

Meditaciones sobre la causa

A propósito del libro de Tomás Zumalacárregui
*Causa y abstracción causal en el Derecho
civil español**

SUMARIO: I. *El tema.*—II. *El libro de Zumalacárregui.*—III. *Algunas anotaciones marginales:* 1) Justificación de este comentario. 2) La explicación de un equívoco y el planteamiento correcto de la doctrina de la causa. 3) En particular sobre la causa de las donaciones. 4) La falta de causa. 5) La causa ilícita. 6) La falsedad de la causa. 7) La abstracción causal y los negocios obligatorios. 8) Consideración especial de la letra de cambio. 9) La abstracción causal y los negocios dispositivos. 10) Los negocios dispositivos y la presunción del artículo 1.277 del Código Civil.

I. EL TEMA

La causa es uno de los grandes temas (un «clásico») del Derecho Civil. Junto con la voluntad y la forma, preside la doctrina del negocio jurídico, casi toda ella transida de causalismo (o de anticausalismo). Ante todo, la existencia y licitud de la causa se postulan como requisitos para la validez del negocio y más concretamente del contrato. Lo que, de inmediato, determina una cuestión previa: ¿Cabe la posibilidad de que el Ordenamiento jurídico reconozca eficacia, al menos «prima facie», al negocio dirigido a operar un desplazamiento patrimonial prescindiendo de su causa? ¿Es admisible, que, junto a los negocios «causales», se admitan los llamados, con mejor o peor fortuna, negocios «abstractos»?

Al margen de este problema, la exigencia de que el negocio responda a una causa verdadera se utiliza para justificar la nulidad del negocio si-

(*) Editado por el Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1977. Un volumen de 379 págs.

mulado (con simulación absoluta), o para descubrir la realidad negocial que se esconde bajo una causa falsa (simulación relativa). La causa se invoca también como explicación de que un negocio válidamente celebrado deje de surtir efectos; porque no se alcanza el resultado previsto (así, en la resolución de los contratos bilaterales por el incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes), o porque aquel resultado no es equitativo, o persigue un designio fraudulento (lesión, rescisión de los contratos celebrados en fraude de acreedores).

La tipificación y clasificación de los contratos se hace depender de su causa e, igualmente, la protección que el Derecho objetivo dispensa a la voluntad negocial, influyendo, de esta suerte, en la posibilidad de que los particulares puedan dar vida a relaciones contractuales que no encajen dentro de los esquemas legalmente previstos, a no ser que se trate de combinar varias formas típicas. El ámbito de la causa no sólo desborda el campo del contrato, en donde encuentra su origen, para proyectarse sobre el negocio jurídico en general, sino que en un intento todavía más ambicioso, aunque hasta el momento no haya tenido demasiado éxito, se pretende construir un concepto de causa, válido para todos los actos jurídicos, sean lícitos o ilícitos, civiles, penales, procesales o administrativos (1).

Aun prescindiendo de esta última extrapolación del instituto y remitiéndolo a su sede tradicional, la que podría llamarse, sin exageración, «omnipresencia de la causa», suscita la duda de hasta qué punto no se está operando con una noción en alguna medida hipertrofiada, lo que conduce a preguntarse si la monumental polémica montada sobre su naturaleza tiene importancia práctica o se resuelve en su debate de alcance meramente teórico. Por ejemplo, si tanto los causalistas como los anticausalistas coinciden en que una donación disimulada bajo el ropaje de una compraventa debe ser tratada conforme a su verdadera naturaleza, y también están de acuerdo en considerar nulo un convenio por el cual una persona se obliga a realizar un acto ilícito a cambio de un precio que se compromete a pagar otra, cabe poner en tela de juicio la utilidad de justificar la aplicación de la normativa atinente a las liberalidades, o la nulidad del pacto, en la falsedad o ilicitud de la causa.

Sin embargo, que esta visión pragmática no carezca del todo de fundamento no autoriza a instalarse en una cómoda y desdeñosa postura escéptica. Ciertamente, la misión del jurista, tanto a la hora de contribuir a la formación de nuevas leyes como al tiempo de interpretarlas, debe ser, principalmente, la búsqueda de soluciones justas, pero en tanto el Derecho es también una ciencia no puede renunciar a explicarlas conceptualmente. El conceptualismo no debe presidir el proceso de creación e interpre-

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema del Derecho Procesal Civil*, traducción española de ALCALÁ ZAMORA y SENTIS MELENDO, III, págs. 451 y sigs.

tación del Derecho, pero de ahí no se sigue que se pueda prescindir de los conceptos, que constituyen, en definitiva, un instrumento insustituible para captar y conocer la realidad. Por lo demás, y al margen de que sea constatable una cierta hipertrofia en las funciones que a veces se asignan a la causa, una concepción causalista del negocio jurídico puede ser, y de hecho ha sido, rica en consecuencias prácticas. Aparte de que ha servido para resolver problemas no contemplados expresamente por las leyes, que el Derecho positivo eleve la causa a requisito esencial de los contratos significa, cuando menos, que no se reconoce, sin más, a la voluntad, si no existe una razón que lo justifique, el poder de establecer obligaciones o de transmitir, constituir o modificar derechos de contenido patrimonial. Con lo que, de cara a la viabilidad de los negocios abstractos, no es admisible mantener una actitud negativa o agnóstica ante la virtualidad de un concepto, que se sitúa así más allá de la simple especulación doctrinal.

En fin, si acierta nuestro refranero cuando asegura que «algo tendrá el agua cuando la bendicen», habrá que convenir en que algo tendrá la causa cuando su estudio ha hecho correr verdaderos ríos de tinta. Tan caudalosos han sido estos ríos que, de cuando en cuando, parece que se ha perdido el interés o el estímulo por tratar de nuevo el tema causal, al menos a nivel monográfico. Se tiene la impresión, después de todo cuanto se ha dicho sobre la causa, de que no es posible ya añadir nada más. Se trata, sin embargo, de una apreciación inexacta. La causa, como el Guadiana, no desaparece definitivamente, se oculta tan sólo, y de pronto vuelve a la superficie y hace de nuevo acto de presencia en la bibliografía jurídica. Esta vez gracias a la pluma, ágil y brillante, de un joven e inquieto Registrador de la Propiedad, TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI MARTÍN CÓRDOVA, que ha consagrado a la causa su tesis doctoral, ahora publicada bajo los auspicios del Centro de Estudios Hipotecarios.

II. EL LIBRO DE ZUMALACARREGUI

Es difícil, al menos para mí, calificar un libro jurídico. Ha de atenderse no sólo a su fondo o contenido, sino también a su forma. No basta tener cosas que decir si no saben expresarse correcta y pulcramente. Un libro, cualquiera que sea el tema sobre el que verse, es siempre lenguaje escrito, circunstancia ésta que nunca debe olvidar quien escribe, aunque no lo haga con fines literarios. No cabe reprochar ese olvido a ZUMALACÁRREGUI. En su libro hace gala de un estilo fluido y fácil, pletórico de imágenes ingeniosas, que si bien en algún caso pudieran parecer atrevidas

—dada la sobriedad que se supone ha de tener toda obra científica— contribuyen, sin embargo, a hacer más grata la lectura. GONZÁLEZ PALOMINO dijo en cierta ocasión— y lo demostró siempre cumplidamente— que se puede escribir sobre Derecho (escribir bien, se entiende) sin que sea menester ponerse innecesariamente serio.

¿Y el fondo? Para mí un libro jurídico sólo se justifica plenamente en función de su utilidad. Un libro es útil si nos enseña algo que no sabíamos, si nos aclara ideas o conceptos que antes de leerlo teníamos confusos, o simplemente si nos obliga a pensar. Claro está que la utilidad de un libro, juzgado bajo esta triple perspectiva, depende mucho de quien sea el lector. Ciertamente este criterio puede en cierta medida objetivizarse; en tanto se trate de una monografía, es lícito presumir que, quienes se interesen por su lectura, poseen sobre la materia unos conocimientos previos y mínimos.

En el orden informativo o didáctico, la obra de ZUMALACÁRREGUI es, en términos generales, completa. Aparecen recogidas, y bien expuestas, las principales corrientes del pensamiento jurídico en torno a la causa y a la abstracción causal. No hay, empero, una superabundancia de citas, lo que, a mi juicio, es encomiable. Detesto esos libros farragosos en los que parece que el autor se ha propuesto, como objetivo principal, hacer gala de su erudición. En cambio, ZUMALACÁRREGUI se preocupa, cuidadosamente, de «ambientar» su obra. La historia que se nos cuenta no es sólo jurídica. El antecedente histórico aparece siempre referido al contexto social, económico y filosófico de cada época, abocetado con trazos firmes y seguros. Incluso a veces, al citar a un gran maestro del pasado (más o menos próximo) se nos brinda un breve apunte biográfico, como para recordarnos que detrás del nombre con el que nos familiarizamos desde nuestros primeros escauceos como civilistas en ciernes existió un ser humano. ZUMALACÁRREGUI avienta así que su inquietud cultural no se limita al Derecho, lo que, en último término, equivale a potenciar sus posibilidades como jurista, pues el Derecho es siempre fruto de la realidad social.

Sin embargo, mi comentario, desde este primer punto de vista, sería insincero si no hiciese constar que, a mi modo de ver, la exposición de las distintas doctrinas en torno a la causa registra una omisión que no encuentro suficientemente justificada. El poco aprecio que para ZUMALACÁRREGUI merece la concepción subjetiva de la causa quizá le hace olvidar que dicha concepción, aunque tenga sus orígenes inmediatos en las aportaciones de DOMAT y POTHIER, no se agota con ellas. Su más ilustre defensor, en la doctrina moderna, es seguramente el profesor HENRI CAPITANT, cuya monografía, *De la causa de las obligaciones*, a pesar de haber sido escrita en 1923 (fecha de la primera edición) y prescindiendo de que se compartan o no los puntos de vista de su autor, conserva aún su lozanía

y es, por supuesto, aprovechable. No me atrevería a asegurarlo, pero me parece que, ni siquiera de pasada, ZUMALACÁRREGUI, cita el libro de CAPITANT. (No aparece, desde luego, mencionado en la «bibliografía consultada».)

¿Qué decir de la obra de ZUMALACÁRREGUI en cuanto a su virtualidad esclarecedora y sugeridora? Los planteamientos del autor, al enfrentarse con los temas centrales que aborda en su trabajo, son simples y claros y tienen, por consiguiente, el atractivo cautivador de la sencillez. ZUMALACÁRREGUI, como ya he apuntado, considera inservible la teoría clásica de la causa, cuyas críticas asume. La causa, tal como la concibieron DOMAT y POTHIER, es un requisito inútil, en tanto se exige su existencia y certeza, pues se confunde con el objeto, y perturbador, porque a la hora de explicar lo que se entiende por contratos con causa ilícita, o incide en la misma confusión, o se remite a los motivos, con lo cual se está operando con un concepto distinto del que previamente ha tratado de concretarse.

La idea de causa, en el sentir de ZUMALACÁRREGUI, tiene y debe tener un significado diferente según lo refiramos a las obligaciones y atribuciones patrimoniales o al negocio jurídico. Respecto de las primeras (el «facere» y el «dare») el concepto de causa hay que centrarlo en el principio de causalidad. «Una “facere”—dice ZUMALACÁRREGUI—cuyas causas no pueden ser otras que la Ley, los contratos y cuasi contratos, y los actos dolosos o negligentes. Y un “dare” cuyas causas han de ser la Ley, la donación, la sucesión testada o intestada y ciertos contratos seguidos de la tradición». Con relación a las obligaciones, pues, «causa» y «fuente» son conceptos equivalentes, y tratándose de obligaciones de origen negocial el contrato viene a ser la causa por excelencia. Contrariamente, y respecto del negocio jurídico, ZUMALACÁRREGUI sigue la orientación de la moderna doctrina italiana, e identifica la causa con la función económico-social que el negocio cumple, o está llamado a cumplir. Las conclusiones a que llega ZUMALACÁRREGUI son, pues, claras aunque quede por ver si son exactas las premisas de que parte para llegar a ellas. Puesto que después me permitiré esbozar mi propio punto de vista acerca de cómo debe entenderse la causa, entonces podrá advertirse hasta dónde estoy o no de acuerdo con la tesis del autor. En cualquier caso, el libro de ZUMALACÁRREGUI me ha obligado a repensar sobre el tema y ha contribuido a perfilar mi propio concepto de la causa. Leerlo ha constituido, pues, una experiencia útil e interesante.

Procede ahora dar cuenta, esquemáticamente, del contenido del libro. ZUMALACÁRREGUI ha dividido su exposición en tres partes o secciones y una recapitulación final. En la primera parte estudia, en general, el concepto de causa, en la segunda la abstracción causal y en la tercera exami-

na la causa y su abstracción en el Derecho registral inmobiliario. La recapitulación general contiene las conclusiones definitivas.

La primera parte se inicia con el examen y exégesis de los artículos del Código Civil atinentes a la causa. Después de subrayar la «multivocidad de la palabra y de aludir a los preceptos que, con uno u otro significado, la utilizan, la atención del autor se centra en aquellos que se refieren específicamente a la causa como requisito o elemento del contrato. Se examinan, por este orden, los artículos 1.261, 1.274, 1.262, 1.276 y 1.275 del Código y aquellos otros con los que se relacionan más directamente. El juicio que esas normas le merecen es, como ya hemos anticipado, adverso. Así, mientras el artículo 1.261 refiere el requisito de la causa no tanto al contrato como a la obligación que en él se establezca, el artículo 1.274 procede a la inversa, y nos brinda una definición inexacta y una clasificación de las causas posibles incompleta y arbitraria. La causa falsa a que alude el artículo 1.276 se subsume en una hipótesis de simulación relativa, y la falta de causa en la simulación absoluta; la causa ilícita, expresamente aludida por el artículo 1.275, nos sitúa ante una hipótesis inexplicable a la luz de lo que por causa entiende el 1.274. «Podrá ser ilícito el objeto—dice ZUMALACÁRREGUI—(cosa, promesa o prestación) si no reúne los requisitos de legalidad y/o moralidad a que alude el artículo 1.271 en su último apartado, y bastará esta interpretación para entender que el contrato es irregular en los términos del artículo 1.255». La Historia, la Doctrina y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se encargarán de explicarnos, en opinión del autor, el origen de esta poco afortunada normativa causal, y en particular, que la causa «es siempre lícita, con licitud *acreditada*, como el valor de los laureados, y no solamente *supuesta*, como el de los militares que aún no han recibido su bautismo de fuego».

En su recorrido histórico, ZUMALACÁRREGUI parte del Derecho romano, en el cual, y de conformidad con la opinión de DÍEZ PICAZO, MARTÍN BALLESTERO y DUALDE, no encontraremos un concepto sintético de la causa del contrato; pasa después por el Derecho intermedio, en el que destaca la influencia de la filosofía aristotélico-tomista (con sus cuatro causas: eficiente, material, formal y final), para llegar, finalmente, a los padres de la teoría clásica de la causa: DOMAT y POTHIER.

DOMAT, dice ZUMALACÁRREGUI, no es un innovador. En su escueta referencia (primero al fundamento de las obligaciones y después a su «causa») no hace, según confesión previa, sino resumir, cartesianamente, sistematizándolo, el caótico «Droit coutumier» francés. Ocurre, sin embargo, que la claridad brilla por su ausencia, y de ahí deriva un concepto inane, cuando no inexacto, de la causa. POTHIER completa la formulación de la causa del contrato. Con relación a ésta, su estudio es más profundo

que el de su predecesor, pero tampoco resulta satisfactorio; en particular cuando se refiere a la causa ilícita.

Las tesis de DOMAT y de POTHIER son acogidas, con todos sus defectos, por el Código francés, de donde las toma nuestro GARCÍA GOYENA, quien, al tratar de mejorar su modelo, lo estropea. ZUMALACÁRREGUI se detiene en el examen pormenorizado de los artículos del Proyecto de 1851 que constituyen el inmediato precedente del Código Civil en este punto. La construcción de GARCÍA GOYENA sobre la causa se caracteriza, según ZUMALACÁRREGUI, por su desorientación; una «desorientación que comienza a fraguarse con los postglosadores, se agudiza con DOMAT, se agrava en POTHIER, remite un tanto en el «Code» y alcanza su clímax en el Proyecto de 1851 y en el Código de 1889». En cambio, la postura del Código italiano de 1942 (el de 1865 tampoco pudo sustraerse al poderoso influjo francés) le parece a ZUMALACÁRREGUI respetable, a pesar de que (o más bien precisamente por eso) no define la causa, si bien la eleva a requisito del contrato. Únicamente estima censurable la exigencia legal de que la causa tenga que ser lícita.

Descartada, por estéril y equivocada, la concepción subjetivista de la causa, ZUMALACÁRREGUI proyecta su atención sobre las llamadas teorías objetivas. De la mano de algún jurista francés (DEMOGUE y LOUIS-LUCAS en particular), y sobre todo de los civilistas italianos modernos (BETTI, FERRI, PUGLIATTI y CARIOTA FERRARA, cuya influencia sobre alguno de nuestros civilistas es innegable), destaca que la causa, entendida como elemento del contrato, hay que referirla a éste como un todo. Se transcribe literalmente una frase de BETTI que, a mi juicio, resume (bien que sólo respecto de los contratos sinalagmáticos) en qué consiste la causa. «En los contratos sinalagmáticos, escribe BETTI, la causa no es el objeto cambiado, sino la relación asociativa entre ambas prestaciones. Sólo una visión atomista, que despedace la unidad del negocio, puede ver la causa para el vendedor en el precio o para el comprador en la cosa. No advierten, quienes así piensan, el absurdo de justificar un elemento del todo con otro elemento del mismo todo, en lugar de reconocer la subordinación de ambos a la unidad funcional del todo de que forman parte.» En virtud de esta concepción «totalitaria» (el subrayado es mío) de la causa, un sector mayoritario de la doctrina italiana, concluye que la causa es la «función social del negocio», idea ésta aceptada por algunos juristas españoles y que comparte ZUMALACÁRREGUI. La reseña y comentario de alguna de las sentencias que al autor le parecen más interesantes acerca del concepto de causa, delimitación entre causa y motivos, causa inexistente, causa falsa y causa ilícita, preceden a las conclusiones con que se cierra la primera parte.

La segunda tiene por objeto, como ya se ha indicado, la abstracción

causal. ZUMALACÁRREGUI nos brinda, primeramente, un anticipo de lo que generalmente se entiende por negocio abstracto, que consiste en aislar el «dare» o el «facere» del contrato del que tales efectos derivan, de suerte que «las posibles irregularidades de éste no afectan para nada ni a la efectividad de la transmisión ni a la exigibilidad de la prestación prometida o reconocida». Después de criticar la terminología, se pregunta si la abstracción causal admite o no un tratamiento jurídico unitario, según se refiera al Derecho de cosas o al Derecho de obligaciones. Siguiendo la orientación de HECK contesta negativamente. Para HECK—nos recuerda ZUMALACÁRREGUI—en los negocios jurídico-reales juegan primordialmente los intereses de terceros adquirentes, sin dar gran importancia a la facilidad de la prueba. En los obligacionales, se atiende, sobre todo, a facilitar la prueba, y ello en beneficio e interés del acreedor. De conformidad con este planteamiento sistemático, se examinan separadamente la «traditio», por un lado, y la promesa y el reconocimiento abstractos de deuda, por otro.

El estudio de la «traditio» tiene como pórtico la transcripción de los artículos 609, 1.095, 1.462, 1.463 y 1.464 del Código Civil, y la comparación entre los sistemas español (coincidente con el austríaco), francés y alemán. Según el «Code», la propiedad se transfiere al perfeccionarse la obligación de dar; para el Código alemán, por el contrario, la concorde voluntad de transmitir y adquirir la propiedad es suficiente, independientemente de la existencia de un fundamento jurídico que justifique el desplazamiento patrimonial. El Derecho español, más próximo al francés, exige, sin embargo, la entrega real o simbólica de la cosa. «¿Qué ha podido ocurrir—se pregunta ZUMALACÁRREGUI—para que cinco Códigos de la Europa continental (se han incluido en la enumeración el Código austríaco y el italiano) todos ellos enraizados en el Derecho romano, presenten tan irreconciliables diferencias a la hora de configurar la naturaleza, los requisitos y sobre todo la mayor o menor desconexión causal de la *traditio*?» La contestación nos demostrará, como ha subrayado CASTRO, que la enorme importancia política, económica y social de la teoría jurídico civil de la causa hay que buscarla a través de la historia.

En las fuentes romanas—punto de partida obligado—hay textos favorables tanto a la construcción causal como a la construcción abstracta de la *traditio*. ZUMALACÁRREGUI, conforme con URSICINO ALVAREZ, considera más decisivos y reveladores los primeros. Es más, a su juicio, en los segundos no hay base suficiente para afirmar, fundándose en ellos, que la *traditio* romana fue abstracta y no causal. El Derecho germánico no arroja ninguna luz sobre la cuestión, aunque se deba a él una aportación fundamental: la publicidad en los actos de transmisión, llamada a proteger la seguridad del tráfico. Y tanto en el Derecho intermedio (donde se perfila la clásica teoría del título y del modo) como en el Derecho histó-

rico español, la transmisión de la propiedad es causal, si bien no baste el mero contrato o título, si no viene seguido del modo o tradición.

