

Monografías CIVITAS

Directores: Manuel Alonso Oíca, Rafael Calvo Ortega, Luis Díez-Picazo, Eduardo García de Enterría, Jesús González Pérez, Aurelio Menéndez, Juan Montero Aroca, Gonzalo Rodríguez Mourullo, Rodrigo Uría y Gustavo Villápalos.

MANUEL DE LA CAMARA ALVAREZ

Notario de Madrid

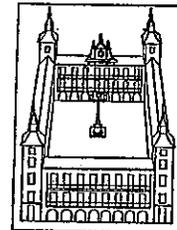
LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON

Catedrático de Derecho Civil

DOS ESTUDIOS
SOBRE
EL ENRIQUECIMIENTO
SIN CAUSA

ma lo...
un...
en...
del...

EDITORIAL CIVITAS, S. A.



PROEMIO

Todos los libros necesitan algún tipo de presentación que permita al lector potencial situarse ante ellos y conocer sus causas.

En el año 1983 la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación me deparó el alto e inmerecido honor de introducirme en su seno eligiéndome Académico de Número. Me honraba, además, doblemente, porque me concedía la medalla que llevara mi maestro y maestro de todos, el Profesor Federico de Castro. La situación se convertía en un indiscutible reto, que, dicho con palabras llanas, significaba quedar bien y estar a la altura de las circunstancias. Para salvar el escollo había que elegir un tema y trabajarlo con algún cuidado. Una solemnidad académica requería un tema clásico, tratado clásicamente. Al buscar este tema, topé con la vieja figura del *enriquecimiento sin causa*, que me pareció perfectamente apta para dedicarle alguna atención y estudio. Por varias razones: la primera de las cuales es que siempre me ha apasionado estudiar las viejas máximas o brocardos, que se transmiten de manos en manos como verdades inconcusas aunque con alguna dosis de incertidumbre y de confusión. En el caso del *enriquecimiento sin causa* existía una segunda razón, que era la insatisfacción que siempre me produjo la comprensión que de este tema había logrado anteriormente. En mi libro *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, le dediqué algunas páginas, cargadas de influencias francesas, cuya lectura, años más tarde, no terminaba de gustarme. La lectura del libro de J. A. Alvarez Caperochipi y el encomiable intento que este autor lleva a cabo para tipificar los supuestos de aplicación de la doctrina en la jurisprudencia de nuestro país, avivó mi curiosidad.

Creo haber trabajado durante un buen número de años en el tema y haberlo hecho de una forma concienzuda y rigurosa. Nunca se puede estar seguro de los resultados, pero en las prestaciones de actividad y de diligencia la conciencia se encuentra tranquila. Enclaustrado, como estaba, y estoy todavía, en un organismo público y alejado de las bibliotecas

universitarias especializadas en temas de Derecho privado, el trabajo tropezaba con una dificultad adicional, que he podido salvar gracias a la actividad desplegada benévolamente por algunos buenos amigos y colegas, que me buscaban los libros de consulta y me fotocopiaban páginas de revistas y de enciclopedias. Debo consignar aquí la gratitud que debo a J. M. Miquel, a A. M. Morales, a F. Pantaleón y a J. Caffarena, que, además, redoblaron su paciencia leyendo el original y haciéndome útiles sugerencias.

Concluida la tarea y entregado el trabajo en la Academia, pasó a manos del censor, que era mi querido y buen amigo, eminente civilista, Manuel de la Cámara. Cámara no sólo cumplió escrupulosamente su tarea de censor, como hace siempre, sino que se interesó por el tema. Lo desentrañó, lo escudriñó y trabajó *ex novo* sobre él. Por eso, a él le correspondía la tarea de pronunciar el discurso de contestación al de ingreso, tarea que Cámara llevó a cabo, con el entusiasmo, la inteligencia y la lucidez que pone siempre en las cosas que hace. Cámara no se limitó a hacer un protocolario discurso de bienvenida, sino que escribió un trabajo monográfico.

Mi trabajo y el de Cámara vieron la luz primera en las publicaciones de la Real Academia, que son siempre de corta tirada y de escasa difusión. Tanto él como yo deseábamos una publicación de mayor amplitud. Además, las editoriales son algunas veces generosas y hemos contado con el ofrecimiento de la Editorial Civitas para llevar a cabo esta publicación.

La hemos titulado *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa* para que el lector sepa que se trata de dos trabajos distintos, con enfoques y puntos de vista que no son necesariamente coincidentes. Creemos, eso sí, que son complementarios y que unidos logran dar una visión del instituto, que puede considerarse completa y que —por lo menos a nosotros nos lo parece así— abre nuevas vías a los estudiosos de estas materias, que quieran profundizar sobre un siempre viejo y siempre nuevo tema.

Madrid, en la Pascua de Resurrección de 1988.

LUIS DíEZ-PICAZO

**LA DOCTRINA
DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO**

por LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

1. Introducción

Las regulae iuris y su supervivencia en la tradición jurídica.—La categoría del enriquecimiento injusto o torticero en la jurisprudencia del TS. de finales de siglo XIX y de principios del siglo XX.—Los tratamientos doctrinales y el giro jurisprudencial.—Los planteamientos de la doctrina dominante en el Derecho Civil español.

