS de 13 de enero de 2013
- STS de 6 de junio de 2012
- STS, 1.^a, de 23 de julio de 2010
- STS, 1.^a, de 23 de junio de 2010
- STS, 3.^a, de 26 de junio de 2008
- STS de 23 de abril de 1991
- STS, 1.^a, de 30 de noviembre de 1990
- SAP Pontevedra (sección 1.^a) de 11 de mayo de 2015
- SAP de Oviedo (sección 5.^a), de 1 de julio de 2014
- SAP de Murcia (sección 4.^a), de 27 de enero de 2013
- S. Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, de 2 de junio de 2014

BIBLIOGRAFÍA

ANGUITA RÍOS, R. M. (2014). De las reformas hipotecarias y otras alternativas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2045-2084.

CASTIÑEIRA JEREZ, J. (2012). *Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 71-106.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.

— (1984). *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas.

DE LA TORRE OLID, F. (2013). Cuando la planificación financiera condiciona la ejecución hipotecaria. *Revista Derecho & Empresa*, núm. 2, 47-67.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2015). El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 605-644.

ESPINAR LAFUENTE, F. (1969). Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas, *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol. 2.^o, Pamplona: Eunsa, 111-164.

ESPINOSA DE RUEDA JOVER, M. (2015). Los principios generales del derecho y su reflejo en el ámbito del derecho administrativo. Tirantonline, Doctrina, documento 4591797, disponible en <http://www.tirantonline.com/tol//documento4591797>.

GONZÁLEZ RUIZ-SÁNCHEZ, I. (2015). Redes sociales, publicidad y datos. La aparente gratuitud de las redes sociales, disponible en ELDERECHO.com Lefebvre-El Derecho, Gestión de Despachos, 28 de agosto de 2015.

PASQUAU LIAÑO, M. (1996). *Nulidad y Anulabilidad del contrato*. Madrid: Civitas.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2015). Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error? *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 1-6.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 681-732.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (1988). *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*. Madrid: Edersa.

NOTAS

¹ Datos del Observatorio Notarial de la realidad socioeconómica que indican que entre el 2007 al 2014 estos supuestos aumentaron más de un 200%. «El notariado informa».www.notariado.org

² Así se pronuncia la STS, 1.^a, de 7 de julio de 2015, relativa a la acción de anulación de la adquisición de un producto financiero por error vicio. Núm. Recurso: 1603/2013 Fecha: 07/07/2015 ROJ: STS 3198/2015-ECLI: ES: TS. Se estima la acción de anulación por falta de información y provocación de error, vicio del consentimiento. En su texto se especifica que «El incumplimiento de los deberes de información, contenido ya en la normativa anterior a la Directiva MiFID, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. En este caso el adquirente del producto no era un inversor cualificado, y en el momento de la adquisición se omitió una referencia a la entidad emisora del bono, y antes no se entregó un folleto, documento o explicación escrita que describiera las características y connotaciones esenciales del producto que se adquiría. Este defecto de información impide que quien no es un inversor con un conocimiento cualificado, pueda hacerse una representación mental de los riesgos concretos que conlleva la contratación del bono. En concreto, el desconocimiento de esos aspectos esenciales del riesgo (que el emisor del producto era una entidad diferente de aquella a la que el cliente podía asociar razonablemente el riesgo —en este caso Bankinter, con la que contrataba—, que el resultado de la inversión fuera ligado a la solvencia de ese emisor y que no existiera cobertura por ningún fondo de garantía) constituye un error esencial sobre el objeto y las condiciones del contrato.

³ O cláusulas limitativas de la variabilidad del tipo de interés que, en efecto, están generando una altísima litigiosidad, como razona RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, sobre todo desde que los bancos han abusado de su inserción en los contratos y se ha experimentado un perjuicio para el consumidor por la persistente caída del principal tipo de referencia utilizado en los préstamos de interés variable que es el Euribor; sin que a esta realidad le acompañe la disposición por las entidades financieras para retirar, anular o negociar esa estipulación (asumiendo una constante jurisprudencia que se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula suelo), quizá por entender más conveniente a sus intereses y disuasorio el esperar que continúe la confrontación en los tribunales. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2015). Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error?, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 1-6.

