

## La causa y la situación patrimonial justa

The cause and the fair patrimonial situation

*Autor: Jose Luis Del Moral Barilari*

*DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.130>*

## LA CAUSA Y LA SITUACIÓN PATRIMONIAL JUSTA\*

## THE CAUSE AND THE FAIR PATRIMONIAL SITUATION

## A CAUSA E A SITUAÇÃO PATRIMONIAL JUSTA

**Jose Luis Del Moral Barilari<sup>a</sup>**  
jdelmoral@delmoralabogados.com  
Fecha de recepción: 17 febrero de 2016  
Fecha de revisión: 19 febrero de 2016  
Fecha de aceptación: 23 febrero de 2016

### RESUMEN

El autor formula en este artículo una visión absolutamente diferente sobre el instituto de la causa respecto de las que actualmente componen el estado de la doctrina científica. La misma no se ubica como un fenómeno generador de un efecto sino como una simple relación que, como fruto de sus experiencias anteriores, fabrica la mente humana, entre una acción y su efecto.

Para distinguirlos a todos analiza, desde la filosofía conceptual y con apoyo en diversas gráficas, los conceptos y composición tanto del propio ser como de sus actos jurídicos, explicando dónde se ubica la causa dentro de un acto modelo para poder distinguirla de otras figuras afines de ese mismo acto y cómo deben entenderse otras figuras que conectan todo ese acto con otro u otros actos conexos.

---

\* Este artículo científico forma parte de un Tratado Completo de Derecho Civil, que comprende el total de dicha asignatura y que el autor acaba de concluir. Actualmente está en prensa pendiente de su publicación existiendo ya una versión previa en formato i-book en iTunes "Tratado de Derecho Civil: El árbol de la ciencia del Bien y el Mal".

a. Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Valencia. Sus 20 años de ejercicio profesional se han centrado fundamentalmente en el Derecho Civil y Marítimo, habiendo sido durante una década Vicepresidente de la Asociación Española de Derecho Marítimo y siendo en la actualidad miembro de la European International Research Advisory Council (EIRAC). Europe and Middle East.

**PALABRAS CLAVE**

Causa, enriquecimiento injusto, ser, acción, acto, hecho, simulación, prestación, hipótesis, eficacia.

**ABSTRACT**

The author of this article has an absolutely different view of the institute of the cause for which currently make up the state of scientific doctrine. It is not placed as a generator of an effect phenomenon but as a simple relationship that, as a result of their past experience, the human mind makes, between an action and its effect.

To distinguish each, the author analyzes both, the being and his legal acts from the conceptual philosophy and with support in various graphics, concepts and composition, explaining where the cause lies within a model act to distinguish it from other similar figures of the same act and how to understand other figures that connect this entire act with another or other related acts.

**KEY WORDS**

Cause, unfair enrichment, being, action, act, fact, simulation, prestation, hypothesis, efficacy.

**RESUMO**

O autor propõe este artigo uma visão completamente diferente sobre o instituto da causa, comparada com as teorias que atualmente compõem o estado da doutrina científica. Não está localizada, como geradora de um efeito, mas como uma relação simples que, como resultado de suas experiências anteriores, faz a mente humana, entre uma ação e seu efeito.

Para distingui-los todos analisa, desde a filosofia conceitual e com gráficos diferentes, os conceitos e composição mesmo do próprio ser humano como das suas sanções legais, explicando onde está localizada a causa dentro de um modelo de evento para ser capaz de distingui-lo de outras figuras semelhantes desse mesmo ato e como outras figuras que conectam todo o ato com outro ou outros atos relacionados devem ser entendidas.

**PALAVRAS-CHAVE**

Causa, enriquecimento injusto, ser, ação, ato jurídico, fato, simulação, benefício econômico, hipótese, eficácia.

**INTRODUCCIÓN**

Desde el principio de los tiempos, el hombre ha contemplado la naturaleza con constante asombro. Veía cómo de repente, se producía delante de él un fenómeno extraño: un destello proveniente del cielo (rayo) caía cerca suyo y, sin saber muy bien por qué, a los pocos segundos se generaba inmediatamente una fuente de luz. Como esa luz producía también una sensación agradable de calor, decidió llevarla a su cueva para que los suyos también pudieran disfrutarla. El frío invierno glacial no daba tregua y el fuego (que es como se pasó a llamar ese fenómeno porque era el focus donde se reunía toda la tribu) hacía más habitable la cueva, razón por la que decidieron llamar a dicho espacio, a partir de ese momento, hogar (*fogar*). Por desgracia, un tiempo después, ese nuevo “invitado” se apagó y en la cueva volvió a imperar el frío y la oscuridad de siempre.

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

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

**METODOLOGIA**

El presente artículo utiliza como metodología (del *gr. metá-odós*: camino para llegar a la meta) la observación lo más prismática posible de la realidad de todos los fenómenos jurídicos. Por esa razón, el lector podrá ver que se manejan, para la elaboración de sus conclusiones, técnicas propias de la Filosofía, el Derecho, la Física, la Lingüística y la Etimología.

## DESARROLLO DE LA DISCUSIÓN

### 1. LA CAUSA

#### 1.1. CONCEPTO

En la antigua Grecia no se hablaba de causa para hacer referencia a ese fenómeno, pues se utilizaba la palabra αἰτία ó αιτία, del verbo *aitomai* ΑΙΤΙΩΜΑΙ (acusar) que da lugar a términos como etiología (que estudia la relación entre fenómenos) siendo sólo en Roma<sup>1</sup> cuando se la empieza a denominar de tal forma, lo que hacen -extrañamente para la precisión técnica de la que normalmente hacían gala los romanos- con manifiesta y notoria impropiedad y falta de criterio<sup>2</sup>.

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

El concepto de "causa" dentro de la teoría del contrato es, seguramente, uno de los más oscuros, confusos y difíciles de aprehender, de la doctrina y de la técnica del derecho civil. Es justa y merecida esta fama de oscuridad que la teoría de la causa viene tradicionalmente arrastrando consigo. No es solamente su tradicional dificultad lo que dota a la teoría de la causa de un relieve singular

dentro de las instituciones jurídico-civiles. Es que, aunque otra cosa a primera vista puede creerse, lo que está empeñado en ella no es un mero juego conceptual, sino algo que tiene una honda repercusión práctica. Una pluralidad de conflictos típicos de intereses tiene, en la teoría de la causa, el centro de gravedad de su solución normativa<sup>4</sup>.

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

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

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

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

Pues bien, con la omnipresencia legislativa de la causa que apunta DIEZ-PICAZO entendemos que se puede estar de acuerdo. Pero con su ininteligibilidad y la conveniencia de su desaparición, no podemos estar en mayor desacuerdo. Y a demostrar la plena comprensibilidad de la causa y su, no sólo inconveniente, sino imposible desaparición, vamos a dedicar éste artículo.

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

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

*Causa causae est etiam causa causati* (Decio, *Commentaria*) *La causa de la causa es también la causa de lo causado*. STS 19 JULIO 1996, RJ 5803.

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

2. *En Roma se utiliza la palabra causa lo mismo para referirse a las fuentes de las acciones debidas (ex variis causarum figuris) que a la naturaleza de una institución (causa perpetua servitutis) que una coacción (quod metus causa gestum erit) o a un anima (dare ob causam)*.

3. ALBALADEJO, M. "La Causa" "RDP", 1958, pág. 315.

4. DIEZ PICAZO Luis y GULLÓN Antonio. "Sistema de Derecho Civil". 8ta Edición. Editorial: TECNOS. Madrid, 1975. DIEZ PICAZO Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, págs. 215 a 244.

Como punto de partida para entender la causa resulta necesario e imprescindible explicar con anterioridad el lugar en el que se ubica la misma (el acto jurídico) y cuál es su estructura interna, sin perjuicio de que la adecuada explicación pormenorizada de estos temas, requeriría de varios artículos semejantes al presente.

Si pudiéramos dibujar un acto jurídico<sup>5</sup>, éste sería parecido a una especie de círculo y estaría compuesto, por cuatro porciones que pasamos a visualizar.

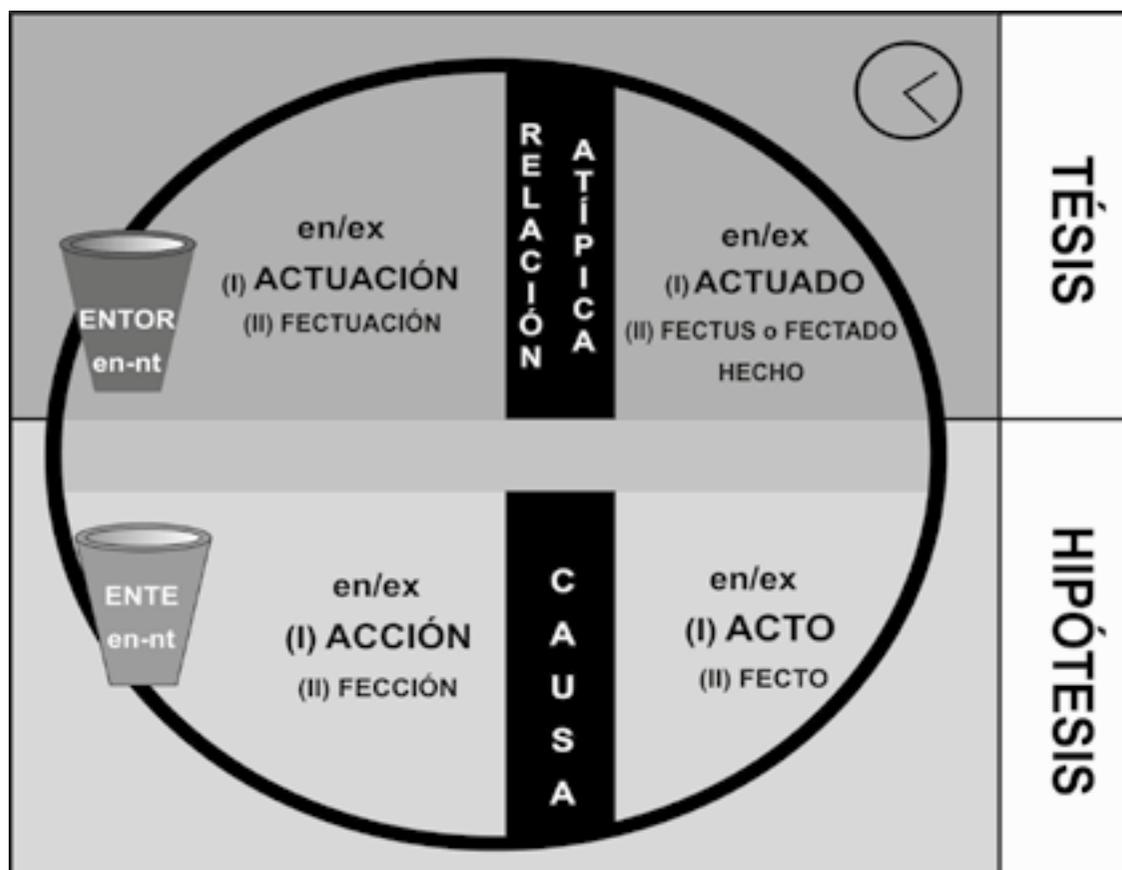


Figura 1. Círculo del acto jurídico

• Como puede verse en la gráfica superior:

a) Se utiliza un doble nomenclátor: v.gr actuación y fectuación. La diferencia estriba en que el primero se refiere al movimiento involuntario (*agere*) y el segundo al voluntario (*facere*, del PIE \*dhe- que en tiempos muy remotos fue *fagere* y en el que el añadido de la “f” –que curiosamente luego ha devenido sorda en muchas ocasiones, indica elaboración, falta de instantaneidad).

b) Los términos de las dos porciones del lado izquierdo (actuación y acción) pueden ir acompañados de los prefijos “en- ó ex” en función de que dicha actuación y acción se produzca dentro o fuera del entor y del ente respectivamente. Eso se traslada automáticamente al lado derecho, dando lugar a un en-ex actuado y un en-ex acto (origen de la palabra “exacto”) respectivamente.

