

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado
Curso: Enriquecimiento injustificado
Profesor: Francisco González Hoch
Segundo semestre 2008

MATERIALES I

- 1) BIRKS, PETER. *Unjust enrichment*. Oxford University Press, 2005. Capítulo 1 "A Core Case", pp. 3 a 19; y capítulo 2 "Three Maps", pp. 2 - 46.
- 2) DIEZ - PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de derecho civil*, 9° Ed., v. 2°, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 521-529.
- 3) PUIG, JOSÉ. *Fundamentos de derecho civil*, Bosch, Barcelona, t. II, v. 3°, 1983, pp. 43- 74.
- 4) ZIMMERMANN, REINHARD. *Estudios de derecho privado europeo*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 229- 264.

CLARENDON LAW SERIES

An Introduction to Roman Law
By BARRY NICHOLAS

Natural Law and Natural Rights
By JOHN G. FINNIS

Public Law and Democracy
By P. P. CRAIG

Precedent in English Law (4th edition)
By SIR RUPERT CROSS
AND J. W. HARRIS

Playing by the Rules
By FREDERICK SCHAUER

Legal Reasoning and Legal Theory
By NEIL MACCORMICK

An Introduction to the Law of
Contract (5th edition)
By P. S. ATIYAH

The Concept of Law (2nd edition)
By H. L. HART

Policies and Perceptions of Insurance
By MALCOLM CLARKE

An Introduction to Constitutional Law
By ERIC BARENDT

An Introduction to Family Law
(2nd edition)
By GILLIAN DOUGLAS

Discrimination Law
By SANDRA FREDMAN

The Conflict of Laws
By ADRIAN BRIGGS

The Law of Property (3rd edition)
By F. H. LAWSON AND BERNARD
RUDDEN

Introduction to Company Law
By PAUL L. DAVIES

Tort Law
By TONY WEIR

Personal Property Law (3rd edition)
By MICHAEL BRIDGE

An Introduction to the Law of Trusts
By SIMON GARDNER

Equity
By SARAH WORTHINGTON

Employment Law
By HUGH COLLINS

Public Law
By ADAM TOMKINS

Contract Theory
By STEPHEN A. SMITH

Administrative Law (4th edition)
By PETER CANE

Criminal Justice
By LUCIA ZEDNER

UNJUST ENRICHMENT

SECOND EDITION

PETER BIRKS

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

2005

War Damage Act 1965 158

Australia

Builders Licensing Act 1971 (NSW)

5.45 127

Germany

German Code 274, 280, 281

§812(I) BGB 52

§818(II) BGB 168

§822 BGB 94

Italy

Civil Code

Article 1153 243

The Netherlands

Civil Code

Book 6, article 212.1 17

Part I

Introduction

A Core Case

Of the subjects which form the indispensable foundation of private law, unjust enrichment is the only one to have evaded the great rationalization achieved since the middle of the 19th century in both England and America by the writers of textbooks. Its fragments, obscurely named, were instead tucked under the edges of contract and trusts.¹ The consequence is that even at the beginning of the 21st century unjust enrichment is still unfamiliar to most common lawyers. It will have played no independent part in their intellectual formation. Its modern name, adapted from civilian equivalents, is slightly disconcerting. Suspicion of the unfamiliar is therefore compounded by instinctive aversion to the hint of revolutionary doctrine. In fact it has no tendencies of that kind. Neglect has certainly left it difficult and untidy, but the example of the civilian jurisdictions shows that it is not by nature disruptive.² In this chapter it is introduced through one core case. The law of unjust enrichment is the law of all events materially identical to the mistaken payment of a non-existent debt.

Such a payment gives rise to a right to restitution. The law of restitution is the law of gain-based recovery, just as the law of compensation is the law of loss-based recovery. Thus a right to restitution is a right to a gain received by the defendant, while a right to compensation is a right that the defendant make good a loss suffered by the claimant. The word 'restitution' is not entirely happy in this partnership with 'compensation'. It has had to be manoeuvred into that role. 'Disgorgement', which has no

¹ The old language of imaginary contracts and trusts is as much as possible avoided in this book. It is examined in the last two chapters.

² Since 'civilian' recurs it may be helpful to recall at the outset that it identifies the Roman-based systems of, and exported from, continental Europe. The Latin for 'citizen' is '*civis*'. The Romans called their law the *ius civile*, which means 'the law (*ius*) pertaining to a citizen'. As they dispensed with 'Roman', so 'common law' makes no mention of England. Anglo-American law is the common law only because in post-Conquest England the royal judges insisted that the King's law was the law common to the whole realm. Some systems are 'mixed'. Scots law, for instance, has borrowed from both the civil and the common law.

legal pedigree, might be said to fit the job more easily and more exactly. This awkwardness is encountered again later in this chapter, and it and related terminological problems are more fully discussed in Part VI.³ At the end of this chapter we will return to the difficult question whether the right which arises from an unjust enrichment not only is, but can only be, a right to restitution. In English law it always is.

The law of restitution is better known than the law of unjust enrichment because it was under that name, starting in America in the 1930s, that the first serious attempts were made to overcome the problems of misdescription and misclassification which deprived unjust enrichment of its own place on the map of the law. The outcome was the American Law Institute's *Restatement of the Law of Restitution*.⁴

In England the law of restitution has attracted an enormous amount of attention since 1966. That year saw the publication of the first edition of the path-breaking textbook by Goff and Jones.⁵ As one edition has succeeded another, that great book has grown bigger. For the practitioner it is the standard work of reference. Meanwhile, the subject has been made more accessible by a number of shorter works, of which the most widely used is the brilliant and lucid account by Professor Andrew Burrows.⁶

However, the very success of the law of restitution is now itself impeding the recognition of the law of unjust enrichment. The reason is simply stated. The law of gain-based recovery is larger than the law of unjust enrichment. Every unjust enrichment gives rise to a right to restitution and therefore belongs in the law of restitution. But that proposition cannot be turned around, because, quite often, a right to gain-based recovery is the law's response to some other causative event.

It is a grave but all too tempting error to suppose that every instance of gain-based recovery is also an instance of unjust enrichment. Restitution is not mono-causal. This chapter's final task will be to underline its multi-causality. Unjust enrichment is a distinct causative event, while restitution is a multi-causal response. To be properly understood unjust

³ Below, 281-3.

⁴ A Scott and W Seavey (reporters), *Restatement of the Law of Restitution* [] *Quasi Contracts and Constructive Trusts* (American Law Institute St Paul 1937).

⁵ R Goff and G Jones, *The Law of Restitution* (Sweet & Maxwell London 1966), now G Jones (ed), Lord Goff of Chieveley and G Jones, *The Law of Restitution* (6th edn Sweet & Maxwell London 2002).

⁶ A Burrows, *The Law of Restitution* (Butterworths London 1993), now (2nd edn Butterworths London 2002); see also A Burrows and E McKendrick, *Cases and Materials on the Law of Restitution* (OUP Oxford 1997).

enrichment needs books to itself. That is not to deny that it will always occupy a large part of any book on the law of restitution, but only to assert that its distinct nature as an independent causative event cannot be securely made apparent unless and until it is also treated in isolation from other instances of gain-based recovery.

A. TERTIUM QUID

The classical English illustration of mistaken payment of a non-existent debt is the 19th-century case of *Kelly v Solari*.⁷ Mr Solari died. He had insured his life. His widow, as his executrix, claimed under the policy and was paid. The insurers later discovered they had not been liable to pay. The policy had lapsed before Mr Solari's death. He had omitted to pay a premium. The policy had indeed been marked 'lapsed', but when the claim was made the office never checked. The Court of Exchequer held that, unless at a retrial the jury were to find that the insurers had not after all been mistaken or, even if they had been mistaken, had been indifferent to the seemingly crucial fact, the widow was bound to repay.

It was not relevant that she had not been at fault at all, nor that they had been careless. On the latter point Parke B observed:

[If the money] is paid under the impression of the truth of a fact which is untrue, it may, generally speaking, be recovered back, however careless the party paying may have been, in omitting to use due diligence to inquire into the fact. In such a case the receiver was not entitled to it, nor intended to have it.⁸

Mrs Solari's counsel had also pressed her innocence. The widow's conscience was clean. As to this Rolfe B said:

With respect to the argument, that money cannot be recovered back except where it is unconscientious to retain it, it seems to me, that wherever it is paid under a mistake of fact, and the party would not have paid it if the fact had been known to him it cannot be otherwise than unconscientious to retain it.⁹

This shows the danger of using the word 'unconscientious' in this context. It and other adjectives in the same family easily suggest bad behaviour at the time of the receipt. That is misleading, for there is nothing resembling a requirement of fault on the part of the defendant. Mrs Solari was indeed a totally honest and innocent claimant, but it made no difference.

⁷ (1841) 9 M & W 54, 152 ER 24.

⁸ Ibid 59, 27.

⁹ Ibid. The language reflects that of Lord Mansfield in *Moses v Macferlan* (1760) 2 Burr 1005, 1012, 97 ER 676, 681.

The only unconscientiousness in play is unconscientiousness *ex post*, which is no more than a reflection of the prior determination that other facts require restitution to be made. It is the obligation to make restitution which renders retention unconscientious. The reason for that obligation cannot be found in any meaning of 'unconscientious'. The reason, in Parke B's words, is that 'the receiver was not entitled to it, nor intended to have it'. It is unconscientious to retain what you ought to repay. Unconscientiousness *ex post* clearly has no explanatory weight.¹⁰

The notion of a careless insurance company recovering from a totally innocent widow is initially shocking. But the shock induces reflection, and reflection reveals that this is indeed the essential nature of liability in unjust enrichment. Any other regime would be intolerable. This is perhaps the most important proposition in this book. If it were false, unjust enrichment would lose its claim to independence. Having been laboriously extracted from contract and trusts, the law of unjust enrichment could then be emptied into the law of wrongs. But it is not false, and unjust enrichment cannot be decanted into the law of wrongs or into any other more familiar category. A simple example will show that *Kelly v Solari* is right, although its correctness must in the end also be qualified in one important respect.

Suppose a situation in which change is overpaid. You go shopping with a friend. As you are leaving a department store an assistant comes running up to tell you that he has accidentally given you change for £50 when you had in fact paid with a £20 note. He gave you £30 more than he owed. You may be tempted to insist that you were entirely innocent. It is no doubt true that you were chatting to your friend and did not even notice how much change you were being given. But you will immediately see that a retort of that kind will not strengthen your case to keep the £30. Your innocence is irrelevant. Nor would it do you any good to make a show of anger at the shop assistant's want of care. He himself will admit to having been careless. The fact remains that, so long as you still have the mistaken money, there is no answer to the shop's demand to have it back.

It is important to notice that this does not depend entirely on your having those three £10 notes in your purse. The same conclusion can follow even if you no longer have the actual money received. Suppose that you went to the shop to buy five items and that the transaction involving

¹⁰ To the contrary B Kremer, 'Restitution and Unconscientiousness: Another View' (2003) 119 LQR 188 commenting on *Roxborough v Rothmans of Pall Mall Australia Ltd* [2001] HCA 68, (2002) 76 ALJR 203. Compare *National Australia Bank v Garcia* (1998) 155 ALR 614, 624.

the overpayment was your first purchase. By the time you were stopped you had bought the other things. Your purse is now empty. You no longer have the money which you received. But your wealth, abstractly regarded as a single fund, is still swollen by £30. You paid cash from your purse for things you were going to buy anyhow. You would otherwise have gone to the cash machine or paid by credit card.

It is evident that in these situations the strict liability from which we recoil is actually the only acceptable regime. The reason is that the shop assistant's demand does not aim to make you bear a loss or to inflict a deterrent punishment on you. Strong facts are needed to justify unpleasant outcomes of that kind which will leave you worse off. The shop assistant is not trying to make you worse off. He seeks only that you should give up the gain obtained at the shop's expense. He asks that you return to the position you would all along have been in had you not received from the shop money to which you were not entitled. The strict liability reflects this difference between a defendant who is being asked to bear a loss and a defendant who is only being required to surrender a gain. It takes very slight facts to justify the relocation of an extant gain, and fault on the part of the recipient is not one of them. The liability is both strict and not affected by the carelessness of the claimant.

It is an important feature of the example just given that you spent the money on things that you were going to buy anyway. The outcome would be different nowadays if, still honestly believing that you had somehow underestimated your short-term liquidity, you were led into inviting your friend to lunch. Let it be that you would have spent £5 on a snack. The overpayment leads you into buying lunch for two, with a glass of wine each. The bill is £30. Having used up most of the money in an expenditure which you would not otherwise have incurred, you can now reasonably say that the shop is attempting to shift its whole loss to you. Your assets are no longer swollen beyond the £5 difference between what you would have spent and what you did spend. Repaying the mistaken £30 in full will take your wealth below the level at which it would have been had you not received the overpayment.

The strict liability becomes repugnant when the recipient's assets are no longer swollen. Nowadays this is prevented by the defence of change of position, which is discussed in Part V.¹¹ It takes very slight facts to generate a strict right to restitution of an extant gain at another's expense, but the fierce strict liability has to be fragile. The emphasis is on the word

¹¹ Below, 208–19.

'extant'. Once the enrichment has disappeared the question is transformed. The new question is about allocating a loss. One or other party must now bear the loss. The law's answer, where the defence is available, is that the loss lies with the claimant.

We do not know whether or not Mrs Solari had honestly changed her position. In those days it would have been irrelevant. A mistaken payment was treated like a loan. A borrower has to repay the sum borrowed whatever happens to the money. Suppose him mugged five minutes after receiving the borrowed money. He never gets to use any of the money, but he still has to repay the lender.

The harshness of carrying that approach over to mistaken payments was partly concealed by the fact that the incidence of restitutionary claims for mistake was heavily reduced by restrictions put on the cause of action itself. The mistake would not count unless it gave the impression of liability. Even then the maxim '*ignorantia iuris neminem excusat*' was applied, so that, if you thought that you were liable to make the payment because you had made a mistake of law, you would not be able to recover. These restrictions meant that when it came to the point there were relatively few restitution-yielding mistakes, and the analogy with loan unobtrusively prevailed. In the search for a just solution, the law thus chose a horribly blunt hammer. It now uses the sharper instrument of a sensitive defence. It is easier now to make out the cause of action, but the strict restitutionary right is fragile. It expires with the enrichment.

The previous paragraphs have shown that a striking feature of the liability to make restitution of mistaken payments is that the liability is strict, at least so long as the defendant's assets, taken as whole, remain swollen. This strictness stands out all the more sharply when juxtaposed with the irrelevance of negligence on the part of the claimant. However, the really remarkable aspect is that the 'very slight facts' which suffice to provoke the liability reveal no trace of either of the two causative events which usually explain why defendants have to pay up. In short, there is no contract and there is no wrong. This is crucial to the independence of the law of unjust enrichment. Where there is an unjust enrichment, the reason why restitution is obligatory is never a contract and never a wrong. The absence of both is evident in *Kelly v Solari*.

First, the case shows that the right to restitution of a mistaken payment is not referable to any manifestation of consent on the part of the recipient. It does not depend on the recipient's promising or in any sense agreeing to give up the enrichment. The law, endorsed as it would seem to be by the moral judgment of most of its subjects, imposes the

obligation to give it up. Far from agreeing, the recipient often resists. It makes no difference. The mistaken payer's restitutionary right is not founded on contract. Mrs Solari did not promise to repay. We might say that a decent person would immediately agree to pay, but that adds nothing. A decent person would always agree to honour all obligations, but not all obligations arise from contract.

Secondly, there is no wrong. Rights do often arise independently of consent, but then they mostly arise from wrongs. Mrs Solari was not a wrongdoer. If we were to say that she committed a wrong in retaining the money which she ought to have given back, we would lock ourselves in to the same circle as those who wish to ascribe her liability to bad conscience. That is to say, we would evade the question why, without wrong or contract, she was in the first place under a duty to repay. In receiving a mistaken payment the recipient need have committed no breach of duty at all—no tort, no equitable wrong, no breach of contract.

It is therefore apparent that the remarkable strict liability illustrated in *Kelly v Solari* arises from slight facts which amount to neither contract nor wrong. If there were a contract or a wrong, the case would excite no special interest. Contracts and wrongs are familiar causative events. But this strict liability arises in the absence of these familiar events. It arises, if we confine ourselves to our core case, simply from the receipt of a mistaken payment. Beyond contracts and wrongs, there is clearly *tertium quid*, something of a third kind. The causative event of the third kind is unjust enrichment.

B. AS LABRADOR TO DOG.

Although a cyclist compelled to dismount might refer to it as a canine, emphasizing with or without the addition of a coarse epithet the animal's evolutionary proximity to the wolf and dingo, in common parlance the neighbour's labrador is a dog. It is a dog, canine, mammal, and animal. As surely as a neighbour with a labrador is a neighbour with a dog, a list of causative events which includes receipt of a mistaken payment includes unjust enrichment at the expense of another. At approximately the level of generality at which a labrador is an animal, the receipt of a mistaken payment is a causative event, as is a contract of sale or the tort of defamation. These are all events which are 'causative' in the sense that they cause to come into existence rights which can be realized in court. At a slightly lower level of generality, much as a labrador is a dog, receipt of such a payment is an unjust enrichment at the expense of another. Unjust

enrichment at the expense of another—unjust enrichment for short—is no more than a generic name for the receipt of a mistaken payment.

The elements of the generalization are as follows. Receipt of a payment supposes a receipt of money, and receipt of money generalizes to enrichment. 'Enrichment', like 'payment', is a verbal noun. Most such nouns hover between process and outcome. It is important to emphasize the element of process, because, no less than payment, enrichment is an event. It is something which happens in the world. Payment also supposes that the enrichment happens by transfer from another. Enrichment by transfer from another generalizes to enrichment at the expense of another. The mistake is or reflects the existence of the reason, not being a contract or a wrong, why the payment has to be given up. The generic reason why an enrichment at the expense of another has to be given up is that it is unjust.

The utility of this generic restatement is that it enables us to look for and to recognize other examples which are materially identical to the core case, if any there be. In the same way 'dog' gathers to the labrador all the rotweilers, alsatians, spaniels, pointers, terriers, dalmatians, and so on. At a certain point we inevitably approach a boundary. Boundaries are nearly always troublesome. Near the boundary of 'dog' correct usage requires to be debated, and people begin to disagree. Except in the special usage denoting the male, 'dog' is not used of foxes. It is not used of wolves. Dingos raise difficulties, for they are regularly referred to as wild dogs, whence wildness cannot be the key.

When we look for other examples of unjust enrichment the purpose is to find all the events, in whatever language they have historically been discussed, which generate a right to restitution by the same logic as explains the right to restitution in the core case. The boundary cannot but be troublesome. The noise on the boundary will immediately be taken by some people as indicating that the exercise is doomed from the outset. That is not right. Categories do not become incoherent or otherwise unsound merely because argument breaks out on their edges. Few would otherwise survive.

By generalizing from money received to enrichment we can ask whether that logic can extend to other benefits received, and, if yes, under what conditions other benefits will be treated in the same way as money. Again, by generalizing from transfer by the claimant to at the expense of the claimant, we can ask what other connections might suffice, beyond simple transfer, sufficiently to connect a would-be claimant to the enrichment which he wants the defendant to give up. Finally, by

generalizing from mistake to unjust we can ask whether there are any other reasons of the same non-contract, non-wrong kind which have the effect of requiring the enricher to give up an enrichment at the claimant's expense.

If we were to take the generalization of mistake to unjust as inviting us to search for any and every reason why an enrichment should be given up, we would gather in cases of contracts to give up gains and wrongs for which gain-based recovery is available. The most important feature of mistaken payments is the absence of contract and wrong. That shows that there really is something of a third kind, a distinct cause of action requiring explanation and exposition. Contracts and wrongs are well-trodden territory. Within the common law, the territory of mistaken payment and its congeners has never been mapped.

In recent years good maps of the response-based category of restitution have been made. But, precisely because restitution is a response, and multi-causal, those maps fall short of isolating unjust enrichment. They have gathered together each and every reason why a gain should be given up, but they have not drawn a careful line around the sub-set of those reasons which are not contracts and not wrongs or, slightly more accurately, which are not manifestations of consent and are not wrongs.

C. RESTITUTION OUTSIDE UNJUST ENRICHMENT

'Restitution' and 'compensation' are partners. Compensation is loss-based recovery. Restitution is gain-based recovery. 'Restitution' is by nature more comfortable with a slightly narrower brief but it has been compelled to become a synonym for 'disgorgement'. It will be helpful at this point to give one or two examples of restitution in which the causative event is not an unjust enrichment.

One obvious case is contractual restitution. We are clearly not in our third area when the reason why a gain must be given up is that parties have validly agreed that in given events it must be. This happens in all sorts of contexts. If I lose my wallet and ask you to lend me £30 to tide me over the weekend, my obligation is to make restitution. There is a contract for restitution. In other words a simple loan, what Roman law called '*mutuum*', generates a restitutionary debt. Again, one party sometimes pays another's demand in exchange for the other's promise to repay if it should turn out that the money was not due. Again the source of the obligation to make restitution is contract.

Less obviously distinct are cases of gain-based recovery for wrongs. In *Boardman v Phipps*,¹² for example, a solicitor who acted for a trust which held a minority shareholding became aware that the company was seriously under-performing. Using the information which he had gathered as solicitor to the trustees, he pulled off a brilliant coup. With his own money he bought out the majority holding. This yielded not only a better long-term prospect for the company but an immediate profit for all shareholders. The trust and its minority shareholding, and hence the beneficiaries of the trust too, did very well indeed. However, despite his honesty and his success, it remained true that the solicitor had acted in breach of the fiduciary duty to avoid conflicts of interest, and he had not obtained the fully informed consent of the trustees to that breach.

This breach of equitable duty put the solicitor under a restitutionary liability—a liability to give up to the trustees on behalf of the beneficiaries the gain which he had made, subject to an allowance for the work and skill he had put in. This case shows that gain-based recovery is one response to the wrong which consists in breach of fiduciary duty. The facts can easily be dressed up in the language of unjust enrichment. Boardman can be said to have been unjustly enriched at the expense of the trustees. But that language turns out on closer analysis not to be talking about a cause of action distinct from the wrong.

The proof is that it is impossible to dispense with the wrong and come up with a different not-wrong explanation of his duty to give up his profit. The words 'unjust enrichment at the expense of the claimant' succeed in concealing this. The language applies easily enough but it does not identify a cause of action materially identical to mistaken payment of a non-existent debt. In what sense was the gain obtained at the trustees' expense? It was obtained by committing a breach of fiduciary duty. In short, it was obtained by a wrong. There was no connection between claimant and enrichment other than the wrong. The facts are thus beyond the range of the logic which explains the recovery of a mistaken payment where there is a reason for restitution notwithstanding the absence of contract and wrong. An unjust enrichment is something different. It is never a wrong. In whatever language is used, the fact remains that the liability in *Boardman v Phipps* arose from a wrong.

*Attorney-General v Blake*¹³ concerned the autobiography of a traitor. Blake had been a secret agent whose treachery cost the lives of many of

his colleagues. Imprisoned in England, he had escaped to the safety of Moscow. The memoirs from which he hoped to become rich were written in breach of contract. Like all agents he had promised the Crown that he would never write an unauthorized book. The Attorney-General successfully obtained an injunction preventing the payment to him of royalties. The premiss of the injunction was that, if he were actually to receive the money, he would immediately be liable to give it up to the Crown. The House of Lords, breaking new ground, held that this was a rare case in which gain-based recovery was available for the wrong of breach of contract.

This too is restitution for a wrong. It belongs to the law of breach of contract. It has nothing at all to do with unjust enrichment. All lawyers know that dual analysis is sometimes possible. You can sometimes find two causative events in one story. A payment obtained by fraud can be presented either as the tort of deceit or, dispensing with the allegation of fraud, as a simple payment by mistake. But no such alternative analysis is possible in the *Blake* case. Just as in *Boardman v Phipps*, the Crown, without relying on the facts in their character as a wrong of breach of contract, could not have created any connection at all between it and the gain in question. Clearly, therefore, the only question at issue was whether this breach of contract gave rise to a right to restitution in place of the normal right to compensation.

The mono-causal notion of restitution easily reaches cases of this kind and, erroneously, dresses them up in the language of unjust enrichment. It infers from the defendant's liability to give up a gain that he was unjustly enriched at the claimant's expense. But that wide usage conceals the lines between different causative events. Unjust enrichment, within the logic underlying mistaken payments, requires a connection between claimant and enrichment which is independent of wrongdoing and a reason for restitution which is likewise not a wrong. These conditions cannot be satisfied in the *Blake* or *Boardman* facts. The liability there flows unequivocally from the wrong. These cases involve gain-based recovery but have nothing to do with the *tertium quid* that is unjust enrichment. In unjust enrichment 'unjust' always denotes a reason for restitution which is not a manifestation of consent and not a wrong.

*Moses v Macferlan*¹⁴ is a more subtle example of the same kind. It seems at first sight to be susceptible to the alternative analysis which was manifestly impossible in the *Blake* case, but it is not. Macferlan promised

¹² [1967] 2 AC 46 (HL).

¹³ [2001] 1 AC 268 (HL).

¹⁴ (1760) 2 Burr 1005, 97 ER 676.