La concepción abstracta de la *traditio* tiene su verdadero origen en la doctrina alemana del siglo XIX. SAVIGNY es un indiscutible fautor y de la mano de otros eximios juristas posteriores, principalmente IHERING, el famoso contrato real abstracto resulta recogido y sancionado por el BGB. El partidismo de SAVIGNY—hostil al Código francés—, su historicismo y también el clima que por entonces se respiraba en Alemania, le llevan a la conclusión—que trata de apoyar en textos romanos (en particular el famoso de JULIANO, en D. 41, 1, 36)—de que, en la *traditio*, hay un acuerdo real cuyo contenido es la transferencia de la propiedad, que unido a la entrega, basta para que aquella transferencia se produzca, resultado que se obtiene a costa de fraccionar, artificialmente, el proceso traslativo. La afición, propia de la época, por los conceptos, y el afán de proteger la seguridad de las transacciones, explican el éxito de la *traditio* abstracta, de la que, sin embargo, pronto se empieza a estar de vuelta. El recurso al enriquecimiento injusto—que se establece como correctivo mínimo indispensable—no parece bastante. Los intereses del tráfico se tutelan suficientemente mediante la protección al adquirente de buena fe.

¿Es abstracta o causal la *traditio* en el Derecho español? ZUMALACÁRREGUI contesta tajantemente. La *traditio* no puede ser abstracta porque, para articularla de este modo, sería menester configurarla, previamente, como negocio jurídico autónomo. La separación, artificial, entre el contrato de que trae su causa la *traditio* y ésta, presupone elevar la última a la categoría de negocio jurídico. Pero tal cosa no es posible en el Derecho español. Para nuestro Código Civil, la *traditio* no es más que el pago o cumplimiento de una previa obligación de dar. ZUMALACÁRREGUI coincide, pues, con la opinión mayoritaria de la doctrina española. La excepción cualificada que representan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER tiene un punto de apoyo sumamente débil. El artículo 1.160 del Código Civil sanciona, es cierto, el juego de la *condictio*, pero para su caso especial: que el pago haya consistido en dinero u otras cosas fungibles (supuestos en que, por la propia naturaleza de la cosa entregada, no cabe, al menos como regla general, la reivindicación) y salvo que el acreedor hubiera gastado o consumido, de buena fe, la cantidad recibida.

Respecto del Derecho de obligaciones, la abstracción causal tiene su manifestación en las «promesas autónomas de pago». El BGB considera equivalentes la promesa de pago y el reconocimiento de deuda, si bien, por lo que hace referencia al último, se entiende que la asimilación sólo es posible cuando el reconocimiento se ha emitido con voluntad de obligarse. Únicamente entonces cabe sostener que el reconocimiento funda, por sí mismo, la obligación. La distinción entre el reconocimiento-confesión y

el reconocimiento-declaración de voluntad, aparece ya en WINSCHIED y es comúnmente aceptada por los más prestigiosos comentaristas del Código alemán. En la práctica, no siempre será fácil deslindar las dos hipótesis. Tampoco está demasiado claro cuál es el funcionamiento abstracto de la promesa y del reconocimiento, dado que la normativa del BGB sobre tales contratos es muy parca, lo que, con razón, sorprende a ZUMALACÁRREGUI.

Nuestro autor—al plantearse el problema en el Derecho español—sostiene que, ante todo, no es admisible la ambivalencia entre reconocimiento y promesa. El reconocimiento de deuda es, únicamente, una confesión extrajudicial y, por consiguiente, un medio de prueba, sometido al principio general de libre apreciación de las probanzas por el Juez, en particular a la vista de lo dispuesto por el artículo 1.239 del Código Civil. Es más, ZUMALACÁRREGUI ni siquiera cree que el artículo 1.277 del Código Civil sirva para exonerar del todo al demandante de la carga de probar cuál fue la causa de la deuda reconocida. El actor tendrá, si no que demostrar, sí al menos que alegar la causa a que obedece la obligación. La trascendencia del artículo 1.277—de acuerdo con la tesis patrocinada por ESCRIVÁ DE ROMANÍ—queda así reducida a su mínima expresión. Las mismas conclusiones se proponen para la promesa que no exprese su causa. La promesa no es, en el Código Civil español, una figura contractual autónoma. La eficacia de un documento por el que una persona promete pagar a otra cierta cantidad sin indicar el verdadero origen de la obligación—que no puede ser la simple promesa por sí misma—, únicamente podrá ampararse en el artículo 1.277, al que, como hemos visto, se atribuye un alcance sumamente limitado. En suma ZUMALACÁRREGUI sostiene (también con la doctrina dominante) que en el Derecho Civil español no hay, ni puede haber, verdaderos contratos obligacionales abstractos. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1956 y de 13 de junio de 1959 (ambas abstraccionistas, a diferencia de otras) son severamente criticadas y tildadas de germanismo.

La tercera y última parte del libro refiere el tema de la causa y de la abstracción causal al Derecho registral inmobiliario. Se inicia esta tercera parte con la enunciación y exposición sucinta de los llamados principios hipotecarios. El fundamento del sistema se encuentra, según ZUMALACÁRREGUI, en el principio de legitimación («eje diamantino de todo el Derecho registral español») del cual los demás son consecuencia, o desempeñan una función auxiliar. ¿También el principio del consentimiento? Como es lógico, éste es el principio hipotecario que principalmente preocupa al autor, pues sólo aceptando su existencia sería posible dar carta de naturaleza a la abstracción causal en nuestro Ordenamiento, aunque con-

cretada a las modificaciones jurídico-reales que hayan de tener, o tengan, acceso al Registro.

El comúnmente denominado por los hipotecaristas «consentimiento material» es propio del Derecho alemán y reposa en las mismas ideas que explican el carácter abstracto de la *traditio*. La transmisión del dominio, o la constitución o transmisión de un derecho real, se operan en el BGB gracias al acuerdo entre el disponente y el adquirente (acuerdo independiente del negocio jurídico en el que tenga su causa), y la constancia del acto en el Registro. La exigencia de este consentimiento, autónomo y abstracto, en el Derecho registral español supondría la coexistencia, dentro de nuestro régimen inmobiliario, de una verdadera dualidad legislativa. Mientras el sistema del título y el modo, sancionado por el artículo 609 del Código Civil, se aplicaría a las transmisiones inmobiliarias que tienen lugar fuera del Registro, la legislación hipotecaria vendría a instaurar un sistema distinto. Pero es el caso que «si bien el Código Civil respetó la vigencia de la Ley Hipotecaria, no delegó en ella funciones sustantivas. El Registro recibe el acto que se inscribe ya *formado*, fortaleciéndole, desde luego, pero sin variar su naturaleza». El consentimiento de las partes en orden a la modificación jurídico real es, según dice ROCA SASTRE, de naturaleza institucional, y no puede faltar en ningún Ordenamiento jurídico, pero esto no significa que se erija en negocio jurídico independiente (del contrato causal), y menos aún que se trate de un contrato abstracto. Ni siquiera es lícito entender que la inscripción—como pretendió LA RICA—sustituye a la tradición. En suma, pues, el consentimiento material es, en el Derecho Hipotecario español, un mito del que hay que prescindir.

Mas, ¿qué decir del tan traído y llevado «consentimiento formal»? La figura encuentra igualmente su explicación en el Derecho alemán. Para que tenga lugar la modificación jurídico-real se requiere no sólo el consentimiento material, sino, además, una especial declaración del titular del derecho transmitido o gravado autorizando al Registrador a llevar a cabo un asiento que, desde entonces, publicara la nueva titularidad. Esta declaración (consentimiento «formal») se exige no sólo para los actos de transmisión o gravamen, sino también para los extintivos. Por esta vía (la de los actos dirigidos a extinguir un derecho real inscrito) parece haberse introducido el consentimiento formal en nuestra Ley Hipotecaria, por cuanto su artículo 82 exige que «preste su consentimiento *para la cancelación* la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación».

ZUMALACÁRREGUI, cuya postura es justificadamente contraria a la necesidad de un consentimiento especial «para la cancelación», funda su negativa en dos consideraciones, a mi modo de ver, rigurosamente exactas.

Ni la cancelación es un asiento «accesorio», como pretende la doctrina tradicional, ni tiene un significado distinto que el propio de la inscripción. Su función se reduce a recoger la mutación que ya ha tenido lugar en el *status* jurídico de la finca y que, en el caso de la cancelación, consiste en reflejar la extinción de un derecho que ha dejado de existir. La extinción del derecho inscrito puede ser o no la consecuencia de un acto dispositivo del titular. En el primer caso, es claro que se precisa el consentimiento de aquél, pero tal consentimiento es el que, de suyo, incorpora el acto dispositivo, no siendo necesario, para nada, un superfluo y adicional consentimiento cancelatorio. En el segundo, bastará que el titular registral admita la existencia del hecho, acto o negocio, que dio lugar a la extinción del derecho.

El negocio dispositivo de signo extintivo, por excelencia, es la renuncia. ZUMALACÁRREGUI distingue aquí entre la renuncia al derecho inscrito (que no siempre se traduce en una cancelación, y que no exige ni debe exigir consentimiento formal alguno) y la renuncia al asiento. Tal vez esta última variante de la renuncia (que parece concretada a la anotación preventiva) constituye el único supuesto en que sería lícito (y necesario) hablar del consentimiento formal. Pero es el caso, advierte ZUMALACÁRREGUI, que al Reglamento Hipotecario le basta, para que pueda procederse a cancelar la anotación, que la persona a cuyo favor esté extendida lo pida o lo solicite. Esto quizá nos descubra (la apostilla es mía) que el famoso consentimiento formal no es sino una aplicación del carácter rogado del procedimiento registral, que si bien no exige una declaración expresa cuando se trata de que acceda al Registro un acto o hecho inscribible, ha de formularse expresamente si lo único que se pretende es que se cancele un asiento, hipótesis, por otra parte, excepcional, como ZUMALACÁRREGUI se cuida de señalar.

Creo que interpreto bien el pensamiento del autor si, al resumir los capítulos de su libro relativos al rango registral y sus posibles alteraciones, y a la hipoteca constituida por acto unilateral, formulo estas aseveraciones. El consentimiento de que se ocupa el artículo 241 del Reglamento Hipotecario (necesario para que pueda inscribirse la posposición de hipoteca) no es otro sino el embebido en el negocio dispositivo que el acreedor hipotecario tiene que otorgar para que su hipoteca retroceda en beneficio de la que avanza, y la escritura cancelatoria que exige el artículo 237 del propio Reglamento, cuando puede procederse a cancelar la hipoteca unilateral sin el consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó (porque todavía no la ha aceptado), no comporta otra cosa sino la solicitud expresa (que no tendría que plasmarse obligadamente en una escritura) de que desaparezca un asiento que sólo refleja un derecho en fase de formación. Por lo demás, y como subraya ZUMALACÁRREGUI siguiendo

a CHAMORRO, es claro (aunque otra cosa piense la Dirección) que la declaración del dueño de los bienes que se hipotecan no implica consentimiento formal alguno, sino un acto dispositivo pendiente, para su plena eficacia, de la aceptación. Que ésta surta efecto retroactivo puede explicarse, si se quiere, como reserva de rango, pero eso no priva al acto de su naturaleza sustantiva, aunque el Registro, obviamente, tenga que recogerla para que sirva de algo, puesto que la hipoteca no surte efectos sin la inscripción.

III. ALGUNAS ANOTACIONES MARGINALES

1) Con lo escrito hasta aquí concluye la recensión crítica de la monografía de ZUMALACÁRREGUI y espero que mi buen amigo y compañero considere cumplida, aunque con alguna morosidad, la promesa que en su día le hice. Promesa que tiene su «causa» en el elogioso comentario que él hizo de un libro mío, y por «móvil», además del afecto, el deseo de aventurar algunas opiniones propias acerca de un tema tan sugestivo como la causa, y sobre el que, sin embargo, nunca escribí nada. He aquí, pues, la razón que justifica esta especie de apéndice que redacto, innecesario es decirlo, sin otra pretensión que la de formular algunas precisiones que ya existían en mi mente y que han adquirido un mayor grado de concreción gracias a la lectura de la obra que he tenido el placer de resumir.

Creo que con la causa acontece un fenómeno curioso. Cualquier jurista, y en general cualquier profesional del Derecho, aunque sus conocimientos no sean demasiado profundos, no vacilará al contestar, ante un caso concreto cuyos datos se le faciliten, si el contrato que se somete a su consideración tiene o no tiene causa, si ésta es verdadera o falsa, lícita o ilícita. Las dificultades empiezan, al revés de lo que corrientemente sucede, cuando se pasa de la práctica a la teoría, es decir, cuando se trata de definir la causa y explicar, *claramente*, en qué consiste. Subrayo el adverbio porque yo no he sido capaz de entender con absoluta nitidez nada de lo que he leído, a propósito de esta oscura y huidiza noción. Después de haberme devanado los sesos tratando de comprender lo que leía he abandonado el empeño en medio de un lamentable caos mental acompañado, generalmente, de un fuerte dolor de cabeza. Tal vez porque yo o no entiendo una cosa o la entiendo del todo. Dicen que escribo sobre Derecho con claridad. Yo mismo no puedo, naturalmente, afirmarlo, pero lo que sí estoy en condiciones de asegurar es que procuro, por todos los medios, ser claro, y bien sabe Dios el trabajo que me cuesta intentar conseguirlo. Mi supuesta claridad—si es que existe—no tiene más que

un secreto. Solamente escribo sobre aquello que, previamente, yo he comprendido muy bien.

Siendo esto así, nada de extraño tiene que haya tratado de explicarme la causa a mi modo, ya que la manera que los demás tenían de hacerlo escapaba a mi comprensión. El propósito que persigo con estas líneas es simplemente dar cuenta de esta autoexplicación, por si alguien se encuentra en la misma circunstancia que yo y mis reflexiones pueden servirle de algo. Quiero también dejar bien establecido que no tengo la absurda pretensión de ser original. En Derecho, y en particular en Derecho civil, siempre está uno expuesto a descubrir el Mediterráneo. Admito la posibilidad, y aun la probabilidad, de que alguien haya llegado por su cuenta a iguales o parecidas conclusiones que las mías. Sin ir más lejos, entiendo que, en alguna medida, mi versión de la causa no está demasiado distante de la que hace ya bastante tiempo apuntó ALVARO D'ORS (2), aunque, para mí, las cosas no sean tan simples como él las presenta.

2) La raíz del enorme equívoco que la causa ha suscitado se debe, en mi sentir (y aquí empieza y probablemente concluye, mi coincidencia con D'ORS), a haber referido el concepto al contrato en su conjunto. Se olvida que un contrato, cualquier contrato, es siempre el resultado de sumar dos o más actos humanos. Que la concurrencia de esta pluralidad de actos y su íntima trabazón (determinada precisamente por la causa de cada uno) sea imprescindible para que se produzcan los efectos jurídicos que del contrato derivan, no es razón para negarse a ver su estructura compleja y plural. Que el contrato sea (en tanto fuente de obligaciones) un todo no significa que no esté compuesto de partes, perfectamente discernibles, y que el todo no sea concebible sin las partes, y éstas, en tanto tales, postulen un todo, no autoriza a confundir éste con aquéllas. La denominación del contrato sinalagmático por excelencia, la compraventa, es tan significativa como reveladora. La compraventa se llama precisamente así porque mientras una de las partes compra la otra vende, y si bien es cierto que el acto de comprar no se concibe sin el de vender, y a la inversa, no lo es menos que vender y comprar son dos actos distintos y opuestos.

Si aceptamos esta proposición el paso siguiente ha de ser el análisis, por separado, de los actos que, juntos, integran el contrato. La observación de la realidad pone de relieve que cada uno de estos actos consiste precisamente en una promesa o en una prestación (3). Pero como los actos

(2) Cfr. «Sobre la causa de los contratos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1956, págs. 579 y sigs.

(3) Así, en los contratos reales, y hasta tanto se configuren como consensuales, solo una de las partes (el *accipiens*) promete. La otra no formula una promesa, sino que entrega una cosa bajo ciertas condiciones. La entrega, se dirá, tiene lugar *causa credendi*. Existen, además, ciertas figuras contractuales típicas en que la perfección del contrato exige que la prestación prometida se cumpla al

humanos, en tanto voluntario (y por consiguiente conscientes) persiguen siempre un resultado, se llama causa al que cada parte contratante pretende conseguir merced al acto del otro, y que incorpora, como condicionante, a su declaración de voluntad. Siguiendo con la compraventa, el comprador promete pagar un precio *a cambio* de obtener la propiedad de la cosa vendida que ha de proporcionarle el vendedor. La promesa de éste es necesaria, pero no suficiente para que el comprador pueda conseguir el resultado apetecido. De aquí que, como antes decía, aunque comparto, en principio, la misma idea de D'ORS, me parece que su concepto de la causa se queda a medio camino, con lo que la institución pierde, al menos, parte de su utilidad y de su sentido.

La génesis histórica de la doctrina de la causa pone de relieve que la exigencia del requisito causal se predica precisamente del acto de cada contratante, de su promesa. La afirmación de que toda promesa ha de tener una causa para ser eficaz deviene rotunda tan pronto como el contrato, basado en el acuerdo de voluntades, adquiere el rango de categoría general y no limitada a una serie de figuras típicas, como acontecía en el Derecho Romano (4). Particular interés tienen, desde nuestro punto de vista, las promesas unilaterales, es decir, aquellas en que sólo una de las partes promete, sin que su promesa aparezca ligada a otra formulada por el destinatario de la primera. Las vicisitudes que experimentan estas promesas unilaterales arrancan de la *stipulatio* romana y concluyen cuando, debido a la influencia de los canonistas, se admite que la promesa, aun desprovista de toda formalidad, obliga, pero a condición de que responda a un «porqué» (causa) susceptible de justificarla. La causa consistirá en la *liberalitas*, o habrá que buscarla en la promesa o prestación de la otra parte, en tanto la propia promesa no la revele. El problema que se plan-

menos en parte. Esto acontece cuando se constituye una sociedad anónima o de responsabilidad limitada. En el primer caso se exige el desembolso mínimo del 25 por 100 de las acciones suscritas. En el segundo que todo el capital se desembolse al tiempo de fundar la sociedad. Sin embargo, tal vez pueda sostenerse que el desembolso es, más bien, una *condictio iuris* de que depende la eficacia del contrato (sin perjuicio de su provisional eficacia vinculante) y no un requisito necesario para su existencia o perfección.

(4) En el Derecho romano, la idea de que la esencia del contrato descansa en el consentimiento (en la *conventio*) no se abre paso, probablemente, hasta la última fase de su evolución. Cfr. al respecto el enjundioso estudio de ALBERTARIO, «Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile», en *Studi di Diritto Romano*, III, págs. 73 y sigs.

Con todo, ni siquiera entonces se admite que baste el acuerdo de voluntades para que pueda nacer una obligación negocial. Ciertamente, el ámbito de las relaciones contractuales se amplió considerablemente al admitirse, de una parte, los contratos consensuales nominados y, de otra, los contratos reales innominados. Sin duda, la idea de causa, en el sentido de causa final, como requisito justificante, influyó, de hecho, en esta evolución. Pero, de todos modos, no llegó a reconocerse eficacia vinculante, en consideración a su causa, a los nudos pactos.

tea en tal caso («*cautio indiscreta*») estriba en decidir sobre quién pesa la carga de la prueba (5).

Cuando el estudio de la causa se traspasa de las promesas unilaterales a los contratos sinalagmáticos, se sigue operando con la misma idea. La causa continúa, en rigor, referida al acto (o promesa) de cada parte (como también acontece en el vituperado artículo 1.274 de nuestro Código Civil), pero empieza a fraguarse la confusión cuando, quizá por un afán simplificador, se habla no de causa de cada promesa, sino de causa del contrato. Justamente, quien no incurre en esta confusión es DOMAT. Pero también simplifica en exceso. De una parte, al decirnos que en los contratos «que no sean donaciones» la obligación de cada una de las partes es la causa o fundamento de la otra, está confundiendo la causa de la promesa (causa final) con la causa de la obligación (causa eficiente, que sería el contrato mismo). De otra, y aun salvando este error, y dando por bueno que quiso aludir a la causa final, no es cierto que el resultado perseguido por cada parte consista simplemente en que la otra se obligue. Además, la tesis de DOMAT resulta inexpresiva si se la saca del círculo de los contratos de intercambio, e incongruente proyectada sobre las donaciones.

Es curioso, sin embargo, que lo más útil y clarificador de la aportación de DOMAT—no considerar la causa como requisito del contrato—no se aprovecha por la doctrina posterior, y tanto los causalistas como los anticausalistas centran su polémica en torno a si la causa es realmente un elemento contractual distinto del consentimiento y del objeto, polémica que, a mi juicio, y tal como está planteada, ha sido poco o nada fructífera.

Los anticausalistas han operado críticamente sobre la tesis de DOMAT, y fuerza es reconocer que si las escuetas afirmaciones del ilustre jurisconsulto francés se toman al pie de la letra, la crítica ha sido certera. Sin duda por eso el contrataque de los neocausalistas parte de un planteamiento más amplio y, sobre todo, de un concepto distinto de la causa. No puede decirse, sin embargo, que el éxito haya coronado sus esfuerzos.