Un ejemplo de acto interno sería una infección (el prefijo en- rota a veces a -in), que daría lugar a un infectado, ambos los cuales como veremos se homologarían en la hipótesis como una infección y un infecto.

5. EINSTEIN, Albert: “Si no soy capaz de dibujarlo es que no lo entiendo”.

Y como ejemplo de un acto externo se podría hablar de una efectuación, que daría lugar a un hecho (*fectus*), los cuales ambos se homologarían como una efección y un ¡efecto! (antiguamente *ex factum*, posteriormente *effectum* y finalmente, *efectum*).

- Comenzando por el hemisferio norte de ese círculo, en el mismo se ubica el mundo de la tesis o lo “tético”:

La tesis (del griego *ti themi*: yo pongo) es el mundo de la realidad. Todo lo que en ella ocurre es atípico y está sujeto al espacio y al tiempo. Veamos sus partes: entor, sensación y actuación.

a) El entor: En su porción izquierda se ubica el ser real o *entor*.

El Ser es infinito (de ahí que a su terminación –r se la denomine “infinitivo”). Cuando el Ser es finito se denomina en Grecia “Ev o en” cuando no actúa y “ov u on” cuando sí lo hace y así pasa al latín. Lo contrario a ese “on” era el “non o n-on”, esto es, el No Ser en términos absolutos, figura desacertada porque con el paso de los siglos ha pasado a ser utilizada como negación relativa conjuntamente con el in-. Así, por ejemplo, se entiende que tanto invencible como no vencible son lo contrario de vencible, siendo que sólo el primero indica “contrario o falta de” mientras que el segundo “no vencible o n-on vencible” significa nada, que no se habla ni del vencible ni del invencible.

Ese ser finito se denomina “en” y pasa a llamarse entor en el mundo real de la tesis. El entor, así como el ente y la entia, son los seres internos o estáticos, no es/ son el que está realizando una actuación o acción que seguía siendo el –on del final de ambas palabras, arrastrado desde Grecia. No en vano, toda actuación o acción son realizadas por un él. Volviendo al en, si el mismo está en sujeción al tiempo, se habla de conjugación: “fui” “esse” y “fut”.

El lector desconocerá seguramente esta figura del entor (pero veremos que no ocurre así con los posteriores ente, entidad o entia, que suenan más familiares). Además, dicha figura suele ser desconocida porque en la realidad suele ir “de tapado”, como si de un calcetín sin punta se tratara- por cada una de los actos que realiza. Así, dentro de la palabra agricultor se esconde el

*en-*, del que solo asuma la terminación –tor para formar la palabra antedicha agricultor. Y ello es lógico porque todo agricultor no es más que un en- que desarrolla la actividad agrícola. Así ocurriría con un pescador, boxeador... por cuanto la partícula –nt- devino –d con el paso del tiempo.

Ese entor tiene, como ocurre con todos los seres reales, sexo masculino o femenino (a diferencia del ente del que hablaremos después), razón por la que v.gr lo mismo se puede decir prestador que prestadora. Voy a seguir de aquí en adelante el ejemplo del Donato o acto de donar para apoyarme más en la realidad. Si de Donato hablamos, sus entores serían un donador/a y un donatario/a.

También sería un *entor* un *nocedor* (antiguamente *nocendor* o *nocentor*) que es aquel que ha provocado un daño (a título de autor, cómplice o encubridor) o *innocentor* o un *culpabilor*<sup>6</sup> que sería aquél que, sea o no el *nocedor*, debe asumir la culpa de ello.

Ya veremos el porqué de la confusión de estas figuras con las del donante y o del inocente, propias de la hipótesis.

b) La sensación: es el proceso de formación del *sensum* del entor, origen de la palabra *sensual*<sup>7</sup> y lugar en donde se fabrican dos fuerzas mentales: la intención y la proposición. Lo veremos posteriormente.

c) La actuación: Que significa, etimológicamente hablando, agere la acción. Lo relativo a la actuación es lo actual, que no tiene nada que ver con lo que acaba de ocurrir sino con lo relacionado con la actuación. De ahí que en algunos idiomas como en el inglés, se utilice la expresión “*actually*” no para referirse a lo que está ocurriendo sino a lo que está actuándose en la realidad. Por esa razón, a lo largo de este artículo, verán sustituidas las expresiones “*subjetivo*” y “*objetivo*” por dichos términos. Nada es sujeto u objeto de algo (art. 1.261.2). Una persona y una cosa pueden ser sujeto y objeto, respectivamente, de una actuación.

6. *Sed hoc culpabilor tu auqm illic*”: Divi Salviani Massiliensis episcopi.  
“*Aliqui culpabilor*”, *Disquisitionum magicarum libri VI*.

7. *Que originariamente nada tenía que ver con lo erótico o sexual sino que se refería a lo típico (-al) del senso.*

La acción, por lo tanto, no hace nada, sino que se hace a través de una actuación real. Esa actuación puede estar compuesta por uno o por varios pasos o *gradus* (v.gr el título primero y, a continuación, el modo).

Si esa actuación es voluntaria se denomina, como hemos visto, *feción* o *fetio* y si, además de voluntaria, es consensuada pasa a denominarse prestación. Obviamente, todo ello, sin crear compartimentos-estanco entre dichos nomencladores, pues la segunda y la tercera siguen siendo tipos de actuación.

La acción puede realizarse por medio de una actuación, una omisión o una pasión. Las tres son, pues, tipos de acción o, dicho de otro modo, lo mismo se acciona de cualquiera de las tres formas. Por lo tanto, lo contrario de una acción no es, ni una omisión ni una no acción:

i. Primero porque una acción se debe comparar en la hipótesis con una *omissio* (con doble “s” o acción de omitir).

ii. Segundo porque lo contrario de una acción no es una *omissio* sino una inacción. La omisión (del latín *omittere*, compuesto del prefijo *ob* -frente- y del verbo *mittere* -enviar) significa impedir la actuación de otro.

iii. Tercero, porque una in-actuación (equivalente en la tesis a una inacción) no puede ser una prestación, sin perjuicio de que, como resultado final de una prestación, se puede producir esa in-actuación: el in-cumplimiento. Incumplimiento que es una falta de cumplimiento y no un no cumplimiento.

iv. Y cuarto y último, porque hablar de una no acción –y lo mismo de una no actuación, no actuado o no acto- es un sinsentido. A la misma se refiere sin embargo el art. 1.088 cuando habla de una obligación (en realidad prestación) de no hacer. Hablar de un no acto es lo mismo que hablar de un non (n-on) en términos absolutos, es decir, de la nada. El problema es que el “no” lleva casi dos milenios utilizándose para realizar negaciones relativas cuando en realidad son absolutas y para aquellas ya existe el prefijo in-. Si dos partes establecen una prestación de “no concurrencia” lo que, en realidad están pactando, es una actuación positiva de servir una ¡discurrencia!

La acción, pues, puede realizarse por las dos vías antes explicadas: actuación (p.ej una servidumbre personal) y omisión. Pero, como acabo de apuntar, también por vía de pasión (v.gr: servidumbre real) que significa recibir la actuación de otro.

En algunas ocasiones, la actuación tiene varios pasos o *gradus*, como en la accesión seguida de aceptación o en la usucapión seguida de aceptación. Ejemplo clásico sería también la donación de los arts. 618 y ss C.C., por ejemplo, la actuación: la *donatio* o *accordatio* de donar y la *traditio* física del bien. A la derecha, se situaría el donado o la donación ya hecha y el tradido respectivamente.

En la porción derecha se situaría el actuado, que si es voluntario se denomina *fectus* o hecho (por lo que, en contra de lo que ha venido a defender tradicionalmente algún autor como De Castro, la relación entre ambas es de género a especie pero de forma inversa). El *agere* (origen del *actum*) y el *facere* (antiguamente *fagere*) se diferencian por una f (del Proto-Indo-Europeo también conocido como PIE<sup>8</sup> \**dhe-*) que indica elaboración. El acto puede ser instantáneo, el fecho es elaborado.

Y entre ambas porciones se sitúa una relación, que referencia (re-ferre: viaje constante) a la una con la otra y que es atípica. Nos referiremos a ella al hablar de la relación típica entre acción y acto/efecto.

\* En el **hemisferio sur** del círculo anteriormente grafiado se situaría el mundo de la hipótesis o lo hipotético:

La hipo-tesis es lo que está debajo de la tesis y es lo que “se da por supuesto” en la tesis. De hecho, hipó-tesis y su(b)puesto significan lo mismo. Cuando, por ejemplo, se cierran unos pactos entre unas partes, se da por supuesto que la ley se va

8. El ProtoIndoEuropeo es un lenguaje reconstruido (\*) por importantísimos etimólogos y lingüistas (Pokorny, Ernout-Meillet, Roberts-Pastor, etc) mediante la observación de raíces comunes de la mayor parte de las lenguas del mundo. Dentro del llamado árbol de las lenguas protoindoeuropeas tienen cabida casi 4/5 partes de las lenguas actuales del mundo, con excepción de las orientales y algunas excepciones de origen celta, entre otras. Se parte de que dicha lengua nació en el centro de Anatolia (Turquía) y a partir de ahí se extendió por el Este hasta el río Indo y el oeste hasta la península ibérica.

a aplicar, en bloque, a dicho acuerdo en función del modelo de acuerdo que las partes hayan establecido, tal y como previene el art. 1.258.

Por culpa de la filosofía moderna se ha confundido hipótesis con teoría. La suposición no opera hacia el futuro, no es un “supongamos que”, sino que lo hace desde lo previo, lo preestablecido. Es un “se supone que” o un “se da por supuesto que”.

La hipótesis es siempre irreal y típica (término que viene del griego *tiptein*: fijar<sup>9</sup>) y cumple en Derecho una doble función:

i. Fija, como si de una suerte de “control de calidad” se tratara, los requisitos que debe cumplir una actuación para poder ser homologada como una acción y así, permitir que deje de producir un simple actuado físico en la realidad, pasando así a generar un efecto tipo.

Esos requisitos, ya detallados, son la forma que establece la Ley para que presupuestos y principios de un ordenamiento, ubicados en un mundo previo a la hipótesis denominado la ante-hipótesis, y que son simplemente programáticos –pues se refieren a una *entia* (todas las personas sin distinción) y a la acta (todos los actos sin distinción)- puedan aplicarse también a la realidad tética.

Pongo un ejemplo: la venta de cosa ajena. Como espero tener la oportunidad de explicar en otros artículos, las disposiciones sobre cosa ajena no producen efecto alguno porque aunque entre las prestaciones debidas del vendedor no está el transmitir el dominio de la cosa sino únicamente la cosa (*traditio*), esa transmisión produce sólo un mero actuado o hecho (el *traditus* o tradido o traslado físico de la cosa).

La hipótesis le añade a esa simple *traditio* (actuación debida) un requisito adicional que, sin ser una actuación debida, debe provenir de un hecho anterior que envista al transmitente. Me refiero a una entidad o unión irreal de entes (la legitimidad) que, sólo si concurre en el acto a realizar dará por realizada una *tradiCtio* (con “c” intercalada)

9. Idea parecida a la que resulta del término estándar, que viene del inglés *standard* y éste, a su vez, del anglosajón antiguo *stand hard*: permanecer fuerte.

o acción debida de tradir y un efecto, la transmisión de ese legítimo dominio, sea o no además necesaria una simple *traditio* física del bien.