En Digesto 50, 17, 206, se recoge un texto de POMONIO extraído del Libro Nono «Ex variis lectionibus». Es bien conocido y dice, de una manera escueta y con todo laconismo, así: «Por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria»¹. El texto susodicho forma parte del último título (el 17) del Libro que cierra el Digesto justiniano y que se dedica, como es sabido, a recopilar lo que allí se llaman «diversas reglas de Derecho antiguo». Convendrá hacer hincapié desde ahora en que el tema que vamos a hacer objeto de nuestra atención pertenece a la categoría de las *regulae iuris*². Las *regulae iuris* han sido consideradas a veces como principios y fundamentos del Derecho todo³. Si así fuera, el texto de Digesto 50, 17, 206 constituiría la enunciación de un principio de la justicia natural. La consideración de las *regulae iuris* como principios cardinales o fundamentales del Derecho resulta, sin embargo, contradicha por la mejor doctrina historicista. El propio Digesto (en 50, 17, 1) define la regla como una narración, que se abrevia y condensa con objeto de facilitar su

¹ Ex iure naturae aequum est nemine cum alterius detrimento aut injuria fieri locupletiores.

² Ver BRUGI, *Le regulae juris dei giureconsulti romani*, en «Studi filosofici-giuridici dedicate a G. del Vecchio, Modena, 1930»; RICCOBONO, *Regulae juris*, en «Nuovo Digesto italiano», XI, p. 333, y STELLA-MARANCA, *La regula juris e la definitio in iure civile*, en «Recueil d'études en honneur de F. Geny», París, 1934.

³ Sobre esta idea, criticándola, cfr. CASTRO, *Derecho Civil de España*, vol. 1.º 2.ª ed. Madrid, 1949, pp. 432 y s.

transmisión. No contiene un principio de derecho que funcione al modo de un axioma. Es más bien, como ha sido acertadamente puesto de relieve, la condensación de unos saberes jurídicos no bien definidos, que constituyen el antecedente de los brocados y máximas medievales, con un sentido que es claramente paremiológico. Son como refranes jurídicos que expresan y condensan una sabiduría jurídica generalizada. Su alcance es, por ello, tópico y problemático. Son *loci* que ayudan a un pensamiento que funciona dialécticamente⁴.

La regla recordada, objeto hoy de nuestra investigación, ha conocido una fortuna extraordinaria y verdaderamente singular entre las de su especie. La recoge en seguida el Corpus Iuris Canonici y en el capítulo 48 del Título «De Regulis Iuris» del Sexto de las Decretales se dice «Locupletari non debet aliquis cum alterius injuria vel jactura». Según ARIAS RAMOS⁵, los exégetas del Derecho común dieron a la regla «nemini licere cum aliena jactura fieri locupletoriam» la amplitud de un principio normativo. Que sea de todo ello, es algo que habrá que tratar de puntualizar después. Por ahora, nos basta recordar —pues es también notorio— que la regla cristalizó en Part. 7.34,17, donde se dice: «E aun dixeron (los sabios antiguos) que ninguno non deue enriquecerse torticeramente en daño de otro.» Este hecho —la cristalización de la regla justiniana en un texto de Las Partidas— marca significativamente la tradición jurídica española. Por dos tipos de razones: porque la tradición literaria tiene que entroncar con ese texto, y porque enlaza con ese texto la tradición de los juristas prácticos y de la curia que da lugar a una antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo, ampliamente desarrollada en la segunda mitad del siglo XIX.

No es éste, indudablemente, el momento de hacer un estudio detallado de esta antigua jurisprudencia⁶, pero es necesaria alguna referencia con objeto de dejar el tema centrado. Las más antiguas entre las sentencias de nuestro Tribunal Supremo que se citan al aludir a la regla o máxima de que

⁴ Ver VIEHWEG, *Topica y jurisprudencia*, trad. esp., Madrid, 1964.

⁵ *En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», vol. 2, p. 29.

⁶ Existe un estudio detenido de ella en BORRELL SOLER, *L'enrichiment indegut*. Discurso leído en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, publicado en «R. Jur. Cat.», 1926.

nos estamos ocupando son de los años 1865 y sus alrededores. Voy a tomar como ejemplo algunas de ellas. Empezaré por las de 14 y 24 de mayo de 1867, recogidas en la Colección legislativa-Jurisprudencia civil, tomo XV, págs. 481 y 543. Sin hacer una exposición de los casos, es significativo que en el índice figuran bajo una rúbrica que habla de enriquecimiento «tortícero» y que las máximas, extraídas de los considerandos, que en aquella época eran por demás muy breves (cuatro o cinco líneas), eran las siguientes: a) La regla de derecho de que ninguno debe enriquecerse con daño de otro, no puede tener aplicación a un litigante que no obre mal usando de su derecho⁷. b) El que usa de un derecho y disfruta de lo que le corresponde no se enriquece torticeramente ni hace daño a otro⁸.

En la primera de las mencionadas sentencias existía un proindiviso sobre unas dehesas salmantinas y uno de los porcioneros, que administraba la comunidad, sentó en las cuentas de ésta las cantidades que había ido invirtiendo en obras de reedificación de una casa y en mejoras. Pagado el saldo, los condueños reclamaron su restitución y el Juez y la Audiencia de Valladolid estimaron esta demanda. En el recurso de casación del demandado, se alegaba entre otros muchos motivos relativos a las edificaciones, explotaciones y siembras en terreno ajeno y a la agencia y gestión oficiosa, el principio que a nosotros nos ocupa. El TS rechaza el argumento diciendo que dicha regla «no puede tener aplicación a un litigante que no obra mal usando de su derecho».