Los defensores de la teoría subjetiva de la causa (que son, a mi modo de ver, quienes más cerca se encuentran de la verdad) y que, en el fondo, han trabajado sobre la teoría clásica de la causa, tratando de pulirla y de perfeccionarla, no acaban de ser coherentes consigo mismos. Puesto que quienes defienden esta posición (CAPITANT es, posiblemente, su más destacado representante) identifican la causa con la finalidad perseguida por el contratante, lo lógico hubiera sido proclamar abiertamente que la causa es un requisito de la declaración de voluntad de cada contratante. Mas en lugar de admitirlo así, lisa y llanamente, siguen hablando de causa

(5) Sobre la evolución histórica a que se alude en el texto, cfr. la muy completa exposición de CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, traducción española de TARRAGATO, págs. 124 y sigs.

de la obligación (lo que equivale a incurrir en la confusión imputada a DOMAT entre causa eficiente y causa final) o de causa del contrato, sin advertir que, si la causa es, efectivamente, el fin que cada parte persigue al obligarse no tiene sentido referirlo al contrato, entendido éste como un todo. Lo necesario para que haya contrato es el acuerdo de los contratantes sobre el contenido (objeto y causa) de sus respectivas declaraciones de voluntad y sobre la recíproca interdependencia de ambas.

La obsesión por encontrar un concepto unitario de la causa, predicable del contrato en su conjunto, ha dado lugar a formulaciones a veces confusas, a veces inanes, y eventualmente peligrosas. De la confusión, y digo esto con el explicable temor del discípulo que se atreve a contradecir al maestro, no se libra, en mi opinión, el que es sin disputa, y con toda clase de merecimientos, el primero de nuestros civilistas. Innecesario es aclarar que aludo a don FEDERICO DE CASTRO, a quien, por tantas razones, quiero y admiro.

En su magnífica obra sobre el negocio jurídico dedica un extenso apartado a la doctrina de la causa. Vaya por delante que cuando trata de las aplicaciones concretas de dicha doctrina mis coincidencias son mucho mayores que mis eventuales discrepancias. Sin embargo, y si he de ser sincero, me veo obligado a proclamar que no veo muy claro qué es lo que el maestro entiende, en última instancia, por causa del contrato. Al combatir la teoría anticausalista, DE CASTRO propone el siguiente ejemplo: «En la compraventa de un reloj por mil la causa no será el reloj ni las mil, sino la *reciprocidad* entre el precio y la cosa» (6). La primera aseveración me parece rigurosamente exacta. Ni la cosa ni el precio son, obviamente, la causa de la compraventa. Pero tampoco creo que lo sea la reciprocidad entre el uno y la otra. La idea de reciprocidad, en sentido técnico jurídico, hay que postularla, en pureza, de la obligación de pagar el precio y entregar la cosa, y significa la correspondencia que entre dichas obligaciones existe. Ahora bien, sostener que la reciprocidad es la causa de la compraventa, equivale a esterilizar dicho concepto en la medida en que pueda servir para explicar por qué las obligaciones del comprador y del vendedor son, precisamente, recíprocas, o, para ser más exactos, lo que queda sin explicación son los efectos que se siguen de esta circunstancia. La reciprocidad (o sus efectos) son, cabalmente, la consecuencia de que la finalidad que se propone el comprador es adquirir una cosa a cambio del precio que va a pagar por ella, y la que persigue el vendedor es obtener una suma de dinero a cambio de desprenderse de la cosa vendida. Ambas finalidades, como antes he subrayado, son rigurosamente opuestas (por eso el contrato, para decirlo con palabras de CARNELUTTI,

(6) Cfr. *El negocio jurídico*, pág. 178.

se traduce en la composición de intereses antagónicos), aunque complementarias por la potísima razón de que no es posible alcanzar la una sin la otra. Evidentemente, yo no puedo comprar el reloj si no quiere vendérmelo su propietario, ni éste podrá pretender que yo la pague mil pesetas si no quiero comprárselo. Si la idea de reciprocidad la entenderíamos como exigencia de que exista un cierto grado de equivalencia entre la cosa y el precio (exigencia que—salvo en la hipótesis límite de la venta *nummus unu*—es, en principio, extraña a nuestro Derecho positivo común) tampoco la reciprocidad sería la causa del contrato, sino un requisito que la causa tendría que cumplir.

En el polo opuesto a la teoría subjetiva de la causa hay que situar la denominada teoría objetiva. La teoría objetiva de la causa, de gran predicamento en la doctrina italiana, estima que causa del contrato es la «función económico-social» que el mismo está llamado a cumplir. En mi opinión, esta definición de la causa es conceptualmente tautológica, técnicamente inútil, e inadmisibles en tanto pretenda convertirse en el eje de la política legislativa sobre los límites de la autonomía de la voluntad.

Defender que la causa es la función económico-social del negocio, y llegar a esa conclusión para «evitar la visión atomista que despedace la unidad del negocio» (recordemos las palabras de BETTI antes transcritas) equivale a confundir las partes con el todo. Ciertamente que, como acabamos de indicar, la causa en la compraventa no es (y en esto tienen razón tanto BETTI como DE CASTRO) «el precio» para el vendedor o la «cosa» para el comprador. Lo que realmente constituye la causa de la promesa del vendedor es la finalidad de adquirir una cantidad de dinero, y para el comprador la propiedad de una cosa, resultados ambos que, entendidos como fines, son perfectamente racionales y explicables. El concepto de causa, en sentido de fin, no autoriza, obviamente, a identificarla con el objeto, sobre todo si, como estamos tratando de demostrar, la causa debe predicarse de cada declaración de voluntad y no globalmente del contrato. Claro es, y así lo hemos indicado ya, que en tanto el comprador y el vendedor compaginan sus objetivos mediante sus promesas respectivas, ambos quieren el cambio de cosa por precio (es decir, quieren la compraventa), aunque cada uno para conseguir un resultado distinto y opuesto. Ahora bien, si no aceptamos a ver la distinción entre fin y medio, si prescindimos del resultado que cada parte se propone alcanzar y que justifica el compromiso que contrae, para concluir que la causa de la compraventa es el trueque de una cosa determinada por un precio, también determinado, no estaremos definiendo la causa de aquel contrato, sino la compraventa misma. Una cosa es que los contratos se tipifiquen por su función y otra que ésta sea la causa del contrato.

A la luz de la teoría objetiva—y de aquí su esterilidad técnica—la causa deja de ser un instrumento utilizable para la mejor inteligencia de la biología y la patología del contrato. Es más, la unidad del mismo—que no pretendo naturalmente negar, y que es tan cara a los partidarios de la concepción objetivista de la causa—sólo se comprende cabalmente gracias a la causa de las diversas declaraciones que lo integran. La unidad del contrato es una verdad que exige demostración y no basta invocarla como si fuese un dogma de fe. El consentimiento de las partes incluye, desde luego, el acuerdo sobre el carácter recíproco e interdependiente de sus declaraciones de voluntad, pero este acuerdo se funda en el hecho de que cada contratante se obliga en consideración al resultado que va a conseguir mediante la promesa que le hizo el otro, fraguándose, de esta suerte, la unidad contractual. En fin, el propio ZUMALACÁRREGUI, que se adhiere a la teoría objetiva de la causa, no parece muy convencido de que con ella se llegue demasiado lejos. «¿Nos es realmente útil—se pregunta en la página 114 de su libro—referir el concepto de causa al contrato y al negocio jurídico, dando el caso como visto para sentencia? ¿Hemos conquistado algo deteniéndonos en el centro de las coordenadas función social-negocio jurídico?» Las dos preguntas quedan sin respuesta a pesar de que, a renglón seguido, asevera que «la idea de la función social es incuestionablemente luminosa». Por mi parte, no alcanzo a ver cuál pueda ser el área iluminada y creo que ZUMALACÁRREGUI tampoco o, al menos, no la señala y delimita.

En rigor, y éste es el aspecto más destacable de la teoría objetiva de la causa y el que puede tener mayor trascendencia práctica, la función económico-social del contrato no es tanto su causa—aunque se la presente como si lo fuera—como la razón de que el Ordenamiento sancione los diversos contratos que conoce y etiqueta atribuyéndoles efectos jurídicos.

La teoría subjetiva—viene a decirse— exalta en exceso el poder creador de la voluntad humana en el campo del Derecho, con olvido de que sólo puede ser jurídicamente eficaz en la medida en que la norma quiera y admita que lo sea. Sin perjuicio de que esta acusación tenga algún fundamento, aunque aplicada al papel predominante que algunos de los partidarios de la teoría subjetiva, con evidente exageración y hasta con cierta inconsecuencia, atribuyen a la voluntad negocial, creo que el planteamiento del problema por parte de los defensores de la teoría objetiva de la causa peca de tendencioso.

Nadie duda, desde luego, de que la voluntad del hombre no es jurídicamente eficaz al margen de la norma. De otra parte, la causa, en tanto se postula como requisito de la declaración de voluntad, desempeña y ha cumplido siempre, una función habilitante o justificante. La exigencia—como antes se ha recordado—de que la promesa responde a una fina-

lidad susceptible de justificarla se encuentra en los mismos orígenes del instituto. La validez del pacto *nudum a solemnitate sed non nudum ad causam* significa, ni más ni menos, que la voluntad, por sí sola, no basta para que surja una relación obligatoria. Es menester que quien se obliga lo haga en virtud de un fin, que se valora no sólo desde el punto de vista subjetivo del obligado, sino bajo la óptica de una consideración objetiva.

Otra cuestión es la de fijar el margen de tolerancia operativa que el Derecho positivo debe reconocer a la voluntad negocial. La ley no puede proceder en este orden de cosas arbitrariamente, o en atención a simples circunstancias coyunturales. El principio de respeto a la autonomía de la voluntad, aunque naturalmente haya de tener sus límites, es una manifestación del debido a la libertad y a la dignidad de la persona. Y he aquí el peligro que entrañan las teorías objetivas sobre la causa. Entendida ésta como la función económico-social del contrato, la tentación de limitar la libertad de los particulares a la simple posibilidad de dar vida a supuestos contractuales que encajen dentro de los esquemas típicos contemplados por el legislador, es casi insoslayable. Sólo estos esquemas negociales responden claramente a una función que el legislador ha valorado previamente y ha juzgado suficiente para otorgarle su bendición. Los contratos innominados o atípicos quedarán desprovistos de valor salvo que, trabajosamente y con calzador, puedan asimilarse a alguna forma típica, aisladamente considerada, o combinada con otra u otras. A fuerza de querer objetivizar la causa se termina por asignarle un significado opuesto al que históricamente desempeñó.

Ni que decir tiene que el Código Civil español es ajeno a este sistema que no vacilo en calificar de retrógrado. Su espíritu liberal en este punto resplandece en el artículo 1.255. «Los contratantes—nos dice—pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público.» Este triple freno, que puede ser manejado con gran elasticidad tanto por el legislador como por el juez, asegura, siempre que sea utilizado diestramente, que la libertad que se reconoce a la persona no se convertirá en libertinaje. Siempre que se respeten aquellas limitaciones, el contrato, cualquier contrato, aunque no esté legalmente tipificado, será válido, en principio, a condición de que la obligación que se asuma o la prestación que se realice comporten una contrapartida, tengan por fin remunerar un servicio (7), o favorecer, sin exigir una compensación, al beneficiario. Este es el significado normativo del artículo 1.274 del Código Civil, y esto es lo que importa destacar al comentarlo, sin dar demasiada importancia a

(7) Sobre el posible significado de la «causa remuneratoria», además de la previsible alusión a las donaciones de esta clase, *vid.* la interesante explicación de DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 269.

sus indudables deficiencias técnicas, acaso no tan graves como pretenden sus detractores.

Hasta aquí he expuesto mis ideas sobre la causa partiendo (como por lo demás es usual en la doctrina) de los contratos de intercambio, y dentro de ellos, de la compraventa. Pero creo que la concepción finalista de la causa, tal como yo la entiendo, puede adaptarse sin grave dificultad a otras figuras contractuales. No es posible, obviamente, que intente ahora recorrerlas una por una (si bien el recorrido tendría que limitarse necesariamente a los contratos típicos), pero de todos modos y ya que, casi sin proponérmelo, he empezado a escribir sobre la causa por cuenta propia, parece inexcusable que diga algo a propósito de ciertos contratos en los que concretar lo que sea su causa puede revestir alguna complejidad, y que me refiera, siquiera sea muy brevemente, a los contratos reales y a la donación.

Las hipótesis complejas a que acabo de aludir son la sociedad y la transacción. La diferencia entre estos dos tipos contractuales (a su vez tan distintos entre sí, aunque haya una nota común que, salvando todas las distancias, les asemeja) es que, al revés de lo que acontece en los contratos de intercambio, las partes no persiguen fines opuestos (aunque complementarios), sino que en ellos se da una coincidencia de fines. En la sociedad (contrato plurilateral por excelencia) el resultado que cada parte se propone conseguir no se obtiene sólo merced al cumplimiento de las prestaciones de los demás, porque las mismas, en lugar de intercambiarse, están destinadas a constituir una masa patrimonial común, que servirá de base para el ejercicio de una actividad de la que se espera un beneficio también común. Cada declaración de voluntad incluye, pues, un doble objetivo coincidente. En la transacción también hay un fin común (evitar un pleito o poner fin a uno ya comenzado, según reza el artículo 1.809 del Código Civil) que se alcanza mediante las recíprocas concesiones de las partes. El hecho de que el fin, tanto en la sociedad como en la transacción, sea común, en el sentido expuesto, no quiere decir, sin embargo, y esto es lo que ahora quiero destacar, que la causa deba predicarse en estos casos del contrato en su conjunto y no de cada declaración, pues tanto en la sociedad como en la transacción, cada contratante persigue satisfacer su propio interés particular. Ambos contratos dan solución a un conflicto de intereses (como acontece en todos los contratos onerosos), lo cual se ve muy claro en la transacción, pero también puede aplicarse a la sociedad (8).

Por lo que dice a los contratos reales, y mientras continúen siéndolo (otro tema es que deban o no dejar de serlo), hay que atender, de una

(8) Cfr. al respecto mis *Estudios de Derecho mercantil*, 2.^a ed., I, pág. 276.

parte, a la entrega que realiza el acreedor, que es necesaria para que el contrato se perfeccione, y de otra, a la obligación (u obligaciones) que asume el deudor. El fin de la entrega en el comodato y en el mutuo es facilitar a otra persona el uso de una cosa o la disponibilidad de una suma de dinero, y obtener, además, eventualmente, una compensación o contrapartida, lo que sólo está permitido en el segundo supuesto. A su vez, el deudor se obliga a devolver la cosa o cantidad recibida (y adicionalmente a pagar intereses) para poder usar la una o disponer de la otra, ya que si no contrae dicha obligación el comodante o prestamista no realizará la entrega. En el depósito, la entrega se hace para que la cosa depositada sea custodiada por el depositario, quien, por su parte, se obliga a fin de prestar un servicio al depositante, desinteresadamente o para obtener una remuneración. Por último, en la prenda, la cosa pignorada se entrega con la finalidad de garantizar una deuda, lo que explica que, para obtener la garantía, el acreedor pignoraticio tenga que obligarse a cuidar de la cosa y sobre todo a devolverla, una vez que la deuda garantizada haya sido satisfecha.

3) Pasemos, por último, a la donación, arquetipo de los actos gratuitos, con la advertencia de que lo que se diga de ella es aplicable *mutatis mutandi*, en lo fundamental, a los demás contratos que merecen aquella connotación, es decir, a los que el artículo 1.274 del Código Civil llama de «pura beneficencia».

Es evidente que en la donación la causa hay que referirla exclusivamente al acto del donante, pues salvo en las donaciones modales u onerosas, es sólo él quien da o se obliga a dar (9). La cuestión, aun vista desde la óptica de la teoría subjetiva de la causa, no ha dejado de suscitar algunas dificultades. Se ha señalado la confusión, al tratar de la causa de las donaciones, entre causa y motivos y entre causa y consentimiento. La equiparación entre la causa de la donación y los móviles que han impulsado al donante es imputable a DOMAT. Posiblemente porque, al tratar de la causa, no se planteó claramente la contraposición entre causa eficiente y causa final, y pensando, tal vez, más en la primera que en la segunda, creyó que al no poder ser la donación causa de sí misma, su fundamento había que buscarlo fuera de ella. La pretendida fungibilidad entre causa y consentimiento es la objeción que formulan los anticausalistas a la doctrina clásica de la causa, que, a partir de POTHIER, entiende que la causa de la donación consiste en la «pura liberalidad». Sin embargo, y como ha señalado con justeza CAPITANT (10), la supuesta confusión

(9) Según los artículos 609 y 618 del Código Civil, la donación es un acto dispositivo. Sin embargo, no parece imposible la donación obligatoria. Cfr., por ejemplo, el artículo 1.397, que alude al que diere o *prometiere* capital para el marido.

(10) *Ob. cit.*, pág. 82.

obedece a un defectuoso análisis del acto volitivo del disponente, en el que es perfectamente discernible «la pura voluntad de obligarse o de transferir la propiedad» y «la razón inmediata de esta voluntad».

A mi juicio, decir que la causa de la donación estriba en la «mera liberalidad del bienhechor», como afirma el artículo 1.274 del Código Civil siguiendo a POTHIER, no es, quizá, del todo exacto. Me parece preferible situar la causa de la donación en el propósito de enriquecer a otro sin ánimo de obtener la seguridad jurídica de una contrapartida, es decir, sin que el donatario quede obligado a dar o hacer cosa alguna en beneficio del donante o de tercera persona, excepción hecha de las donaciones «con causa onerosa», en las que se impone al *accipiens* una carga cuyo valor se estima inferior al de los bienes donados. La concepción del acto gratuito como contrapuesto al oneroso, debe llevar a esta acepción más restringida del *animus donandi* en lugar de fundarlo en la simple *liberalitas* que, entendida con todo rigor, no siempre existe, sin que por ello dejemos de estar, necesariamente, en presencia de una verdadera donación. Todos sabemos que al lado de donaciones totalmente desinteresadas y espontáneas hay otras que se hacen para cumplir con un uso social, por compromiso, en las que podría ponerse en cuestión si verdaderamente hay ánimo liberal, más difícil de localizar todavía si con la donación se pretende predisponer favorablemente al donatario del que se espera algún favor o compensación. En tanto la liberalidad comporta «generosidad» o «desprendimiento», según nos dice el Diccionario de la Real Academia Española, no parece que las donaciones de que acabamos de hacer mención encajen en esas categorías. Consecuentemente, para saber si se da o no la «mera liberalidad» habría que descender al examen de las motivaciones del donante (con lo que, en alguna medida, se vendría a coincidir con DOMAT) para concluir que, cuando aquel requisito falte, el acto no sería donación. Se trataría de una disposición falta de causa.

Por mi parte, estimo que esto sería ir demasiado lejos. No parece dudoso que el artículo 1.274 del Código Civil, al definir la causa de los contratos «de pura beneficencia» se inspiró—vía GARCÍA GOYENA—en POTHIER y éste a su vez quiso fijar la causa de la donación haciendo abstracción de los móviles en cuya virtud obró el donante, separándose así de la tesis de DOMAT. Entiendo, por tanto, que, como regla general, la distinción entre causa y móviles es también válida para las donaciones, salvo que el móvil tiña al acto de ilicitud (más adelante me ocuparé de este particular), o se trate de un móvil causalizado, bien por el propio donante (si lo incorpora como condicionante a su declaración de voluntad) o por el Derecho objetivo. Esto último acontece, por ejemplo, en las donaciones remuneratorias y en las otorgadas por razón de matrimonio. En dichos supuestos quiebra, en parte, la disciplina peculiar de la dona-

ción (11) e incluso se desvanece totalmente si la ley considera, a la vista de la naturaleza de la situación de hecho que ha determinado la disposición, que el acto no puede ser conceptuado como gratuito. Lo que sucede cuando la entrega se hizo en virtud de alguna de las «justas causas» de que nos habla el artículo 1.901 del Código Civil, precepto que, de suyo, merece un comentario especial, imposible de hacer aquí.

4) Perfilado el concepto de causa, tal como yo lo entiendo, y sin perjuicio de que la cabal expresión de mi pensamiento exigiría mayores desenvolvimientos, que ahora serían improcedentes, pues no sería oportuno que bajo el pretexto de comentar una monografía sobre la causa me lanzara a escribir otra por mi cuenta, cumple que, siguiendo el ejemplo de ZUMALACÁRREGUI, trate de sentar mis propias conclusiones. Estimo que la idea matriz que inspira mi punto de vista, es decir, que el contrato consiste en la resultante de sumar dos o más actos humanos, de donde se sigue que la causa justificante o final hay que contemplarla en función de cada uno de ellos, permite puntualizar con alguna precisión, cuando la causa existe o no, si es lícita o ilícita, verdadera o falsa. Puede también contribuir a la mejor comprensión de la verdadera naturaleza de los negocios jurídicos abstractos (12).

¿Cuándo puede decirse que la promesa del que contrata carece de causa? Relativamente a los contratos onerosos (en particular si son consensuales, pues de los reales me ocuparé seguidamente) la causa de la promesa estriba en el resultado que el promitente pretende conseguir merced a la promesa de la otra parte, y como este resultado se traduce en la contraprestación que ha de recibir, faltará la causa si esa prestación no se ha concretado suficientemente, si su cumplimiento deviene imposible, si no se han dado los supuestos fácticos previstos para que realmente haya contraprestación, cuando el promitente tenga derecho a percibirla por otro concepto y, en general, siempre que, de hecho, sea inexistente. Por ejemplo, la prestación no estará suficientemente concretada si el señalamiento del precio se dejó al arbitrio de persona determinada (artículo 1.447 del Código Civil) y aquélla no lo fija dentro del plazo que se le señaló al efecto; el cumplimiento de lo prometido resultará imposible si la cosa vendida se pierde al tiempo de celebrarse la venta (artículo

(11) Sin embargo, y respecto a las donaciones remuneratorias, su régimen jurídico es oscuro. La oscuridad es imputable a la confusa redacción del artículo 622. La que llamo causalización del móvil aparece más clara en las donaciones por razón de matrimonio. Según resulta del artículo 1.333, la donación es revocable si el matrimonio no llegara a celebrarse, con lo que se añade una nueva causa revocatoria. En cambio, parecen excluirse la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos y por ingratitud.