No hay más que acudir a los textos históricos antiguos para comprobar la existencia de esa doble “c” para distinguir entre lo que es una actuación y una acción:

Pero no piensen que esa duplicación se produce sólo en este término jurídico pues, en realidad, se produce en TODAS las palabras de las lenguas proto-indo-europeas. Así en castellano:

Coación-cocado-coacción-cocto,  
Impresio-imprimido-impresio-impreso,  
Usucapio-usucapido-usucapio-usucapto,  
Depositio-depositado-depositio-depósito,...

Retornando al ámbito más jurídico, de la exposición del carácter típico de la hipótesis resulta una conclusión extraordinariamente importante sobre el juego que cumple la voluntad en materia de acuerdos, absolutamente distinta de la que se preconiza hoy en día y que expondremos en ulteriores ocasiones. A saber:

- Las partes acuerdan un acto de entre los tipos legalmente previstos.
- Eso les lleva a una acción que no eligen pues, al elegir el acto, la acción ya se aplica automáticamente.
- Y, a partir de ahí, las partes pactan las prestaciones específicas para ajustarse a esa acción, prestaciones que, si son debidas, son las que se cumplen, aplazan, condicionan, novan, etc..... No la acción debida o “deuda” hipotética.

ii. También sirve la hipótesis para eliminar el casuismo de la tesis, con la finalidad de que el Juez pueda así calificar y clasificar cada caso (como si de cajoneras previas se tratara) a fin incorporarlos a un tipo

Ese encuadramiento, no tiene lugar desde la hipótesis hacia la tesis, sino al revés. Es una operación de ajuste (*ad-ius*) de la casuística real a la ley. A esta operación nos referimos todos los días los abogados cuando decimos que: “Los hechos anteriormente descritos encuentran perfecto encuadre en lo dispuesto en el art. X”. Nos ajustamos a los tipos de la hipótesis.

Pocos autores se han acercado, a nuestro juicio, al verdadero concepto de hipótesis, tan sólo el propio DIEZ PICAZO cuando al hablar de la tipicidad la califica como la “adecuación del negocio jurídico concreto celebrado en la vida real, del negocio real, por tanto, con el negocio tal y como es contemplado por el negocio jurídico –el que podríamos llamar “negocio hipotético normativo””<sup>10</sup>.

Hechas estas precisiones, continuamos con la gráfica del círculo.

- A la izquierda parte inferior, ubicado en la hipótesis, se situaría el ente (un *entor* tipo y, por tanto, un irreal pues no es más que un modelo) y su acción (en nuestro supuesto la *donactio* o acción de donar).

El ente tipo no tiene sexo (neutro: por eso termina en –e, la calvicie no es ni calvo ni calva) y, ese ente, puede ser nocente o inocente o culpable o no culpable de un acto tipo. En cualquier caso habrá que hacer las siguientes vitales distinciones:

- Que tanto el nocente/inocente como el culpable no son seres reales, por lo que nadie puede ser ni inocente ni culpable de un actuado/hecho real.

- Y menos aún, puede seguir hablándose en términos de potencia después de un juicio, en el que esa persona, de ser real, sería ya un autor culposo, en toda regla, de aquello que se le imputa.

- Y el colmo del sinsentido, es el término “inocente” con el de “culpable”, pues el primer

término se refiere solo a quien ha realizado una acción (aunque sea sin ninguna culpa) y el segundo a quien tiene la culpa (haya hecho o no la acción: v.gr 1.903 C.C.). Lo contrario de inocente, a poco que se tenga algo de inquietud, no puede ser otro término que el de ¡nocente!

En cuanto a la acción de dicho ente, se denomina también deuda si dicha acción es debida (de *actio debita a debita* y posteriormente, por un proceso de adjetivación, simplemente “deuda”) Esta deuda, por su tipicidad básica, ni tiene cuantías ni está sujeta a ningún tipo de accidentes, ni se extingue por las actuaciones previstas en el art. 1.156. Todo eso es únicamente predicable de la prestación debida, que es la que realmente se aplaza,<sup>11</sup> se condiciona, satisface, etc.

- A su derecha, se produce igualmente un acto o efecto (del latín *ex fectum*) si es voluntario y externo al ser.

- Y, finalmente, entre ellas, se sitúa la figura objeto de este artículo: la CAUSA, que es una relación, igual que la que existe en la tesis entre la actuación y el actuado, sólo que ya de naturaleza típica.

La causa, pues, no es nada, absolutamente nada que se coloque, por ejemplo, en uno de los dos extremos de una “cuerda”. Es la “cuerda” misma. No es lo que provoca un efecto, ya que lo que provoca realmente ese efecto es una acción o fección, proviniendo la palabra acción del verbo latin *agere* (y a su vez, del PIE – ag\*: mover, provocar).

La causa simplemente relaciona a esos dos elementos (acción o fección y acto o efecto).

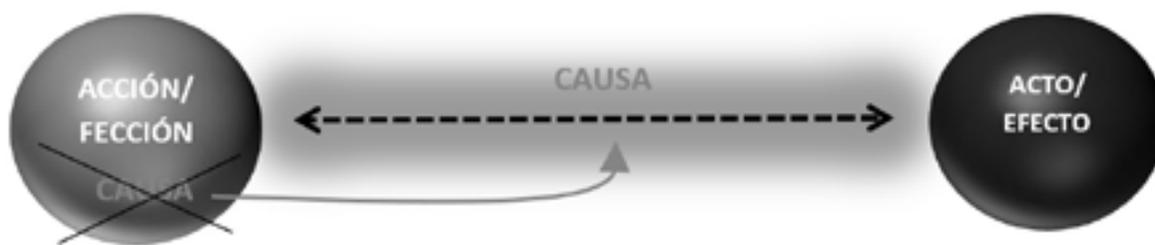


Figura 2. Representación gráfica de la causa.

10. DIEZ PICAZO, Luis: “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial” Tomo I, Introducción Teoría del Contrato, Civitas 1.996, pág. 217.

11. Obsérvese como en el art. 1.126 C.C. español, del que el 1.552

del C.C. de Colombia es fiel trasunto, establecen que la solutio adelantada no es una solutio indebida. Eso es porque en realidad la deuda o acción debida nace siempre simultáneamente a la generación del acuerdo de modo y manera que el plazo sólo es un accidente de la prestación debida.

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

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

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

Al ser ésta causa inmaterial e intelectual, es difícil de ver. No faltan incluso algunos filósofos como Hume<sup>12</sup> que se niegan a hacerlo y llegan a afirmar que no existe, porque no tenemos “impresión” de la misma.

## 2. DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES

### 2.1. DEL MISMO ACTO

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

#### 2.1.1. LAS ACTUACIONES (PRESTACIONES):

Los siguientes artículos que vamos a ver confunden causa con prestaciones.

- El art. 1.275 C.C. indica que: “Los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno, es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”. Con más razón si es a las dos.

- El art. 1.276 C.C. señala: “La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”.
- Y añade el Artículo 1277: “Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario”.

Estos artículos encuentran sus correspondientes homólogos en la LEY NÚMERO 57 DE 1887 (Abril 15) del Código civil de Colombia, de acuerdo con los siguientes tenores.

ARTICULO 1524. *No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.*

*Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.*

ARTICULO 1525. *No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.*

Esto como hemos podido ver, en la tesis es donde se desarrollan todas las actuaciones reales del Derecho, incluida la propia *accordatio* y las prestaciones o actuaciones voluntarias de consenso.

Esta prestación está integrada por:

- (i) La actuación de hacer o fección (dar o servir) y nunca de no hacer, (omisión o pasión).
- (ii) El instrumento/medio: el primero si no realiza la actuación y el segundo si la realiza.
- (iii) El elemento<sup>13</sup> (persona o bien).
- (iv) Las circunstancias (espacio y tiempo).

12. HUME, D. “Investigación sobre el entendimiento humano”, 1970, pág. 93. Razón por la que apunta hacia una suma ininterrumpida de actuaciones.

13. Lo que impropriamente suele denominarse como “objeto”. Nada tiene un objeto, un elemento (bien o persona) es objeto (bien) o sujeto (persona) de una actuación.

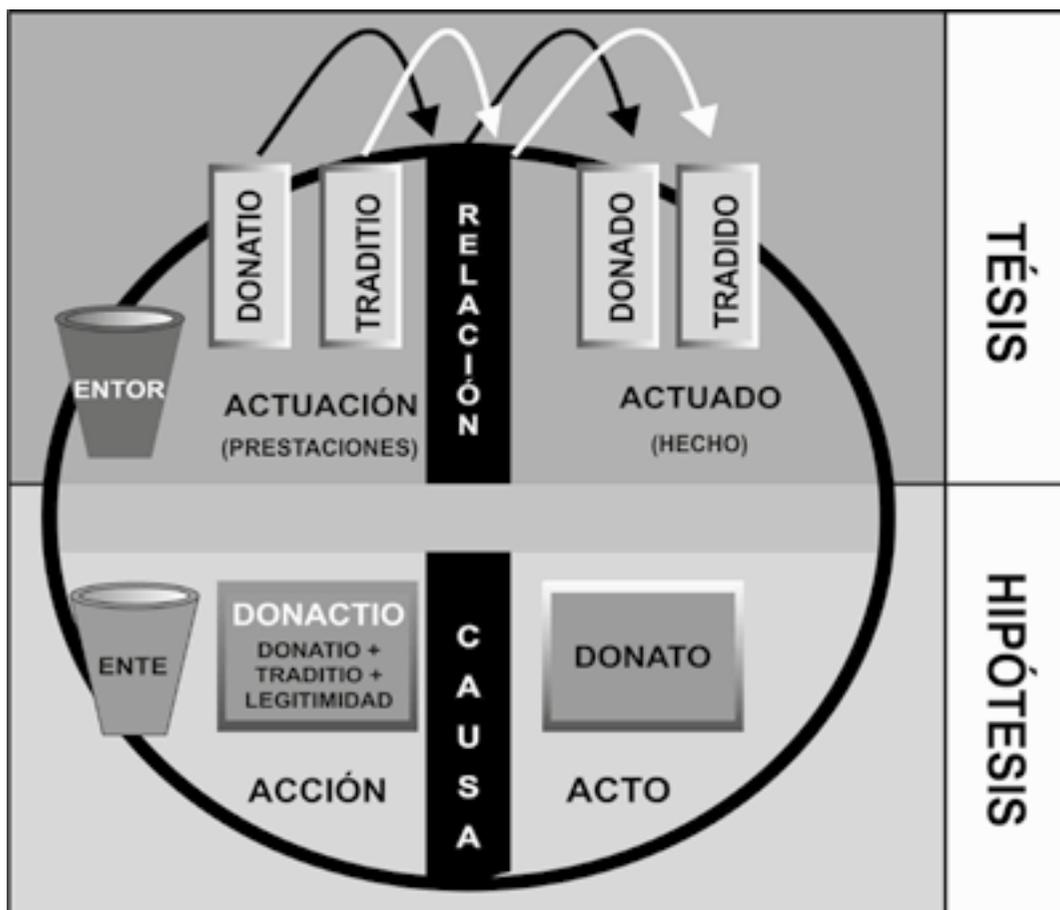


Figura 3

Es ésta prestación (y en modo alguno ninguna causa) la que:

i. Debe ser lícita<sup>14</sup> (por no oponerse a las leyes o a la moral). Obviamente, la misma lo será siempre y cuando lo sean todos sus componentes. Por el contrario, la prestación será ilícita cuando haya una actuación ilícita sobre bien lícito, cuando lo ilícito lo sea el elemento, o cuando ambos componentes sean ilícitos.

