

CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OLEA

LUIS DIEZ-PICAZO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

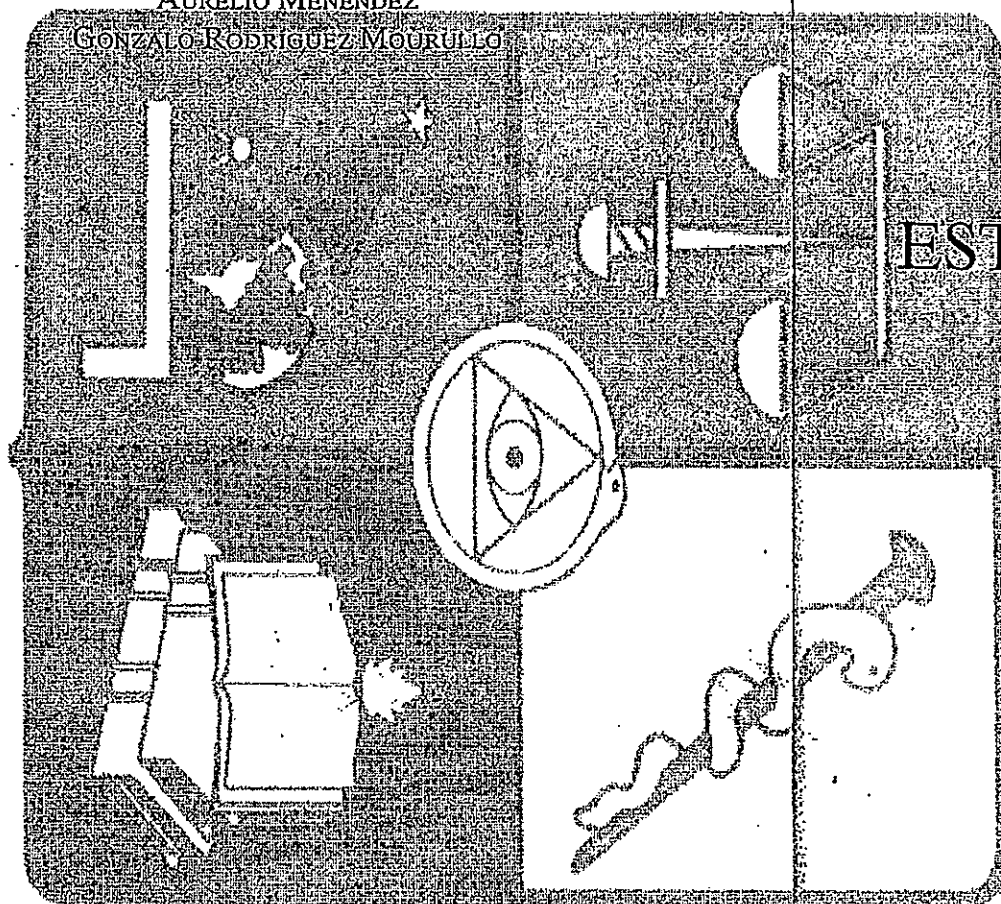
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

AURELIO MENÉNDEZ

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

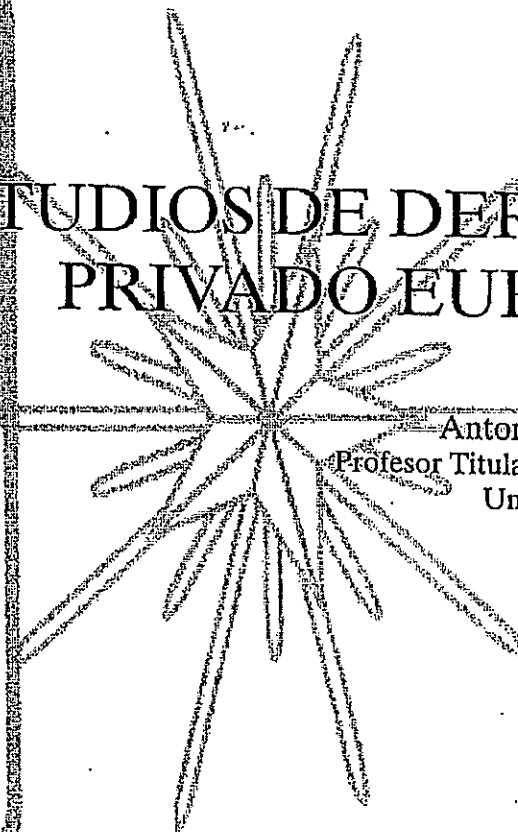
REINHARD ZIMMERMANN

Catedrático de Derecho civil, Derecho romano
y Derecho histórico comparado
Universidad de Regensburg



ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Traducción de
Antoni VÁQUER ALOY
Profesor Titular de Derecho civil
Universitat de Lleida



manente con la Europa continental, que marcó de forma destacada y característica el derecho inglés. Los artífices de esta recepción fueron escritores desde Bracton a Blackstone y Birks, jueces como Hale, Holt o Mansfield, Lord Cancilleres reales y civilistas, instituciones como Oxford y Cambridge, *Doctors' Commons* o el Tribunal del Almirantazgo, la Iglesia y los comerciantes. Por supuesto que no creo que *civil law* y *common law* sean idénticos. Esa creencia ya sería evidentemente errónea por lo que se refiere a los ordenamientos jurídicos de *civil law*, pues los derechos alemán y holandeses, francés y español, se diferencian en muchos aspectos. Ni tampoco hasta que entraron en vigor los Códigos nacionales los derechos frisio y holandeses, bavaró o hamburgués, eran iguales entre sí. No obstante, estos derechos son y eran expresiones de una única y misma tradición, y esta tradición de los derechos europeos construida sobre los mismos fundamentos histórico-intelectuales que operaba con los mismos métodos, sistemas e instituciones y las mismas ideas, comprende también a Inglaterra.

Quiero finalizar con las palabras ya citadas con las que el más relevante de los historiadores del derecho ingleses, F. W. Maitland, describió la labor de Blackstone, unas palabras que son igualmente ciertas para otras muchas figuras emblemáticas de la historia del derecho inglesa: «[i]t was the idea of a law common to all the countries of Western Europe that enabled him to achieve the task of stating English law in a rational fashion. And so it will be found during the length of our national life, an isolated system cannot explain itself, still less explain its history».

más, idem, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 1992, p. 319; DONAHUE (*ob. cit.*, nota 49), pp. 1745 ss.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: LA MODERNA ORIENTACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS CONTINENTALES *

1

En su *Ética a Nicómaco*¹, Aristóteles distingue dos formas de justicia: *iustitia distributiva* y *iustitia commutativa*. Esta concierne específicamente las relaciones entre sujetos privados y ha de estar basada en un respeto fundamental por los derechos de los demás: «*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*», concreta Ulpiano², y está implícito en esta definición que una persona debe tener y disfrutar pedir y recibir lo que le corresponde. Esto supone, entre otras cosas, que su *status quo* debe ser protegido. Por ello, uno de los preceptos de derecho natural exige: «(I.) *Ut ne quis alterum laedat, utque* (II.) *si quod damnum alteri dederit, id reparaet*». Este es el fundamento moral del derecho de daños. Mas, al mismo tiempo, no puede tolerarse que una persona se enriquezca a costa de otra: «[n]am hoc natura

* Publicado en *Oxford Journal of Legal Studies* (OJLS), vol. 15, núm. 3, 1995, pp. 403 ss. El artículo tiene como base mi intervención en el seminario sobre el derecho del enriquecimiento sin causa celebrado en el Old College, Universidad de Edinburgo, organizado conjuntamente por la Universidad de Edinburgo y la Scottish Law Commission con el fin de debatir la posible reforma del derecho escocés. Quiero agradecer a Mr. Niall Whitty su amable invitación.

¹ Libro V, II, 6 ss. (1130 b ss.).

² D. 1, 1, 10 pr.; y véase Inst. I, 1, pr. Sobre la definición de Ulpiano de la justicia, Wolfgang WALDSTEIN, «Zu Ulpian's Definition der Gerechtigkeit (D. 1, 1, 10 pr.)», en: *Festschrift für Werner Flume*, vol. I, 1978, p. 213; idem, «Ist das "Suum cuique" eine Leerformel?», en: *Ius Humanitatis*, *Festschrift für Alfred Verdross*, 1980, pp. 285 ss.

³ Samuel PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, Lib. III, Cap. I, I. Véase Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996, 3.ª ed., pp. 1032 ss. Una invocación reciente de este principio en Eduard PICKER, «Vertragliche und deliktische Schadenshaftung», JZ, 1987, pp. 1041 ss.

aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorum»⁴. Es el llamado principio de enriquecimiento.

La finalidad del derecho de daños es reparar el daño causado. Atiende a la posición de la víctima. Poco importa si el causante del daño ha obtenido algún beneficio como consecuencia de su conducta. Si el daño le es «imputable», tiene que repararlo. Por ello, el derecho se ocupa en este caso de un perjuicio en el *status quo*. El enriquecimiento injusto, en cierto modo, constituye el reverso del derecho de daños. Se ocupa de un cambio favorable en el *status quo*, por lo que se refiere exclusivamente a la posición del demandado. El demandado ha obtenido un provecho y, puesto que dicho provecho no le corresponde sino que hubiera debido acrecer al demandante, debe restituirlo. Que el demandante haya sufrido algún menoscabo patrimonial es tan poco relevante como el beneficio del agente en el derecho de daños. El hecho de que el demandado posea algo que solo otra persona está legitimada para poseer infringe las reglas de la justicia conmutativa⁵. En otras palabras, se trata del enriquecimiento, no del empobrecimiento injustificado.

La comparación con el derecho de daños resulta instructiva también en otro aspecto. No toda pérdida patrimonial da lugar a una reclamación de resarcimiento. Hace falta que pueda ser imputada a la persona que ha causado el daño⁶.

⁴ Pomp. D. 12, 6, 14. Cfr., además, la versión ligeramente modificada que Justiniano incluyó entre las *diversae regulae iuris antiqui*: D. 50, 17, 206. Sobre el origen y sustrato de esta afirmación (la filosofía moral estoica) y su recepción en el ordenamiento jurídico: Christian WOLLSCHLAGER, «Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft», en: *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium für Franz Wieacker*, 1985, pp. 41 ss.

⁵ Una exposición más detallada del mismo argumento en el influyente estudio de Walter WILBURG, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, 1934, pp. 5 ss. y 97 ss.; más recientemente, Paolo GALLO, *L'arricchimento senza causa*, 1990, pp. 15 ss.

⁶ En la terminología de Pufendorf, el daño debe ser «imputable» a la persona que lo ha causado. Dicha imputación exige, a su vez, una acción moral y libre, y esto implica, entre otras cosas, que el agente ha de ser capaz de prever las consecuencias y de apreciar la ilicitud de su acto (u

Del mismo modo, no todo provecho obtenido conduce a una demanda de restitución. El enriquecimiento ha de ser injustificado en el sentido que debía haber correspondido al demandante y no al demandado. Por consiguiente, en ambos casos hay que identificar la concreta persona que debe reparar el daño o que merece obtener el provecho. En el primer caso se acude a criterios como causalidad, ilicitud o culpa para determinar quien es el causante del daño. En el segundo, hay que buscar indicios similares a fin de descubrir al demandado indicado.

En resumen, pues, puede decirse que el derecho de daños y las normas sobre enriquecimiento injusto constituyen dos mecanismos para implementar las reglas de *suum cuique tribuere*: una que atiende al daño que sufre la víctima (con independencia de la posible ganancia del agente), otra que lo hace al beneficio que obtiene el demandado (sin que interese el empobrecimiento correlativo del demandante). El ideal radicaría en que el ordenamiento jurídico otorgara un recurso jurídico siempre que se produjera un enriquecimiento injusto porque alguien ha obtenido un provecho que corresponde a otro.

Sin embargo, «injusto» es un criterio demasiado poco específico para determinar en qué circunstancias una persona puede retener un provecho. Tampoco dice nada de la persona del demandante. El segundo problema puede resolverse introduciendo el concepto «a costa de». Pero, aparte de invocar la idea —equivocada— de que el enriquecimiento debe presentarse intrínsecamente relacionado con una pérdida patrimonial, no solventa el primer problema. Entonces, la única solución viable parece que es contemplar cómo se ha

omisión). Más detalles y referencias en mi *Law of obligations*³, pp. 1033 ss. Sobre el concepto de imputación, véase Joachim HRUSCHKA, «Imputation», en: Albin ESER, George P. FLETCHER (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, vol. I, 1987, pp. 121 ss.

producido el enriquecimiento «injusto». En términos generales, puede ocurrir de dos maneras: o por atribución o por otro medio⁷.