⁴ Así, por ejemplo y dentro de ese ámbito de contratación financiera entre entidades bancarias predispónentes y los adherentes, se obliga a suministrar la información precontractual por la Ley 42/2007 que modifica la Ley 24/1988 del Mercado de Valores

⁵ Actualmente ADICAE (Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros) promueve una campaña de clientes de entidades bancarias que soporten el cobro de comisiones, consideradas por esta asociación como indebidas, aunque con fecha de 7 de agosto de 2015 se acusa recibo del informe del Banco de España en el que se dictamina en contra de abrir expediente sancionador a los bancos por este tipo de cargos. www.adicae.net

⁶ Se exige invocar, entre otros preceptos, el artículo 5, 1, b) de la Ley 10/2014 de Supervisión de las Entidades Financieras.

⁷ El Real Decreto 1331/2006, en su artículo 1.^º acota el ámbito de aplicación para el desarrollo de la Ley 22/2005 regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados, individual o colectivo. *BOE* de 18 de noviembre de 2006. www.boe.es

⁸ Según el artículo 17 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal esta «venta a pérdidas» o por debajo de coste no está permitida.

⁹ Invocando el artículo 68 LGDCU el derecho de desistimiento de un contrato queda definido como la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándoselo así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase.

¹⁰ Nulidad del contrato en su conjunto, como cuando se aplica la Ley de la Represión de la Usura por la STS, 1.^a, de 2 de diciembre de 2014, núm. de recurso 389/2012, ROJ: STS 5771/2014 ECLI:ES:TS:2014:5771 Id CENDOJ: 28079110012014100743.

¹¹ Si bien para la situación que resuelve la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 se decide a favor de la prohibición de la integración pro predisponente de la cláusula nula por abusiva, como también el pronunciamiento del TJUE de 30 de abril de 2014 que confirma la jurisprudencia europea, evitando la integración de la cláusula nula por abusiva con una disposición de Derecho supletorio. La STJUE de 14 de junio de 2012 sigue vigente y es coherente con el pronunciamiento de 30 de abril, que admite la integración pro adherente para salvar al contrato de la nulidad total resultante en Derecho húngaro, pero sin perjuicio de la prohibición de la integración pro predisponente de la primera. De ese modo, continúa estando prohibido completar la cláusula nula de intereses de demora con el interés legal del dinero, ya que esa es una integración pro predisponente prohibida por la citada sentencia de junio de 2012 y, en España, por los artículos 65 y 83 TRLGDCU.

La nulidad de dicha cláusula abusiva produciría ciertamente una laguna en la reglamentación contractual. La «jurisprudencia menor», mayoritaria hasta la fecha, sostiene que esa laguna debería integrarse mediante la norma del artículo 1108 del Código Civil.

En fin, asumiendo las mismas premisas, según PANTALEÓN PRIETO cabe avanzar la solución de que la laguna así producida en el contrato de préstamo debería resolverse mediante una interpretación integradora del mismo, en el sentido de que se devengarían intereses moratorios al mismo tipo que el que estuviese pactado en el contrato para los intereses remuneratorios. Que es el resultado, muy razonable a nuestro juicio, al que llegó la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015. PANTALEÓN PRIETO, F. www.almacendelderecho.org.

¹² DE CASTRO BRAVO, F: *El negocio jurídico*, Civitas, 1985, pp. 314 y 315.

¹³ A propósito de este espacio virtual, se ha alcanzado la convicción de que se trata de un escenario completamente gratuito, generándose con ello una alta tensión política y un gran debate en la elaboración de normativa. Es lo sucedido en relación con figuras como «la copia privada» donde, tras alguna oscilación sobre el recargo del «canón digital», se ha resuelto asumiendo su socialización y sufragándolo con cargo a los presupuestos generales del Estado (según la nueva redacción dada al art. 31,2 de la Ley 21/2014 de 4 de noviembre, que modifica el Real Decreto 1/1996, dispensando la autorización para la reproducción de la copia privada y, con la reforma del art. 25 previendo la compensación equitativa para los titulares de estos derechos de propiedad intelectual con cargo a los presupuestos generales del Estado).

Sobre este tema reflexiona GONZÁLEZ RUIZ-SÁNCHEZ en un interesante estudio donde argumenta que «el Ciberespacio es un entorno en el que se sitúan cosas con valor, en el que se están desenvolviendo los negocios y también los delincuentes» y concluye afirmando que son los usuarios los que ceden sus datos personales, que «las redes sociales no solo se financian con la publicidad del tipo pago por click, banners, hashtags y publicaciones patrocinadas sino que esa entrecomillada gratuidad tiene como precio nuestros datos sobre hábitos de consultas, consumo, preferencias y recomendaciones». GONZÁLEZ RUIZ-SÁNCHEZ, I. (2015). Redes sociales, publicidad y datos. La aparente gratuidad de las redes sociales. ELDERECHO.com Lefebvre-El Derecho, Gestión de Despachos, 28 de agosto de 2015.