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

iii. Y es también esa prestación la que no tiene por qué expresarse en el acuerdo, presuponiéndose<sup>15</sup> no obstante su existencia y licitud.

### 2.1.2. EL ANIMA DE LAS ACTUACIONES.

También se confunde la causa con el *anima* de las actuaciones. El art. 1.274 C.C. señala que:

14. Lícito, del verbo *licere* (permitir) es el género y comprende dos términos que deben concurrir simultáneamente, esto es la legalidad y moralidad del acto. Buena prueba de ello es la disyuntiva "o" utilizada en el art. 1.275. La moral es una figura jurídica (no simplemente religiosa), que va mucho más allá de una simple costumbre (vid su superioridad jerárquica en el art. 1.3) y con evidente trascendencia en el mundo del Derecho.

15. Hablo de presuposición y no de presunción, como dice el art. 1.277, pues no se basa en ningún indicio, sino que es una presupuesto base de la ante-hipótesis.

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

El *anima* es la dirección que adoptan los bienes entre las distintas posiciones de un acuerdo. Indica exclusivamente si la prestación que va en una dirección va a ir seguida o no de una prestación en sentido contrario. Pero ésta última no forma parte de la intención de resultado del prestador (obtener el adquirido) ni del efecto típico a conseguir (venta) sino que sirve para configurar la potestad legal disolutoria que para éste tipo de acuerdos establece el art. 1.124 C.C..

Este precepto se limita, por lo tanto, a apuntar uno de los criterios de clasificación típica de las prestaciones, que pueden distinguirse a estos efectos en mutuas o bidireccionales (*do ut des*) -ya sean recíprocas o no- y gratuitas o unidireccionales. Las remuneratorias no son más que una especie de las bidireccionales por virtud de las cuales la prestación de una de las partes, al ser realizada *in faciendo*<sup>16</sup>, va siendo remunerada (del latín *re-muneris*: recargada) con la misma periodicidad que aquella se va realizando. Pero nada más. No deja de ser más que una modalidad de la prestación mutua.

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

### Gratiosa

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



Figura 4. Prestación graciosa

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

La graciousidad de una prestación debe medirse siempre desde la óptica del disponente. Por ello, mientras el mismo no reciba de vuelta ninguna prestación contraria, la disposición seguirá siendo siempre graciosa. En tales términos, dice el art. 794 C.C.: “Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona”. Entonces y, sólo entonces, la disposición dejará de ser graciosa para convertirse en mutua.

Estas disposiciones gratuitas deben distinguirse en:

i. Gratuitas (del latín *gratus*, distinto de *gratia*), indicativo de grato, en la medida en que el que lo recibe lo hace sin nada que lo aminore y, por lo tanto, “libre de carga”. Es la donación habitual de los arts. 618 y ss. o el legado de los 858 y ss.

ii. Onerosas (del latín *onus* carga, que suele confundirse habitualmente con el gravamen).

A ellas se refiere, con notoria impropiedad, el art. 622 C.C. cuando habla de donaciones con “causa” onerosa, en vez de carga onerosa o, en la medida en que es un pleonismo, simplemente donación onerosa. Esta carga opera como dice la Física, como una fuerza física vertical ( $F'$ ) o peso sobre la prestación graciosa horizontal ( $F$ ) y hace que llegue con menos fuerza o valor al destinatario. Evidentemente, una donación de valor 10 con una carga a favor de otro distinto del donatario que valga 2 finalmente “valdrá” 8. Por esa razón, el art. 633 impone en la donación de inmuebles la necesidad de consignar aparte ese valor de la carga impuesta.

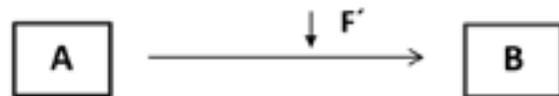


Figura 5. Prestación onerosa

El que la carga sea superior o inferior al valor de lo dado en gracia es absolutamente diferente, en contra de lo que afirma el art. 619 C.C.. Una carga superior a dicho valor hará, seguramente, que el donatario finalmente considere no aceptar la gracia pero, como dicha carga no es para el donante en modo alguno cambiará tal graciousidad.

Cuestión distinta es el diferente régimen de saneamiento que deba corresponder a cada uno en los términos previstos en el art. 638 C.C.

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

### Mutua

Prestaciones mutuas o sinalagmáticas (del griego Συνάλλαγμα o *syn-allagmá*: con cambio) son aquellas prestaciones en las que se producen dos o más traslaciones que se cambian<sup>17</sup>. A ellos se refiere Paulo, D 18.5.5., pr: *Do ut des* (Doy para que des).



Figura 6. Prestación mutua.

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

### Recíproca

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



Figura 7. Prestación recíproca

La diferencia es que en el mutuo-recíproco, cualquiera de las partes puede dejar de efectuar su prestación ante el inicio de incumplimiento de

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

la otra parte. Ya no es un simple dar para que te den, sino un dar siempre que te den.

### 2.1.3. LAS CO-ACTUACIONES

En el Derecho Romano se habla en algunas ocasiones de la *iusta causa traditionis*, sin embargo, ningún sentido tiene atribuirle a la *accordatio* previa a una *traditio* tal función en el conjunto del acto realizado. Cuestión distinta es que, como veremos cuando hablemos de la situación patrimonial injusta, la falta de cualquiera de dicho la *traditio*-modo no sería una causa entre el título-acuerdo y el efecto. El acuerdo y la *traditio* son dos actuaciones que componen una misma acción. Es como si una muñeca solo se pusiera en movimiento al ponerle dos pilas en el mecanismo.

### 2.1.4. LA CONEXIÓN ENTRE EFECTO Y CONSECUTO

Tampoco hay causa entre un efecto y sus consecuencias. La consecuencia (del latín *con-sequi*, seguir conjuntamente) es algo que ya forma parte del efecto. El efecto es lo inmediatamente producido por la acción (golpe, fuego) mientras que consecuencia es lo que se produce (a veces pues no es necesario: moratón, incendio etc) con posterioridad al efecto. Debe necesariamente seguir a un efecto, pues sino sería él mismo el efecto, pero también ha sido provocado por la misma acción. Las consecuencias serían al efecto, *mutatis mutandis*, lo que las circunstancias a la acción.

### 2.1.5. LA CONEXIÓN ENTRE COACCIONES

En algunas ocasiones se ha apuntado hacia el miedo como provocadora de un efecto. La razón estriba en que algunos textos históricos parecen mencionarla como tal, cuando se afirmaba *vgr. que quod metus causa gestum erit*. El miedo y

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

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

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

la intimidación (*in- timere-dare*: dar temor) no son más que coactuaciones (si ya homologadas, coacciones) que convergen (co-) en un único acto. Las dos coacciones provocan el único efecto y, entre ambas concurre la causa.

### 2.1.6. LA INTENCIÓN Y LA PROPOSICIÓN DE LA SENSACIÓN<sup>18</sup>:

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

i. Hay 2 fases, una anterior a la actuación de manifestación de consentimiento y otra posterior al mismo.

ii. En la fase anterior a la actuación hay:

- Un momento en que un factor externo (un helado o unas verduras) influye en el hombre originando el impulso de su corazón y provocando el querer o el no querer.

- Un momento posterior en el que ese querer o no querer se dirige a la mente, la cual utiliza hasta 5 herramientas de procesamiento:

- La ciencia: del latín *scientia* y este, a su vez, del PIE *\*sker 2-* dividir), porque es el instrumento que sirve para distinguir si algo es bueno o malo. Sólo cuando se junta con otra puede hablarse de con-ciencia.

- El gnosticismo: del PIE *\*gno-* identificar, instrumento de la *gnitio* o gnición por el que se identifica lo visto con algo anterior. Con notoria impropiedad se habla de conocimiento para referirse a este fenómeno siendo así que, como vamos a ver en otras numerosas ocasiones, el prefijo co- es indicativo de un gnosticismo

mutuo. De no ser así, el mutuo se denominaría co-co-gnosticismo.

- El discernimiento (del PIE *-ker*: cortar) para cortar lo conocido y poder separar así los pros de sus contras. Este discernimiento no tiene edad fija y varía en función de lo que va a ser objeto de discernimiento. Ya tratamos esta cuestión con detenimiento en sede de capacidad, a cuyo capítulo y gráfica “La edad y el discernimiento”, me remito.

- El pensamiento (del latín *pessare*: pesar lo separado y los pros y los contras).

- El razonamiento (del latín *ratio*, del verbo *reor* calcular, estimar, que da lugar a términos como ratificación en el sentido de que algo se detalla o desglosa y a la palabra misma -ratificación- que consiste, precisamente, en el acto de ponderar y detallar la opinión de un perito que ha emitido previamente un informe). En este proceso se encuadraría lo que Hegel venía a llamar la Grund.

Este razonamiento opera con la información de que disponemos para obtener conclusiones, resolver problemas, realizar juicios, etc.

- A continuación, la persona decide lo que no va a hacer (decidir viene del latín *de-cadere*, separar y caer), de forma que la decisión no es lo que se hace finalmente, sino precisamente lo que no.

- Y finalmente, después de decidir, “siente” lo que va a hacer (del PIE *\*sent-*: dirigirse, como el sentido de las agujas del reloj o hacer un cambio de sentido, del que surgen palabras como *sentencia*). Pero, recuérdese, en ese sentimiento confluye tanto lo querido como lo razonado.

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

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

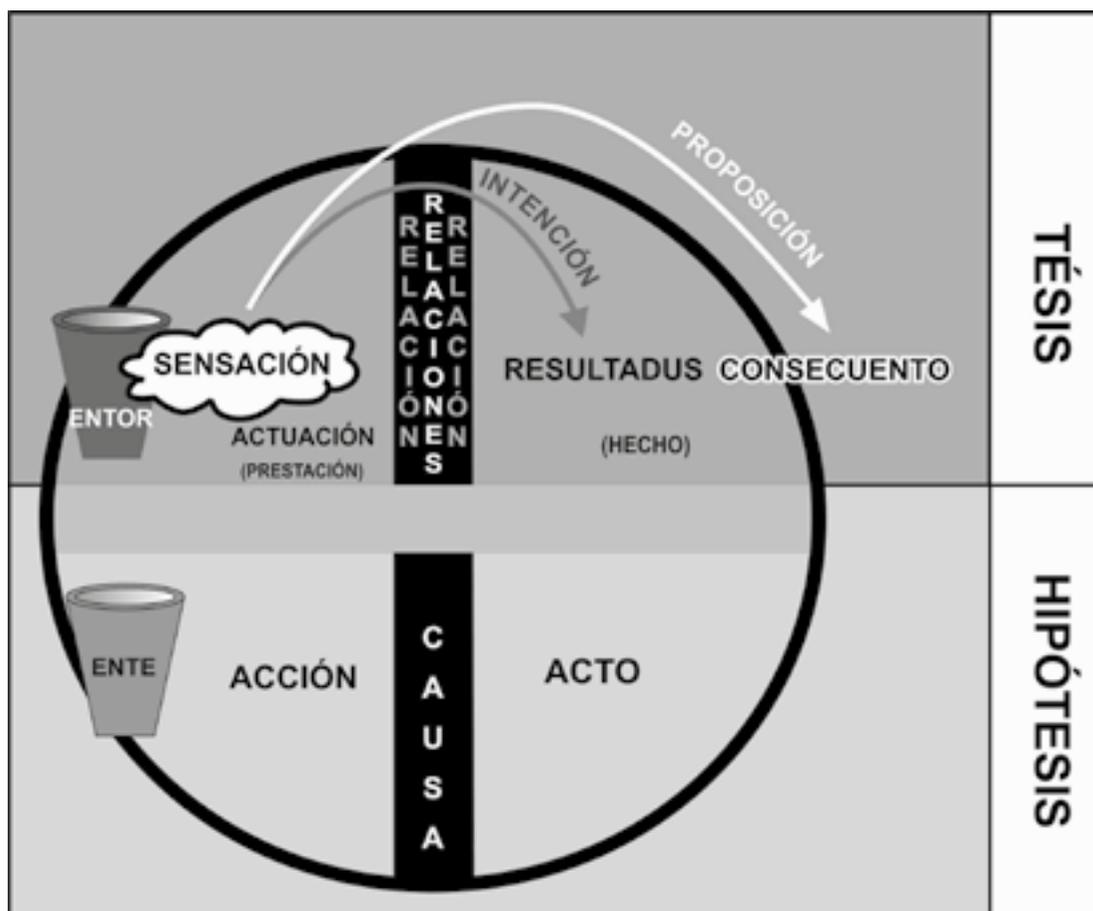


Figura 8. Proceso de sensación. Intención y proposición.