(12) Prescindo de otras posibles aplicaciones de la doctrina de la causa para no alargar excesivamente estas notas y ceñirme, además, a las que ha estudiado ZUMALACÁRREGUI.

lo 1.460-1.º) (13); faltan los supuestos fácticos contemplados, en el caso de que una persona adquiera unas acciones, que no valen nada, por una determinada cantidad, a cambio de que quien la percibe libere al adquirente de unas responsabilidades que no le llegan a ser exigidas (supuesto contemplado por la sentencia de 8 de enero de 1964); el promitente tiene derecho a la contraprestación si se trata de servicios que el que los promete está obligado a prestarlos por razón de su cargo, o si la prestación se le debía por otro concepto (14); por último, no hay propiamente contraprestación si el señalamiento del precio se deja al arbitrio del comprador (art. 1.449 del Código Civil y sentencia de 25 de abril de 1960). También carecerá de causa la promesa, aunque se cumpla (o pueda cumplirse) la contraprestación prometida por la otra parte, si el resultado perseguido ya se ha conseguido. Así, la transacción celebrada en la ignorancia de que el pleito ha sido zanjado por sentencia firme. En todas estas hipótesis, la promesa carece de justificación y debe estimarse nula. En última instancia, como anteriormente subrayé, la función de la causa es esencialmente justificante (15).

En los contratos reales la entrega del acreedor ha de ser simultánea o anterior a la perfección del contrato. La estructura técnica del contrato real, por tanto, exige que la prestación del acreedor y que justifica la promesa del deudor, se verifique al mismo tiempo o previamente. En otro caso, la promesa carecerá de causa. Con todo, si los contratos reales pa-

(13) Si la cosa se ha perdido sólo en parte no falta totalmente la causa, pero la finalidad que se ha propuesto el comprador se frustra parcialmente. Por eso, el párrafo segundo del artículo 1.460 le permite optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido.

(14) Para POTHIER, los casos del acreedor que entrega una suma al deudor para que éste cumpla la prestación debida o del litigante que satisface una cantidad al juez para que falle con arreglo a Derecho dan lugar a convenciones con causa ilícita. En rigor, la promesa o la *datio* del acreedor o del litigante carecen de causa, mientras que el compromiso asumido por el deudor o por el juez tienen causa ilícita. Si, por el contrario, se defiende una concepción «unitaria» de la causa, la catalogación de ambos supuestos se hace de forma ambigua. Así, DE CASTRO estima que falta la causa «cuando no hay servicio que remunerar, pues, por ejemplo, se actúa cumpliendo las obligaciones de funcionario público»; pero, al propio tiempo, sostiene que hay causa ilícita «en lo dado o prometido... para que el funcionario cumpla con su deber». (Cfr. *El negocio jurídico*, cit., páginas 232 y 251.)

(15) Se dirá tal vez que, si no en todas, por lo menos en muchas de las hipótesis examinadas es inútil fundar la nulidad del contrato en la falta de causa cuando basta aducir la carencia de objeto. A mi juicio, este expediente simplifica con exceso la cuestión. En el caso, por ejemplo, de pérdida anterior o simultánea de la cosa vendida, que la promesa del vendedor sea nula, no significa, sin más, que también haya de serlo la del comprador. Esto es efectivamente lo que sucede, pero la nulidad total del contrato sólo se explica en virtud del carácter interdependiente de las dos promesas, que obedece, según antes procuré demostrar, a que el resultado que cada parte persigue se obtiene precisamente mediante el cumplimiento de la promesa que le ha hecho la otra.

sasen a ser consensuales—y éste debe ser el desenlace de su evolución—la no entrega de la cosa dejaría de constituir un caso de falta de causa. El deudor, sin embargo, estaría legitimado para oponer al acreedor la *exceptio non adimpleti contractus*, que también encuentra su fundamento en el significado y función de la causa.

5) La causa no sólo ha de existir, sino que, además, tiene que ser lícita. Los contratos, sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno, dice el artículo 1.275 del Código Civil, aunque en el segundo caso (ilicitud de la causa) el alcance de la declaración de ineficacia viene mitigado por lo establecido en los artículos 1.305 y 1.306 que consagran la antigua regla *nemo suam turpitudinem allegans auditur*. El propio artículo 1.275 indica que la causa es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral. Lo que quiere decir, de acuerdo con nuestro concepto de la causa, que ésta será ilícita si el resultado perseguido por los contratantes, o al menos por uno de ellos (después aclararé esta matización) es contrario a las leyes o inmoral.

La ilicitud de la causa puede derivar del propio contenido de las declaraciones de voluntad negociales. Así sucede si una persona se obliga a realizar un acto ilícito mediante el pago de una cantidad que le ofrece otra. En este caso, la causa de ambas promesas es ilícita, aunque el resultado que cada parte se propone conseguir es diferente (16). La ilicitud es igualmente común, claro está, si el resultado (ilícito) perseguido es el mismo, en lugar de ser distinto. Se trata, por ejemplo, de constituir una sociedad para dedicarse a actividades prohibidas, o de concertar un convenio de limitación de precios en contravención de las leyes de defensa de la competencia. Cabe también que sólo sea ilícito el resultado perseguido por una de las partes, supuesto en el cual la ilicitud viene determinada por la relación de medio a fin entre la promesa y su causa, o para ser más exactos, entre lo prometido y lo que se quiere conseguir a cambio. Si se exige el pago de una cantidad por devolver unas cartas comprometedoras (típico caso de chantaje) la entrega de aquéllas (obligación asumida por el promitente) no es un acto ilícito; la inmoralidad dimana de exigir un precio por la devolución. La circunstancia de que sólo una de las promesas esté viciada porque su causa es ilícita no obsta a la nulidad total del contrato (dada la interdependencia entre las declaraciones de las

(16) Para quien se ha obligado a llevar a cabo un acto ilícito—atentar, por ejemplo, contra la vida o la libertad de otra persona—la promesa es doblemente ilícita, en cuanto al objeto y en cuanto a la causa. Respecto de ésta porque, indudablemente, es inmoral exigir una cantidad por llevar a cabo un acto penado por la ley. Por ello, y porque, además, la contrapromesa es sólo ilícita en cuanto a su causa, debe aplicarse lo dispuesto por los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil, siendo de advertir que el primero (y no hay razón para pensar otra cosa si procede aplicar el segundo) considera equivalentes los supuestos de ilicitud de la causa o del objeto.

dos partes), pero exige aplicar la regla segunda, del inciso final, del artículo 1.306. El contratante inocente podrá reclamar lo que hubiese dado y no está obligado a cumplir lo que hubiera prometido.

Empero, la praxis jurisprudencial pone de relieve que la causa puede ser ilícita aunque el contenido o la naturaleza de las respectivas promesas o prestaciones no sea inmoral o ilegal. Lo que acontece, generalmente, si el contrato tachado de ilicitud, es un contrato típico. Para alcanzar esta solución los Tribunales han tenido que profundizar en el concepto de causa, y saltar sobre una distinción tradicional: la que contrapone la causa a los móviles. Ello ha determinado no poco escándalo entre los partidarios de la teoría objetiva de la causa, hasta el punto que se ha llegado a decir que «la expresión causa ilícita es una equivocación del legislador» (17), pues, ciertamente, si llamamos causa a la función económico-social del contrato, la ilicitud causal es inimaginable, al menos cuando se trate de una causa legalmente tipificada.

Por supuesto, la dificultad deja de ser insuperable si prescindimos de esta equivocada manera de entender la causa y nos centramos en su verdadero sentido. En tanto la causa se conciba como el resultado que cada parte persigue alcanzar por medio del contrato, y dado su valor justificante, se advierte sin el menor esfuerzo que, *desde el punto de vista lógico*, no hay razón alguna para detenerse en el primero y más inmediato de los fines perseguidos por quienes contratan, desentendiéndose de los demás. Si se ha de dictaminar sobre la licitud o ilicitud de una compra no cabe despachar la cuestión argumentando que causa de la compraventa, para el comprador, es la adquisición de la cosa vendida, pues entonces (y salvo que se intente comprar una cosa cuya venta esté prohibida) todas las compras serían lícitas. La separación entre causa y motivos no viene impuesta por ninguna exigencia lógica, repito, sino por una consideración práctica: la necesidad de proteger la seguridad del tráfico. Al amparo de esa necesidad se ha producido la escisión, por lo demás un tanto artificial, entre el resultado que se obtiene en virtud de la propia dinámica del contrato, al que se llamará causa, y los demás fines concretos que mueven a los contratantes. Se compra una cosa para adquirir su propiedad, pero, a la vez, para usarla, para regalarla, para invertir dinero, etc.

En principio, es natural que estas motivaciones concretas y subjetivas sean jurídicamente irrelevantes. La otra parte contratante no puede resultar afectada o perjudicada por ellas (la eventual trascendencia del móvil no se circunscribe necesariamente al caso de que sea ilícito), porque, de lo contrario, la contratación sería impracticable. Mas la irrelevancia del móvil debe cesar tan pronto como cesa, asimismo, la razón en que se

(17) CARIOTA FERRARA, citado por ZUMALACÁRREGUI, pág. 53.

funda. Es decir, y como indiqué anteriormente al ocuparme de la donación, si el móvil se incorpora como condicionante a la declaración de voluntad, o el propio Derecho objetivo le concede, de alguna manera, repercusión sobre los efectos del contrato. A estas dos hipótesis hay que agregar otra que es la que aquí interesa; en la hipótesis de motivo ilícito, que la contraparte lo conozca y, en alguna medida, participe de él. En este supuesto (como en los anteriores) debe desaparecer la distinción, que antes he calificado de artificial, entre fin primario y fines secundarios, para causalizar todos los que efectivamente han sido tenidos en cuenta por los contratantes. El problema, que habrá que resolver caso por caso, estriba en decidir cuándo existe aquella participación en el móvil ilícito que, *prima facie*, sólo es privativo de uno de los contratantes. Como criterios orientadores, y a título indicativo, pueden adelantarse los siguientes. Se participa en el fin ilícito cuando, en consideración al mismo, se pactan condiciones más ventajosas que las usuales, o si se celebra el contrato con el propósito de colaborar en la consecución del designio prohibido por la ley o contrario a la moral.

Estas consideraciones ponen de manifiesto hasta qué punto es inaceptable la visión aséptica y objetiva de la causa que estoy tratando de combatir. Claro es que, quienes así piensan, no pretenden negar la nulidad de los contratos en que los contratantes se propongan un fin inmoral. Pero siendo esto así, cabe preguntarse qué utilidad tiene forjar un concepto de la causa cuya esterilidad, como antes denuncié, es manifiesta. Aducir que el propio artículo 1.274 del Código Civil obsta a la causalización del móvil equivale a incurrir en el contrasentido de argumentar tomando como base un precepto que, previamente, ha sido acerbamente criticado, por responder, según se dice, a una idea equivocada de la causa. Significa también ignorar que los pronunciamientos de ese artículo (cuya insuficiencia técnica soy el primero en reconocer, lo que no postula, sin embargo, su total inoperancia) no se oponen rotundamente, sino que antes bien propician una construcción de la causa dentro de la línea que propugno, lo que permite insuflar virtualidad práctica al requisito de la licitud de la causa, el cual resultaría casi sin sentido en cuanto hubiera que proyectarlo sobre los contratos típicos. Por otra parte, si se renuncia a causalizar el motivo se priva al intérprete de un precioso elemento auxiliar, cuando, enfrentado con el caso concreto, ha de pronunciarse sobre la licitud o ilicitud del contrato que se somete a su consideración. Por último, sólo si la causa se concibe como el fin que justifica la promesa o declaración de *cada contratante* es posible interpretar y aplicar racionalmente los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil.

Ambos preceptos—de acuerdo con la tradición histórica en que se inspiran—distinguen según que la «causa torpe» esté de parte de ambos contratantes o sólo de uno. En el primer caso, la *soluti retentio* es recíproca, mientras que, el segundo, sólo podrá oponerla el contratante no culpable, que está facultado, en cambio, para reclamar lo que hubiese dado (consecuencia o efecto normal de la nulidad). Ahora bien, en mi opinión, si la causa se imagina como un elemento del contrato, en su unidad, la contraposición entre causa torpe común y causa torpe singular es punto menos que inconcebible. Contrariamente, en cuanto refiramos la causa, por separado, a cada declaración de voluntad, a cada promesa, desaparece este obstáculo lógico. Al poner algunos ejemplos de convenios (atípicos) con causa ilícita he destacado que, en algunos, las respectivas promesas tenían causa ilícita, mientras que en otros la ilicitud sólo afectaba a una de ellas. Así, en los casos de chantaje, la causa torpe sólo existe del lado del chantajista, no del lado de la víctima. También en los contratos típicos (en que la ilicitud proviene de la causalización del móvil) no es indiferente, o por lo menos no lo es siempre, que uno de los contratantes asuma el papel de protagonista y el otro el de colaborador. En el ejemplo clásico, préstamo hecho a un jugador para que pueda seguir jugando (la despenalización del juego no ha terminado con la distinción civil entre juegos lícitos o ilícitos), parece que se debe conceder al prestamista que prestó desinteresadamente derecho a repetir lo prestado. Lo contrario, en particular, si además el jugador ha ganado, sería manifiestamente inmoral.

6) De la existencia y licitud de la causa dependen la validez misma del contrato, pero no sucede necesariamente lo mismo si la causa es falsa. La expresión de una causa falsa en los contratos—dice el artículo 1.276 del Código Civil—dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.

La causa es falsa si el resultado a que responde la declaración, de conformidad con el contenido, no es el que el declarante se ha propuesto conseguir. Si este resultado consiste, simplemente, en crear una mera apariencia formal, de suerte que no se ha querido que la declaración surta efectos jurídicos no sólo falta la causa (por tanto, la que se ha expresado es falsa), sino que falta la voluntad negocial. Cuando esta actitud es unilateral, es decir, cuando sólo concurre en uno de los contratantes, estamos en presencia de la llamada reserva mental, jurídicamente inoperante, como regla general (18), en atención a consideraciones tan

(18) Se señala como excepción a la inoponibilidad de la reserva mental el hecho de que haya sido conocida por la otra parte. Excepción ésta sancionada por el BGB que, como advierte DE CASTRO, resulta de difícil justificación (cfr. *El negocio jurídico*, págs. 97 y sigs.). Se aproxima a la reserva mental el supuesto de declaraciones hechas en la inteligencia de que no serán tomadas en consideración.

elementales como el respeto debido a la buena fe y a la seguridad jurídica. Contrariamente, si ninguna de las partes quiere que su declaración sea jurídicamente operativa, y están de acuerdo en este punto, se tratará de un contrato simulado, con simulación absoluta. Se ha querido la forma del negocio, pero no el negocio mismo (19). La finalidad real-

La trascendencia invalidatoria de la ausencia de voluntad negocial depende, claro es, de las circunstancias del caso.

El Derecho canónico, sin embargo, estima que la reserva mental determina la nulidad del contrato matrimonial (cfr. canon 1.086). La solución, desprovista de fundamento, está sirviendo para que los Tribunales Eclesiásticos gocen prácticamente de un poder ilimitado a la hora de declarar nulidades matrimoniales y facilita, por tanto, la posibilidad de obtener, por vía indirecta, lo que, en rigor, son verdaderos divorcios. Con lo que, de paso, se pone en entredicho la indisolubilidad del vínculo, tan ardentemente defendida.

(19) Lo característico de la simulación es, pues, que aun habiéndose querido la declaración no se han querido los efectos jurídicos que derivan de la misma. Pienso, por consiguiente, que la ineficacia propia del acto simulado sólo se explica suficientemente desde el punto de vista de la llamada teoría de la voluntad, si bien para que cobre todo su sentido es menester percatarse de la distinción apuntada.

La dirección normativista repudia esta manera de entender el fenómeno simulatorio. La voluntad del agente, viene a decirse, no es la que produce los efectos jurídicos y ni siquiera depende de ese factor que aquéllos tengan lugar o no. Todo lo más que el agente puede querer, dice CARNELUTTI (*Sistema*, cit., III, página 463), puesto que depende de su voluntad, es la forma del acto, pero cuando la ha querido los efectos que de ella se derivan están fuera de su dominio. Querer la forma y no querer el efecto sería como querer apretar el gatillo de la escopeta cargada y no querer que salga el disparo. En términos más sofisticados, aunque menos claros, se produce BETTI. Según BETTI (*Il negozio giuridico*, págs. 37 y siguientes) es equívoco e inexacto suponer que el negocio jurídico consiste en una o varias declaraciones de «voluntad». Cuando el sujeto emite una declaración de contenido negocial no afirma, o al menos al Derecho le es indiferente que lo afirme, la existencia de una volición interna. La palabra voluntad no es unívoca, sino equívoca. Significa tanto lo querido, el objeto del querer, como la volición, entendida como hecho psíquico interno. El Ordenamiento prescinde de estas sutilezas para atender sólo a lo declarado.

En vista de ello, la anomalía que la simulación comporta se centra en la causa. CARNELUTTI estima que causa del acto es el interés inmediato que mueve al agente, y en la simulación sucede que el acto se realiza sin interés en la producción del efecto jurídico que se deriva de su forma. Supuesto que la causa es, para BETTI, la función económico-social a que el negocio responde, la simulación consiste en la falta de concordancia entre aquélla y el fin práctico que las partes realmente se proponen alcanzar. Se abusa de la función instrumental del negocio porque se le pone al servicio de una función que no es la suya.

¿Qué hay de cierto en todo esto? En mi opinión, un enorme equívoco. En primer lugar, no se entiende cómo se puede prescindir de la voluntad si se dice que la simulación estriba en la falta de interés en la producción del efecto jurídico correspondiente a la forma del acto. Esa falta de interés obedece, en suma, y sólo así la idea resulta comprensible, a que no se ha querido el efecto jurídico ligado a la forma negocial escogida. El símil de la escopeta propuesto por CARNELUTTI, aunque brillante, no es afortunado. No se quiere apretar, ni se aprieta, el gatillo, no se dispara, pues, el arma, sólo se aparenta (se simula) la acción de disparar. Paralelamente, la discrepancia entre la función económico-social del negocio y el fin práctico perseguido postula que la primera no ha sido querida. En segundo término, que los efectos jurídicos del negocio sean obra de la norma

mente perseguida, al dar vida a un negocio sólo aparente, puede ser inocua, aunque, generalmente, tendrá por objeto perjudicar a terceros. El negocio absolutamente simulado se inscribe, entonces, en la órbita de los hechos ilícitos y de aquí que, sin perjuicio de que pueda ser declarada su ineficacia (20), dará lugar a que sean exigibles las responsabilidades civiles o penas que procedan.

Asimismo, es falsa la causa si el resultado perseguido es distinto del declarado, pero sin que se excluya totalmente la eficacia jurídica de la declaración. La simulación, que también en esta su segunda variante exige el acuerdo simulatorio, es, en tal caso, solamente relativa. Suele decirse que en la hipótesis de simulación relativa las partes llevan a cabo dos negocios, uno real, secreto, u oculto, y otro aparente o fingido, que es el que se revela al exterior. En mi opinión, esta manera de construir el supuesto no es del todo exacta. Las partes, en realidad, han adoptado una forma negocial determinada porque previa la eliminación (interna o secreta) de alguno de los efectos jurídicos que se han dicho queridos, los restantes son aptos para alcanzar el resultado apetecido. Si yo

no excluye que ésta deje de tomar en consideración la voluntad de producirlos. No es decisivo, desde luego, que el agente los haya previsto todos, pero sí se necesita que haya tenido conciencia de los que se corresponden con el fin que se ha propuesto. La bizantina discusión acerca de si el fin que cada parte persigue al contratar es un fin práctico o un fin jurídico debiera haberse zanjado hace mucho tiempo, dando por bueno que esas dos vertientes (la práctica y la jurídica) son inseparables. Si al pasar por delante de una pastelería me apetece comerme un pastel y entro en el establecimiento para comprarlo, el fin práctico que me he propuesto es, por supuesto, satisfacer mi apetito. Pero ¿es ése el único fin inmediato que he perseguido? Ciertamente, no. Si así fuera, en verdad que no hubiera necesitado comprar el pastel; me habría bastado cogerlo, y es seguro que antes que nadie hubiera podido impedírmelo, la golosina habría pasado a mi estómago. Si he comprado el pastel no ha sido sólo para comérmelo, sino porque, además, quería tener derecho a hacerlo.

