

Artículo 2291, inc. 1º. "El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del propietario, por haberse comprometido a hacerlo, responde como gestor de negocios. Si el interesado, no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda, por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiera debido pagar el interesado".

Esta solución, dogmáticamente centrada en la acción de enriquecimiento y no en la noción de obligación de restituir lo enriquecido, no hacía más que adoptar la opinión defendida por Pothier sobre la base de la *constitutio* de Justiniano, supuesto que aquel sostenía, de acuerdo con su concepción sobre la gestión de negocios, que quien gestionaba un negocio ajeno en contra de la prohibición formal del interés no podía entablar en contra de éste la *actio negotiorum gestorum contraria* para que le fueran reembolsadas sus expensas, preguntándose, en consecuencia, si las debía perder.⁵⁷ Su respuesta era que no, resultaba aceptable a la equidad natural que el agente, petiera sus expensas, pues ella no permitía que alguien se enriqueciera a expensas de otro, de modo que tal equidad acudía en auxilio del gestor y, en defecto de la *negotiorum gestorum contraria*, le concedía la acción general *in factum* que, precisamente, tenía lugar cuando toda otra acción faltaba.⁵⁸

Justiniano en C. D. 12. 3. 2 se réfère à concordance action *competitio* et *utilitas autem*.
 Idem, in. 182, p. 247: *Ceterum qui a facti affinitate non persona contra se défendit, formelle*. On peut pas, suivant les principes que nous venons d'exposer, l'action *negotiorum gestorum* contre cette personne, pour la répétition des fins de sa gestion, doit-elle se perdre, lorsque la personne dont elle a fait l'objet meurt, et se défend, en sa personne, à lui-même?
 Ibidem: "Cela ne résiste, ni pas à l'équité naturelle, qui ne permet pas que vous puissiez, vous enrichir à ma dépense? *Neminem inquit ex cum definitio, alienum incipiente*. Cette finitude ne doit-elle pas venir, à mon secours? Et, à défaut de l'action *conventio negotiorum gestorum*, que je n'ai pas ne doit-elle pas donner pour la répétition de la somme que j'ai payée, et dont vous avez profité."
 Ibidem: *action générale in personam*, action qui a lieu *propter alio actio deficit?*
 Ibidem: "Elle doit subir moins de difficulté dans notre jurisprudence française, où l'on ne s'attache pas aux noms des actions, et où l'écrit naturel est seule suffisant pour produire une obligation civile et une action. Or, lorsque vous profitez d'une affaire que j'ai

Claramente, pues, se comprueba que Bello, en el artículo 2291 del *Código Civil*, ha reconocido la existencia de una acción dirigida a impedir el enriquecimiento a expensas de otra persona cuando no había lugar a la acción propia de la agencia oficiosa, asumiendo dicho precepto una faja tradicional jurídica enraizada en el derecho romano. Del régimen que fijaba el citado artículo, era posible extraer la caracterización de esta acción de enriquecimiento:

b) Procedía cuando una persona, el interesado, resultaba enriquecida como consecuencia de un hecho de otra (el agente oficioso) que, a su vez, generaba el empobrecimiento de este último.

Esta doctrina del "hecho único constitutivo" ha tenido una gran acogida en la jurisprudencia italiana desde la década del sesenta hasta la actualidad y es la misma que parece desprenderse del artículo 2291 del *Código Civil* en relación con sus artículos 1437 y 2284.

fait, quibique contre votre défense, pour vous faire du bien malgré vous, l'équité naturelle, qui ne permet pas à s'enrichir aux dépens d'autrui, vous oblige à m'indemniser de ce qu'il m'en a coûté, jusqu'à concurrence du profit que vous en retirez."

c) El objeto de la acción, que es de carácter personal, está limitado por el monto del enriquecimiento, pues el artículo 2291 prescribe que el está contenido en los límites del enriquecimiento, lo que significa lógicamente que la norma tiende a restringir dentro de unos términos ciertos la responsabilidad del enriquecido.

d) Sólo es posible intentar la acción con éxito si el enriquecimiento subsiste al momento de la demanda.

2.3.2. DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO EN LA GESTIÓN DEL NEGOCIO DE OTRA PERSONA EN LA CREENCIA DE REALIZAR EL PROPIO

“Cuando el agente oficioso realizaba la gestión de una tercera persona en la creencia de estar gestionando un negocio propio, también se discutía entre los juristas del “Antiguo Régimen” si realmente se formaba o no el cuasicontrato de agencia oficiosa, supuesto que estrictamente no podía sostenerse que hubiera gestión de negocios debido a que en el gestor faltaba la voluntad de realizar el negocio de un tercero.

Este caso no era discutido en el derecho romano clásico, porque la exigencia de tratarse de un negocio ajeno era de carácter objetivo, sin que se requiriera que el gestor tuviera un ánimo o intención particular de gestionar negocios ajenos (“*animus aliena negotia gerendi*”). Así Africano estimaba que debía dársele al gestor la acción *negotiorum gestorum*³⁵, y la misma opinión era compartida por Paulo³⁶. Por la misma razón también procedía la acción *negotiorum gestorum* cuando se gestionaba la cosa de un tercero en la creencia de pertenecerle a otro³⁷, y aun cuando se gestionaba una cosa propia con ánimo de lucro propio y no en beneficio del tercero³⁸. Bastaba, pues, la circunstancia objetiva de ser ajeno el negocio para que procediera la acción de gestión de negocios.”

Al igual que en el caso anterior, Bello en el artículo 2292, fundado expresamente en Pothier, y éste en Africano (D. 5.5.48), zanjaba expresamente esta discusión y negaba al gestor la acción *negotiorum gestorum contraria*, es decir, el interesado no resultaba obligado por la gestión a reembolsar al agente oficioso las expensas útiles y necesarias, pero si quedaba obligado a la restitución de la utilidad que le hubiera reportado la gestión, esto es, aquello en lo que se hubiera enriquecido, siempre y cuando dicha utilidad subsistiere al momento de la demanda.

Artículo 2292: “El que creyendo hacer su propio negocio hace el de otra persona, tiene derecho para ser reembolsado, hasta concurrencia de la utilidad efectiva que hubiere resultado a dicha persona, y que existiere al tiempo de la demanda.”

Nuevamente la solución la tomaba el codificador chileno de la obra de Pothier (n. 183), en la que se sostenía que en este caso la gestión no daba lugar al cuasicontrato *negotiorum gestorum*, y en consecuencia, no se generaba la obligación de reembolsar los

³⁵ D. 5.5.48: “Africani VIII. Quæstiones. Si rem, quam servus vendidit subripuisse a me, venditor, emptor, vendiderit, eaque in rem natura esse debeat, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari debeat, si negotium, quod iure esse existimamus, cum esset meum, gestissem, sicut ex contrario in me libi dicitur si, cum hereditatem que ad me pertinet tuam putares, res una proprias legatis solvisset, quandoque de ea solutione liberaretur.”

³⁶ D. 10.3.14.1: “Paulus, libro III de Officiis, et si cui negotiorum gestorum actio datur, adversus eum, cuius negotia curavit, quam putarem alienis ea esse, ita et in proposito.”

³⁷ D. 3.5.5.1: D. 3.5.5.10.

³⁸ D. 3.5.5.5.

³⁹ GUZMÁN BARTO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, II, Santiago de Chile, 1996, p. 202.

costos de ella aunque la otra persona se hubiera beneficiado con ella, sin embargo, la equidad natural, que no permitía que alguien se enriqueciera a expensas de otro, acordaba en este caso, y en contra de la *subtilitas iuris*, una acción en contra del beneficiado para repetir lo invertido en la gestión hasta la concurrencia de aquello en lo que se hubiera beneficiado⁴⁰.

Agregaba Pothier, en el otro pasaje que Bello citaba como fuente del artículo 2292, que la jurisprudencia francesa no admitía las sutilezas del derecho romano y consideraba a la sola equidad como suficiente para producir una obligación civil y para dar una acción, de manera que no cabía dudar de la procedencia de una acción en este caso, y así quien había realizado impensas, de las cuales otro se había beneficiado, debía tener una acción, en su contra, hasta la concurrencia de aquello en lo que se hubiera enriquecido. Sobre este principio se debía decidir que, si un heredero moría antes de la recolección de la cosecha, el propietario que recogía los frutos, debía reembolsar a los herederos del usufructuario los gastos e impensas hechos para producir los frutos, pues al haberlas hecho aquel creía gestionar su propio negocio aunque efectivamente había hecho el del dueño quien, habiendo recogido los frutos, se había beneficiado de sus labores y sementeras⁴¹.

Otra vez el codificador chileno reconocía expresamente en uno de los artículos del *Código* la existencia de una acción dirigida a impedir el enriquecimiento a expensas de otra persona cuando no había lugar a la acción propia de la agencia oficiosa, es decir, cuando no había técnicamente un cuasicontrato.

El régimen jurídico de la acción de enriquecimiento consagrado en este artículo era exactamente el mismo que se había establecido para la concedida en el artículo anterior y, por lo tanto, su caracterización es en todo similar.

2.4. DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO EN OTROS SUPUESTOS

El *Código Civil* chileno utiliza sólo en cuatro artículos la expresión “hacerse más rico”, para caracterizar ciertas obligaciones de determinados deudores. Lo hace bajo las formas verbales “*heayan hecho más rico*” (arts. 1267 y 2301), “*hacerse hecho más rico*” (art. 1688) y “*se hubiere hecho más rico*” (art. 2218).

La presencia de esa expresión en las citadas cuatro disposiciones genera una serie de cuestiones, que son las que se examinarán en este apartado, a saber:

⁴⁰ POTHIER, Robert, *loc. cit.* p. 189, n. 348: “Lorsque je fais votre affaire, croyant me faire que la mienne, dans ce cas cette gestion ne forme pas entre nous le quasi-contrat negotiorum gestorum, et à ne consulter que la subtilité du droit, il n’y arien pas eu intention de faire votre affaire, ni par conséquent de vous obliger à me rembourser les frais de ma gestion, je ne puis avoir contre vous l’action contraria negotiorum gestorum pour m’en faire rembourser, quoique ce soit vous qui en ayez profité. Mais l’équité, qui ne permet pas qu’un s’enrichisse aux dépens d’autrui, m’accorde en ce cas, contre la subtilité du droit, une action contre vous pour répéter de vous le fruit de ma gestion, jusqu’à concurrence de ce que vous en avez profité.”

⁴¹ Idem, n. 192, pp. 250-251: “D’une autre jurisprudence française, qui a décidé par les subtilités du droit romain, et qui regardé la seule équité comme suffisante pour produire une obligation civile et pour donner une action, il n’a eu pas être admettant que dans l’espèce des Lods 33, de Comelle, l’indépendance de la loi de l’ancien, excepté, (D. 44.4.14) comme dans celle de la Loi 6 § 3 (D. 12.6.5.3), celui qui a fait des impenses dont je profite, doit avoir contre moi, jusqu’à concurrence de ce que j’en profite. Sur ce principe on doit décider que, lorsqu’un héritier meurt avant la récolte, le propriétaire qui recueille les fruits, doit rembourser aux héritiers de l’usufruitier les frais de labour et semences que l’usufruitier a faits pour les faire venir, car, quoique, en les faisant, il en ait fait sa propre affaire, il a effectivement fait celle du propriétaire qui, ayant recueilli les fruits, a profité de ces labours et semences.”

- a) Si la expresión "hacerse más rico" tiene en el lenguaje de nuestro codificador la misma significación que la de "utilidad efectiva" y "efectivamente útil", que es la empleada en los artículos 2291 y 2292, que son los textos que consagran la acción de enriquecimiento.
- b) Si el régimen jurídico de las acciones que conceden dichos cuatro artículos es el mismo de la acción de enriquecimiento fijado en los artículos 2291 y 2292.
- c) Si existe una "genealogía" jurídica común para estos artículos y los números 2291 y 2292.
- d) Si, en fin, existe una razón jurídica común que explique el sentido y contenido de las seis disposiciones que aquí se analizan.