Moses that if Moses endorsed certain promissory notes over to him he would never seek to enforce Moses' liability on the endorsements. Moses did endorse the notes. In breach of his promise, Macferlan sued him. The first court thought it could not take notice of the contract not to sue. Having paid up, Moses began a new action in the King's Bench. This was not an appeal of any kind but simply a new action claiming; as we would now say, restitution of the sum he had had to pay. He was successful.

Macferlan was enriched by transfer from Moses. The transfer clearly suffices in itself to establish a sufficient connection between claimant and enrichment without relying on wrongdoing. There also seems at first sight to be an available unjust factor analogous to mistake, in that the money was obtained through pressure. But there is a fatal snag. The only pressure was due process of law. Macferlan had sued for this money and had obtained a judgment. Lord Mansfield's conclusion in favour of Moses has been strongly condemned for its failure to accept that due process of law cannot be a restitution-yielding pressure.¹⁵ Another way of coming to the same conclusion is to say that the judgment provides a thoroughly sound explanation of the enrichment. It cannot be seen as an enrichment lacking any legal basis. Where a judgment has been given there can be no right to restitution unless the judgment is set aside. Capitulation after an action has begun is likewise brought within the doctrine of *res judicata*.¹⁶ Therefore, the unjust enrichment analysis of *Moses v Macferlan* just will not work.

However, as an instance of restitution for a wrong the case appears in a different light. The difference between unjust enrichment and restitution for wrongs was not articulated in the 18th century, but Lord Mansfield's decision can be defended in retrospect on the ground that it was only the analysis in unjust enrichment, not the action for breach of contract, which encountered objections. Lord Mansfield's premiss was that Moses was indubitably entitled to an action for breach of contract.¹⁷ Such an action was perfectly compatible with respect for the other court's judgment, which, valid as it was, had indeed been obtained in breach of

¹⁵ *Phillips v Hunter* (1795) 2 H Bl 402, 414-16, 126 ER 618, 624-6; *Marriot v Hampton*, (1797) 7 TR 269, 101 ER 969. Cf Goff and Jones 6th edn (n 5 above) [44-001].

¹⁶ *Res judicata* means 'a matter adjudicated' or, slightly expanded, 'a matter on which judgment has already been given': the family of 'finality' defences is considered below, 232-40.

¹⁷ JH Baker, 'The History of Quasi-Contract in English Law' in WR Cornish and others (eds), *Restitution Past, Present, and Future* (Hart Oxford 1998) 37, 55.

contract. If the action for breach of contract remained intact, it remained intact without regard to the measure of recovery which was sought.

By 1760 it was not uncommon for claimants to seek restitution of the proceeds of wrongs under the cover of the phrase 'waiver of tort'.¹⁸ The interpretation in the previous paragraph understands *Moses v Macferlan* as having allowed the same kind of claim for breach of contract. The history of waiver of tort was ultimately examined by the House of Lords in *United Australia Ltd v Barclays Bank Ltd*.¹⁹ Their Lordships there exposed 'waiver' as a fiction. They had before them the case of conversion of a cheque. The defendant bank argued that it could not be sued for converting the claimant's cheque because, earlier in the same story, the claimant had once and for all waived the tort by bringing against another party an action, almost immediately discontinued, for restitution. The fallacy in that argument was that the 'waiver' on which the restitutionary action had been based was a fiction. It had been introduced to ensure that there was no question of coming back with a second claim for compensation and as a sop to the contractual form of the action in which the restitutionary claim originally had to be made.

Their Lordships held that the true reason why it was possible to seek restitution of money received by conversion was not that the tort could be genuinely waived but, much more simply, because conversion was a tort which generated two remedial rights. Without switching to another cause of action, the claimant could elect to realize either the right to compensation or the right to restitution.

The *United Australia* case shows that a claimant can have restitution for the tort of conversion. As envisaged by the House of Lords, that is restitution for the wrong as such and has nothing whatever to do with unjust enrichment. However, differently from the three preceding examples, here it seems likely that dual analysis is possible. That is to say, it may be that the victim of the tort of conversion can reach the proceeds either on the basis that the tort itself generates a restitutionary right or, in the alternative, in unjust enrichment properly so-called, not waiving the wrong but simply dispensing with that characterization of the facts. The House of Lords did not address that possibility, although it would no less effectively have answered the argument based on waiver. If you sell my car for £5,000, the question whether I can reach

¹⁸ This practice was reluctantly approved in *Lamine v Dorrell* (1701) 2 Ld Raym 1216, 92 ER 303.

¹⁹ [1941] AC 1 (HL).

that £5,000 without relying on the wrong of conversion or any other wrong turns out to be as important as it is difficult. It deeply affects the range of the law of unjust enrichment. It is further discussed in Chapter 2.²⁰

D. CONCLUSION

Analysis of the receipt of a mistaken payment of a non-existent debt reveals a causative event of a third kind. It is not a manifestation of consent such as a contract, and it is not a wrong. The consequent liability, surprisingly at first, is strict, albeit subject to defences. The generic conception of that causative event is unjust enrichment at the expense of another. That generalization enables us to look for other examples materially identical to the core case. It does not tell us how many, if any, are to be found. Those other cases may differ as to the form in which the enrichment is received. It may not be money. They may also differ as to the nature of the connection between the enrichment and the claimant. It may not have been transferred by him. Above all, it may be unjust for a different reason. The task of the word 'unjust', which seems at first sight to be so ominously unstable, is to understand the reasons, however few or many they may be, which are neither contracts nor wrongs but are nevertheless sufficient in law to generate a right to restitution of an enrichment obtained at the claimant's expense.

The study of the core case not only does not tell us whether the *tertium quid* is large or small; it also gives no indication whether, if it be not an isolated case, the category which forms around it will be a loose confederacy, like the law of tort, or a closely knit family, like the law of contract. The law of tort, in the common law, is of the former kind, a long list of particular wrongs which are difficult to integrate one with another. In the law of contract, by contrast, the particular contracts acknowledge their subjection to the general principles of a single law of contract. To such an extent is this true that books and courses on contract for the most part treat the particular contracts, such as sale, partnership and agency, as detail to be left to specialist books which are written with a smaller compass but on a larger scale. Until a decade ago, one could predict that in the common law the mature law of unjust enrichment would look more like the law of tort—a list of unjust enrichments. Massive litigation concerning value passing under void contracts has meanwhile forced a change in

²⁰ Below, 78–86.

direction. Unjust enrichment now begins to look more like the law of contract in that it has acquired a tighter unity.

A second theme of this introductory chapter has been the strong differentiation of unjust enrichment from restitution. Restitution, like compensation, is a category of response, not a category of causative event. The causative event is not always unjust enrichment. It follows that the law of unjust enrichment is a sub-set of the law of restitution, when rights to restitution are divided according to their causative events. The absolute truth of that proposition supposes, as was indeed accepted above, that unjust enrichment properly so-called always gives rise to a restitutionary right and never to any other.

That proposition is sound in English law, but it is not an invariable and necessary truth. That is, in England unjust enrichment does, as it happens, give rise only to restitutionary rights; but, in our core case it would be possible to understand the mistaken payer's right as compensatory, in that it makes good the loss caused to him by the gain to the other. Some systems do take that compensatory view, adding immediately that the loss which is recoverable is capped by the gain to the other. For example, the new Dutch Civil Code says the enriched must 'make reparation for the damage suffered by [the claimant] . . . up to the amount of his enrichment'.²¹ This means that the claimant recovers his loss up to the maximum of the other's enrichment, which in turn is but one way of saying that he recovers the other's gain so far as it constitutes a loss to himself. There are two crucial comments which require to be made on this approach.

The first comment is that the premiss of this capped-compensation analysis is one which in German law is robustly rejected. It assumes that there is a good cause of action only where and to the extent that the claimant in unjust enrichment has suffered a loss. Once a given jurisdiction has decided that the claimant in unjust enrichment is definitively and exclusively a person who has suffered a loss corresponding to the enrichment of the defendant, then, and only then, can it choose to describe his right as a right to have that loss made good. This is a very difficult and sensitive issue. We will see that such evidence as there is indicates that English law shares with German law the view that the claimant need not be identified as a person who has suffered a loss.

²¹ Book 6 article 212.1: 'is verplicht . . . diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking'. The translation is taken from PPC Haanappel and E Mackaay, *New Netherlands Civil Code, Patrimonial Law* (Kluwer Deventer 1990) 324.

This will be discussed in Chapter 4, because it goes to the meaning of the phrase 'at the expense of' or, more accurately since that phrase takes its meaning from its function, to the nature of the required connection between the claimant and the enrichment which he wishes to recover.²² To adopt the capped-compensation approach simply because it happens to fit the core case would illegitimately close down the discussion of that issue and create insuperable difficulties for the cases which indicate, albeit intuitively rather than after full and open argument, that the English choice has already fallen in line with that of the German law.

The second comment is no less important. If claims in unjust enrichment are regarded as recovering loss—compensation—it has to be loss capped by the defendant's gain. Even the systems which do use the capped-compensation approach insist on the cap. That tautology has to be emphasized, because the very words 'loss' and 'compensation' are inimical to the *raison d'être* of the law of unjust enrichment, and at their mention the cap is therefore instantly indispensable. This third kind of causative event has to be recognized as distinct from others precisely because very slight facts raise a strict liability to surrender an extant enrichment. Their very slightness means that they cannot support any claim that the enrichee should answer for consequential loss suffered by the claimant. It may well be that, because I paid you £50,000 which I thought I owed and did not, I could not save my business from receivership, or could not feed my cattle, or could not take shares in what turned out to be an immensely successful goldmine. Such losses are totally beyond the range of the slight facts which will entitle me to recover the £50,000. The strict liability in unjust enrichment is tied, as we have seen, to extant enrichment. The very slight facts not amounting to wrongs or contracts go no further than to require the relocation of extant gains.

If Dr Kremer is a reliable witness, not only Gummow J but the whole High Court of Australia is embarking on an experiment in which there will be no law of unjust enrichment.²³ If so, of all jurisdictions Australia will pay the highest price for the common law's predilection for hiding its law of unjust enrichment in unsuitable places. This time the intention seems to be to bury it on the edge of the law of civil wrongs. There it will accede to the law of equitable compensation for unconscionable conduct.

²² Below, 77–83.

²³ Kremer (n 10 above) 188. At 189 a residual role is envisaged for it 'at a visceral level'. Such language is inappropriate, indeed inapplicable to this causative event.

But unjust enrichment does not require unconscionable conduct, except, meaninglessly, *ex post*.²⁴ And the slight facts which create rights to restitution of unjust enrichment make no case at all for compensation of loss save so far as the loss is capped by gain. Hence any system which attempts to do without a law of unjust enrichment is bound sooner or later to have to reverse out of the cul-de-sac in which it has placed itself.

The third kind of causative event beyond contract and wrongs, exemplified in the mistaken payment of a non-existent debt, really is both foundational and distinct. It cannot be done without. And its strict restitutionary liability is unequivocally tied to the relocation of gains. It would be a painful and expensive irony if, just as English law is finally managing to retrieve the disruptive error of hiding unjust enrichment in contract and trusts, another great common law jurisdiction were deliberately to conceal it in the law of civil wrongs.

²⁴ Above, 5–6.

Three Maps

The mapping metaphor was used by Blackstone. In 1756, in his inaugural lecture, he said that the duty of the 'academical expounder of the laws' was to make clear how the various parts of the law fitted together:

He should consider his course as a general map of the law, marking out the shape of the country, its connexions and boundaries, its greater divisions and principal cities: it is not his business to describe minutely the subordinate limits, or to fix the longitude and latitude of every inconsiderable hamlet.¹

This chapter is concerned with three maps which together show where unjust enrichment belongs and how it is itself divided. Unjust enrichment is a causative event. That is, it is an event from which rights arise. The first of the three maps fixes its relation to other categories of the same kind. The second relates those event-based categories, and unjust enrichment in particular, to the law of obligations and the law of property. These are not categories of causative event but of responses to events. The third map raises the level of magnification so as to expose the layout of unjust enrichment itself.

To require a good map of the law is by metaphor to insist on sound classification. Classifications answer questions. Where do animals live? Some are aquatic, some terrestrial, some amphibious, others (like tapeworms) live in other habitats. What do animals eat? Some are omnivorous, some carnivorous, some herbivorous, and others eat other things. When different classifications are combined, a complex hierarchy results, each level dividing according to its own criterion. The hierarchical combination can be undone. That is to say, one can revert to a series of single-question classifications.

Flawed classification is a source and symptom of intellectual disorder, and there are common flaws of many different kinds. Most obviously, a classification is flawed if any term at any one level is part of an answer to

¹ Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* vol 1 (1765) 35 [facsimile of the first edition (University of Chicago Press Chicago and London 1979)].

an alien question, as where 'herbivorous' appears in the division by habitat. Equally bad is the flaw which occurs when, even though all the terms answer the same question, one of them is or may be a sub-set of another, as where 'arboreal' is included in the classification by habitat without any limit being imposed on 'terrestrial'.

A. THE FIRST MAP: EVENT-BASED CLASSIFICATION

From what events do rights arise? All rights which can be realized in court arise from some event which happens in the world. In the previous chapter we identified unjust enrichment as the generic conception of one causative event from which restitutionary rights arise. We bumped from time to time into other causative events such as contracts and wrongs, which form the two best known categories. This section briefly gives a more complete picture of the classification of rights by reference to their causative event.

I. FOUR COLUMNS

Rights always arise either from manifestations of consent or from events which operate independently of consent. Manifestations of consent include, above all, contracts, declarations of trust, conveyances, and wills. Events which operate independently of consent are wrongs, unjust enrichments, and miscellaneous others. Every wrong is a breach of duty, but in our legal system the event-based category of wrongs has rarely been visible in its entirety because it has traditionally been broken up into sub-sets according to a different criterion, namely the source of law which recognized the duty broken by the wrongdoer.

Instead of one category of civil wrongs we have therefore had four, and those four have not lived in close proximity to each other. The four are torts, equitable wrongs, breaches of statutory duty not amounting to a tort, and breaches of contract. Torts are breaches of duties directly imposed by the common law. In the other cases the primary duty is imposed by equity (meaning by the law descended from the Court of Chancery), by statute, or by the parties' own contract. The primary rights and duties arising from contract are not to be confused with the secondary rights and duties arising from the wrong of breach of contract.

After manifestations of consent and wrongs come unjust enrichments. These have already been introduced as including all events materially identical to the receipt of a mistaken payment of a non-existent debt.

The defendant is enriched at the expense of the claimant and there is in addition a reason, not being a manifestation of consent or a wrong, why that enrichment should be given up to the claimant. There are acquisitive wrongs and hence there are cases of wrongful enrichment, but an unjust enrichment is never a wrong. If the claimant relies on the facts in their character as a wrong, his cause of action arises in the law of wrongs.

Finally, there is a residual miscellany of events which fall outside the previous three categories. When a ship is holed and in danger, the obligation to pay a salvor a reward for saving it or its cargo arises from successful rescue. *Negotiorum gestio* (uninvited intervention in the affairs of another) also belongs in the residual miscellany. It has a paragraph to itself below. Liability to pay tax arises from a range of taxable events. The list of miscellaneous events beyond the three nominate heads need not be further investigated here. This is just as well since to enumerate all its members requires encyclopaedic erudition. Awareness of the existence of the residual miscellany is nonetheless important, to keep at bay a troublesome and incorrect supposition that every causative event must fit into one or other of the three nominate categories.

That error can do a number of different kinds of damage. The worst is its tendency to undermine attempts to describe the law of unjust enrichment. Gummow J, for instance, has attacked those who think it worthwhile to work in the field of restitution of unjust enrichment. He says that they encourage a futile search for a single explanation of 'all obligations which are neither contractual nor tortious in nature'.²

Here he hits out at an imaginary enemy. The law of restitution was indeed slow to recognize its multi-causality, but even the books on restitution did not claim to have hit upon a single explanation of every liability beyond contract and tort. That is all the more evident in the case of the law of unjust enrichment, which deals with only one of the generic events which gives rise to restitution. It claims only to reduce the size of the residual miscellany beyond contract and tort by taking out of it one more nominate event-based category. The remaining miscellany is miscellaneous. Gummow J is obviously right to insist that no single generic description can capture all the causative events within it.

Of the borderline cases which in the end need to be confined to the miscellany, one important example is *negotiorum gestio* which, translated

² The Hon Justice WMC Gummow AC, foreword to ID Jackman, *The Varieties of Restitution* (Federation Press Sydney 1998) iv.

literally, means management (*gestio*) of the affairs (*negotiorum*) of another (understood). It is convenient to use a looser translation and to speak of uninvited intervention in another's affairs. In the parable of the Good Samaritan, the Samaritan was prompted to intervene simply from his sense of neighbourly duty to the unconscious victim of the robbers.³ Roman law, followed in this by its modern civilian successors, took the view that there should be a legal regime for such interventions, in part in order to avoid discouraging the giving of useful help to people not in a position to help themselves: 'because nobody would look after their affairs if there were no action to recoup his expenses.'⁴

Negotiorum gestio is not properly regarded as a species of unjust enrichment. There is no doubt that the intervener's right to reimbursement turns on the utility of the intervention, not on its success. There is no inquiry at all into the enrichment of the beneficiary and hence no tie between enrichment of the beneficiary and the amount he must pay. The measure of recovery is not gain-based. Moreover, the event has wider consequences. It binds the intervener to execute his intervention with due care and skill and to surrender anything he obtains in the course of his intervention.

For more than a hundred years the orthodox doctrine has been that English law does not recognize these liabilities other than in a few exceptional situations. That view always rested on an unsound foundation.⁵ It has also been eroded by the multiplication of exceptions. It may be that the exceptions have now overwhelmed the supposed rule.

The interesting condition of the modern law cannot be explored here because it does not belong within unjust enrichment. Even in relation to the intervener's right to reimbursement, *negotiorum gestio* belongs in the fourth column of causative events, miscellaneous other events, not in the third, unjust enrichment. Moreover, in the grid which is discussed immediately below, the intervener's right is not even a right to restitution. It should appear in the compensation stripe, not in the restitution stripe. That being so, *negotiorum gestio* belongs neither in the law of unjust enrichment (an event-based category) nor in the law of restitution (a response-based category).

It is nonetheless true that, if English law really had no *negotiorum gestio*, some particular instances of uninvited intervention would be found

³ Luke 25-37.

⁴ Justinian, *Institutes* 3.27.1.

⁵ The classic statement is to be found in the judgment of Bowen LJ in *Falcke v Scottish Imperial Insurance Co* (1886) 34 Ch D 234, 248, but the facts of the case were not appropriate to test the wide negative which he declared.

to conform to analysis as unjust enrichments, and those few cases would then form the kernel of a much narrower doctrine of necessitous intervention within the law of unjust enrichment. That is another story. It cannot be pursued here. It may never be pursued, because, as has been said, the old proposition denying the intervener any general right to reimbursement has probably been swallowed up by its numerous so-called exceptions.

Negotiorum gestio makes a brief appearance at this point only to illustrate the need to keep the fourth column of the grid in mind and to avoid overloading the third event-based column (unjust enrichment) under the illusion that non-contractual, non-tortious causative events can find no other home. Uninvited intervention is not a contract, a wrong, or an unjust enrichment. It belongs in the miscellaneous fourth column. In addition, the intervener's right is not a right to restitution.

2. THE GRID: STRIPES ACROSS THE COLUMNS

	Manifestations of Consent	Wrongs	Unjust Enrichments	Other Causative Events
Restitution	1	5	9	13
Compensation	2	6	10	14
Punishment	3	7	11	15
Other Goals	4	8	12	16

(a) Four Stripes

The short version of the classification of rights by causative events is that every right which courts will realize arises from consent, from a wrong, from an unjust enrichment, or from some other event. These four categories include no mention of restitution. The reason is obvious. They are categories which only appear when the question is, From what events do rights arise? Restitution and compensation, by contrast, are categories which appear when a different question about rights is asked, What goal are rights intended to achieve when, with or without litigation, they are realized? Compensation is loss-based recovery: a right to compensation is a right to have a loss made good. Restitution is gain-based recovery: a right to restitution is a right to obtain a gain made by the defendant.

Different questions provoke different classifications, which cut across each other. If we represent the four categories of causative event as four vertical columns, the goal-based categories—let us settle for restitution, compensation, punishment, and other goals—must appear as horizontal stripes. The boxes formed as the stripes cut across the columns do not necessarily have any content. Sometimes they definitely have none. The box at the intersection of punishment and unjust enrichment has no content. The boxes should be regarded as asking questions. This box asks whether the event unjust enrichment ever generates a right to punitive awards. The answer is an emphatic 'no'.

(b) The Restitution Stripe: Multi-Causality

The grid depicts the multi-causality of restitution or, more accurately, its potential multi-causality. As the restitution stripe cuts across the four event-based columns it makes four boxes, each of which asks whether restitutionary rights are ever generated by that particular causative event. In the consent box the answer is yes. If, having lost my purse, I ask you to lend me £50, the loan gives you a restitutionary right which is by origin contractual. The contract of loan obliges me to give up value received. Again, if in response to my demands you hand over money which I promise to pay back if it should turn out that you were not bound to pay, you have, arising from contract, a conditional entitlement to restitution.⁶ Again a publisher generally promises an author a percentage of the profits from the book, thus incurring a gain-based liability from contract. Where contractual rights to restitution exactly mirror the operation of the law of unjust enrichment, there can be no recourse to the law of unjust enrichment.⁷

As we saw in the last chapter when examples were given of rights to restitution arising other than from unjust enrichment, the box formed by the intersection of wrongs and restitution also has content. Instances were given of restitution for breach of fiduciary duty, for breach of contract, and for the tort of conversion.⁸ The next box, at the intersection of restitution and unjust enrichment, needs no discussion here. It is the business of the rest of the book. It contains the receipt of the mistaken

⁶ *Sebel Products Ltd v Commissioners of Customs & Excise* [1949] Ch 409.

⁷ *Pan Ocean Shipping Ltd v Creditcorp Ltd (The Trident Beauty)* [1994] 1 WLR 161 (HL) where the point is made more difficult by the use of 'restitution' to identify the cause of action in unjust enrichment.

⁸ Above, 12-16.

payment of a non-existent debt and, with that core case, every event materially identical to that central figure.

The fourth box, made by the intersection of the restitution stripe and the miscellaneous column, also has content. In *negotiorum gestio* we saw a fourth column event outside the restitution stripe. But there are also instances of a right to recover a gain—hence within the restitution stripe—where the relevant event is not a contract, wrong, or unjust enrichment. This is quite difficult and must take more than a line or two. The fact that this box has content means that, even after having eliminated all cases of contractual restitution or restitution for wrongs as such, you cannot jump from gain-based recovery to the conclusion that you are looking at a case of unjust enrichment.

One who earns £1,000 usually owes the Inland Revenue a percentage of that gain, say £400. The Inland Revenue has a gain-based right—a restitutionary right according to the stretched meaning which that word is made to bear in its role as a respectable synonym for disgorgement.⁹ This is restitution, but it is not restitution triggered by unjust enrichment. The taxable event, income received, is not an enrichment of the taxpayer at the expense of the Inland Revenue. Since the taxpayer makes no promise to pay and commits no wrong in earning income, the causative event belongs in none of the first three columns.

Another restitution-yielding event which belongs in the fourth column is the judgment of a court. All the four boxes made by the restitution stripe as it crosses the event-based columns are boxes of rights which, until they are realized, remain birds in the bush. If it comes to litigation, the judgment will generally order the defendant to comply with the right which the claimant has asked to be realized. Thus, where a claimant establishes a right to restitution arising from a wrong or from an unjust enrichment at his expense, the court will generally order the defendant to give up the money value of that gain.

If the defendant remains recalcitrant, the process of execution of judgment will finally turn the bird in the bush into a bird in the hand. The right exists before the judgment which replicates it, but technically the judgment novates the original right. That is to say, it extinguishes the right brought into court and replaces it with another born of the judgment itself. Although its content may be identical to that of the right brought into court, the right which goes to execution is the right created by the order of the court.

⁹ Below, 281–3.

A more difficult example which also belongs in the fourth column is the receipt of a thing owned by another. Suppose that your car is stolen and comes into my possession. Your interest in the car may have arisen from consent, or from a wrong, or from an unjust enrichment, or from some other event. Whatever its origin, your property interest in the car gives you a right to possession, and my coming into possession puts me under an obligation to surrender possession to you. This is true even if I have committed no wrong. Hence, my coming into possession is not a second column event, for it may not initially be a wrong, although it will rapidly become one if I fail to comply with my obligation to surrender possession.

An honest finder commits no wrong while intending to honour his obligation to surrender possession to the owner.¹⁰ It is not a third column event either. That is, it is not an unjust enrichment. When you assert your title you are asserting that the car is not my asset but yours or, in other words, that it is part of your wealth, not mine. To base your claim on unjust enrichment, which you can do, you have to renounce your title. You have an election. You can either insist on your title and thus deny my enrichment or forego your title and treat me as unjustly enriched at your expense.¹¹

This relatively straightforward picture of a column four event within the restitution stripe is complicated by the fact that, if and when it comes to litigation, a claimant rarely stands directly on his proprietary interest. The common law knows no claim of that kind in relation to chattels. In the case of the car, therefore, it is probable that you will sue me for the wrong of conversion, in the second column. Conversion, as we have seen, is a wrong which entitles you to either compensation or restitution. Alternatively, you may sue me in unjust enrichment for the value added to my wealth. If you do that, you will be renouncing your title, for you cannot say that I am enriched while at the same time insisting that the car forms no part of my wealth. In effect you are driven into the law of obligations in order obliquely to protect your proprietary interest. You have to appeal either to an obligation arising from a wrong or to an obligation arising from unjust enrichment.¹²

On the chancery side matters proceed differently. There the claimant can directly assert his entitlement under a trust and, so long as he is entitled to the entire beneficial interest, he can demand that the defendant

¹⁰ Compare *Costello v Chief Constable of Derbyshire* [2001] EWCA Civ 381, [2001] 1 WLR 1437 (police lawfully in possession for forensic purposes).