Muy parecida es la máxima de la sentencia de 21 de enero de 1867: «Cuando se obtiene en juicio la declaración de un derecho no puede decirse que se obre torticeramente.» La discusión se había producido entre la Administración del Infante don Francisco de Paula de Borbón y un señor Perera a quien se había encomendado la percepción de unos títulos de la deuda, deduciendo un porcentaje de lo cobrado. Condenado el agente a devolver a la Administración del Infante una determinada cantidad, alegó en el recurso la regla de Partidas 7.34,17. El TS rechazó el alegato afirmando que no puede decirse que obra torticeramente el que obtiene en juicio la declaración de un derecho.

⁷ Cfr. STS 14 mayo 1867.

⁸ Cfr. STS 24 mayo 1867.

En el caso que decidió la sentencia de 24 de enero de 1873, un padre vivía con dos hijas solteras, una casada y el marido de ésta y trabajaban todos en el negocio del padre. Se casó una de las hijas solteras y el marido de esta última demandó una retribución por el trabajo realizado por su mujer antes del matrimonio.

El Tribunal Supremo no admite la reclamación y dice que «... si bien es cierto que en el Título 34 de la Partida 7.^a se establece entre otras reglas generales de derecho la de que ninguno debe enriquecerse con daño de otro torticeramente, sin derecho ni razón legal, y es igualmente cierto que todas las reglas generales son dignas de respeto en lo que no se haya prevenido y determinado por leyes especiales, la mentada regla de derecho no puede aplicarse ni invocarse en apoyo del presente recurso, porque la cuestión se encuentra prevista y resuelta en leyes determinadas».

En el caso que decide la sentencia de 17 de octubre de 1916, la Condesa de N. se encontraba separada amistosamente de su marido, que había firmado un documento privado renunciando a intervenir en los actos de su mujer. Compró ésta una joya y para pagarla aceptó una letra de cambio que no hizo efectiva el día del vencimiento. Planteó un ejecutivo el joyero y el marido demandó la nulidad del contrato, de la letra y del juicio, alegando que el contrato era usurario y que había sido hecho sin su licencia.

La Audiencia había entendido que el contrato no era usurario, mas como el convenio privado entre los consortes era nulo por contrario a derecho y faltaba en consecuencia la venia marital, ello permitía rescindir la compra de la joya y así lo hizo, mandando a la mujer que la devolviera o que pagase el precio con el interés legal.

Interpuso recurso de casación el marido invocando el artículo 1.304 del Código Civil por considerar que no se había demostrado el enriquecimiento de la condesa, y así lo resuelve el TS, que declara que la compra de joyas más había empobrecido que enriquecido y que el que alega el enriquecimiento como causa de la operación está obligado a demostrarlo.

La consecuencia singular de este asunto es que la señora no tenía que pagar la joya, ni tampoco devolverla, porque no la poseía.

La sentencia de 26 de noviembre de 1926 decidió un caso singular. El actor estaba obligado a transportar correspondencia postal, creyendo durante algún tiempo que debía transportar también la recogida en los vapores de unas determinadas compañías marítimas cuando eran estas últimas las que debían llevarla a la Administración principal de Correos. Aclarado el error después de cuatro años se dirigió contra las compañías navieras, reclamándole el enriquecimiento experimentado por ellas.

El Tribunal Supremo, contra la decisión del Juzgado y de la Audiencia, entendió que no eran aplicables los preceptos de la gestión de negocios por haberse actuado de modo involuntario y por error; y que tampoco cabía el resarcimiento sobre la base de un lucro injusto de los demandados, porque el tribunal inferior había fundado su fallo en un principio de derecho sin declarar categóricamente que no había leyes aplicables al caso controvertido.

En sus inicios, la doctrina de nuestro Tribunal Supremo sobre la regla que nos ocupa parece haber tenido un carácter muy diferente del que luego adquiere. Lo que se veda es un enriquecimiento *torticero* o un procedimiento *torticero* que determina un enriquecimiento y que determina, al mismo tiempo, un daño. El acento se sitúa precisamente en ese carácter «*torticero*», que parece tener un significado más preciso que el que nuestra lengua le ha dado después. *Torticero* es aquello que resulta de un *tuerto* o *entuerto* (que de las dos maneras la palabra existe en nuestra lengua). «*Tuerto*», palabra emparentada etimológicamente con el *tort* del Derecho anglosajón, es, precisamente, el hecho antijurídico causante de un daño que se debe indemnizar.

Además de ello, se observa un intento reiterado de contención o de comprensión de la doctrina frente a la avalancha de alegaciones de este tipo. De manera reiterada se dice que no es todo enriquecimiento que pueda enjuiciarse de un determinado modo sino sólo el que reúna una u otras condiciones el que permite poner en juego de esta doctrina. Ello dicho, es posible señalar la utilización no infrecuente de la expresión «*enriquecerse sin razón*» a costa de otro⁹. Sobre

⁹ Cfr. SS: 19 mayo 1894 y 14 octubre 1895.

la base de la expresión «torticero» procedente del texto de la Ley de Partidas, nuestra jurisprudencia parece calificar en ocasiones los medios utilizados para obtener el enriquecimiento, a los que se califica de «ilícitos» o de «reprobados»¹⁰. También se observa en la jurisprudencia de estos años la falta de un deslinde entre el problema de los daños resarcibles y el problema del enriquecimiento restituible. Así se dice que el enriquecimiento que se prohíbe es el que causa daño a otro¹¹ y se excluye el enriquecimiento justificado, trasladando un aforismo peculiar del Derecho de daños según el cual el que usa de su derecho no causa daño¹².