¹⁴ La renta de subsistencia (de un máximo del 70% del salario mínimo interprofesional) y el subsidio a parados que han agotado todo tipo de prestaciones sociales (de unos 400 euros mensuales aproximadamente) se han establecido en los últimos años y han generando un debate político que aún no está cerrado, sobre todo desde su prórroga en 2015.

¹⁵ Ni siquiera en la compraventa forzosa —art. 1446 del Código Civil— en la que, con ocasión de fijar el justiprecio de la expropiación, se debe ofrecer su posible revisión en vía contencioso-administrativa.

¹⁶ Tanto al sujeto público como a los particulares, así se puede referir el principio de prudencia financiera que recientemente se ha regulado en la siguiente norma: resolución de 31 de julio de 2015, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales (*BOE* de 4 de agosto de 2015, núm. 185), www.boe.es.

¹⁷ Una manifestación más extrema de los mecanismos moduladores del sistema liberal es la necesaria red de comedores concebida para hacer frente a la desnutrición infantil sobrevenida tras la crisis económica; y en la misma línea, una manifestación más estructural y normalizada, la constituye la amortiguación de los daños a través del aseguramiento público o privado. Todo lo cual se plantea en base a un cuadro de valores de solidaridad o a un referente moral que también informa precisamente la causa, según el artículo 1275 del Código Civil que establece que «es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral».

¹⁸ La reforma del Código Penal incluye el siguiente precepto: ciento cuarenta. Se modifica el artículo 259, que tendrá la siguiente redacción: «1. Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas: 5.^a Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos». Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (*BOE* de 31 de marzo de 2015) www.boe.es.

¹⁹ Para su eficacia y consolidación normativa se dicta la resolución de 31 de julio de 2015, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales. *BOE* de 4 de diciembre de 2015. www.boe.es.

²⁰ Para exemplificarlo y refiriéndolo a una contratación emergente cabe aludir al artículo 99 LGDCU relativo a los requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento, exigiendo entre los requisitos formales lo siguiente: «En los contratos celebrados fuera del establecimiento, el empresario facilitará al consumidor y usuario la información exigida en el artículo 97.1 en papel o, si este está de acuerdo, en otro soporte duradero. Dicha información deberá ser legible y estar redactada al menos en castellano y en términos claros y comprensibles». Y, en el punto 2 del mismo precepto añade: «El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel o, si este está de acuerdo, en un soporte duradero diferente, incluida, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento a que se refiere el artículo 103, letra m» —Título III

del Libro II redactado conforme establece el apartado veintiocho del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (*BOE* 28 de marzo).

²¹ «Una cosa es conocer la existencia de la estipulación y otra diferente, sobre todo en determinado tipo de negocios complejos, interiorizar la naturaleza, derechos, obligaciones y riesgos que comporta el producto». SAP Pontevedra de 11 de mayo de 2015.

²² En lo que atañe a este punto hay que invocar la doctrina consolidada recogida por DE CASTRO, referida a la construcción del derecho subjetivo y a la situación jurídica secundaria digna de tutela, que viene a afirmar que «Desde Jhering se han venido distinguiendo de los derechos subjetivos a las situaciones jurídicas protegidas solo por el “efecto reflejo” de las normas o del Ordenamiento jurídico». DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas, p. 600.

Una manifestación de esta doctrina queda reflejada en la STS, 1.^a, de 30 de noviembre de 1990, relativa a un contrato de compraventa cuya causa radicaba en el cambio de precio por futura edificación a entregar por el comprador al aportante del solar, decidiéndose que, ante la imposibilidad de construir en dicho terreno por cambio de calificación urbanística, el constructor debería ser resarcido por los gastos de demolición que soportó.

²³ El 51,1% de los niños en Andalucía está en riesgo de pobreza o exclusión social, lo que supone unos 834.000 menores. UNICEF, en base a las últimas estadísticas, presenta un informe en el que analiza la situación de la infancia y propone medidas para proteger los derechos de los niños. Andalucía es la tercera Comunidad Autónoma con mayor tasa de riesgo de pobreza o exclusión social infantil (tasa Arope), con un 51,1 por ciento, lo que supone unos 834.000 niños, según la Encuesta de Condiciones de *Vida* (ECV 2014) del Instituto Nacional de Estadística (INE). Informe «Situación de la Infancia en Andalucía 2015». Pacto Andaluz por la Infancia, 10 de junio de 2015.