¹¹ Below, 64–8.

¹² Below, 66–8.

be ordered to transfer the legal title. The column in which his claim arises depends on the event which created the trust which he alleges. Most trusts arise from declarations of trust accepted by the trustee. The assertion of an interest under a trust created in that way will clearly belong in the first column, which contains all rights arising from manifestations of consent. The different modes, direct and indirect, of protecting property in litigation will be discussed in more detail later in this book.¹³ The matter has crept in here only because we have been discussing the different causative events from which rights arise and one such event on which we paused was the defendant's coming into possession of something belonging to the claimant.

B. THE SECOND MAP: PROPERTY AND OBLIGATIONS

Rights realizable in court are responses to events. We have seen how they can be divided according to their different causative events. They can be divided by many other criteria. If a question is asked as to their goals, the answer is that they aim at restitution, compensation, punishment and other goals. If a question is asked about the source of law responsible for their recognition, the answer is that some were recognized by the courts of common law, some in the chancery, some in admiralty, some by Parliament, and others by other sources. However, their causative events aside, the most important division arises from the question about their exigibility. Exigibility is demandability. Against whom can rights be demanded?

I. RIGHTS IN PERSONAM (OBLIGATIONS) AND RIGHTS IN REM (PROPERTY)

The answer is that some are rights *in personam* and some are rights *in rem*. Rights *in personam* are in principle demandable only from the person against whom they originally arose or someone representing that person, while rights *in rem* are in principle demandable wherever the *res* (the thing) is found and hence against anyone who has it or is interfering with it. The phrase 'in principle' leaves room for contrived departures from these starting points. Thus a right *in rem* can be cut off in the interests of the security of transactions in some or all cases of bona fide purchase. And under particular conditions a right *in personam* can be made to

¹³ Below, 54–8, Chapter 8.

simulate the behaviour of a right *in rem* so as to be demandable against a third party.

Rights *in personam* are rights that a person make some performance, exigible against that person. A right that a person should do something is, when looked at from the other end, an obligation incumbent on that person to do it. That perspective has always dominated our choice of vocabulary. Hence the law of rights *in personam* is better known as the law of obligations. Obligations are not events. They are responses to events. All rights which can be realized in court are responses to events. What holds for the set, holds for the sub-set of rights *in personam*, rights exigible against the person under the correlative obligation.

The law of obligations coordinates with the law of property. Obligations and property are the two pillars of private law. Just as the law of obligations is the law of rights *in personam*, the law of property is the law of rights *in rem*. Ownership of a thing, for example, follows the thing owned. My wedding ring when stolen remains mine even when, later, you buy it from a shop. A lease of land is likewise a property right. The land does not move, but whoever comes to the land must recognize the interest of the lessee. A charge by way of legal mortgage behaves in the same way. A right of way created as an easement likewise binds all those who subsequently come to the servient land. There is a finite number of rights which can take effect *in rem*. Synonymously, there is a *numerus clausus* of property rights.

We use 'property' in more than one sense. It frequently operates as a synonym for wealth. In that usage property includes obligations. A right *in personam* to be paid £1,000 is an asset. It is property when property is wealth. In the stricter sense in which there is always a tacit contrast between property and obligations the law of property is the law of rights *in rem*. In this book references to property rights or proprietary rights and every use of the language of property should be understood in that narrower sense. The same assumption underlies every law school syllabus which offers a course in property and separate courses in the event-based sub-sets of the law of obligations. Thus, if there is a course in contract and a course in property, 'property' is being used in the narrower sense, as the law of rights *in rem* as opposed to the law of rights *in personam*.¹⁴

¹⁴ The tendency to blur this distinction and the danger of doing so form the theme of A Pretto, *The Boundaries of Personal Property: Shares and Sub-Shares* (Oxford D Phil Thesis 2002). Dr Pretto was my supervisee. The supervisor, as often happens, learned much more than he taught.

Property and obligations are thus sub-sets of rights realizable in court which emerge in answer to the question against whom rights are demandable. Prudence might suggest the need for a residual third category, but the words 'realizable in court' probably render that unnecessary. There are indeed other rights good against everyone, such as the right to reputation or to bodily integrity, which are neither *in rem* nor *in personam*, but they are never directly realized in court. They form the superstructure above wrongs, and it is the wrong consisting in their infringement which immediately generates rights which are realizable in court. I have a primary right to bodily integrity, which you infringe when you hit me or carelessly drive over my foot. It is the secondary right arising from the wrong that is brought into court. So, when you have run over my foot, I assert my right *in personam* that you pay me compensation for the infringement of my primary and solely superstructural right to bodily integrity.

2. UNJUST ENRICHMENT AND THE LAW OF OBLIGATIONS

When we combine classification of rights by exigibility (rights *in rem* and rights *in personam*) and classification of rights by causative event (consent, wrongs, unjust enrichments, other events) we have to create a hierarchy. The question is which to start with. Should the first level divide by events or by exigibility? There is no logically correct answer. It is merely a matter of convenience. Throughout the European tradition, the practice is to make exigibility dominant. So, at the first and highest level the *summa divisio* is between property and obligations.

(a) The second level: obligations and their causative events

One level down, within obligations, we turn to the division by causative events. As a matter of history it proved relatively easy to see that every obligation arose from a manifestation of consent, from a wrong, or from one of a jumble of other events.¹⁵ Unjust enrichment ultimately emerged much later in the long struggle to reduce the residual jumble.¹⁶ In the common law it is only emerging now. Its identification adds one more

¹⁵ Already clear in Gaius in the second century AD: Digest 44.7.1 pr (Gaius, *Res Cottidianae*) amplifying Gaius, *Institutes* 3.88-91. For further discussion see below, 268-70.

¹⁶ On the role of Grotius (1583-1645) in this: R. Feenstra, 'Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: Its Origin and Its Influence in Roman-Dutch Law' in E. Schrage (ed), *Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution* (Duncker and Humblot Berlin 1995) 197. For the earlier period J. Hallebeek in the same volume 59-121.

nominate generic category of causative event and reduces the size of the residual fourth category. Every obligation arises from consent, from a wrong, from an unjust enrichment, or from some other event. A person who receives a mistaken payment of a non-existent debt is unjustly enriched, and from that unjust enrichment he comes under an obligation to make restitution.

This is as yet lopsided. We have made no second level statement for property rights. That is matter for the next sub-section. Otherwise there is no mystery here. It is only necessary not to be distracted by the switch between obligations and rights *in personam*. We have taken precautions against confusion. The law of obligations is synonymous with the law of rights *in personam*. A right *in personam* held by one person correlates with an obligation in another. Although the category is predominantly named from the latter perspective, it remains a sub-set of rights. What is true of the set is true of the sub-set. We have already established that all rights realizable in court can be classified by these causative events. The same is true of rights *in personam* or, synonymously, obligations.

(b) The English Curriculum in the 21st Century

Our hierarchical map looks like this: rights realizable in-court are either personal, forming the subject-matter of the law of obligations, or proprietary, forming the subject-matter of the law of property; personal rights arise from consent or independently of consent, and, when independently of consent, from wrongs, from unjust enrichment, or from miscellaneous other events. To what extent is this reflected in the law school curriculum? There are courses on property, in practice often confined to one *res*, namely land. There are also always courses on two of the sub-sets of obligations, namely contract and tort, those being slightly restricted versions of consent and wrongs. There are as yet no courses at all on unjust enrichment.

Unjust enrichment has to be found, if at all, in the books and courses on restitution. Unjust enrichment is one of the events which triggers rights to restitution. Although restitution has for some years been required by the professions as part of a qualifying law degree, it makes no more than an interstitial appearance in most undergraduate curricula. There are a few full courses on that response-based subject, but they are mostly found only at the postgraduate level. Within them, some do and some do not distinguish clearly between unjust enrichment and other events giving rise to restitutionary rights.

The gap in the curriculum is reflected in the law library. The first paragraph of this book remarked that unjust enrichment, however necessary, was an unfamiliar category of the law. Its work has been done after a fashion, but incoherently under obscure names and illegitimately borrowed explanations. At this end of the law of obligations, the process of rationalization has fallen a century behind schedule.

This end of the law of obligations includes the residual fourth category of causative events. They do not lend themselves to either books or courses. Judgments are discussed in works on civil procedure and on *res judicata*, also to a certain extent under the slippery title of 'remedies'. Tax lawyers deal with one substantial sub-set, namely all those obligations arising from taxable events. The miscellany could indeed be substantially narrowed if we used a five-term classification: consent, wrongs, unjust enrichment, taxable events, and miscellaneous others. A book on uninvited intervention in the affairs of another, covering both *negotiorum gestio* and salvage, would create a sixth head. It is in the nature of a residual miscellany to yield up ever smaller nominate categories. Tidying up the non-contractual, non-tortious end of the law of obligations means being aware of the residual miscellany; it cannot mean looking for some unifying theory. The miscellany is miscellaneous.

3. UNJUST ENRICHMENT AND THE LAW OF PROPERTY

It is possible to confine the operation of unjust enrichment to the law of obligations. Civilian systems make that choice. They say it generates only rights *in personam*. One effect is that claimants in unjust enrichment, having only personal claims, all become unsecured creditors. As against an insolvent enricher, they have to join the miserable crowd waiting to share *pro rata* the scraps left over after the secured creditors have been satisfied. One scholar has argued that English law ought to make the same choice and move as quickly as possible to the position in which unjust enrichment generates only personal claims.¹⁷ The form of the argument shows that that is not the present law. In English law unjust enrichments do currently also give rise to property rights in some, but not all, cases.

(a) The Shape of a Categorical Error

A system which confines unjust enrichment to the law of obligations, allowing it to trigger only rights *in personam*, creates a monopoly of

¹⁷ WJ Swadling, 'Property and Unjust Enrichment' in JW Harris (ed), *Property Problems from Genes to Pension Funds* (Kluwer London 1997) 130.

choice, not a monopoly determined by logic. Unfortunately, in recent years just as the need for a rational law of unjust enrichment has begun to assert itself, a contrary view has begun to take root. In some quarters property and unjust enrichment have been presented as categories which are mutually exclusive as a matter of logic. That is an error, which confounds the true relationship between unjust enrichment and property. A little time must be taken to weed the error out.

Once one combines different classifications in a hierarchy, one must not forget that each level divides according to its own criterion. This means that it is almost invariably unsafe to suppose an exclusive logical opposition between categories at different levels. Nobody would dream of saying of a given case that it belonged to the law of obligations and therefore not in the law of unjust enrichment. That would contradict the empirical facts. It would also be logical nonsense. One could not say of a given animal that it was terrestrial and therefore not carnivorous.

Categorical errors of that kind are in fact never seen in relation to unjust enrichment and obligations. But it is exactly this kind of error which has for the moment taken a firm but flawed grip on orthodox doctrine as to the relationship between unjust enrichment and property. Very distinguished lawyers have begun to allow themselves to assert that a given case or question belongs in the law of property as opposed to the law of unjust enrichment. Yet property and obligations are coordinate categories: rights divided by exigibility. What is obvious about the relationship between unjust enrichment and obligations (rights *in personam*) should be equally obvious of unjust enrichment and property (rights *in rem*). Unjust enrichment is the generic description of an event from which rights arise. Commonly those rights are *in personam* and hence obligations. Sometimes, however, the rights generated by unjust enrichment are *in rem*, property rights.

The relationship between unjust enrichment and the law of property is formally the same as the relationship between unjust enrichment and the law of obligations. Property rights, like obligations, are a sub-set of rights realizable in court. What holds for the set holds for the sub-set. As every right, so every property right must arise from consent, from a wrong, from an unjust enrichment, or from some other event. Although every property right must arise from one of these events, it does not follow that every one of these events must generate one or more property rights. We have just accepted that some systems choose not to allow unjust enrichment to generate any property rights and that one scholar thinks that English law should follow suit.

(b) Non-Consensual Property Rights

Non-consensual property rights arise from wrongs, unjust enrichment and other events. If I paint my car with your paint, the paint accedes to the car and becomes mine. Similarly, if I make wine from your grapes, the wine is mine. These are fourth category events. They belong in the residual miscellany. We know from *Attorney-General of Hong Kong v Reid*, if we did not know it before, that there is at least one acquisitive wrong, namely breach of fiduciary duty, which generates a proprietary right.¹⁸ There the Hong Kong government acquired an equitable beneficial interest in bribes taken by a corrupt prosecutor in breach of his fiduciary duty. Having a property interest in the bribes, it was then able to claim such an interest in their traceable product, the farms in New Zealand in which the bribes had been invested.

The proprietary response to wrongs is rare. An opponent might condemn it on all sorts of grounds but not on the ground that it was a logical impossibility. In *Chase Manhattan Bank NA Ltd v Israel-British Bank (London) Ltd*¹⁹ Gouling J held that a mistaken payment, the central example of an unjust enrichment, generated both personal rights and equitable proprietary rights. Again, all sorts of criticisms might legitimately be made of that decision, except that it was *a priori* impossible for a mistaken payment to cause the second of these different responses. As with wrongs, whether an unjust enrichment generates proprietary rights is a matter of choice, not logic. A system may or may not reverse unjust enrichment by means of allowing the event to generate a proprietary right.

(c) *Foskett v McKeown*

The House of Lords appears nonetheless to have endorsed just such a logical exclusivity between property and unjust enrichment. In *Foskett v McKeown*²⁰ the question was whether beneficiaries of a trust could claim a proprietary interest in assets obtained with money stolen from the trust. To simplify the complexities of the case itself, suppose a trustee steals £100,000 from the trust, puts it into his bank account at a time when the

¹⁸ [1994] 1 AC 324 (PCNZ). The question whether this case, departing from *Lister & Co v Stubbs* (1890) 45 Ch D 1 (CA), represented English law applicable at the level of the High Court was answered in the affirmative by Lawrence Collins J in *Daraydan Holdings Ltd v Solland International Ltd* [2004] EWHC 622 (Ch) [78]–[87].

¹⁹ [1981] Ch 105 (Ch). The outcome is reinterpreted in *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] AC 669 (HL) 714 (Lord Browne-Wilkinson). Forthright extra-judicial criticism by Lord Millett: The Rt Hon Sir Peter Millett 'Restitution and Constructive Trust' (1998) 114 LQR 399, 412–13.

²⁰ [2001] 1 AC 102 (HL).

account stands £50,000 in credit, then empties the account and uses the £150,000 to buy himself a Rolls Royce. Can the beneficiaries take a proprietary interest in the Rolls Royce? The House of Lords held that they can but insisted that that answer belonged to the law of property, not the law of unjust enrichment. With the support of Lord Browne-Wilkinson and Lord Hoffmann, Lord Millett said, 'The transmission of a claimant's property rights from one asset to its traceable proceeds is part of our law of property, not of the law of unjust enrichment.'²¹

One reason for this unfortunate opposition was reliance on what can conveniently be called the fiction of persistence. Their Lordships thought that it was correct to say that the claimants' original right in the original asset simply persisted in, or was transmitted to, the substitute. The same idea lurks in the civilian phrase 'real subrogation', which means 'thing substitution'. Real subrogation rests on an image in which a property right resembles a single fishing line which can hook one fish after another. The Rolls Royce which replaces the trust money is then just the pike which is hooked after the perch. The right, which is the fishing line, remains the same throughout.

The effect of the fiction of persistence is to assert that the right in the substitute, the Rolls Royce, is the very same right as the right in the pilfered money. Hence the event from which the right in the Rolls Royce arose was the original declaration of the express trust from which the money was stolen. The fiction conceals the need to find and reflect upon any other causative event and, in particular, upon the event which consists in the non-consensual substitution.

In contrasting the categories of property—a category of response—and unjust enrichment—a category of causative event—their Lordships, in the grip of the fiction, must really have intended to contrast causative events. They must have intended to say that the property right in the substitute arose from the original declaration of trust, not from any other event and in particular not from unjust enrichment.

The element of fiction is evident. It is odd to say that a right in a car about which at the time nobody knew anything arose from a declaration of trust of money. It is even more odd when the right itself mutates. The claimant has a choice in relation to the substitute whether to take a beneficial interest proportionate to his involuntary contribution or a security interest for the amount of that contribution.

²¹ [2001] 1 AC 102, 127, 132. Lord Browne-Wilkinson and Lord Hoffmann used similar language: 108–9, 132.

Fictions express faith in the existence of a true but presently elusive explanation. The elusive explanation has to be found.²² For the moment, however, all that matters is the proposition, seemingly denied by their Lordships, that the law of property is a category of response of the same nature as, and coordinate with, the law of obligations. There can be no logical opposition between such categories and their causative events. A right *in rem* can arise from unjust enrichment, just as can a right *in personam*. When it does, it belongs equally to the law of property and to the law of unjust enrichment, no less than a right *in personam* to recover a mistaken payment belongs equally in both the law of obligations and the law of unjust enrichment, and a lion is both terrestrial and carnivorous.

(d) Academic Support: the Virgo Position

There is no doubt that their Lordships were deeply influenced by the work of Mr Virgo of Cambridge University. His important book does indeed contend that property rights can never arise from unjust enrichment. It is definitionally impossible for them to do so. For him, therefore, it makes perfect sense to talk of 'property, therefore not unjust enrichment'.²³ Mr Virgo's position reflects complex and not fully resolved problems in this area, but in the extreme form in which he presents the proposition it must certainly be incorrect.

If my wedding ring is stolen and passes to you in circumstances in which title remains in me, it is indeed impossible to say that my title arises from your unjust enrichment. It arose before you came into the story. The ring became mine when my wife gave it to me. The consensual causative event which explains why my ring is mine remains unchanged even though the ring is now in your hands. The passive survival of my title prevents your enrichment. There is no new right, no active response to unjust enrichment. Suppose, however, that the circumstances are such that title passes. I make a gift to you of an antique silver spoon. Let it be that there was a mistake induced by an innocent misrepresentation on your part, with the consequence that property passed at law while the

²² A Burrows, 'Proprietary Restitution: Unmasking Unjust Enrichment' (2001) 117 LQR 412. The article (i) rejects the fiction and (ii) insists, rightly in the present author's view, that the truth is that the relevant event is unjust enrichment. Not everyone who accepts (i) also accepts (ii). Mr Swadling would place non-consensual substitution in the fourth category which is 'miscellaneous other events': W Swadling in P Birks (ed), *English Private Law* (OUP Oxford 2000 with annual supplements) [4.439]–[4.481].

²³ G Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (OUP Oxford 1999) 15–17, 592–601.

mistake nonetheless rendered the gift invalid and left you unjustly enriched at my expense.

Nothing prevents a system which chooses to do it from reversing this enrichment by means of a proprietary right. If it purported to confer on me exactly the same kind of right as I had before, it would be merely contradicting the proposition that property had passed. That is the case of the ring, and to that extent Mr Virgo is right: it is impossible to respond to an unjust enrichment by re-creating the same proprietary right as was previously held by the claimant. But if the law confers a new and different proprietary right, as by giving me a new equitable interest which I never had before or by conferring on me a power *in rem* to vest the ring in me, that new right *in rem* indisputably arises from your unjust enrichment and in order to reverse it. We will see in Part IV that English law does respond to unjust enrichment in this manner. If it is true that a tide is running against that kind of proprietary response, it is a tide of policy, not logic, and so far it is a tide of policy which is insufficiently informed.

(e) Preventing and Reversing Unjust Enrichment

It is tempting to say that the law of property prevents unjust enrichment and the law of unjust enrichment reverses it. That attractively elegant proposition is seriously inaccurate. It falls back into the error of seeing the categories of property and unjust enrichment as being mutually exclusive. All property rights belong in the law of property. They are what the law of property is about. A property right brought into existence by an unjust enrichment, to reverse that unjust enrichment, belongs both to the law of property and to the law of unjust enrichment. The relevant contrast is not between the law of property and the law of unjust enrichment but between the survival of old proprietary rights and the creation of new rights, whether *in rem* or *in personam*, for the purpose of reversing an enrichment. The passive survival of old rights *in rem* is preventative. The active creation of new rights to undo enrichment is the business of the law of unjust enrichment. It is business done through both the law of property and the law of obligations.

Professor Stoljar saw the law of unjust enrichment, which he preferred to call the law of quasi-contract,²⁴ as an extension of the law of property. There are a number of ways in which that proposition can be defended.

²⁴ SJ Stoljar, *The Law of Quasi-Contract* (2nd edn Law Book Company Sydney 1989) 18, 250.

The strict liability in unjust enrichment does find its parallel in the irrelevance of fault in the assertion of proprietary rights against defendants in possession. But he went further. He constantly described quasi-contractual claims as having a proprietary flavour or a proprietary explanation. That language plays with fire. The relationship between property and unjust enrichment is complex and has been made more tense by persistent error. But the discussion in the preceding pages shows that it can be pinned down in terms of causative events and responses to those events. To speak of the law of unjust enrichment as 'proprietary' in any looser sense can only blur the picture. Unjust enrichment is an independent causative event which straddles the analytical distinction between property and obligations. Some rights arising from that causative event belong to the law of property and some to the law of obligations.

This section has said, in the teeth of high authority, that unjust enrichment is an event which can and does generate proprietary rights—rights *in rem* as opposed to rights *in personam*. Structurally the relationship between property and unjust enrichment is the same as that between obligations and enrichment. The really difficult question is when. That question belongs to Chapter 8. Unsurprisingly, given the confusions introduced here, that Chapter will reveal some very unsettled case law.

C. THE THIRD MAP: INSIDE UNJUST ENRICHMENT

We have been relating unjust enrichment to other better-known categories. At this point we pass inside it. We are now concerned with the layout of the law of unjust enrichment itself. Every case of unjust enrichment is materially identical to mistaken payment of a non-existent debt. The word 'materially' carries a heavy burden. On the surface all the other examples look different. The principal differences relate to the nature of the enrichment, the nature of the claimant's relationship to that enrichment, or the nature of the reason why the enrichment is unjust.

A category which is formed around a core case will inevitably have untidy boundaries. It is necessary to keep in mind the fact that the unity and necessity of the law of unjust enrichment was long denied and is only now being recognized. Even now it is still often more difficult than one would expect to identify a member of the family, disguised as it is likely to be in the deceptive language of the past. Individual figures have grown up in isolation, as for instance money had and received, subrogation, and

rescission. It will be some time before there is agreement among lawyers as to all the borderline cases.

The view taken here is that the terrain is not best mapped by trying to achieve an overview of every known liability which, in whatever language it was developed, might now be said to arise from unjust enrichment. On the contrary, the better course is to emancipate the law from the welter of earlier language and to insist that unjust enrichment be more abstractly mapped in terms of the analysis to which every figure which really is materially identical to mistaken payment of a non-existent debt will in fact conform.

Every liability in unjust enrichment answers to a five-question analysis derived, with two necessary additions, from the full name of the event, unjust enrichment at the expense of another. The map of the modern law of unjust enrichment will be directly determined by that analysis. The old names of the individual figures will be transcended and replaced by this analysis. They do not make the map. They obscure it.²⁵

I. THE FIVE-QUESTION ANALYSIS

Every problem in unjust enrichment can be unlocked by asking these five questions: (i) Was the defendant enriched? (ii) Was it at the expense of this claimant? (iii) Was it unjust? (iv) What kind of right did the claimant acquire? (v) Does the defendant have a defence? These questions provide the structure of the law of unjust enrichment and of the rest of this book.

The first three questions show that an unjust enrichment has happened and they thus establish a *prima facie* cause of action. The fourth (rights) principally seeks to determine whether the claimant's restitutionary right is *in personam* or *in rem* and, if the latter, whether it is immediately vested or merely a power to vest and whether, when vested, it is a beneficial interest or a security interest. The answers to that question have been rendered less than coherent by the long difficulty of seeing the subject as a whole. In the days before they began to be pulled together by the language of unjust enrichment, each centrifugal fragment became a

²⁵ The two chapters of Part VI, below, review the old, pre-unjust enrichment world. They seek to explain a dozen or so difficult words and phrases which have hitherto both done the work and impeded it. In the judgments that vocabulary still competes with the language of unjust enrichment. But much of it is now little understood. Money had and received, for instance, is commonly invoked, as a formula with a function but no meaning. The five-question inquiry will displace most of the old vocabulary. Some is still needed but has to be more precisely understood. Part VI discusses the old terminology. Some readers may prefer to read that discussion first. It doubles as a species of historical introduction to the modern law.

law unto itself. The aim, in relation to the fourth question, must now be to come as near to a single regime as genuine differences between groups of cases will allow. There is a long way to go.

It has become apparent in recent years that the fine tuning of the law of unjust enrichment will fall increasingly to the fifth question (defences). Restrictive interpretations of the cause of action have been relaxed as the defences have begun to take the strain. Provided the trade-off between liberal grounds for restitution and vigorous defences is kept in mind, the new strategy will do more sensitive justice. Here as elsewhere the *sine qua non* of rational development is the capacity to grasp the unity of unjust enrichment. Unless and until a contrary case is made the same defences must apply to every variety of the event and to every kind of right arising from the event.