Sostener que el Derecho atiende sólo a la forma y prescinde de la voluntad como elemento integrante del negocio constituye una manifiesta petición de principio. Que excepcionalmente los efectos jurídicos derivados de la forma negocial adoptada se produzcan, aunque no hayan sido queridos (así, en el caso de la reserva mental), puede demostrar que, en última instancia, no es el agente quien los crea, pero de ahí no se sigue que la norma, para darles vida, al fijar los requisitos del supuesto de hecho negocial, haga caso omiso de la voluntad que, como regla general, debe realmente existir. Lo que ocurre, cuando en Derecho hablamos de «voluntad», es que no nos estamos refiriendo a un concepto técnico desde el punto de vista de la psicología. Entendemos por voluntad simplemente el proceso mental que preside el acto y que opera en una doble dirección. De un lado, hay o debe haber una resolución en orden a la adopción de aquella conducta exterior en que consiste la forma. De otro, la conciencia de que dicha conducta nos vincula y nos permite, al propio tiempo, adquirir derechos. Cuando el negocio es simulado no se quiere la vinculación ni se quiere la adquisición. Por eso, no basta recurrir a la causa para comprender su esencia, aunque, desde luego, el contrato simulado sea un contrato sin causa o con causa falsa (en el caso de simulación relativa).

(20) La declaración de nulidad no perjudica, según entiende con unanimidad la doctrina, los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

quiero donar la propiedad de una finca, pero quiero, asimismo, ocultar la donación, simularé una venta, que es una forma negocial cuyos efectos coinciden en parte con los que me he propuesto conseguir, pero no se me ocurrirá simular un arrendamiento. En la simulación relativa, por tanto, las partes, de común acuerdo, quieren únicamente aquellos efectos jurídicos que riman bien con la finalidad realmente perseguida. Únicamente los que son incompatibles con ella quedan excluidos (21).

A la simulación relativa alude claramente la proposición final del artículo 1.276. La falsedad de la causa no dará lugar a la nulidad si se prueba que existe otra, verdadera (que sea distinta de la declarada) y lícita. La validez del contrato empero, y como acertadamente señala DE CASTRO (22), se subordina, una vez demostrada la simulación, a la prueba de aquella doble circunstancia (no juega, pues, la presunción del artículo 1.277), siendo de advertir que la causa se reputará ilícita cuando el acuerdo simulatorio obedezca a un fin ilícito. Por ejemplo, según ha puntualizado la Jurisprudencia, lesionar los derechos de los legitimarios o de la mujer casada bajo el régimen de gananciales (23).

7) Que el contrato consista en la suma de dos o más promesas, y que cada promesa tenga su propia causa, ayuda a comprender la estructura de los contratos obligacionales abstractos. En ellos la promesa de quien se obliga no expresa su causa, no revela cuál es el resultado que el promitente se propone alcanzar al obligarse. Consecuentemente, la promesa se separa (se abstrae) del contrato del que forma (o está destinada a formar) parte integrante (24). En función de una promesa for-

(21) La simulación relativa consiste, por tanto, en un negocio disimulado y no en dos negocios: uno ficticio y otro oculto. Ello permite defender, con mejor fundamento, que las formalidades exigidas como requisito *ad solemnitatem* se consideren cumplidas cuando las haya llenado el negocio aparentemente realizado. Sobre la cuestión, respecto de la donación de inmuebles, cfr. VALLET DE GOYTISOLO, «Las donaciones de inmuebles disimuladas según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho Civil*, 1972, págs. 669 y sigs.

(22) *El negocio jurídico*, cit., págs. 350 y 353.

(23) La causa falsa de que trata el artículo 1.276 se refiere, sin duda, a la hipótesis de simulación relativa. En cambio, la falsedad de la causa como razón determinante de la simple anulabilidad (art. 1.301) está pensada, seguramente, para el supuesto de error en los motivos (cuando éstos puedan reputarse causalizados). Este es el parecer de DE CASTRO (cfr. *El negocio jurídico*, cit., páginas 242-243). Confirma este punto de vista el artículo 1.185 del Proyecto de 1851. La nulidad de las obligaciones por falsedad de la causa, decía el precepto proyectado, podrá pedirse dentro del término de cuatro años, contados desde que se tuvo conocimiento de la falsedad. GARCÍA GOYENA fundaba la solución en la analogía con el error y el dolo. (Cfr. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, edición numerada, Barcelona, 1973, I, pág. 195.)

(24) Salvo que la promesa (o el reconocimiento) tengan su justificación en una relación extracontractual. Por ejemplo, se promete pagar una cierta suma para cumplir un deber de conciencia. También puede suceder que obedezcan a la finalidad de concretar el importe de una obligación de indemnizar o cualquier otra

mulada abstractamente, y ateniéndose sólo a la misma, no es posible saber cuál es el negocio jurídico que en la realidad ha mediado entre las partes, ni, por consiguiente, si tal negocio cumple o no los requisitos necesarios para su validez. Ante una promesa abstracta de pago y supuesto que en alguna medida se le conceda valor jurídico, hay que preguntarse hasta qué punto es posible reinsertarla en el contrato de que procede (llamado, generalmente, contrato causal) con objeto de que el deudor pueda excusar el pago, no sólo si la promesa carece de causa *senso strictu*, sino también cuando, por cualquier razón, aquel contrato sea ineficaz, el deudor pueda pretender su resolución o alegar el incumplimiento de la promesa que le hizo el otro contratante.

El planteamiento es similar si en lugar de operar con una promesa (abstracta) de pago nos enfrentamos con un reconocimiento abstracto de deuda, figuras ambas que el BGB prácticamente equipara. La equiparación está, en mi opinión, justificada, aunque, a primera vista, no lo parezca. Ciertamente, el contenido de la promesa es claramente dispositivo, mientras que el reconocimiento asume estructura testimonial (en sentido amplio) o confesoria. Sin embargo, y en tanto el reconocimiento en lugar de referirse a un hecho verse escuetamente sobre la existencia de una deuda, la diferencia entre promesa y reconocimiento se atenúa en términos tales que, en el fondo, desaparece. Quien reconoce deber implícitamente promete pagar (25).

cuya cuantía se discuta. En tales casos, la promesa o el reconocimiento tienen su base en un convenio que se sitúa en los aledaños de la transacción, si es que no se trata de una transacción propiamente dicha.

(25) Tanto la promesa de pago como el reconocimiento de deuda pueden tener carácter dispositivo (si son simultáneos al nacimiento de la obligación) o testimonial (si de lo que se trata es de facilitar la prueba). También cabe que el reconocimiento se haga con fines de fijación jurídica, caso en el cual constituye, sin duda, una declaración de voluntad. (Cfr. al respecto CANDIAN, *Nozioni istituzionali di Diritto privato*, pág. 296, y VON TUHR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, traducción española de RAVÀ, III-1, pág. 280.)

Se ha hablado también (así CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, pág. 540) de «fungibilidad» entre las declaraciones de voluntad y las declaraciones de verdad cuando las segundas gozan de valor probatorio absoluto. En mi opinión, y vista la doctrina legal en sede de confesión extrajudicial, no cabe fundar en este dato la equivalencia entre el reconocimiento de deuda y la promesa. Ni tampoco, por tanto, predicar del primero, en función de su apariencia confesoria, unos efectos que le aproximen al reconocimiento abstracto del Derecho alemán. Insistiré después sobre este particular.

Otra cuestión es que el reconocimiento tenga *per se* el carácter de causa (en el sentido de causa eficiente) de la obligación. Así lo pretendió BÄHR, que fue uno de los auténticos artífices de la dogmática alemana sobre el negocio abstracto. Para BÄHR, cuya tesis ha sido explicada magistralmente entre nosotros por NÚÑEZ LAGOS (cfr. «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial», en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, I, págs. 482 y sigs.), el reconocimiento es un subrogado de la relación causal de deuda que, en sí mismo, puede fundar una obligación o un pago (el que paga reconoce que debe). Consiguientemente, el desplazamiento patrimonial ha de considerarse eficaz, por de pronto, mientras

Así las cosas, la cuestión que plantea al Derecho una promesa o un reconocimiento de deuda abstractamente formulados, se reconduce al mayor o menor grado de eficacia que cabe otorgarles. Teóricamente, son imaginables cuatro sistemas, dos extremos y dos intermedios. Conforme al primero de ellos la promesa o el reconocimiento abstractos fundan, por sí, una obligación sin que el deudor pueda acogerse a recurso alguno que le exima de pagar, en tanto afecte a la causa de la declaración o a la relación negocial en que la misma se inscribe. El papel justificante de la causa desaparece para ser sustituido por el rigorismo formal. La forma—que se exigirá como requisito constitutivo—sustituye a la causa. Así ocurría, posiblemente, con la *stipulatio* en el primitivo Derecho Romano (26). La solución opuesta estriba en negar efectos a la promesa que no exprese su causa (*cautio indiscreta*) mientras no se demuestre su existencia y licitud. Fue la tesis predominante entre los canonistas y los civilistas franceses anteriores al «Code civil». Por último, los sistemas intermedios atribuyen a la promesa o al reconocimiento abstractos de deuda, eficacia provisional, pero no definitiva.

La provisionalidad aludida puede articularse de dos maneras distintas. Cabe imaginar que la declaración en que no se menciona la causa, y con tal que haya sido aceptada por la otra parte, constituye de suyo

no se pruebe que el *solvens* procedió con error, en cuyo caso debe concedérsele la *condictio indebiti*. El reconocimiento, para que tenga ese carácter, debe hacerse, según BÄHR, en forma tal que no haga de la originaria subsistencia o insubsistencia de la obligación una condición de eficacia del reconocimiento. Yo prometo pagar (y el que reconoce deber promete que pagará) *porque (no si) debo*. Estas son las palabras textuales de BÄHR (*Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, páginas 132-133, cit., de CANDIAN, en *Saggi di Diritto*, II, pág. 24). Con posterioridad a BÄHR, ARNDTS todavía irá más lejos. Para él, verdadero reconocimiento sólo será el que se haga a conciencia de que no se debe, por lo que, si se trata de un reconocimiento propiamente dicho, la *condictio* queda excluida. *Vid.* al respecto lo que se dirá más adelante.

Al margen de las objeciones críticas que, en el orden meramente teórico, cabe oponer a estas construcciones (en particular a la de ARNDTS) no parece que puedan tener acogida en un sistema netamente causalista como es el propio del Derecho español.

(26) Que la primitiva *stipulatio* funcionase, de hecho, como un contrato abstracto químicamente puro no quiere decir que la noción del negocio jurídico abstracto, tal como lo elaboró la escuela pandectista, fuese familiar a los juriscultos romanos de la época clásica. Es menester recordar que el Derecho romano clásico tenía un concepto del *contractus* que no se corresponde con lo que hoy entendemos por contrato. *Contractus*, dice ALBERTARIO (*ob. cit.*, pág. 78), equivale a *negotium* y *negotium* (por oposición a *delictum*) es aquel acto lícito que produce ciertos efectos jurídicos, y concretamente una *obligatio* (figura típica del *ius civile*). *Contractus* y *negotium* eran para el Derecho clásico—continúa ALBERTARIO—el cobro de lo indebido y la *negotiorum gestio*. Siendo esto así se comprende, como dice MALVAGNA (*Rivista de Diritto civile*, 1934, págs. 122 y sigs.), que el concepto mismo de contrato abstracto, como contrato sin causa o contrato con causa presunta, o por de pronto irrelevante, no podía tener, para los romanos, significado alguno. Contrato abstracto (en este sentido) hubiera querido decir contrato prohibido o no querido por la ley, «no contrato».

un contrato autónomo o independiente (contrato abstracto propiamente dicho) que funda, por sí mismo, la obligación cuyo pago se promete o cuya existencia se reconoce, independientemente de que el acto tenga o no tenga causa y de su relación con un negocio previo, del que aquél vendría a destacarse con valor sustantivo (27). Ahora bien, el deudor no queda absolutamente indefenso. Cuando la promesa carezca de causa, o la obligación no hubiera debido nacer atendidas las circunstancias del negocio causal en que encuentra su origen último, e incluso si este negocio resulta, por cualquier razón, privado de efectos, el obligado se ve asistido de una acción de enriquecimiento injusto contra el que se haya enriquecido gracias al mecanismo de la abstracción causal. Se dirá entonces que la abstracción de la causa opera en el terreno del Derecho material. A esta concepción responde la normativa del BGB sobre los contratos obligacionales abstractos. En los países latinos, por el con-

(27) La doctrina alemana estima que la promesa o el reconocimiento de deuda constituyen un negocio jurídico, aunque, además, medie entre las partes un negocio causal perfecto. Los autores alemanes, dice NÚÑEZ LAGOS (*El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, pág. 55, nota 48), hablan siempre de dos negocios, el causal y el abstracto. Así es, en efecto. Si la promesa o el reconocimiento de deuda, escribe WOLFF (*Tratado de Derecho Civil*, de ENNECCERUS, traducción española de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Derecho de Obligaciones*, 2, páginas 517-518), se emiten, como es corriente, para asegurar el cumplimiento de una obligación existente, nace junto a ésta una segunda obligación de igual contenido, pero de manera que la satisfacción de la una extingue a la vez la otra, pues ambos créditos se dirigen a la satisfacción del mismo interés. Cuando una cosa se vende a cambio de una letra, afirma VON TUHR (*ob. cit.*, pág. 140, nota 128), o del mismo modo se efectúa un mutuo, nacen al mismo tiempo el crédito causal en virtud de la compraventa o del mutuo y el crédito abstracto derivado de la letra. Esta «superposición» de negocios ha sido combatida, con relación a la cambial, por CARNELUTTI (cfr. *Teoria giuridica della circolazione*, páginas 252 y sigs.). Pensar—dice CARNELUTTI—en una relación causal *ex contractu* y en una relación abstracta *ex literis* es arbitrario porque no se puede admitir una duplicidad de obligaciones entre los mismos sujetos sobre el mismo objeto y con el mismo contenido. Los términos o elementos de identidad de la relación jurídica son tres: sujeto (persona), objeto (cosa, la *res debita*) y contenido (interés). Si no se demuestra que al menos uno de estos tres elementos es diverso, la relación no puede ser más que una. Cuando entre las partes media una relación causal, por ejemplo, obligación de pagar el precio de una compraventa, la declaración documental posterior representada por la letra de cambio ni quiere ni puede fundar una obligación diferente de la que ya existe. Los que pretenden que hay un negocio cambiario junto al negocio causal incurrir en una confusión entre el negocio y su forma (*L'errore e, in fondo, quello stesso di chi pigli un ritratto per un uomo*). La letra de cambio, y en general la promesa abstracta de deuda, vendrían a ser, pues, para CARNELUTTI, la nueva forma de un negocio ya existente.

A mi juicio, la tesis de CARNELUTTI es perfectamente válida en función del sistema de abstracción procesal de la causa (aunque lo cuestionable es que este sistema tenga validez para explicar la peculiar eficacia de la letra de cambio), pero parece difícilmente defendible cuando el Derecho positivo acepta que la declaración abstracta funda directamente la obligación, aunque no exista o sea nula la convención causal, caso en el cual no hay dos negocios ni, por tanto, puede haber duplicidad formal. En particular, si se estima que las excepciones fundadas en el negocio causal (incluso las que no tienen su fundamento en la nulidad o

trario (28), se entiende que la inexpressión de la causa no trasciende al Derecho sustantivo. La promesa abstracta, o el reconocimiento abstracto de deuda, no constituyen, de suyo, un negocio jurídico que deba estimarse eficaz prescindiendo de la causa, sino que sólo permiten al acreedor ampararse en ellos para reclamar el pago, sin necesidad de alegar ni de probar a qué negocio o relación obedecen (y en los que habrá que buscar la causa de la promesa o del reconocimiento), si bien el deudor podrá demostrar cuáles sean aquéllos si pretende, fundándose en los mismos, enervar o paralizar la acción que contra él se ejercita. Se produce, pues, simplemente, una alteración en la carga de la prueba. La cuestión se desplaza, por tanto, del Derecho material al Derecho procesal.

Ahora bien, esta diferencia teórica entre los sistemas de abstracción material y de abstracción procesal de la causa, ¿tiene realmente repercusiones prácticas? A mi juicio, la respuesta debe ser afirmativa, aunque, a primera vista, el diverso significado de ambos sistemas, en el orden práctico, no sea demasiado fácil de percibir, particularmente porque, bajo el sistema (alemán) de la abstracción material de la causa, la acción de enriquecimiento puede hacerse valer no sólo por vía de pretensión, sino también de excepción. Es decir, no se aplica con todo rigor el viejo aforismo romano *solve et repete*, sino que el deudor podrá paralizar la reclamación del acreedor (y eludir el pago, por consiguiente) si al exceptuar el enriquecimiento injusto, consigue probar los presupuestos fácticos que condicionan el éxito de la acción dirigida a eliminarlo. Sin embargo, de aquí no cabe deducir que la abstracción material de la causa sólo afecte al tema de la prueba. Precisamente porque la posibilidad de que el obligado se oponga al pago descansa solamente en el enriquecimiento sin causa, quiere decirse que la excepción únicamente puede oponerse al acreedor primitivo, pero no a los cesionarios del crédito (salvo que lo hayan adquirido a título gratuito), pues de ellos no cabe predicar,

inexistencia de éste) son inoponibles a los cesionarios del crédito (cfr. lo que se dice más adelante en el texto). La explicación de CARNELUTTI para justificar la inoponibilidad de excepciones al acreedor cambiario que no ha sido parte en la relación causal (se trataría de un caso de responsabilidad sin débito) no convence y resulta artificiosa, por lo menos para quienes pensamos que deuda y responsabilidad son conceptos inescindibles. Sólo si la promesa o el reconocimiento se otorgan sobre la base de un contrato válido puede aceptarse que la una o el otro son una nueva forma de aquel contrato.

(28) Se exceptúan los autores que, con base a la presunción sobre la existencia y licitud de la causa, han pretendido otorgar carta de naturaleza a los contratos abstractos peculiares del Derecho alemán. Así, en Francia, CAPITANT (*obra citada*, págs. 379 y sigs.), y entre nosotros NÚÑEZ LAGOS (*El enriquecimiento sin causa*, cit., núms. 27-30, y PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Notas al Derecho civil de Enneccerus*, II-2, pág. 515). Conviene subrayar, sin embargo, que estos autores no se plantean claramente la distinción entre abstracción procesal y abstracción material de la causa, por lo que, tal vez, no se deba exagerar el alcance de sus apreciaciones.

en principio, enriquecimiento alguno. Por lo mismo, debe ser irrelevante que el cesionario haya tenido o no conocimiento de la existencia de la causa o de las razones en que el deudor puede fundar su acción, ejercitada en la hipótesis que estamos considerando por medio de una excepción (29). Lo contrario acontece bajo el imperio del sistema de la abstracción meramente procesal. El deudor, al oponerse a la acción del acreedor, no se ampara en el enriquecimiento sin causa, sino en la nulidad o ineficacia de la promesa (o del reconocimiento) y, por ende, las excepciones causales son oponibles tanto al acreedor primitivo como a los posteriores adquirentes del crédito.

¿Cuál es la postura del Derecho español al respecto? Pienso que la respuesta es clara. No hay base suficiente que permita sostener la admisibilidad, en nuestro Código Civil, de los negocios abstractos propiamente dichos tal como los concibe el BGB. Según se desprende de los artículos 1.261 y 1.276 del Código Civil es indudable que la causa constituye un requisito necesario para la validez y la existencia de las promesas que integran el contrato y, consecuentemente, éste no puede consistir, sin más, en una promesa o en un reconocimiento de deuda, aceptados por el destinatario, abstracción hecha de que respondan o no a una causa y de cuál sea ésta. El artículo 1.277, al decirnos que «aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario», no tiene otro significado que el que se desprende de su literal contexto. Se trata de una simple presunción, que, conforme al artículo 1.250, releva al acreedor de la carga de probar cuál es la causa a que responden la promesa o el reconocimiento concebidos en términos abstractos. Este es el alcance que cabe atribuir exclusivamente al expresado precepto, lo que concuerda con su evolución histórica (30).

(29) WOLFF, sin embargo, parece admitir la posibilidad de que la excepción de enriquecimiento pueda oponerse al cesionario del crédito (no en cambio al delegatario o endosatario). Se funda para ello en el parágrafo 404 del BGB, según el cual el deudor puede oponer al nuevo acreedor las excepciones fundadas, frente al antiguo, en causas ya existentes en el momento de la cesión (cfr. *ob. cit.*, página 509). En mi opinión, la oponibilidad de excepciones fundadas en la relación causal al cesionario del crédito es incongruente con el sistema de la abstracción material de la causa y con el concepto mismo del negocio abstracto *senso strictu*.

Sobre la incompatibilidad del sistema de la abstracción material de la causa con la posibilidad de que se opongan excepciones fundadas en la relación causal a los cesionarios del crédito, cfr. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, pág. 165.