- INTENCIÓN: Del latín *intentio*, compuesto de in- (interior) -ten- (estirar; controlar) -tio (indicativo de sensación). Se forma durante el proceso del *sensum* o sensación y, al igual que la proposición, es individual y no puede atribuirse a ficciones no humanas a diferencia del animus que, por el contrario, tal y como veremos, puede ser colectivo. Cuando esa intención se externaliza y se dirige a otro, se denomina *prae-ten-sio*.

El dolo es una intención (no un ánimo), formada durante la sensación y que se dirige hacia un resultado, no hacia una consecuencia (proposición). Es un tipo de reproche, conjuntamente con la negligencia y únicamente es penal (no civil). Por eso, ni es una coacción del sentir (engaño: 1269) ni una mala fe o bajo grado de cumplimiento de una prestación (1106.2: que se refiere realmente a la mala fe, en contraposición con la buena fe del 1º apartado y respecto del cual afirmamos su carácter

objetivo a pie de página<sup>19</sup>). Tampoco tiene nada que ver con el fraude, que es también objetivo.

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

19. La fe en el cumplimiento: La indemnización prevista en el art. 1.101 no se aplica sin más, sino que tiene en nuestro sistema unos criterios de graduación. Y este criterio de graduación se fija en función de la fe del incumplidor hacia lo pactado en el acuerdo en los términos previstos en el art. 1.107 C.C.. Ya advierto, porque esta cuestión también tiene una importante trascendencia, que este el único precepto que regula realmente lo que debe denominarse buena fe, en sentido propio, en nuestro ordenamiento. Se trata de una fe actual y no sensual. Sino no tendría sentido que el art. 1.107 precisado estableciese un castigo para la buena fe menor que la mala fe -pero castigo al fin y al cabo- para el caso del incumplimiento. Y ello es porque, en realidad, la buena fe no se predica del agente sino de su acción. La fe no se produce en la fase de la sensación o formación del *sensum* o *senso* y, por lo tanto, no es ni un conocimiento de un

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

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

Es sensual, al igual que la intención y a diferencia del animus objetivo que veremos después. Sin embargo, a diferencia de la intención – que simplemente busca el resultado- (como por ejemplo intención de ganancia<sup>20</sup>, la proposición busca más allá, en concreto, el *consecuto*: v.gr: *propositio lucrandi* <sup>21</sup>.

Las consecuencias son, como hemos visto también en sede de causa, los fenómenos siguientes a los efectos y resultados y que sin embargo hayan sido provocados, al igual que el efecto, por la misma acción. Estas consecuencias pueden ser muy numerosas y producirse en una dilación temporal muy importante respecto de

la actuación inicial (razón por la que, en sede de prescripción, de aplicarse dicha institución, tenga sentido computarse el plazo a partir de la terminación de las mismas). No puede haber consecuencia sin efecto, pero sí a la inversa.

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

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

El lucro, pues, no es un ánimo de la actuación sino una intención del actor, lo que hace que el que suscribe, por múltiples razones que no

*hecho ni una intención de resultado. Si hay incumplimiento (pues si hay cumplimiento no se plantean problemas de "fe") la acción es de mala fe si la disolución sorprende al incumplidor con un grado muy bajo de cumplimiento y de buena fe si, incumpliendo igualmente, sin embargo, se ha acercado objetivamente al grado de cumplimiento pactado.*

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

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

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

*Chico y Ortiz recoge con bastante claridad las dos concepciones actualmente imperantes sobre la buena fe: 1) las llamadas teorías "subjetivas" que entienden que la buena fe tiene como base un simple error valorado jurídicamente a favor del sujeto o una creencia errónea inexcusable (Waechter y Pernice), o un estado ético conforme a la tesis de Mengoni o 2) y las teorías "normativas" en las que el concepto de buena fe brota del general deber de no dañar conscientemente a otros. Tampoco*

*faltan las "pluralistas" que consideran que en determinados momentos se basan en un hecho intelecto y en otras en un elemento volitivo.*

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

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

*El Tribunal Supremo inició un buen camino cuando en STS 21-10-1988 la definió como un "comportamiento honrado y justo". Al hablar de comportamiento la objetivaba, sin embargo en infinidad de ocasiones termina finalmente por subjetivar el concepto. La buena fe ha sido siempre, con las excepciones del derecho tardío y medieval, absolutamente objetiva. Es por esa razón por la que, como veremos, la usucapión romana no exigía inicialmente buena fe ni tampoco se planteaba la cuestión de que la "buena fe" sobreviniese o no .*

*Visto, pues, lo anterior, es evidente que un comportamiento contrario a la buena fe y, por lo tanto, un comportamiento de mala fe, va a tener el mismo carácter objetivo, razón por la que nada tiene que ver una mala fe con una intención dolosa. En derecho civil no hay dolo (sólo engaño ex 1.269 que no es una intención, sino un instrumento inductor de un vicio del sensum y, en definitiva, una co-acción).*

*20. Término que viene del gótico ganan, que significa codiciar y que dio lugar a palabras como ganado -que en origen, significaba también ganancia-).*

*21. Lucro: del latín lucrum y éste, a su vez, de la raíz indoeuropea \*lau- (logro) del que salen también otras palabras como galardón o, en germánico lauman.*

pueden ser expuestas en este artículo, abogue por la insustancialidad del acto jurídico mercantil.

La intención y la proposición se forman siempre durante el pensamiento (sensación) del hombre y, ontológicamente, sólo puede ser individual. El atribuirle a una ficción (persona jurídica) semejantes proyecciones del sensum es una muestra más del incorrecto entendimiento de lo que es una equivalencia jurídica<sup>22</sup>.

**2.2. EL MOMENTO DE LA EFECTIVIDAD**

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

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

La muerte no es la causa de nada y, por lo tanto, tampoco de una disposición. Esa es la razón por la que a lo largo de este artículo, verán que se hace referencia a tal fenómeno utilizando dicho nomenclátor, que es el del Derecho Romano clásico y no el “tradicional”.

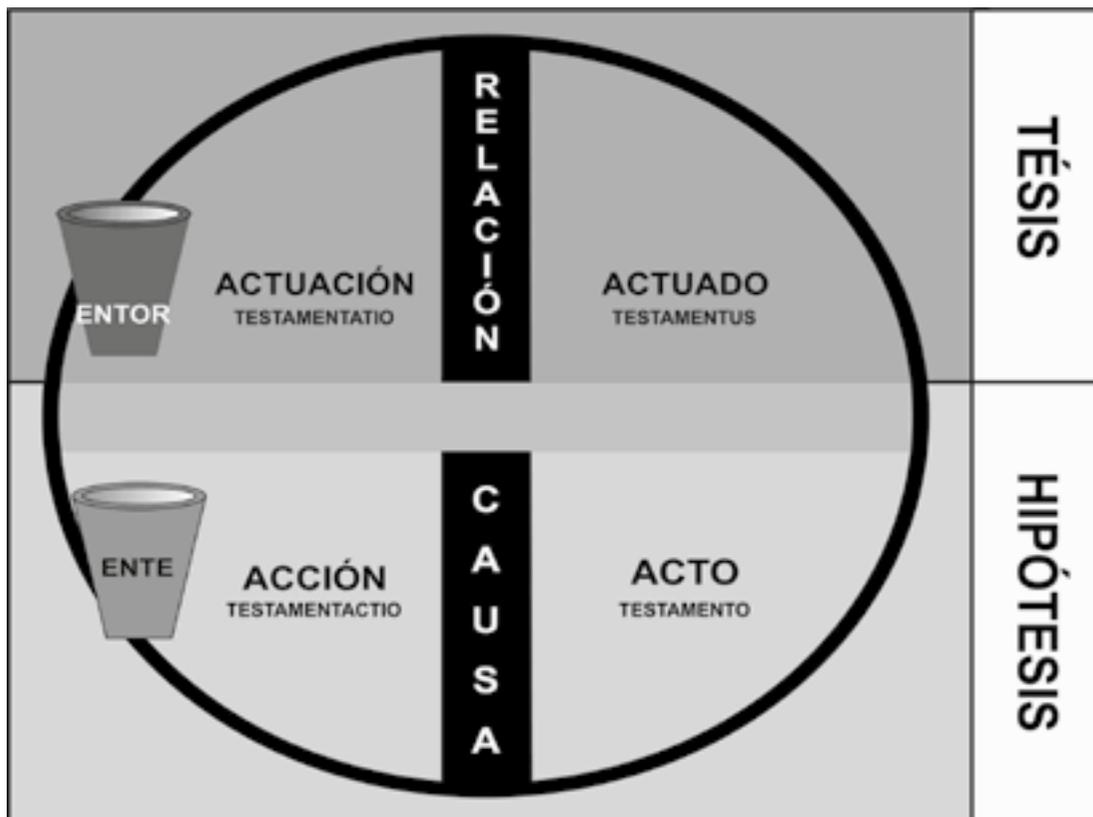


Figura 9.

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

23. Véase en este sentido la posición defendida por los profesores ALBALADEJO y DIEZ PICAZO, a la hora de calificar la naturaleza jurídica de la traditio realizada por los usuarios a Canal +, en garantía de la devolución incólume de los sintonizadores digitales como una simple

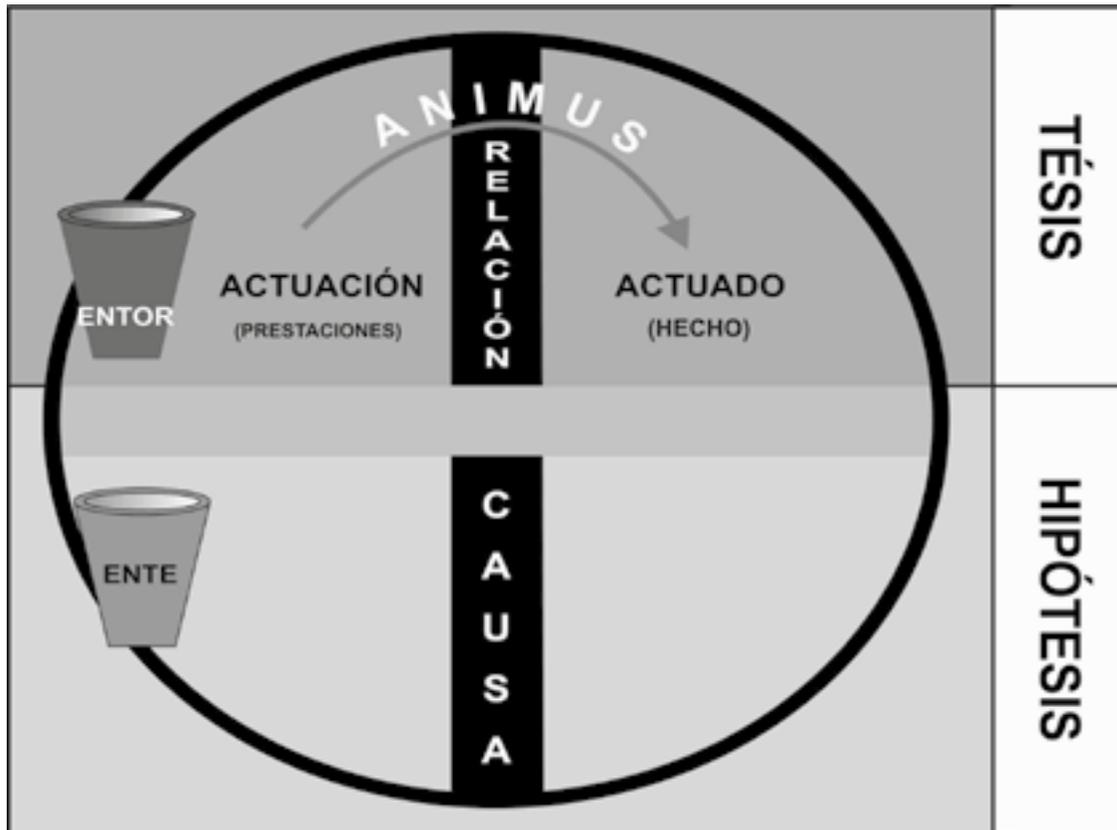


Figura 10.