2.4.1.1. DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO Y LA OCUPACIÓN DE UNA HERENCIA (ART. 1267)

Artículo 1267.-El que de buena fe hubiere ocupado la herencia no será responsable de las enajenaciones o derechos de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico, pero habiéndola ocupado de mala fe, lo será de todo el importe de las enajenaciones y derechos.

El *Código Civil* chileno fijaba la disciplina jurídica de la *actio hereditatis petitio* en los artículos comprendidos entre los números 1264 y 1269. La sistematización que Andrés Bello dio a esta acción estaba claramente inspirada por el modelo de Pöhlitz, fundado a su vez en un pasaje de Ulpiano, aunque con toda la carga dogmática de los juristas del derecho natural racionalista.

consecución de una serie de prestaciones personales a las que era obligado el poseedor vencido respecto del heredero petionario⁴².

Detrás de esta construcción dogmática asumida por Pothier se hallaba toda la tradición de la escuela española del derecho natural relativa a la propiedad y al deber de restitución, asumida por los juristas expositivos juracionalistas era el dominio, su fundamento, contenido y modos de adquisición. A través de estos temas se remontan a las *res naturae*, el *genitum*, pues en él hallaba su origen la propiedad. Pero también su preocupación por el dominio hacía que examinaran detenidamente las obligaciones que nacían de la propiedad, tema a propósito del cual asuman la noción escolástica de *obligatio*, ya que del propio concepto de dominio derivaba una obligación, fundada en el *ius naturae*, en virtud de la cual quien posea una cosa ajena se encontraba obligado a su restitución, y había una serie de posibilidades en las cuales a posesión de una cosa ajena precisamente importaba un enriquecimiento a expensas del dominio de otro y, por lo tanto, nacía la obligación de restituir todo aquello en lo cual alguien resultaba enriquecido como consecuencia del dominio ajeno.

De este modo, la obligación de restituir se extiende no sólo a la restitución de la cosa ajena y de sus frutos, sino también a todo aquello que el poseedor hubiera lucrado de la cosa, puesto que se habrían enriquecido a expensas de una cosa ajena³⁷, por tal razón, los juracionistas distinguían entre la restitución de: a) las cosas existentes (*rebus extantibus*), como podían ser todas aquellas que, siendo ajenas, llegaban a parar a manos de un poseedor manteniéndolas este; y, b) la de aquellas otras que propiamente no habían ido a parar a manos de un poseedor como consecuencia de un acto físico (*rebus non extantibus*), sino, que consistían en el provecho obtenido de ellas traducido en un enriquecimiento, es decir, en tener más de lo que antes se tenía como producto de una cosa de otro (*ex re alterius*).

12. FORTNIER, Roberto José, *Tratado das personagens e de chozas*, in *Obras de Pindaré*, (IX, Paris, 1861), I, Paris, 1861, II, rec. III, § III, nr. 416, p. 231: "Quoique le pétition d'effectifs soit principalement une action réelle, qui pour part domine que le demandeur a de l'effectif, et qui le rendant par cette action, soit pour le tout, simplement se faire l'unique, qui pour part, surtout il ne l'est que pour part, elle renferme néanmoins des prestations personnelles dont ce tenu le possesseur contre qui cette action est donnée, et qui naissent des obligations que ce possesseur est censé avoir contractées envers l'adversaire, demandeur en pétition d'effectifs. C'est ce qui fait dire à Ulpian: *Petitio hactenus est in rem, inchoatio sit, habet tamen, pro personis, quod in rem, §. 18, ff. de petit. hactenus*, (D. 5, 3, 25, 18).

¹¹ Véase FEENSTRA, Robert, "Les origines du *dominium* d'après Grégoire et notamment dans son *Mare liberum*" en *Homages to Alvaro García Gallo*, I, Madrid, 1996, pp. 179-190; BARREROS GRANDÓN, Javier, "Notas históricas sobre la noción de *dominio* eminente", en *Rev. Jurídica*, 4, Santiago de Chile, 2000, pp. 41-53.

El *Código Civil* chileno adoptaba este mismo criterio, pues en los artículos 1264, 1265 y 1266 regulaba la obligación de restituir las cosas corporales e incorporales que se hallaban en poder del poseedor vencido, lo que era propio de la naturaleza real de la acción de petición de herencia, y en el artículo 1267 regulaba la responsabilidad del poseedor vencido en relación con las cosas dejadas de poseer y las deterioradas, es decir, lo que en lenguaje de Ulpiano eran *praestations quasdam personales* y en el de Pothier *praestations personales*.

En cuanto a la vindicación, propiamente tal de las cosas poseídas por quien había invadido una herencia no había más que una regla: la restitución de las cosas hereditarias sin que importara la buena o mala fe del poseedor vencido, pero en cuanto a las prestaciones personales a las que éste quedaba sujeto si se establecía un tratamiento jurídico diferenciado entre el que de mala fe invadía una herencia y el que lo había hecho de buena fe.

Pothier en su *Traité des personnes et de choses* dedicaba un capítulo especial a la acción de petición de herencia y en él dedicaba todo un párrafo a tratar "De la différence entre le possesseur de bonne foi et celui de mauvaise foi, par rapport aux choses qu'ils ont cessé ou manqué de posséder"⁴⁴. Sentaba allí la distinción básica en relación con la responsabilidad del poseedor de buena fe y de mala fe como sujetos demandados por la petición de herencia: no había ninguna en cuanto a la restitución de las cosas hereditarias que se hallaban en su poder, pero sí la había en cuanto a las que había dejado de poseer.⁴⁵

Naturalmente esta diferencia también se hallaba en la tradición del derecho natural racionalista, cuyos representantes habían discutido detenidamente el papel que debía jugar la buena o mala fe del entreguido en relación con la obligación de restituir, supuesto que su situación era la de un poseedor de cosa ajena que, por ende, podía ser calificado de buena o mala fe. Simplemente aquí anotar que ya en Grocio se hallaba este tratamiento, pues sostenía que la obligación de restituir, en cuanto que emanaba del dominio, respecto de aquel que tenía tal derecho, era posible en relación con los bienes que estaban en poder del poseedor y también de los que no lo estaban.

Esta misma diferencia era la que adoptaba el codificador chileno en el artículo 1267 en relación con la buena o mala fe de quien había ocupado una herencia, relativa a su responsabilidad por las cosas que había dejado de poseer, lo que se habían deteriorado.

Pothier explicaba en qué consistía la diferencia: el poseedor de mala fe quedaba obligado a la restitución de aquellas cosas que, por su hecho o culpa, había dejado de poseer del mismo modo que si las estuviera poseyendo y, por el contrario, el poseedor de buena fe no quedaba obligado a la restitución de las cosas que hubiera dejado de poseer durante el tiempo en que poseyó de buena fe, pues consideraba que le pertenecían, y solamente estaba obligado desde el momento en que hubiera obtenido provecho de aquellas cosas dejadas de poseer, ya porque las hubiera vendido ya porque las hubiera perdido de otro modo, obligación que se reducía en la prestación personal de la suma en la cual se encontraba enriquecido.⁴⁶

⁴⁴ POTHIER, Roberto José, (n. 42), II Parte, chap. II, sect. III, n. 406 - 416, pp. 246 - 251.

⁴⁵ Idem, n. 406, pp. 246-247. "Il n'y a aucune différence entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, par rapport aux choses dépendant de la succession, qui se trouvent être par devens eux et en leur possession, lors de la restitution qui est à faire au demandeur en pétition d'hérédité, qui a obtenu sur sa demande, il s'entend l'un et l'autre des choses, mais il y a une grande différence entre eux par rapport à celles qu'ils ont cessé ou même manqué de posséder."

⁴⁶ Idem, n. 406, p. 247. "Le possesseur de mauvaise foi est tenu de la restitution de celles qu'il a, par son fait ou par sa faute, cessé ou même manqué de posséder, comme s'il les possédait encore; au contraire, le possesseur de bonne foi n'est point tenu de la restitution des choses qu'il a cessé de posséder pendant qu'il croyait de bonne foi que la succession dont elles dépendaient lui appartenait, et encore moins de celles qu'il a manqué de posséder, soit en les vendant, ou autrement, il est sujet à une prestation personnelle de la somme dont il se trouve profiter."

No estará demás recordar que este diferente tratamiento del poseedor de buena fe de la herencia y del poseedor de mala fe en cuanto a la restitución había sido consagrada por el *senatus consultus Juventianus* del año 129 propuesto al Senado por el emperador Adriano (D. 5.3.20.5) en el cual expresamente se prescribía que los que poseían fundados en justas causas que les movían a estimarse como tales, sólo quedaban obligados en lo que se hubieran hecho más ricos (*locupletiores*). "Item eos, qui bona invasissem, cum sciant ad se non pertinere, etiamsi ante item contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent; eos autem qui iustas causas habuissent, quae re bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent". Por lo demás, Pothier citaba expresamente ese pasaje del *Digesto* para fundar su opinión.⁴⁷

Pero sin perjuicio de ello, la sistematización y tratamiento de Pothier se hallaba nuevamente en la línea de la tradición iusracionalista. Baste aquí recordar el tratamiento que Grocio daba a esta materia.

En cuanto a los primeros nacía una obligación que tenía el carácter de un verdadero principio general, pues de ella se derivaban una serie de consecuencias, particularmente en lo tocante a la obligación de restituir y, por ende, al enriquecimiento a expensas del dominio ajeno. Tal principio consistía en que aquel que tenía una cosa de otro bajo su potestad estaba obligado a hacer cuanto estuviera en el para que ella volviera a la potestad de su dueño.⁴⁸ El citado principio que obligaba a restituir las cosas ajenas tenía su fundamento en el propio establecimiento de la propiedad, pues así como en el estado en que las cosas eran comunes debía observarse una cierta igualdad para que cada uno pudiera servirse de ellas, una vez introducido el dominio se había contratado una especie de sociedad entre los distintos dueños para que quien tuviera una cosa ajena bajo su potestad la devolviera a su dueño sin que importara que se hubiera adquirido la posesión del bien del otro de buena o mala fe, pues, en todo caso, se estaba obligado a la restitución, ya que, en la concepción de Grocio, una era la obligación que nacía del delito y otra la originada en virtud de la cosa.⁴⁹

Por lo que tocaba a las cosas que no estaban en poder del poseedor (*de rebus non extantibus*), decía Grocio, que había parecido bien al género humano que si alguien se había hecho más rico a partir de una cosa perteneciente a otro, quedara obligado precisamente en cuanto se hubiera enriquecido, porque se había lucrado de lo ajeno y resultaba tener más mientras el dueño tenía menos, ya que el dominio había sido establecido para conservar la igualdad, es decir, con la finalidad de que cada uno tuviera lo suyo.⁵⁰ Principio este que fundaba expresamente en el comentario del cardenal Cayaeno a santo Tomás (II.2.62) y en la regla romana: *iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorum* (D. 50.17.206).

La razón de justicia que justificaba el trato diferente se hallaba en que el poseedor de mala fe, al disponer de las cosas hereditarias y dejar de poseerlas, actuaba dolosamente respecto del heredero a quien estaba obligado a restituirlas y su dolo hacía que se le

⁴⁷ Ibidem. "Certe différence entre le possesseur de mauvaise foi et de bonne foi, se trouve portée par le senatus-consulte rendu sur la constitution d'Adrien."

⁴⁸ GROCIO, Hugo. *De iure belli ac pacis libri tres, in quibus ius Naturae et Gentium, item juris publici praecipua explicantur*, Amstelredam, ex Officina Westphaliana, 1712. Lib. II, Cap. X, n. 1, fol. 214. "Explicam, quantum iustitiae nostro sufficit, iure ex quod in personis, aut res nobis corpore, videndum erant, quae citius minus obligatio ageretur nos. Nascitur autem haec aut ex rebus extantibus (scilicet nomine juri comprehensum, etiam in personis, quae illis ipsae esse possunt) aut non extantibus, i.e. rebus extantibus obligatio haec nascitur, quae tenetur si qui rem nostram habet in sua potestate, efficitur quantum in se est, ut ipsam potestatem veniat."