El gran número de las aplicaciones jurisprudenciales contrasta con la escasez de los tratamientos doctrinales. En este panorama, R. NÚÑEZ LAGOS escribe en 1934 su conocida monografía¹³. La influencia que esta obra ha ejercido en la doctrina española y en la jurisprudencia de nuestro país ha sido extraordinaria y la ha condicionado decisivamente en sus desarrollos ulteriores. En el punto de partida¹⁴, R. NÚÑEZ LAGOS señala que «el eje cardinal de la teoría del enriquecimiento está en el tránsito de un valor sin causa de un patrimonio a otro». Establece, por ello, el autor a que nos referimos, que los requisitos de funcionamiento del instituto son el enriquecimiento del demandado, el empobrecimiento del actor y una relación¹⁵ entre uno y otro. Tanto enriquecimiento como empobrecimiento pertenecen a la categoría de los desplazamientos o de las atribuciones patrimoniales. El problema central, sin embargo, pertenece al campo de la idea «sin causa» y a la necesidad de su explicación. En esta explicación, R. NÚÑEZ LAGOS se adhiere a la teoría formulada por PLESSSEN¹⁶. De las ideas de este autor extrae R. NÚÑEZ LAGOS la conclusión de que toda atribución patrimonial tiene que ser un resultado previsto, el cumplimiento de un fin preterminado. Finalidad del desplazamiento patrimonial, añade, que está reglada por las relaciones relativas —de carácter obligatorio—, de las partes, expresadas en la declaración de volun-

¹⁰ Cfr. SS. 31 mayo 1910 y 24 junio 1920.

¹¹ Cfr. S. 30 abril 1883.

¹² Cfr. S. 11 marzo 1892.

¹³ NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934.

¹⁴ Op. cit., p. 5.

¹⁵ Op. cit., p. 11.

¹⁶ Op. cit., p. 102.

tad, o tácitas, o establecidas por la ley. Hay que mirar, pues, si el resultado logrado en el desplazamiento real coincide con el fin impuesto por las relaciones relativas interpartes. La *causa* no es el porqué o causa eficiente de la adquisición, sino el para qué o causa final de la relación obligatoria o contractual.

La jurisprudencia de los años posteriores a la guerra civil va poco a poco cambiando de color y acusando, tal vez por obra de don José CASTÁN, el influjo de NÚÑEZ LAGOS. Así, la sentencia de 12 de enero de 1943 declara que la noción de enriquecimiento injusto tiene no sólo la significación de un principio general del Derecho aplicable como fuente de carácter subsidiario, sino muy acusadamente la de una institución jurídica recogida en una serie abundante de preceptos legales, siquiera sea de forma inconexa, sin verdadera y propia sistematización generalizada, siendo indudable que en todo caso no basta invocar el principio de que se trata a modo de una regla general y abstracta, sino que es preciso demostrar y justificar en cada caso la procedencia concreta de la acción de enriquecimiento, en relación con las particularidades que presente el respectivo desplazamiento patrimonial y con los elementos y requisitos que ha de reunir la noción del enriquecimiento sin causa para ser un saludable postulado de equidad y de justicia y no motivo de grave perturbación y trastorno en la seguridad de las relaciones.

Se enfrentaba esta sentencia con un problema de pago en moneda devaluada hecho de conformidad con las estipulaciones contractuales y con las normas legales en la materia y niega que ello suponga enriquecimiento injusto.

Especial importancia hay que atribuir a la sentencia de 2 de julio de 1946, de la que fue ponente don José CASTÁN. En un caso en que el enriquecimiento discutido no se había producido a costa del causante de los actores, sino de una comunidad de la que todos los litigantes formaban parte, se enumeran los requisitos para establecer si juega o no la regla que produce el enriquecimiento sin causa, recogiendo en forma que después se convertirá en tópica la tesis de R. NÚÑEZ LAGOS.

La sentencia de 29 de abril de 1947 insiste en la ya conocida doctrina de que hay causa suficiente si ha existido un

contrato que se había perfeccionado y que se ejecutaba. Se trataba de nuevo de un caso de considerable aumento de valor de los bienes y de devaluación de la moneda. En concreto, era una compraventa de pinos concertada antes de la guerra civil que se ejecutaba después de haber aquélla concluido. Se había pagado una parte del precio antes de la guerra y otra se pagaba después, cuando el valor de los bienes había experimentado un aumento muy notable en relación con el precio que había que pagar.

En la sentencia de 12 de abril de 1955 se contemplaba un supuesto en que, con ocasión de los trabajos llevados a cabo en la explotación de una mina, se produjo una intrusión en otra mina contigua. La Ley y el Reglamento de la Minería (art. 38 de la Ley 19-7-1944 y 124 del Reglamento para su aplicación) conferían al propietario de la mina que padece la intrusión una acción de indemnización, por responsabilidad civil contractual, según el Código Civil en virtud del artículo 1.902.