Esta subdivisión, con el concepto de «atribución» como núcleo, no es arbitraria. Uno de los rasgos distintivos más característicos de la tradición jurídica europea es el reconocimiento de un derecho de obligaciones. Una obligación, en palabras de Justiniano, es un «*vinculum iuris, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*». Esta necesidad de realizar una prestación puede provenir de mandato legal o de compromiso contractual. En ambos casos, la realización de la prestación tiene una finalidad específica: liberarse de la obligación. No obstante, a veces el pago (al que en lo sucesivo me referiré como «atribución») no consigue este propósito. La

⁷ Enriquecimiento «por otro medio», en este contexto, se refiere simplemente al «enriquecimiento no ocasionado por atribución». Véase una elaboración más completa de estas cuestiones y las situaciones que se originan *infra*, apartados 10-14.

⁸ Inst. III, § 13, 6.

⁹ Atribución, a los fines de este artículo, se define como la *transmisión voluntaria a propósito de un provecho que realiza una persona a otra*. Es en este sentido que se utiliza convenientemente el vocablo «*Leistung*» en Alemania; véase ZHAK ENGLARD, «Restitution of Benefits Conferred Without Obligation», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. X, ch. 5, 1991, núm. 6-7, y, para más detalles, Dieter REUTER, Michael MARTINEK, «*Ungerechtfertigte Bereicherung*», 1983, pp. 80 ss.; Harm Peter WESTERMANN, en: ERMAN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9.ª ed., 1993, vol. I, § 812, n.º 10 ss.; Werner LORENZ, en: J. v. Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13.ª ed., 1994, § 812, núm. 4 ss., con carácter más general, Horst Eberhard HENKE, *Die Leistung: Grundvorstellung des sozialen Lebens und Grundbegriff des Schuldrechts*, 1991. La acción de enriquecimiento por atribución es denominada «*Leistungskondiktion*» en el derecho alemán. La distinción entre «*Leistungs-*» y «*Nichtleistungskondiktion*» la configura el § 812 I BGB, pero su significación sólo se puso de manifiesto, pasados treinta años de la entrada en vigor del Código, por Walter Wilburg (*supra*, nota 5), quien puso así los fundamentos de la diferenciación tipológica que hizo que la acción general de enriquecimiento (concebida por Friedrich Carl von Savigny a partir del estudio histórico de las *condictiones* romanas, y luego incorporada al BGB) fuera factible en la práctica. Una visión general de esta evolución en inglés en Reinhard ZIMMERMANN, Jacques DU PLESSIS, «Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment», *Restitution Law Review*, 1994, 14 ss. y 24 ss., con más referencias.

persona a la que se entrega una suma de dinero como compensación por el daño sufrido no había sido dañada por el *tradens*. O resulta que el contrato no se había celebrado entre *tradens* y *accipiens*, o habiéndose concluido entre ellos, está viciado de nulidad. Se requiere, entonces, un conjunto de normas jurídicas que recomponga la situación. Estas normas giran alrededor del concepto de enriquecimiento por atribución. El intento frustrado de liberarse de una obligación por daños no nos va a entretener más, ya que no provoca problemas especiales. Si esa obligación no existía, el enriquecimiento es injustificado y hay que restituir. Si buscáramos una denominación con que etiquetar la pretensión de restitución, podríamos recurrir a «*indebitum solutum*».

Las cosas no son, en principio, muy diferentes cuando se trata de obligaciones contractuales. La atribución realizada con el objeto de cumplir una obligación contractual constituye «*indebitum solutum*» si dicha obligación en realidad no existe. Al mismo tiempo, sin embargo, hay que tener en cuenta que no toda atribución se efectúa *solvendi causa*. Según el derecho romano, podía tener lugar a fin de obtener una contraprestación (*ob rem*), para obligar contractualmente al *accipiens* (*obligandi causa*), o para llevar a cabo una donación (*donandi causa*). Estas diversas posibilidades fueron ciertamente sondeadas con atención por los juristas romanos, que desarrollaron un sistema de acciones de enriquecimiento, denominadas *condictiones*, que se relacionaba con el sistema contractual y lo complementaba¹⁰. Dejando a un lado la *condictio ex causa furtiva*, todas estas *condictiones* se caracterizaban por el hecho de que una parte intentaba reclamar lo que había entregado a otra. Las transmisiones *donandi* y *obligandi causa* no requerían la introducción de remedios específicos. La *datio ob rem*, sí. Éste era el campo de aplicación de las *condictiones causa data causa non secuta* y *ob turpem vel iniustam causam*¹¹. Sin embargo, fue la *condictio indebiti* la

¹⁰ Más detalladamente Berthold KUPITSCH, *Ungerechtfertigte Bereicherung: geschichtliche Entwicklungen*, 1987, pp. 4 ss.; *Law of obligations*³, pp. 841 ss.

¹¹ Cfr. mi *Law of obligations*³, pp. 843 ss.

más importante de las acciones romanas de enriquecimiento injusto, puesto que cubría la paradigmática situación de «*indebitum solutum*»¹².

3

Igual que sucedía en Roma hoy la gente sigue intercambiando bienes, dinero y servicios. Con mucha frecuencia estas entregas se realizan *solvendi causa* (para cumplir una obligación), puesto que los ordenamientos jurídicos modernos han abandonado el principio *ex nudo pacto non oritur actio*, superando la fragmentación del sistema contractual romano¹³. Existe un derecho contractual general, y por esa razón se ha extendido el campo de aplicación de la *condictio indebiti*. Su principal cometido sigue siendo complementar el derecho contractual¹⁴. Por ello tiene que estar disponible siempre que la entrega no logra su objetivo previsto, liberar al *tradens* de la obligación que contrajo con el *accipiens*. La retención por este de la atribución realizada es injustificada, si el *tradens* no estaba obligado a ello (en otras palabras, si la atribución carece de causa).

Ahora pueden apreciarse las tres grandes ventajas de este concepto de atribución. En primer lugar, sincroniza el derecho contractual con las normas sobre enriquecimiento injusto. En segundo lugar, determina a quién hay que restituir. Y, en tercer lugar, facilita un test relativamente claro y sencillo para resolver si el enriquecimiento es injustificado¹⁵. Enri-

¹² Véase mi *Law of obligations*, pp. 834 ss. y 848 ss. «*Indebitum solutum*» es la única forma de responsabilidad por enriquecimiento de la que se trata tanto en las Instituciones de Gayo como de Justiniano [Gai. III, 91 (y véase Gai. D. 44, 7, 3, 3 leído conjuntamente con Gai. D. 44, 7, 1 pr.); Inst. III, 27, 6].

¹³ *Law of obligations*³, pp. 537 ss.; John BARTON (ed.), *Towards a General Law of Contract*, 1990.

¹⁴ Cfr. Ernst von CAEMMERER, «Bereicherung und unerlaubte Handlung», en: idem, *Gesammelte Schriften*, vol. I, 1968, pp. 218 ss.

¹⁵ Esto es obvio cuando se trata de relaciones bilaterales. Más complicado es el asunto cuando el enriquecido es un tercero. Existe amplio con-

quecimiento injusto, en este contexto, sólo puede significar la atribución de un provecho sin causa jurídica¹⁶, y es la obligación que el *tradens* intentaba cumplir la que proporciona o no esta causa. La mención de la causa, a su vez, descubre otra característica importante de la moderna acción de enriquecimiento por atribución. La razón por la que no existe causa para la atribución es completamente irrelevante. El contrato subyacente que el *tradens* intentaba cumplir puede que no exista, que esté viciado de nulidad por variadas razones, que su objeto sea otro distinto o que el acreedor sea otra persona. Todo esto debe ser resuelto por el derecho contractual, ya que las normas sobre restitución no se ocupan de tales extremos¹⁷.

Entonces, siempre que falte la causa, ¿el *tradens* debe haber actuado en la errónea creencia de que estaba obligado a realizar la prestación? En principio, podría presumirse la respuesta afirmativa, puesto que un ordenamiento jurídico difícilmente puede permitir que un demandante reclame lo

senso entre la doctrina alemana que el concepto de «*Leistung*» no puede ser «aplicado» mecánicamente para encontrar soluciones adecuadas a cada caso. Por otra parte, constituye la clave de bóveda alrededor de la cual han cristalizado ciertas categorías de casos («*Fallgruppen*») en el derecho alemán. La valoración fundamental, en un celebrado trabajo, se debe a Claus-Wilhelm CANARIS, «Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis», en: *Festschrift für Karl Larenz*, 1973, pp. 799 ss. Una visión general en inglés en ZIMMERMANN/DU PLESSIS (ob. cit., nota 9), pp. 31 ss.; además, Günter HAGER, «Entwicklungsstadien der Bereicherungsrechtlichen Durchgriffshaftung», en: *Ungerechtfertigte Bereicherung, Grundlagen, Tendenzen, Perspektiven*, 1984, pp. 151 ss.; Detlef KÖNIG, *Ungerechtfertigte Bereicherung. Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht*, 1985, pp. 177 ss.; LORENZ (ob. cit., nota 9), § 812, núm. 36 ss.; Karl LARENZ, Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 13.^a ed., 1994, pp. 197 ss. Un juicio equilibrado sobre el debate alrededor del concepto de «*Leistung*» en Josef ESSER, Hans-Leo WEYERS, *Schuldrecht*, vol. II, 7.^a ed., 1991, pp. 429 ss.

¹⁶ WILBURG (ob. cit., nota 5), pp. 7 ss.; afirmaciones más recientes de este punto de vista en KÖNIG (ob. cit., nota 5), pp. 33 ss.; Manfred LIEB, en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. III/2, 2.^a ed., 1986, § 812, núm. 137 ss.; LARENZ/CANARIS (ob. cit., nota 15), pp. 136-137. Cfr. también (derecho comparado) ENGLARD (infra, nota 9), núm. 8.

¹⁷ WILBURG (ob. cit., nota 5), p. 11; John P. DAWSON, *Unjust Enrichment*, 1951, pp. 113 ss.; VON CAEMMERER (ob. cit., nota 14), pp. 219 ss.

que antes ha entregado a pesar de ser consciente de que no estaba obligado a hacerlo. En otras palabras, no es admisible que el *tradens* confíe en la ausencia de causa si previamente ha aparentado afirmar, al realizar la prestación, que existía dicha causa. Que esto sea así, sin embargo, resulta del hecho que cabe oponer la excepción de contradicción con su conducta anterior o, en terminología continental, de la proscripción del «*venire contra factum proprium*»¹⁸. Por esta razón, no es necesario que el ordenamiento jurídico eleve el «error» a la condición de requisito autónomo para exigir restitución. La restitución se concede siempre que la atribución carece de causa, y se excluye siempre que el *tradens*, cuando efectúa la atribución, conocía la ausencia de dicha causa.¹⁹

La situación es un poco más desordenada en los casos de *datio ob rem*. Se acostumbraba (junto con la *condictio causa data causa non secuta romana*) a denotar su especial importancia del hecho que no todo acuerdo era exigible en el derecho romano. En contraposición, los ordenamientos jurídicos modernos fundamentan la responsabilidad en cualquier tipo de convenio (legal), por lo que si el contrato es válido, pueden utilizarse los mecanismos legales para reclamar el cumplimiento a la otra parte.²⁰ Y si el contrato es nulo, los principios antes explicados aseguran que lo entregado pueda ser repetido. Esto reduce el campo de aplicación de la *condictio causa data causa non secuta* a aquellos casos en que la atribución se hizo no con la intención de liberarse de una obliga-

¹⁸ Sobre el principio «*venire contra factum proprium*» (*nulli conceditur*), Detleff GEBH, «Rhythmische Rechtssätze» *IZ*, 1981, pp. 160 ss., y el completo estudio de Reinhard SINGER, *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*, 1993.

¹⁹ § 814 BGB. Un análisis histórico en KÖNIG (*ob. cit.*, nota 15), pp. 39 ss.; *Law of obligations*³, pp. 868 ss.; ENGLARD (*infra*, nota 9), núm. 12 ss. Por lo que se refiere a la *ratio legis* («*venire contra factum proprium*»), LARENZ/CANARIS (*ob. cit.*, nota 15), pp. 160-161. Sobre la aplicación de este principio, LORENZ (*ob. cit.*, nota 9), § 814, núm. 1 ss.