The first three questions disentangle the three principal elements of the causative event. Question one (enrichment) and question two (at the expense of the claimant) are dealt with in Part II. In the great majority of cases neither is problematic, although when problems do arise they are rather difficult, largely because they have not often been directly confronted in the cases. Their importance could not be recognized other than intuitively so long as unjust enrichment was not acknowledged to exist as an independent causative event.

Part III is the heart of the law of unjust enrichment. It deals with the third question (unjust). Its business is to explore the reasons why an enrichment at the expense of the claimant has to be given up despite the absence of any wrong or manifestation of consent to that effect. Again the reader may prefer to take things out of order. Part III is accessible even if Part II is postponed. Whether read in or out of order, it is not easy going. The reason is that the last decade has twisted the kaleidoscope. The pattern is not as it was ten years ago. The process of understanding what has happened is only just beginning. It is exciting, but difficult. The final function of this introduction is to give a preliminary account of the way in which the picture has changed.

2. UNJUST FACTORS AND ENRICHMENT WITH NO BASIS

Nearly two hundred and fifty years ago, in *Moses v Macferlan*,²⁶ Lord Mansfield turned to Roman law to sort out one large sector at the non-contractual end of the English law of debt. Debt is a category of response, not a category of event. It is the sub-set of the law of obligations in which

²⁶ (1760) 2 Burr 1005, 97 ER 676.

the obligation is to pay a fixed sum of money or a fixed quantity of fungible goods. There are contractual debts and non-contractual debts. The spectrum of debt-creating events stretches from, at the contractual end, deeds, loans, sales, and leases to, at the non-contractual end, mistaken payments, judgments, and taxable events.

In Lord Mansfield's time it was common ground, built into the English forms of action, that one person became indebted to another when he received money for the benefit of that other. Some answer needed to be given to the question under what circumstances the law would regard a receipt as having been of that kind, 'to the use of the plaintiff'—as the old law expressed it. The answer which Lord Mansfield borrowed was immediately copied by Blackstone in his *Commentaries*, albeit embedded in a matrix of implied contract with an enthusiasm absent from the original. This is the part which Blackstone took from Lord Mansfield's judgment.²⁷

This is a very extensive and beneficial remedy, applicable to almost every case where the defendant has received money which *ex aequo et bono* he ought to refund. It lies for money paid by mistake, or on a consideration which happens to fail, or through imposition, extortion, or oppression, or where undue advantage is taken of the plaintiff's situation.

A generation later Sir William Evans identified the Roman and more recent civilian sources behind this clarification.²⁸ On that civilian foundation and hedged in by the form of action which Moses had used, the common law appeared to have constructed a building of its own, which was to be its law of unjust enrichment. The receipt of 'money which *ex aequo et bono* he ought to refund' needs minimal adjustment to become 'unjust enrichment'. Sadly, by the beginning of the 20th century this promising building had been completely overgrown by the ivy of implied contract. But it was not beyond reconstruction.

(a) Groups of Unjust Factors

The key to the English approach appeared to be the identification of specific non-contract, non-wrong reasons for restitution. Thus the Mansfield/Blackstone presentation already enumerated mistake, failure

²⁷ Blackstone (n 1 above) 3 *Commentaries* 162.

²⁸ Sir William Evans (tr), *Pothier's Law of Obligations* (Joseph Butterworth London 1806) vol 2, 378–81, cf his *Essays On the Action for Money Had and Received, on the Law of Insurances, and on the Law of Bills of Exchange and Promissory Notes* (Liverpool 1802) 48–9, repr [1998] *Restitution L Rev* 1, 7–8, 25.

of consideration, shades of fraud and pressure, and taking advantage of vulnerable people. Developed over the years, this list of 'unjust factors' could be seen to fall into groups.

(i) *Intent-Based Unjust Factors*

Most were variations on the nursery theme 'I didn't mean him to have it!' The full range divided in two, between imperfect intent and qualified intent. Imperfect intent in turn broke down between no intent at all and impaired intent. An intent to transfer might be relevantly impaired by mistake, by illegitimate pressure or by reduced autonomy caused by a relationship or by some personal disadvantage or from some other cause. Qualified intent covered all those situations in which the claimant did intend to make the transfer but only on a specified basis. If that underlying conditionality was not purged, the claimant could say, as in the cases of impaired intent, that, in the events which had happened, he never meant the defendant to be enriched.

(ii) *Defendant-Sided Unjust Factors*

At one time it seemed that it was essential to make room, alongside the intent-based unjust factors, for a fault-based and defendant-sided category called something like 'unconscientious receipt' or simply 'free acceptance'. That proved to be the result of muddled thinking. Professor Burrows was chiefly responsible for eliminating the defendant-sided category.²⁹

Every supposed case turned out to be one in which, a *prima facie* unjust enrichment having already been established on other grounds, an element of culpable knowledge was additionally required on the particular facts and for a particular reason. It might be, for instance, that on some facts the defendant could not be said to have been enriched unless he knew that he was receiving a benefit offered in the expectation of payment. Or, again, it might be that an element of culpable knowledge was invoked to restrict restitution in a particular area to protect a countervailing interest, as for instance the need not to infantilize the aged. All elderly people would find it difficult to deal with their property if it were easy to obtain restitution for dementia.³⁰ There is no doubt that Professor Burrows was right to eliminate this defendant-sided category.

²⁹ A Burrows, 'Free Acceptance and the Law of Restitution' (1988) 104 LQR 576. See now A Burrows, *The Law of Restitution* (2nd edn Butterworths London 2002) 402-7.

³⁰ More detail in P Birks, 'The Role of Fault in the Law of Unjust Enrichment' in W Swadling and G Jones, *In Search of Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley* (OUP Oxford 1999) 235.

One regrettable consequence of the error of creating this false category was the belief that an unconscientious receipt could operate as an indication of both enrichment and unjust. That is no longer accepted in the academic literature, but it has not yet been altogether cut out of the cases.³¹

(iii) *Policy-Based Unjust Factors*

The fault-based unjust factors being redundant, there remained cases inexplicable in terms of defective or qualified intent. It seemed possible to attribute all of them to the operation of specific policies which required enrichments to be given up without regard to the quality of the claimant's decision to make the payment or confer the benefit in question. Thus the reason why an enrichment had to be given up might be the need to reinforce governmental respect for the rule of law or the desirability of incentives encouraging withdrawal from illegal contracts.

Although somewhat untidy, the two lists of intent-based and policy-based unjust factors seemed to work, and they had the merit of keeping more or less in step with the way lay people thought.

(b) *Sine causa, No Explanatory Basis*

Despite its 18th-century foundation in Lord Mansfield's learning in Roman law, the down-to-earth, pragmatic and in some respects backward English law thus emerged from the heresy of implied contract in the second half of the 20th century looking very different from its civilian equivalent. Although civilian jurisdictions differ as between themselves in many ways, they all use the same basic approach to the question which asks when an enrichment must be given up even in the absence of contract or wrong. They divide enrichments between the explicable and the inexplicable. An enrichment which has no explanation must be given up. There is a limited range of recognized explanations. If the putative explanation is invalid or if there never was even a putative explanation, the enrichment is *sine causa*, it lacks the required explanatory basis and must be given up.

The last decade has seen the most important series of unjust enrichment cases ever to run through the English courts. They concerned the consequences of void contracts and, in particular, of void interest swaps.

³¹ It recurs in *Rowe v Vale of White Horse DC* [2003] EWHC 388, [2003] 1 Lloyd's Rep 418. However the error did no harm, because in that case the Council seeking restitution had knowingly accepted the risk that the recipients of their services would not agree to pay. No system would have allowed recovery, so that it was not necessary to ascribe the conclusion against liability to the absence of any free acceptance.

They are explained and considered in Part III.³² There is no escape from the conclusion that they adopted the 'no basis' approach. They do not fit in the list of unjust factors. This cannot be shuffled off or absorbed as though insignificant. It compels a radical re-orientation.

(c) Incompatible Bedfellows

Disorder in the law of torts is largely due to mixing incompatible approaches. We have torts which are degrees of fault, like negligence and deceit, and we have torts which are infringements of protected interests, like defamation, nuisance, interference with contractual relations, and interference with goods. These cannot but cut across each other. History brought us to that confusion. Nobody could voluntarily have chosen it. The law of unjust enrichment is young enough to haul itself out of a similar mess. The list of unjust factors and the inquiry into the existence of an explanatory basis are two entirely different methods of determining that an enrichment at the expense of another must be given up. Although in the vast majority of cases they reach the same destination, the two methods cannot be mixed or merged. Lord Hope of Craighead has already encouraged an assimilation.³³ But assimilation cannot mean anything like the blind co-existence of fault-based and interest-based torts, and it cannot happen without marginally changed outcomes.

Comparatists have seen this crisis coming. Dr Meier has repeatedly made a powerful case for the necessity of an English reorientation towards the *sine causa* approach.³⁴ Dr Krebs's timely comparative study placed English law 'at the crossroads' but came narrowly down in favour of persisting with the intent-based and policy-based unjust factors.³⁵ Canada, under French influence, has already become the first common law country to embrace the civilian terminology but appears to be in danger of falling incoherently between two stools, since it uses the language of absence of cause without regard to the technicalities of its operation.³⁶ The comparative dimension now exercises a potent and

³² Below, 108–113.

³³ *Kleinwort Benson v Lincoln CC* [1999] 2 AC 349 (HL) 408–9.

³⁴ This was the theme of her book: S Meier, *Irrtum und Zweckverfehlung* (Mohr Siebeck Tübingen 1999) which was the subject of a review article by T Krebs, 'A German Contribution to English Enrichment Law' [1999] *Restitution L Rev* 270. For her more recent contributions, below, 113 nn 20–1.

³⁵ Krebs, *Restitution at the Crossroads* (Cavendish Press London 2000). This book is really about unjust enrichment, not restitution.

³⁶ Shortcomings and uncertainties: LD Smith, 'The Mystery of Juristic Reason' (2000) 12 *Supreme Court L Rev* 211.

practical influence on the interpretation of the swaps cases, which were not themselves overtly aware that they were walking a watershred.

One might muster the courage to say that they were incorrectly decided, or at best incorrectly reasoned, and that the judges should have made more effort to understand the approach to which English law appeared to be committed. That is a cul-de-sac, and a dangerous one. It leads over a cliff. Anyone bold enough to go down it will find himself dashed to pieces on the sharp rocks of Dr Meier's arguments. Over many years her case has been that the lists of unjust factors must in the end collapse into the 'no basis' approach. Between the lines of Dr Krebs's defence of unjust factors it is evident that he was constantly on the verge of capitulation.

Partly therefore by the force of precedent and partly because of the power of the Meier comparative analysis, Part III now accepts that in the recent cases English law paused at the crossroads and took a new direction. There can be no half measures. This is not the kind of issue which is susceptible of fudge or deliberate compromise. After the swaps cases English law now has to work through absence of basis across the board. It is a question of method, not substance, but methods have their own message. On the margin different methods produce different outcomes. The best prescription in the short term will be to use both approaches, in full awareness that they cannot be mixed.

D. CONCLUSION

One great advantage of pulling the law of unjust enrichment out of categories to which it does not belong, and even out of restitution to which it does belong but in which it has tended to lose its identity, is that it allows us to get a better picture of the classification of private law as a whole.

The first two sections of this chapter located our *tertium quid* in what turns out to be a fourfold series of causative events and then related that series to the different division between property and obligations. These are coordinate categories of response to the series of causative events. When rights are classified the first level is usually occupied by the division between *in rem* (property) and *in personam* (obligations). The division according to causative events is placed on the second level. All the rights which we seek to realize in court arise from are either *in rem* or *in personam*, and, one step down, all arise from distinct causative events—consent, wrongs, unjust enrichment, and others. Like the events in the

other three, unjust enrichment is a causative event capable of generating both rights *in personam*, in the law of obligations, and rights *in rem*, in the law of property.

The third section then took us inside the law of unjust enrichment itself. As it happens we have opened that door at a time when the common law is rejoining the tradition from which it borrowed heavily in the 18th century. Having recovered from an age wasted in the wilderness of implied contract, it had been evolving an approach of its own to 'unjust', but a series of important cases has moved it back into the mainstream. Like all the civilian systems, it will now ask whether the enrichment does or does not rest on a recognized explanatory basis. Wealth is transferred with a purpose in mind. Generally, though not invariably, the purpose is the basis. An unjust enrichment at the expense of another is an enrichment which, in those terms, is inexplicable. It fulfils no purpose and has no other basis.

Part II

Enrichment at the Expense of the Claimant

LUIS DíEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Civil
Ex Magistrado del Tribunal Constitucional

ANTONIO GULLÓN
Catedrático de Derecho Civil
Magistrado del Tribunal Supremo

SISTEMA DE DERECHO CIVIL

VOLUMEN II

EL CONTRATO EN GENERAL
LA RELACIÓN OBLIGATORIA
CONTRATOS EN ESPECIAL
CUASI CONTRATOS.
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

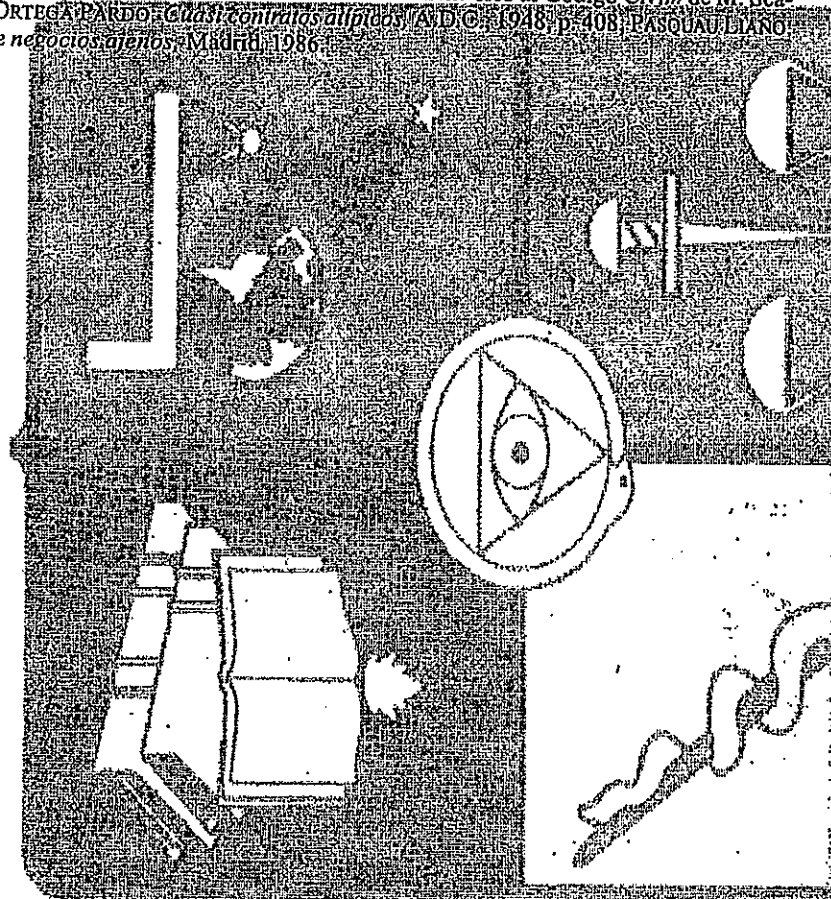
NOVENA EDICIÓN

2004

tecno

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

CAÑIZARES LASO: *Tipología de la gestión de negocios ajenos*, A.D.C., 1995, fasc. 2, p. 695; DE SÉMO: *La gestión de negocios en la teoría y en la práctica*, trad. esp., Madrid, 1986; GARCÍA VALDECASAS: *La gestión de negocios ajenos*, R.D.P., 1957, p. 619; LACRUZ BERDEJO: *La gestión de negocios sin mandato*, R.C.D.L., 1975, p. 245; NÚÑEZ LAGOS: *La gestión de negocios ajenos; Los cuasi contratos en general*, ambos en «Comentarios al Código Civil» de M. Scaevola, t. 35; ORTEGA PARDÓ: *Guía de contratos alipidos*, A.D.C., 1948, p. 408; PASQUAU LIANO: *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986.



39. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

I. LA CAUSA EN LAS ATRIBUCIONES PATRIMONIALES

El concepto de causa no es propia solamente del negocio jurídico: se utiliza también en relación con las atribuciones patrimoniales. Se expresa con esta idea la necesidad de que toda atribución y todo desplazamiento entre patrimonios se justifique merced a una situación previa que el ordenamiento jurídico considera bastante para llevarlo a cabo (un contrato, la ley, una sentencia). Se sigue de ello que todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícita, debe fundarse en una causa o razón de ser que el ordenamiento jurídico considera justa. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, e que ha recibido la atribución debe restituir. Correlativamente surge una acción en favor del empobrecido para obtener o reclamar dicha restitución.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Está fuera de toda duda que la categoría moderna del enriquecimiento injustificado sin causa tiene su origen remoto en la regulación romana de las *condictiones*.

La *condictio* fue un remedio legal, de origen, de contornos y de función en alguna medida inciertos. ORTOLAN dice que la quinta y última de las acciones de la ley (*legis actio per condictioem*) apareció en el año 510 a.C. para suplir las deficiencias de las otras cuatro. En ella, el recurso a la acción de la ley se producía mediante la denuncia o emplazamiento del demandado (*condicere* = citar o emplazar para un juicio), y mediante esta acción se llevaban a cabo algunas singulares reclamaciones, ante todo la restitución de una *datio* cuando el demandado no poseía título o razón suficiente para retener.

Sea de todo ello lo que fuere, lo cierto es que en el Digesto justiniano aparece especialmente mencionadas varias *condictiones*:

- a) La llamada *condictio causa data causa non secuta* o *condictio causa data rum*, que era una atribución patrimonial que una persona había hecho en vista de un resultado futuro que no se produce.
- b) La *condictio ob turpem causam*, cuando el resultado buscado es inmoral deshonesto.
- c) La *condictio indebiti*, cuando alguien paga por error una deuda inexistente lo que no se debía.

A estas tres centrales *condictiones* se añaden algunas otras en el Digesto justinianeo: 1.ª, la *condictio sine causa*, cuando alguien hace una promesa sin causa, que se diferencia de las anteriores en que en lugar de una *datio* se produce una simple *promissio*; 2.ª, la *condictio furtiva*, que permite reclamar la cosa hurtada o su valor, y obliga no sólo al autor del hurto, sino a sus herederos; 3.ª, la *condictio ex lege*, de la cual se dice, en un texto de PAULO, que, cuando una nueva ley introduce una nueva obligación y no se ha prevenido en ella el tipo de acción que se da, se entiende que es la *condictio*.

Al lado de las *condictiones*, el Derecho romano conoció las *actiones in rem verso*. La regla general es que cuando las personas sometidas a potestad ajena no tienen peculio, o lo tienen insuficiente, responden de sus deudas aquellos bajo cuya potestad se encuentran siempre que estos últimos hubieran obtenido algún provecho de la actuación de los primeros, de manera que lo que han hecho puede considerarse como si ellos mismos hubieran contratado. Esta acción se funda centralmente en la obtención del provecho por el actuar de otro.

También es sumamente importante para el desarrollo de la doctrina del enriquecimiento sin causa (c.s.c.) un texto de POMONIO, recogido en el Digesto entre las reglas de Derecho, según el cual es justo por Derecho natural que nadie se enriquezca con perjuicios y lesión de otro (50.17.206).

La Glosa y la doctrina del Derecho Natural racionalista comentaron los textos sobre la *condictio* y la regla de POMONIO, fundamentando la prohibición del enriquecimiento injusto, tradición que es recogida en la recopilación del Derecho general prusiano (1794) y en el Código civil austriaco (1811), que la admitieron y reglamentaron supuestos legales inspirados en ella.

En la literatura jurídica del siglo XIX recibe un nuevo impulso. Tras haber estudiado la doctrina de las *condictiones*, se preguntaba SAVIGNY qué es lo que todas ellas tienen o pueden tener en común, y dice: «todos estos casos tienen entre sí, en común, el aumento de un patrimonio por disminución de otro que o se ha producido sin causa, o ha perdido su causa originaria». Inmediatamente añade que se puede utilizar la idea del enriquecimiento falto de causa de uno a costa del patrimonio del otro.

Estas ideas, junto con la entera doctrina de las *condictiones*, fueron objeto de ulteriores desarrollos en la doctrina alemana del siglo XIX, y cristalizaron, finalmente, en los tratados y manuales de los más conocidos pandectistas.

III. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA ÉPOCA DE LA CODIFICACIÓN

Las elaboraciones de los pandectistas (sobre todo la de WINDSCHEID) influyeron decisivamente en la codificación alemana. El parágrafo 812 del Código civil contiene una cláusula general: quien por prestación de otro, o de otro modo a costa de éste, se enriquece sin causa, está obligado a la restitución. La casuística empieza después, cuando se dice, v. gr., que la obligación restitutoria existe también si la causa ha desaparecido posteriormente o si no se ha producido el resultado perseguido con la prestación, según el contenido del negocio (descripción muy clara de la *condictio causa data causa non secuta*); y cuando se señala que la finalidad de la prestación puede encontrarse determinada de modo que al aceptarla el *accipiens* contravenga una dis-

posición legal o las buenas costumbres (parágrafo 817), recogiendo la *condictio ob turpem vel iniustam causam*.

Muy distinta de la germánica fue la tradición francesa. Subraya GORE que los antiguos autores franceses no consagraron nunca el principio de que nadie debe enriquecerse a cargo de otro como fuente general de obligaciones, y que sólo hacen a ello raras alusiones. También destaca el autor citado que, si bien la teoría romana de las *condictiones* se introdujo y mantuvo en Francia, al exigirse la causa como un elemento estructural de los contratos (DOMAT), su falta lo hacía nulo y, en consecuencia, las acciones fundadas en la ausencia de causa sirven al mismo tiempo para repetir las prestaciones realizadas en ejecución del mismo. El desarrollo de las teorías de las nulidades por falta de causa priva de fundamento a la figura de las *condictiones*.

En POTHIER la noción del enriquecimiento injusto se liga con la gestión de negocios ajenos. Además de ello, recogida la idea de que el que paga un *indebitum* se asemeja al que presta, habla de un cuasi contrato llamado *pro mutuum*, que asimila a la acción que nace de la *condictio indebiti*, haciendo de esta última una regulación que los codificadores reducirán más todavía.

Nada tiene de extraño que, con estos antecedentes, el Código de Napoleón no regule el enriquecimiento injusto. Hay en él una regulación de la acción de repetición que se encuentra en la disciplina de las obligaciones y contratos (restitución por causa de nulidad del contrato, etc.) y una configuración de la repetición del pago de lo indebido (la clásica *condictio indebiti*) con un sentido en algún modo residual. Esta orientación se sigue en nuestro Derecho. La formación de la teoría del enriquecimiento injusto o *sine causa* en el Derecho francés es tardía y jurisprudencial.

IV. CONSTRUCCIONES DOCTRINALES

En un determinado momento se generalizó la idea de que la prohibición de los enriquecimientos injustificados constituye un principio general del Derecho. Se buscaba de este modo, según expresión de RIPERT, la implantación de una regla moral en la vida jurídica civil, llevando a cabo una valoración ética de los resultados de las operaciones jurídicas para proceder en consecuencia.

Comentando esta línea de pensamiento, dice GORE que una noción teñida de criterios morales no es susceptible de una automática definición, de manera que se trata de que el juez decida según el sentido general de la justicia.

En realidad, con ella se cae en la casuística más heterogénea y en el arbitrio propio de un Derecho judicial, sistema éste que entre nosotros no es admisible por impedirlo el principio de seguridad jurídica y la vinculación de los jueces al Derecho (arts. 9 y 120.3 de la Constitución). Por otra parte, no se puede hablar de un principio general del Derecho que imponga la revisión de todos los lucros obtenidos, de todos los enriquecimientos recibidos. La revisión o reexamen sólo se produce en algunos casos en que se valora como digno de tutela el interés del demandante de la restitución y se desprotege el interés del demandado. La repetición tiene un acusadísimo carácter excepcional, cuando exista para ello una prescripción jurídica concreta (p. ej., el contrato que se ejecutó era nulo; la cosa que se entregó en pago no correspondía a ninguna obligación del tradente, etc.).

Otra línea de pensamiento coloca al enriquecimiento sin causa entre las fuentes de las obligaciones, lo que es decir muy poca cosa, es quedarse en la superficie: si se quiere aludir a su efecto (la creación de una obligación restitutoria), se trata de una verdad indiscutible, pero nada más:

En relación con los contratos, puede decirse que en su normativa jurídica las valoraciones de justicia y de injusticia de los resultados contractuales quedan subordinados al postulado de que sean obra de la iniciativa y de la autonomía de las partes. Lo justo, lo exigido por la dignidad personal, es un mundo de contratos libres, por lo que los enriquecimientos conseguidos a través de ellos no son nunca injustos.

La idea del enriquecimiento aparece en los contratos precisamente cuando se decreta su ineficacia y surge la obligación de restituir, que el Código civil atiende entonces con normas más o menos completas.

Se ha querido fundamentar la doctrina del enriquecimiento en la noción de cuasi contrato, ensanchándola. Pero la crisis de la noción del cuasi contrato convierte en inútil todo este empeño teórico.