En el caso concreto no se ejercitó esta acción, sino la derivada del enriquecimiento sin causa, sin duda, como señaló algún comentarista, porque había transcurrido el plazo de la prescripción de la primera y no el de la segunda.

En el recurso de casación se había mantenido la tesis del carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento con estos dos corolarios: si el ordenamiento jurídico confiere la acción de indemnización no puede acudir a la de enriquecimiento sin causa; esta regla rige también cuando la acción expresamente conferida ha prescrito.

La sentencia desestima el recurso y establece el siguiente razonamiento: «Una muy nutrida doctrina científica repudia la tesis de que la *condictio* funciona siempre como norma subsidiaria y, aunque así no fuera, el resultado práctico sería el mismo, ya que a pesar de las múltiples manifestaciones que el Código Civil contiene en punto al enriquecimiento injusto, no hay norma legal ni consuetudinaria que de forma sistemática, general o específica, gobierne la acción de enriquecimiento indebido, y así pasa a primer plano de fuente jurídica el principio de que a nadie es lícito enriquecerse a costa de otro.»

En la sentencia de 5 de enero de 1956 se dijo que el principio prohibitivo del enriquecimiento injustificado adquiere autonomía propia como principio de derecho independiente de aquella discutida figura (el cuasicontrato) buscando su origen legal en la regla 17, título 34, partida 7.ª, que sólo puede actuar como fuente subsidiaria de tercer grado con arreglo al párrafo 2.º del artículo 6.º del mencionado Código en defecto de ley exactamente aplicable en el punto controvertido y de costumbre del lugar, según declara muy precisamente la sentencia de 26 de noviembre de 1926.

La sentencia de 28 de enero de 1956 decidió un litigio originado por la guerra civil. Un comité se había hecho cargo en Tarragona de las cuentas corrientes de determinadas empresas, que habían sido colectivizadas. Sustituido más tarde por el Ayuntamiento republicano, se le traspasaron íntegramente las cuentas en noviembre de 1936 y dispuso de ellas. En 1941, en virtud de un expediente de desbloqueo, el Ayuntamiento obtuvo una cantidad de numerario procedente de cuentas de establecimientos bancarios.

Ante la reclamación de los titulares de las empresas colectivizadas el banco abonó una determinada suma de dinero y repitió después contra el Ayuntamiento.

El TS declara en esta sentencia que el Ayuntamiento se enriqueció sin título alguno frente al banco que había abonado una suma a sus antiguos cuentacorrentistas, produciéndose en tal suma una disminución del patrimonio del banco. Se entiende asimismo que mientras el Ayuntamiento nacional se había subrogado en los derechos del republicano, el banco se había subrogado en los derechos y acciones de los cuentacorrentistas. Se rechazó también en este caso la prescripción de la acción de daños.

La sentencia de 10 de marzo de 1956 examinó un supuesto de gran interés: entre los años 1939 y 1942 los demandados se habían apoderado de alambre de espino y piquetas de hierro pertenecientes al ejército, que se encontraban en lo que había sido campo de guerra en la provincia de Guadalajara. El Estado prefirió la devolución de las cantidades que había producido la venta de estos materiales sobre la base del injusto enriquecimiento experimentado por los vendedores y demandados.

El TS entiende que en este caso hay enriquecimiento sin causa. Establece la distinción entre la acción de daños y la de enriquecimiento, entendiendo que esta última no es subsidiaria y puede ejercitarse aun prescrita la otra. Considera el caso como una *condictio* por disposición sin derecho cuyo objetivo es una justa compensación en aquellos casos en que la ley, por razones de seguridad del tráfico jurídico, declara válidas las disposiciones de personas que obran sin derecho.

En el caso resuelto por la sentencia de 27 de marzo de 1958, el actor, durante su noviazgo con una hija del demandado, realizó obras en la vivienda propiedad de éste con el fin de habilitarla para instalar en ella su hogar. Estas obras mejoraron el edificio y aumentaron su valor intrínseco y en renta.

Roto luego el noviazgo, el actor reclamaba el importe de las obras y el Tribunal Supremo considera que se dan todas las condiciones necesarias para aplicar la tesis del enriquecimiento sin causa.

Me referiré, por último, en esta entresaca, a la sentencia de 23 de marzo de 1966, que resuelve el que llamaré «caso del grupo de viviendas Salas Pombo». El contratista obtuvo revisión de precios con la Administración, al amparo de un Decreto-Ley, y después se opuso a la revisión que le pedían los subcontratistas.

El Tribunal Supremo que estimó la demanda en este caso dice que «la repercusión en los costos de los aumentos de la mano de obra y los materiales recayeron en estos trabajos directa y exclusivamente, originando para el subcontratista el alza de precios producidos». Hay, dice esta sentencia, una notable ventaja patrimonial para el demandado frente a un claro empobrecimiento de los actores, sin que exista causa alguna que justifique el enriquecimiento del contratista¹⁷.

¹⁷ Las sentencias de los últimos años no han variado la doctrina establecida en los años 40, limitándose a hacer muy concretas aplicaciones, casi todas ellas desestimatorias de alegaciones de enriquecimientos injustos, que en la mayor parte de los casos eran de carácter retórico y sólo complementarias de las alegaciones centrales del pleito.