### 2.3. EL ANIMUS

El animus es lo que identifica objetivamente el acto. Al Hombre le cuesta distinguir entre los adjetivos que se predicar de él y los que pueden predicarse de su acto, al margen de él. Una persona puede ser mala y realizar un acto bueno y viceversa.

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

I. Una cuchillada, si es cerca del corazón es mortal tiene un animus *necandi* y si es en una pierna un animus *laedendi*.

II. Un abandono o *derrelictio*, realizado en un sitio que manifiesta normalmente la idea de abandonar (contenedor de basura) tiene un animus *derrelinquendi*. Obsérvese la curiosidad de que en la antigüedad, ese acto se hacía a las afueras de la ciudad. De hecho, el origen de la palabra es francesa "*laissez a l'a bandon*", siendo la raíz ban- indicativa de límite, razón por la que las afueras se dice en francés *banlieu* o lugar al límite).

III. Como veremos, un desplazamiento de un bien tiene un *animus locandi* en el arrendamiento y, por el contrario, *tradendi* en compraventa.

IV. Como también veremos, un *non dominus*-cuando está usucapiendo- tiene un *animus possidendi*, mientras que un *verus dominus* tiene un *animus dominandi*.

V. Un arrendamiento tiene un animus *locandi* mientras que una compra tiene un animus *vendendi*.

VI. Y un depósito tiene un *animus depositandi* y no *prestandi*, razón por la que cualquier disposición sobre el mismo pueda ser considerado como un delito de usurpación. Véase el conocido asunto sobre la utilización de los depósitos de los aparatos del Canal + que he dejado abajo referenciado<sup>23</sup>.

VII. Una dación tiene un animus *solvendi* mientras que una compraventa tiene un animus *vendendi*. En contra STS 7 de diciembre de 1983, STS 26 MAYO 1.988 (RJ 1.988 4343) y STS 23 de

febrero de 2007 (RJ 2007/1475), que piensan que si lo dado en solutio tiene vicios debe aplicársele la normativa del saneamiento en vez de, como considero más adecuado, la potestad del acreedor de instar el renacimiento total o parcial de la deuda.

VIII. Una donación (de cosa) tiene un *animus donandi* objetivo además una intención piadosa y una proposición *beneficiandi*. Ese animus está presente además en sus distintas formas:

- Un perdón (de crédito), sólo que su proposición es *liberandi*.
- Una condonación, que no es más que un perdón consensuado.
- Una remisión (*re-mittere*; volver a enviar, devolver) que, como veremos, no es más que lo que actualmente se entiende por condonación presunta. 1.188, 1.189 y 1.191 (amén de la recogida de dicha figura en los arts. 1.143 y 1.146).
- No ocurre lo mismo con la quita, por el contrario, no tiene *animus donandi* porque lo único que hace es aplazar la satisfacción de un crédito sine die, hasta que el deudor venga a mejor fortuna (vid. antiguo art. 1.920 C.C.) –a diferencia de la espera que fija su fecha– y además tendría una intención de financiar y una proposición de cobro.

La distinción del *animus* como un componente objetivo de la actuación –que es evidente que es la base que inspiró la denominada por Betti como “función económico-social de los acuerdos” se torna, por lo tanto, vital. Y no sólo por lo

---

*“tradición” con carácter traslativo para que el arrendador hiciera con dichas cantidades lo que estimase conveniente. Por el contrario, consideramos que su naturaleza es la de un depósito más.*

*Por eso, no pueden ser objeto de disposición. Vergonzosamente se vino a imponer tiempo después por vía legal la prohibición de disposición, exigiendo el ingreso en una cuenta aparte o en la misma del arrendador, pero eso no es lo realmente importante. Si se contraviene ese animus y se dispone de las cantidades depositadas dicha contravención puede ser perfectamente constitutiva de un delito de apropiación indebida. Porque esos depósitos se hacen para no ser tocados (no para maquillar contabilidades y balances, y después, para desaparecer en un concurso de acreedores). Son cantidades depositadas para ese acuerdo, sirven a ese acuerdo y se retienen o devuelven en función de ese acuerdo. Por eso, nos resulta extraño que se procesara al Magistrado J. Gómez de Liaño por prevaricación con base en el mal entendimiento de una disquisición civil (ánimo) tan simple como esta, que los tribunales penales no podían olvidar, habida cuenta del mandato legal del art. 4.3 C.C.*

24. Utilizo el término usura por ser, a mi juicio, más propio que el de interés, no sólo desde el punto de vista histórico

expuesto (su diferenciación con otros acuerdos afines), sino porque es lo que permite diferenciar un tipo de acuerdos de otros con los que sí se puede mezclar (v.gr leasing) o no mezclar. Con respecto a ésta última advertencia (prohibición de mezclar *animus incompatibles*), se han planteado problemas en las siguientes materias:

I. Préstamo con usura<sup>24</sup> variable y/o cláusulas suelo

Pactar un préstamo con una usura variable hace que ya no estemos en presencia de un simple préstamo. En tal caso habría un préstamo con *animus prestandi* combinado con juego con *animus iocandi*. Si la usura, además, no es equilibrada (sin suelo o “red”), sigue siendo un juego, sólo que un poco más peligroso.

El Tribunal Supremo ha tenido que darle a la imaginación para dejar sin efecto este último tipo de cláusulas llamadas “suelo”, como consecuencia de la crisis hoy imperante. Así, en STS 9 mayo 2.013, se dicen cosas del siguiente calibre: (\*) que las cuestiones importantes en un contrato deben de estar más desarrolladas (\*) que, sin embargo, tampoco pueden tener mucho contenido (\*) que los consumidores son una parte débil (\*) que deben acompañarse simulaciones de producto (\*) e incluso ¡ofertarse otros productos!

Todo menos que sea el Estado -como ocurre con las adhesiones que, aunque son actos de consenso, no son acuerdos al igual que las uniones (matrimonio o sociedad) y los convenios (instrumentales, preparatorios y accesorios)- quien fije el contenido de esta clase de manifestación de consenso. O decir que quien va a pedir un préstamo, no puede encontrarse con que se está poniendo también a jugar contra un banco (a diferencia de quien va a un casino). Por eso se cuida mucho de defender su ineficacia, pero sólo “en el modo y forma en que se utilizan” Lo contrario ¡Habría supuesto atacar los pilares del 1.255 C.C.!

---

*sino también funcional (el dinero se usa, no puede ser objeto de dominio) y técnico, por cuanto el interés nunca fue más allá de lo que tenían en común (inter esse) todas las partes concernidas por un acuerdo de modo y manera que los que quedaban dentro eran interesados y los que quedaban fuera eran desinteresados. Por esta razón postulo la imposibilidad ontológica de un conflicto de intereses y su sustitución por la expresión conflicto de intenciones (que sí que es individual y distinta en cada uno de los partícipes).*

## II. Préstamo participativo

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

## III. Swaps o “permutas” financieras

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

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

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

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

Por último, recordar también que el animus no es tampoco lo que mueve al actor hacia el acto

(móvil) ni lo que mueve al actor en la actuación (intención y proposición) ni lo que mueve la actuación (voluntad).

Vistos, en sede de animus, las figuras de la tenencia y la usucapición, distingamos dicha figura de la intención y proposición: (las figuras se exponen agrupándose por letras, por ejemplo, el tenedor tiene (a) *animus possidendi*, (b) intención capciosa y (c) proposición *adquirendi*).

o Animus

(a) *possidendi* (b) *dominandi* (c) *donandi* (d) *condonandi* (e) *laedendi* (f) *iocandi* (g) *affectio societatis* (del latín *affectio*: compuesto de ad- y de *facere*: hacer hacia, en el sentido de hacer cosas en común).

o Intención y proposición

- Intención: (a) capciosa (usu/capciosa) (b) provechosa (c) piadosa (d) piadosa (e) dolosa (f) jocosa (g) individual de cada socio de ganancia.

- Proposición: (a) *adquirendi* (b) *proficiendi* (c) *beneficiandi* (d) *liberandi* (e) *vindicandi* (venganza ) (f) *lucrandi* (f) individual de cada socio de lucro.

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

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

- *La affectio societatis*

El término *affectio* es, en contra de lo que suele creerse, actual y no sensual. Igual ocurre con la *affectio maritalis*, que tenía el mismo sentido de “hacer cosas en común” y que, al sensualizarse, dio lugar a que el Papa Alejandro (1.159-1.181) ordenara retirar dicha expresión del lenguaje teológico jurídico en la Jurisprudencia Rotal de la Santa Sede, como consecuencia de las dificultades que creaba su interpretación entre los jueces eclesiásticos.

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

La *affectio societatis* es un animus como el resto que hemos visto, solo que colectivo por su carácter objetivo. No es ni una voluntad<sup>25</sup> ni, a mi juicio, “un genérico consentimiento contractual aplicado al tipo de acuerdo”, como entiende DIEZ-PICAZO (que con tal expresión sí que apunta, por otro lado hacia su naturaleza objetiva) ni lo que se afirma en otra interminable retahíla de posiciones jurisprudenciales, que vienen a decir lo mismo con distintas palabras<sup>26</sup> ).

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

- La *tentio* o tenencia

La tenencia es un término que proviene del latín *tenere* y, a su vez, del PIE (-*ten\**: estirar, controlar) y significa, por lo tanto, el presupuesto de una actuación (tención) de controlar una cosa. La tenencia no precisa de contacto pero está basada en el contacto, pues es potencia de contacto razón por la que, como veremos, no cabe la tenencia de un valor inmaterial.

Esta tenencia –que como ya dije, sólo se produce en el continente (pues en la isla sólo hay contacto)- tiene lugar siempre con un determinado animus, el cual será *possidendi\** en el non *dominus* y *dominandi* en el verdadero dueño. El término posesión (terminado en –sión), como si fuera indicativo de actuación, es propio del derecho romano tardío. Porque tal fenómeno no es una actuación sino un animus que acompaña, en gerundio, la misma (el *animus possidendi*).

La actuación no es, por lo tanto, la posesión, sino la tención (actuación de la tenencia) y su *animus es possidendi* (del latín *po-sedere*, en el que *po-* deriva del griego *απο-* / *apo-* que significa separadamente, no escondidamente y *sedere*

en referencia a sentarse para esperar a que se produzca... la usucapión o captura por el uso).