²⁰ Más detalles en *Law of obligations*³, pp. 843 ss. y 857 ss.

ción, sino de incitar a alguien a realizar una determinada conducta. Por ejemplo, podría ser de aplicación al supuesto del granjero que, para animar a su mujer a regresar al hogar, le transmite la granja con todas sus posesiones²¹. En estos casos, no se trata tanto de la falta de un acuerdo válido que sirva de base a la atribución, sino más bien de la posibilidad de que la otra parte sea inducida a realizar una atribución que no quiere o que no está obligado a hacer. Así, el concepto de «causa» no puede ser utilizado para determinar si el enriquecimiento experimentado por la otra parte es injustificado o no. Antes bien, hay que conceder la restitución si la atribución no consigue provocar el resultado perseguido. Esto no es difícil de saber. El problema principal de este tipo de enriquecimiento consiste en hallar su propio campo de aplicación²².

Ha quedado claro que el modelo de responsabilidad por enriquecimiento descrito y razonado dista de constituir la base del actual derecho alemán relativo al enriquecimiento injusto. Pero sí que refleja valoraciones ampliamente compartidas en las denominadas por ZWIGERT y KÖTZ familias jurídicas románica y germánica²³. En todos los ordenamientos se contienen normas que se ocupan de la restitución de provechos conferidos por atribución²⁴. El significado de estas reglas puede variar en cada ordenamiento. Así, es bien sabido que el derecho alemán de obligaciones tiene que curar las heridas infligidas por el famoso «principio de abstracción»²⁵:

²¹ Reichsgericht (Tribunal Imperial alemán), *Seufferts Archiv*, 1924, núm. 124.

²² Más extensamente, REUTER/MARTINEK (*ob. cit.*, nota 9), pp. 146 ss.; WESTERMANN (*ob. cit.*, nota 9), § 812, núm. 50 ss.; LORENZ (*ob. cit.*, nota 9), § 812, núm. 105 ss.; LARENZ/CANARIS (*ob. cit.*, nota 15), pp. 150 ss.

²³ Konrad ZWIGERT, Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, traducción de Tony Weir, 2.ª ed., 1992, pp. 76 ss. y 138 ss.

²⁴ Hay el completo estudio de derecho comparado de Izhak ENGLARD (*ob. cit.*, nota 9).

²⁵ Heinrich DERNBURG, *Bürgerliches Recht*, vol. II/2, 3.ª ed., 1906, pp. 677-678. Más detalles en mi *Law of obligations*³, pp. 867-868, con otras remisiones.

la invalidez del contrato de venta subyacente (para seguir el ejemplo más usual), como norma, no afecta la transmisión de la propiedad. Por lo tanto, un comprador adquiere la propiedad como consecuencia de la tradición fundamentada en un contrato nulo, y el vendedor tiene que acudir a una acción de enriquecimiento y no a una reivindicación para recobrar lo entregado. Mas, ya se integren en un sistema causal de transmisión de la propiedad, ya en un sistema abstracto,²⁶ todos los ordenamientos jurídicos prevén acciones de enriquecimiento, y todos ellos ponen el acento en la pretensión de enriquecimiento por atribución y la singularizan.

Históricamente, la uniformidad de este enfoque se basa en la herencia común romana. Como ya se ha señalado, se trata de la versión moderna y extensa de la *condictio indebiti*. Esto es particularmente evidente en los países que han seguido el modelo francés. De acuerdo con la exposición de Pothier, el *Code civil* trata del «paiement de l'indu» (además de la *gestion d'affaires*) en un capítulo dedicado a los «cuasicontratos»²⁷. De modo similar, el *Codice civile* se centra en el «pagamento dell'indebito»²⁸, e incluso en el nuevo Código civil holandés el «*onverschuldigde betaling*» merece nueve artículos.²⁹ La versión francesa de la *condictio indebiti*, la más antigua de las codificadas, es todavía restrictiva. Siguiendo la tradición del derecho romano,³⁰ no cubre el reembolso de los

²⁶ Un estudio de derecho comparado en Franco FERRARI, «Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip - Zu den Möglichkeiten der Rechtsangleichung im Mobiliarsachenrecht», *ZeUP*, 1993, pp. 52 ss.; Ulrich DROBNIG, «Transfer of Property», en: A. S. HARTKAMP, M. W. HESSELINK et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 1994, pp. 345 ss. (ambos a favor del sistema causal que prevaleció en el *ius commune* que fue adoptado, entre otros, por el Código civil austríaco). Véase también Andreas RÖHM, «Abstraktions- und Konsensualprinzip und ihre Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Kaufvertragsparteien» *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 1993, pp. 371 ss.

²⁷ Arts. 1371 ss.; véase ZWIGERT/KÖTZ/WEIR (*ob. cit.*, nota 23), pp. 584 ss.

²⁸ Arts. 2033 ss. *Codice civile*.

²⁹ Libro 6, art. 203 ss BW.

³⁰ En que la *condictio* presuponía, en principio, que se había realizado un acto de «dare» más que un «facere»; véase Fritz SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im Klassischen römischen Recht* (1952), pp. 9-10 y *passim*.

servicios (hay que acudir a la acción general de enriquecimiento tal como estableció la *Court de Cassation* en el *arrêt Boudier*)³¹, y, siguiendo la idiosincrasia sistemática de Domat, no se ocupa de la restitución de provechos transferidos bajo un contrato nulo³². El derecho italiano ha abandonado esta última limitación³³ y parece que se halla en curso de hacer lo propio con la primera³⁴, y el nuevo Código holandés ha conducido la evolución hasta una posición lógica³⁵. Los redactores del Código civil general austríaco también codificaron la *condictio indebiti*³⁶, y los del Código suizo de obligaciones, aun adoptando una orientación más general que sus predecesores austríacos, le han otorgado un trato especial³⁷. Por lo general, se entiende que la admisión de una amplia acción de enriquecimiento por atribución no constituye una excentrici-

³¹ Murad FERID, Hans Jürgen SONNENBERGER, *Das Französische Zivilrecht*, 2.^a ed., 1986, vol. II, p. 440; ENGLAND (*ob. cit.*, nota 9), núm. 61.

³² Laurent AYNES, Philippe MALAURIE, *Cours de droit civil, Les obligations*, 2.^a ed., 1990, núms. 926 y 586. Pero véase Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER, *Droit civil, Obligations*, vol. II, 2.^a ed., 1986, núms. 2063 ss. Según Murad FERID, *Das Französische Zivilrecht*, vol. I, 1971, p. 345, la normas relativas a la *répétition de l'indu* son aplicables analógicamente. Véase, además, en particular, GALLO (*ob. cit.*, nota 5), pp. 277 ss.

³³ GALLO (*ob. cit.*, nota 5), pp. 279 ss.

³⁴ Pietro RESCIGNO (ed.), *Codice civile*, 1992, art. 2033, núm. 6 (en relación con la interpretación del término «pagamento»); ENGLAND (*ob. cit.*, nota 9), núm. 61.

³⁵ El art. 6:203 trata en su primer subapartado de la atribución de «*een goed*» [un bien], en el segundo del pago de «*een geldsom*» [una suma de dinero] y en el tercero de «*een prestatie van andere aard*» [una prestación de distinta naturaleza: Juan Guillermo VAN REIGESBERG VERSLUYS, *Derecho patrimonial neerlandés (traducción de los libros 1, 3, 5, 6 y 7 del Nuevo Código Civil)*, Málaga, 1996]. Sobre los casos que cubre el art. 6:203, A. S. HARTKAMP, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht*, vol. III, 9.^a ed., 1994, núm. 323. HARTKAMP (núm. 318) subraya expresamente la relación histórica de este artículo con la *condictio indebiti* (a través del art. 1395 del antiguo BW).

³⁶ §§ 1431 ss. ABGB. Con mayor extensión sobre su ámbito de aplicación, Peter RUMMEL, en: idem (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 2.^a ed., 1992, vol. II, § 1431, núm. 5 ss. (*sub voce* «*Leistungskondiktion*»).

³⁷ Art. 62 II, 63 I Obligationenrecht (OR). Para más detalles, Hermann SCHÜLIN, en: Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND (eds.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 1992, art. 62, núm. 21 ss. («*Leistungskondiktion*»).

dad histórica, sino un sólido mecanismo para convertir en operativo el principio general de proscripción del enriquecimiento injusto.

6

Lo que sí puede ser visto como una peculiaridad histórica desfasada es la insistencia en el «error» como requisito de la acción de enriquecimiento por atribución en algunos de los ordenamientos jurídicos modernos. Constituye un residuo de la *condictio indebiti*³⁸ romana presente en los Códigos austríaco y suizo. El italiano y el francés lo han confinado al supuesto en que alguien paga una deuda (existente) ajena creyendo que es propia.³⁹ En ambos países se discute si el «error» se requiere también en los otros casos de pago de lo indebido. En Italia la posición mayoritaria lo rechaza.⁴⁰ Los tribunales franceses, en un inicio y en sintonía con la tradición, generalizaron el requisito del error,⁴¹ que posteriormente han ido diluyendo considerablemente.⁴² Diversos autores

³⁸ Más extensamente en mi *Law of obligations*³, pp. 849 ss. A lo largo de la historia del *ius commune*, el requisito del error constituyó la cuestión más discutida en materia de enriquecimiento injusto; cfr. *Law of obligations*³, pp. 868 ss. El tema ha sido objeto de completa investigación por D. P. VISSER, *Die rol van dwaling by die condictio indebiti* (tesis doctoral inédita, Leiden, 1985), pp. 66 ss.; véase D. P. VISSER, «Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung», en: ROBERT FEENSTRA, Reinhard ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, 1992, pp. 387 ss.

³⁹ Art. 1376 *Code civil* y art. 2036 *Codice civile* («indebito soggettivo»), en contraposición a art. 1376 *Code civil* y art. 2033 *Codice civile*. El requisito del error en los supuestos de «indebito soggettivo» deviene más fácilmente explicable por el hecho de que el pago intencionado de una deuda ajena conlleva su extinción (art. 1236 *Code civil*, art. 1180 *Codice civile*).

⁴⁰ RESCIGNO (*ob. cit.*, nota 34), art. 2033, núm. 4; GALLO (*ob. cit.*, nota 5), pp. 165-166 y 173-174.

⁴¹ MALAURIE/AYNÈS (*ob. cit.*, nota 32), núm. 927.

⁴² Así, la restitución por causa de nulidad del contrato («action en nullité») no está sujeta al requisito del error: MALAURIE/AYNÈS (*ob. cit.*, nota 32), núm. 926. Con carácter más general, véase GALLO (*ob. cit.*, nota 5), pp. 171 ss.; Detlef KÖNIG, «Ungerechtfertigte Bereicherung», en:

han abogado por su supresión. Por ello, de forma mayoritaria, la acción de restitución se entiende que está basada en la realización de un desplazamiento patrimonial carente de causa: «[l']obligation de restitution s'explique par l'idée de l'absence de cause»⁴³. Este (saludable) alejamiento del derecho romano⁴⁴ se ha llevado a su conclusión lógica en el nuevo Código civil holandés, que lo ha abandonado completamente. El art. 6:203 afirma secamente que «[e]l que haya dado a otro sin fundamento jurídico un bien, está con derecho a reclamarlo del destinatario como pagado indebidamente». En contraposición al derecho alemán, no es obstáculo a la acción de restitución que el *accipiens* sea capaz de probar que el *tradens* conocía en el momento de realizar la atribución, la ausencia de causa⁴⁵. Esta discrepancia, sin embargo, no afecta los fundamentos de las normas sobre enriquecimiento injusto, sino que se limita a reflejar una opinión diferente en relación con si hay que tolerar, y en qué medida, el *venire contra factum proprium*⁴⁶.

Puede sostenerse que la *condictio causa data causa non secuta* constituye, también, una reliquia del pasado que no tiene lugar en el derecho moderno⁴⁷. No obstante, algunos ordenamientos jurídicos todavía le reservan un espacio espe-

BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (ed.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. II, 1981, p. 1538.

⁴³ STARCK/RÖLAND/BOYER (*ob. cit.*, nota 32), núm. 2064.

⁴⁴ Por lo menos así se había entendido últimamente. Hoy se cree que en el derecho romano clásico el error no constituía un requisito (positivo) de la *condictio indebiti* que el demandante tenía que probar. Por lo que parece, no era tanto el error del demandante lo que hacía ejercitable la acción, sino que más bien su conocimiento al tiempo de realizar la atribución impedía la reclamación (*Law of obligations*³, pp. 849 ss.). Sin darse cuenta de ello, el legislador alemán (§ 814 BGB) se ha aproximado a la opinión que prevaleció en el derecho romano.