Véanse las sentencias de 8 de enero de 1980, 31 enero 1980, 16 febrero 1980, 14 abril 1980, 17 abril 1980, 21 octubre 1980, 1 diciembre 1980, 5 diciembre 1980, 20 febrero 1981, 14 marzo 1981, 19 diciembre 1981, 8

No menos curiosa que la evolución de la jurisprudencia es la de la doctrina jurídica. Se parte rigurosamente del más completo vacío en nuestra literatura jurídica.

Cuando en 1934 don José CASTÁN TOBEÑAS prologó la monografía de Rafael NÚÑEZ LAGOS, no pudo dejar de levantar acta de lo exiguo de nuestra literatura sobre el tema. El reproche era justo como cualquiera puede comprobar. La figura del enriquecimiento injusto o sin causa («locución antigua que se usa en lo forense») no se encontraba habitualmente recogida en los tratados y en los libros generales de Derecho Civil. El único estudio que entonces existía era el discurso que el eminente civilista catalán don Antonio María BORREL Y SOLER había leído en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona en la sesión pública inaugural celebrada el 3 de febrero de 1926¹⁸. Los tratados continuaron sin aludir a la figura que nos ocupa. En la ocasión citada decía CASTÁN que había que acudir a una obra francesa, el *Curso Elemental de Derecho Civil*, de COLIN Y CAPITANT, en cuya traducción española se pueden encontrar unas magistrales anotaciones de Demófilo DE BUEN¹⁹, para encontrar un tratamiento del tema. A ello podremos añadir nosotros todavía otros dos textos que generalizan el tratamiento del enriquecimiento sin causa: la traducción del Derecho de Obligaciones de Andreas VON THUR²⁰, que había realizado W. ROCES, y la muy conocida traducción del Derecho de Obligaciones de Ludwig ENNECERUS²¹.

Aparece en ese momento, 1934, la obra de R. NÚÑEZ LAGOS, a la que ya antes nos hemos referido, llamada a ejercer una gran influencia por el espaldarazo que le da su prologuista y patrocinador J. CASTÁN TOBEÑAS.

febrero 1982, 22 noviembre 1982, 29 marzo 1983, 16 junio 1983, 9 diciembre 1983, 14 febrero 1984, 20 marzo 1984, 17 septiembre 1984, 5 diciembre 1984, 18 diciembre 1984 y 21 diciembre 1984.

¹⁸ Publicado en «Rev. Jur. Cataluña», 32, enero-febrero 1926, pp. 10 y ss.

¹⁹ COLIN, Ambrosio, y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la 2.ª ed. francesa por la redacción de la «Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia» con notas sobre el Derecho Civil español por Demófilo DE BUEN. De esta obra hay una 4.ª edición española revisada y puesta al día por M. BATLLE, Madrid, 1960.

²⁰ A. VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, traducido del alemán y concordado por W. Rocés, Madrid, 1934.

²¹ *Derecho de Obligaciones*, § 220. La traducción española de esta obra es de 1932.

Después de NÚÑEZ LAGOS en la literatura jurídica de nuestro país ha tenido una gran relevancia y ha ejercido una notoria influencia el trabajo de R. ROCA SASTRE y J. PUIG BRUTAU²². Frente a la tesis de NÚÑEZ LAGOS, según la cual la causa del enriquecimiento es la causa final o finalidad buscada con la relación obligatoria y con la prestación, entienden los autores antes citados que la causa hay que buscarla en el pasado, en los «antecedentes de la transmisión». Es la «causa legitimadora», entendiéndose por tal la que justifica el desplazamiento patrimonial, justificación que hay que buscarla en sus antecedentes. La falta de causa significa «falta de antecedentes justificativos del desplazamiento patrimonial», esto es, falta de un precedente obligacional. No obstante este punto de partida, el desarrollo ulterior del trabajo refleja otras ideas. Ante todo, se explicita la idea de que la genuina acción de enriquecimiento sin causa presupone los negocios abstractos y es un medio de corrección de los desplazamientos patrimoniales fundados en un negocio abstracto cuando en las situaciones subyacentes faltaba una causa que justificara el negocio o las consecuencias a que el negocio conduce. Por ello, es imposible en nuestro Derecho Positivo un enriquecimiento injusto genuino y ello hace que en el Derecho español sólo pueda hablarse de lo que los autores citados llaman «enriquecimiento injusto en sentido económico», que se produce por aplicación del principio general de que «nadie puede enriquecerse a expensas o en detrimento de otro», de suerte que, en determinados supuestos de hecho, esta regla general provoca la acción de restitución por enriquecimiento injusto. Al lado de ese «enriquecimiento injusto, en sentido económico», existe el enriquecimiento sin causa en sentido propio o técnico, que se produce cuando existe un desplazamiento de valor, que provoca un incremento patrimonial en un determinado sujeto de derecho a costa del patrimonio de otro, que se realiza aparentemente de una manera conforme a Derecho, pero que en el fondo carece de causa o justificación que le sirva de base, por lo que se atribuye al perjudicado una acción de restitución (op. loc. cit., página 495). Y remachando la misma idea, los autores citados señalan que la causa que hay que tener en cuenta en esta

²² Publicado en el volumen de «Estudios de Derecho Privado», Madrid, pp. 486 y ss.

materia es el precedente causal o acto jurídico o relación obligacional. Ha de consistir en un estado de derecho preexistente que permite y justifica el desplazamiento —se dice— y así en la *condictio indebiti* la causa es la deuda entre el *solvens* y el *accipiens*.