⁴⁹ Idem, Lib. II, Cap. X, n. 1, fol. 214. "Quantum in se est, dico, neque enim obligari ad impossibile, nec ad reddendum rem suis impensis, sed iudicari tenetur, ut aliter recipient suam potestatem. Nam si tenet rem communiter, statu observanda sunt aequitatem quaerendam, ut hinc non minus quam aliter rebus communiter habet, quasi societas inter dominos contracta est, ut qui rem alteram in sua habet potestate, cum domino redderet. Nam si identitatem in se habet, iustitiae, ut ut possent dominum reddenda res esset, minus debite finem habet, dominum, et minus iustitiae, namque, hic consideratur bona, quis an mala, hinc rei possessionem necesse sit alia enim obligatio est ex delicto, alia ex re."

⁵⁰ Idem, Lib. II, Cap. X, n. 1, fol. 215. "De rebus non extantibus hoc humanum generi placuit, ut si in ex re mea factus es locupletior, me rem non habentem, in tantum teneatur, in quantum es factus locupletior, quia quicquid ex meo lucratus es, plus habes, cum ego minus habeam; introducta autem sunt dominia ad servandum aequalitatem in eo scilicet, ut quisque suum habere."

considerara como si todavía poseyera tales cosas y, en consecuencia, debía ser condenado a su restitución.⁵¹

Era, pues, la consideración de la actuación dolosa de quien invadía de mala fe una herencia y disponía de los bienes hereditarios la que justificaba que se le calificara como aquel "que dolosamente había dejado de poseer", aplicándosele la regla expresada tardíamente, sobre un pasaje de Paulo en sus *Comentarios al Edicto*, probablemente interpolado. *Qui dolo desit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione doli est* (D. 50.17.13). Esta regla necesariamente debe entenderse a la luz de las citadas palabras del senadoconsulto de Adriano: "Qui bona invaserint, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent" (D. 5.3.20.6), que son las que justificaron en la última época clásica la aplicación de este principio a la acción reivindicatoria, como expresamente explicaba Paulo en sus *Comentarios al Edicto*. "Sed et si, quante litem, contestatam dolo desit rem possidere, tamen in rem actio, idque ex Senatusconsulto colligi potest, quo eorum est, ut diximus, ut doli praeteritis in hereditatis petitionem veniat. Quam tamen in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, doli praeteritis ferri, non est absurdum, per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deducit" (D. 6.1.27.3).⁵²

La enunciada regla postclásica, formulada en D. 50.17.13, sirve de base, pues, para entender la justificación de la disciplina de la acción de petición de herencia en contra de quien de mala fe había enajenado cosas hereditarias, es decir, la parte final del artículo 1267, pero también resulta imprescindible para comprender el concordante tratamiento dogmático del ejercicio de la acción reivindicatoria en contra de quien había enajenado de mala fe la cosa poseída, es decir, el artículo 898 del *Código Civil* chileno. Régimen jurídico que se había establecido por un senadoconsulto de tiempos del emperador Adriano exclusivamente para la acción de petición de herencia, pero que los últimos juristas clásicos extendieron a la acción reivindicatoria, tendencia consolidada en época postclásica.

Por el contrario, continuaba Pothier, el poseedor de la herencia que, de buena fe, crea que la sucesión de los bienes de los cuales él se hallaba en posesión le pertenecía, podía lícitamente disponer de las cosas hereditarias y también dejarlas de poseer, precisamente, porque de buena fe crea que le pertenecían, y tales actuaciones suyas no implicaban una conducta dolosa respecto de nadie, de modo que respecto de dichas cosas no había podido contraer obligación alguna en relación con el verdadero heredero, a quien ignoraba que le pertenecían, y sólo comenzaba a quedar obligado para con él desde el momento en que éste se presentaba y justificaba su derecho a la herencia. Quedaba, pues, solamente obligado respecto de las cosas que permanecían en su poder, pero también resultaba obligado al provecho que había obtenido de aquellas que ya no tenía consigo, y esto porque la equidad no permitía enriquecerse a expensas de otro.⁵³

⁵¹ POTHIER, Roberto José, (n. 42), n. 406, p. 247. "La raison de cette différence vient de ce que la connaissance qu'a un possesseur, que la succession des biens de laquelle il s'est mis en possession, ne lui appartient pas, lui fait contracter envers le véritable héritier l'obligation de lui restituer. Lors donc qu'il prétend de cette obligation, il dispose de quelque un des biens, ou cesse par son fait, de quelque manière que ce soit, de les posséder, il contracte un dol envers cet héritier, à qui il est obligé de lui rendre le cas du dol de le faire considérer comme s'il les possédait encore, et de l'en condamner à les restituer."

⁵² GUZMÁN BARRO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, I, Santiago de Chile, 1996, p. 471, considera que la posibilidad de ejercer la acción reivindicatoria en contra de quien dolosamente dejó de poseer es de época postclásica, opinión que quizá debe matizarse en cuanto a que es probable que ya fuera conocida en época vinda clásica, precisamente después del senadoconsulto de Adriano (D. 5.3.20.6), que es lo que sugiere el pasaje de Paulo (D. 6.1.27.3), fundado precisamente en la citada *condictio*.

⁵³ POTHIER, Roberto José, (n. 42), II, Parte, chap. II, sect. III, § III, n. 406, p. 247. "Au contraire, le possesseur qui croit de bonne foi que la succession des biens dont il s'est mis en possession, lui appartient, peut très licitement disposer des choses qui en font partie, et passer de cette manière que bon lui semble, de posséder ces choses, qu'il croit de bonne foi lui appartenir. Il ne contracte en cela aucun dol envers personne. Il n'a pu contracter à l'égard desdites choses aucune obligation envers le véritable héritier, à qui il ignore, qu'elles appartiennent; il n'a contracté à s'obliger envers cet héritier que du jour que cet héritier s'est présenté, et lui a justifié de son droit; et il ne peut paraître s'être obligé envers lui qu'à lui rendre les choses dépendant de la succession, qui se trouvaient pour lors par devers lui, et le profit qu'il se trouve avoir de celles qu'il n'a plus. l'équité ne permettant pas de profiter aux dépens d'autrui."

Era, pues, el principio de equidad que impedía enriquecerse a expensas de otro el que fundaba la obligación que pesaba sobre el ocupante de buena fe de una herencia en cuanto a restituir aquello en lo que hubiera resultado enriquecido como consecuencia de las enajenaciones que hubiera realizado mientras había poseído.

Esta idea la reiteraba Pothier cuando explicaba la diferente situación de ambos poseedores vencidos:

a) "La connaissance qu'a le possesseur de mauvaise foi, lorsqu'il se met en possession des biens d'une succession, qu'elle ne lui appartient pas, lui fait des lors contracter l'obligation de les rendre, et cette obligation nait de ce précepte de la loi naturelle: *Bien d'autrui tu ne prendras, ni retiendras à ton esclavage*" y b) "Au contraire le possesseur de bonne foi, qui croit de bonne foi que la succession lui appartient, qui use et dispose des biens qui en dépendent, comme de choses qu'il croit de bonne foi lui appartenir, ne contracte point cette obligation, l'unique cause de celle qu'il contracte, est la règle d'équité qui ne permet pas que nous retenions le profit que nous avons retiré des choses qui appartiennent à autrui, lorsque nous venons à apprendre qu'elles appartiennent à autrui".⁵⁴

Que el principio de no enriquecerse a expensas de otro apareciera en el *Código Civil* chileno aplicado en relación con la *actio hereditatis petitio*, es decir, a propósito de una acción real dirigida a vindicar el dominio de las cosas hereditarias, no resultaba para nada extraño, pues era simplemente el resultado de una larga tradición jurídica iniciada con la *Oratio* del emperador Adriano (s. II d. C.) precisamente respecto de la petición de herencia, destróllada por los juristas de la época tardía clásica y postclásica (s. II-V), conservada por Justiniano en los *Digesta* (s. VI) respecto de la petición de herencia y de la reivindicación, retomada por los juristas de la escuela española del derecho natural (s. XVI y XVII) a propósito de la propiedad y de las obligaciones derivadas de ella, difundida por los iustroinalistas (s. XVII y XVIII) también dentro de su amplio concepto de dominio, y plenamente acogida por Pothier (s. XVIII) al tratar nuevamente de la *actio hereditatis petitio*.

Finalmente, la pregunta de nuestra civilística: ¿Cuál es la "fuente" de la obligación que pesa sobre el ocupante de buena fe de una herencia en cuanto al enriquecimiento que hubiera obtenido como consecuencia de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias?

Sin duda alguna ha habido "un hecho voluntario de la persona" obligada consistente en la ocupación de la herencia, y es de este solo hecho suyo del cual deriva la obligación de responder por el monto del enriquecimiento obtenido con las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias, es decir, se trata del supuesto expresamente previsto en el artículo 1437 del *Código Civil*, reiterado bajo una redacción semejante en el artículo 2284, como uno de aquellos que hace "nacer" obligaciones.

No deja de resultar extraordinariamente sugerente advertir que la "ocupación de una herencia" por alguien que está de buena fe constituye un supuesto fáctico muy semejante al de la excepción de la herencia que, por lo demás, puede ser expresa o tácita (art. 1241), y que para nuestro *Código Civil* es precisamente uno de los casos en los cuales "las obligaciones nacen de un hecho voluntario de la persona que se obliga" (art. 1437), como ocurre también "en todos los casos contrarios" (art. 1437). De allí que, parte de nuestra civilística explique que la "aceptación de una herencia" constituye una

⁵⁴ Idem, II Parte, chap. II, sect. III, § III, n. 422, p. 253.

⁵⁵ Ibidem.

especie de cuasicontrato, frente a lo cual no cabría más que decir que la "ocupación de una herencia" (art. 1267) no constituye un cuasicontrato, pero es una figura emparentada con ellos de la que nace la acción de enriquecimiento, así como frente a la "agencia oficiosa", que sí es un cuasicontrato, la gestión contra la prohibición formal del interesado (art. 1291) y la gestión de un negocio ajeno en creencia de ser propio (art. 1292) no son propiamente cuasicontratos, pero sí están emparentados con ella y también de ellas nace la acción de enriquecimiento.

2.4.2. DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO Y EL DEPOSITARIO INCAPAZ (ART. 2218)

En el inciso tercero del artículo 2218 del *Código Civil* chileno se regulaba la especial situación del depósito regular cuando la persona del depositario era un incapaz, señalándose la clásica división en cuanto a la responsabilidad del depositario en atención a si la cosa depositada se hallaba en su poder (*res extante*) o si no lo estaba (*res non extante*). En el primer caso el depositante cuenta con la *actio depositi directa* para exigir la cosa depositada, y en el segundo únicamente cuenta con una acción *in personam* para exigirle aquello "en lo que se hubiere hecho más rico" con el depósito.

Artículo 2218 1º: "Este contrato no puede tener pleno efecto sino entre personas capaces de contratar.

Si no lo fuere el depositante, el depositario contraerá, sin embargo, todas las obligaciones de tal.

Y si no lo fuere el depositario, el depositante tendrá sólo acción para reclamar la cosa depositada mientras esté en poder del depositario, y a falta de esta circunstancia tendrá sólo acción personal contra el depositario hasta concurrencia de aquello en que por el depósito se hubiere hecho más rico; quedándole a salvo el derecho que inviere contra terceros poseedores; y sin perjuicio de las penas que las leyes impongan al depositario en caso de dolo."

Esta disposición procedía del Proyecto "De los contratos y obligaciones convencionales" de 1842 a 1845 (art. 7-inc. 2, lit. XXXIII, § 2)⁵⁵, de donde pasó al artículo 577 del Proyecto de 1846 - 1847, y de allí al 2363 del Proyecto de 1853, y al 2363 (a) del Proyecto Inédito. En ninguno de los Proyectos se indicaba una fuente para él, sin perjuicio de lo cual en el Proyecto de 1853 se citaba a Pothier como la fuente expresa de 9 artículos del párrafo relativo al "depósito propiamente dicho" y en el Proyecto Inédito se añadían cuatro remisiones a Troplong, a las que había que sumar dos referencias a Delvincourt y otras tantas a las *Siete Partidas* y al Proyecto de García-Goyena en el Proyecto de 1853, y una al *Code Civil* en el Proyecto Inédito.