⁴⁵ HARTKAMP (*ob. cit.*, nota 35), núm. 318.

⁴⁶ *Supra*, nota 18.

⁴⁷ VON CAEMMERER (*ob. cit.*, nota 14), pp. 222 ss. (quien, en estos supuestos, es partidario de aplicar la versión moderna de la cláusula *rebus sic stantibus*); François CHAUDET, *Condictio causa data causa non secuta* (tesis doctoral inédita, Lausanne, 1973), pp. 15 ss. y *passim*. Sobre el declive de la *condictio causa data causa non secuta*, véase con carácter general mi *Law of obligations*³, pp. 860 ss.

cial para alojar aquellos supuestos en que una persona atribuye un provecho a otra con el fin de incitar una contraprestación. Es el caso de Alemania⁴⁸ y de Suiza⁴⁹. La doctrina y la jurisprudencia austríaca recurren a una norma dentro del amplio espectro de la *condictio indebiti per analogiam*⁵⁰, mientras que en Francia e Italia estos casos son agrupados con los otros supuestos de responsabilidad por enriquecimiento que caen fuera de la órbita de la «*répétition de l'indu*»⁵¹. El Código civil holandés guarda silencio sobre esta cuestión⁵². El proyecto del profesor KÖNIG sobre enriquecimiento injusto en el derecho alemán, por su parte, mantiene una norma propia para tales supuestos⁵³.

El enfoque que realizan los derechos civiles continentales modernos del enriquecimiento sin causa parece caracterizarse (o, por lo menos, tender a ello) por la admisión de un mecanismo general para la restitución de los desplazamientos patrimoniales realizados sin que existiera obligación⁵⁴. Sus rasgos esenciales radican en los conceptos de «atribución» y de «sin causa». No es el error (no importa de qué tipo) el que convierte en injusto el enriquecimiento y, por consiguiente, no puede ser considerado como fundamento de la reclamación (ni tan solo como uno de sus requisitos). Además, hay que destacar que no hay necesidad de que «a costa de» se invoque como nuevo requisito, puesto que se trata de la restitución de un provecho conferido mediante «atribución». Por

⁴⁸ § 812 II 2, segunda alternativa: «esta obligación [de restituir] subsiste incluso (...) si el resultado que se pretendía conseguir mediante una prestación de acuerdo con el negocio jurídico no se produce».

⁴⁹ Art. 62 OR: «(...) aus einem nicht verwirklichten Grund (...)».

⁵⁰ RUMMEL (*ob. cit.*, nota 36), § 1435, núm. 5 ss.

⁵¹ ENGLARD (*ob. cit.*, nota 9), núm. 128.

⁵² Discute sobre las consecuencias de ello HARTKAMP (*ob. cit.*, nota 35), núm. 318.

⁵³ § 1.2, y su motivación en KÖNIG (*ob. cit.*, nota 42), p. 1453.

⁵⁴ Cfr. el título del vol. X. Cap. 5, de la *International Encyclopedia of Comparative Law*.

ello, resulta lógico que el *accipiens* ocupe la posición de deudor de la restitución y el *tradens* se convierta en su acreedor.

Hay que añadir que la naturaleza de la acción de enriquecimiento no depende del tipo de provecho atribuido. Más en concreto, no existen acciones restitutorias distintas según se trate de pago de dinero, recepción de servicios o entrega de cosas⁵⁵. Cualquiera que sea la naturaleza del desplazamiento patrimonial puede ser objeto de una demanda de restitución⁵⁶, pues los requisitos son idénticos para cada tipo de provecho. Otra cuestión diferente es que pueda variar el contenido de la acción de restitución⁵⁷, lo que sí depende de la naturaleza de las cosas. Si se ha entregado dinero, la misma suma debe ser devuelta⁵⁸. El *accipiens* de bienes, por su parte, debe restituir los mismos objetos que ha recibido⁵⁹. No hay razón que justifique compeler al *tradens* como consecuencia de negársele el derecho a la restitución específica, a tener que enajenar los bienes atribuidos al *accipiens*: «*restitutio est actus commutativae iustitiae*»⁶⁰. Es obvio que no cabe solicitar la restitución en especie si ésta ya no es posible. Entonces, el *tradens* debe conformarse con exigir el valor (de mercado) del objeto entregado⁶¹. La restitución en especie es imposible *ab initio* cuando se han realizado servicios, por lo que de nuevo la acción debe ejercitarse por su valor.

8
Uno de los problemas más espinosos que deben resolver

⁵⁵ Pero véase, en el caso de Francia, *supra*, nota 30 y texto correlativo. Para un análisis de derecho comparado, ENGLARD (*ob. cit.*, nota 9), núms. 57 y 61.

⁵⁶ Esta es la fórmula que habitualmente se usa en Alemania: LORENZ (*ob. cit.*, nota 9), § 812, núm. 65.

⁵⁷ Véase KÖNIG (*ob. cit.*, nota 42), pp. 52 ss.; ENGLARD (*ob. cit.*, nota 9), núm. 220 ss.

⁵⁸ Cfr., recientemente, art. 6:203 (2) BW.

⁵⁹ ENGLARD (*ob. cit.*, nota 9), núm. 57; y art. 6:203 (1) BW.

⁶⁰ Sto. Tomás de Aquino; véase Udo WOLTER, *Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB*, 1985, y mi *Law of obligations*³, pp. 824 ss.

⁶¹ § 818.II BGB y § 1.4 (2) del Proyecto de König [KÖNIG (*ob. cit.*, nota 42), p. 1544].

las normas de enriquecimiento sin causa es el de si el *accipiens* es responsable por el valor recibido o por el valor subsistente. Es decir, si quien ha recibido la atribución puede excepcionar la pérdida del enriquecimiento, o que su posición ha cambiado, ante la reclamación de restitución. Los ordenamientos jurídicos europeos no coinciden en el principio que debe adoptarse. Según el derecho alemán, por ejemplo, el demandado es responsable sólo por su «enriquecimiento» actual en el momento de iniciarse el procedimiento judicial⁶² (la «flaqueza» característica de las pretensiones por enriquecimiento en Alemania⁶³). Otros sistemas están mucho menos predispuestos hacia el *accipiens*. El tema ha sido profundamente analizado por IZHAK ENGLARD⁶⁴, quien, significativamente, ha llegado a la conclusión que ningún ordenamiento jurídico lleva rigurosamente hasta sus últimas consecuencias esta orientación. «As elsewhere», escribe⁶⁵, «laws starting from opposite principles tend to converge». Lo que resulta bastante evidente si se atiende al derecho alemán, ya que el cambio de posición únicamente cabe que sea alegado por el *accipiens* de buena fe⁶⁶. Es más, el § 818 III BGB ha sido en gran medida postergado cuando se trata del reajuste de las atribuciones realizadas sobre la base de un contrato bilateral nulo⁶⁷.

⁶² § 818 III BGB.

⁶³ AXEL FLESSNER, *Wegfall der Bereicherung*, 1970, p. 2; ZWIGERT/KÖTZ/WEIR (ob. cit., nota 23), p. 621.

⁶⁴ Ob. cit., nota 24, núm. 273 ss. Para un estudio de derecho comparado, FLESSNER (ob. cit., nota anterior, pp. 51 ss.); ZWIGERT/KÖTZ/WEIR (ob. cit., nota 23), pp. 621 ss.; D. P. VISSER, «Responsibility to Return Lost Enrichment», *Acta Juridica*, 1992, pp. 175 ss.; WERNER LORENZ, «Inhalt und Umfang der Herausgabepflicht bei der Leistungskondition in rechtsvergleichender Sicht», en: *Ungerechtfertigte Bereicherung. Grundlagen, Tendenzen, Perspektiven*, 1984, pp. 127 ss. Un análisis crítico del enfoque alemán en JOHN P. DAWSON, «Erasable Enrichment in German Law», *Boston University Law Review*, 1981, pp. 271 ss. Por lo que se refiere al derecho americano, JOHN P. DAWSON, «Restitution without Enrichment», *Boston University Law Review*, 1981, pp. 563 ss. El sustrato histórico lo esbozo mi *Law of obligations*, pp. 895 ss.

⁶⁵ ENGLARD (ob. cit., nota 9), núm. 274.

⁶⁶ Sobre la dicotomía del sistema alemán de responsabilidad por enriquecimiento sin causa entre el *accipiens* de buena y de mala fe, véase LORENZ/CANARIS (ob. cit., nota 15), pp. 257 ss.

⁶⁷ Éste es un tradicional campo de batalla de la doctrina alemana del

Si lo que se quiere es sopesar los principios que se esconden detrás de las diversas soluciones de compromiso que se han adoptado en Europa, hay que recordar que, con el avance hacia un derecho contractual general, el derecho privado europeo ha superado el sistema romano de *condiciones* específicas. Así, se ha comprobado la extensión de la responsabilidad por enriquecimiento, de lo que constituye una prueba la generalización de la moderna acción de enriquecimiento por atribución, basada en obvias consideraciones de justicia conmutativa. Sin embargo, cuanto más dispuesto se está a asumir el principio de proscripción del enriquecimiento sin causa, más ansioso hay que sentirse por proteger los intereses razonables del deudor enriquecido. Que tiene que restituir el valor subsistente resulta evidente. También lo es que el *accipiens* de mala fe no merece protección: tiene que responder por el valor recibido. Pero, ¿qué sucede con el *accipiens* que ha dispuesto de buena fe del provecho atribuido? Después de todo, él había confiado en el carácter definitivo de la atribución y razonablemente podía pensar que el provecho era, y seguiría siendo, suyo.

Si es cierto que la misión de las normas sobre enriquecimiento sin causa no es la de resarcir las pérdidas patrimoniales, sino depurar las ganancias injustificadas⁶⁸, la atención debe centrarse, en primer lugar, en la posición del *accipiens*. Y si esto conlleva extender su responsabilidad hasta la totalidad de los provechos que posee sin causa, la misma consideración debe conducir a limitar su responsabilidad en aquellas situaciones en que su provecho, al tiempo de la reclamación,

enriquecimiento injusto. El problema nace del hecho que los redactores del BGB tenían en mente, sobre todo, la acción de enriquecimiento individual [cfr. KÖNIG (ob. cit., nota 42), pp. 81 ss.], y no trataron específicamente la situación del deudor por enriquecimiento que intenta accionar contra el acreedor por enriquecimiento, como cuando un contrato bilateral (que luego ha resultado ser nulo) ha sido ejecutado por ambas partes. Tres teorías distintas (la *Zweikonditionenlehre*, la famosa *Saldotheorie* y la *Lehre vom faktischen Synallagma*) se disputan el reconocimiento. Una visión de conjunto en ZIMMERMANN/DU PLESSIS (ob. cit., nota 15), pp. 40 ss.; además, KÖNIG (ob. cit., nota 42), pp. 81 ss.; LORENZ (ob. cit., nota 64), pp. 141 ss. (comparativo) y (ob. cit., nota 9), § 818, núms. 41 ss.

⁶⁸ Cfr. *supra*, apartado 1.

se haya evaporado. En otras palabras, la acción de restitución ha de devolver la situación económica del *accipiens* al *status quo ante*, pero no debe imponerle el sacrificio de una mengua patrimonial. (El derecho de daños, de nuevo, nos proporciona un paralelismo, pues su cometido es la compensación del daño sufrido, pero el evento dañoso no debe redundar en un beneficio para la víctima⁶⁹). Por consiguiente, si un ordenamiento jurídico decide, en principio, fijarse en el valor subsistente y no en el valor recibido, ello se debe a que desea proteger la buena fe del *accipiens* en el carácter definitivo de la atribución. En este razonamiento van implícitas las dos principales limitaciones al ámbito de aplicación del principio antes indicadas.⁷⁰ El *accipiens* de mala fe, evidentemente, responde por el valor recibido. El mismo criterio debe aplicarse a quienes han recibido sobre la base de un contrato bilateral (nulo). Si, por ejemplo, el comprador ha perdido, o destruido, el objeto de la venta, merece ser protegido en la medida en que podía legítimamente esperar que no tendría que retornarlo. Y, al mismo tiempo, tiene que aceptar que no recuperará el dinero pagado. La situación que el imaginaba era que podía hacer con la cosa entregada lo que le viniera en gana (de modo que no respondiera ante nadie si la perdiera o destruyera), pero sin derivar tal pérdida hacia el vendedor ni recuperar el precio de compra. Si luego resulta que el contrato es nulo, difícilmente puede esperar recobrar su dinero sin, a la vez, tener que devolver el objeto recibido. La protección de la confianza razonable sería excesiva si el comprador, como consecuencia de la invalidez del contrato, se encontrara en una posición que nunca hubiera podido razonablemente esperar.