Más adelante, J. PUIG BRUTAU ha mantenido en solitario una posición mucho más matizada y más influida por la doctrina anglosajona y por algún autor alemán²³. Distingue PUIG BRUTAU las obligaciones voluntarias o contractuales; las obligaciones propiamente legales, que son aquellas que el ordenamiento jurídico enlaza con las circunstancias de nuestra situación personal; las obligaciones semejantes a las contractuales, que son consecuencia del hecho de que nuestro beneficio corresponde al perjuicio de otros sin que haya razón que lo justifique; y las obligaciones dirigidas a resarcir los daños indebidamente causados.

Al tratar de definir o de precisar la tercera de las categorías antes citadas, preocupa al autor con toda razón no permanecer en el cielo de los principios generales que se mueven dentro de la más absoluta inconcreción y trata de crear una tipología o de dibujar una casuística. Lo que permite —a su juicio— la tipificación de la categoría estudiada en el conjunto de casos que la doctrina jurisprudencial ha estudiado bajo la rúbrica del cuasicontrato, que para el autor no es una categoría cerrada, porque considera admisible los cuasicontratos atípicos, pero que se mueve dentro de los que nuestro Código Civil reconoce con ese nombre. Recogiendo ideas de algún autor anglosajón, señala la conveniencia de configurar el Derecho del enriquecimiento como un Derecho de restitución, sustituyendo o reemplazando la expresión «cuasicontrato» por la de restitución. Sin embargo, después de haber parecido querer seguir este camino, recoge de Ernest VON CAMMERER²⁴ los siguientes grupos de pretensiones de restitución:

²³ Vid. «Fundamentos de Derecho Civil», tomo II, vol. 2.º, pp. 603 y ss.

²⁴ La referencia debe entenderse hecha al fundamental trabajo de CAMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, publicado primero en el «Festschrift de Ernst Rabel», Tübingen, 1954, y después en los «Gesammelte Schriften», Tübingen, 1968, I, pp. 209 y ss. Del mismo autor puede verse: «*Bereicherungsausgleich bei Verpfändungs fremden Sachen*», en los mismos Escritos, p. 279; «*Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb*», *ibid.*, p. 295, y «*Irrtümliche Zahlung fremder Schulden*,

ción, en los que parece que el Derecho de Enriquecimiento se puede mover.

a) La pretensión de que se restituya el contenido de una prestación que no tiene razón de subsistir (*Leistungskondition*). Su reconocimiento responde a la necesidad de proporcionar un correctivo a las perturbaciones que sufra el tráfico jurídico de bienes.

b) La pretensión de que se restituya el contenido de todo aprovechamiento indebido de bienes ajenos. En este sentido, brinda protección contra los casos de intromisión, usurpación o violación de un derecho subjetivo (*Eingriffserwerb*).

c) Las pretensiones encaminadas a lograr una justa distribución de cargas por medio de acciones de repetición subsiguientes a un pago de deuda ajena en todo o en parte (*Rückgriff*).

d) Los casos que se caracterizan por darse en ellos un cambio de derecho por disposición de la ley, como los casos de accesión. Esta categoría considera el mismo autor que no debe catalogarse entre los casos de enriquecimiento injusto.

e) Las pretensiones por razón de impensas o gastos hechos en propiedad ajena es un grupo que constituye, según expresa el mismo autor, la cruz del Derecho de Enriquecimiento Injusto.

f) Los casos en que el enriquecimiento se produce a consecuencia de una disposición gratuita en perjuicio de quien ostenta un derecho de crédito fundado en una causa onerosa.

g) La *Versionsanspruch* o acción procedente en el caso de que el beneficio económico de un contrato recaiga en quien no sea parte en el mismo (*actio de in rem verso*). Ya puntualizaremos este importante supuesto.

En el breve recorrido, que hemos tratado de hacer por las opiniones monográficas de la doctrina jurídica española,

en el «Festschrift de Hans Döle, Tübingen, 1963, y en los «Gesammelte Schriften», pp. 335 y ss.

hay que hacer referencia al trabajo reciente de José Antonio ALVAREZ CAPEROCHIPI²⁵. Este autor arranca de la a su juicio posible distinción entre el principio general que prohíbe enriquecerse torticeramente y una acción dirigida a corregir los desequilibrios que puedan producirse a consecuencia de los desplazamientos patrimoniales. Existe, en primer lugar, la idea del enriquecimiento injusto como principio general o como regla moral, pero existe también una concreta y precisa acción. Esta acción, se señala, aunque aparezca ligada con la doctrina de los cuasicontratos, tiene su origen y su fundamento en la reglamentación de la causa.

El examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁶ permite a ALVAREZ CAPEROCHIPI la tipificación de una serie de supuestos de enriquecimiento sin causa²⁷.

Estos supuestos son los siguientes:

1.º *Los pagos sin causa*. Se engloban dentro de esta categoría los pagos realizados sin deber, o pagos indebidos, respecto de los cuales se puede decir que se produce inexistencia de causa en la entrega de la prestación. El autor citado entiende que legalmente se encuentra contemplada esta hipótesis en el artículo 1.901 del Código Civil de suerte que el pago de lo indebido por error es sólo una subespecie.