Por último, queda la relación del enriquecimiento injusto con el Derecho de daños, que debe matizarse. Este Derecho trata de resolver el problema del resarcimiento debido por quien culpable o negligentemente causa daño a otro. En el genuino Derecho de daños hay daño y no necesariamente enriquecimiento. A la inversa, podemos encontrar fenómenos de enriquecimiento injustificado en los que no puede hablarse de daño en sentido técnico. Si a alguien paga algo que no se debe, el *accipiens* se ha enriquecido, pero el empobrecimiento del *solvens* no es un daño en el sentido del artículo 1.902 C.c.

Hay, sin embargo, casos en que el *enrichissement sans cause* existe. Se trata fundamentalmente de los supuestos de intromisión o de invasión en el ejercicio de un derecho que es ajeno. Por ejemplo, el titular de una concesión minera excava y extrae mineral de terrenos pertenecientes a un concesionario limítrofe; se utiliza sin autorización la propiedad intelectual o industrial ajena. El Derecho del enriquecimiento funciona además aunque el daño no se haya producido. Piénsese en el ejemplo de CAEMMERER: un importante medio de difusión utiliza la propiedad intelectual de un autor de un libro escasamente conocido, sin su licencia y sin pagarle ninguna retribución; pero la curiosidad despertada produce un notable incremento de las ventas y enriquece al autor.

V. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y EL CONTROL CAUSAL-FUNCIONAL DE LOS DESPLAZAMIENTOS DE VALOR Y LA TEORÍA DE LA CAUSA

Aproximadamente alrededor de los años veinte, en la doctrina de los países situados en la órbita de la tradición de la codificación francesa comienza a producirse la sustitución de la antigua idea del «enriquecimiento injusto» por otra más moderna, que habla de «enriquecimiento sin causa», seguramente por influjo de la legislación y literatura alemanas. Aunque el Código civil alemán no hable de «enriquecimiento sin causa», sino de «enriquecimiento injustificado», el parágrafo 812 define la regla que nos ocupa diciendo que quien obtiene algo por prestación de otro o de otro modo *sin causa jurídica* está obligado a la restitución.

El problema central de este encuadre es la noción de «causa». En los Derechos pertenecientes a la tradición de la codificación francesa, por obra de una línea doctrinal que, procedente de DOMAT y de POTHIER, llegó al Código civil francés, la causa se articula como «causa de las obligaciones» o «causa de los contratos». En cambio, en el Código civil alemán la idea de causa no se menciona para nada en la regulación del contrato y sólo aparece cuando se refiere al «enriquecimiento injustificado».

El Derecho alemán se ha caracterizado siempre por el triunfo del principio de abstracción, en especial por lo que se refiere a las transmisiones de la propiedad: es la concorde voluntad de las partes de transmitir y adquirir, respectivamente, lo primordial y fundamental, sin que importe a estos efectos la razón de ese desplazamiento patrimonial. Por eso, la regla sobre el enriquecimiento injustificado es necesaria como mecanismo de corrección de las consecuencias producidas por la abstracción. Como el funcionamiento en aras de la abstracción exige la transmisión de la propiedad, sin embargo, la inexistencia y los vicios y defectos del negocio subyacente en las simples declaraciones de voluntad de transmitir y adquirir pueden obligar a una restitución, a un reequilibrio.

En la tradición francesa, en cambio, los contratos necesitan una causa (vid. art. 1.174 de nuestro Código civil) como elemento esencial, y los que no la tienen o la tienen ilícita obligan a restituciones de los desplazamientos realizados, como consecuencia de la nulidad del contrato y sin que sea necesario construir, como en el Derecho alemán, una pretensión restitutoria o de resarcimiento independiente. Además, problemas relativos a la resolución de los contratos por incumplimiento o por onerosidad excesiva — con los consiguientes efectos restitutorios — se consideran que tienen un fundamento causal y que obedecen a una falta sobrevenida de causa. El Derecho alemán, en cambio, ha permanecido ajeno, como se sabe, a la tradición de la idea de causa procedente de DOMAT y POTHIER, lo que provocó la supervivencia de la doctrina de las *condiciones* y un desarrollo de las mismas extraordinariamente elaborado, porque los problemas de causa, falta de causa, causa lícita, causa torpe, etc., tienen que recibir solución por esa vía.

De acuerdo con estas líneas legislativas, para nuestro Derecho, que sigue la tradición francesa, por justa causa de una atribución patrimonial debe entenderse aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la misma para recibirla y conservarla, lo cual puede ocurrir porque exista un negocio jurídico válido y eficaz o una disposición legal que autorice aquella consecuencia.

Ese negocio jurídico válido y eficaz debe encontrarse construido y regulado de acuerdo con una noción causal o causalista.

VI. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL DERECHO ESPAÑOL

La doctrina del enriquecimiento injustificado o sin causa es, en el Derecho español, una construcción jurisprudencial y doctrinal, que sólo muy modernamente ha tenido algún reflejo en el ordenamiento legislativo [curiosamente para establecer la regla de conflicto, en el Derecho Internacional Privado (cfr. art. 10.9 C.c.), y en la Ley Cambiaria del Cheque (art. 651) se ha recurrido a la noción de causa].

en el que se dice que ninguno debe enriquecerse torticeramente con daño de otro, una jurisprudencia ya antigua, que se remonta por lo menos a la mitad del siglo XIX, considera que es un principio general del derecho el de que nadie puede enriquecerse con daño o detrimento de otro y que si ello ocurre el enriquecido debe restituir. La jurisprudencia posterior a 1945 ha tratado de perfilar la construcción señalando los requisitos que la pretensión de enriquecimiento debe reunir para ser viable.

La doctrina jurisprudencial ha declarado reiteradamente que toda pretensión de enriquecimiento exige, como requisitos esenciales, a) la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado con el correlativo empobrecimiento del actor; b) conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento (Ss. de 28 de enero de 1956, 15 de diciembre de 1980 y 16 de marzo de 1995, entre otras muchas).

A) PRESUPUESTOS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

a) *El enriquecimiento.* Se puede producir tanto por un aumento del patrimonio como por una disminución del mismo (Ss. de 12 de enero de 1943 y 28 de enero de 1956).

El aumento del patrimonio puede deberse a un incremento del activo (adquisición de cosas corporales, adquisición de derechos reales o de crédito, de la posesión de las cosas; de cualquier otra ventaja como aumento del valor de las cosas o derechos ya existentes en el patrimonio por mejoras, edificaciones, etc.), o a una disminución del pasivo (extinción de una deuda, de un gravamen, etc.).

El enriquecimiento negativo se da cuando es evitada una disminución del patrimonio. En este sentido, un no gasto es equivalente a un ingreso. Se comprenden aquí todos los casos en que hay consumo de cosas pertenecientes a otro o servicios recibidos o expensas hechas por un tercero, si el enriquecimiento ha evitado de esta forma un gasto.

b) *El empobrecimiento del actor.*—La existencia de un enriquecimiento de una persona por otra no sería suficiente para fundar la pretensión de enriquecimiento. Es necesario que el enriquecimiento se produzca a costa de otro. El que no sufre este empobrecimiento no tiene interés, porque nada ha perdido. El empobrecimiento es una pérdida pecuniariamente apreciable, puede consistir en un valor salido del patrimonio del reclamante, en una prestación de servicios, en un trabajo efectuado o en la pérdida de un lucro cierto y positivo (Ss. de 30 de septiembre de 1993 y las que cita).

A pesar de la existencia material del empobrecimiento, la acción está excluida en ciertos casos en que es imputable al demandante mismo o proviene de una iniciativa que no parece poder concederle un justo título. Así ocurre cuando el empobrecimiento proviene de un acto ilícito: la abuela que conserva a los niños contra una decisión judicial ordenando entregarlos al padre divorciado, no puede demandar el reembolso de los gastos de manutención bajo el pretexto de que éste los ha ahorrado.

c) *La relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.*—Debe existir un lazo causal entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor. Es preciso que el empobrecimiento de uno sea la causa del enriquecimiento del otro.

A veces el enriquecimiento del demandado no proviene directamente del empobrecimiento del demandante, sino a través del desplazamiento patrimonial que este último

ha realizado para el patrimonio de un tercero, del que ha pasado al del demandado. La causa del enriquecimiento previo del tercero es una relación jurídica ajena al demandado enriquecido, pero de cuyos efectos se beneficia en último término. Por ejemplo, un contratista construye para un comitente que había comprado el terreno. La compraventa se resuelve, el vendedor recupera el terreno lógicamente con el edificio, y el contratista, ante la insolvencia del comitente, pretende que le pague el importe de las obras el vendedor.

Una generalización total y absoluta de la legitimación para entablar la acción de enriquecimiento tiene el peligro de ignorar la regla de la relatividad de los contratos, por lo que será necesario tener en cuenta las circunstancias concurrentes y valorar si debe ser entonces sacrificado este principio.

d) *La falta de causa del desplazamiento patrimonial.*—Finalmente, es necesario para que la acción proceda, que falte la causa de la atribución, entendida en el sentido que hemos dejado indicado al comienzo de este capítulo. Nuestra jurisprudencia lo ha repetido constantemente. La aplicación del principio que veda enriquecerse injustamente—dice—exige que se demuestre, en cada caso, además del hecho del enriquecimiento, su falta de causa o justificación, no enriqueciéndose torticeramente el que adquiere una utilidad en virtud de un derecho legítimo que se ejercita sin abuso, en virtud de una sentencia que lo estima procedente en Derecho, o cuando el beneficio del demandado se halla fundado en preceptos legales (Ss. de 27 de marzo de 1958, 19 de abril de 1961 y 8 de enero de 1980, entre otras).

Como se ve, la jurisprudencia restringe de este modo la posibilidad de ejercitar la acción de enriquecimiento, evitando que se convierta de hecho en una causa de inseguridad jurídica bajo pretexto de examinar la acomodación de las adquisiciones a la idea subjetiva de justicia del aplicador del Derecho.

Por lo que respecta a los contratos, hay que subrayar que la existencia de un contrato válido excluye la acción, pero la nulidad absoluta o relativa del mismo o su resolución o rescisión posterior se gobierna por las propias normas que el Código dedica a estas materias.

e) *No es necesaria mala fe del enriquecido.*—Aunque en un principio la jurisprudencia exigió para la viabilidad de la acción que el enriquecimiento fuera «torticeramente», hoy es doctrina que no se exige mala fe ni conducta ilícita por parte del enriquecido, que hasta puede ser ignorante o de buena fe (Ss. de 27 de marzo de 1958 y de 5 de octubre de 1985, entre otras).

B). CONTENIDO

Dice la sentencia de 5 de octubre de 1985, que «si la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda exce-

¹ Las sentencias de 22 de diciembre de 1962 y 12 de noviembre de 1969 abordaron casos que teóricamente pudieran caer en los enriquecimientos indirectos. En la primera, sin embargo, no se apreció, sino el directo del propio demandado. En la segunda se negó acción al constructor. También se denegó la acción de enriquecimiento en la de 20 de noviembre de 1989 (basada en las que cita) y en la de 26 de mayo de 1995. La de 12 de julio de 2000 la admite sin ninguna reserva ni condicionamiento.

derlo, tiene también otro límite infranqueable [...] que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor, de suerte que, aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa no podrá aquél reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento».

Debe de resaltarse que la acción tiene en la reclamación de aquello con lo que se haya enriquecido el demandado, no a indemnizar perjuicios sufridos por el actor. La acción de enriquecimiento no es una acción resarcitoria de daños y perjuicios (S. de 25 de abril de 2000).

C) NATURALEZA Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA LA CUESTIÓN DE LA SUBSIDIARIEDAD

La acción de enriquecimiento es *personal*, no tiene por objeto la restitución o recuperación de las cosas salidas del patrimonio del demandante, sino que es una acción dirigida a la reintegración del equivalente. Es, pues, una acción de reembolso que busca una condena pecuniaria. Su plazo de prescripción será el general de quince años (art. 1.964) (S. de 5 de mayo de 1964).

La doctrina y jurisprudencia francesas se inclinan por la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, en el sentido de que cuando el empobrecido pudo accionar con una acción nacida de un contrato, cuasi contrato, responsabilidad civil o de la propia ley, no le cabe el recurso a aquella acción. El Código italiano de 1942 opta también por la subsidiariedad de modo expreso (art. 2.042). También la jurisprudencia española ha seguido este criterio cuando ha sido *ratio decidendi* de sus fallos, si bien otras sentencias manifiestan que la acción no es subsidiaria aunque nada tenga que ver esa afirmación con el fallo, son unos meros *obiter dicta* que no crean doctrina jurisprudencial (S. de 19 de febrero de 1999 y las que cita).

Una excepción cabría hacer, sin embargo, referida a la concurrencia en una misma hipótesis de normas sobre responsabilidad civil por dano aquiliano (art. 1.902) y las del enriquecimiento.

La acción que al dañado corresponde, como lo acertadamente la sentencia de 12 de abril de 1955², concurre con la del enriquecimiento injusto, pudiendo aquél ejercitar la que estime más adecuada.

En efecto, un mismo hecho puede originar el enriquecimiento de su autor y el empobrecimiento del demandado sin causa, y puede verse también como un daño que sufre por una acción de aquél en su patrimonio. En la hipótesis de la sentencia acabada de citar, el que el concesionario de una mina invada los terrenos del concesionario limítrofe, extrayendo mineral de su concesión. En cambio, no todo daño lleva consigo un

aumento patrimonial para el que lo causa, en cuyo caso no habrá más acción que la de la responsabilidad civil.

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

ALVAREZ CAPEROCHI: *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989; BASOZABAL ARRUE: *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998; Díez-PICAZO: *La doctrina del enriquecimiento injustificado* (discurso de recepción en la R.A. de Jurisprudencia y Legislación, contestado por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ), Madrid, 1987; ESTEVE GONZÁLEZ: *Proyección en el Derecho aplicable de las distintas concepciones del enriquecimiento sin causa*, A.D.C., 2000, fasc. 2, p. 511; NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934; LACRUZ BERNEDO: *Notas sobre el enriquecimiento sin causa*, R.D.C.I., 1969, p. 569.

² Esta importante y bien construida sentencia ha sido seguida por la de 10 de marzo de 1958, 22 de diciembre de 1962, 5 de mayo de 1964 y 5 de octubre de 1985. Hay que anotar, no obstante, que esta última contiene un *obiter* incoherente con la tesis que acoge. El *obiter* declara que «es cuestionable» que puedan acumularse la acción ex artículo 1.902 C.c. y la de enriquecimiento, por ser ésta subsidiaria. La doctrina jurisprudencial es taxativa, por contra, en cuanto a la concurrencia de las acciones y la libertad de elección entre ellas.

JOSÉ PUIG BRUTAU

FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL

Tomo II
VOLUMEN III

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO - RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL - DERECHO
A LA INTIMIDAD

1983



BOSCH, Casa Editorial, S. A. — Urgel, 51 bis — BARCELONA

te un verdadero deudor (como dice el mismo artículo), pero que no paga y lo hace en su lugar otra persona que por error se cree obligada a ello. La buena fe del *accipiens*, en el supuesto contemplado por el artículo, llega al punto de que destruye toda prueba y garantía de su derecho, que ya considera satisfecho.

Que el acreedor cobra lo que alguien le debe lo demuestra el precepto al referirse al "verdadero deudor". Por tanto, es un caso de pago de deuda ajena con la particularidad de que se concede al pagador el derecho de dirigirse contra el verdadero deudor, o contra los fiadores, y ello en atención a los efectos de la buena fe del comprador, que le impulsa a destruir las pruebas de su derecho y a dejar que el mismo desaparezca. Por ello, la ley dispone la definitiva liberación del acreedor, con el resultado de que el pagador solo podrá dirigirse contra quien tenía que haber pagado o, en su caso, contra sus fiadores.

Dice LACRUZ que "se trata más de evitar el enriquecimiento que el enriquecimiento: de un límite, por tanto, a la *condictio indebiti* del que pagó sin ser deudor, cuya acción queda totalmente extinguida y sustituida por la subrogación en las que correspondan al *accipiens*". Es un caso de subrogación legal expresamente mencionado en el Código, como exige el art. 1.209. Sin esta subrogación dispuesta por la ley, el pagador debería recurrir a una acción de enriquecimiento injusto.⁷⁴

II

OBLIGACIONES DERIVADAS DE UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

1. Concepto general

Todos los ordenamientos jurídicos tratan de impedir que unas personas obtengan beneficios a expensas de otras sin causa o razón que lo justifique. Todo el Derecho patrimonial procura evitar que se consoliden situaciones injustas. La acción reivindicatoria suprime una ventaja que tiene el poseedor a expensas del propietario; la acción de que dispone un acreedor para cobrar su crédito se dirige a evitar que el deudor se libere de su obligación en perjuicio de aquel, etc. Pero en semejantes casos se trata del ejercicio de acciones que las normas han previsto en relación a situaciones concretas, a diferencia de lo que sucede cuando solamente pueden invocarse principios generales. Cuando se trata de situaciones previstas por las normas en relación con figuras jurídicas determinadas, no hay necesidad de recurrir a la doctrina general del enriquecimiento injusto.¹

1 J. L. LACRUZ BERDEJO, "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", RCDI, 1969, págs. 569 a 603; J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHICO, "El enriquecimiento sin causa en el Derecho español", RGLJ, 1974, tomo 236, núm. 4, páginas 415 a 445 y núm. 5, págs. 495 a 518; del mismo autor, "El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP, 1977, págs. 845 a 877; A. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1960, págs. 262 y ss.; Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1972, págs. 73 a 81; R. NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934; el mismo autor en el *Código civil comentado* de SCAEVOLA, edición de 1961, tomo 30, volumen 2.º, págs. 717 a 726; ROVIRA MOLA, "Enriquecimiento injusto", en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Seix), tomo VIII, págs. 570 a 590; ESPUNY GÓMEZ, "Perfil y límites del enriquecimiento infundado", RJC, 1952, páginas 53 y ss.; JOSSERAND, *Derecho Civil*, traducción española, tomo II, volumen 1.º, Buenos Aires, 1950, págs. 450 a 462; Henri, Léon y Jean MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, II, París, 1956, págs. 636 a 640; J. P. DAWSON, *Unjust Enrichment — A Comparative Analysis*, Boston, 1951; Barry NICHOLAS, "Unjustified Enrichment in the Civil Law and Louisiana Law",

74 LACRUZ, lugar citado en la nota 56, pág. 512.

Observa CAEMMERER que si no estuvieran reguladas figuras jurídicas concretas como el préstamo, el comodato, el depósito, etc., nos encontraríamos ante situaciones en las que habría de evitarse un enriquecimiento injusto, en el sentido de que sería procedente una restitución por haber desaparecido la causa o razón que justificaba el desplazamiento patrimonial. Si en supuestos como los aludidos no hace falta hablar de una *condictio* o *causa finita* es porque la correspondiente regulación de la figura jurídica se ha superpuesto al problema del enriquecimiento injusto.²

De enriquecimiento injusto se habla propiamente cuando la ley no ha previsto una situación en la que se produce un desplazamiento patrimonial que no encuentra una explicación razonable en el ordenamiento vigente. El problema no tiene fácil solución porque si el Derecho no puede permanecer indiferente ante una situación de injusticia, tampoco puede tener la pretensión de remediar todos los desequilibrios patrimoniales que se producen entre las personas sin causa que los justifique por completo.³

El enriquecimiento injusto, dice ALVAREZ CAPERCHIPÍ, puede considerarse como un principio general de Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico (y que es la otra cara del principio que obliga a dar a cada uno lo suyo), y como una acción que a través de la jurisprudencia se ha concretado hasta convertirse en una norma de aplicación inmediata.⁴

Para el citado autor, "la acción de enriquecimiento debe configurarse como una acción recuperadora de valor para evitar los desequilibrios económicos que se derivan de adquisiciones patrimoniales que no se corresponden con una válida causa de atribución".⁵

2. Antecedentes hasta el vigente Derecho español

Cuando J. P. DAWSON empieza su estudio del enriquecimiento injusto, compara el conocido texto de Pomponio con el artículo

TLR, junio de 1962, vol. 36, núm. 4, págs. 605 a 646, y vol. 37, núm. 1, diciembre de 1962, págs. 49 a 66; Ernst von CAEMMERER, "Bereicherung und unerlaubte Handlung", Libro Homenaje a Rabel, tomo I, Tübingen, 1954, págs. 333 a 401. ALVAREZ, *El enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1979.

2 CAEMMERER, citado pág. 344 y nota 39.

3 Cfr. DAWSON, obra citada, pág. 8; NICHOLAS, citado, pág. 607.

4 ALVAREZ, RGLJ, lugar citado, págs. 415 y 416.

5 Lugar citado, pág. 423.

lo 1.º del *Restatement of Restitution*. La máxima de Pomponio que Justiniano recogió en el Digesto (D. 50, 17, 206) dice que según el Derecho de la naturaleza es equitativo que nadie pueda obtener un beneficio en contra de lo que es justo y en perjuicio de otro: *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*.

El citado precepto del *Restatement* dice: "Una persona que ha experimentado un enriquecimiento injusto a costa de otra está obligada a devolverlo a esta otra": *A person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to that other*.

DAWSON dice que entre el texto de Pomponio y el del *Restatement* (Compilación del Derecho Privado debida al *American Law Institute*) es preferible el primero porque permite comprender inmediatamente que no se trata de una regla de Derecho en sentido estricto, sino tan sólo de un criterio que han de tener en cuenta los llamados a juzgar. En definitiva, se trata de la formulación de un principio general válido para cualquier ordenamiento jurídico, en cualquier tiempo y en todo lugar.⁶

El mismo autor llama la atención sobre lo que ofrece de peculiar el enriquecimiento injusto. Tanto la máxima de Pomponio como el *Restatement* presuponen un elemento causal, en el sentido de que el enriquecimiento ha sido causado por la pérdida que otro ha sufrido; y si toda pérdida es dolorosa, lo es mucho más si el que la ha sufrido puede verla identificada en el beneficio obtenido por otro. No hay duda que la pérdida traducida en el beneficio de otro pide reparación con mucha más intensidad.⁷

La reacción ante un resultado injusto se percibe y actúa desde el momento inicial de todo sistema jurídico, pero los remedios destinados a evitarlo aparecen en fases avanzadas, después de quedar establecidas las instituciones con las que la sociedad se organiza. El enriquecimiento injusto, dice DAWSON, plantea problemas difíciles de resolver debido al hecho de que se manifiesta en formas tan variadas. Durante mucho tiempo es la fuerza de un principio que actúa entre las reglas ya establecidas.⁸

6 DAWSON, citado, pág. 3; CAEMMERER, citado, pág. 333 y ss.

7 DAWSON, citado, pág. 5; LACRUZ, citado, pág. 571.

8 DAWSON, citado, págs. 39 y 40.

En obsequio a la tradición romana, dice FERRANDIS, las acciones destinadas a corregir un enriquecimiento injusto siguen llamándose, muchas veces, *condictiones*, a pesar de que en el actual Derecho procesal no hay base para distinguir entre *actio* y *condictio*. En el fondo, quizás inconscientemente, se trata de subrayar la diferencia entre las acciones dirigidas a obtener la restitución de una atribución patrimonial desprovista de causa (*condictiones*) y aquellas otras acciones que, a pesar de dirigirse igualmente a una restitución (como en el préstamo, en el depósito, etc.), se fundan en una relación de origen contractual. Por ello puede ser interesante hacer una breve referencia al Derecho romano de las *condictiones*.

La *condictio* tiene algo de peculiar incluso en el sistema romano de las acciones.⁹ En el procedimiento formulario, la *condictio* era una acción civil de Derecho estricto dirigida a obtener el pago de una determinada cantidad de dinero o de una cosa cierta, sin indicar el fundamento de la obligación (lo que se llama una *actio abstracta*). Por ello, a pesar de sus diversas posibilidades de aplicación en la época clásica era una figura unitaria, con una fórmula también unitaria. Pero en el Derecho posclásico, cuando el punto de partida del concepto ya no está en las acciones del procedimiento, sino en los derechos sustantivos, se formaron las categorías que han llegado a la doctrina moderna. Si procesalmente es una institución única, dice LACRUZ, materialmente se diversifica en una serie cerrada o *numerus clausus* de hipótesis típicas, según cual sea el motivo de la falta de causa: no ser justa, no haber llegado a existir cuando se esperaba, no existir en absoluto, haberse agotado el fundamento que justificaba la retención de la cosa; etc.¹¹

Durante la evolución del Derecho romano aparecieron las siguientes *condictiones*:

Condictio causa data causa non secuta o *ob causam datorum*, o sea restitución de lo que se ha entregado en atención a una causa que no se cumple (v. g. la dote entregada en contemplación a un matrimonio que no se celebra).

Condictio ob causam: atribución patrimonial encaminada a una finalidad o a un resultado futuro que no se produce, lo que deja a la atribución sin base jurídica y procede la restitución de lo entregado.

Condictio ob causam finitam, cuando la causa desaparece después de alcanzado un resultado que se consideraba permanente.

Condictio indebiti, que supone el pago por error de una deuda inexistente. Según SOHM, es una modalidad de la *ob causam datorum*.¹²

Condictio ob turpem vel iniustam causam, cuando se ha entregado o prometido algo para un fin inmoral o prohibido por el Derecho.

Condictio sine causa, cuando el desplazamiento patrimonial se produce, no por medio de una entrega, sino por un acontecimiento o hecho jurídico.