Si se compara la orientación que toman los derechos civi-

⁶⁹ Por lo que tanto el derecho de daños como las normas sobre enriquecimiento injusto pueden ser descritas como ramas del «derecho de restitución».

⁷⁰ LARENZ/CANARIS (*ob. cit.*, nota 15), pp. 323 ss. Un estudio más minucioso en Claus-Wilhelm CANARIS, «Die Gegenleistungskondiktion», en: *Festschrift für Werner Lorenz*, 1991, pp. 19 ss.

les continentales modernos, tal como se acaba de perfilar, con la del derecho inglés, probablemente no se percibirán diferencias significativas por lo que se refiere a los resultados a que ha llegado la jurisprudencia en situaciones restitutorias típicas⁷¹. El principio general de proscripción del enriquecimiento sin causa ha sido finalmente reconocido por la *House of Lords*⁷². Va a tener lugar una revisión importante en tema del error en el enriquecimiento injusto: el *common law* avanza hacia una situación en que la restitución será concedida con independencia de si el *tradens* ha actuado movido por *error iuris* o *error facti*⁷³, lo que entraña una considerable extensión de la responsabilidad. Ello ha sido posible por la simultánea admisión de la excepción de cambio de posición⁷⁴.

Por consiguiente, se ha producido una destacable aproximación en los modelos de responsabilidad. Al mismo tiempo, no cabe negar que existen todavía diferencias considerables sobre como puede organizarse mejor este sector del derecho, diferencias que, a su debido tiempo, con el reconocimiento

⁷¹ Cfr. ZWIGERT/KÖTZ/WEIR (*ob. cit.*, nota 23), p. 590: «English law certainly allows a plaintiff to sue in most of the situations where he would have a claim for enrichment on the Continent». Desde entonces, ha habido ulteriores convergencias en otros aspectos. Paolo GALLO, «Unjust Enrichment: A Comparative Analysis», *AJCL*, 1992, pp. 431 ss., insiste repetidamente en las similitudes entre los derechos inglés y alemán [por ejemplo, pp. 445 ss. a propósito de las atribuciones sobre la base de un contrato nulo, o p. 456 tratando del importante problema del enriquecimiento indirecto (rechazo de la *actio de in rem verso*)].

⁷² En el caso *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, (1991) 2 Law Reports, Appeal Cases, p. 548. Cfr. Peter BIRKS, «The English Recognition of Unjust Enrichment», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1991, pp. 473 ss.; Sonja MEIER, «Bereicherungsanspruch, Dreipersonenverhältnis und Wegfall der Bereicherung im englischen Recht», *ZEuP*, 1993, pp. 365 ss. Véase también Lord GOFF OF CHIEVELEY, Gareth JONES, *The Law of Restitution*, 4.^a ed., 1993, pp. 12 ss. («The Principle of Unjust Enrichment»). Esta evolución había sido anticipada por Michael MARTINEK, «Der Weg des Common Law zur allgemeinen Bereicherungsklage - Ein später Sieg des Pomponius?», *RabelsZ*, 1983, pp. 294 ss. y 305 ss.

⁷³ Con más detalle, Peter BIRKS, «Konkurrierende Strategien und Interessen: Das Irrtumserfordernis im Bereicherungsrecht des common law», *ZEuP*, 1993, pp. 554 ss.

⁷⁴ *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, (1991) 2 A.C. 548; y véanse — GOFF/JONES (*ob. cit.*, nota 72), pp. 739 ss.; MEIER (*ob. cit.*, nota 72), pp. 377 ss.

del principio del enriquecimiento injusto como vínculo intelectual de todas las acciones de restitución, deberían igualmente desaparecer. En la actualidad, sin embargo, hay un sistema bastante complejo y fragmentado de motivos específicos para corregir el enriquecimiento injusto, que se han desarrollado a lo largo de los siglos de modo azaroso⁷⁵, y que son más el producto de accidentes históricos y de ficciones legales que el resultado de un proyecto racional. Algunos de los motivos más antiguos se han ido refinando y extendiendo, otros nuevos han sido aceptados. La expansión sigue⁷⁶, con el resultado que los espacios entre los distintos motivos se van reduciendo. Mas todavía no se ha producido un progreso real en el plano conceptual general⁷⁷. Así, se descubren todavía

⁷⁵ Un completo estudio de la evolución de la figura conocida como «implied assumption» en A. W. B. SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, 1975, pp. 489 ss.; DAWSON (ob. cit., nota 17), pp. 9 ss.; GOFF/JONES (ob. cit., nota 72), pp. 5 ss.; GALLO (ob. cit., nota 5), pp. 31 ss. Sobre un episodio particularmente importante, Peter Birks, «English and Roman Learning in *Moses v. Macferlan*», *Current Legal Problems*, 1984, pp. 9 ss.; Peter Birks, Grant McLeod, «The Implied Contract Theory of Quasi-Contract: Civilian Opinion Current in the Century Before Blackstone», *OJLS*, 1986, pp. 46 ss. Sobre la evolución general de los derechos inglés y norteamericano, George E. Palmer, «History of Restitution in Anglo-American Law», en: *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. X, cap. 3, 1989.

⁷⁶ GOFF/JONES (ob. cit., nota 72), pp. 14-15: «[t]he case law now demonstrates that the courts recognize that the principle of unjust enrichment unites restitutionary claims, and that the law is not condemned to "no further growth in this field" (...) The courts may well recognize new grounds to found a restitutionary claim (...) The judicial recognition of the unifying principle of unjust enrichment should encourage them to do so». Estos mismos autores proponen como nuevo motivo la «unconsciousnability» (pp. 43-44).

⁷⁷ Aunque diversos autores alemanes han observado que las categorías sugeridas por Goff y Jones en su influyente obra, «Where the Defendant has Acquired a Benefit from or by the Act of the Defendant», «Where the Defendant has Acquired from a Third Party a Benefit for which he must Account to the Plaintiff», «Where the Defendant has Acquired a Benefit through his own Wrongful Act» constituyen más que vagas reminiscencias de la taxonomía jurídica de WILBURG y VON CAEMMERER aceptada en el derecho alemán y que, por lo tanto, pueden convertirse en el punto de partida para una convergencia entre el derecho alemán y el derecho inglés incluso en un plano sistemático; véanse MARTINEK (ob. cit., nota 72), pp. 318 ss. y 330 ss.; KÖNIG (ob. cit., nota 42), p. 1521; LORENZ (ob. cit.,

principios diferentes que rigen las acciones que nacen del pago de sumas de dinero, de la recepción de servicios y de la entrega de bienes. Y, mientras que parece que existe amplio consenso que uno de estos grupos de casos puede ser reconducido al concepto general de «*restitution for wrongs*», no hay unanimidad sobre cómo tratar los otros casos.

Una clasificación especialmente influyente es la que ha propuesto Peter BIRKS⁷⁸, que ha ampliado más tarde Andrew BURROWS⁷⁹. Se refieren al enriquecimiento «por sustracción» el actor tiene que conectarse al enriquecimiento del demandado mostrando que la ganancia de éste se corresponde con el detrimento que él ha sufrido. Pero, además, el demandante tiene que acreditar que el enriquecimiento se ha producido en unas circunstancias que lo convierten en «injusto» ante el derecho. De este modo, se requiere una completa tipología de «*unjust factors*» para determinar cuándo debe concederse la restitución. Estos «*unjust factors*» incluyen el error, la ignorancia, la intimidación, la explotación, la coacción jurídica, la necesidad, la falta de «*consideration*», la ilegalidad, la incapacidad, las reclamaciones *ultra vires* de autoridades públicas y la posesión de los bienes del demandante sin su consentimiento⁸⁰.

Puede ser que la elaboración de una lista como ésta constituya un medio conveniente de sistematizar la casuística del *common law* inglés. En comparación con la moderna orientación de los ordenamientos civiles continentales, no parece, sin embargo, un esquema que se distinga por su elegancia. En primer lugar, no es muy ordenada. En la mayoría de los casos

nota 9), introducción a § 812 ss., núm. 17: «[b]ei allen Unterschieden im Detail (...) darf dies als eine Bestätigung dafür angenommen werden, daß die namentlich von Wilburg und v. Caemmerer herausgearbeitete Typologie der Bereicherungsansprüche offenbar weithin der Natur der Sache entspricht». Sobre la proximidad entre la orientación alemana e inglesa en un plano sustantivo, GALLO (ob. cit., nota 71), pp. 431 ss., 445 ss., 448 ss. 456 y 465.

⁷⁸ *An Introduction to the Law of Restitution*, 1989 (edición revisada).

⁷⁹ *The Law of Restitution*, 1993, pp. 16 ss.

⁸⁰ Esta enumeración procede de los títulos de los capítulos 3 a 13 del libro de Andrew Burrows.

se trata de una situación en que la atribución se ha realizado, pero el caso de la ignorancia representa una excepción⁸¹. En segundo lugar, no es completa. Nuevos «*unjust factors*» pueden ser admitidos, por lo que la incertidumbre jurídica sigue. En tercer lugar, exige que la autoridad judicial y la doctrina tengan que analizar diez o más motivos específicos de restitución, varios de los cuales (error, intimidación, explotación) ocasionan serios problemas de delimitación. En cuarto lugar, esta fragmentación es innecesaria, pues poner el centro de atención solo en la «atribución sin causa» no conduce a una responsabilidad desenfrenada de lo que es buena prueba el *civil law*. Y, en quinto lugar, la insistencia en «*unjust factors*» específicos no contribuye a la economía interna del ordenamiento jurídico, ya que conduce a una desafortunada duplicación de problemas. El error, en ciertas ocasiones, provoca la invalidez del contrato. También constituye la base de una acción de restitución. ¿Qué relación hay entre ellos? ¿Por qué se recurre a la misma figura en dos contextos distintos? ¿Por qué se desarrollan dos conjuntos de normas diferentes para establecer qué errores deben ser tenidos en cuenta? Resulta difícil entender por qué compete a las normas sobre enriquecimiento sin causa el trabajo de solucionar el destino de las relaciones contractuales entre *tradens* y *accipiens*.

En resumen, pues, es difícilmente imaginable que un ordenamiento jurídico que acometa la tarea de reorganizar sus normas sobre enriquecimiento injusto pueda tomar como ejemplo al derecho inglés. El derecho escocés, cuya dirección futura es ahora objeto de análisis, tiene por lo menos razón para actuar así, pues la doctrina le ha implantado el germen de la moderna acción de enriquecimiento por atribución de los ordenamientos continentales: la *condictio indebiti*⁸³.

⁸¹ Sobre la ignorancia, BIRKS (*ob. cit.*, nota 78), pp. 140 ss.; BURROWS (*ob. cit.*, nota 79), pp. 139 ss.; pero véase GOFF/JONES (*ob. cit.*, nota 72), pp. 107-108.

⁸² Obviamente, la base debe radicar (como en los ordenamientos de *civil law*) en que no cabe la restitución si el contrato es válido.

⁸³ Jacques DU PLESSIS, Hartmut WICKE, «Woolwich Equitable v. IRC and the Condictio Indebiti in Scots Law», *Scots Law Times (News)*, 1993, pp. 303 ss.; Robin EVANS-JONES, «From "Undue Transfer" to "Retention

Dicho sea de paso, lo mismo le sucede al actual derecho romano-holandés en Sudáfrica⁸⁴.

10

Hay que ocuparse ahora de las acciones de enriquecimiento por cualquier otro medio. Su primer común denominador es de carácter negativo: el enriquecimiento que se pretende reparar no se ha producido por vía de atribución (o sea, no es el resultado de una entrega consciente y deliberada de una persona que ahora persigue recuperar lo entregado). Resulta muy difícil, si no imposible, encontrar un denominador general, positivo y operativo. Las acciones de enriquecimiento por cualquier otro medio forman una colección algo heterogénea de situaciones y, además, su ámbito de aplicación puede variar incluso de modo más amplio que en el caso del enriquecimiento por atribución. De nuevo, es necesario tener en cuenta su interacción con otras áreas del derecho privado. Una interacción que es algo más compleja que cuando se trata del enriquecimiento por atribución que, como se ha dicho, complementa al derecho contractual. Por supuesto que existen diferencias relevantes entre los ordenamientos jurídicos modernos por lo que se refiere, por ejemplo, a la

«without Legal Basis» (The *condictio indebiti* and *condictio ob turpem vel iniustam causam*), en: *idem*, *The Civil law tradition in Scotland* (1995), pp. 213 ss. La *condictio indebiti*, por supuesto, no es aplicable cuando alguien quiere resolver el contrato a causa del incumplimiento de la contraparte y recuperar lo que ha entregado. Según el derecho inglés, este supuesto se integra en el *law of restitution*. En Alemania, debe recurrirse a remedios contractuales. Para un estudio comparativo, ENGLARD (*ob. cit.*, nota 9), núm. 132 ss. Por lo que se refiere a Escocia, Robin EVANS-JONES, Johann Andreas DIECKMANN, «The dark side of *Connely v. Simpson*», *Juridical Review*, 1995, pp. 90 ss.