La “posesión”, por lo tanto, ni es un corpus conjunto con un animus, como decía Savigny (porque el *corpus* es la *tentio* o tenencia), ni menos aún sólo un corpus como defendía Ihering. Sino sólo un animus, que acompaña a la actuación o *corpus* de la *tentio* o tenencia. Cada uno de ellos existe por separado y ninguno de ellos se espiritualiza o materializa. En cuanto a lo que puede ser objeto de tenencia, pueden serlo las cosas (coche) y los valores dinerarios (dinero), no así los no dinerarios (usufructo), en los que la tenencia se produce directamente sobre la cosa. Por ello: a.) un billete es tenible y, como veremos, no usucapible b.) un usufructo de cosa (incluido acciones) es no tenible y no usucapible c.) un usufructo de patente es no tenible y no usucapible, porque sólo se predica la tención de lo que es contactable (real). Aunque la historia, por lo tanto, demuestra la antigüedad de esta confusión, lo cierto es que el dueño no posee, sino que tiene con ánimo de ir poseyendo, que no es lo mismo que la intención, que en el tenedor es capciosa mientras que en el dueño es provechosa, ni tampoco con la proposición, que en el tenedor es *adquirendi* mientras que en el dueño es *proficiendi* para obtener su propósito final: el provecho o *proventus*.

## 2.3. PROVINIENTES DE UN ACTO ANTERIOR

### 2.2.1 SENSUALES

EL MOTIVO: En contra de lo que manifiesta el art. 1.524 del C.C. Colombiano, tampoco la causa tiene nada que ver con lo que mueve al actor hacia la actuación. Eso lo hace el motivo (del latín *motus* y del sufijo –ivo que indica función), que si es frecuente, se denomina móvil (el sufijo –il: frecuente). También ostentan tal categoría la necesidad, el deseo, el desapego, etc. No así la venganza, que es, como veremos, una proposición posterior, razón por la que no en vano, se dice de ella “que se sirve mejor en plato frío”.

25. Sentencia nº 1004 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 13 de Noviembre de 1992, que habla de una voluntad de unión. Lo que entiendo correcto en cuanto que es objetivo pero incorrecto en cuanto que voluntad y animus no es exactamente lo mismo.

26. Sentencia T.S. 114/2012, Sala 1ª, de 22 de febrero, que se remite a la sentencia de 25 de octubre de 1999 o a las de 29 de abril de 2005 (“... comunidad de contribución...”), 14 de julio de 2006 (“... voluntad de crear la sociedad...”), 29 de noviembre de 2007 (“... acuerdos sociales son consecuencia y cumplimiento del contrato de sociedad...”).

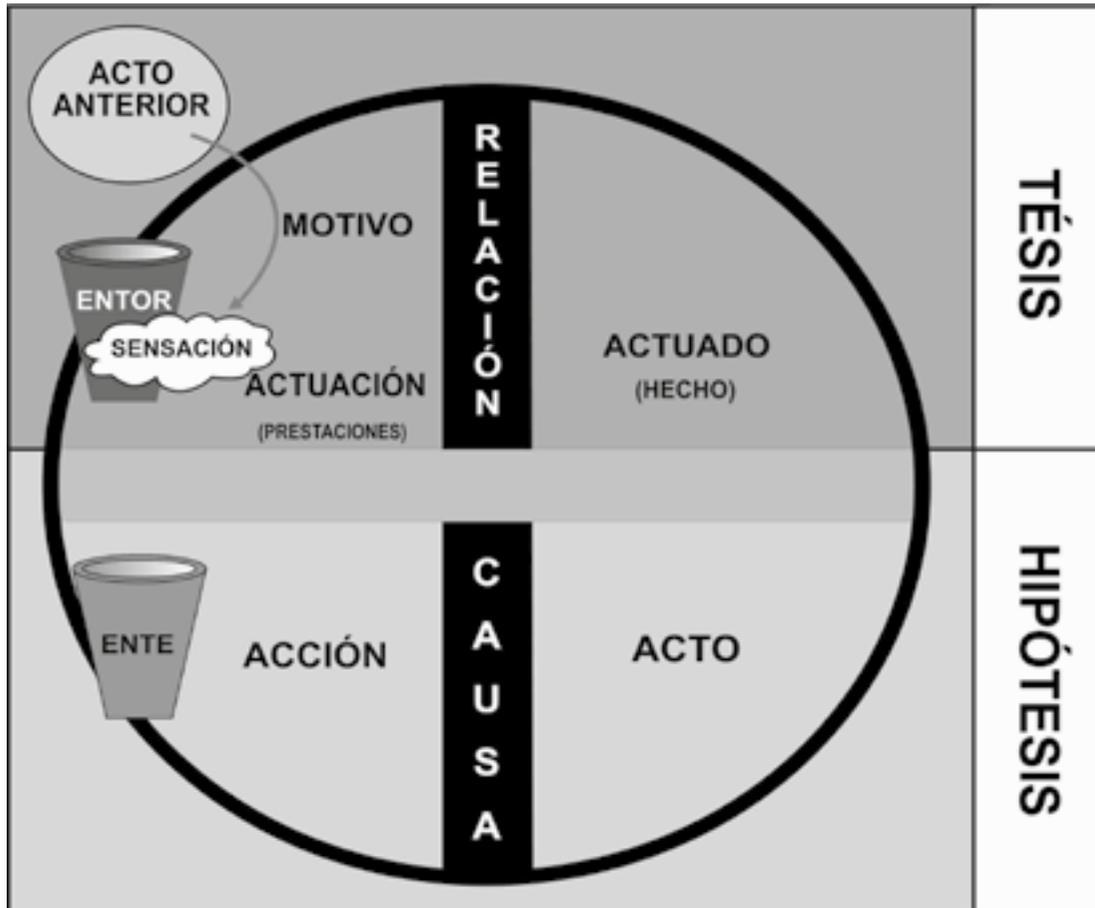


Figura 11.

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

- Donación por méritos del donatario 619 del C.C.
- Institución de heredero o nombramiento de legatario con expresión de motivo erróneo 767 del C.C.
- Desheredación por maltrato 853.2 del C.C.
- Incapacitación por enfermedades y deficiencias persistentes 200 del C.C.
- Donación *propter nuptias* 1.336: También las nupcias hacen las veces de motivo por cuanto aunque las donaciones así llamadas se hacen “antes de celebrarse”, lo determinante no es la fecha de su celebración sino la previsión de su celebración anterior al acto de donar y que ese acto sirve de motivación para hacer la disposición. Al no ser las *nuptias* el *animus donandi* objetivo de la donación, sino su mera

motivación, la no celebración de las mismas no dará lugar a la ineficacia de la disposición.

### 2.2.2 ACTUALES:

**LAS FUENTES DE LAS ACCIONES DEBIDAS:**  
La causa tampoco es la fuente de las acciones debidas. Es inveterada la clasificación que hace el legislador de las fuentes en el art. 1.089. Esta clasificación no puede resultar, a mi juicio, más carente de científicidad y, sobre todo, más inútil. Puesto que las fuentes son siempre y en último término las acciones, sin necesidad de hacer distinción alguna ni tener que acudir, como hizo Gayo en su momento<sup>27</sup>, a su clásica coletilla de cierre *ex variis causarum figuris*.

27. Gayo, en *Res cottidianae sive aurea*, recogida en el *Digesto* 44. 7. 1. Pr: “*Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*”.

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

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

b) Dejando al margen la omnipresente Ley, el resto son al fin y al cabo acciones. Así lo son (\*) los acuerdos: que son acciones de consenso (\*) los cuasi-acuerdos: que son acciones puramente voluntarias<sup>28</sup> (\*) y lo mismo las acciones ilícitas de cualquier tipo.

EL ACUERDO / CONTRATO: La causa tampoco sería lo que conecta a dos simples contratos que, con una trascendencia enorme, no son más que meros formatos de acuerdos.

Un acuerdo no tiene causa, sino que el propio acuerdo es una actuación que, conjuntamente con otras (v.gr. *traditio*) termina produciendo un resultado entre los cuales se ubica la causa.

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

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

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

Posteriormente, todos los alumnos fueron requeridos para formalizar dos contratos o formatos separados con la academia de inglés y con la entidad financiera, la última de las cuales se cuidó muy mucho de hacer constar que desconocía para qué daba el dinero y que, obviamente, se lo daba al alumno para que hiciese con él lo que el mismo dispusiese.

El resto de la historia es conocida por todos: la academia quiebra y la financiera reclama la devolución del dinero prestado. Lo cierto es que el problema tuvo una solución razonable en los tribunales (no sabemos si por el número de afectados o por lo justo de sus pretensiones). Sin embargo consideramos que el resultado, desde el punto de vista técnico-jurídico, no ha sido en absoluto correcto. Así, algunas sentencias del Tribunal Supremo<sup>29</sup>, terminaron dando la razón a este colectivo exclusivamente por su condición de consumidores y usuarios (lo que suelo denominar como la “teoría del pastor discriminador”), o por ser un crédito al consumo (más de lo mismo) o por la existencia de lo que indistintamente denomina un vínculo o ¡una causa!

Dejando aparte el vínculo (que a mi juicio no es un instrumento de unión sino de fuerza ex 1.098 v.gr cuando se habla de “resolución vinculante”), lo que es evidente y así se deduce de todo lo expuesto hasta ahora, es que la única relación que existe entre esos dos contratos es: el propio acuerdo.

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

LOS INSTRUMENTOS ABSTRACTOS: Son instrumentos abstractos porque no expresa ni se trae (*abs-trae*) el acto precedente (no subyacente), ya sea un arrendamiento, una venta o un préstamo, pero no porque no exista (sino habría una situación patrimonial injusta).

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

29. STS de 19 de febrero de 2010 (JUR 2010, 66582) o de 25 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 145).

I. TITULOS VALOR: En contra de la posición defendida por la Sala 1<sup>º</sup> (en pleno) del Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de enero de 2.011, considero que el título valor ya adquiere independencia del acto precedente desde el momento de su emisión, sin necesidad de su circulación, momento a partir del cual ya adquiere plena independencia de las excepciones no sólo derivados del acto anterior debido sino del resto de las oponibles por el deudor por razón del resto de actos existentes entre las partes (v.gr compensación). Se trataría, por tanto, de un camino de la independencia progresiva. Huelga decir que la independencia, realmente, nunca puede ser completa, toda vez que será vulnerable a los motivos de ineficacia absoluta que veremos después (fundamentalmente, la falta de capacidad del emisor y a la *exceptio doli*). Una cosa es que LCCH permita e incluso potencie la cesión crédito –institución que considero pernicioso- y otra que no pueda entonces oponerse su independencia del acto precedente desde principio. ¿Para qué nace, sino, entonces el instrumento, máxime cuando la vía de repetición queda siempre expedita si se ha producido algún tipo de incumplimiento?

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

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

31. STS 3157/2014 17 Julio 2.014, remitiéndose a una anterior sentencia de 17 febrero 2000 señala que: “La obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriidad”.

II. AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO: Entiendo con Diez-Picazo<sup>30</sup>. –y en contra del criterio defendido por el Tribunal Supremo<sup>31</sup> –que dicho aval no puede configurarse como una garantía independiente de la prestación (y ello tanto en fase extrajudicial como judicial) sino sólo independiente de sus excepciones. Lo contrario conduciría a considerar el aval, no como una garantía y sí como un medio instrumental de solucionar una prestación.

En el supuesto de la sentencia abajo referenciada, además, el incumplimiento alegado por el vendedor (al que le quedaba una parte del precio aplazado por abonar) era la existencia de una posible venta de cosa ajena (un supuesto del art. 6.3 y no un mera *exceptio non adimpleti*), por lo que debería haberse podido aplicar además el art. 1.502 C.C.