(30) Cfr. en este sentido ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, pág. 90. La desconfianza frente a las promesas no causadas se extendió a aquellas en las que el deudor reconocía haber recibido el importe del préstamo a que obedecía la *stipulatio*. En el documento (*cautio*) que reproducía la estipulación (que requería forma oral, aunque llegó un momento en que el requisito de la oralidad llegó a presumirse con presunción *iuris et de iure*) se mencionaba que el deudor había recibido la suma prestada, a pesar de que a veces no fuese

Tampoco es dable ir más lejos apoyándonos en el valor confesorio que expresamente tiene el reconocimiento, e incluso la promesa de pago. Si, como antes hemos indicado, el que reconoce deber implícitamente promete pagar, no es menos cierto que quien promete pagar (o paga) está reconociendo tácitamente que debe (31). La doctrina española, contraria a la admisibilidad en nuestro Ordenamiento de los negocios jurídicos abstractos, pone un énfasis especial en rebatir la posibilidad de que, por la vía de la confesión, se conceda el *placet* al negocio abstracto. Para lo cual se minimizan los efectos y el valor de la confesión extrajudicial apoyándose en la Jurisprudencia sobre el particular, no demasiado feliz a mi juicio, y que, además, no siempre se interpreta correctamente (32). Por mi parte, estoy conforme en negar que la confesión pueda servir, indirectamente, para consagrar los negocios abstractos, pero estimo innecesario que ello exija desconocer los efectos probatorios peculiares de la declaración confesoria (33).

cierto. Como los abusos debieron ser frecuentes se otorgó al deudor, a partir del siglo III, la *exceptio non numerate pecuniae*, que imponía al prestamista la carga de probar, por otros medios distintos de la escritura, la entrega efectiva del capital prestado. Con ello se evitaba una injusticia, pero se cometía otra al agravar considerablemente la posición procesal del acreedor, lo que significó, además, una dificultad para la obtención de crédito. De aquí que casi siempre el acreedor exigiera la renuncia a la *exceptio*, que se reputó válida, después de algunas vacilaciones. Convertida la renuncia en cláusula de estilo, la *exceptio* llegó a desaparecer. Pero lo que se siguió discutiendo fue la eficacia procesal que había que otorgar a las promesas que no indicaban su causa. Bajo la influencia de la doctrina canonista se exigió al acreedor que probase la causa de la promesa si quería que su reclamación tuviera éxito. CAPITANT nos cuenta la famosa frase de BEAUMANOIR: «La carta que dice que yo debo cierta cantidad y no hace mención de por qué debo es sospechosa de falsedad, y si esa carta *vient en cort* debe saber el juzgador de dónde procede esa deuda antes de exigir que se pague». Posteriormente, este rigor se dulcifica y los pareceres se dividen. Llega a distinguirse según la fórmula empleada. Si se dice «prometo pagar», la promesa no es bastante para fundar la demanda mientras no se pruebe la causa, pero si el título indica «reconozco deber» se estima que, en cierto modo, hay una confesión y no se exige otra causa. Cuando se aproxima el momento de la codificación la doctrina se inclina por presumir la existencia de la causa. Esta es la solución que consagra el artículo 1.132 del Código francés en el que se inspira el artículo 1.000 del Proyecto de 1851, después reproducido por el artículo 1.277 del Código Civil. El artículo—dice GARCÍA GOYENA—corta de raíz toda controversia: la expresión de la causa de deber no será ya necesaria. La ley la presume salvo el derecho de la parte contraria para probar que no la hubo (cfr. *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, cit., II, pág. 35).

(31) La idea de que quien paga (o promete pagar) reconoce deber está claramente formulada por BÄHR. Cfr. NÚÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, cit., pág. 485.

(32) Cfr. en el sentido de cegar el acceso al negocio abstracto por el camino de la confesión, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 302 y sigs., y ZUMALACÁRREGUI, págs. 234 y sigs.

(33) En rigor, y como ha sostenido un distinguido sector de la doctrina notarialista, del artículo 1.239 del Código Civil no se desprende que el valor probatorio de la confesión extrajudicial dependa del libre arbitrio de los Tribunales. Es el hecho de la confesión y no la confesión misma, se dirá, lo sometido a la

Como observa con gran agudeza CANDIAN (34), el Juez puede resultar vinculado por la reconstrucción de los hechos que de común acuerdo realicen las partes. Concretamente, en nuestro Ordenamiento, si la confesión judicial se realizó bajo juramento decisorio, o si uno de los litigantes reconoce todos los hechos que le son perjudiciales. Igualmente, si los hechos reconocidos por medio de una confesión extrajudicial abarcan todos los que son constitutivos del supuesto de hecho y después el confesante no contradice o impugna su confesión, ni alega otros hechos que desvirtúen los confesados. Pero una cosa son los hechos y otra las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan. En la determinación de cuáles sean esas consecuencias jurídicas el juez no depende para nada de la apreciación, aun concorde, de las partes. Ahora bien, el reconocimiento abstracto de deuda, y en tanto se intente presentarlo como con-

libre apreciación del juzgador. El artículo 1.232, pues, al decir que la confesión hace prueba contra su autor, resulta aplicable tanto a la confesión judicial como a la extrajudicial. El precedente inmediato del precepto se encuentra en el Proyecto de 1888, y aunque obedezca—como indica DE CASTRO (*El negocio jurídico*, citado, pág. 301)—al propósito de eliminar las restricciones que el Derecho francés anterior a la Codificación, el artículo 1.355 del Código de Napoleón y el 1.229 del Proyecto de 1851, imponían a la confesión extrajudicial, al negar valor a las hechas verbalmente, en los casos en que no se aceptaba la prueba de testigos, de ahí no se sigue que la eficacia probatoria de la confesión haya de ser distinta, en principio, según que la misma sea judicial o extrajudicial.

A mi modo de ver, una cosa es que una prueba vincule al juez de suerte que no sea libre de dar o no por probado el hecho a que se refiera y otra que la vinculación sea absoluta. Puede establecerse una clasificación de los medios de prueba en tres grupos según su mayor o menor fuerza probatoria. En el primer grupo se incluyen aquellos que no vinculan al juez, quien podrá estimar insuficientemente probado el hecho de que se trate. Esto acontece con la prueba testifical. Al segundo corresponden los que coartan la libertad del juez relativamente, es decir, el juez ha de estimar probado el hecho salvo que por otros medios de prueba se intente demostrar su inexactitud, caso en el cual el juez decide libremente. Finalmente, en el tercero se incluyen los que vinculan plenamente al juzgador. Sólo la confesión judicial prestada bajo juramento decisorio, o aquella en que el confesante reconoce la certeza de todos los hechos que le son perjudiciales, encajan dentro del tercer grupo; salvo las excepciones que resultan de los artículos 1.232-2 y 1.334. La confesión extrajudicial pertenece, por tanto, al segundo grupo; consecuentemente sólo vinculará al juez como prueba individual o aislada, es decir, cuando no concorra con otras que se dirijan a destruir su eficacia. Hipótesis, esta última, a la que habrá que agregar los casos de vicios del consentimiento (y que no deben limitarse al error) o de que, por medio de la confesión, no resulte totalmente probado el supuesto de hecho. *Vid.* para más detalles sobre mi posición acerca del valor de la confesión extrajudicial mis trabajos *La separación de hecho y la sociedad de gananciales* (págs. 45 y sigs.) y *El Notario latino y su función* (págs. 248-249). En suma, la confesión extrajudicial sólo funda, por sí misma, la presunción de que el hecho confesado es cierto. De esta suerte, e independientemente de las consideraciones que se hacen en el texto, la contemplación del reconocimiento de deuda bajo el prisma de la confesión vendría a coincidir, en el orden práctico, con lo establecido por el artículo 1.277 del Código Civil.

(34) «Confessione, aprezamento, riconoscimento», en *Saggi di Diritto*, II, página 22.

fesión extrajudicial, nos sitúa ante una situación anómala e inadmisible. De una parte, la supuesta confesión no se referiría para nada a los hechos de donde procede la obligación reconocida (y los hechos son la materia propia de la confesión en su dimensión de medio de prueba); de otra, el juez se vería obligado a aceptar, a ciegas y al menos *prima facie*, las consecuencias jurídicas de unos hechos que por hipótesis no conoce.

De aquí que los fautores del negocio obligacional abstracto en la dogmática alemana, aunque de alguna manera pretendan relacionarlo con la fuerza vinculante de la confesión como medio de prueba, vayan bastante más lejos. Para que exista verdadero reconocimiento de deuda, entendía BÄHR, es fundamental que el que reconoce *tenga voluntad de obligarse*. Esa idea, que con diversas variantes está presente en las aportaciones posteriores de los autores que escriben después de BÄHR, aunque no coincidan con él en matices importantes, aparece destacada por los más autorizados comentaristas del BGB. Así, WOLFF (35) indica que reconocimiento de deuda es el contrato por el cual se reconoce una deuda *en el sentido de querer considerarla existente contra el que la hace*. En términos más concluyentes, para la promesa de pago (asimilada por el BGB al reconocimiento abstracto que no es más, dice VON TUHR (36), que una especie de la promesa abstracta de deuda) el parágrafo 780 del Código alemán requiere que la declaración se haga de tal manera que deba fundar, por sí misma, la obligación.

Lo que acontece es que, por este camino, puede ser difícil, en la práctica, concretar si nos hallamos ante una verdadera promesa o un verdadero reconocimiento (abstractos) de deuda. Para saberlo será necesario remontarse a los antecedentes del caso concreto, lo que, a la postre, resulta difícilmente compatible con la finalidad última a que responde el contrato obligatorio abstracto, es decir, dar facilidades al acreedor (37). En rigor, un sistema que admita la abstracción causal, si quiere

(35) *Ob. cit.*, pág. 513.

(36) *Ob. cit.*, pág. 294.

(37) En la mayoría de los casos, indica WOLFF (*ob. cit.*, pág. 513), la promesa de deuda tiende a dar seguridad contra toda duda o a facilitar la fundamentación de la demanda y consiguientemente la prueba. Mas en estas hipótesis —y particularmente en la última— no se alcanza a ver esa especial voluntad de obligarse que parece exigirse para la existencia de un auténtico negocio abstracto.

De aquí que el reconocimiento, a mi juicio, y salvo que el Ordenamiento le atribuya siempre valor dispositivo en el sentido que se indica en el texto, sólo tendrá aquel carácter cuando se realice con fines de fijación jurídica. Se reconoce una deuda, aun a sabiendas de que puede no existir, para evitar o zanjar un pleito (reconocimiento transaccional que exigirá una contrapartida), para concretar la cuantía de una indemnización o para eliminar la incertidumbre sobre el importe de lo debido (así, cuando han mediado entre las partes relaciones largas y complejas y existen discrepancias para establecer el saldo). También tiene alcance dispositivo el reconocimiento hecho para novar o modificar de algún modo la primitiva obligación. Está claro, sin embargo, que en todos estos supuestos y ante

ser consecuente consigo mismo, ha de prescindir de las razones en virtud de las cuales se ha otorgado una promesa o un reconocimiento abstracto para otorgar a los mismos en todo caso el carácter de negocio jurídico apto para fundar por sí una obligación. En tanto este negocio responda a otro ya realizado previamente, el Ordenamiento vendrá a admitir la superposición de dos obligaciones que responden a la misma causa y por ello el cumplimiento de la una determinará la extinción de la otra. Si, por el contrario, no se ha perfeccionado, es nulo, o se resuelve o revoca el llamado negocio causal, habrá nacido una sola obligación—en virtud del contrato abstracto—y para corregir la injusticia que supone dejar en la indefensión al deudor, las consecuencias del negocio abstracto se rectificarán por la vía del enriquecimiento injusto, que, en puridad, debería funcionar estrictamente de acuerdo con el aforismo *solvet et repetet*.

Por supuesto, éste no es el sistema del Código Civil. El artículo 1.277 se limita a establecer una presunción que exime al acreedor, en principio, de probar la causa a que responde la promesa. Pero el deudor podrá demostrar que tal causa no existe, o es ilícita, y, consecuentemente, acreditar el verdadero origen de la obligación, pudiendo alegar, además, si procede, cualquier excepción, fundada en el negocio de que la promesa forma parte, para excusar el cumplimiento. La promesa o el reconocimiento que no expresen su causa no son, pues, negocios sustantivamente independientes (38). Desde el punto de vista práctico, y en lo que

un reconocimiento hecho en forma abstracta es menester remontarse a los antecedentes para pronunciarse sobre su carácter dispositivo.

(38) Se ha puesto de relieve que si el artículo 1.277 se interpreta rígidamente, el deudor se encontrará prácticamente perdido, pues jamás podrá suministrar la prueba (verdadera *probatio diabólica*) de que la promesa no responde a ninguna causa susceptible de fundarla válidamente. En vista de ello se pretende que el artículo 1.277, si bien exime al acreedor de la carga que comporta probar la causa, no le exonera, en cambio, de alegarla. (Vid. en este sentido ESCRIVÁ DE ROMANÍ, «El reconocimiento abstracto de deuda y la Sentencia de 8 de marzo de 1965», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1965, págs. 1057 y sigs., y ZUMALACÁRREGUI, págs. 239 y sigs.)

No comparto esta opinión. En primer lugar, no existe precepto alguno que permita fundamentar esta tesis intermedia. La pretendida insuficiencia de la demanda basada exclusivamente en la promesa o en el reconocimiento abstractos, porque «los hechos—que ha de exponer el demandante y que sirven de base a su pedimento—quedarían incompletos», es inoperante porque tales hechos (la causa y, en definitiva, la total relación básica) están amparados por una presunción legal. Es decir, la ley supone que efectivamente concurren. GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 1.000 del Proyecto de 1851, es concluyente y subraya la diferencia entre aquel precepto y el artículo 1.132 del Código francés. Mientras la norma francesa se limita a afirmar que la validez de la convención no depende de que se exprese o no la causa, el texto español remacha el clavo. La existencia y licitud de la causa se presumen mientras el deudor no pruebe lo contrario.

Por otra parte, es necesario «desdramatizar» el problema, como ahora se dice. Bastará que el deudor demuestre cuáles fueron las circunstancias fácticas a que respondió el otorgamiento de la promesa o del reconocimiento, y de ellas cabrá deducir la inexistencia o la ilicitud de la causa, y, en su caso, las razones jurí-

atañe a las relaciones entre el acreedor originario y el deudor, el sistema de la abstracción procesal de la causa, al que en definitiva responde el Código Civil, no se diferencia demasiado del opuesto, sobre todo si se tiene en cuenta que la doctrina alemana permite que la acción de enriquecimiento injusto funcione como excepción. Con todo, no hay dos negocios porque o bien la promesa es de suyo nula—aunque la carga de la prueba en cuanto a la nulidad dimanante de la falta de causa o de su ilicitud recaiga sobre el deudor—o porque, en el supuesto de que la promesa o el reconocimiento obedezcan a un contrato válido, no habrán nacido a favor del acreedor dos créditos, sino a lo sumo dos acciones distintas (en cuanto que los presupuestos para su ejercicio son diferentes) puestas al servicio de un mismo derecho (39).

Inversamente, las diferencias son grandes para el caso de que el crédito haya sido transferido. El deudor, bajo el sistema de la abstracción material de la causa, no podrá ejercitar su pretensión de enriquecimiento contra el cesionario, mientras que si la abstracción es meramente procesal, no hay razón para distinguir entre el primer acreedor o sus causahabientes. No existe base alguna en el Código Civil para sostener que si el acreedor ha cedido el crédito formalizado por una promesa o un reconocimiento de deuda que no expresen su causa, el deudor no pueda hacer valer frente al cesionario los mismos recursos que le hubieran permitido oponerse a la pretensión del cedente.

8) Sin embargo, esto que parece muy cierto en el campo del Derecho Civil, no lo es tanto si pasamos al Derecho Mercantil y nos planteamos el problema respecto de los títulos de crédito, en particular si se trata de la letra de cambio, destinada, precisamente, a circular, de suerte que, si no siempre, al menos en muchísimos casos quien reclama el pago no es precisamente la persona ligada causalmente con el deudor.

La Jurisprudencia y la doctrina han llegado, trabajosamente, a esta conclusión: las excepciones fundadas en la relación causal pueden ser opuestas por el deudor cambiario si quien reclama el pago de la letra es parte en aquella relación, pero no son oponibles al tercero ajeno a la misma que ejercita la acción cambiaria, bien en el juicio ejecutivo, bien

dicar en que el deudor se funde para no pagar. Tampoco es preciso que suministre una prueba totalmente terminante sobre cuáles fueron aquellas circunstancias. Una presunción *iuris* puede desvirtuarse por cualquier medio de prueba (y el juez es libre a la hora de calibrar su suficiencia), incluso aunque se trate de una simple presunción de hecho (cfr. en este sentido DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 238).

(39) En este orden de cosas el sistema español (y, en general, el que confiere a la abstracción de la causa mero valor procesal) es superior al alemán. Por mucho que se amplíen las posibilidades de que el deudor se oponga a la pretensión del acreedor ejercitando (como excepción) la pretensión de enriquecimiento injusto, no parece que por esta vía pueda alegarse, por ejemplo, la *exceptio non adimpleti contractus*.

el declarativo ordinario (40). Sin embargo, no está suficientemente aclarado si la inmunidad que protege el tenedor de la letra está subordinada al hecho de que desconozca que la declaración cambiaria del demandado carece de causa o ignore las excepciones que dimanen del negocio a que obedece aquella declaración.

(40) El tema de la oponibilidad de excepciones causales a la acción cambiaria, de suyo delicado y difícil, se complica en nuestro Derecho por razones de dos tipos: la excesiva severidad con que están concebidos los distintos preceptos que sancionan la responsabilidad de los obligados cambiarios (en particular el art. 480 del Código de Comercio) y la equivocada creencia de que sólo es acción cambiaria la que se ejercita en el juicio ejecutivo.

El primer problema puede considerarse completamente resuelto. La Jurisprudencia, en una larga serie de Sentencias que se inicia con la de 12 de julio de 1899, ha puntualizado que, pese a lo que dice el artículo 480 del Código de Comercio, el aceptante puede excusar el pago de la letra si falta la provisión de fondos (típica excepción causal) cuando quien demanda es precisamente el librador. La doctrina ha generalizado este criterio a todas las excepciones fundadas en la relación causal, y lo aplica no sólo al aceptante, sino a los demás obligados cambiarios.

La segunda cuestión—improcedencia de identificar acción cambiaria y acción ejecutiva—ha tardado más en esclarecerse y acaso no esté aún totalmente zanjada. Está claro—a partir de las fundamentales aportaciones de GARRIGUES—, y en particular después del enjundioso estudio de OLIVENCIA («La acción cambiaria declarativa en el Derecho español», en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, I, págs. 273 y sigs.)—, que el acreedor cambiario puede ejercitar la acción, fundada exclusivamente en la letra, en juicio ordinario y que en tal caso lo que hace valer es la acción cambiaria que le asiste. El hecho de que la acción se plantee en un juicio ordinario no afecta a dos circunstancias: la reclamación podrá fundarse únicamente en la letra y el demandado no podrá oponer excepciones basadas en la relación causal más que si el actor fue parte de ella. En orden a estos extremos, la acción cambiaria declarativa y la ejecutiva están sujetas al mismo tratamiento. La diferencia—aparte las puramente procedimentales—se refieren al sistema de tasa de excepciones que no funciona en el juicio declarativo—aunque no quepa oponer excepciones causales si el demandante es un tercero—y que, por el contrario, es peculiar del juicio ejecutivo. Aunque la posibilidad de alegar la nulidad del juicio ejecutivo cuando «la obligación o el título por cuya virtud se hubiere despachado la ejecución fueren nulos» (cfr. art. 1.467-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) priva prácticamente de eficacia a la supuesta limitación (por lo que a las excepciones causales respecta), salvo que el precepto se interprete en la forma que propone, acertadamente a mi juicio, GARRIGUES. (Vid. *Tratado de Derecho mercantil*, II, pág. 241. A favor de una interpretación amplia de la norma, que desnaturaliza, a mi modo de ver, el sistema, cfr. RUBIO, *Derecho cambiario*, pág. 166.)

Sin embargo, hay todavía una incógnita que no ha sido definitivamente despejada. ¿En qué casos el tenedor de la letra, no obstante haber perdido la acción ejecutiva, puede ejercitar todavía la acción cambiaria declarativa? Parece cierto que en algunos eventos la imposibilidad de acudir al juicio ejecutivo (por razón de la cuantía de la letra, reintegro defectuoso, tacha de falsedad del aceptante, falta de reconocimiento de firma, etc.) no obsta a que la acción cambiaria se conserve, aunque sea necesario ejercitarla en el juicio ordinario que proceda. Pero ¿qué acontece si la letra se ha perjudicado porque el tenedor omitió presentarla al pago o no se levantó el protesto en tiempo oportuno?

OLIVENCIA (*ob. cit.*, págs. 293 y sigs.) estima, siguiendo la opinión de GARRIGUES, que el perjuicio de la letra determina la extinción de la acción cambiaria ejecutiva y de la acción cambiaria de regreso (sca ejecutiva o declarativa), pero que

Si se supone que las declaraciones cambiarias dan lugar a sendos negocios abstractos que constituyen el fundamento de una obligación nueva, habrá que inclinarse, parece, por la inmunidad absoluta. En tanto el crédito del tenedor tenga su origen material inmediato en la propia letra, se comprende que no pueda afectarle la existencia, la nulidad o la resolución de una relación causal en la que no fue parte, e incluso que el conocimiento de dichas circunstancias no baste para constituirle en situación de mala fe (41). Contrariamente, si se piensa que la letra no es de suyo un negocio independiente, sino tan sólo la nueva forma de un negocio que documenta separadamente una de las promesas que lo integran, la inmunidad del tenedor descansará exclusivamente en la consideración de que la cambial es un instrumento destinado a facilitar la circulación del crédito derivado de aquella promesa (42). El tercero, ti-

la acción declarativa directa contra el aceptante subsiste a pesar de la falta de presentación al pago o la omisión del protesto. La tesis es, a mi juicio, discutible, puesto que si cabe la posibilidad de ejercitar la acción cambiaria declarativa, aunque la letra esté perjudicada, no tiene fácil explicación la acción de enriquecimiento que el artículo 460-2 del Código de Comercio concede al tenedor contra el librador que no pruebe haber hecho provisión de fondos.