Condictio sine causa generalis era una categoría residual desarrollada por el Derecho común como una acción general de enriquecimiento.

Además, como veremos, hay que mencionar la *actio de in rem verso*, que estaba destinada a restablecer el equilibrio patrimonial destruido a consecuencia de una atribución indirecta.

Como puede verse, e insistiremos en ello, el concepto de "causa" es de suma importancia en la doctrina del enriquecimiento injusto, aunque no ha de confundirse con la causa como uno de los requisitos del contrato. La causa aparece unas veces como la finalidad que las partes se propusieron alcanzar con la transmisión efectuada. En la *condictio indebiti* se frustra la finalidad del pago al no existir la deuda; en la *ob causam datorum* la causa existía inicialmente, pero desaparece después al no alcanzarse el cumplimiento de lo que se esperaba del receptor de la prestación; en la *ob causam finitam* existía también una causa o justificación inicial, pero la retención de lo entregado se prolonga más allá de lo razonable y previsto.¹³

El sistema romano de las *condictiones* penetró en el Derecho español a través de Las Partidas. Puede verse: Partida V, título 14, leyes 28 a 40, sobre la *condictio indebiti*; leyes 41, 43, 44 y 46 sobre la *condictio ob causam datorum* o *causa data causa*

9 J. FERRANDIS VILELLA, anotaciones a la tercera edición española del *Derecho de Obligaciones* de ENNECCERUS y LEHMANN, volumen 2.º, segunda parte, Barcelona, 1966, pág. 948.

10 SCHULZ, *Derecho romano clásico*, traducción española, Barcelona, 1960, págs. 685 y ss.; DAWSON, citado, págs. 39 y ss., 44 y 54; NICHOLAS, citado, pág. 611.

11 LACRUZ, citado, pág. 496.

12 SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano*, traducción española, Madrid, 1928, pág. 406.

13 Sobre la evolución posterior, remitimos a la clara exposición de DAWSON, obra citada, págs. 52 y ss., 63 y ss., 78 y ss.

non secuta; las leyes 47, 48 y 54 sobre la *condictio ob turpem causam*; y las leyes 50 y 51 sobre la *condictio sine causa*.

Pero los redactores del vigente Código Civil se vieron obligados por la Ley de Bases (base 21) a mantener el concepto de cuasi contratos y procedieron a incluir la doctrina de las *condictiones* en la regulación del cuasi contrato del cobro de lo indebido (arts. 1.895 a 1.901). Pero, fuera de la regulación de los cuasi contratos, muchos artículos del Código se refieren a supuestos que corresponden a diferentes tipos de las antiguas *condictiones*.

La huella de la *condictio ob causam datorum* aparece en los artículos 647, 797, 1.334 (después de la Ley de 13 de mayo de 1981 — antes era el art. 1.326), 1.342 y 1.343 (también después de la Ley de 1981 — antes era el art. 1.338). En todos ellos aparece como rasgo común que la atribución patrimonial depende de acontecimientos futuros.

La *condictio ob causam turpem* late en los artículos 1.255 y 1.306, que también pueden referirse a supuestos de la *condictio ob iniustam causam*.

La *condictio sine causa* aparece en los artículos 360, 361, 383 y otros, en los que existe un desplazamiento patrimonial o una adquisición realizada sin causa que la justifique.

Pero nuestros autores señalan de manera especial el artículo 1.901 C. c. como base para una *condictio sine causa generalis*. Como antes ya se ha visto, dispone: "Se presume que hubo error en el pago cuando se entregue cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pide la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra justa causa".

Según ello, quien pretenda retener lo recibido tendrá que alegar una causa que le autorice para retenerlo, sea la liberalidad u otra justa causa. Por ello, como dice LACRUZ, en dicho artículo existe implícita una regla prohibitiva del enriquecimiento injusto, en la medida en que dispone que todo lo que se haya entregado sin causa puede reclamarse.¹⁴

Otros artículos del Código contribuyen a evitar un enriquecimiento injusto, aunque de manera más indirecta o a través de figuras más conocidas.

14 LACRUZ, citado, págs. 571 y ss.; ÁLVAREZ, citado, págs. 415 y ss.; FERRANDIS, anotaciones citadas, págs. 949 y s.

15 LACRUZ, citado, págs. 569 y 575; ÁLVAREZ, citado, pág. 508.

En los negocios jurídicos con prestaciones recíprocas se produciría un enriquecimiento injusto si el beneficio resultante de la prestación recibida por una parte dejara a la otra sin la contrapartida esperada. Sin embargo, precisamente por tratarse de una situación claramente prevista y regulada por el artículo 1.124 C. c., no se habla en este supuesto de enriquecimiento injusto.

Tampoco puede recurrirse a esta idea para juzgar acerca de la justicia de la equivalencia económica entre prestación y contraprestación, sin perjuicio de que, en algunas situaciones perfectamente reguladas, puedan prosperar acciones fundadas en la lesión económica sufrida por una de las partes. Así sucede en las legislaciones que reconocen la rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio (cfr. arts. 323 a 325 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, y leyes 499 a 507 de la Compilación de Navarra. Esta, además, dedica las leyes 508 a 510 al enriquecimiento sin causa). En el C. c., véase el artículo 1.291, números 1.º y 2.º.

En el mismo ámbito de la reciprocidad de las prestaciones, la ley dedica atención a las situaciones que pueden producirse si el adquirente de cosa determinada no recibe todo lo que se le debe según el contrato. Por ejemplo, arts. 1.469 y ss. C. c. Pero tampoco se habla en este caso de enriquecimiento injusto precisamente porque se trata de una situación expresamente prevista y regulada, con referencia a la cual la ley concede un derecho determinado al perjudicado.

En ocasiones la medida del enriquecimiento se tiene en cuenta para reconocer la eficacia del pago a una persona que no debía recibirlo, como puede verse en el art. 1.163 C. c.; pero tampoco se trata de la acción de enriquecimiento injusto en el sentido técnico que ahora nos ocupa.

De manera semejante, en el caso de nulidad que proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, la obligación de restituir queda atemperada por la ley al eximir al incapaz de la obligación de restituir en lo que exceda del enriquecimiento obtenido. Véase el art. 1.304 C. c. En este caso y en el anterior el enriquecimiento se tiene en cuenta, pero sólo para regular el alcance de los derechos y obligaciones de las partes y en atención a las circunstancias que concurren en una de ellas.

En los casos de nulidad contractual, la ley obliga justamente a las partes a hacerse las restituciones recíprocas que ordena el

artículo 1.303 C. c. La existencia de esta norma impide, precisamente, que pueda producirse un enriquecimiento indebido o sin causa.

Consideraciones parecidas podrían hacerse en los casos del mandatario y del depositario menor de edad. Cfr. arts. 1.716 y 1.765 C. c. y Ley de 2 mayo 1975.

La necesidad de evitar algún enriquecimiento injusto aparece igualmente en disposiciones como la que impone al percceptor de los frutos la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación, como puede verse en el art. 356 C. c. Pero esta previsión legal situada dentro de la regulación del derecho de accesión respecto a los productos de los bienes, es determinante de que en este caso tampoco tenga que recurrirse a la doctrina general del enriquecimiento injusto.

Los ejemplos pueden multiplicarse. La regla del usufructo que obliga al propietario a abonar, al terminar el usufructo, con el producto de los frutos pendientes, los gastos ordinarios de cultivo, siembras y otros semejantes hechos por el usufructuario: art. 472 apartado tercero, C. c.

También representaría un enriquecimiento injusto que la persona que hubiere vencido a otra en la posesión pudiera beneficiarse con el resultado de los gastos necesarios que el poseedor vencido hubiese hecho en la cosa, a cuyo efecto, y para evitarlo, el art. 453 C. c. dispone que los gastos necesarios se abonan a todo poseedor, como también han de abonarse los gastos útiles al poseedor de buena fe. Pero, precisamente por tratarse de la regulación de la liquidación de un estado posesorio, no hay lugar para hablar del enriquecimiento injusto.

En el mismo sentido pueden mencionarse varias de las reglas de la accesión en bienes inmuebles. Según el art. 360 C. c. el propietario del suelo que hiciera plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor, pues de lo contrario, aparte de una posible apropiación indebida, existiría un enriquecimiento injusto.

Si alguien ha edificado, plantado o sembrado en terreno ajeno, no hay duda que el dueño de este terreno experimenta una ventaja injustificada, y por ello la ley le concede la opción que regula en el art. 361, en relación con los 453 y 454 C. c.

De la misma manera, al tratar el C. c. del derecho de accesión respecto a bienes muebles, dicta reglas para evitar un resultado

que podría calificarse de enriquecimiento injusto. Véase el artículo 383.

Al tratar del cobro de lo indebido, el art. 1.897 C. c. dispone que la cosa ha de ser devuelta; pero que si ha desmejorado o ha sufrido pérdidas, no responderá de ellas el que la hubiese aceptado de buena fe, excepto "en cuanto por ellas se hubiese enriquecido". Ello implica un límite a la regla general del art. 458.

En la regulación del derecho de retracto se evitan igualmente situaciones de enriquecimiento injusto, cuando se obliga al retrayente a pagar los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. (Véase art. 1.518, núm. 2.º C. c.)

Reglas equivalentes pueden encontrarse en la regulación del mandato, del comodato, del depósito, etc. En el contrato de sociedad, el art. 1.698, núm. 2.º, C. c., se dirige claramente a remediar un lucro que la sociedad recibiría sin causa.

Puede verse, pues, con claridad que el principio que prohíbe todo enriquecimiento injusto se halla en la base de muchas de las normas positivas del Código civil y que incluso puede ser invocado para dar más fuerza a la procedencia de su aplicación.

En este sentido es significativa la *sentencia de la Sala 1.ª del T.S. de 14 noviembre 1981* (reproducida íntegramente en *La Ley* del 2 febrero 1982), que después de argumentar la procedencia de la acción de reembolso del fiador que había pagado contra el deudor principal, en base a los arts. 1.838 y 1.840 C. c., añade en el penúltimo considerando que "de no haber accedido el fallo recurrido a la pretensión de los actores se hubiera originado un enriquecimiento injusto de los deudores, como reconoció la sentencia de 3 junio 1946 de esta Sala, hallando también su justificación el reembolso de los fiadores en el peculiar carácter que la fianza ostenta como negocio de garantía, que se desenvuelve exclusivamente entre acreedor y fiador permaneciendo el deudor extraño a ella, lo que no obsta para que tenga un aspecto interno del fiador frente al deudor similar al de la obligación solidaria, aunque no idéntica".

Como todo principio general, el que prohíbe enriquecerse injustamente a costa de otro ha tenido que desarrollarse y concretarse a través de la jurisprudencia, en relación con las situaciones litigiosas que pueden presentarse.¹⁶ LACRUZ dice que a

¹⁶ Sobre el sentido en que los principios generales son fuente del Derecho, véase nuestra *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1981, páginas 285 a 241.

partir de sentencias como la de 12 enero 1943, seguida por otras muchas (v.g., 10 marzo 1956, 27 marzo 1958, 22 diciembre 1962, 23 marzo 1966), no sólo está proclamado en nuestro Derecho el principio general del enriquecimiento injusto, sino que están perfiladas y precisadas, a pesar de su inevitable generalidad, las condiciones de su aplicación.¹⁷

ÁLVAREZ llama la atención sobre la sentencia de 28 enero 1956 (Aranzadi, núm. 669) — que en su considerando tercero contiene una verdadera teoría general del enriquecimiento injusto que supone “una superación de la doctrina española contemporánea”.¹⁸

3. Naturaleza de la acción

La acción de enriquecimiento injusto es una acción personal dirigida a la recuperación de un valor que se ha desplazado de un patrimonio a otro sin una causa válida y definitiva de atribución. No se dirige a recuperar cosas concretas *erga omnes*, sino un valor o un provecho que se recibe sin causa.¹⁹

Ha de tenerse en cuenta que si el reclamante que ha sufrido la pérdida no ha perdido la propiedad de la cosa concreta desplazada, será normal que utilice la acción reivindicatoria, que será la procedente y actúe de manera mucho más enérgica que la de enriquecimiento. Pero si la cosa determinada ha perdido su individualidad en el patrimonio del demandado o se ha hecho irreivindicable, tendrá que recurrir a la acción personal de enriquecimiento.

Barry NICHOLAS lo dice de la siguiente manera. En la verdadera situación de enriquecimiento injusto, el Derecho ha producido un resultado *in rem* y lo corrige mediante una acción que opera *in personam*. El enriquecido ha adquirido la propiedad de lo desplazado sin razón que lo justifique y el empobrecido tiene un derecho personal o de crédito para obtener la restitución.²⁰

LACRUZ dice que si el actor que ha sufrido la pérdida no ha perdido la propiedad, será normal que utilice la acción reivin-

dicatoria, y sólo cuando la cosa determinada haya perdido su individualidad o ha pasado a título oneroso a manos de un tercero de buena fe, tendrá que recurrir a la acción personal.²¹

Acerca de las tres posibles maneras de calificar a esta clase de enriquecimiento — “sin causa”, “injusto” o “injustificado” —, NICHOLAS opina que sería preferible llamarlo “injustificado” (*unjustified*) en lugar de “injusto” (*unjust*), para que se viera que se trata de un principio legalmente definible, en lugar de una vaga apelación a la idea de justicia.²² No habría inconveniente en seguir este criterio si no fuese porque entre nosotros parece innecesario rectificar el uso que se ha hecho corriente de hablar de enriquecimiento “injusto”.

Alguna vez se ha pretendido que las acciones dirigidas a rectificar un enriquecimiento injusto sólo pueden existir, en sentido propio, en los sistemas que admiten el negocio de disposición real abstracto, pues en ellos la falta de causa no priva de eficacia al acto de disposición, pero han de rectificarse sus efectos para evitar la injusticia de una atribución sin causa. Sin embargo, semejante criterio no es admisible.²³

Como veremos, el concepto de “causa” a que se hace referencia al tratar de los desplazamientos patrimoniales injustificados no ha de confundirse con la “causa” que algunas legislaciones, como la nuestra, exigen como uno de los requisitos de los contratos. Por ello es preferible hablar de enriquecimiento injusto o injustificado, sin emplear la palabra causa. Pero sobre todo ha de tenerse en cuenta que en los sistemas jurídicos que prescindan (sin duda acertadamente) del negocio abstracto de disposición también se producen transmisiones eficaces y, a pesar de ello, injustificadas. Es posible, observa NICHOLAS, que la persona enriquecida haya realizado una efectiva adquisición en conformidad con ciertas reglas de Derecho, cuyo resultado, sin embargo, sea preciso corregir. Así aparece en el caso de un pago indebido: si *P* paga una cantidad a *C*, o le transmite una cosa, por estimar erróneamente que tenía obligación de hacerlo, todos los ordenamientos jurídicos conceden a *P* el derecho a obtener la restitución de lo entregado. Pero la acción sólo será propiamente de enriquecimiento injusto cuando la propiedad o titu-

17 LACRUZ, citado, págs. 572 y ss.

18 ÁLVAREZ, citado, pág. 425.

19 LACRUZ, citado, pág. 579; ÁLVAREZ, en RGLJ, 1974, págs. 416 y 506, y en RDP, 1977, pág. 852.

20 NICHOLAS, citado, pág. 608.

21 LACRUZ, citado, pág. 579.

22 NICHOLAS, citado, pág. 605 nota 1.

23 NICHOLAS, citado, pág. 607.

laridad de la cosa entregada haya pasado efectivamente a C. De lo contrario, si la cosa transmitida no ha sido adquirida en propiedad por el receptor, el autor de la entrega indebida seguirá siendo dueño de la misma y podrá reivindicarla. Que ello suceda no depende exclusivamente de que se trate de un sistema jurídico que haya adoptado el sistema de la transmisión de la propiedad por medio del negocio de disposición abstracto.²⁴

Lo mismo puede demostrarse a base de los supuestos en que la necesidad de rectificación no sea debida a la falta de un antecedente causal, sino a la desaparición o a la imposibilidad de alcanzar un fin ulterior, de modo que deba rectificarse el resultado por razones que no afectan a la validez del acto de prestación realizado.²⁵

El perfil de la acción de enriquecimiento injusto debe completarse con el examen de su diferencia frente a la acción de indemnización de daños y perjuicios por acto ilícito, y con respecto a la derivada de la gestión de negocios ajenos.

LACRUZ advierte que la calificación del enriquecimiento como injusto no significa necesariamente que se haya cometido un acto ilícito. Puede existir un lucro indebido sin haber mediado culpa del enriquecido. La actitud culposa consistiría en todo caso en la pretensión de retener el lucro que se ha recibido sin justificación. Lo "injusto" del enriquecimiento es el resultado mismo, con independencia de los medios que hayan dado lugar a la producción de tal resultado.²⁶

La indemnización que procede en caso de un acto culposos se mide por el daño experimentado por la víctima, con independen-

24 Véase lugar citado en la nota 20.

25 Existe una relación íntima entre la obligación de devolver lo pagado o entregado por error, porque no era realmente debido, y tener que devolver igualmente algo que se recibió por haber terminado la relación causal que había justificado el desplazamiento. En el primer caso la causa justificativa no ha existido nunca; en el segundo ha dejado de existir y, a partir de tal instante, falta la razón válida para retener lo recibido. Lo que sucede dice CAMMERER en su trabajo citado es que en los casos englobados en figuras típicas la causa o razón que explica y justifica la obligación de devolver se halla fuera del Derecho de enriquecimiento injusto en sentido técnico. La cuestión de si el acreedor ha de recuperar la prestación la responde el contrato obligacional. En estos casos el enriquecimiento injusto queda superado por la regulación de los efectos de este contrato obligacional.

26 LACRUZ, citado, págs. 570 y s. En la actualidad ya no prevalece una vieja doctrina jurisprudencial que había exigido el empleo de medios reprobables por parte del enriquecido.

cia de que haya o no proporcionado beneficios al responsable; en cambio, la restitución que procede en caso de enriquecimiento injusto no puede ser superior al aumento patrimonial experimentado por el accipiens.²⁷

La sentencia de 12 abril 1955 (Aranzadi, núm. 1.126) señaló las diferencias entre la acción aquiliana, o de indemnización de daños y perjuicios, y la de enriquecimiento injusto. La primera requiere la concurrencia de un hecho ilícito culposo o negligente, mientras que la *condictio* puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o de buena fe por parte del provocador; y, por otra parte, la acción de enriquecimiento injusto supone siempre en el autor del hecho un incremento de patrimonio que no es indispensable en el supuesto de la acción aquiliana o de responsabilidad civil.

Respecto a la distinción entre un enriquecimiento sin causa y la atribución resultante de una gestión de negocios sin encargo, la diferencia en principio es muy clara y a pesar de ello pueden ofrecerse dudas en ciertos casos.

JOSSELAND señala las siguientes diferencias: 1.ª La acción de enriquecimiento sin causa tiende únicamente a restablecer el equilibrio injustamente alterado entre dos patrimonios; la de gestión de negocios responde a las relaciones obligatorias más o menos estables que el Derecho establece entre los interesados. 2.ª El enriquecido solo queda obligado hasta el límite de su enriquecimiento, mientras que el dueño de unos negocios gestionados ha de reembolsar al gestor todas las impensas útiles o necesarias que haya hecho. 3.ª El que ha proporcionado el enriquecimiento no queda normalmente obligado a nada respecto al enriquecido y es acreedor sin ser deudor; en cambio, el gestor de negocios asume obligaciones, entre las que destaca de manera especial la de rendir cuentas. 4.ª El enriquecedor ha obrado por su propia cuenta, como ocurre en el caso del poseedor de suelo ajeno en el que ha plantado o construido para sí, o en el supuesto del pagador de lo indebido, que ha creído extinguir su propia deuda; por el contrario, el gestor de negocios ha obrado por cuenta ajena y verdaderamente pretendía defender intereses ajenos.²⁸

NICHOLAS hace notar que el requisito (según veremos) de que

27 JOSSELAND, obra citada, pág. 454; DE CUPIS, *El daño*, traducción española, Barcelona, 1975, pág. 108.

28 JOSSELAND, obra citada, págs. 453 y ss.

el enriquecimiento subsista en el momento del ejercicio de la acción marca una importante diferencia entre las acciones que proceden por enriquecimiento injustificado y por *negotiorum gestio*. En el supuesto de esta gestión es suficiente la utilidad en el momento de ser emprendida, con independencia de que el beneficio subsista hasta el momento de ejercitarse la acción; por el contrario, esta subsistencia es necesaria en el caso de ejercitarse la acción por enriquecimiento injustificado.²⁹

Observa el mismo autor que en Derecho Romano la *negotiorum gestio* no era una manifestación del enriquecimiento injusto, aunque a veces llevara al mismo resultado. La responsabilidad del gestor por la acción directa no tenía nada que ver con el enriquecimiento injusto, e incluso la responsabilidad del *dominus* se fundaba en otro principio. Su obligación existía aunque no se hubiese enriquecido, siempre que la intervención del gestor le hubiese resultado útil, en sentido técnico. Además, se exigía que el gestor no hubiese intervenido en interés propio, erróneamente o no; que el *dominus* no hubiese prohibido la intervención; que el gestor no hubiese estado obligado a intervenir y que hubiese intervenido con la expectativa de ser reembolsado. Incluso sin concurrir estos requisitos, el gestor tenía derecho a indemnización en la medida en que existía un enriquecimiento del *dominus* (*negotiorum gestio utilis*).³⁰

Cuando, en Francia, a partir del *arret Boudier*, fue ampliamente admitida la eficacia de la acción de *in rem verso*, la diferencia entre la base de esta acción y la del gestor de negocios fue vista con toda precisión. En un caso resuelto en 1919, *Benoit y Biollay et autres*, Cour de Cassation (Ch. civ.), 25 junio 1919 (1921) S.I. 12 (1923) D.I. 223 (Fr.), el demandado, un editor, había creído tener la propiedad exclusiva de una obra de Y, por lo que retuvo todo el beneficio obtenido con su publicación. Más tarde, los herederos de Y formularon la demanda para obtener una cuota de los beneficios, a lo que se allanó el demandado, pero al propio tiempo formuló reconvencción para obtener una adecuada retribución de sus servicios como gestor de negocios. El Tribunal de Casación le denegó esta cualidad porque en lugar de ocuparse voluntariamente de asuntos ajenos, había creído que podía actuar exclusivamente en su propio interés.

Un caso parecido fue resuelto en 1927, *Heritiers Donizetti* contra

²⁹ NICHOLAS, citado, págs. 618, 621 nota 38, 645; Díez-PICAZO, obra citada, pág. 76.

³⁰ NICHOLAS, citado, pág. 618.

Société Lemoine et Cie., Cour de Cassation (Ch. civ.), 6 julio 1927 (1928) S.I.19 (Fr.). En 1840 el compositor Donizetti había cedido la propiedad de su obra "La hija del Regimiento" a E. Según el Derecho vigente en 1840, el derecho de propiedad terminaba en 1885, pero una ley de 1886 lo amplió por cuarenta años más. Los herederos del autor tenían derecho, por consiguiente, a la propiedad de la ópera hasta 1925, a pesar de que E siguió explotándola hasta 1912. Los herederos formularon la correspondiente demanda para el pago de los derechos a partir de 1885, y obtuvieron sentencia a su favor fundada en que el demandado había sido el gestor de negocios; pero, en 1927, el Tribunal de Casación estimó que por haber obrado E con intención de administrar sus propios asuntos, no le eran aplicables las reglas de la *negotiorum gestio*, pero que por haber obtenido, a pesar de todo, un enriquecimiento sin causa a expensas de los herederos del autor, sería procedente el ejercicio de una acción de *in rem verso*.³¹

4. Desplazamientos patrimoniales con intervención de un tercero

La necesaria relación entre empobrecimiento y enriquecimiento no exige necesariamente que el efecto se produzca como resultado de una prestación directa del empobrecido al enriquecido. Lo decisivo no es la relación directa entre ambos, sino la existencia de un vínculo de conexión suficiente entre el patrimonio que ha sufrido la pérdida y el que ha experimentado el beneficio. El desplazamiento no ha de haberse producido mediante un rodeo a través de un patrimonio ajeno, sino que ha de ser una misma circunstancia la que haya causado, por un lado la pérdida y por otro la ganancia. Es el requisito que la doctrina alemana llama de la inmediatez (*Unmittelbarkeit*) del desplazamiento, que no ha de entenderse en el sentido de que el fenómeno se produzca entre el perjudicado y el beneficiado, sino en el de que un mismo hecho o circunstancia ha de haber dado lugar a la pérdida y a la ganancia.³²

Por ello, al lado de la *condictio* ha de hablarse de la acción de *in rem verso*. En Roma era la acción encaminada a recuperar lo

³¹ NICHOLAS, citado, pág. 621, nota 38, 622.