Una vez examinadas las fuentes que han podido influir sobre el contenido y redacción del inciso 3º del artículo 2218 del *Código Civil* chileno se llega a la indudable conclusión en cuanto a que ellas han sido el artículo 1926 del *Code Civil* y las opiniones de Roberto José Pothier (1699-1772) en *Traité du contrat de dépôt* y Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) en su *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code Civil*.

El artículo 1926 del *Code Civil* contenía una disposición semejante: "Si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l'est pas, la personne qui a fait le dépôt n'a que l'action en revendication de la chose déposée, tant qu'elle existe dans les mains du depositaire; ou une action en restitution, jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier". La terminología de esta

⁵⁵ Las únicas variaciones son la sustitución del período "mientras exista en poder del depositario" por "mientras esté en poder del depositario" y de la expresión en singular "sin perjuicio de la pena" por la forma plural, "sin perjuicio de las penas".

disposición estaba claramente influida por el derecho natural racionalista, pues ella aparecía concebida en unos términos característicos del derecho de propiedad (*revendication, restitution*), y ello probablemente era lo que la hacía parecer ante los ojos de Bello como poco técnica, de modo que en el artículo 2118 sustituyó la expresión "revindicación" por "reclamar", y para evitar toda confusión sobre la naturaleza de la acción dirigida a reclamar el enriquecimiento aclaraba que ella era de carácter personal.

La fuente de este artículo del *Code Civil* era Pothier, como claramente se advierte de la sola lectura del siguiente pasaje: "Si j'ai donné une somme de deniers ou quelque autre chose à garder à une femme sous puissance de mari, non autorisée pour la recevoir, il n'y a pas de contrat de dépôt dans le for extérieur, dans lequel cette femme est réputée incapable de contracter. Mais si la chose est entre ses mains, je puis l'entretenir, et la revendiquer contre son mari: pourquoi elle n'y soit plus, si elle en a profité, j'ai action pour la restitution, jusques à concurrence de ce dont elle a profité."⁵⁶

Troplong, por su parte, mantenía la misma opinión y después de explicarla para el caso concreto de la mujer casada, advertía que: "Cette obligation de rendre la chose quand elle existe, ou d'indemniser le déposant *in quantum locupletior factus est depositarius*, s'applique à tous les incapables quelconques."⁵⁷

Detrás de la regla contenida en el inciso 3º del artículo 2218 del *Código Civil* chileno se encontraba, pues, la misma doctrina que el *Code Civil* había tomado de Pothier, pues éste expresamente había defendido que si se entregaba en depósito una cosa a una mujer, bajo potestad marital, sin la autorización de su marido, no había contrato de depósito en el fuero externo, pues en el la mujer era reputada como incapaz de contratar, pero si la cosa aún se mantenía en su poder ella podía ser "revindicada", y si ya no estaba en sus manos y ella se hubiera aprovechado de la cosa, procedía una acción para la restitución hasta la concurrencia de aquello en lo que se había enriquecido.⁵⁸

La citada acción, aclaraba Pothier, no era la acción propia del depósito, supuesto que el contrato era nulo, sino que se trataba de una acción que simplemente nacía de la regla de equidad que no permitía que nadie se enriqueciera a expensas de otro.⁵⁹ Esta misma opinión era la que defendía Troplong.⁶⁰

Así, pues, para Pothier nacía en contra del depositario incapaz una acción de enriquecimiento, fundada en la regla romana, para exigirle aquello en lo que hubiera resultado enriquecido cuando la cosa no se hallaba en su poder. Pero no se trataba, como era de suponer, de una doctrina novedosa del jurista francés, sino que nuevamente ella se limitaba a recoger la larga tradición iniciada en el derecho romano, continuada en la escolástica española y asumida por los racionalistas, de quienes directamente la había tomado Pothier.

En todo el título que el libro XVI del *Digesto* de Justiniano dedicaba al depósito (*depositi vel contri*) solamente había un pasaje, tomado del libro XXX de los *Comentarios* de Ulpiano, al *Edicto*, en el cual se utilizaba la expresión haberse hecho más rico. Dicho pasaje precisamente se refería a la acción (*in*

⁵⁶ POTHIER, Roberto José, *Traité du Contrat de Dépôt*, en sus *Oeuvres*, V, París, 1861, cap. I, § 2, n.º 6, p. 124.

⁵⁷ TROPLONG, Raymond-Théodore, *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis l'Édit de la vente. Du dépôt et du séquestre, et des contrats afférents*, XV, París, 1865, m. 57, p. 42.

⁵⁸ *Ibid.* texto en n.º 57.

⁵⁹ POTHIER, Roberto José, (n.º 58), cap. I, § 2, n.º 6, p. 124: "Cette action n'est pas l'action de dépôt, le contrat étant nul; mais c'est une action qui naît de la règle d'équité qui ne permet pas que personne s'enrichisse aux dépens d'un autre".

⁶⁰ TROPLONG, Raymond-Théodore, (n.º 57), m. 56, p. 42: "Cette action, on le voit de reste, ne découle point du dépôt, mais du principe d'équité d'après lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui".

quantum locupletior factus est) que se daba en contra del pupilo en quien se había depositado sin la autoridad de su tutor. D. 16.3.1.15: "An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio datur, quaeritur, sed probari oportet, si apud doli mali iam capacem depositum est, posse, si dolum commissit: nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum et si dolum non intervenit".

Los ius racionalistas, como se ha apuntado en relación con quien invadía una herencia, desde el mismo Hugo Grocio, sostenían que la obligación de restituir, en cuanto emanada del dominio respecto de su titular, era posible en relación con los bienes que estaban en poder del poseedor (*res extantes*) y también de los que no lo estaban (*res non extantes*). En cuanto a estas últimas la obligación del poseedor se concretaba en cuanto se hubiera enriquecido, principio este, fundado en la regla romana que vedaba el enriquecimiento a expensas de otro y que Grocio aplicaba expresamente al caso en el cual se entregaba una cosa en comodato a un pupilo⁶² y que Johannes Heineccius, comentando dicha opinión de Grocio, generalizaba respecto del pupilo.⁶³

El tratamiento de la acción de enriquecimiento en el supuesto del depositario incapaz hecha por los escolásticos expandidos y por los racionalistas dentro del ámbito propio del dominio expresa por qué Pothier y a su vez el *Código Civil* en su artículo 1926 se refieren a la "reivindicación" de la cosa depositada y a la "restitución" del provecho obtenido, como si este último fuera propiedad del titular de la acción.

Nuestro codificador, entonces, en el inciso 3º del artículo 2118, recogía otro supuesto de la acción de enriquecimiento, asumiendo en él la tradición del derecho natural escolástico y racionalista, sólo que alejándola de su núcleo dogmático: propietario y situándola expresamente en el campo de las acciones personales, con lo cual se retornaba más cercanamente la tradición directa del derecho romano.

De este modo, si se plantea la pregunta de nuestra civilística: ¿Cuál es la "fuente" de la obligación limitada por el enriquecimiento que pesa sobre el depositario incapaz en el depósito regular cuando la cosa depositada no está en sus manos? la respuesta nuevamente es la misma que se ha dado para el caso del ocupante de buena fe de una herencia: sin duda alguna ha habido "un hecho voluntario de la persona" obligada, consistente en haber aceptado la cosa para custodia del cual se ha derivado el hecho voluntario de su enriquecimiento a expensas de quien se la había entregado, es decir, se trata del supuesto expresamente previsto en el artículo 1437 del *Código Civil* como uno de aquellos que hace "nacer" obligaciones.

Singularmente interesante resulta también observar que en el supuesto del inciso 3º del artículo 2218 no había propiamente contrato de depósito debido a la incapacidad del depositario (art. 2218 inc. 1º), de manera que no se generaban obligaciones contractuales; ni tampoco se estaba frente a la particular situación del depósito necesario del "que se hace cargo un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón" (art. 2238), de modo que no se había constituido "un cuasicontrato que obligará al depositario sin la autorización de su representante legal" (art. 2238). Pero, indudablemente el depósito regular en manos de un incapaz se presentaba como un supuesto fáctico muy semejante al del depósito necesario, que el citado artículo 2238 calificaba expresamente como un cuasicontrato y por ende debía dentro de los casos en los cuales "las obligaciones

⁶² GROCIO, Hugo, (c. 48), lib. II, cap. X, n.º 11, p. 215: "Pupilli non censentur commodari secundum leges Romanas, tamen utilis actio dabitur si pupillus locupletior factus sit". Cf. D. 13.0.3 pr. "Sed mali videtur si locupletior pupillus factus sit, dantem utiliter commodati actionem secundum divi praeceptum", que Grocio citaba expresamente.
⁶³ HEINECCIUS, Johannes, *Opera*, IX, Geneva, sumptibus Faram de Tournes, 1771, *Prælectiones academicae in Hegonis Contractum de iure belli et pacis*, Lib. II, cap. X, § 2, ar. 4, fol. 268: "U, si cum pupillo contractum, agere adversus illum possim, si sit locupletior factus, quam antea contractus huius modi ex parte pupilli nullum producat obligationem".

nacen... de un hecho voluntario de la persona que se obliga... y en todos los cuasicontratos" (art. 1437).

La situación del depositario regular incapaz frente a su responsabilidad por la cosa recibida cuando está no se halla en sus manos (art. 2238) no constituye un cuasicontrato, pero es una figura "emparentada" con ellos, y de la que nace la acción de enriquecimiento. Así, pues podríamos completar un cuadro:

- a) Agencia oficioza = cuasicontrato (art. 2285): gestión contra la prohibición formal del interesado = acción de enriquecimiento (art. 2291); y gestión de un negocio ajeno en la creencia de ser propio = acción de enriquecimiento (art. 2292).
- b) Aceptación de una herencia = "cuasicontrato" (art. 1437): ocupación de buena fe de una herencia = acción de enriquecimiento (art. 1267).
- c) Depósito miserable en manos de incapaz = "cuasicontrato" (art. 2238): depósito regular en manos de un incapaz = acción de enriquecimiento (art. 2118 inc. 3º).

2.4.3. DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO Y LA NULIDAD DECLARADA DEL CONTRATO CELEBRADO CON UN INCAPAZ (ARTS. 1683)

El *Código Civil* chileno en su artículo 1688 establece la especial disciplina de los efectos de la nulidad judicialmente declarada de un contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos exigidos por la ley. Prescribe expresamente que el incapaz no resulta obligado a la restitución de lo que la otra parte hubiera gastado en virtud del contrato, ni tampoco queda obligado a reembolsar lo que su contraparte hubiera pagado en virtud del mismo contrato, pero sí se determina que el incapaz adviene obligado a restituir aquello en lo que se hubiera enriquecido con los gastos hechos por su contraparte y a reembolsarle aquello en lo que se hubiera hecho más rico con su pago en virtud del contrato.

Artículo 1688: "Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rico con ello la persona incapaz.
Se entenderá haberse hecho más rico, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas".

El origen de este artículo se encontraba en el Proyecto "De los contratos y obligaciones convencionales" de 1842 a 1845 (art. 41 tit. XIX)⁶⁴, de donde pasó al artículo 196 del Proyecto de 1846 - 1847⁶⁵, y de allí al 1871 del Proyecto de 1853⁶⁶, y al 1871 del

⁶⁴ Aunque con variaciones, en relación con el texto final, pues en este Proyecto se individualizaba a las personas incapaces y se hablaba de contrato "viciado". "Si se declara nulo el contrato celebrado con el menor, o con el que se halla bajo interdicción, o con la mujer casada que contrate sin autorización del marido o de la justicia en subsidio, el que contrató con cualquiera de estos no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, durante la minoridad, la interdicción o el matrimonio, sino en cuanto probare haberse hecho más rico con ello la persona cuya incapacidad vició el contrato, i en tanto se entenderá haberse hecho más rico, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan i se quisiere retenerlas".

⁶⁵ Se modificaba en estos términos: "Si se declara nulo el contrato celebrado con el menor o con el tipo de familia, o con el que se halla bajo interdicción, o con la mujer casada, el que contrató con cualquiera de estos no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rico con ello la persona cuya incapacidad vició el contrato, i en tanto se entenderá haberse hecho más rico, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan i se quisiere retenerlas".