⁸⁴ D. P. VISSER, en: D. HUTCHISON (ed.), *Wille's Principles of South African Law*, 8.^a ed., 1991, pp. 630 ss. (pp. 636-637); Wouter DE VOS, *Verrykingsaanspreklikeid in die Suid-Afrikaanse Reg*, 3.^a ed., 1987, pp. 153 ss.; D. H. VAN ZYL, «The General Enrichment Action is Alive and Well», *Acta Juridica*, 1992, pp. 115 ss. Sobre la acción general de enriquecimiento que antaño existió en el derecho romano-holandés clásico, véase mi *Law of obligations*³, pp. 885 ss.; VISSER (*ob. cit.*, nota 38), pp. 370 ss.

relación entre la transmisión de la propiedad y el contrato subyacente, pero, aunque afectan al ámbito de aplicación de las normas sobre enriquecimiento injusto, son de naturaleza eminentemente técnica, y no alteran el hecho de que siempre que se ha transmitido un objeto «sin causa» hay que refugiarse en la acción de enriquecimiento por atribución. La situación es algo distinta cuando se trata del enriquecimiento por cualquier otro medio.

Un examen de los modernos ordenamientos jurídicos continentales permite comprobar que, típicamente, consideran la acción general de enriquecimiento como una especie de remedio residual que cubre cualquier otro supuesto distinto del enriquecimiento por atribución. Es verdad que esto no es del todo cierto por lo que se refiere al derecho francés. A causa del ámbito comparativamente limitado de la *repetition de l'indu*, las reclamaciones derivadas de la recepción de servicios o nacidas de un supuesto de *causa data causa non secuta* han de ser conducidas al «*enrichissement sans cause*», la famosa acción general de enriquecimiento configurada en 1892 por la *Court de Cassation* sobre los cimientos más bien insuficientes de la *actio de in rem verso*⁸⁵. Pero sí que vale para los derechos suizo⁸⁶ y alemán⁸⁷ se aplica al derecho austriaco⁸⁸ y se refleja en el actual derecho holandés, por más

⁸⁵ Para su evolución histórica, cf. *Levy, ob. cit.*, pp. 878 ss.; GALLO (*ob. cit.*, nota 5), pp. 99 ss. Más detalles sobre su aplicación en ZWEIGER/KÖTZ/WEIR (*ob. cit.*, nota 23), pp. 586 ss.; FERID/SONNENBERGER (*ob. cit.*, nota 31), pp. 435 ss.; STARK/ROLAND/BOYER (*ob. cit.*, nota 32), núm. 1796 ss.

⁸⁶ Art. 621 OR y el estudio de Walter R. SCHLUEP, «Über Eingriffskonditionen», en: *Mélanges Paul Pfister*, 1990, pp. 173 ss.

⁸⁷ § 812 III 2: «Alternativa [o de cualquier otro modo]». Los fundamentos esenciales para estructurar este sector del derecho fueron establecidos por WILBURG (*ob. cit.*, nota 5), pp. 22 ss. y VON CAEMMERER (*ob. cit.*, nota 14), pp. 209 ss. Para una visión de conjunto en inglés de la taxonomía de Wilburg y von Caemmerer, ZIMMERMANN/DÜ PLESSIS (*ob. cit.*, nota 9), pp. 24 ss.

⁸⁸ La discreta base para la acción general de enriquecimiento por otro medio es el § 1041 ABGB; un análisis de su evolución en WILBURG (*ob. cit.*, nota 5), pp. 52 ss.; Berthold KUPISCH, «Franz v. Zeiller und die "Eingriffskondiktion" des § 1041 ABGB», en: Walter SELB, Herbert HOFMEISTER (eds.), *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1825)*, 1980, pp. 134 ss.

que la regulación legal del enriquecimiento injusto en el nuevo Código civil holandés sigue esencialmente el modelo francés⁸⁹.

11

El grupo más importante de casos que se subsumen en esta amplia categoría residual es lo que la doctrina alemana denomina enriquecimiento por intromisión («*Eingriffskondiktion*»): el enriquecimiento injustificado se ha producido como consecuencia de la interferencia en los derechos de otra persona. Se basa en consideraciones de política jurídica⁹⁰. Así, en cada ordenamiento jurídico hay un número de posiciones jurídicas que son «asignadas» a una determinada persona. El primer ejemplo lo constituye la propiedad: el propietario tiene el uso y disfrute y puede excluir al resto de cualquier interferencia. Y hay toda una serie de posiciones jurídicas dotadas del mismo grado de exclusividad: *copyright*, derecho de patente, el derecho a la propia imagen y al nombre, entre otras en las que con frecuencia se producen intromisiones. Es evidente que cualquier persona que interfiere en estos derechos ilícitamente, ya sea por negligencia o de forma intencionada, es responsable por daños. Pero la acción de responsabilidad extracontractual requiere que se prueben los daños. Y cabe imaginar situaciones en que el demandante no ha sufrido ningún menoscabo. Si alguien utiliza el retrato de otra persona para anunciar sus productos, ésta no resulta perjudicada, por lo menos en su situación económica. Igualmente, puede resultar difícil para el demandante la prueba de la

⁸⁹ Art. 6:212 BW: «[E]l que se haya enriquecido injustamente a costa de otro, está obligado, en cuanto esto sea razonable, a indemnizar el daño suyo hasta el importe de su enriquecimiento». Con detalle, HARTKAMP (*ob. cit.*, nota 35), núm. 349 ss.

⁹⁰ Véanse, en particular, REUTER/MARTINEK (*ob. cit.*, nota 9), pp. 234 ss.; Peter SCHLECHTRIEM, «Güterschutz durch Eingriffskondiktion», en: *Ungerechtfertigte Bereicherung. Grundlagen, Tendenzen, Perspektiven*, 1984, pp. 57 ss.; SCHLUEP (*ob. cit.*, nota 86), pp. 187 ss. y 196 ss.; LORENZ (*ob. cit.*, nota 9), § 812, núm. 23 ss.; LARENZ/CANARIS (*ob. cit.*, nota 15), pp. 69 ss.

culpa del agente. Y, sin embargo, no parece correcto que a éste se le acabe autorizando a beneficiarse por medio de la interferencia en un derecho que el ordenamiento jurídico ha asignado específicamente al demandante. Por ello, se le concede la «*Eingriffskondiktion*» con el fin de que depure el enriquecimiento. Es en estos supuestos en los que el requisito «a costa de» entra en escena, ya que permite determinar quién es el sujeto legitimado para reclamar en tanto que titular del derecho en que se ha sufrido la intromisión.

Un aspecto de particular importancia, en este contexto, consiste en determinar el abanico de posiciones jurídicas protegidas por medio de la acción de enriquecimiento por intromisión, puesto que hay que tener cuidado en no esterbar las actividades competitivas normales que constituyen un elemento nuclear de la moderna economía de mercado.⁹¹ Cualquier beneficio que consigue una empresa siempre puede decirse que lo ha sido «a costa» de sus competidores. Por eso, lo que hay que buscar es un indicador de donde el ordenamiento jurídico sitúa la línea divisoria, para lo que puede acudirse, por lo menos en el derecho alemán, al derecho de daños⁹², ya que aquí la ley ofrece una regulación distinta si las posiciones jurídicas son asignadas exclusivamente a personas individuales y, por tanto, merecen ser protegidas contra interferencias. También encarna el criterio más natural para circunscribir el ámbito de aplicación del enriquecimiento por intromisión: se trata exclusivamente de beneficios que derivan de la interferencia en el derecho de otro, en tanto que es digno de protección extracontractual (y en tanto que, por supuesto, esa interferencia sólo se autorizaría a cambio de compensación económica)⁹³.

Entonces es evidente que el enriquecimiento por intromisión y la responsabilidad extracontractual están íntima-

mente vinculados. Ambos conjuntos de reglas se ocupan de la protección de intereses legales, y en ambos casos quienes sufren la interferencia en sus derechos pueden renunciar a la protección. Si alguien autoriza a otra persona para que la fotografíe con fines publicitarios, carece tanto de acción por daños como de pretensión de restitución de los beneficios que se obtengan. Pero entre ambos instrumentos existe una diferencia esencial. Una persigue la compensación de la pérdida ocasionada, la otra la restitución de provechos. Un demandante que reclama el enriquecimiento causado por intromisión no tiene, pues, que probar los daños. Y la restitución tampoco presupone una desviación del provecho, en el sentido de que lo que ahora posee el demandado debería haberse hallado primero en el patrimonio del demandante. Basta con que estuviera *potencialmente* presente en él: debe haber sido obtenido de un derecho de que sólo el demandante estaba legitimado para disponer. Éste es el significado legal del requisito de «a costa de» (del actor)⁹⁴.

12

Los derechos suizo y austriaco han evolucionado hacia un modelo de responsabilidad por enriquecimiento basado en intromisión muy similar⁹⁵. El derecho inglés tampoco difiere sustancialmente en este aspecto⁹⁶, pues no requiere la prueba de la pérdida patrimonial en la medida en que se trata de la restitución que constituye parte del sistema de responsabilidad extracontractual y reconoce, igualmente, la categoría de «*restitution for wrongs*», que son supuestos en los que el demandado se ha enriquecido causando un daño al actor. GOFF y JONES describen la situación como aquella en la que

⁹¹ LARENZ/CANARIS (*ob. cit.*, nota 15), pp. 134-135.

⁹² LARENZ/CANARIS (*ob. cit.*, nota 15), pp. 170-171. La cuestión es muy discutida. Sin embargo, SCHLUEP (*ob. cit.*, nota 86), p. 190, observa que las posturas se han acercado en los últimos años.

⁹³ LARENZ/CANARIS (*ob. cit.*, nota 15), pp. 171-172 («*Entgeltspflichtigkeit*» del interés interferido).

⁹⁴ Esto es ampliamente aceptado en el derecho alemán. Véanse WILBURG (*ob. cit.*, nota 5), pp. 126 ss.; ESSER/WEYERS (*ob. cit.*, nota 15), pp. 468-469; WESTERMANN (*ob. cit.*, nota 9), § 812, núm. 64; LORENZ (*ob. cit.*, nota 9), § 812, núm. 24.

⁹⁵ SCHLUEP (*ob. cit.*, nota 86), p. 183; SCHULIN (*ob. cit.*, nota 37), art. 62, núm. 13 y 55; RUMMEL (*ob. cit.*, nota 36), § 1431, núm. 4.

⁹⁶ Así lo ha puesto de relieve GALLO (*ob. cit.*, nota 71), pp. 448 ss. Véase también GOFF/JONES (*ob. cit.*, nota 72), pp. 714-715 y 726-727.

el demandado ha obtenido un provecho en virtud de su propio acto dañoso⁹⁷. Por supuesto que las soluciones en los derechos alemán e inglés no son idénticas. Se diferencian en el abanico de daños que permiten acudir a este remedio, puesto que las respectivas normas de derecho de daños no son totalmente coincidentes. Con todo, la estructura de esta específica acción de enriquecimiento parece ser esencialmente compatible.

Menos compatibles son el derecho francés y los ordenamientos jurídicos que siguen su enriquecimiento, ya que aquí la «restitución por daños» ha sido absorbida por la acción general de enriquecimiento que no sólo exige «enrichissement» del demandado sino también un correlativo «appauvrissement» del demandante⁹⁸. Además, posee un carácter estrictamente subsidiario⁹⁹, un rasgo que se halla presente también en el Código italiano¹⁰⁰ y que, en cambio, ha sido abandonado por el legislador holandés¹⁰¹. La justificación que usualmente se ofrece de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento es

⁹⁷ *Supra*, nota 72, pp. 641 ss. Véase también BIRKS (*ob. cit.*, nota 78), pp. 313 ss. y BIRROWS (*ob. cit.*, nota 79), pp. 376 ss.