Este empobrecimiento infantil es contrario a la ley, por lo que se evidencia injusto, sobre todo desde que ese interés supremo de tutela al menor ha sido revisado recientemente por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁴ ROJ: STS 261/2015-ECLI:ES:TS:2015:261. Recurso: 1147/2013.

²⁵ La última reforma del Código Penal (llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2013) ha introducido el delito de financiación ilegal de partidos políticos y castiga las donaciones ilegales. El texto penal modificado crea un nuevo Título XIII, bajo la rubrica «De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos», donde se incluyen *ex novo* los artículos 304 bis y 304 ter que sancionan incluso con penas de prisión, dependiendo de la cuantía o especial gravedad de los hechos, a quienes (incluidas las personas jurídicas) reciban o entreguen donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5. Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

²⁶ Estas situaciones suponen una desviación de poder ya que la función pública está sujeta por excelencia al principio de legalidad, sin dar margen al enriquecimiento que tendría que llegar de la justa causa negociada conforme a Derecho.

²⁷ El Código Penal en vigor persigue con más dureza la financiación ilegal, castigando las donaciones ilegales, al igual que criminaliza de modo definitivo y grave el abuso para el enriquecimiento que se efectúe aprovechando el cargo público. Este recrudecimiento punitivo queda plasmado en la nueva redacción dada al artículo 436 CP.

²⁸ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. *BOE* de 10 de diciembre de 2013. Entre otros preceptos de esta norma se puede invocar el artículo 26.2 b) que en su punto 9.^º precisa que los cargos públicos «no se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales».

²⁹ Por ejemplo las cuotas derivadas de las obras de urbanización, tal como fija la STS, 1.^a, núm. 379/2014, de 15 de julio de 2014.

³⁰ Conforme a la ley especial de financiación de los partidos políticos. En efecto, la LO 8/2007, de 4 de julio, en su artículo 4, relativo a donaciones de particulares, dispone: «Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir, directa o indirectamente, donaciones de personas físicas que, en ejercicio de una actividad económica o profesional, sean parte de un contrato vigente de los previstos en la legislación de contratos del sector público».

³¹ En efecto, el Gobierno de Mariano Rajoy propuso una Ley de Mecenazgo, pendiente de tramitación parlamentaria, para ampliar y mejorar los incentivos fiscales a la actividad de los mecenazgos.

³² STS de 23 de julio de 2010, expositivo Tercero. CENDOJ.

³³ «Si bien en el fondo de los llamados más o menos propiamente *cuasi* contratos late la necesidad de reparar un enriquecimiento sin causa (STS de 5 de enero de 1956)». VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (1988). *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*. Madrid: Edersa. p. 2.751.

³⁴ Doctrina consolidada, como la dictada por O'CALLAGAN MUÑOZ en la STS, 1.^a, 23 de julio de 2010, enumera y recuerda los requisitos que han de concurrir para apreciar el enriquecimiento injusto apreciando esa correlatividad que, como regla general opera: «Los presupuestos del enriquecimiento injusto, como ha destacado numerosa doctrina y reiterada jurisprudencia (sentencias de 19 de diciembre de 1996, 5 de mayo de 1997, 25 de septiembre de 1997, 31 de octubre de 2001, 27 de noviembre de 2004, 27 de octubre de 2005, 18 de noviembre de 2005) son, en primer lugar, el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial; en segundo lugar, el correlativo empobrecimiento de la otra parte, como pérdida o perjuicio patrimonial; en tercer lugar, inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido».

³⁵ Esta doctrina de la frustración de la causa se contrapone a la que consideraba la nulidad por falta de causa como única posibilidad y que se afirma en este trabajo a la luz de la constante jurisprudencia dictada. Por todos, se invoca el referente doctrinal que representa F. ESPINAR LAFUENTE en su capítulo titulado resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas (1969), de la obra colectiva *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol. 2, Madrid: Eunsa, pp. 111-164.

³⁶ Que ya fue objeto de análisis en un anterior estudio de DE LA TORRE OLID. DE LA TORRE OLID, F. (2013). Cuando la planificación financiera condiciona la ejecución hipotecaria. *Revista Derecho & Empresa*, núm. 2, 47-67.