⁶⁶ Modificado en los siguientes términos: "Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin las formalidades y requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rico con ello la persona incapaz; i en tanto se entenderá haberse hecho más rico, en cuanto

Proyecto Inédito en los mismos términos en que aparece hoy día. En ninguno de los Proyectos se indicaba una fuente para esta disposición, pero ella parece simplemente recoger la influencia del *Code Civil* y la doctrina de Pothier, pues en el Proyecto de 1853 se indicaba como fuente para el actual artículo 1578 su *Traité de obligations* (nr. 504) y dicho artículo contenía la expresa remisión al actual artículo 1688. Como en los casos anteriores, a través de la obra de Pothier se proyectaba nuevamente en nuestro *Código Civil* el derecho romano y la tradición del derecho natural escolástico y racionalista.

El *Code Civil* en su artículo 1312 prescribía: "Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont débiteurs, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit". Se advierte claramente que la influencia del texto napoleónico se fue debilitando en la redacción del actual artículo 1688 del *Código Civil*, cillento desde su primer proyecto hasta el definitivo, sin que se olvide la naturaleza diversa del privilegio o derecho de restitución de los menores conservado en el *Code Civil* y expresamente eliminado en el texto de Bello, quien también en esto daba un nuevo matiz a la doctrina de Pothier, quien apuntaba que para que el pago hecho o a la persona del acreedor o a quienes proceda en derecho, fuera válido era necesario que la persona fuera capaz de administrar sus bienes, y así si el acreedor era un menor, un interdicto o una mujer bajo potestad marital el pago hecho a alguno de ellos no sería válido y no liberaría al deudor⁶⁷, a menos que si el acreedor, o su tutor o curador actuando por él, se capa de la nulidad de dicho pago, demandaba para ser pagado por segunda vez, y que el deudor pudiera justificar que el acreedor se había aprovechado de la suma que le había sido pagada y que ese provecho aún subsista al tiempo de la demanda, lo que debía entenderse como si con ella hubiera pagado sus deudas o reparado sus edificios, en cuyo caso la demanda del acreedor debía ser desestimada como contraria a la buena fe que no permitía que nadie se aprovechara y enriqueciera a expensas de otro⁶⁸ y este mismo fundamento era el que Rogron indicaba para la citada disposición napoleónica al señalar que ello era así simplemente: "Parce que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui"⁶⁹.

En cuanto al inciso segundo que precisaba cuándo debía entenderse que el incapaz se había hecho más rico, la fuente no podía ser más que Pothier en su *Traité des obligations*, fuente expresamente citada por Bello en el Proyecto de 1853 para el artículo 1578, que remita directamente al artículo 1688. En efecto, allí Pothier trataba de esta materia sobre la base de distinguir entre la adquisición de cosas necesarias o no necesarias. En cuanto a las primeras de ellas decía: "Observez que si la somme a été employée à lui acheter une chose qui lui étoit nécessaire, quoique cette chose ait depuis péri par un cas fortuit avant la demande, il ne laisse pas d'être censé au temps de sa demande, profiter de cette chose, car dans la supposition que la chose lui étoit nécessaire, s'il n'eût pas employé à l'acheter la somme qui lui a été payée, il eût fallu qu'il y eût employé d'autres sommes, qu'il a par ce moyen conservées: *hoc ipso quo non est pauperior factus locupletior est*". 47 § 1. ff. *De solut.* (D. 46.3.47.1)⁷⁰ y en cuanto a las cosas no necesarias señalaba: "Si la somme a été employée à acheter des choses qui n'étoient pas nécessaires à ce créancier, il sera reçu dans sa demande, so elles ne

los casos pagados o las adquisiciones por medio de ellas se hubieran sido necesarias, o en cuanto las cosas pagadas o las adquisiciones por medio de ellas, que no se hubieran sido necesarias, subsistan se quisere referencias.

⁶⁷ POTHIER, Roberto José, *Traité des obligations*, II, *Contrats*, II, Paris, 1821, Parle III, chap. I, nr. 504, p. 9. "Pour que le paiement fait, ou à la personne du créancier, ou à celles qui sont ses débiteurs, soit valable, il faut que la personne soit capable d'administrer son bien. C'est pourquoi si le créancier doit, par exemple, un mineur, un interdit ou une femme sous puissance de mari, le paiement qui lui serait fait ne serait pas valable, et ne procurerait pas au débiteur la libération."
⁶⁸ Idem: "Même dans le cas contraire, on son tuteur ou curateur pour lui, sous le prétexte de la nullité de ce paiement, demandait à être payé une seconde fois, et que le débiteur pût justifier que ce créancier a profité de la somme qui lui a été payée, et que ce profit subsistait encore au temps de la demande, *prie*, si ses dettes en ont été acquittées, si ses biens en ont été restitués, le créancier devrait être débouté de sa demande, comme contraire à la bonne foi, qui ne permet pas que quelqu'un profite et s'enrichisse aux dépens d'autrui: *Mentem equam est cum aliis damno locupletari*."
⁶⁹ ROGRON, J. A. *Code Civil expliqué par ses motifs, par ses exemples et par la jurisprudence*, Paris, 1871, p. 1467.
⁷⁰ POTHIER, Roberto José, (n. 67), *Partie III*, chap. I, nr. 504, p. 9.

subsistent plus; et si elles subsistent, il purra encore y être reçu, en offrant de les abandonner au débiteur: d. L. 47, *princ.* (D. 46.3.47.1); l. 4, ff. *de excep.* (D. 44.1.47)."

Bien se ve cómo Pothier ha sistematizado dos pasajes del derecho romano para sentar las dos reglas respectivas a los casos en los cuales el incapaz se juzga haberse hecho más rico con el pago. El primero correspondía a un texto de Marciano, en el que seguía una opinión de Scaevola, con expresa indicación de la cuestión del enriquecimiento: "Plane, ut Scaevola aiebat, etiamsi perierit res ante litem contestatam, interdum quasi locupletior factus intelligitur, id est si necessarium sibi rem emit, quam necessario de suo erat empturus: nam hoc ipso, quo non est pauperior factus, locupletior est, sic et in filio familias putabat macedonianum cessare, si in necessarias causas filius mutuum pecuniam acceperat et eam perdidit" (D. 46.3.47.1), y el segundo era un texto de Paulo: "In pupillo qui soluta est debita pecunia sine tutoris auctoritate, si quaeratur, an doli exceptione summoveat debeat, illud tempus inspicitur, an pecuniam, vel ex ea aliquid habat, quo peti" (D. 44.1.4), texto en el que estrechamente vinculado con otro de Marciano, que antecede al pasaje suyo ya citado: "In pupillo, cui sine tutoris auctoritate solutum est, si quaeratur quo tempore sit locupletior, tempus, quo agitur inspicitur, et ut exceptio doli mali posita ei noceat, tempus, quo agitur, spectatur" (D. 46.3.47.1) ⁷¹

El artículo 1688, constituye una excepción a la regla general establecida en el artículo 1687 que señala que la nulidad pronunciada en sentencia con fuerza de cosa juzgada "da a las partes derecho para ser resituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo". La excepción precisamente consiste en dar una simple acción de enriquecimiento en contra del incapaz cuyo contrato ha sido declarado nulo para que resituya aquello en lo que se hubiera hecho más rico con lo gastado por su contraparte o para que reembolse su enriquecimiento derivado del pago efectuado en virtud del contrato.

En el derecho romano los casos más característicos de obligaciones en cuanto alguien se hubiera hecho más rico (*in quantum locupletior factus est*) se daban en relación con aquellas personas que se hallaban sujetas a tutela y también en relación con la mujer casada.

a) PUPILLOS: un *rescriptum* del emperador Antonino Pio concedió a quien había realizado un negocio con un pupilo *sine tutoris auctoritate* una acción en su contra en la medida del enriquecimiento que hubiera obtenido el pupilo (*in quantum locupletior factus est*) con dicho acto, como se recoge por Ulpiano, principio que aparece aplicado en una gran cantidad de casos concretos.⁷²

⁷¹ Idem, pp. 9 - 10.

⁷² La clara similitud de estos textos puede explicarse simplemente porque ambos recogen una opinión de Scaevola, o porque uno deriva de otro.

⁷³ D. 3.5.3.4: "Ulpianus. X. ad ed. Puppilius sine si regalia essent, post rescritum divi pii etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior agendo autem compensationem eius quod gessit pupilius". D. 13.6.3. pr. "Ulpianus. XXVIII ad ed. Sed ubi videtur, si locupletior pupillus factus sit, dandam actionem commodatam secundum divi pii rescritum". D. 13.6.3. l. 1. pr. "Ulpianus. I ad aed. Quinquaginta regalia sit iuris civilis, in item quatuor actionem tutorem, item non posse, tamen potest tutor proprii sui debitoris hereditatem advenit pupillo auctoritatem accommodare, quare per hoc debitor eius efficaciter prima contrahit auctoritas ea est, ut tunc fiat, per consequens contingit, ut debitor subiectus, sit tamen auctor ab eo stipulati non potest, et cum quidam auctoritatem accommodaret pupillo sine, ut servus stipulanti responderet, dicitur Pius Antoninus rescritum, sine pupillum non tenet, sed in quantum locupletior factus sit, dandam actionem, sed si auctor, fili, ut filio suo, quod tradidit, nulla est auctoritas, evidenter enim sine auctoritate rem advenit". D. 26.8.5. pr. "Ulpianus. XL ad aed. Puppilius obligat tutor eo auctore non potest plane, si plures sint tutores, quorum unus auctoritas sufficit, dicendum est altero auctore pupillum ei posse obligari, sine in quantum pecuniam ei dedit sine stipulante, an eo, sed et cum solus sit tutor mutuum pecuniam pupillo dederit, vel ab eo stipulante, non erit obligatus tutor, naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est, nam in pupillum non tantum tutor, verum etiam auctor in quantum locupletior factus est dandam diversis plus recipiast".
⁷⁴ D. 3.5.3.2: "Ulpianus. X. ad ed. Tutorum filio tertio legationis scribit, si pupilli sui negotia gesserit non tantum uno, sed ne tutelae iudicio tenentis, negotiorum gestorum le habebat obligatum, sed et pupillum, modo si locupletior factus factus". D. 4.3.13.1. "Ulpianus. XI ad aed. Item in causae cognitione versati Labo ait, ne in pupillum de dolo deitur actio, nisi forte nomine hereditario convenitur, ego arbitror et ex suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est, maxime si locupletior ex hoc factus est". D. 4.4.16. pr. "Ulpianus. XI ad

b) MUJER: en relación con la mujer casada había una especial aplicación del principio que vedaba el enriquecimiento a expensas de otro, a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges, pues técnicamente se hallaba prohibida la donación que enriquecía a uno de ellos y empobrecía al otro. Había así en el título respectivo del *Digesto* (D. 24.1) 24 pasajes que se referían al enriquecimiento en daño del otro. La donaciones que envolvían un empobrecimiento y un enriquecimiento de uno y otro cónyuge no valían, de manera que el donante afectado podía reivindicar la cosa donada si ella existía (*res extante*) o ejercitar la *condictio* cuando había sido consumida la cosa donada (*res non extante*). En este último caso la *condictio* tenía como límite el monto del enriquecimiento.⁷⁸

Al igual que en los supuestos anteriores, la obligación de los pupilos en cuanto se hubieran enriquecido con los negocios que hubieran realizado fue situada en el siglo XVI por los juristas de la escuela española del derecho natural dentro del tratamiento de la propiedad y de la obligación de restituir aquellas cosas que no estaban en manos del poseedor (*res non exstantibus*), tendencia que asumieron los racionalistas desde Grocio en adelante, siempre fundados en la regla que vedaba el enriquecimiento a expensas de otro.