³² ENNECCERUS y LEHMANN, obra citada en la precedente nota 9, en su pág. 958. DAWSON, obra citada, págs. 120 y ss. se refiere a este requisito que llama of "direct" enrichment y observa que algunas modernas decisiones judiciales muestran en Alemania cierta tendencia a prescindir del requisito. Véase el mismo autor en su pág. 186, nota 10, y en pág. 128, con referencia al criterio más amplio del *common law*.

que había sido *in rem domini versu*, esto es, introducido en el patrimonio del *dominus* por negociación con el hijo o un esclavo. Por extensión la misma acción fue admitida cuando el demandado se había beneficiado de un contrato entre el demandante y un tercero. Era el medio de evitar un enriquecimiento injusto que había beneficiado a una persona ajena al contrato.³³

La jurisprudencia francesa del siglo XIX admitió claramente la acción de *in rem verso*, diferenciandola de la *negotiorum gestio*, a partir del célebre *arrêt Boudier* (1892). Los hechos del caso, expuestos muy brevemente, son los siguientes: *E* había dado en arrendamiento una finca a *T*, pero algún tiempo después la recuperó por falta de pago de la renta. En pago parcial de la deuda, *T* entregó a *E* productos de la cosecha que había obtenido. Boudier había proporcionado a *T* abonos para la tierra y ante la insolvencia de *T*, reclamó de *E* el valor del suministro. *E* fue condenado por estimar el Tribunal que se había enriquecido a costa de *T*.³⁴

Nuestro propio C. c. ofrece abundantes ejemplos de actos entre dos sujetos que redundan en beneficio de un tercero. En el caso de sucesión respecto de bienes inmuebles, "si los materiales, plantas o semillas pertenecen a un tercero que no ha procedido de mala fe, el dueño del terreno deberá responder de su valor subsidiariamente y en el solo caso de que el que los empleó no tenga bienes con que pagar" (art. 365, ap. 1.º C. c.). Si rescindida una donación por supervivencia de hijos, el donante pagare la hipoteca que hubiere impuesto el donatario sobre los bienes, tendrá derecho a reclamar su importe del donatario (artículo 645, ap. 2.º C. c.). El coheredero que hubiere pagado deudas hereditarias en proporción superior a lo que corresponda a su participación, podrá reclamar de los demás su parte proporcional (art. 1.085 C. c.).

El art. 1.688 C. c. dispone que la sociedad civil responde a todo socio de lo que haya desembolsado por ella. Según el artículo 1.717 C. c. las acciones entre mandante y mandatario son procedentes aunque el mandatario haya obrado como si el asunto fuera personal suyo. El art. 1.842 concede acción al fiador contra el acreedor cuando éste ha aceptado el pago tanto del deudor como del propio fiador; etc.

³³ NICHOLAS, citado, págs. 618 y s.

³⁴ Sobre el *arrêt Boudier*, NICHOLAS, citado, págs. 261 y ss.; DAWSON, citado, págs. 100 y ss.; ALVAREZ, citado, pág. 417.

Pero el supuesto que se considera como el peculiar de la acción de *in rem verso* es el contemplado en el art. 1.158 C. c., según el cual el que paga una deuda ajena sin consentimiento del deudor tiene el derecho de reclamar de éste el importe de lo pagado.³⁵

Una aplicación concreta del mismo principio sin duda es el que encontramos en el art. 1.894 C. c.: "Cuando sin conocimiento del obligado a prestar alimentos los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos."

Según la sentencia de 14 noviembre 1968 (Aranzadi, núm. 5.334), la acción de *in rem verso* a que alude el párrafo segundo del artículo 1.158 C. c., confiere a su titular el derecho de reembolso sobre las cantidades que hubiese satisfecho por cuenta y en nombre de otro y no en su exclusivo beneficio (sentencias de 26 noviembre 1926 y 8 abril 1948), siempre que aquél efectivamente las adeudara, según se infiere del contenido de las sentencias de esta Sala de 31 octubre 1951, 15 octubre 1959 y 30 junio 1966 y en especial de la de 21 abril 1964...".

5. Requisitos necesarios para que proceda la acción

Es necesario que el demandado haya experimentado un beneficio correlativo a una pérdida o detrimento patrimonial del actor; ha de existir una relación directa entre ambos fenómenos; ha de faltar la causa, razón o la disposición legal que pudiera justificar la alteración patrimonial, y si se admitiera el carácter subsidiario de la acción (lo que seguramente ha de resolverse en sentido negativo), sería preciso que no existiera otro recurso legal para obtener el mismo resultado.

La sentencia de 23 enero 1956 (Aranzadi, núm. 669) declaró "que la doctrina científica exige como presupuestos o requisitos para que pueda ejercitarse la pretensión por enriquecimiento: 1.º Un enriquecimiento por parte del demandado, representado por la obtención de una ventaja patrimonial que puede producirse por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*), o por una no disminución del patrimo-

³⁵ PÉREZ y ALGUER, anotaciones citadas, pág. 969, dicen: "La acción *in rem verso* funciona en nuestro Derecho frente a todos los casos de atribución indirecta, incluso para aquellos casos que pudieran considerarse como dudosos en cuanto a si hay atribución directa o indirecta, siempre que en el supuesto se dan todos los requisitos del enriquecimiento injusto. (Cf. arts. 365, 1.158, 1.163, ap. 2, 1.688, 1.693, ap. 2, 1.894, etc. del C. c.)."

nio (*damnum cessans*). 2.º Un empobrecimiento por parte del actor, representado a su vez por un daño que puede constituir *damnum emergens* (daño positivo) y *lucrum cessans* (lucro frustrado), del que haya sido consecuencia el enriquecimiento del demandado. 3.º Falta de causa que justifique el enriquecimiento; y 4.º Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa".

(5) 1. El *enriquecimiento* significa un aumento de valor del patrimonio de la parte que será demandada. Puede ser resultado de la adquisición de una cosa o de un derecho real o de crédito, de las garantías obtenidas para derechos ya existentes o puede ser consecuencia de la liberación de obligaciones o gravámenes. También puede ser efecto de actos que en lugar de aumentar el activo disminuyan el pasivo, como en el supuesto de pago de deudas ajenas o cuando se realizan gastos para evitar que se destruya o deteriore una cosa ajena.³⁶

Dice LACRUZ: "No producen propio y verdaderamente enriquecimiento, en cambio, los gastos hechos para alejar un simple peligro de destrucción o disminución de la cosa, ya que la ventaja resultante no es valuable con seguridad en una suma de dinero."³⁷

Pero es curioso el siguiente caso recogido por LEYSER en sus *Meditaciones ad Pandectas*, III, 223: una ciudad estaba amenazada de destrucción por un ejército enemigo y uno de los ciudadanos entregó bienes por valor de dos mil marcos para evitarlo. Opinó que disponía de una *actio de in rem verso* contra los propietarios de otros inmuebles de la ciudad que se habían salvado de la destrucción con el sacrificio de un tercero.³⁸

(5) 2. Es necesario que el enriquecimiento se haya obtenido a costa del *empobrecimiento* de otro, lo que, como dicen ENNECERUS y LÖHMANN, ha de entenderse en el sentido amplio de que "la obtención de la ventaja por parte de uno haya costado algo a otro, esto es, tiene que causarle una desventaja o ser causada por una tal desventaja". La *ventaja* del uno tiene que derivar de la *desventaja* del otro o a la inversa, ésta de aquélla.³⁹

Este concepto de empobrecimiento comprende, pues, los casos de disminución patrimonial, de falta de aumento del patri-

monio que de otro modo se hubiese producido, o del empleo de tiempo y actividad que redunden en la ventaja ajena. No es preciso que haya habido una efectiva prestación del empobrecido al enriquecido, pues también cabe que se haya hecho cesar un perjuicio o pérdida (*damnum cessans*) a cambio de experimentar algún detrimento o desventaja. Lo único necesario, dice LACRUZ, "es que el valor del empobrecimiento sea reconocible en el patrimonio al que ha sido transportado".⁴⁰

El efecto reflejo que la gestión de un patrimonio particular puede producir en la economía general, o en un sector de intereses más amplio que el tenido en cuenta por el particular, no es un resultado logrado a *expensas* de éste, ni se ha empobrecido por ello.⁴¹

La citada sentencia de 28 enero 1956 cita como decisiones de la misma Sala 1.ª del Tribunal Supremo, que se refieren a los requisitos de enriquecimiento y empobrecimiento, las de 12 enero 1943 (Aranzadi, núm. 17), 24 junio 1920, 8 octubre 1927, 11 julio 1940, 2 julio 1946 (Ar., 844), 29 abril 1947 (607), 24 septiembre 1953 (2.277) y 9 noviembre de igual año (3.338).

(5) 3. La necesidad de poner un límite a las posibles alegaciones de que un beneficio ajeno es resultado de un detrimento propio, ha llevado a la doctrina a exigir el carácter *inmediato* o *directo* del desplazamiento, como antes ya se ha dicho.⁴²

No se trata necesariamente de que la prestación se haya realizado por el empobrecido, ni de que el enriquecido haya aceptado por sí mismo la prestación. La conexión *directa* también existe cuando una persona paga las deudas de otra, con el resultado de que ésta experimenta una ventaja a pesar de que el pago se hizo al acreedor, que es una tercera persona en la relación entre enriquecido y empobrecido. Lo mismo sucede cuando alguien, sin vínculo contractual con el propietario de un inmueble, hace inversiones en éste. Ha de existir unidad en la circunstancia que es origen de la ganancia y de la pérdida. Una misma circunstancia ha de haber producido por un lado la pérdida y por otro la ganancia.

³⁶ JOSSEBRAND, obra citada, págs. 455 y s.; LACRUZ, citado, págs. 584 y 586.

³⁷ LACRUZ, citado, pág. 585.

³⁸ DAWSON, obra citada, pág. 173, nota 84.

³⁹ ENNECERUS y LÖHMANN, obra citada, pág. 955.

⁴⁰ LACRUZ, obra citada, pág. 585.

⁴¹ LACRUZ, citado, pág. 586.

⁴² Véase antes, pág. 57. DAWSON, citado, págs. 120 y 185; NICHOLAS, citado, págs. 616, 626, 628 y ss.

Según la citada sentencia de 28 enero 1956, ha de existir "una conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado", citando al efecto las sentencias de 9 abril 1949 (Ar. 433), 28 octubre 1950 y 31 octubre 1951 (Ar., núms. 1.535 y 2.364).

No hay enriquecimiento injusto cuando el precio por el que alguien compra una mercancía sufre posteriormente una notable elevación en el mercado. Véase la sentencia de 24 de septiembre de 1953.

Esta sentencia de 24 septiembre 1953 (Aranzadi, núm. 2.277) en realidad discutió a fondo si podía considerarse como causa mayor la incidencia de la elevación de costo producido por las restricciones eléctricas en la fabricación del producto que se había de suministrar. Pero al estar fundado uno de los motivos de casación en el principio del enriquecimiento sin causa, el Tribunal Supremo declaró (de una manera bastante tangencial al caso que realmente había provocado el litigio) que en los contratos de cumplimiento aplazado la posibilidad de alteración del precio de las cosas es "determinante del riesgo en pro o en contra que puede sobrevenir a las dos partes contratantes, sin que, por lo mismo, ofrezca base jurídica para apreciar enriquecimiento de una parte y empobrecimiento de la otra, calificados de injustos o torcidos, salvo casos excepcionales en que deba tener encaje justificado la acción revisora del precio por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, problema no planteado debidamente en este pleito".

La acción tampoco procede cuando se produce un empobrecimiento sin que haya un desplazamiento patrimonial de los bienes al patrimonio de la otra parte. Véase la sentencia de 7 abril 1959 (Aranzadi, núm. 1.540).⁴³

Un caso claro en que el empobrecimiento se manifiesta en forma de ganancia dejada de obtener es el resuelto por la sentencia de 24 octubre 1951 (Aranzadi, núm. 2.352), que en su último considerando declaró: "que el principio del derecho prohibitivo del enriquecimiento injusto, por evidentes razones de equidad, tiende esencialmente a evitar que nadie pueda, sin causa justificada, incrementar su patrimonio a costa o expensas de otro; y esto sentado, es claro que el fallo que ante una pretensión de daños y perjuicios dimanantes del derecho a realizar unos servicios de transportes, que el transportista no realizó

43 LACRUZ, citado, pág. 536.

por culpa imputable al arrendador, condena a éste al pago del precio de aquéllos, deducidos los gastos de rodaje y acarreo, por considerar que tal cantidad es la correspondiente a la ganancia dejada de obtener por aquél, no vulnera la doctrina que ampara el principio de derecho referido...".

(5) 4. El enriquecimiento ha de haber sido *injusto, ilegítimo o sin causa que lo justifique*. Ésta es la condición jurídica esencial y la que da a la teoría su propia característica, dice JOSSEERAND. Pero, ¿qué ha de entenderse por causa del enriquecimiento? El autor citado dice que "se trata evidentemente del título justificativo, donación, venta, testamento, sentencia, delito mismo; el hecho ilícito constituye para la víctima la justa causa de la indemnización que obtiene en tal ocasión: el accidentado que recibe del autor del accidente una suma de dinero, no se enriquece sin causa".⁴⁴

El enriquecimiento está justificado — dice NICHOLAS — si es el resultado de un acto jurídico válido entre el empobrecido y el enriquecido, o entre este enriquecido y un tercero. La finalidad que las partes se propusieron alcanzar con el desplazamiento patrimonial es la "causa" que puede justificarlo. Pero la finalidad pretendida puede ser incompatible con el verdadero estado de las cosas, y, en este sentido, puede faltar la causa, como en el caso de haberse querido pagar una deuda que no existía: *condictio indebiti*.⁴⁵

La finalidad de una entrega también puede fracasar si no se ha logrado que el receptor cumpliera lo que de él se esperaba: *condictio ob causam datorum*. A diferencia del anterior, en este supuesto la causa existía inicialmente, pero quedaba pendiente de que se justificara con el cumplimiento esperado o que fracasara si no se cumplía. La falta de causa o justificación, aunque manifestada más tarde, ha de tener eficacia retroactiva.

Otra hipótesis consiste en que la causa o razón justificativa existiera inicialmente y desapareciera más tarde: *condictio ob causam finitam*.

Todo ello permite advertir que la causa de que puede hablarse en relación con el enriquecimiento injusto es un concepto que no coincide con la causa como elemento constitutivo o re-

44 JOSSEERAND, obra citada, págs. 458 y 459.

45 NICHOLAS, citado, págs. 610, 614, 625 y 626.

quisito esencial de los contratos.⁴⁶ También nos hemos referido a que un sistema de transmisión causal de la propiedad deja espacio suficiente para la actuación de la doctrina del enriquecimiento injusto, en contra de quienes opinan que sólo puede hablarse técnicamente de esta doctrina en los sistemas que han entronizado los negocios abstractos de disposición.⁴⁷ En nuestro Código, a pesar del sistema causal de transmisión, cabe perfectamente la *condictio indebita* (art. 1.895), la *condictio causa finita*, en los casos que persiguen una finalidad válida y perfectamente establecida, que existe de momento, pero desaparece después; y lo mismo hay que decir de la *condictio causa data causa non secuta*, por frustración de un resultado.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI dice que el enriquecimiento injusto existe en nuestro Derecho, no porque exista un sistema de adquisición abstracto, sino porque la naturaleza del bien adquirido o por circunstancias que producen un desvío patrimonial, ya no es posible ejercitar una acción real para recuperar la misma cosa. En casos como los de consumo de cosa ajena o de enajenación de cosa de otro a un tercero a título oneroso y de buena fe, sólo cabe la *condictio*, como acción recuperadora de valor.⁴⁸

La sentencia de 22 marzo 1978 (Aranzadi, núm. 1.055) se ocupó de si un poseedor en precario puede reclamar el importe de las obras que construyó para su comodidad en la finca que ocupó gratuitamente durante el plazo de quince años. El Tribunal Supremo declara que "si existe una contrapartida al sacrificio económico del actor, esa es la causa del enriquecimiento del demandado, que al existir matará la acción que hubiese podido ejercitar en otro caso, y eso es lo que ocurre en el presente, según los hechos que da la instancia, el desplazamiento patrimonial desde el precarista al dueño de la finca, se produce con una finalidad ampliamente compensatoria, cual es la de procurarse una mayor comodidad durante los muchos años que gratuitamente había de disfrutar del inmueble..."⁴⁹ aparte de otras circunstancias del caso.

La repetida sentencia de 28 enero 1956 invoca, con referencia a este requisito de falta de causa o justificación las sentencias de 2 julio 1946 (Ar. 344), 29 abril 1947 (607) y 24 octubre 1951 (2.352), y subraya que ello es compatible con la buena fe: sentencias de 6 junio 1951 (1.877) y 16 junio 1952 (1.514).

46 En este sentido, DAWSON, citado, pág. 47; MAZBAUD, obra citada en la nota 1, en su pág. 640.

47 Véase antes, pág. 53.

48 ÁLVAREZ, citado, págs. 429 y ss., 434 y ss.

(5) 5. Un sector de la doctrina ha sostenido que la acción de enriquecimiento injusto sólo será procedente cuando el demandante no disponga de otro medio para obtener la restitución a que tenga derecho. Es decir, sería una acción *subsidiaria*, en el sentido de ser procedente únicamente a falta de otra.⁴⁹

Como razones se han alegado las más diversas: el principio de la economía de medios, que aconsejaría la exclusión de una acción cuando ya existiera otra dirigida al mismo resultado; que en los países de Derecho codificado, al ser obra exclusiva de la jurisprudencia, la acción sólo debería admitirse para llenar lagunas de la ley; que de lo contrario existirían acciones que podrían entrar en conflicto y que la posibilidad de alegar un enriquecimiento injusto cuando se hubiesen agotado otras acciones, produciría confusión e inseguridad jurídica; etc.⁵⁰

En la doctrina francesa, el caso *Clayette* (1914) exigió este requisito de que no existiera otra acción, y con palabras de la obra de AUBRY y RAU, declaró que "la acción de *in rem verso*, fundada en el principio de equidad que prohíbe enriquecerse a expensas de otro, sólo debería admitirse cuando el patrimonio de una persona hubiese experimentado un enriquecimiento a costa del de otro y cuando éste no disponga, para obtener lo que se le debe, de ninguna otra acción resultante de contrato, cuasi-contrato, delito o cuasi-delito".⁵¹

Es conveniente un mínimo conocimiento de los hechos del caso *Clayette*. El demandante había hecho un préstamo a una orden religiosa y la suma había sido invertida en la construcción de edificios para la misma. La orden fue disuelta y sus bienes pasaron a un liquidador. El prestamista, por no haber hecho el préstamo ajustándose a los requisitos del Código civil francés, ejercitó contra el liquidador la acción de *in rem verso*, pero el Tribunal rechazó la demanda por entender que la acción procedente era la derivada de un préstamo.

La doctrina del caso *Clayette* sin duda estaba formulada en términos más amplios que los estrictamente exigidos para la so-

49 Sobre el tema LACRUZ, págs. 595 y ss.; ÁLVAREZ, 495; JOSSEBRAND, II-1, pág. 459. El Código civil italiano, en el art. 2.042, establece expresamente el carácter subsidiario de la acción: "La acción de enriquecimiento no puede ejercitarse cuando el perjudicado pueda ejercitar otra acción para hacerse indemnizar del perjuicio experimentado."

50 NICHOLAS, citado, págs. 610 y 617.

51 Sobre el caso *Clayette*, DAWSON, citado, pág. 183, nota 120; NICHOLAS, citado, págs. 633 y ss.; ÁLVAREZ, lugar citado de RGLJ, pági-na 495.

lución del caso. Más tarde, en 1940, el Tribunal de Casación admitió que si con la acción ordinaria sólo podía demandarse a un insolvente, era procedente la acción de enriquecimiento a pesar de su carácter subsidiario.

En este caso el actor había realizado obras en un edificio que después, por resolución de la compraventa, volvió a poder del vendedor con el incremento de valor de las obras realizadas por el demandante. La acción de este prosperó, a pesar de estar dirigida contra quien no había contratado con él.

Es fácil darse cuenta de que en la disputa sobre si la acción es subsidiaria se encubre la cuestión de resolver cuándo sería injusto que la acción de enriquecimiento permitiera superar el fracaso de otra acción más procedente, y cuándo la injusticia estaría, por el contrario, en dejar sin remedio a quien por alguna razón puramente técnica no pudiera confiar en otra clase de acción.

En el tratado de los MAZEAUD se aconseja establecer las siguientes distinciones:⁵²

1. Si el empobrecido dispone de otra acción ordinaria, ha de utilizarla en lugar de alegar un enriquecimiento injusto. Sin embargo, cuando por alguna razón de hecho (v. gr., insolvencia), la acción ordinaria resulta ineficaz, puede ser procedente la de enriquecimiento injusto.

2. Si la acción preferente ha prescrito, no hay duda que no se le puede permitir recurrir a la de enriquecimiento, pues lo contrario sería burlar las normas sobre la prescripción.

3. Cuando el empobrecido no reúne los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción que sería procedente, hay que distinguir:

a) Si ha de entenderse que el legislador (el ordenamiento jurídico) ha querido prohibirle cualquier acción que no sea aquella para la que no cumple con los requisitos exigibles, hay que rehusarle la acción de enriquecimiento injusto. Así, en los ordenamientos jurídicos que admiten la rescisión por lesión en la venta de inmuebles, si el supuesto reclamante no puede ejercitar esta acción rescisoria tampoco podrá recurrir a la de enriquecimiento injusto.

b) Por el contrario, si ha de estimarse que sólo ha querido

⁵² MAZEAUD, págs. 642 y ss.

proporcionarse a una persona una situación más ventajosa, poniendo a su disposición una acción particular, en semejante hipótesis no hay motivo para excluir la de enriquecimiento injusto cuando no se reúnen las condiciones de la acción especialmente regulada. Por ejemplo, la regulación especial del contrato de servicios no puede dejar excluida una reclamación fundada en el hecho de la relación de trabajo que haya existido.

En resumen, como dice NICHOLAS, lo único cierto es que la acción de enriquecimiento injusto no ha de servir para evitar (burlar) la aplicación de una regla de Derecho que se ocupe directamente de la cuestión litigiosa. Hay que preguntar y considerar si la posibilidad de elegir entre el remedio "ordinario" y la acción de enriquecimiento injusto producirá este resultado.⁵³

La cuestión puede presentarse teniendo en cuenta el breve plazo de que se dispone para reclamar indemnización de daños producidos por un acto ilícito civil (art. 1.968, núm. 2.º C. c.). Pasado el año, ¿existirá la posibilidad, en su caso, de ejercitar una acción de enriquecimiento injusto?⁵⁴

Con NICHOLAS creemos que procederá la exclusión de esta acción siempre que sea indudable que las dos se dirigen sustancialmente a lo mismo. No puede hacerse revivir una acción prescrita con la maniobra de disfrazarla de acción de enriquecimiento injusto. Sin embargo, tampoco es razonable entender que si ha prescrito la acción derivada de culpa o negligencia, el ordenamiento jurídico ha querido que el causante de un agravio pueda retener el beneficio obtenido.

NICHOLAS razona de la siguiente manera: si el perjudicado está dentro de plazo para ejercitar la acción de responsabilidad civil y por otra parte no hay duda de que podría optar por la de enriquecimiento injusto, ha de entenderse que la extinción de la primera no ha de implicar la desaparición de la segunda, por tratarse de acciones diferentes.⁵⁵

La cuestión de la subsidiariedad de la acción quedó claramente planteado en el recurso de casación resuelto por la *sentencia de 12 abril 1955* (Aranzadi, núm. 1.126), al sostener uno de los motivos que es una acción subsidiaria y que no procede cuando el caso tiene su regulación en las normas específicas de

⁵³ NICHOLAS, pág. 639.

⁵⁴ LACRUZ, pág. 696.

⁵⁵ NICHOLAS, pág. 640.

los arts. 1.902 y 1.968, núm. 2.º, C. c., entendiendo por ello que la acción había ya prescrito.

El quinto considerando de la sentencia del Tribunal Supremo rechazó el motivo, con las siguientes declaraciones: "Primero, porque no es exacto que la acción ejercitada sea en realidad la aquiliana, pues aunque entre los fundamentos jurídicos de la demanda se cita el art. 1.902 C. c., es sólo a efectos de señalar las diferencias que median entre aquella acción y la restitutoria dimanante de la *condictio sine causa*, que es a la que se encamina concretamente la argumentación y la suplica de la demanda. Segundo, porque la acción de restitución por enriquecimiento torticero, tiene sustantividad propia frente a la indemnización de daños y perjuicios, de la que la independizan múltiples notas diferenciales que la doctrina científica ha señalado, entre las que conviene destacar, por su aplicación al caso de autos, estas dos: la acción aquiliana requiere en el provocador la concurrencia de un hecho ilícito, culposo o negligente, que no resulta afirmado en la sentencia recurrida, y la *condictio* puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o de buena fe por parte del provocador, cual ocurre frecuentemente en materia de intrusiones mineras, y por otra parte, la acción de enriquecimiento supone siempre en el autor del hecho un incremento de patrimonio que no es indispensable en el supuesto de la acción aquiliana, que es la contemplada en el art. 38 de la Ley de Minas. Tercero, que muy nutrida doctrina científica repudia la tesis de que la *condictio* funcione siempre como norma subsidiaria de derecho, y aunque así no fuera, el resultado práctico sería el mismo, ya que a pesar de las múltiples manifestaciones que el C. c. contiene en punto al enriquecimiento ilícito, no hay norma legal ni consuetudinaria que en forma sistemática, general o específica, gobierne la acción de enriquecimiento indebido, y así pasa a primer plano de fuentes jurídicas el principio de que a nadie es lícito enriquecerse a costa de otro, reconocido unánimemente como derivación de derecho natural por la legislación romana, por la tradición española, por la doctrina científica y por la jurisprudencia. Cuarto, porque en el caso de que el hecho de la intrusión minera pudiera ser determinante del ejercicio de diferentes acciones, como la interdictal para retener o recobrar la posesión, la reivindicatoria para obtener la devolución del mineral extraído o la sustitutoria del equivalente pecuniario, y la declara-

tiva de culpa, se estaría en presencia de concurrencia de acciones que no tienen orden preestablecido de preferencia y exclusión, por lo que el titular del derecho lesionado podrá ejercitar la que juzgue más adecuada; y Quinto, porque en definitiva, no ejercitada la acción aquiliana es inaplicable la norma de prescripción que establece el art. 1.968 C. c., procediendo en su virtud, la desestimación total del recurso".⁵⁶

La posterior sentencia de 10 marzo 1958 (Aranzadi, núm. 1.068) afirma en el tercer considerando que "como ha declarado esta Sala en su sentencia de 12 abril 1955, la acción de restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia frente a la indemnización de daños y perjuicios, de la que la independizan múltiples notas diferenciales que la doctrina científica ha señalado, conviniendo señalar, por su aplicación al caso de autos, que la acción aquiliana requiere en el provocador la concurrencia de un hecho ilícito, y la *condictio* puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o de buena fe por parte del provocador, repudiando doctrina científica muy nutrida la tesis de que la *condictio* funciona siempre como norma subsidiaria de derecho...". La sentencia repite a continuación lo que ya declaró la sentencia de 12 abril 1955. En este caso de 1958 el motivo de casación prosperó por falta de aplicación del principio del enriquecimiento injusto, ya que concurrían en el caso todos sus elementos. Véase también la sentencia de 28 enero 1956 (Aranzadi, núm. 669).