También preocupa el escenario anterior a la constitución de la hipoteca que exige el estudio del contrato para saber de sus requisitos esenciales, con particular interés en la pureza del consentimiento del adherente que debe conocer la carga económica que le supone el contrato celebrado, y haciendo especial hincapié en la causa para que no venga quebrada por cláusulas abusivas sobre los intereses moratorios. Todo ello es objeto de examen en el trabajo de ESPEJO LERDO DE TEJADA que se cita a continuación: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2015). El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 605-644.

³⁷ STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013. En el asunto C 415/11 —que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011, en el procedimiento entre Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (CatalunyaCaixa)—, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva. En particular, señaló que si, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tiene efecto suspensivo. El órgano jurisdiccional remitente consideró que, por este motivo, resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo.

³⁸ Se ha de desplegar y ampliar la protección del adherente (contratante-consumidor/usuario), a partir de saber la carga económica que supone el contrato o, lo que es lo mismo, el verdadero sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener. De ese modo se podrá justificar el mayor control jurisprudencial, más allá de la comprobación de la legalidad administrativa, para ampliarse a los efectos civiles sobre la justicia de la contratación.

En este sentido se encuentra un referente doctrinal importante en el estudio de las condiciones financieras del préstamo, a partir del análisis de las consecuencias de la STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088). *Vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2015). El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 611-612.

Precisamente esa preocupación por la carga económica que supone el contrato o por el sacrificio patrimonial es la clave para poder conducirnos a la averiguación y confirmación, en su caso, de la causa onerosa.

³⁹ Recientemente sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, de 2 de julio de 2014. [www.ausbanc](http://www.ausbanc.es).

⁴⁰ Esfuerzo por acercar la posición de los consumidores y los empresarios, en cuanto adherentes y parte débil en el reparto de cargas y riesgos, que despliega con un sólido razonamiento SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 681-732.

⁴¹ «La STS de 9 de mayo de 2013 que declaró la nulidad por falta de incorporación transparente de cláusulas limitativas de la variabilidad del tipo de interés ha propiciado una enorme litigiosidad (...) ha habido una clarísima resistencia de las entidades bancarias a retirar estas cláusulas (...) seguramente convencidas que solo obligando a acudir a los tribunales se puede detener la avalancha de reclamaciones». RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2015). Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error? *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 1.

⁴² «Esta situación económica sobrevenida que desequilibra la situación contractual de las partes cuando se ejecuta la garantía nos recuerda a la formulación doctrinal de las cláusulas *rebus sic stantibus* (estando así las cosas) que permite al juez entrar en el contrato de larga duración para restablecer el equilibrio perdido por circunstancias sobrevenidas y totalmente fuera del poder de actuación de las partes, resultando para una de ellas imposible o muy gravoso el cumplimiento de la obligación». ANGUITA RÍOS, R. M. (2014). De las reformas hipotecarias y otras alternativas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2050.

⁴³ CASTIÑEIRA JEREZ, J. (2012). *Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 79.

⁴⁴ Artículo 7 redactado por la Ley 8/1999, 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (*BOE* de 8 de abril).

⁴⁵ PASQUAU LIAÑO, M. (1996). *Nulidad y Anulabilidad del contrato*, Madrid: Civitas, p. 13 y, pp. 153-160.

⁴⁶ Ley de subvenciones del año 2003. Artículo 37 Causas de reintegro: 1. También procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos: b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

⁴⁷ La ausencia de formalidad, que encorseta la negociación en un Derecho más primitivo, se ha de compadecer con esa relevancia de la voluntad negocial o declaración de voluntad con la que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho considera digno de tutela. «El aumento de importancia de una figura significa la recíproca disminución de la otra. Así, la importancia de la causa (...) se irá extendiendo al irse quitando valor a la forma». DE CASTRO BRAVO, F. (1985). *El Negocio Jurídico*. Madrid: Civitas.

⁴⁸ Incluso, tal como recuerda ESPINOSA DE RUEDA JOVER, los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil son los acogidos por los Tribunales del orden contencioso-administrativo. ESPINOSA DE RUEDA JOVER, M. (2015). Los principios generales del derecho y su reflejo en el ámbito del derecho administrativo. Tirantonline, Doctrina, documento 4591797, disponible en <http://www.tirantonline.com/tol//documento4591797>.

⁴⁹ La SAP de Oviedo (Sección 5.^a), de 1 de julio de 2014, determina que la nulidad exige siempre esa obligación restitutoria para evitar el enriquecimiento de una parte a costa de la otra.

(Trabajo recibido el 10-9-2015 y aceptado para su publicación el 22-9-2015)