Hugo Grocio, por ejemplo, expresamente sostenía que los pupilos no quedaban obligados por el comodato de acuerdo con las leyes romanas, pero no obstante ello se daba en su contra una acción útil si se había hecho más rico⁷⁹ y ya se ha anticipado que Iohannes Heineccius, comentando dicha opinión de Grocio, afirmaba que podía actuarse en contra del pupilo con quien se había contratado, sólo si se había hecho más rico.⁸⁰

Esa tradición del derecho natural escolástico y racionalista la había asumido Pottier, quien expresamente sostenía que la mujer, bajo potestad marital, que contrataba sin la autorización de su marido, no podía obligarse por contrato alguno, pero ella sí era capaz de aquellas obligaciones que se producían en virtud de la sola ley o la equidad. Una de estas

últimas era precisamente aquella fundada en la ley natural que vedaba enriquecerse a expensas de otro.⁸¹

Pottier, a propósito de la capacidad de la mujer casada para obligarse sin la autorización de su marido planteaba la siguiente cuestión: Se había prestado a una mujer casada una suma de dinero sin que ella hubiera sido autorizada a tomar prestado, y ella se había beneficiado con dicho préstamo, pues había empleado todo el dinero para pagar sus deudas, preguntándose, entonces, si podría exigírsele dicha suma. La respuesta era que ella no había podido, en verdad, contraer la obligación nacida del préstamo de devolver la suma de dinero recibida, pues, no habiendo podido válidamente haber celebrado dicho contrato sin estar autorizada, ella era incapaz de la obligación nacida de aquel contrato. Pero si bien, no era caza de la obligación contractual, sí lo era respecto de aquella que generaba la sola ley natural, independiente de cualquier contrato. Dicha ley no permitía que alguien pudiera enriquecerse a expensas de otro (D. 50.17.206) y ella, en consecuencia, obligaba a la mujer a devolver la suma recibida y que le había servido para liberarse de sus deudas, sin que se enriqueciera a expensas de quien le había prestado, pues esto no era permitido por la ley natural.⁸²

Andrés Bello, pues, en el artículo 1688 recibía otro supuesto de la acción de enriquecimiento, fundado en el derecho romano y en la tradición jurídica del derecho natural, de tal manera que generalizaba la concesión de una acción limitada al monto del enriquecimiento en contra del incapaz, cuyo contrato celebrado sin los requisitos exigidos por la ley había sido declarado nulo.

Nuevamente podía observarse que la obligación del incapaz de restituir o reembolsar aquello en lo que se hubiera hecho más rico con lo gastado o pagado por su demandante en virtud del contrato judicialmente declarado nulo, no tenía por fuente más que un hecho voluntario suyo (arts. 1437 y 2284), pues voluntariamente había celebrado el acto sin los requisitos legalmente exigidos y de él se había generado un enriquecimiento a expensas de su contraparte.

2.4.4. DE LA EXCEPCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO Y EL PAGO A UN ACREEDOR CARENTE DE LA ADMINISTRACIÓN DE SUS BIENES (ART. 1578, 1º)

El *Código Civil* en su artículo 1578 regula tres situaciones en las cuales es nulo el pago hecho al acreedor, es decir, consigna tres excepciones a la regla general contenida en el artículo 1576, en cuanto a que para que el pago sea válido debe hacerse al acreedor mismo. La primera de tales excepciones es la del pago hecho a un acreedor que no tiene la libre administración de sus bienes, en cuyo caso el pago es nulo, salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor y que tal provecho se prueba de acuerdo con el artículo 1688.

⁷⁸ POTHIER, Robert-Joseph, *Traité de la puissance du mari sur la personne et les biens de sa femme*, en *Oeuvres*, VII, París, 1822, nr. 50, p. 460: "...Telles sont les obligations que la loi seule qui l'équité seule produit: la femme mariée est, comme toute autre personne, capable de ces obligations, sans que le consentement de son mari soit nécessaire."

⁷⁹ Idem, nr. 51, p. 460: "...De là suit la décision de la question suivante: J'ai prêté à une femme mariée une somme de mille écus, sans qu'elle ait été autorisée à l'emprunter, mais elle en a prêté, dont j'aurai qu'elle l'a employée en entier à l'acquiescement de ses dettes. Pourrai-je exiger cette somme? La réponse est, qu'elle n'y a pu, à la vérité, contracter l'obligation de me rendre cette somme, qui nait du contrat de prêt; car, n'ayant pu valablement faire ce contrat, sans être autorisée, elle est incapable de l'obligation qui nait de ce contrat; mais si elle n'est pas capable de cette obligation, qui nait du contrat de prêt, elle est capable de celle qui forme en elle la loi naturelle seule, et indépendamment d'aucun contrat. Cette loi ne permet pas qu'on passe à enrichir aux dépens d'un autre; *neque enim aliquis ex aliis alienis detrimens locupletari* L. 206, ff. De reg. jur. (D. 50.17.206); et elle oblige, en conséquence, cette femme à me rendre la somme qui elle a reçue de moi, et qui lui a servi à acquiescer ses dettes; sans qu'on elle s'enrichisse à mes dépens, ce que la loi naturelle ne permet pas."

Artículo 1578: "El pago hecho al acreedor es nulo en los siguientes casos:

1º Si el acreedor no tiene la administración de sus bienes; salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, y en cuanto este provecho se justifique con arreglo al artículo 1688".

El origen de esta disposición se hallaba en el artículo 7 del parágrafo 2 del título XIII del Proyecto "De los contratos y obligaciones convencionales" de 1842 a 1845^{to}, de donde pasó al artículo 114 del Proyecto de 1846 - 1847^{to}, y de allí al 1759 del Proyecto de 1853^{to}, y al 1759 del Proyecto Inédito, donde ya se hacía la concordancia expresa con el actual artículo 1688 (aunque bajo el número 1871 que ocupaba en tal Proyecto)⁵³, cuyo texto pasó literalmente a la edición oficial, aunque bajo el número 1578 y con la remisión al régimen del actual artículo 1688.

En el Proyecto de 1853 se indicaba como fuente del citado número 1º del artículo 1578 a las *Siete Partidas* (5.14.4) y al *Traite des obligations* de Pothier (nr. 504). Ambas fuentes coincidían en la regla sentada por el artículo 1578, pues tenían el mismo origen en el derecho romano, sin embargo Bello seguía en la redacción a la obra del jurista francés, expresamente vinculada al principio que impedía enriquecerse a expensas de otro, con fuentes directas en el derecho romano.

La ley alfoncina (SP. 5.14.4) indicada como fuente había influido directamente sobre el texto de Bello, en cuanto ella expresamente privaba de valor al pago que se hacía al menor de veintidcho años, al loco, al desmemoriado y al doliplador, sin la autorización de su tutor o sin mandato del juez, a menos que lo pagado hubiera cedido en utilidad del menor o pupilo: "Apercibido debe ser todo ome que oviere de fazer la paga al menor de veynte e cinco años, para fazera de mancha la non eya de pagar otra vez. E para ser seguro desto deve pagar lo que deve, a el o a su guardador con otorgamiento o grandamiento del Juez del lugar. Ca si de otra guisa lo fiziesse, e después jussasse los dineros quel fuesen pagados, o los malmetiesse, o los perdiessse en alguna manera, non sería quitto porende del debito. Ante dezimos, que lo avya a pagar otra vez. Mas faziendo, la paga con otorgamiento del Juegador, assi como sobre dicho es, como quier que fiziesse después su daño, de los dineros el menor de xxv años, non sería tenudo el otro de gelos pagar. Ante dezimos, que sería quitto en todas guisas del debito. E esso mismo dezimos que deve ser guardado, en la paga que oviesse a fazer al loco, o al desmemoriado, o al degastador de sus bienes a quien fuesse dado guardador".

Pothier en su *Traité des obligations* apuntaba que para que el pago hecho o a la persona del acreedor o a quienes proceda en derecho, fuera válido era necesario que la persona fuera capaz de administrar sus bienes, y así si el acreedor era un menor, un interdicto o una mujer bajo potestad marital el pago hecho a alguno de ellos no sería válido y no liberaría al deudor⁵⁴, a menos que si tal acreedor, o su tutor o curador actuando por él, se capa de la nulidad de dicho pago, demandaba para

⁵³ Aunque con variaciones, en relación con el texto final, pues en este Proyecto el texto aparece incompleto, pues se previene su concordancia con otro, aún no redactado: "El pago hecho al acreedor mismo es nulo en dos casos: 1º Si el acreedor no es hábil para contratar, salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, entendiéndose este provecho con arreglo al artículo...".

⁵⁴ Se modificó en estos términos: "El pago hecho al acreedor mismo es nulo en dos casos: 1º Si el acreedor no es hábil para contratar, salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, entendiéndose este provecho como en el caso de la rescisión o nulidad de un contrato...".

⁵⁵ Modificado en los siguientes términos: "El pago hecho al acreedor es nulo en los casos siguientes: 1º Si el acreedor no tiene la administración de sus bienes, salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor...". Su texto: "El pago hecho al acreedor es nulo en los casos siguientes: 1º Si el acreedor no tiene la administración de sus bienes, salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, y en cuanto este provecho se justifique con arreglo al artículo 1871".

⁵⁶ Pothier, Roberto José, (n. 67), *Partie III, chap. I, nr. 504, p. 9*: "Pour que le paiement fait, ou à la personne du créancier, ou à celui qui sont à ses droits, soit valable, il faut que la personne soit capable d'administrer son bien. C'est pourquoi si le créancier dolt, par exemple, un mineur, un interdict, ou une femme sans puissance de mari, le paiement qui lui seroit fait ne seroit pas valable, et ne procureroit pas au débiteur la libération".

ser pagado por segunda vez, y que el deudor pudiera justificar que el acreedor se había aprovechado de la suma que le había sido pagada y que ese provecho aún subsistía al tiempo de la demanda, lo que debía entenderse como si con ella hubiera pagado sus deudas o reparado sus edificios, en cuyo caso la demanda del acreedor debía ser desestimada como contraria a la buena fe que no permitía que nadie se aprovechara y enriqueciera a expensas de otro⁵⁵.

La opinión de Pothier recogida en la disciplina fijada en el artículo 1578 número 1º, respecto de la validez del pago realizado a un incapaz cuando con lo pagado se había hecho más rico, coincidía plenamente con el derecho romano clásico, pues no era más que una generalización de las soluciones dadas por los juristas clásicos al caso concreto del pago hecho a un pupilo *sine tutoris auctoritate*, pues, si bien la regla general era que dicho pago no liberaba al deudor, cuando lo pagado había enriquecido al pupilo se concedía al deudor una *exceptio doli* para repeler la demanda que pretendiera cobrarse por segunda vez.

Gayo en sus *Institutiones* (2.84) señalaba que si el deudor pagaba dinero al pupilo, ciertamente hacía el dinero del pupilo, pero no se liberaba, porque ninguna obligación podía disolver el pupilo sin la autorización de su tutor, pero si en virtud del dinero pagado se había hecho más rico (*locupletior factus sit*) y después demandaba nuevamente el pago, podía oponerse la excepción de dolo malo⁵⁶. En el mismo sentido Paulo, en sus *Commentaria ad Edictum* (D. 44.1.4), escribía que, tratándose de un pupilo a quien se había pagado el dinero debido *sine tutoris auctoritate*, debía examinarse si al tiempo en que demandaba nuevamente el pago tenía el dinero o parte de él, para los efectos de dar a su deudor la excepción de dolo malo⁵⁷. Y, casi con las mismas palabras, Marciano escribía que, tratándose de pupilo a quien se había pagado sin la autoridad del tutor, debía investigarse en qué tiempo se había hecho más rico (*quo tempore sit locupletior*), atendiéndose al tiempo en el que se ejercía la acción, de modo que para que le perjudicara la oposición de la excepción de dolo malo debía atenderse al tiempo en el que se ejercitaba la acción⁵⁸. Y por ello el mismo Marciano, fundado en la opinión de Scaevola, agregaba que aunque la cosa hubiera perecido antes de la *litis contestatio* a veces se estimaba como que se había hecho más rico, esto es, si había comprado para sí, una cosa necesaria, que por necesidad había de comprar con lo suyo, porque por lo mismo que no se había hecho más pobre, era más rico⁵⁹.