⁹⁸ Para un estudio comparativo general, GALLO (*ob. cit.*, nota 5), pp. 363 ss.

⁹⁹ STARGK/ROLAND/BOYER (*ob. cit.*, nota 32), núm. 1812; MALAURIE/AYNES (*ob. cit.*, nota 32), núm. 948; RESCIGNO (*ob. cit.*, nota 34), arts. 2041-2042, núm. 3; HARTKAMP (*ob. cit.*, nota 35), núm. 354. Una crítica en GALLO (*ob. cit.*, nota 5), pp. 397 ss. y 447 ss. De nuevo, el Código civil holandés ha llegado a una conclusión lógica al someter la acción basada en «ongerechtigde verrijking» a las normas reguladoras de la compensación por pérdida patrimonial (Libro VI, Título 1, Sección 10 del BW). Este es el significado del hecho que, según el art. 6:212, quien se ha enriquecido injustificadamente a costa de otro debe resarcirlo («diens schade te vergoeden»). Cfr. HARTKAMP (*ob. cit.*, nota 35), núm. 363.

¹⁰⁰ STARGK/ROLAND/BOYER (*ob. cit.*, nota 32), núm. 1820; MALAURIE/AYNES (*ob. cit.*, nota 32), núm. 955. En este contexto, «subsidiario» significa que el demandante debe carecer de cualquier otro remedio (de cualquier clase). El «principio de subsidiariedad» alemán, por su parte, simplemente se ocupa de la relación entre enriquecimiento por atribución y enriquecimiento por cualquier otro medio y funciona sólo en los casos de enriquecimiento de un tercero. Una visión de conjunto en ZIMMERMANN/DU PLESSIS (*ob. cit.*, nota 9), pp. 36 ss.

¹⁰¹ Art. 2042 *Codice civile*.

¹⁰² HARTKAMP (*ob. cit.*, nota 35), núm. 360.

que quien puede demandar por daños (o con base en un contrato) no puede decirse que sufra «appauvrissement». Este argumento no resulta convincente, porque también podría razonarse, inversamente, que quien dispone de una acción de enriquecimiento no ha sufrido daño¹⁰³. La falta de interés, en comparación, en una acción fundada en el beneficio obtenido como remedio procesal para la reparación del daño ocasionado en países como Francia, Italia y Holanda se explica, fundamentalmente, por la estrecha relación existente entre la restitución por daños y la responsabilidad extracontractual; ya que en todos estos países rige la famosa cláusula general de responsabilidad por daños según la que «[t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer»¹⁰⁴. No existe una enumeración de derechos e intereses, de modo que la protección extracontractual se encuentra más fácilmente al alcance que en el derecho alemán¹⁰⁵ y no puede servir de test adecuado para circunscribir el ámbito de aplicación de una acción de enriquecimiento por intromisión. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta el amplio espectro que se otorga en el derecho francés a la adquisición de la propiedad de buena fe en el derecho francés («En fait de meubles, la possession vaut titre»)¹⁰⁶. Por lo tanto, por lo que se refiere a los bienes muebles, no existe demasiado espacio para que responda por enriquecimiento el poseedor de buena fe.

Esto no significa, sin embargo, que todas las diferencias entre los derechos francés y alemán sean de este calado. Por

¹⁰³ SCHLUEP (*ob. cit.*, nota 86), p. 184.

¹⁰⁴ Art. 1382 *Code civil*; véase también art. 2043 *Codice civile*; art. 6:162 BW (y art. 1401 antiguo BW).

¹⁰⁵ § 823 I BGB. Lo que quizá resulta más obvio es que el derecho francés no dispone de una norma como el § 816 I.1 BGB, la emanación concreta más importante del enriquecimiento basado en intromisión [véase ZIMMERMANN/DU PLESSIS (*ob. cit.*, nota 9), p. 27]. En Francia, el art. 1382 *Code civil* cubre estos supuestos; véase KÖNIG (*ob. cit.*, nota 15), p. 173.

¹⁰⁶ Art. 2279 *Code civil*; con más detalle, FERD/SONNENBERGER (*ob. cit.*, nota 31), pp. 558 ss. Con carácter general sobre la historia de la adquisición de bienes muebles de buena fe en la historia jurídica europea, Werner HINZ, «Die Entwicklung des gutgläubigen Fahrnisserwerbs in der europäischen Rechtsgeschichte», *ZEuP*, 1995, pp. 398 ss.

un lado, el derecho alemán también reduce el espectro de su «*Eingriffskondiktion*» a fin de proteger a los poseedores de buena fe. Es cierto que la adquisición de la propiedad de buena fe sólo es parte de la respuesta, puesto que no tiene lugar cuando el propietario ha perdido su titularidad por sustracción o de otro modo ¹⁰⁷. Pero los §§ 987 ss. contienen un complejo conjunto de normas que extienden la protección a todos los supuestos en que concurre una (denominada) «relación propietario-poseedor» ¹⁰⁸. Por otra parte, los tribunales franceses, por lo menos de forma ocasional, han admitido una acción de enriquecimiento por intromisión. Por ejemplo, una compañía que utilizaba las tuberías del demandante para distribuir el agua a sus consumidores fue obligada a pagar por su uso, con fundamento en el «*principe d'équité qui nul ne peut sans juste cause s'enrichir aux dépens d'autrui*» ¹⁰⁹. De este modo, por lo menos puede decirse que algún tipo de acción de enriquecimiento está disponible en la mayoría de los ordenamientos jurídicos para afrontar los supuestos de intromisiones ¹¹⁰.

Otra de las acciones de enriquecimiento por cualquier otro medio que se admite en el derecho alemán se ocupa de la restitución de gastos no autorizados en los bienes de otro («*Verwendungskondiktion*») ¹¹¹. No obstante, su campo de

¹⁰⁷ §§ 929, 932, 935 BGB.

¹⁰⁸ Brevemente explicada en Reinhard ZIMMERMANN, «Civil Code and Civil Law: The Europeanization of Private Law within the European Community and the Re-Emergence of a European Legal Science», *Columbia Journal of European Law* 1994/1995, pp. 63 ss. Con carácter general sobre la relación entre las normas relativas a la «relación propietario-poseedor» y las acciones de enriquecimiento injusto, véase LORENZ (ob. cit., nota 9), Introd. a § 812 ss., núm. 39 ss.; LARENZ/CANARIS (ob. cit., nota 15), pp. 338 ss.

¹⁰⁹ El caso es analizado por ZWIEGERT/KÖTZ/WEIR (ob. cit., nota 23), p. 587; SCHLUEP (ob. cit., nota 86), p. 177; KÖNIG (ob. cit., nota 15), p. 174.

¹¹⁰ Véase, desde un punto de vista de derecho comparado, GALLO (ob. cit., nota 5), pp. 363 ss.

¹¹¹ VON CAEMMERER (ob. cit., nota 14), pp. 241 ss.; KÖNIG (ob. cit.,

aplicación se restringe en la medida en que el BGB establece reglas especiales para todos aquellos supuestos en los que quien realiza los gastos es el poseedor. Según el § 994 ss. BGB, el poseedor (de buena fe) está legitimado para reclamar los gastos necesarios, y con carácter general también los gastos que han incrementado el valor de la cosa siempre que se hayan efectuado antes de intentar la acción y de que el poseedor sepa que carece de título que legitime su posesión. Estos preceptos plantean no pocos problemas, pero, en general, el derecho alemán se toma seriamente la protección del poseedor de buena fe. El Código civil francés se inscribe en la misma línea, ya que contiene diversas normas específicas sobre mejoras efectuadas erróneamente en propiedad ajena ¹¹². Se basan en la idea general que «l'équité, qui ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, m'accorde, en ce cas, contre la subtilité du droit, une action contre vous, pour répéter de vous les frais de ma gestion, jusqu'à concurrence de ce que vous en avez profité» ¹¹³. «Contre la subtilité du droit»: esto suponía un proyectil contra la estrechez del enfoque del derecho romano en esta materia que, no obstante, ya había sido abandonado por los autores del *ius commune*, al extender la *actio negotiorum gestorum contraria* ¹¹⁴. Por ello, aún hoy, la liquidación de los gastos y su reembolso está situada en el derecho francés entre «l'enrichissement sans cause» y la «gestion des affaires» ¹¹⁵.

nota 42) pp. 1568 ss.; LIEB (ob. cit., nota 16), § 812, núm. 249 ss.; LARENZ/CANARIS (ob. cit., nota 15), pp. 188 ss. Un estudio de derecho comparado en GALLO (ob. cit., nota 5), pp. 451 ss.

¹¹² FERID/SONNENBERGER (ob. cit., nota 31), pp. 433-434; KÖNIG (ob. cit., nota 42), pp. 1572 y 1573.

¹¹³ Robert Joseph POTHIER, *Traité du contrat de mandat* (appendice), núm. 189, en: *Oeuvres de Pothier* (vol. IV, 1824).

¹¹⁴ Véanse D. H. VAN ZYL, *Negotiorum gestio in South African Law*, 1985, pp. 84 ss.; *Law of Obligations*, pp. 875 ss.; Marleen H. J. VAN DER HORST, *Compensation for Improvements: The Roman-Dutch Law in Sri Lanka*, 1989; VISSER (ob. cit., nota 38), pp. 421 ss.

¹¹⁵ Una de las razones de ello radica en la tendencia de la jurisprudencia francesa a extender el campo de aplicación de la *negotiorum gestio* por medio de no insistir en la voluntad del gestor de actuar en interés ajeno; cfr. FERID/SONNENBERGER (ob. cit., nota 31), p. 321; también WILBURG (ob. cit., nota 5), pp. 82 ss.

La íntima relación con la *negotiorum gestio*, de paso, también explica la reticencia tradicional del derecho inglés a conceder acción en este caso, puesto que mientras que a la jurisprudencia y la doctrina continentales les gusta fomentar las actuaciones útiles en interés de otras personas, el derecho angloamericano siente cierta inquietud por el intrusismo. La cita de las palabras de Bowen LJ en el caso *Falke v. Scottish Imperial Insurance Co.* es frecuente: «[t]he general principle is, beyond all question, that work and labour done or money expended by one man to preserve or benefit the property of another do not according to English law create any lien upon the property saved or benefited, nor, even if standing alone, create any obligation to repay the expenditure»¹¹⁶. Sin embargo, el contraste entre la orientación del *civil law* y del *common law* no es tan abismal como se desprende de la cita. Por lo que se refiere a los gastos necesarios, la doctrina de la «agency by necessity» — basada históricamente en usos marítimos — suele constituir el fundamento de la reclamación.¹¹⁷ Además, incluso la jurisprudencia inglesa parece estar dispuesta a aceptar una acción de restitución si se puede demostrar que el demandado se ha beneficiado de forma incontrovertible por los servicios que se le han prestado.¹¹⁸ Hasta ahora, sin embargo, no se ha aplicado a las mejoras por error en la propiedad inmueble. Pero en cuanto a los muebles, hay que tener en cuenta la sentencia de la «Court of Appeal» en el caso *Greenwood v. Bennett*¹¹⁹, en el que se concedió al demandante el derecho a recuperar los gastos (creyendo ser el propietario de un coche, invirtió una suma considerable en

¹¹⁶ (1887) 34 Chancery Division 234 (Court of Appeal), p. 248.

¹¹⁷ Samuel S. S. ONIAR, «Negotiorum gestio», en: *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. X, 17-1984, núm. 58; GOFF/JONES (ob. cit., nota 72), pp. 363 ss.; Lee W. J. AITKEN, «Negotiorum gestio and the Common Law: A Jurisdictional Approach», *Sydney Law Review*, 1988, pp. 585 ss. y 591 ss.; Daniel FRIEDMAN, Nili COHEN, «Payment of Another's Debt», en: *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. X, cap. 10, 1991, núm. 16 ss.; GALLO (ob. cit., nota 5), pp. 546 ss.

¹¹⁸ GOFF/JONES (ob. cit., nota 72), pp. 166 ss.; GALLO (ob. cit., nota 5), pp. 454 ss.

¹¹⁹ [1971] 1 Queen's Bench, p. 195 (véase especialmente la ponencia de Lord Denning en p. 201).

arreglarlo sin que lo supiera su verdadero propietario). Y en 1977 se legitimó legalmente a quien realice mejoras erróneamente, siempre que se basara en una «wrongful interference»¹²⁰.