También es discutible si la acción cambiaria declarativa—incluso en vía de regreso—se pierde o se conserva si la letra (no protestada) lleva incorporada la cláusula «sin gastos». (Vid. el comentario de ANGEL ROJO a la Sentencia de 19 de noviembre de 1976 en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1977, páginas 557 y sigs.)

(41) Así lo estimaba la doctrina italiana en trance de comentar el Código de Comercio de 1882. GARRIGUES (*ob. cit.*, pág. 231) recoge las opiniones de VIVANTE y BONELLI. Entendían estos autores que la inmunidad absoluta (referente a las excepciones causales) favorece a cualquier tercer poseedor de la letra, incluso al que la haya adquirido conociendo la existencia de la excepción, porque este conocimiento no vale para constituir la mala fe del tercero.

En realidad, la concepción de la letra como negocio abstracto presupone que las excepciones causales se ejerciten por la vía del enriquecimiento injusto y, consecuentemente, sólo se pueden hacer valer contra el enriquecido (normalmente la contraparte en el contrato causal). GARRIGUES viene a reconocerlo así y explica muy gráficamente cómo funcionan aquellas excepciones en los sistemas que articulan la letra como negocio abstracto. «El deudor cambiario—dice GARRIGUES (*obra citada*, pág. 199)—no puede incumplir su obligación invocando la relación causal. Pero puede, si el poseedor de la letra no es extraño a esa relación, paralizar su acción invocando los vicios del contrato causal o su falta absoluta. Esta excepción no se funda sobre la obligación cambiaria, que es en sí misma inatacable, por cuanto es abstracta, sino que funciona como *contraderecho* fundado en la relación causal y que puede paralizar por vía de compensación la acción del acreedor derivada de la letra de cambio.» Lo extraño es que, a renglón seguido, GARRIGUES califique de «artificiosa» esta construcción. El Derecho moderno no admite—porque sería inicuo—la abstracción total, sino que funciona bajo el correctivo del enriquecimiento injusto. No es cierto, por otra parte, que la posibilidad de ejercitar excepciones causales a través del enriquecimiento sin causa equivalga, en el orden práctico, a borrar toda diferencia entre la concepción causalista y la abstracta de la letra. Lo que se dice en el texto ilustra suficientemente esta opinión.

(42) Con todo, no es fácil adaptar la concepción «causalista» de la letra a su estructura formal. En la doctrina española moderna, RUBIO es el más caracterizado defensor de aquella concepción, pero al tiempo de explicarnos, bajo esta

tular del crédito incorporado a la letra, cuando dicho crédito no exista o sea susceptible de ser enervado por el deudor en virtud de defectos

visión causalista, en qué consiste la letra de cambio, sus ideas no están, a mi juicio, suficientemente claras. RUBIO comienza por afirmar que «el ordenamiento español previene la letra de cambio como documento de un contrato» (cfr. *Derecho cambiario*, pág. 141). Y agrega: «Existe una conexión íntima entre el documento y el contrato que provoca su redacción. No hay un contrato causal y un contrato—otro contrato—cambiario. No hay más que un solo contrato, el llamado por la doctrina negocio fundamental: la compraventa, el préstamo o el arrendamiento de que nace el crédito; y un modo especial de circulación y tutela de ese crédito. En la cual aparecen como referencias al negocio que la provoca dos permanentes e insoslayables manifestaciones: la valuta y la provisión... La declaración de voluntad que recoge una letra de cambio significa un acto jurídico encajinado a la transmisión del crédito con arreglo al sistema de legitimación nominal de los títulos a la orden. El endoso, unido a la entrega de la letra, supone el sistema de «tradición» para la transferencia del crédito. Y del mismo modo que la tradición no es un negocio, la emisión de la letra de cambio tampoco lo es, sino en todo caso un pacto complementario, una cláusula más del mismo negocio» (*ob. cit.*, págs. 141-142).

Parece, pues, que RUBIO imagina la letra como una cesión del crédito derivado del negocio causal. La emisión de la letra supondría la cesión al tomador del crédito que el librador tiene contra el librado. En el endoso, el endosante volvería a transferir ese crédito al endosatario, y a dicha transferencia vendría a añadirse la del crédito derivado de la relación de valuta y del que el tomado es titular frente al librador.

Sin embargo, más adelante (*vid.* págs. 143-144) recurre al mecanismo de la delegación. En las letra de cambio—nos dice—“existen tres personas íntimamente vinculadas a las funciones que ha venido desempeñando tanto en el tráfico económico como en su instrumentación jurídica: un «librador», deudor del tomador y acreedor del librado, que ordena a un «librado», deudor del librador, para que pague esta deuda a un «tenedor» (o a un tercero designado por éste), acreedor del librador, y de este modo extinga la deuda del librado con el librador. Se trata, expuesta así, de una delegación pasiva, una sustitución en la condición de deudor que cabe enfocar como una *delegatio solvendi* (o *dandi*) respecto del pago sin aceptación, o como una *delegatio promittendi* cuando se implica la aceptación por el librador. Pero como toda delegación—cuando se contempla en su estructura total—puede concebirse también como delegación de crédito: el librador (delegante; lo será siempre porque, lógicamente al menos, toma siempre la iniciativa; no hay letra de cambio sin librador), acreedor del librado (delegatario, ahora), encarga al tomador (delegado) que asuma la posición de acreedor frente al librado, que bien acepta, vinculándose como deudor, o simplemente paga”.

Ahora bien, prescindiendo de que la letra de cambio pueda construirse como una variante de la delegación o asignación (figura que el Código Civil no regula, pues sólo se ocupa de ella de pasada—en el artículo 1.206—y con referencia a la delegación novatoria), es lo cierto que esta institución (de contornos poco definidos) difiere de la cesión de créditos. En la cesión el cedente deja de ser acreedor, pues su puesto lo ocupa el cesionario, lo que no acontece en la delegación (activa) o por lo menos no tiene por qué ocurrir necesariamente (cfr. Díez PRCAZO, cit., pág. 824), y, desde luego, no tiene lugar cuando de la letra de cambio se trata. El propio RUBIO lo admite así al ocuparse del problema (conexo) que plantea la llamada «cesión de la provisión», en tanto niega (coincidiendo con GARRIGUES) que la transmisión de la letra comporte la cesión del crédito «correspondiente a la deuda del librado como consecuencia de la provisión» (*vid.* páginas 214 y sigs.).

A mi juicio, la estructura formal de la letra recuerda a la delegación o asignación, aunque se presenta con perfiles propios y está sujeta a una normativa pe-

del negocio causal o de incidencias derivadas de su cumplimiento, se encontrará en una posición similar a la del adquirente *a non domino* y,

culiar. En principio, la letra es una orden que el librador da al librado para que pague a un tercero (el tomador o quien aparezca legitimado en virtud del endoso o endosos correspondientes) una suma de dinero. Salvo en la letra de favor, el librado pagará o se obligará a pagar (si acepta la letra) porque es deudor del librador por igual o mayor cantidad, y de esta suerte se extinguirá, además, la deuda que, en virtud de la relación de valuta, el librador tiene contraída con el tomador. De ahí no se sigue que el librador haya cedido su crédito (fundado en la relación causal) al tomador. Ni la letra formaliza semejante cesión ni cabe imaginar que su emisión comporta la transmisión tácita de aquel crédito. Cuando el librado acepta (dentro de la concepción causalista de la letra), lo que en realidad hace es comprometerse a pagar al tomador (o a un tercero de orden suya) lo que debe al librador (o cree deberle, y siempre salvo la hipótesis de la letra de favor) o una parte de lo que le debe (si la letra se ha girado por una suma inferior a la deuda). En virtud de esa promesa (aceptación) el librado-aceptante deviene deudor del tenedor (aunque la causa de la promesa se encuentre en la contraprestación que ha recibido o espera recibir del librador), pero no por eso deja de serlo de este último. Acontece, sin embargo, que el librador, y en tanto la letra esté pendiente de pago, no puede ejercitar la acción causal porque se lo veda el artículo 1.170-3.º del Código Civil, precepto que los mercantilistas no suelen tener en cuenta al estudiar la cesión de la provisión, y que sirve para paliar las consecuencias desfavorables que puede comportar el hecho de que el crédito del librador no sea objeto de transmisión. No cabe entender, a mi juicio, que el artículo 1.170 se refiere tan sólo a la relación entre librador y tomador, y, por consiguiente, a la acción causal del segundo contra el primero (fundado en la valuta). En la práctica quien «entrega» la letra es el librado aceptante al librador, a quien debe, por ejemplo, el precio aplazado de una cosa que le ha comprado. Mediante el juego del artículo 1.170 se consiguen, al menos en parte, los mismos resultados prácticos que merced a la cesión de la provisión, sin incurrir en sus inconvenientes. Difícilmente se puede defender la inoponibilidad de excepciones causales por parte del aceptante si se supone que el tenedor ha adquirido el crédito que el librador tenía contra el librado. La cesión de la provisión, aunque en cierta medida sirva al interés de la Banca, resulta contradictoria con el afán de proteger al poseedor de la letra frente a las excepciones que tengan su fundamento en la relación causal, y es incongruente con los fines prácticos que persigue la articulación de la letra como negocio abstracto.

El pago de la letra por parte del librado sirve también, según se ha dicho, para saldar la deuda del librador contra el tomador dimanante de la relación de valuta y, en su caso, la del tomador respecto del primer endosatario o la de éste (convertido en endosante) para con el segundo, y así sucesivamente. El librador (o los endosantes) ceden, mediante el endoso, la autorización, implícita en la letra, para cobrar su importe y hacerlo suyo.

Falta por explicar la responsabilidad (cambiaria) del librador y de los endosantes. A mi entender, esta responsabilidad no se funda (al contrario de lo que sucede con el aceptante) en ninguna promesa incorporada a la letra y que ésta, por supuesto, no formaliza en su texto. Dicha responsabilidad dimana de la ley (artículos 459, 467, 516 y 519 del Código de Comercio), quien la impone con carácter solidario a fin de robustecer la posición del acreedor y facilitar la circulación del efecto. Sin embargo, y en la medida en que la letra ha sido entregada con el fin de que sirva de pago a una deuda (del librador para con el tomador o del endosante con el endosatario), se comprende que el demandado pueda fundarse en la relación causal (o en su inexistencia) para no hacerla efectiva. Si bien la concepción abstracta de la letra, o la protección a la seguridad del tráfico, obstan a que puedan oponerse excepciones fundadas en la relación de valuta si el

en consecuencia, sólo deberá ser protegido cuando haya confiado en la apariencia derivada de la cambial (43).

Los términos estrictos en que están concebidos los artículos 459, 467 y en particular el 480 del Código de Comercio producen la impresión de que la letra funda de suyo obligaciones que nacen con independencia de los respectivos negocios causales. Concretamente, el artículo 480 establece que «la aceptación de la letra constituirá al aceptante en la obligación de pagarla a su vencimiento». Por añadidura, el artículo 1.170 del Código Civil, al considerar la incidencia de la entrega de una letra de cambio (o pagarés a la orden u otros documentos mercantiles) sobre la obligación derivada del negocio causal, dispone, en su último párrafo, que «entre tanto—es decir, mientras la letra está pendiente de pago—la acción derivada de la *obligación primitiva* quedará en suspenso». Todo ello permitiría afirmar que la letra da lugar, en efecto, a la celebración de un nuevo negocio (o negocio «cartaceo», según la terminología de los mercantilistas) que se superpondría al contrato o negocio causal y que, a su vez, habría que configurar como negocio abstracto. Sin embargo, y como ahora vamos a ver, ésta sería posiblemente una conclusión precipitada.

En primer lugar, el tenor literal de los artículos del Código de Comercio que han sido citados conduce a resultados inadmisibles, como han denunciado la jurisprudencia y la doctrina. No es verdad, por ejemplo, que el aceptante no pueda oponer más excepciones que la falsedad de la aceptación. Aparte de que podrá alegar otras (44), el Tribunal Supremo le permite, según antes se apuntó, excepcionar la falta de provisión de fondos (y en general oponer cualquier excepción que descansa en el contrato causal) cuando quien exija el pago sea precisamente el propio librador, o quien fue parte en aquel contrato. En segundo término, y aun dando por supuesto que el deudor cambiario no se obliga de nuevo, es lo cierto que, de alguna manera, se modifica el tenor de la obligación contraída, aunque esta modificación no implique nova-

que demanda es un tercero ajeno a ella; en el segundo caso (es decir, si se prescinde de la abstracción causal) cuando el adquirente sea de buena fe.

(43) Este es el punto de vista de quienes conciben la letra como negocio causal. Cfr. al respecto la exposición de la doctrina causalista en GARRIGUES, citado, pág. 197, y en particular las afirmaciones de FERRARA que aparecen allí recogidas. *Vid.* igualmente RUBIO, *ob. cit.*, pág. 142.

(44) Como dice GARRIGUES (*ob. cit.*, pág. 239), el artículo 480 del Código de Comercio, al impedir que el aceptante alegue la excepción de falta de provisión de fondos ni otra alguna, ha querido referirse con estas palabras a las demás excepciones de índole causal, ya que no podía querer excluir las excepciones fundadas en falta de capacidad o en defecto de los presupuestos formales de la acción cambiaria. Podrá también alegar, añade GARRIGUES, además de la falsedad de la aceptación, el pago, la prescripción y la caducidad de la letra, y las excepciones causales si el reclamante no tiene la condición de tercero.

ción (45). Queda comprometido a pagar a quien aparezca legitimado por la propia letra y en términos más rigurosos, pues en principio y frente a tercero (al menos si es de buena fe), no podrá excusar el pago escudándose en el negocio causal. De no mediar la letra, el acreedor sólo podría (prescindiendo del consentimiento del deudor) ceder su crédito. Pero la cesión precisa la notificación al deudor para que éste quede vinculado con el nuevo acreedor (art. 1.527 del Código Civil) y, además, el cesionario está expuesto a que el deudor le oponga las mismas excepciones que hubiera podido hacer valer contra el cedente. En suma, el deudor cambiario, aunque no contraiga una nueva obligación, queda, no obstante, obligado de modo diferente (y más riguroso), lo que no puede suceder sin su consentimiento expreso incorporado a la letra, y tal vez por eso el Código Civil nos habla de «obligación primitiva» al referirse a la contraída en virtud del contrato causal. Resulta más conforme con la concepción causalista que inspira nuestro Derecho entender que el artículo 1.170-3 del Código Civil ha operado sobre el supuesto de que la superposición de la letra al contrato causal da lugar a una duplicidad de acciones y no de obligaciones. Sin duda, el legislador no se planteó al redactarlo ni en el orden dogmático ni en el práctico, el problema de si de la letra nace o no una obligación independiente y distinta de la que ya existía, sino sólo se propuso evitar los perjuicios que pueden originar al deudor la coexistencia de dos acciones, dirigidas ambas a hacer efectiva una sola obligación (46). Por todo lo dicho, parece preferible sostener que la inoponibilidad de excepciones fundadas en la relación causal obedece a la necesidad de proteger la confianza en la apariencia jurídica de quien ha creado un título destinado a la circulación, y de

(45) En este sentido la doctrina dominante en consideración a que, de conformidad con el artículo 1.204 del Código Civil, la novación no puede presumirse. La inexistencia de novación—salvo acuerdo novatorio expreso—puede perfectamente explicarse aunque se suponga que la letra constituye un nuevo negocio (abstracto). Como se ha dicho antes, cuando el negocio abstracto obedece a un negocio causal válido nacen dos obligaciones conexas, sin que sea cierto que la segunda (fundada en el negocio abstracto) sustituya a la primera, si bien el pago de una de ellas extingue también la otra, salvo (en el caso de la letra de cambio) que reclame el cumplimiento un tercero distinto del acreedor pagado.

Por esto no consideramos fundados los escrúpulos de RUBIO (*ob. cit.*, pág. 147), para quien resulta difícil admitir la presencia del doble negocio y su coexistencia sin novación del causal por el cartular.

(46) Para GARRIGUES (*cit.*, pág. 208) la finalidad que persigue el artículo 1.170 es impedir que el acreedor pueda ejercitar por separado y simultáneamente la acción cambiaria y la causal. Ciertamente es así, pero de ahí no se sigue que la duplicidad de acciones sea o no el efecto de la duplicidad de obligaciones. En realidad, GARRIGUES no se detiene a considerar el problema interpretativo que suscita el artículo 1.170-3 que, al aludir a la «obligación primitiva», parece dar por supuesto que junto a ella nace, con fundamento en la letra, una obligación nueva.

aquí que esté subordinada a la concurrencia de dos requisitos: que el tenedor de la letra tenga la condición de tercero y sea, además, de buena fe.

9) Nuestro Derecho, pues, al menos nuestro Derecho Civil, no conoce, como se desprende de todo lo dicho, los negocios obligacionales abstractos. Pero ¿es posible dar entrada en el Ordenamiento jurídico español a la abstracción causal en sede de negocios dispositivos? La respuesta debe ser negativa, aunque no sea más que por una razón de concordancia. No tendría sentido que la causa fuese requisito necesario para que, por vía negocial, pudiesen contraerse obligaciones y que, por el contrario, se prescindiera del valor y de la significación de la causa al tiempo de transmitir la propiedad o de constituir un derecho real.

La transmisión de la propiedad—hipótesis a la que voy a concretarme para simplificar—tiene como necesario punto de partida la celebración de un contrato entre transmitente y adquirente que responda a aquella función. La promesa del transmitente tendrá su causa, como ya se ha visto, en el resultado que pretende obtener merced al cumplimiento de la promesa que le ha hecho el adquirente. Supuesto que la simple perfección del contrato, sin necesidad de cumplir ningún requisito adicional, sea suficiente para que la propiedad de la cosa objeto de aquél (una compraventa, por ejemplo) se entienda transmitida, tal como acontece en el Derecho francés, es claro que la causa de la promesa (del vendedor) y la causa de la transferencia coinciden. Evidentemente, en un sistema que acepte esta solución no cabe atribuir a la transmisión de la propiedad carácter abstracto.

El tema de la abstracción de la causa en la transmisión de la propiedad sólo es imaginable en la medida en que el efecto jurídico-real exija un elemento adicional que se añada o superponga al contrato que se celebra previa o simultáneamente. Este nuevo elemento puede ser la entrega (*traditio*) de la cosa cuya propiedad va a transferirse, o la inscripción en un Registro público. Pero el hecho de que la transmisión de la propiedad exija como requisito complementario la entrega o la inscripción no basta, de suyo, para independizar la transferencia del dominio de su causa. Respecto de la inscripción esto es incuestionable, pues, en sí misma, no pasa de ser una exigencia formal que debe seguir a un negocio traslativo (sea abstracto o no). Por lo que atañe a la tradición, ocurre en principio lo mismo, aunque aquí la cuestión sea algo más compleja.

La entrega de la cosa, e independientemente de que sea o no necesaria para que la propiedad se entienda transmitida, constituye el pago de una obligación asumida por el transmitente (aunque a veces el nacimiento de la obligación y su cumplimiento no estén separados en el tiempo) cuyo contenido consiste no sólo en transmitir la propiedad, sino ade-

más en entregarla (47). La entrega se realiza, pues, *causa solvendi*, es decir, se hace con la finalidad de extinguir una obligación contraída por el *solvens*. Ahora bien, a mi juicio, la llamada *causa solvendi* es insuficiente para justificar, por sí misma, el desplazamiento patrimonial que tiene lugar por efecto del pago. El pago es una consecuencia de la deuda y por ello, y en tanto la obligación tenga carácter negocial, parece claro que, en último término, la razón que induce a pagar es la misma que determinó la voluntad de obligarse. Yo pago porque debo, pero debo porque me obligué a cumplir una prestación (y el pago consiste precisamente en realizar la prestación prometida) en virtud del resultado que por medio de la obligación que contraí (y de su cumplimiento, pues) pretendía conseguir.

Concebida, pues, la *traditio* como el pago o cumplimiento de una obligación de dar, sin más, es claro que la misma no puede constituir un negocio abstracto. En primer término, porque el pago, aunque el tema sea discutible (48), no es un negocio jurídico, sino un acto debido. Y en segundo lugar, porque al tener su fundamento en la obligación que se dirige a extinguir no puede ni debe aislarse de ésta. No es sólo que la causa del pago coincide con la de la promesa que originó la obligación, sino que tiene también su causa (eficiente) en aquella promesa y, por consiguiente, en el contrato de que la misma forma parte. De aquí que si el contrato básico es nulo también lo sea el pago. El *tradens* dispone no sólo de la *condictio*, acción personal dirigida contra el *accipiens*, si paga lo que nunca debió o que ya había pagado, sino, además, en el caso de que el contrato sea nulo, de una acción de nulidad que, por su propia naturaleza puede ejercitar contra terceros, salvo que éstos se escuden en una institución protectora del tráfico jurídico (posesión adquirida de buena fe, o inscripción en el Registro de la Propiedad).

Naturalmente, si la *traditio* se construye como el simple pago o cumplimiento de una obligación de dar (aunque, además, sea un requisito necesario para que la propiedad se transfiera) no es posible asignarle, se-

(47) Respecto de la compraventa se discute si el vendedor está o no obligado a transmitir la propiedad de la cosa vendida. Frente a la tesis contraria sostenida por ALBALADEJO («La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XII, 2.ª época, págs. 409 y sigs.) he sostenido que, como regla general, debe estimarse que esta obligación ha sido asumida por el vendedor. (Cfr. mi trabajo *El nuevo artículo 1.413 del Código Civil*, pág. 55—de la separata—, nota 62.)