Justiniano dio una construcción especial relativa al pago hecho a los pupilos, en la cual prescribió que el deudor de un pupilo solamente realizaba un pago válido al tutor o al curador si primero había habido una sentencia judicial, que se obtenía sin gastos, autorizando el pago. Y, si así se hacía no había manera de impugnar dicho pago, pero si no se había cumplido con tales requisitos y el pupilo demandaba de nuevo la misma cantidad que ya había cobrado, únicamente podía ser rechazada mediante la excepción de dolo malo en el caso de que hubiera el dinero en su poder o con él se hubiera enriquecido (*locupletior*), pues si lo había derrochado o si se lo habían hurtado, no había,

⁵⁵ Idem: "Méanmoins si ce créancier, ou son tuteur, ou curateur pour lui, jous le prétexte de la nullité de ce paiement, demandoit à titre payé une seconde fois, et que le débiteur pût justifier, que ce créancier a profité de la somme qui lui a été payée, et que ce profit subsistât encore au temps de la demande, Paul, si ces lettres en ont été acquittées, si ces lettres en ont été répées, le créancier devoit être déboute de sa demande, comme contraire à la bonne foi, qui ne permet pas que quelqu'un profite et s'enrichisse aux dépens d'autrui: *Mementem acquiem est cum auctoritate damno locupletior*".

⁵⁶ Gal. 2.34: "Inaque si debitor pecuniam pupilli soluit, sed quis pecuniam pupilli, sed ipse non habens, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, qui nullius rei alienatio et sine tutoris auctoritate, potestas est: sed tamen si ex ea pecunia locupletior factus sit et ad hunc usum, per exceptionem doli mali summopere potest".

⁵⁷ D. 44.1.4: "Paulus, libro XX ad Edictum. In pupillo qui soluit, est debita pecunia sine tutoris auctoritate, si quaeratur, an doli exceptio summopere debeat, aliud tempus inspicitur, an pecunia, vel ea, cuiusmodi habens, quid dicitur".

⁵⁸ D. 46.3.47 pr.: "Marcianus, libro IV Regularum. In pupillo, cui sine tutoris auctoritate solutum est, si quaeratur quo tempore sit locupletior, tempus quo agitur inspicitur, aliud exceptio doli mali posita est hoc modo, tempus quo agitur, spectatur".

⁵⁹ D. 46.3.47 i.: "Marcianus, libro IV Regularum. Plene, in Scaevola auctoritate, etiam si perierit res ante litem contestatam, interdum quasi locupletior factus intelligitur, id est si necessarium sibi rei enim, quem necessario de suo rei impluvium, nam hoc ipso, quo non est pauperior factus, locupletior sit, sic et in filio familias potuit macedoniam cessare, si in necessariis causis filius mutuum pecuniam accepit et eam perdidit".

lugar a la excepción y el deudor sería condenado por haber pagado con ligereza a un pupilo no autorizado por su tutor y sin sujetarse a las disposiciones de la constitución imperial⁹⁰.

Así, pues, Andrés Bello recibía a través de Pothier, en el artículo 1578 número 1º la antigua *exceptio doli mali* como categoría técnica dirigida, en este caso, a impedir el enriquecimiento a expensas de otro, cuando se había pagado una deuda a un incapaz y con dicho pago éste se había hecho más rico, en plena concordancia con el régimen jurídico general establecido en el artículo 1688, respecto del cual no era más que su otra cara.

2.4.5. DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO Y EL QUE DE BUENA FE RECIBE UNA COSA NO DEBIDA (ART. 2301)

El *Código Civil* en su artículo 2301 regulaba la especial situación de aquel que de buena fe recibía una especie no debida en cuanto a su responsabilidad por los deterioros o pérdidas que hubiera experimentado la cosa, estableciéndose que únicamente quedaba obligado en la medida en que se hubiera enriquecido como consecuencia de dichos deterioros o pérdidas.

Artículo 2301. "El que ha recibido de buena fe no responde de los deterioros o pérdidas de la especie que se le dio en el falso concepto de debersele, aunque hayan sobrevenido por negligencia suya, salvo en cuanto le hayan hecho más rico. Pero desde que sabe que la cosa fue pagada indebidamente, contrae todas las obligaciones del poseedor de mala fe."

El origen de esta disposición se encontraba en el artículo 665 del Proyecto de 1845 —1847, cuyo inciso primero rezaba: "El que ha recibido de buena, no es obligado a la restitución, sino en cuanto la cosa pagada por error le haya hecho más rico" y su inciso cuarto: "Pero, desde que sabe que la cosa fue pagada indebidamente, contrae todas las obligaciones del que recibe de mala fe". De allí pasó al artículo 2456 del Proyecto de 1853, bajo la siguiente redacción para su inciso primero: "El que ha recibido de buena fe no responde de los deterioros o pérdidas de la especie que se le pago por error, aunque hayan sobrevenido por su culpa, sino en cuanto le hayan hecho más rico", y para el segundo: "Pero, desde que sabe que la cosa fue pagada indebidamente, es responsable de todas las pérdidas y deterioros, aun por caso fortuito, contrae todas las obligaciones del poseedor de mala fe". Finalmente, en el artículo 2456 del Proyecto Inédito se le dio la redacción vigente, a excepción de haberse substituido en la edición oficial la expresión "por su culpa" por la de "por negligencia suya" y el período "sino en cuanto" por la de "salvo en cuanto".

En el Proyecto de 1853 se señalaba como fuente de este artículo el *Traité du quasi-contrat appelle promission, et de la conditio indebiti* de Pothier, en su número 170 para el inciso primero, y en su número 171 para el inciso segundo y al igual que en los supuestos

⁹⁰ Inst. 2.8.2. "Ideoque si debitor pupillo solvere necessarius est tutoris auctoritas: aliquem non liberabitur, sed etiam hoc evidentiissima ratioe statum est in constitutione, quam ad Caelestius advocatus ex suggestione Tibulliani, viri eminentissimi, quaestoris sacri palatii nostri, promulgavit, cuius dispositum est: In licet tutor vel curator debitorum pupillorum solvere, in prius sententia iudicialis sine omni damno, habenda hoc permittit, quo subsecuto, si ei iudex promittaverit et debitor solvere, sequatur iudicium solvendi plenissima securitas: sin autem aliter quam dispositum solvere iudex ei pecuniam solvam iudex pupillis nec ex locupletior sit et adhuc eandem summam pecuniae petat, per exceptionem doli mali summoveat poterit quodsi nil male consumpserit aut luto amiserit, nihil poterit debitor doli mali exceptio, sed nihil minus damnavit, quia tenet sine tutoris auctoritate et non secundum nostram dispositionem solvere, sed ex diverso pupilli vel pupille solvere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id quod solvant non fit accipiens, cum sollicit nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est".

anteriores, Pothier recibía en este punto la fuerte influencia de la tradición del derecho natural escolástico directamente a través de los racionalistas.

En el número 170 de su *Traité*, aclaraba Pothier que el caso que resolvía en el se refería al supuesto en que lo pagado por error era una especie cierta y no una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles y advertía que en este caso el objeto de la *conditio indebiti* era la misma cosa que había sido pagada. Por ello quien la había pagado por error debía contentarse con que ella le fuera restituida en el estado en que se hallare al momento de haber intentado la repetición⁹¹.

Distinta era la solución adoptada por el *Code Civil* en su artículo 1379: "Si la chose indument requie est un immeuble ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue s'oblige à la restituer en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle est perdue ou détériorée par sa faute; il est même garant de sa perte par cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaises foi".

Supuesto lo anterior, Pothier aplicaba a quien de buena fe había recibido la cosa cierta no debida, en cuanto a su pérdida o deterioro, el mismo régimen jurídico establecido para el poseedor de buena fe que debía restituir la cosa de otro, es decir, que sólo se obligaba en la medida de su enriquecimiento, con lo cual no hacía más que recibir expresamente la tradición del derecho natural racionalista de la obligación de restituir las "cosas ajenas". Por ello, su lenguaje parecía alejarse de la tradición romana de la *conditio indebiti* y acercarse a un régimen propietario característico de una acción *in rem*, cuyos rastros también se apreciaban en el artículo 2301 de nuestro *Código Civil*.

Pothier explicaba que cuando la misma cosa se encontraba depreciada o deteriorada por el poco cuidado que había tenido aquel a quien se la había pagado por error, quien había efectuado el pago no podía quejarse ni demandar ninguna indemnización, pues de la misma manera que un poseedor de buena fe de la cosa de otro no estaba obligado respecto del propietario por su falta de cuidado en conservar la cosa que él creía que le pertenecía, aquel a quien por error se le había pagado una cosa que él creía le era debida, había estado justificado para ser negligente respecto de ella, en tanto que ignoraba que estaba sujeto a su restitución, aunque pudiera hacerse responsable de los deterioros que hubieran resultado de su falta de cuidado⁹².

El inciso 2º por su parte, estaba tomado del siguiente pasaje de Pothier: "Cela a lieu, tant que celui à qui la chose a été payée par erreur, a cru de bonne foi qu'elle lui était due. Mais lorsqu'il a connaissance qu'elle ne lui est pas due, et qu'il est par conséquent informé de l'obligation en laquelle il est de la rendre à celui qui l'a payée par erreur, soit qu'il ait eu cette connaissance dès le temps du paiement, soit qu'elle lui soit survenue depuis, la bonne foi l'oblige, depuis qu'il a eu cette connaissance, à apporter un soin convenable à la conservation de cette chose, afin de pouvoir remplir

⁹¹ POTHIER, Roberto José, *Traité du quasi-contrat appelle promission, et de la conditio indebiti* en *Oeuvres*, t. 1, Paris, 1861, pp. 170, p. 144. "L'autre cas de la répétition est celui qui est celui d'un pupille nous proposons de lui rendre la chose d'autrui, n'est pas une certaine chose qui n'est pas du nombre de choses fungibles qui se consomment par l'usage. C'est en ce cas là que même qui a été payé, qui est l'objet de l'action *conditio indebiti*. Celui qui a payé par erreur une telle chose, témoin en ce cas Caelestius de la chose même, *in indebitum*, qu'il a payée, il doit se contenter, qu'on la lui rende telle et en l'état qu'elle se trouve au temps auquel il en exerce la répétition".

⁹² Ibidem: "Quand même la chose se trouverait dégradée ou détériorée par le peu de soin qu'en aurait eu celui à qui on a payé, ne pourrait pas s'en plaindre, ni en demander aucun dédommagement, car de même qu'un possesseur de bonne foi de la chose d'autrui, n'est pas tenu envers le propriétaire de son défaut de soin à conserver une chose qu'il croyait lui appartenir, *quia qui quidam rem suam negligit, nulli querit auctores* art. 1. 31, § 3, ff. de petit. heredit. (D. 3.3.31) de même celui à qui on a par erreur payé une chose qu'on croyait lui être due, a été en droit de négliger cette chose qui lui appartenait, et qu'il ignorait être sujette à restitution, sans qu'on puisse le rendre responsable des détériorations qui ont résulté de son défaut de soin".

son obligation de la rendre à celui qui l'a payée; et il est tenu des détériorations qui surviennent à la chose, faute par lui d'avoir apporté ce soin⁹⁹.

Ya se anotado a propósito de los casos del ocupante de buena fe de una herencia en contra de quien se daba la acción de enriquecimiento, la influencia que sobre Pothier ejerció la doctrina del derecho natural respecto de la obligación del poseedor de buena fe en cuanto a lo que se hubiera hecho más rico.

Para el derecho romano resultaba especialmente interesante apuntar que en todo el título relativo a la *condictio indebiti* (D. 12.6) solamente había tres pasajes en los cuales se utilizaba la expresión *in quantum locupletior factus est*. Uno de ellos (D. 12.6.3) precisamente prescribía que, en virtud de un rescripto del emperador Tito, el poseedor de buena fe se obligaba en cuanto se había hecho más rico¹⁰⁰, cuya sede originaria no parece haber sido de la *condictio indebiti*, y lo mismo teniendo a cret respecto de los otros dos pasajes D. 12.6.13.1: "Item quod pupillus sine tutoris auctoritate minum accepit et locupletior factus est, si pubei factus solvatur, non repellit", pues, precisamente niega la procedencia de la *condictio indebiti* en el caso que presenta, y a él seguía la famosa regla tomada de Pomponio: D. 12.6.14: "Nam hoc natura acquum est neminem cum alienius detrimento fieri locupletorem", cuya sede original tampoco era la *condictio indebiti*.