La sentencia de 24 enero 1976 (Aranzadi, núm. 95) reafirmó los mismos criterios y en la segunda decisión, dictada por casación de la recurrida, reiteró en los mismos términos que las anteriores la propia sustantividad de la acción de enriquecimiento injusto frente a la aquiliana.

LACRUZ hace notar que otras sentencias que suponen el carácter subsidiario de la acción, como las de 12 enero 1943, 5 y 28 enero 1956 y 22 diciembre 1962, lo afirman del pasada, sin constituir la *ratio decidendi* del caso. El mismo autor opina que la línea jurisprudencial que niega la subsidiariedad como regla general, es acertada. "La *condictio sine causa* es, muchas veces una acción *dependiente*, pero ello no importa su incompatibilidad con cualquier otra más o menos coincidente o paralela."⁵⁷

⁵⁶ Una crítica negativa a esta sentencia en A. HERNÁNDEZ-GIL, obra citada en la nota 1, pág. 265.

⁵⁷ LACRUZ, citado, pág. 597. ÁLVAREZ, en RDP, citado, pág. 851, dice que la principal aportación de la jurisprudencia española a este tema es la negación del carácter subsidiario de la acción.

Una acción fundada en determinado supuesto de hecho no excluye la existencia de otra dirigida a un resultado práctico semejante. Afirma el autor citado que "no es subsidiaria la *condictio indebiti* que puede interponerse en lugar de la reivindicatoria, aun existiendo ésta". Lo que procede es examinar en cada caso si el Derecho, al conceder una acción, ha querido eliminar a cualquier otra que tenga idéntico fundamento o que persiga sustancialmente el mismo resultado, y, sobre todo, si en cuanto al señalamiento de un plazo de prescripción, ha querido hacer cesar o eliminar, desde su vencimiento, otra posible reclamación referida al mismo objeto o a parte de él o de sus subrogados. En definitiva, como antes se ha visto con referencia a otros autores, se trata de evitar un fraude de ley, pero no que se consolide una injusticia.⁵⁸

6. Contenido de la acción

La acción de enriquecimiento injusto tiene por finalidad restituir al patrimonio del reclamante un valor que ha quedado integrado en el patrimonio del demandado, sin razón que lo justifique. La opinión dominante es que está sometida a un doble límite, en el sentido de que ni ha de darse al empobrecido más de lo que ha perdido, ni ha de quitarse al enriquecido más de lo que ha obtenido. Como dice JOSSELAND, con el ejercicio de la acción el enriquecedor (empobrecido) no ha de convertirse en enriquecido.⁵⁹

En el mismo sentido dice MAZEAUD que la obligación que pesa sobre el deudor está doblemente limitada: por su propio enriquecimiento y por el empobrecimiento de su acreedor. En términos parecidos se expresa NICHOLAS cuando dice que el actor cuya acción prospera tiene derecho al importe del enriquecimiento del demandado, pero sólo hasta el límite del empobrecimiento que ha sufrido.⁶⁰

Entre nosotros ha escrito LACRUZ: "La condena no puede sobrepasar la menor elevada de ambas sumas, porque el empobrecido no puede exigir más que la reconstitución de su patri-

monio, y al patrimonio enriquecido no se le puede imponer más que ser reconducido a su nivel inicial."⁶¹

Como punto de partida ello es cierto y responde a la naturaleza de esta acción y a la diferencia que, como hemos visto, existe entre ella y la de responsabilidad por acto ilícito. Sin embargo, algunas cuestiones han de ser puntualizadas.

LACRUZ observa que la *sentencia de 27 marzo 1958* (Aranzadi, número 1456), dictada en un caso en el que se reclamaba por razón de las obras realizadas por el novio en un piso propiedad del padre de la novia, después de la ruptura del noviazgo, "no queda clara en la sentencia la justificación del importe a restituir, que acaso no fuera el de las obras, sino el del valor efectivamente ganado por el inmueble".

Cuestión importante es determinar en qué momento ha de valorarse el importe del enriquecimiento. Cabe elegir, dice JOSSELAND, entre el día del enriquecimiento y el de la presentación de la demanda. Parece más natural que sea el segundo por tratarse de la nivelación de dos patrimonios en presencia. Si el desequilibrio ya no existe, la acción no tendrá razón de ser, sin perjuicio de lo que proceda en casos de mala fe del demandado. En el mismo sentido opina LACRUZ que el enriquecimiento ha de persistir el día de la presentación de la demanda.⁶²

La necesidad de esta persistencia distingue la acción de enriquecimiento de la acción directa por *negotiorum gestio*, en la que basta que el enriquecimiento haya sido útil en el momento de iniciarse la gestión, con independencia de que el beneficio subsista al presentarse la demanda.⁶³

Si la cosa recibida de buena fe por el *accipiens* ha sido consumida, la restitución sólo procederá en la medida en que se haya ahorrado gastos, al haberla empleado en una justificada satisfacción de sus necesidades (*damnum cessans*).

61 LACRUZ, citado, pág. 601. Pero véase ÁLVAREZ, en los lugares citados de RGLJ y RDP, en el sentido de que "no hay razón jurídica para establecer el empobrecimiento como requisito autónomo de la acción, ni para limitar la cuantía restitutoria al empobrecimiento efectivo del demandante" y que "en todos los supuestos en que el ordenamiento jurídico emplea para calibrar la medida del enriquecimiento el criterio del ahorro de gastos (*damnum cessans*), se independiza de hecho, la cuantía restitutoria de la acción, del empobrecimiento efectivo del demandante" (en RGLJ, páginas 502 y 503; en RDP, 874 y ss.).

62 JOSSELAND, obra citada, págs. 461 y s.; LACRUZ, 601.

63 Véase antes, pág. 55.

58 ÁLVAREZ, RGLJ, citado, pág. 497, se manifiesta favorable al criterio de LACRUZ sobre el requisito de la subsidiariedad.

59 JOSSELAND, obra citada, págs. 461 y s.

60 MAZEAUD, obra citada, págs. 644 a 646; NICHOLAS, pág. 641.

Las mejoras realizadas en cosa ajena sólo conceden derecho de restitución en la medida del enriquecimiento efectivo (actual) que con ellas haya obtenido su titular (cfr. arts. 453 a 458, en relación con el 1896).

Acercas de la regla del art. 1.897 sobre la recepción indebida, pero de buena fe, de cosa cierta y determinada, que sólo obliga a responder "de las desmejoras o pérdidas de ésta en cuanto por ellas se hubiese enriquecido", observa FERRANDIS que, sin duda, el precepto quiere expresar el principio según el cual la medida del deber de restitución viene determinada no por el perjuicio sufrido por el demandante (como ocurriría si se tratara de una acción de indemnización de daños), sino por el beneficio obtenido injustamente por el demandado.⁶⁴

Si el *accipiens* de buena fe hubiese enajenado la cosa recibida, "restituira el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo" (art. 1.897, última proposición).

Puede plantearse la cuestión de si correspondieran al demandante los llamados *lucros ex negotiatione* o ventajas obtenidas por el enriquecido mediante la negociación de lo que constituyó, en principio, el enriquecimiento. Los anotadores de ENNECCERUS lo niegan.

Los autores alemanes distinguen entre el caso de *disposición de un no titular*, que ha de entregar incluso la contrapartida ventajosa obtenida a través de la disposición efectuada sin derecho, el *commodum ex negotiatione* (para lo cual se cuenta con la disposición expresa del § 816 del C. c. alemán), y el caso del enriquecido que dispone como titular real, cuya obligación se limitará a cubrir la pérdida experimentada por el demandante (y en este sentido se tiene en cuenta el § 818 C. c. alemán). Añaden ENNECCERUS y LEHMANN: "La obligación de transferir el contravalor del negocio jurídico sólo está justificada en tanto en cuanto el deudor del enriquecimiento haya dispuesto después de conocer la falta de causa".

En los casos de mala fe por parte del receptor, este tendrá que abonar, además, el interés legal cuando se trate de capitales,

64 FERRANDIS, anotaciones citadas, pág. 1.016.

65 ENNECCERUS y LEHMANN, obra citada antes, nota 2, en su página 1.009. La solución contraria conduciría a resultados que el *common law* alcanza con la técnica del *constructive trust* (imputación de una relación fiduciaria entre empobrecido y enriquecido) y de la subrogación real (*tracing*). Sobre ello, DAWSON, obra citada, págs. 26 a 33.

o los frutos percibidos o debidos percibir, cuando la cosa recibida los produjere, sin duda porque en ello ha de verse un *lucrum cessans* del demandante. Cfr. arts. 455, 1.108 y 1.896, apartado 1.º; C. c. Los anotadores de ENNECCERUS observan que esta combinación de las obligaciones de restituir y de indemnizar obedecen a una agravación de la responsabilidad del enriquecido, como sanción a su mala fe.⁶⁶

Un precepto del C. c. alemán, el § 822, ha previsto el caso de disposición a título gratuito por parte del *accipiens*: "Si el receptor atribuye gratuitamente lo recibido a un tercero, siempre que a consecuencia de esto esté excluida la obligación del receptor a la restitución del enriquecimiento, el tercero está obligado a la restitución como si él hubiese recibido la atribución del acreedor sin causa jurídica." Los anotadores españoles opinan que la regla es admisible en nuestro Derecho; pero siempre que la posición del tercero sea inatacable, la acción de restitución se dirigirá contra el *accipiens* transmitente por el valor que los bienes tenían al tiempo de la enajenación. Para una base de analogía citan el art. 978, núm. 3.º C. c.⁶⁷

La acción de enriquecimiento prescribe a los quince años, según el art. 1.964 C. c., por tratarse de una acción personal que no tiene señalado término especial de prescripción.

La *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* dedica el capítulo IV, del título VIII del Libro III, al enriquecimiento sin causa. Contiene las leyes 508 a 510 que disponen lo siguiente:

"Ley 508. — Clases. El que adquiere o retiene sin causa un lucro recibido de otra persona queda obligado a restituir.

"Se entiende por disposición sin causa la que se ha hecho a consecuencia de un acto ilícito o de un convenio prohibido o que es inmoral para el adquirente, quien queda obligado a restituir lo recibido e indemnizar el perjuicio sufrido sin posible limitación por la pérdida fortuita, a no ser que se trate de un incapaz, en cuyo caso responderá tan sólo del enriquecimiento.

"Se entiende que se retiene sin causa cuando se recibió una cosa para realizar una contraprestación que no se ha cumplido o el cobro de una obligación indebida con error por parte del que pagó y del que cobró, o cuando se recibió una cosa por causa inicialmente válida, pero

66 Anotaciones citadas, pág. 1.017.

67 En las mismas anotaciones a ENNECCERUS, pág. 1.020.

II. El enriquecimiento injusto

que posteriormente ha dejado de justificar la retención de lo adquirido. En estos casos el adquirente está obligado a restituir su enriquecimiento."

"Ley 509. — Prueba en el pago de lo indebido. El que repite un pago indebido debe probar que lo realizó y la inexistencia de la obligación.

"Cuando el que cobró niegue formalmente haber cobrado, una vez que se pruebe el pago, deberá probar él la existencia de la obligación.

"El que cobró lo no debido podrá retener lo cobrado cuando pruebe que quien pago lo hizo sin error.

"Si se prueba la mala fe del que cobró, se considerará a este como adquirente por acto ilícito."

"Ley 510. — Obligaciones naturales. No será repetible el pago cuando se haya hecho en cumplimiento de un deber moral, o impuesto por el uso, aunque no sea judicialmente exigible. El reconocimiento, la novación, la compensación y la garantía de las obligaciones naturales producen efectos civiles."

"Causa inmoral para el que paga. Asimismo es irrepetible lo que se paga a causa de un convenio inmoral para el que paga, aunque lo sea también para el que cobró."

III

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

1. Ilícitud penal y civil

El ordenamiento jurídico diferencia claramente los *delitos penales*, que son hechos ilícitos previstos y penados en el Código Penal, y los *delitos civiles* o *actos ilícitos civiles*, que son actos u omisiones en que interviene culpa (dolo) o negligencia no tipificados por la ley penal, pero susceptibles de dar origen a una acción de reparación o indemnización en el ámbito civil.¹

1. Además de las obras generales de Derecho civil, pueden tenerse especialmente en cuenta los siguientes trabajos: Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Lecciones sobre la responsabilidad civil*, Bilbao, 1978; Antonio BORRELL MACIÀ, *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil*, Barcelona, 1942, y segunda edición de 1958; Federico CASTEJÓN, *Teoría de la continuidad de los Derechos penal y civil*, Barcelona, 1949; Alfonso DE COSSIO, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955; del mismo autor, "La causalidad en la responsabilidad civil", ADC, julio-septiembre de 1966, páginas 527 a 554; Adriano DE CUPIS, *El daño — Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción española, con estudio preliminar de Angel MARÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, 1975; F. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, "La causalidad en la responsabilidad civil", Revista del Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, julio-diciembre de 1954, págs. 142 a 149; Mariano FERNÁNDEZ y MARTÍN-GRANIZO, *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, Pamplona, 1972; Juan LATOUR, "La compensación de culpas", RDEYA, 1958, págs. 223 a 235; Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción de la quinta edición francesa, Buenos Aires, 1961; MONTEL, *Problemas de la responsabilidad y del daño*, traducción española con notas de ROCA JUAN, Alcoy, 1955; PUIG PEÑA, "Culpa extracontractual o daños por imprudencia", RGLJ, 1948, primer semestre, págs. 365 y ss.; QUINTANO RIPOLES, "Antijuridicidad civil y penal en el evento jurídico del daño", RDP, 1949, págs. 863 y ss.; del mismo autor, "Ilícitud civil y penal: El problema de su tipificación", RJC, 1957, págs. 207 a 217; del mismo, "Diferencia entre la culpa civil y la culpa criminal", ADC, 1957, págs. 1.039 a 1.056; Jaime SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*, Madrid, 1963; del mismo autor, *La responsabilidad civil*, 3.ª ed., Madrid, 1981; SILVA MELERO, "Ilícitud civil y penal", RGLJ, 1946, primer semestre, págs. 5 y ss.; SOTO NIETO "La llamada compensación de culpas", RDP, 1968, págs. 409 a 427.

CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OLEA

LUIS DíEZ-PICAZO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

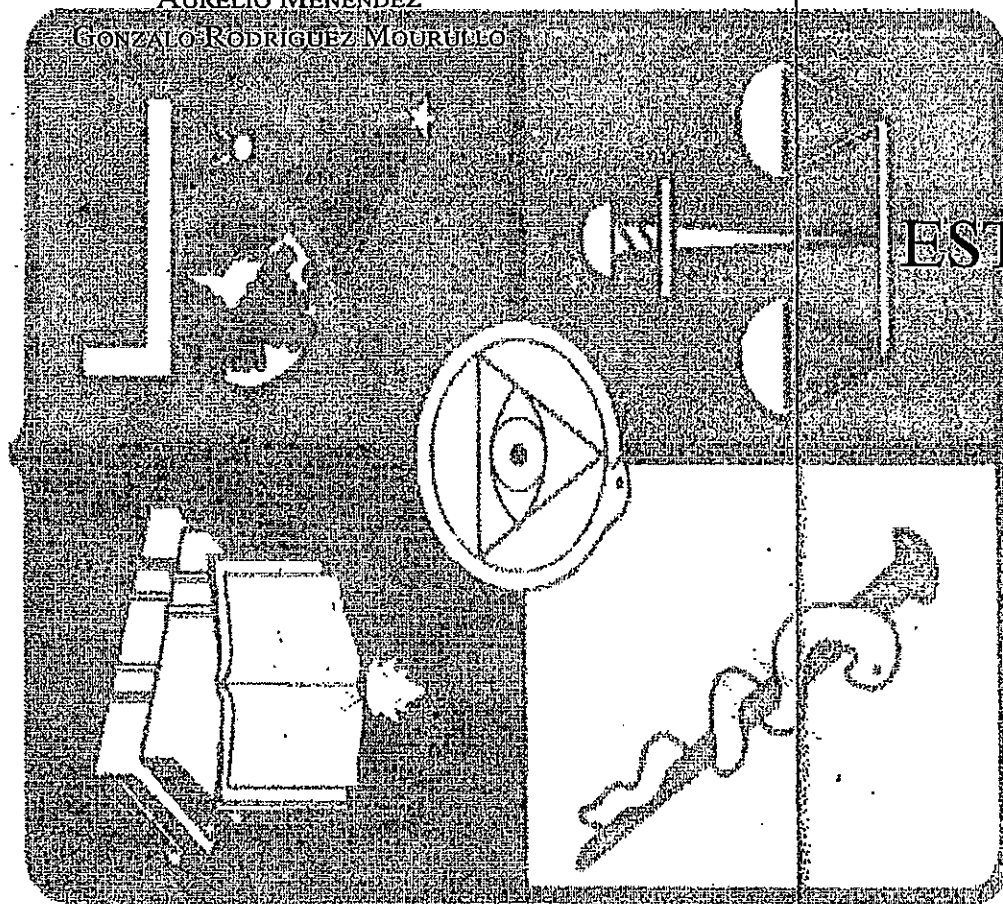
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

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 VAQUER 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, bavaro 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 inglés, F. W. Maitland, describió la labor de Blackstone, unas palabras que son igualmente ciertas para otras muchas figuras emblemáticas de la historia del derecho inglés: «[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». 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 restituir. 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 conmutativa⁴. 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 daño⁵.

⁴ Pomp. D. 12, 6, 14. Cfr., además, la versión ligeramente modificada que Justiniano incluyó entre las *diversae regulae juris 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: *Römische Recht in der europäischen Tradition. Symposium für Franz Wieacker*, 1985, pp. 41 ss.

⁵ Una exposición más detallada del mismo argumento en el influente 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 alienius solvenda re*». 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, pr.

⁹ Atribución: a los fines de este artículo, se define como la transmisión voluntaria y 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 Izhak 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. Stattdingers 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 «*Leistungskondition*» en el derecho alemán. La distinción entre «*Leistungs-*» y «*Nichtleistungskondition*» la configura el § 812-1 BGB, pero su significación solo se puso de manifiesto pasados cincuenta 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 *condiciones 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*¹, pp. 841 ss.

¹¹ Cfr. mi *Law of obligations*², 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. 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. II, 91 (y véase Gai. D. 44, 7, 5, 3 leído conjuntamente con Gai. D. 44, 7, 1 pr.); Inst. III, 27, 6].

¹³ *Law of obligations*, 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, conociera 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 derivar 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-

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 germánica.²³ 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:

¹⁸ Reichsgericht (Tribunal Imperial alemán), *Seufferts Archiv*, 1924, núm. 124.

¹⁹ 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.

²⁰ Konrad ZWIGERT, Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, traducción de Tony Weir, 2.^a ed., 1992, pp. 76 ss. y 138 ss.

²¹ Hay el completo estudio de derecho comparado de Izhak ENGLARD (*ob. cit.*, nota 9).

²² 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.

¹⁸ Sobre el principio «*venire contra factum proprium* (nulli conceditur)», DETLEF BEHRE, «Rhythmische Rechtssätze», *JZ*, 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.

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 «*quasi-contrats*»²⁷. De modo similar, el *Codice civile* se centra en el «*pagamento dell'indebito*»²⁸, e incluso en el nuevo Código civil holandés el «*converschuldigde 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», *ZeRP* 1993, pp. 523 ss.; Ulrich DROBNIG, «Transfer of Property», en: A. S. HARTKAMP, M. W. HESSELINK et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 1994, pp. 343 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 ROTT, «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* presupone, 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; ENGLARD (*ob. cit.*, nota 9), núm. 61.

³² Laurent AYNÈS, 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, las 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*»); ENGLARD (*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 SCHULIN, 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 HEENSTRA, Reinhard ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, 1992, pp. 387 ss.

³⁹ Art. 1377 *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/ROLAND/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.

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

⁴⁵ *Supra*, nota 18.

⁴⁶ 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 cuestión.⁵² El proyecto del profesor KÖNIG sobre enriquecimiento injusto en el derecho alemán, por su parte, mantiene una norma propia para tales supuestos.

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 obligación.⁵³ 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 sólo 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.

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 Ésta 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*, 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 ENGLAND⁶⁴, 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, «Restorable 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 ENGLAND (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 LARENZ/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 *condictiones* 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 seguía 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 indicadas⁷⁰. 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 él imaginaba era que podía hacer con la cosa entregada lo que le viniera en gana (de modo que no respondería 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 descubre todavía

⁷⁵ Un completo estudio de la evolución de la figura conocida como «*implied assumpsit*» 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.; GORE/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 B. PALMER, «History of Restitution in Anglo-American Law», en: *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. X, cap. 3, 1989.

⁷⁶ GORE/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 GORE/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 diametrallich 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 que 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*⁸².

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, *Verrykingsaanspreeklikheid 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, si que vale para los derechos suizo y alemán,⁸⁶ se aplica al derecho austriaco⁸⁷ y se refleja en el actual derecho holandés, por más

⁸⁵ Para su evolución histórica, véase *Law of obligations*, pp. 878 ss.; GALLO (*ob. cit.*, nota 5), pp. 99 ss. Más detalles sobre su aplicación en ZWEIGER/KOITZ/WEIR (*ob. cit.*, nota 23), pp. 586 ss.; FERD/Sonnenberger (*ob. cit.*, nota 31), pp. 435 ss.; STARK/ROLAND/BOYER (*ob. cit.*, nota 32), núm. 176 ss.

⁸⁶ Art. 62 I ORS, el estudio de Walter R. SCHLUEP, «Über Eingriffskonditionen», en: *Mélanges Paul Pöschel*, 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 francés.⁸⁹

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 jurídica.⁹⁰ 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 estorbar 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 dónde 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 deriven 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 sulzo y austriaco han evolucionado hacia un modelo de responsabilidad por enriquecimiento basado en intromisión muy similar.⁹⁵ El derecho inglés tampoco difiere sustancialmente en este aspecto,⁹⁶ 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 enfoque⁹⁸, 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 *appauverissement* del demandante⁹⁹. Además, posee un carácter estructuralmente subsidiario¹⁰⁰, un rasgo que se halla presente también en el Código italiano¹⁰¹, que, en cambio, ha sido abandonado por el legislador holandés¹⁰². 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.; BURROWS (*ob. cit.*, nota 79), pp. 376 ss.

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

⁹⁹ STARCK/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 *«ongeprethetvaardigde verrijking»* a las normas reguladoras de la compensación por pérdida patrimonial (Libro VI, Título 1, Sección 10 del BW). Éste 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»*). Cf. HARTKAMP (*ob. cit.*, nota 35), núm. 363.

¹⁰⁰ STARCK/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 *«appauverissement»*. 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 modo¹⁰⁷. 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 intromisiones¹¹⁰.

13

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 Law and 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 ajena¹¹². 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 HÖRST, *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 abisma 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. Bennet*,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. Sironi AR, «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. Attkin, «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 quería efectuar una atribución al deudor, tampoco está legitimado para interponer una acción de enriquecimiento por atribución. En este caso, tendrá que concederse 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 porque 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 substruction*»)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*, p. 752. Por lo que se refiere al derecho francés, art. 1236 *Code civil*.

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

¹³¹ Mas 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; FERID/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 «*Rückgriffskondiktion*».

Llegados a este punto, lo normal sería hacer un resumen final o sentar algunas conclusiones. En vez de ello, quisiera facilitar una traducción 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 abandonado¹³⁸. 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)¹³⁹. El proyecto König constituye la exposición más valiosa de la evolución de las normas alemanas sobre enriquecimiento de los últimos doscientos años¹⁴⁰.

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

¹³⁷ WHITE (*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. WHITE, «Some Trends and Issues in Scots Enrichment Law», *Juridical Review*, 1991, pp. 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 sobreabundancia. 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. Estos 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 Leistungskondiktion», *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.