(48) La cuestión sobre la naturaleza jurídica del pago ha sido arduamente debatida en la doctrina. Hoy parece prevalecer la tesis de que no se trata de un verdadero negocio jurídico. Cfr. un resumen muy claro sobre el problema en la obra de Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., págs. 612-613. Mi opinión sobre el tema quedó expuesta en el trabajo «El Notario latino y su función», cit., *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1972, apartado II, párrafo 5.º

gún se desprende de lo dicho, carácter abstracto. Para ello es necesario relegar a segundo plano su función solutoria (aunque efectivamente la cumpla) y concebir el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad, el *animus transferendi et accipiendi dominii*, indispensable para caracterizar la entrega (49), en un negocio jurídico independiente y sustantivo. Se trata de un acuerdo real cuyo contenido consiste en la voluntad de transmitir y adquirir la propiedad que se desconecta de su precedente causal y se configura como un negocio autónomo y abstracto. El acuerdo debe complementarse con la entrega de la cosa o con la inscripción en el Registro, según que aquélla sea mueble o inmueble. De conformidad con la naturaleza peculiar de los negocios abstractos, la propiedad se considerará transmitida independientemente de la existencia o validez del contrato obligatorio (o causal) previo en el que encuentra su fundamento lógico (aunque no jurídico, al menos de modo inmediato) la transmisión de la propiedad. Si ese contrato falta o es nulo el transmitente sólo podrá ejercitar una acción de enriquecimiento injusto contra el adquirente, pero no contra terceros, salvo que hubiesen adquirido a título gratuito.

La finalidad de esta manera de concebir la transferencia de la propiedad, justamente calificada de artificiosa, es robustecer al máximo la seguridad del tráfico, especialmente del que tiene por objeto bienes inmuebles. El conocimiento o desconocimiento del adquirente acerca de los vicios causales que pudieran haber afectado a la adquisición previa del transmitente es irrelevante (50). Esta protección es más eficaz que la que

(49) La entrega de la cosa es, en sí misma, un acto incoloro, según se dice. Efectivamente, para saber cuál es exactamente su significado jurídico hay que remontarse a la razón en virtud de la cual se efectúa, o, si se quiere, a la intención o voluntad de las partes. La entrega traslativa, o *traditio* en sentido estricto, requiere siempre el *animus transferendi et accipiendi dominii*. Pero este *animus* existe desde que se perfecciona el contrato causal, y se corrobora o reitera en el momento de la entrega. Otorgarle sustantividad y autonomía es el fruto de una pura especulación conceptual que fracciona artificialmente la unidad del negocio tal como los contratantes lo entienden. Esto no significa, sin embargo, que la separación entre el negocio obligacional y el transmisivo, y en particular la articulación de éste como negocio abstracto, carezca de repercusiones prácticas. Consecuentemente, la crítica del sistema debe hacerse atendiendo a éstas, es decir, dando preferencia al factor teleológico sobre el dogmático.

(50) Heck, en un artículo publicado en 1937 bajo la influencia del nacional socialismo, apunta que la diferencia entre la caracterización causal y la del BGB «podría ser disminuida por la intervención de otras normas de este Cuerpo legal: en particular haciendo valer que si bien en el Derecho vigente el conocimiento de los vicios causales no impide al adquirente obtener la propiedad, es igualmente cierto que el comportamiento de tal adquirente chocaría contra las buenas costumbres y, por tanto, el contrato de transmisión, según la opinión correcta (aunque muy discutida), sería nulo». Agrega, además, que la adquisición del *consciis fraudis* constituirá muy frecuentemente un delito, por lo cual, aunque el subadquirente no vendría alcanzado por la pretensión de enriquecimiento injusto, tendría que devolver la cosa adquirida en concepto de prestación indemnizatoria por su comportamiento delictivo. Reconoce, no obstante, que esta pretensión restitutoria,

dimana, simplemente, de combinar el sistema de transmisión causal con el llamado principio de fe pública registral. La fe pública registral sólo ampara al adquirente de buena fe, es decir, al que adquiere en la ignorancia de que el Registro es inexacto. Lo mismo acontece en el Derecho alemán, mas en él—a diferencia de lo que sucede en el Derecho español—los vicios que afecten al negocio causal, o la nulidad y aun la inexistencia de éste, no determinan que el Registro sea inexacto y, por consiguiente, el subadquirente, aunque conozca aquellas circunstancias, no se reputa por ese sólo hecho de mala fe, y es mantenido en su adquisición. Ello se debe exclusivamente al carácter abstracto de la transmisión. De otra parte, la abstracción causal obsta a que el contrato obligacional conste en el Registro. Se elimina de este modo la posibilidad de que el contenido del asiento refleje motivos de nulidad, rescisión o resolución, que en tanto resulten claramente del Registro, perjudicarán a tercero, según establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (51). No es indiferente,

debido a su carácter obligacional, cedería ante los acreedores del autor del delito, pero, sin embargo, propietario.

En mi opinión, HECK exagera. Ciertamente, en algún supuesto extremo (así el de la venta de ametralladoras con el fin, conocido por ambas partes, de cometer un delito de alta traición) cabe pensar en la aplicación del artículo 138 del BGB para corregir los excesos a que daría lugar la aplicación rígida del sistema legal en punto a la adquisición de la propiedad, aunque el propio HECK reconoce que la Jurisprudencia, incluso en esos supuestos, se inclina por afirmar la eficacia real. Sin embargo, y ante eventos menos dramáticos, no parece que pueda entrar en juego el citado artículo 138, tal como HECK apunta, a no ser que se pretenda hacer tabla rasa de una normativa que se propone (con razón o sin ella) inmunizar totalmente al subadquirente de los vicios causales que afecten a la adquisición de su transmitente. De otra parte, el hecho de que el tercero conozca los defectos causales que afectan a la relación entre el primer transmitente y el primer adquirente no le convierte, sin más, en coautor de un fraude, pues él no adquiere para frustrar la pretensión de enriquecimiento que asiste al que transmitió sin causa, supuesto que tal pretensión podrá satisfacerse mediante el pago (a cargo del enriquecido) del valor de la cosa. Criticable o no, ésta es la filosofía a que responde el BGB.

(Vid. la traducción del trabajo de HECK, y de la que me he servido, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1965, págs. 1442 y sigs., publicado bajo el título «El negocio real abstracto».)

(51) El hecho de que el Registro publique el negocio causal no contribuye, ciertamente, a la agilidad y seguridad del tráfico jurídico. No es fácil discernir, haciendo aplicación del artículo 98 de la Ley, lo que es real de lo que es obligacional. ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, II, págs. 737-738) critica el sistema legal con estas palabras: «El régimen hipotecario español ha admitido múltiples medios de publicidad registral y quizá en esta abundancia se halla su vicio fundamental. No contento con los asientos propiamente dichos (y antes, además, las menciones), y en cuanto a las acciones con la anotación preventiva, ha adoptado además como instrumento de publicidad tabular las causas que constando explícitamente en el Registro puedan dar origen a acciones de nulidad, rescisión, resolución, revocación, etc. Y así resulta que terceros adquirentes que son protegidos en el sector extrarregistral no pueden serlo en el hipotecario, gracias a estas constataciones tabulares, verdaderas escorias registrales que ensombrecen la nitidez de los asientos del Registro, sembrando la confusión en los libros y que pueden cons-

pues, desde el punto de vista de la seguridad del tráfico, que la transmisión de la propiedad, o la transmisión y constitución de derechos reales, se configure de acuerdo con una concepción abstracta o con una concepción causal, aunque tanto un sistema como el otro protejan al adquirente que haya adquirido confiado en los pronunciamientos registrales. La concepción abstracta otorga una protección más completa. Otra cuestión es que pueda parecer excesiva y sobre todo que al descansar en la separación tajante entre negocio obligacional y dispositivo, esta separación determine consecuencias injustas (52).

En el Ordenamiento jurídico español, la transmisión de la propiedad (e igualmente la constitución de derechos reales) por negocio jurídico tiene, desde luego, carácter causal. Esta es la opinión doctrinal casi unánime en la actualidad a la que, por supuesto, me sumo. El artículo 609 del Código Civil es terminante. La propiedad se transmite «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Luego el contrato (y el Código sólo puede referirse a los contratos de finalidad traslativa que el mismo contempla) forma parte del supuesto de hecho que determina la transmisión y subsiguiente adquisición del dominio y de «los demás derechos sobre los bienes». La tradición, necesaria para que se produzca la transmisión, tanto si se trata de bienes muebles como de inmuebles (53), no pasa de ser un elemento complementario que es tratado, además, como el cumplimiento o pago de una previa obligación de dar. La normativa sobre la tradición se encuentra enclavada dentro de la reglamentación del contrato de compraventa, y más concretamente al regular la obligación de entregar la cosa que pesa sobre el vendedor.

10) Hay que plantearse, con todo, un problema adicional. ¿Es aplicable a la transmisión de la propiedad por negocio jurídico la presunción sobre la existencia y validez de la causa que establece el artículo 1.277 del Código Civil? Dicho en otros términos, ¿se podría reconocer, *prima facie*, valor jurídico a un acto que contuviera las nudas declaraciones de transmitir y adquirir la propiedad de una cosa y en el que no se indicase la causa de la transmisión ni existiera referencia al contrato causal bá-

tituir verdaderas trampas para incautos». Los problemas prácticos a que dio lugar la constatación en el Registro del precio aplazado de la compraventa (aún no resueltos del todo por el actual art. 11 de la Ley Hipotecaria) aseveran la certeza de los conceptos transcritos redactados con ocasión de comentar dicho precepto.

(52) *Vid.* la crítica de HECK en el trabajo citado en la nota 50. En mi opinión la crítica es particularmente certera al considerar las relaciones entre el transmitente y el primer adquirente (cfr. pág. 1460).

(53) Esta es la opinión de la doctrina dominante, a la que me adhiero. Con todo, no veo muy claro que en el caso contemplado por el artículo 1.473-2 del Código Civil la inscripción no prevalezca sobre la tradición. Obviamente, no puedo detenerme aquí en el estudio de este problema.

sico? Algunos autores (54) responden afirmativamente. A mi juicio, no hay, en principio, motivo alguno que exija limitar el alcance del artículo 1.277 del Código Civil a los contratos meramente obligacionales. Aunque creo que el precepto fue escrito pensando en la promesa de pago o el reconocimiento de deuda que no expresan la causa (55), la razón de analogía, por lo que a la transmisión de la propiedad respecta, es indiscutible. Esto no significa, claro está, admitir en el Derecho español el acuerdo real abstracto tal como lo concibe el BGB. La presunción del artículo 1.277 no consagra la validez de los contratos (sean obligacionales o dispositivos) desprovistos de causa, o con causa ilícita, y, por tanto, si el contrato causal es nulo o no existe, ni el *tradens* habrá perdido la propiedad ni el *accipiens* la habrá adquirido, aunque la carga de la prueba acerca de la inexistencia o ilicitud de la causa tendrá que pesar sobre el primero (56). Consecuentemente, cabrá la reivindicación en el supuesto de que la cosa haya sido transmitida posteriormente a un tercero, salvo que se trate de un poseedor de buena fe (artículo 464 del Código Civil) o pueda acogerse a lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La posibilidad de invocar este último precepto suscita, sin embargo, una nueva cuestión. ¿Será inscribible en el Registro una transmisión formalizada sin que en la escritura se haga mención de la causa? Aunque se trata de una materia opinable (57), me inclino por la negativa. Según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, la calificación del registrador se extiende a «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas». Lo cual quiere decir que el contrato causal, en tanto constituye ese acto dispositivo (aunque tenga que venir complementado por la tradición) debe ser objeto de calificación, sin que su conocimiento pueda serle escamoteado al registrador aduciendo que, según el artículo 1.277 del Código Civil, debe presumirse que aquel acto existe y es válido. Mediante el expediente de silenciar la causa se facilitaría la inscripción de transmisiones nulas, lo cual es contrario a la *ratio* de la función calificadora, que tiene por fin reducir al mínimo las hipótesis posibles de discrepancia entre el registro y la realidad jurídica, atenuando así el riesgo de que esta anómala situación devenga irreversible si entra en juego la fe pública registral.

(54) Cfr. URSICINO ALVAREZ, «El problema de la causa en la tradición», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, pág. 591, y LACRUZ BERDEJO, *Derecho registral inmobiliario*, págs. 145-146.

(55) En este sentido, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, cit., II, pág. 98.

(56) *Vid.* sobre este problema lo que se expuso en la nota 38.

(57) Se inclinan por la afirmativa URSICINO ALVAREZ y LACRUZ BERDEJO, citados en nota 54. En contra, ROCA SASTRE (*ob. cit.*, II, págs. 97 y sigs.), así como la doctrina de la Dirección General, con excepción de la conocida Resolución —tampoco concluyente— de 31 de julio de 1928.

El problema es más difícil de resolver si se trata de inscribir una hipoteca constituida en garantía de una obligación fundada en una promesa o en un reconocimiento abstractos de deuda. En esta hipótesis, el acto dispositivo propiamente dicho queda concretado a la constitución de la garantía, y de ahí podría deducirse que no es necesario que el registrador conozca cuál es la causa de la promesa o del reconocimiento, cuyo contenido es meramente obligacional. A ello cabría objetar que, en tanto la validez de la obligación garantizada es requisito de la validez de la hipoteca (dado el carácter accesorio de la misma), para calificar el acto dispositivo es menester, asimismo, calificar el negocio obligatorio. La aseveración es cierta, mas sin perjuicio de que el registrador tenga que calificar no sólo el acto constitutivo de la hipoteca, sino también aquel otro de donde derive la obligación, tal vez no haya inconveniente en que, respecto de esta segunda calificación, pueda actuar la presunción del artículo 1.277 del Código Civil.

Quizá la clave de la solución radique en determinar cuál es el ámbito objetivo de la fe pública registral cuando se trata de transmitir un crédito hipotecario. La protección dimanante del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ¿se extiende sólo a la hipoteca, de suerte que el cesionario sólo quedará inmune en el supuesto de que sea nulo el acto constitutivo *sensu stricto* (58), o comprende también las hipótesis en que la nulidad de la constitución de la garantía proceda del negocio obligatorio, o de que no existe la obligación garantizada? (59). Creo que contestar a esta pregunta es trascendente respecto del tema que aquí se examina. Si se entiende que el artículo 34 de la Ley sólo actúa en lo que respecta a la hipoteca propiamente dicha, no parece que el registrador tenga que hacer caso omiso del artículo 1.277 del Código Civil, dado que, en todo caso, la nulidad de la obligación perjudica al cesionario. Ya se ha dicho que el último fundamento del llamado principio de legalidad es evitar situaciones de discordia entre el registro y la realidad que puedan llegar a ser irreversibles. Contrariamente, si se estima que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria protege al cesionario plenamente, parece que la calificación del registrador no puede detenerse ante el artículo 1.277 del Código Civil.

(58) Supongamos, por ejemplo, que se constituye hipoteca en garantía de una deuda ajena y se comete error en la fe de conocimiento en cuanto a la identidad del hipotecante. O que en nombre del deudor comparece un apoderado facultado para tomar dinero a préstamo, pero no para constituir hipotecas.

(59) El préstamo es usurario o se constituye hipoteca para garantizar una deuda inexistente. Así, la de pagar un legado de suma que ha quedado sin efecto por haber sido revocado el testamento en que aquél se ordenó, circunstancia que desconoce el hipotecante.

Por mi parte, y aun reconociendo que el punto es opinable, me inclino por la primera alternativa. La protección que comporta la publicidad registral se refiere a los derechos reales no a los derechos de crédito. Se dirá que, en el caso de la hipoteca, lo que se inscribe, en rigor, es el crédito hipotecario, de donde se sigue que la fe pública registral debe amparar al cesionario sin haber distinciones (60). Sin embargo, y como acabo de poner de relieve, estas distinciones son perfectamente posibles. La fe pública del Registro debe amparar al cesionario en tanto la nulidad del acto constitutivo de la hipoteca sólo se refiera a ésta (61), pero no en el caso de que sea nulo o inexistente el negocio obligacional, aunque dicha nulidad o inexistencia apareje la nulidad de la constitución de la garantía. En la cesión de créditos, el cesionario se subroga en la posición del cedente y, por tanto, el deudor puede oponerle todas las excepciones fundadas en el negocio causal (62). No hay razón alguna para hacer de mejor condición, en este orden de cosas, al cesionario de un crédito hipotecario que al que lo sea de otro crédito cualquiera, pues la naturaleza y los efectos propios de la cesión no pueden depender, obviamente, de que el crédito cedido esté o no garantizado y de que la garantía, de haberla, sea hipotecaria.

Consecuentemente, la publicidad del registro sólo ampara al cesio-

(60) Vid. en este sentido ROCA SASTRE (*ob. cit.*, I, pág. 623), para quien «respecto a los derechos de crédito garantizados con hipoteca... la fe pública registral que protege el derecho real de hipoteca extiende su actuación al crédito garantizado *por imponerlo la naturaleza de las cosas*, a menos que se trate de hipoteca de seguridad». La postura de ROCA SASTRE me parece excesivamente simplista. No creo que «la naturaleza de las cosas» se oponga a la distinción que formulo en el texto.

(61) Sin necesidad de entrar a discutir si la hipoteca es o no un verdadero derecho real, es evidente que, en sí misma, es tratada (y ha de serlo) como si lo fuese por lo que respecta a su inscribibilidad y a la protección dimanante de la publicidad registral.

En un trabajo de juventud («Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real», publicado en la *Revista de Derecho Privado*, 1949, págs. 377 y sigs.) traté de construir de otra manera esta controvertida figura jurídica. El trabajo produjo cierta indignación entre algunos hipotecaristas, como si con él yo hubiera querido atentar contra la esencia misma de la institución registral. Posteriormente, ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, VI, págs. 137 y 171) ha criticado con dureza mi toma de posición que califica de «insostenible», «absurda», «extraña» y «compleja». No es del caso que aquí y ahora (la cuestión, eminentemente teórica, ha dejado, además, de interesarme) trate de rebatir la crítica adversa. Me limitaré a decir que Roca, al menos, cuya capacidad para situarse (dialécticamente) en el punto de vista de quienes no opinan como él no está al nivel de su extraordinaria cultura jurídica, no ha entendido bien el planteamiento metodológico de mi polémico trabajo.

(62) Cfr. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., página 796. Se pregunta, sin embargo, si las excepciones derivadas de la relación personal del deudor cedido con el cedente (entre las que no se comprenden la inexistencia o nulidad del negocio constitutivo) son o no oponibles al cesionario. Se inclina por la afirmativa, salvo que el deudor haya consentido la cesión.

nario en un doble aspecto. En primer lugar, si, como se ha dicho, la nulidad de la constitución de la hipoteca no procede de que sea nulo el negocio obligatorio. Puede entrar en juego, en esa hipótesis, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues se está dentro del ámbito normal de aplicación del precepto. En segundo término, y ante la hipótesis de doble cesión del crédito hipotecario, debe ser protegido el cesionario que primero inscriba si es de buena fe, pues no hay inconveniente en aplicar el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (63). Es cierto que el cesionario no sólo adquiere la hipoteca, sino el complejo crédito hipotecario; mas, por lo que atañe a las relaciones entre cesionarios, la naturaleza de la cesión no se opone a que el conflicto de intereses que se produce entre ellos, en el caso de que el acreedor ceda su crédito a dos personas distintas, se resuelva dando preferencia al que ha inscrito primero. Así se deduce, además, del artículo 1.526 del Código Civil.

Habida cuenta de todo lo expuesto, me inclino por defender la inscribibilidad de la escritura que formalice una promesa de pago o un reconocimiento de deuda, formulados en términos abstractos, si la obligación ha sido garantizada con hipoteca. En todo caso, y aunque prospere el criterio contrario, el registrador no debe ser demasiado exigente respecto a la expresión de la causa de la promesa o del reconocimiento. Bastará que de sus propios términos resulte que el segundo se hizo con fines de fijación jurídica (64), o la indicación de que la promesa se otorga para cumplir un deber moral (65). Un exceso de celo en el ejercicio de la función calificadora puede vetar el acceso al registro de actos perfectamente válidos, privando de eficacia a la garantía hipotecaria constituida para asegurar su cumplimiento.

MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ
Doctor en Derecho. Notario de Madrid

(63) Coincide en este punto ROCA SASTRE (*ob. cit.*, IV-2, pág. 789). Acerca del problema consiguiente a la relación entre los artículos 32 y el 34 de la Ley Hipotecaria, especialmente en orden a si el primer precepto exige en el tercero el requisito de la buena fe, cfr. ROCA, *cit.*, I, págs. 584 y sigs. Por mi parte, suscribo, en este particular, el parecer del ilustre autor.

(64) Por ejemplo, si se dice que han mediado entre las partes relaciones comerciales, y con el fin de fijar definitivamente el saldo que de dichas relaciones resulta, uno de los contratantes se reconoce deudor del otro por una suma determinada.

(65) Exigir la exposición de los hechos en que se funda el deber moral puede resultar penoso para los otorgantes, y en cualquier caso superfluo, pues el Registrador carece de medios (y de facultades) para comprobar la certeza de las aseveraciones que aquéllos formulen al respecto.