Así, pues, recibía nuestro *Código Civil* en el artículo 2301 otro supuesto de la acción de enriquecimiento directamente de Pothier, a diferencia del *Code Civil*, fundado en el derecho romano y en la tradición jurídica del derecho natural, de tal manera que concedía una acción limitada al monto del enriquecimiento en contra de quien había recibido de buena fe una cosa pagada por error, cuando este había resultado enriquecido con su pérdida o deterioro.

Del mismo modo que en los supuestos anteriores, la obligación de restituir aquello en lo que había resultado enriquecido con la pérdida o deterioro de la cosa pagada por error, no tenía por fuente sino un hecho voluntario (arts. 1437 y 2284) del que se derivaba el enriquecimiento a expensas de otro.

3. DE LOS CARACTERES DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO EN EL *CÓDIGO CIVIL* Y SU RELACIÓN CON EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL DERECHO EXTRANJERO

Comprobado como queda en el apartado anterior que, técnicamente, en el *Código Civil* chileno se encuentra regulada una acción de enriquecimiento (*in quantum locupletior factum est*), que asume una misma tradición jurídica en cada uno de los distintos casos en los cuales ella es concedida, se ha de examinar en este apartado cuáles son sus caracteres peculiares, y qué relación existe entre ellos y los de acciones semejantes reconocidas en derechos extranjeros.

El citado análisis, permitirá, además formarse un juicio apropiado, en relación con las necesidades que, en nuestro sistema jurídico actual, cubre dicha acción y, eventualmente cuáles no estarían cubiertos y exigirían una posible regulación en el *Código Civil*.

⁹⁹ Item, ac. 171, p. 115.

¹⁰⁰ D. 12.6.3: "Pupillus, quod est ei solus legatis nova ei inopia causa inceditatem hostili, veluti nato postumo, quem heres in iure fuisse ignorat, vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obisse falso praesumpsit: non utiles actiones postumo vel filio, qui hereditatem evictam, dari oportet in eos, qui legatum percipient, imperior filius antoninus rescriptis, sollicit quod bonae fidei possessor in quantum locupletior factus est tunc nec periculum inusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinet".

No es posible, sin embargo, olvidar en este examen que la tradición jurídica que asume nuestro *Código Civil* a propósito de la acción de enriquecimiento, es de raíz romana vinculada al desarrollo de la doctrina de la restitución originada en sede de propiedad por los juristas de la escolástica del derecho natural y por los autores racionalistas, cuyo mediador con el texto de Bello fue Pothier, de tal manera que ella aparece casi totalmente desvinculada de la línea doctrinaria ligada al desenvolvimiento del régimen jurídico de las antiguas *condictiones* del derecho romano, el que, por lo demás, no constituía la sede romana del principio que vedaba en enriquecimiento de una persona en daño y perjuicio de otra.

3.1. LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO ES DE CARÁCTER PERSONAL

No obstante la tradición jurídica recogida en nuestro *Código Civil*, la acción de enriquecimiento a expensas de otro está concebida como una acción *in personam*. Así lo declara expresamente el artículo 2218, y en ello coincide plenamente con las regulaciones de este fenómeno en los derechos extranjeros, pues como apunta Frattarolo, para el caso italiano, indiscutiblemente la acción de enriquecimiento tiene naturaleza personal, de modo que el efecto del empobrecido se configura como derecho de crédito, y tal carácter personal importa, obviamente, la relatividad del derecho, su falta de carácter absoluto, esto es, la imposibilidad de perseguir a los terceros para poner remedio al desequilibrio⁹⁵.

Naturalmente todos los derechos que han seguido el régimen de las *condictiones* estiman que esta acción es de naturaleza personal (Alemania, Suiza, Portugal, Holanda, Bélgica, Navarra, etc.), y lo mismo aparece en legislaciones más cercanas a la regulación patrimonial (Italia) o como sostienen la jurisprudencia y doctrina francesa y española.

3.2. DEL ENRIQUECIMIENTO Y EL EMPOBRECIMIENTO

La acción de enriquecimiento consagrada en el *Código Civil*, en todos sus supuestos, tiene como prestación concreta la obtención de aquello en lo cual una persona ha resultado enriquecida y, por lo tanto, se trata de una acción personal distinta de la de reembolso, pues esta última carece del límite del enriquecimiento.

La obligación, pues, que emana del enriquecimiento a expensas de otra persona no tiene como objeto concreto la obtención de la repetición de todo aquello que pudiera haber invertido, gastado o, en definitiva, salido del patrimonio de quien la intenta, sino que simplemente está limitada por el monto del enriquecimiento.

En el citado sentido, la acción de enriquecimiento de nuestro *Código Civil* es plenamente coincidente con la situación que esta figura ha alcanzado en los derechos extranjeros, sin perjuicio de que ellos sean fruto de tradiciones jurídicas diversas a la recogida por Andrés Bello.

El BGB, de 1900, al haber adoptado la sistematización del régimen de las *condictiones* no siempre consagra el límite del enriquecimiento como objeto de la restitución.

⁹⁵ FRATTAROLO, Vittorio, *L'azione di arricchimento nelle giurisprudenza*, Padova, Edizioni Cedam, 1974, p. 231.

El *Derecho de Obligaciones* Suizo (OR) del 30 de marzo de 1911, que entró en vigor el 1 de enero de 1912, dedicó un capítulo a las obligaciones derivadas del enriquecimiento ilegítimo y lo hizo sobre la base del modelo del BGr, es decir, asumió la tradición del desarrollo de las antiguas *condictiones* romanas, por lo cual no aparece necesariamente el límite del enriquecimiento. En efecto, su artículo 62 dice: "Celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution". Tal restricción asume los siguientes casos de las *condictiones* romanas: 1º "L'enrichissement sans cause valable" (*condictio sine causa*), 2º "L'enrichissement en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée" (*condictio causa data causa non secuta* o *condictio ob causam futuram*) y 3º "L'enrichissement résulte d'une cause: qui a cessé d'exister" (*condictio ob causam finitam*)⁹⁶. A ellos se suma el régimen especial de la repetición de lo indebido en el artículo 63 (*condictio indebiti*)⁹⁷. El límite del enriquecimiento, si se establece para el enriquecido de buena fe considerado al momento de la demanda OR 64:1-311 y, a su vez, la restitución dans la mesure ou celui qui a reçu indûment établit qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition", en cambio, el enriquecimiento de mala fe debe restituir su enriquecimiento inicial aunque el no subsistiera después.⁹⁸

El *Código Civil* de Portugal de 1967, respecto de la obligación de restituir fundada en el enriquecimiento sin causa distingue las siguientes situaciones: i) si la restitución en especie es posible, ella se extiende a todo cuanto se hubiera obtenido a costa del empobrecido y, ii) si la restitución en especie no fuere posible, ella comprende el valor correspondiente.⁹⁹ Pero en uno u otro caso la obligación de restituir no puede exceder la medida del enriquecimiento a la fecha de haberse dado el enriquecido cedido judicialmente para la restitución, o de tener conocimiento de la falta de causa de su enriquecimiento o de la falta del efecto que se pretendía obtener con la prestación, pues antes de después de verificada alguna de estas circunstancias se pasa a ser responsable también por el deterioro o deterioro culposo de la cosa, por los frutos que por su culpa dejaron de ser percibidos por los interesados a las cantidades a las que el empobrecido tuviera derecho.¹⁰⁰

* *Vide* ROSEL, Virginie, *Code civil, le compris le Code (revu) des obligations?*, Lussatte, Ppnl, 1913. SCHROZ, Georges - GILLERON, Pierre-Robert, *Code civil suisse et code des obligations annoté*, Lausanne, Ppoy, 1993. GUNT, Theo, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zürich, Verlag, 1995, pp. 204 - 215. BUCHER, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2, Zürich, Verlag, 1998.

¹⁹ ENGEL, Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973, nt. 154, pp. 399-400.

Art. 479, I. (Objeto da obrigação de restituir) 1. A obrigação de restituir, fundada no enriquecimento sem causa compreende tudo quanto se tenha obtido à custa do emporeado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.”

precisamente ou deteriorando alguns dos seus, por exemplo, que por sua culpa deixem de ser praticantes e pelos jogos legais das quantas a que o empobrecido se refugia, depois de se verem algumas das seguintes circunstâncias:

a) Ter sido o enriquecido citado judicialmente para o restituição;

d'une construction technique. Paris 1949, pp. 54 – 71. FLOCH, Jacques. Le genre de l'obligation en droit privé français. Essai d'analyse juridique. (Par Jean-Luc Aubert). Paris 1980, pp. 57-58, pp. 61 – 62. GOLAND, Henri – BOYER, Laurent. *Obligations : 2. Contrat*. Paris 1993, pp. 1909-1910, pp. 812-813. MALAURE, Philippe – AVINES, Laurent. *Cours de Droit Civil*, VI, Paris, 1995, n^o 951, pp. 546 – 547.

MALINAUO, Philippe. *Droit des obligations*. Paris 2001, n^o 502, p. 333.

Vide HERNÁNDEZ Oja, Antonio. *Derecho de las Obligaciones. Obras Completas*, 3, Madrid, 1988, pp. 187-190. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*, II, Barcelona, 1997, pp. 476 - 477. LACRUZ BEROEJO, José Luis - SANCHO REBULLIDA, Francisco - LUNA

La regulación de la acción de enriquecimiento en el *Código Civil* chileno, admite claramente concebir a la noción de enriquecimiento no sólo como límite cuantitativo de la obligación que recae sobre quien se ha enriquecido, sino también como su elemento ontológico, que puede consistir tanto en un incremento patrimonial directo cuanto en una ventaja indirecta, manifestándose por lo demás en la eliminación de un elemento pasivo del patrimonio, en una pérdida de riqueza o en un ahorro de expensas, y así evitarse una disminución que acarrearía el empobrecimiento.

En la doctrina italiana, el principio según el cual el entriquecimiento debe tener naturaleza patrimonial puede considerarse absolutamente pacífico en la doctrina,¹⁰⁴ e igualmente, en la jurisprudencia,¹⁰⁵ aunque Trabucchi en 1958 matizaba esa opinión para dar cabida en ciertos casos al reconocimiento de ventajas no patrimoniales.¹⁰⁶ Y Astone apuntaba en 1999 que había solamente un precedente en contrario, una sentencia de apelación de Bolonia de 1901, que se inclinaba por reconocer relevancia al enriquecimiento moral.¹⁰⁷

En la jurisprudencia española también se ha sentado el principio conforme al cual el enriquecimiento ha de ser apreciable en dinero, de allí que, aunque con vacilaciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo la haya admitido en algunos supuestos, y que la defendan ciertos autores.⁶⁹

De su lado, el empobrecimiento, que aunque no aparece expresamente mencionado en nuestro *Código Civil*, constituye el lógico y necesario opuesto simétrico del enriquecimiento, pues en todos los supuestos en que se concede la acción representa el correlativo negativo del enriquecimiento y puede consistir en una disminución patrimonial

PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 2001, pp. 527-528.

104 TRABUCCHI, Alberto. "Articchiamento (azione di) b. Diritto Civile". In: *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958, p. 71. Pamplona, Julio - Dicembre, 1989, pp. 153 - 171.

PARDOLIS, Roberto, *Attaccamento. Azione di arricchimento* - *Dir. Civ.* - in *Enciclopedia Giuridica / Ircconi*, II, Roma, 1960, pp. 34-35.

ASTONE, Francesco, *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 47-58.

chi i vantaggi di ordine non patrimoniale possono essere valutati agli effetti dell'azione generale entro i limiti del risparmio di quella che

sacrificata per procurarla senza una giusta causa di obbligazione o di mercede, non si valutarla secondo gli emblemi, ma la spesa risparmiata per il vantaggio, sia pure di carattere morale, «ricreato». Cfr. D. PAOLA, *Stigio* - PAROLESI, Roberto.

¹⁰⁴ GORE, François, (n. 101), pp. 59 - 63; FLOUR, Jacques - AUBERT, Jean-Luc, (n. 101), m. 39, p. 42; ROLAND, Henri - BOVER, Laurent,

¹⁰⁷ ESPUNY GÓMEZ, "Perfil y límites del ensayecimiento infundado", en RJC. Madrid, 1952. p. 53; ÁLVAREZ-CANEROCHAPI, José