No ha de resultar muy difícil admitir la «*Verwendungskondiktion*» a un ordenamiento jurídico que siempre ha reconocido la doctrina de la *negotiorum gestio* y que, además, ha contemplado como un supuesto paradigmático del remedio llamado «recompense»¹²¹ la reclamación del poseedor de buena fe por las mejoras realizadas por error en propiedad ajena, en tanto que emanación de un derecho general de enriquecimiento sin causa.

Que un ordenamiento jurídico necesite lo que en el derecho alemán se conoce como «*Rückgriffskondiktion*» (una acción de enriquecimiento basada en el pago de una obligación ajena)¹²² depende, en primer lugar, de si existen otras vías alternativas de reparación. En derecho alemán, por ejemplo, existe el mecanismo de la *cessio legis* (una cesión por mandato de la ley)¹²³. Es el caso en que dos o más personas están obligadas solidariamente¹²⁴. Normalmente, los

¹²⁰ GOFF/JONES (ob. cit., nota 72), p. 174.

¹²¹ Véase Niall R. WHITTY, «Die Reform des schottischen Bereicherungsrechts», *ZEuP*, 1995, pp. 228 ss.

¹²² Como en el caso de la «*Verwendungskondiktion*», es el propio acreedor por enriquecimiento quien ha causado el desplazamiento de los bienes por un acto propio. Esta es la razón por la que se trata de estas dos clases de acciones de enriquecimiento bajo la denominación «*Aufwendungskondiktion*» (véase el § 3 del Proyecto de König y, también, LARENZ/CANARIS (ob. cit., nota 15), pp. 188 ss. El acto del acreedor por enriquecimiento, sin embargo, no constituye una «atribución» en el sentido que antes se ha analizado. Más sobre la «*Rückgriffskondiktion*» en von Caemmerer (ob. cit., nota 14), pp. 237 ss.; KÖNIG (ob. cit., nota 42), pp. 1564 ss.

¹²³ Un estudio de derecho comparado sobre las técnicas jurídicas utilizadas en los derechos alemán, francés y angloamericano (principalmente la subrogación, aparte de la *cessio legis*) en FRIEDMAN/COHEN (ob. cit., nota 117), núm. 16 ss.

¹²⁴ Véase § 421 BGB.

codeudores son responsables por cuotas iguales¹²⁵. Si uno de ellos paga (toda) la deuda, puede reclamar a los otros su cuota respectiva. Pero no tiene que ampararse en una acción de enriquecimiento, puesto que, según el § 436.II BGB, se le transfiere el crédito que tenía el acreedor contra los restantes deudores. Lo mismo sucede cuando el fiador paga al acreedor: se le transfiere el crédito del acreedor contra el deudor principal por mandato de la ley (§ 774.I BGB). La principal situación que permanece sin una regulación específica es aquella en que un tercero voluntariamente paga la deuda de otra persona. Según el derecho alemán, la deuda se extingue sin que se requiera la aprobación del deudor (§ 267.I BGB). Si el tercero que paga no desea gestionar los asuntos del deudor, no le cabe recuperar lo que ha pagado por medio de la *negotiorum gestio*. Puesto que no quiere efectuar una atribución al deudor, tampoco está legitimado para interponer una acción de enriquecimiento por atribución. En este caso, tendrá que concedérsele una «*Rückgriffskondiktion*» para que pueda repetir del deudor simplemente sobre la base del beneficio que ha experimentado (la liberación de la deuda) sin causa y a costa del tercero. El campo de aplicación de esta acción es bastante limitado, ya que pocas personas pagan deudas ajenas sin que se les haya solicitado o sin creer que están pagando una deuda propia¹²⁶. Un aspecto problemático de la concesión de esta acción de enriquecimiento es que comporta la liberación del deudor sin su consentimiento y que acarrea la sustitución del primer acreedor por el nuevo acreedor. Sin embargo, puede argumentarse que el deudor, salvo pacto en contrario, no tiene por qué confiar en que el acreedor originario se mantendrá¹²⁷. Al fin y al cabo, la cesión tampoco requiere el consentimiento del deudor.

Por lo general, este parece ser el paradigma también en otros ordenamientos continentales¹²⁸. La legitimación de los

¹²⁵ § 426.I BGB.

¹²⁶ Véase el estudio comparado de FRIEDMAN/COHEN (*ob. cit.*, nota 117), núm. 49 ss.

¹²⁷ Dieter MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 15.^a ed., 1991, núm. 952.

¹²⁸ FRIEDMAN/COHEN (*ob. cit.*, nota 117), núms. 3 y 9.

terceros para pagar deudas ajenas ya se había reconocido en el derecho romano: «[s]olvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum»¹²⁹. En el *ius commune*, la *actio negotiorum gestio (contraria)* se empleaba, también, para articular el derecho de repetir del deudor¹³⁰. Fue usada igualmente en Francia¹³¹ y constituye la base de la «*Rückgriffskondiktion*» alemana¹³². Su estrecha vinculación con la *negotiorum gestio* explica la reticencia de la jurisprudencia inglesa a conceder la acción de restitución. El pago de la deuda de otra persona constituye, por encima de todo, otra modalidad de intermediación oficiosa que no debe ser alentada. De acuerdo con una opinión tradicional, ni tan sólo extingue la deuda, por lo que no existe base para una reclamación al deudor¹³³. Aunque hay excepciones a la regla, cuando el pago sin autorización del deudor se hace bajo «compulsión jurídica», la deuda se extingue y se concede al tercero derecho de repetir¹³⁴. La compulsión, aquí, cumple una doble función: constituye la causa de extinción y, al mismo tiempo, el «*unjust factor*» que pone en movimiento la acción de restitución (se subsume, en el esquema de Peter BIRKS, en el «*enrichment by subtraction*»)¹³⁵. Hay otras excepciones y parece que la lista aumenta. Incluso se abre paso el argumento que los pagos no autorizados por el deudor deberían, en principio, extinguir la

¹²⁹ Gai. D. 3, 5, 38; cfr. también Gai. D. 46, 3, 53. Véase mi *Law of obligations*³, p. 752. Por lo que se refiere al derecho francés, art. 1236 *Code civil*.

¹³⁰ FRIEDMAN/COHEN (*ob. cit.*, nota 117), núm. 9.

¹³¹ Más en último caso, también se podía recurrir al «*enrichissement sans cause*» KÖNIG (*ob. cit.*, nota 42), p. 1571; FRIEDMAN/COHEN (*ob. cit.*, nota 117), núm. 15; FERD/Sonnenberger (*ob. cit.*, nota 31), p. 321.

¹³² KÖNIG (*ob. cit.*, nota 42), pp. 1564 ss.

¹³³ GOFF/JONES (*ob. cit.*, nota 72), pp. 17-18: «[i]t is not (...) easy to discharge another's debt in English law. This will occur only if the debtor authorised, or subsequently ratified, the payment. There are few exceptions to this principle, which appears to be of little merit now that debts are freely assignable»; Peter BIRKS, Jack BEATSON, «Unrequested Payment of Another's Debt», *LQR*, 1976, pp. 188 ss.; y véase FRIEDMAN/COHEN (*ob. cit.*, nota 117), núm. 4.

¹³⁴ Más detalles en GOFF/JONES (*ob. cit.*, nota 72), pp. 299 ss.

¹³⁵ BIRKS (*ob. cit.*, nota 78), pp. 185 ss.; WHITTY (*ob. cit.*, nota 121), pp. 229 ss.

deuda¹³⁶. Mas todavía se requiere un «*unjust factor*» específico (error, necesidad) para que proceda la restitución. Por lo tanto, por lo menos en principio, puede que el *common law* se encamine a un cambio de su concepción restrictiva. Por ello, un ordenamiento jurídico que siempre ha seguido la orientación continental por lo que se refiere al pago de deudas ajenas¹³⁷, sería poco prudente si no considerara un mecanismo de restitución generalizado en la línea de la «*Rückgriffskondition*».

Llegados a este punto, lo normal sería hacer un resumen final o sentar algunas conclusiones. En vez de ello, quisiera facilitar una traducción¹³⁸ del proyecto de ley sobre enriquecimiento sin causa preparado por el profesor Detlef König por encargo del Ministerio de Justicia alemán. Tal como están ahora las cosas, el proyecto no va a convertirse en ley. El ambicioso intento de revisar por completo el derecho de obligaciones ha sido abandonado¹³⁹. En vez de ello, la empresa se limita en la actualidad a dos áreas problemáticas específicas: la prescripción extintiva y el incumplimiento contractual (incluyendo las garantías)¹⁴⁰. El proyecto König constituye la exposición más valiosa de la evolución de las normas alemanas sobre enriquecimiento de los últimos doscientos años¹⁴¹.

¹³⁶ DANIEL FRIEDMAN, «Payment of Another's Debt», *LQR*, 1983, pp. 534 ss.; BURROWS (*ob. cit.*, nota 79), pp. 222 ss.

¹³⁷ WHITING (*ob. cit.*, nota 121), pp. 229 y 231 ss.

¹³⁸ Un primer borrador de traducción al inglés fue preparado por Johann Andreas Dieckmann y Jacques du Plessis (Regensburg/Aberdeen), del que informa N. R. Whiting, «Some Trends and Issues in Scots Enrichment Law», *Journal of Legal Studies*, 1994, p. 134 (nota 62).

¹³⁹ Véanse los tres volúmenes con propuestas y comentarios minuciosos publicados con el título *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vols. I and II 1981, vol. III 1983, y editados por el Ministerio de Justicia alemán.

¹⁴⁰ BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (ed.), *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992.

¹⁴¹ Así, es tenido muy en cuenta en el último comentario sobre la materia [LORENZ (*ob. cit.*, nota 9), *Introd.* a § 812 ss., núms. 5-6.]. Cfr. también

Está basado de lleno en los principios a que antes se ha hecho referencia y, por lo tanto, abraza los resultados del extenso debate doctrinal que ha conducido las normas sobre enriquecimiento injusto del derecho alemán a un grado de considerable refinamiento y complejidad¹⁴². Por otra parte, evita el peligro de sobre-regulación. Las normas sobre enriquecimiento sin causa, más que otros sectores del derecho de obligaciones, sólo pueden florecer si se produce una alianza armoniosa entre legislación, jurisprudencia y doctrina. Una interpretación judicial activa e imaginativa debe dar vida a los preceptos legales. Éstos tienen que dejar espacio a la elaboración doctrinal y ser lo suficiente abstractos y flexibles como para poder ser aplicados a nuevos supuestos de hecho y a toda clase de nuevas situaciones conflictivas¹⁴³. El proyecto König se divide en cinco secciones, la primera de las cuales trata del enriquecimiento por atribución, la segunda del enriquecimiento por intromisión y la tercera del pago de deuda ajena y de la restitución de mejoras (ambas bajo el paraguas de la «*restitución de desembolsos*»). El § 4 proporciona algunas directrices para penetrar en la intrincada jungla del enriqueci-

Wolfgang GRUNSKY, «Vorschläge zu einer Reform des Schuldrechts», *AcP*, 1982, pp. 462-463 y las colaboraciones en *Ungerechtfertigte Bereicherung. Grundlagen, Tendenzen, Perspektiven. Symposium zum Gedenken an Detlef König*, 1984.

¹⁴² Véase la valoración equilibrada de LORENZ (*ob. cit.*, nota 9), § 812 ss., núm. 36, sobre la discusión relativa a si el análisis de la doctrina alemana ha alcanzado un nivel tal de sofisticación que se ha convertido en impracticable y esotérico (cfr. la polémica de Horst H. JAKOBS, «Die Rückkehr der Praxis zur Regelanwendung und der Beruf der Theorie im Recht der Leistungskondition», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, pp. 2524 ss. Es indiscutible que este sector del derecho ha atraído mucha más atención doctrinal en Alemania que en cualquier otro país europeo. Por ejemplo, en Francia hay pocas monografías dedicadas al enriquecimiento injusto, ni tampoco se dedican muchas páginas en los manuales al uso a la «*répétition de l'indu*» o al «*enrichissement sans cause*». Recientemente, sin embargo, bajo el estímulo de Goff y Jones y de Birks, la discusión doctrinal ha empezado a florecer en Inglaterra. Igual que Horst H. Jakobs en Alemania, a Tony Weir le gusta referirse a las normas sobre enriquecimiento como el «*South Sea Bubble of the Nineties*».

¹⁴³ Sobre esta cuestión, Reinhard ZIMMERMANN, «Codification: History and Present Significance of an Idea», *European Review of Private Law*, 1995, pp. 95 ss.