RECONOCIMIENTO DE ACCIÓN DEBIDA O PRESTACIÓN DEBIDA: Concepto: Es una declaración de sentimiento del deudor (o prestador) por la que declara la existencia de una deuda o prestación en su contra. No tiene tal condición el reconocimiento de una promesa de afianzamiento (en contra la SAP Teruel 21-12-2010).

Naturaleza: Es instrumental de una deuda o de una prestación, no la prestación en sí misma. En contra SAP Pontevedra 22-3-2.007 y Madrid 29-10-2010. No nova la prestación previa (en contra SAP Gerona 15-10-2010, SAP Valencia 11-6-2008), razón por la que no se ejecuta el reconocimiento, sino la prestación inicialmente debida (en contra SAP Valencia 5-12-2.007). No es una presunción de deuda sino un instrumento de deuda (parecido al 1.462 C.C.) y el prestatario/deudor debe probar su inexistencia o menor cuantía (a favor SAP Barcelona 18-3-2002), no porque sea irracional reconocer una cantidad superior a la real (en contra SAP Córdoba 25-5-2010).

Caracteres: Es libre (SAP Tenerife 19-1-2010), consciente (en contra SAP Cantabria 7-10-2009) y requiere de la misma capacidad que la de generar la deuda (SAP Valencia 22-5-2009). No excluye el error (aunque lo dificulta) SAP Madrid 31-5-2010 y Asturias 12-12-2008.

Puede fijarla o determinarla (si es la prestación) STS 6-3-2009 o SAP Tarragona 26-6-2008 o simplemente reconocer la existencia de la acción (encargo), dejando la determinación de la prestación para después (1.598). No tiene por lo

tanto por qué fijar un medio de *solutio* (en contra SAP Toledo 8-7-2009 y SAP Castellón 15-5-2009).

### 3. LA SITUACIÓN PATRIMONIAL JUSTA

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

#### 3.1. LA QUE SE DERIVA DE UN ACTO JUSTO

En breve voy a publicar un artículo dedicado, en exclusiva, a las ineficacias jurídicas. Por dicha razón no se expondrán en este momento, limitándose este estudio a apuntar sus supuestos.

o Ineficacia originaria (*ex tunc*):

- Razones esenciales: falta de sedencia, falta de habencia, falta de valencia, falta de potencia.

- Razones licenciales: falta de legalidad o moralidad.

o Ineficacia sobrevenida (*ex nunc* 1.303 y subsanación): Error y reserva mental, ocultación l art. 1.276: Lesión art. 1.291, revocación art. 644, inoficiosidad art. 817 o fraude del art. 1.111.

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

Desecho, por lo tanto, la clásica expresión de enriquecimiento sin causa o la de enriquecimiento injusto. La primera (causa) porque, como hemos visto, no depende de ella y la segunda (el enriquecimiento), porque no es cierto que sea necesaria su existencia. Será lo normal, por supuesto, pero en modo alguno tiene por qué producirse necesariamente, bastando que se produzca una utilidad (arts. 1.163 y 1.304 C.C.) para que la misma quede justificada. Puede igualmente haber un empobrecimiento y ser igual de ilegítimo para el ordenamiento.

Hablo también de situación y no de otros términos porque la ilegitimidad puede producirse en cualquier momento o estadio, lo mismo si es

dinámico que estático. Y puede producirse no sólo originariamente sino de forma sobrevenida (la mal llamada desaparición sobrevenida de la causa).

La situación patrimonial injusta es la creada por una acción ilícita, ya sea ilegal ((1.305) penal (apropiación indebida) o civil (venta de bien ajeno)) o inmoral (1.306), falsa (1.276) o provisional con deber de repetición (1.717/1.725, 1.838) o con potestad para reclamar el reembolso (1.728, 1.779). Esta es la solución que establece habitualmente el Código Civil a lo largo de todo el articulado. Véanse, en este sentido, los arts. 10.9, 153, 487, 1.063, 1.145.II, 1.158, 1.067, 1.304, 1.352, 1.358, 1.359, 1.401, 1.518, 1.535, 1.573, 1.698, 1.717, 1.728, 1.765.1.779, 1.838, 1.893, 1.897, 1.904, 1.909.

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

Pues bien, entendemos que tal deber es contrario, además de a la moral (no es bueno) a los más elementales principios generales de nuestro ordenamiento jurídico por las siguientes razones:

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

Pero por el contrario si solo lo ha cometido alguno de ellos, lo que considera oportuno es legitimar al perjudicado para beneficiarse con ese capital prestado, lo que hace que, aunque podríamos hablar de enriquecimiento económico, no podríamos decir que es injusto. Y ello porque el Estado carece -a diferencia de los supuestos de doble conducta ilícita- de razón legal alguna para poder quedárselo (v.gr no hay utilidad pública como en la expropiación).

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

En este sentido, el total de las sumas a retener por el mutuario no podrá exceder, como dicen dichos artículos del C.C., del capital prestado más la usura total, por lo que servirán de cantidad a cuenta o de límite legal de percepción de daños y perjuicios, salvo los daños morales.

También por ese motivo, el fiador debe quedar liberado de su deber, a tenor del art. 1.824 C.C.

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

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

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

La falta de legitimidad de la situación puede derivarse no sólo de la falta de acción, sino de una acción errónea (1.756 y 1.901) o de la pendencia de un deber de reintegro (devolución, reembolso o *actio in rem verso*, resarcimiento o restitución).

Por último, señalar que también son posibles situaciones parcialmente legítimas (cosa, no frutos o intereses) las contempladas en el 1.304, 1.765 y 1.897.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de julio de 2.010 se pronunció sobre esta figura, aunque en la sentencia expuesta a pie de página, entendió que una gestión de negocios ajenos sin mandato puede justificarla –lo cual puede ser correcto- pero, en modo alguno, puede defenderse su carácter subsidiario, lo cual carece, a mi juicio, de base legal alguna.

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

### 3.2. LA QUE NO ESTÁ PENDIENTE DE UN ACTO JUSTO

Esta situación no tiene lugar cuando se está pendiente de:

REEMBOLSO (GASTO): véanse los 1.717 in fine, 1.722, 1.729, 1.779, 1.838.

Mención aparte merecen las costas procesales<sup>32</sup>.

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

RESTITUCIÓN (PATRIMONIO) que pasa a denominarse reintegro cuando la misma es “íntegra”. La misma da lugar a:

Devolución: en el supuesto del art. 1.303.

O a resarcimiento: en supuestos como los de los arts. 1.101, 1.902, o cuando se tiene que indemnizar a un asegurado tras un siniestro, lo que no constituye prestación contraria de la prima (cobertura) sino acción debida nacida ex lege para evitar la situación patrimonial en la que se encontraría el asegurador si, tras recibir la prima, no sufriera la correspondiente pérdida patrimonial con la indemnización.

### CONCLUSIONES

I. La causa es una simple relación ubicada entre una acción/fección y un acto/efecto, en medio del fenómeno del acto.

32. No son daño sino reembolso porque son un gasto para recuperar un daño, no un daño en sí mismo en cuanto que no es el resultado de una actuación. Debe aplicarse el IVA al abogado propio y al abogado contrario si es persona física. Como no es daño no es susceptible de ejecución provisional. Las de segunda instancia deberían, a mi juicio, imponerse también pues lo contrario vulnera el principio de la restitutio in integrum. Son de concesión legal (1.256) deben imponerse aunque lo pidan las dos partes (salvo transacción) y ya no las pedirán las partes. En allanamiento del art. 395 LEC ocurre igual. El pacto de renuncia anticipada es ineficaz porque aunque las costas son reembolso y no daño, el juez debe condenar en todo caso y si el perjudicado quiere desdecirse de dicha renuncia podrá hacerlo.

II. Es la acción la que justifica, consecuentemente, una situación patrimonial.

III. Esa zona intermedia (entre una acción y un acto) debe quedar siempre despejada, del resto de conceptos, adjetivos y circunstancias que el jurista quiera analizar, pues todas ellas son únicamente predicables de cada uno de sus extremos.

IV. La causa no es, pues, más que una zona de paso que la mente fabrica -como si de un puente imaginario se tratara- para pasar de un lado a otro de la realidad que le circunda. Un puente entre lo que empieza por ver y lo que termina por ver o, si ya lo ha visto en anteriores ocasiones, haciéndolo al revés: un

puente entre lo que acaba de ver y lo que antes ha experimentado que era el fenómeno que normalmente puede producirlo. Todo lo que sea dotar de contenido a esta figura absolutamente aséptica, más allá del que ha sido expuesto, supone a nuestro juicio una vuelta al caos actualmente reinante.

V. Un sistema jurídico es como un puzzle, en cuanto a que si una pieza se desplaza de su lugar, se produce un efecto dominó inevitable, porque entonces la pieza desplazada busca un nuevo sitio que, científicamente, le corresponde realmente a la pieza ya ubicada. Y es evidente que, sin orden no hay criterio, sin criterio no hay ciencia y, sin ciencia, sólo hay caos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, La causa, "RDP", 1.958.
- AMORÓS GUARDIOLA, Comentario a los arts. 1.274 a 1.277, "Comentario del Código Civil", Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1.991.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales, Universidad de Sevilla, 1.999; ATARD, La causa ilícita, "RCDI", 1.957.
- CAMARA, Meditaciones sobre la causa, "RCDI", 1.978.
- CASTRO Y BRAVO, El negocio jurídico, Madrid.
- DELGADO ECHEVARRIA, Comentarios al código Civil y Compilaciones Forales, XVII-2, Madrid, 1.981.
- DELGADO ECHEVARRIA, Comentario a los arts. 1.305 y 1.306, "Comentario al Código Civil", Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1.991.
- DE LOS MOZOS, La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción de su concepto, "RDN", 1961.
- DE LOS MOZOS, Negocio abstracto y reconocimiento de deuda, "ADC", 1.966.
- DE LOS MOZOS, Causa y tipo en la teoría del negocio jurídico, "RDP", 1.970.
- DE LOS MOZOS, La renovación del concepto de causa del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española, "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giurídico moderno", 7, 1.978.
- DIEZ-PICAZO, Luis: "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial" Tomo I, Introducción Teoría del Contrato, Civitas 1.996.
- DIEZ-PICAZO, El concepto de causa en el negocio jurídico, "ADC", 1.963.
- DIEZ-PICAZO, El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación, en "Estudios de Derecho Privado", Madrid, 1.980.
- GARCIA MONGE, Contratos con causa ilícita, "RDP", 1.964.
- GARRIGUES, Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil, 2ª ed., Madrid, 1.976.
- GETE-ALONSO, Reconocimiento de deuda: aproximación a su configuración negocial, Madrid, 1.989.
- HECK, El negocio jurídico real abstracto, "RCDI", 1.965.
- JORDANO, Causa, motivo y fin del negocio (STS 30-VI-48, "ADC", 1.949.
- LACRUZ, La causa en los contratos de garantía, "RCDI", 1.981.
- NUÑEZ LAGOS, El enriquecimiento sin causa en el Derecho español, Madrid, 1.934.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Causa ilícita y fraude de acreedores (STS 26-IV-62), "ADC", 1.962.
- ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, La causa en el negocio jurídico, en "Estudios de Derecho Privado", I, Barcelona, 1.948.
- SANCHO REBULLIDA, Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil, "RGLJ", 1.971.
- TRAVIESAS, La causa de los negocios jurídicos, "RGLJ", 1919.
- VERDERA, Algunos aspectos de la simulación, "ADC", 1950.
- ZUMALACÁRREGUI, Causa y abstracción causal en el Derecho civil español, Madrid, 1.977.