2.º *El uso de una cosa ajena sin título*. Cuando se usa una cosa ajena, se obtiene un provecho que debe restituirse, con independencia de que el titular estuviere o no en condiciones de llevar a cabo por sí mismo el aprovechamiento de la cosa.

3.º *El consumo de la cosa ajena sin título*. Es una hipótesis que guarda notoria semejanza con la anterior y que se refiere al caso de la fungibilidad de las cosas ajenas.

4.º *El empleo sin título de una actividad profesional*. Quien emplea sin derecho, dice el autor, sin un previo contrato válido, la actividad profesional ajena, se enriquece injustamente porque se ahorra un gasto, que es el que hubiese tenido que desembolsar para obtener un empleado.

5.º *La incorporación de provechos a una cosa ajena*. Son supuestos de enriquecimiento injusto aquellos en que por una

²⁵ Vid. *El enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela, 1979.

²⁶ Op. cit., pp. 49-61.

²⁷ Op. cit., pp. 117 y ss.

circunstancia de hecho el ordenamiento jurídico reconoce validez a una atribución patrimonial cuando ésta no está basada en relaciones negociales o en principios de justicia. Los casos más significativos en esta materia son los de adquisición (edificación, etc.) y las mejoras introducidas en un fundo ajeno por el poseedor.

No es este, todavía, el momento de hacer una crítica de las posiciones expuestas. Basta, por ahora, la referencia, y con ella la recogida de unos materiales de muy distinto signo que van aflorando, sobre los que volveremos más adelante.

La alusión a la doctrina española no debe concluir sin mencionar algunos significativos puntos de vista de los autores de manuales y obras generales más recientes. HERNÁNDEZ GIL²⁸ expone su pensamiento sobre el tema del enriquecimiento sin causa diciendo que «impedir el enriquecimiento injusto constituye una de las finalidades generales del Derecho de obligaciones». Todas las normas —añade— tienden más o menos directamente a lograr una equilibrada distribución de derechos e intereses en las relaciones de interdependencia. Si el comprador y el vendedor se hallan recíprocamente obligados a entregar el precio y la cosa, si el mandatario ha de rendir al mandante cuentas de su gestión, si a consecuencia de la resolución del contrato procede la restitución de lo respectivamente entregado, si ha de repararse el daño causado, etcétera, todo ello, en último término, obedece a impedir las injustas situaciones que, de lo contrario, se producirían. Ahora bien, cuando se considera precisamente como una de las fuentes de las obligaciones el enriquecimiento injusto (o, más exactamente, la prohibición del mismo), no se alude a ese significado global y amplio del enriquecimiento que se considera y evita a través de las más variadas instituciones jurídicas, sino que se dota al enriquecimiento injusto de un significado autónomo como directo generador de obligaciones. Puede, por tanto, afirmarse que el total Derecho de obligaciones (incluso el Derecho Civil en su conjunto) aparece estructurado de tal modo que no tenga lugar un enriquecimiento injusto. Pero si, pese a esa general finalidad de las normas y de los medios instrumentales puestos a su servicio, es lo cierto que llega a producirse, entonces la prohibición

²⁸ Vid. Derecho de Obligaciones, Madrid, 1983, pp. 262 y ss.

del enriquecimiento injusto se convierte en norma concretamente sancionadora de que la situación de enriquecimiento, que no ha podido evitarse, tiene que corregirse. Este es el significado autónomo del enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones: se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece, y no siendo justo tal enriquecimiento y careciendo de justificación o de causa que lo legitime, surge una obligación dirigida a realizar la prestación que elimine el enriquecimiento. Deudor es el enriquecido; acreedor, el empobrecido. El enriquecimiento injusto funciona en una esfera objetiva análoga a la de la responsabilidad por riesgo. El nacimiento de la obligación no descansa en la comisión de un acto ilícito por el enriquecido; no se requiere la culpa del enriquecido. Se trata, sencillamente, de que el desplazamiento patrimonial en que se traduce carece de una fundamentación que lo legitime. A los efectos del enriquecimiento no cuenta tanto la intervención que en la producción del mismo haya tenido el que se enriquece, cuanto el hecho de que se haya producido a expensas de otro. Entre enriquecimiento y empobrecimiento tiene que mediar una relación de causalidad material; de hecho, el beneficio del incremento patrimonial que uno experimenta es consecuencia del perjuicio que otro sufre. Pero como esa causalidad material no se ajusta al deber ser jurídico, procede la corrección del resultado. El enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva en que ésta exige la comisión de un acto ilícito como antecedente inexcusable del deber de indemnizar, y el enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad objetiva y de la objetiva en que una y otra dan lugar a la imputabilidad y a la consiguiente indemnización ateniéndose tan sólo al daño experimentado por la víctima, al margen por completo de que haya proporcionado o no ventajas al responsable.

Manuel ALBALADEJO²⁹ coloca el «enriquecimiento injusto»³⁰ entre los cuasicontratos y las obligaciones nacidas de los actos ilícitos, y dice: «Conviene señalar que hay ciertos hechos que, aun no siendo ilícitos, pueden provocar el enri-

²⁹ Derecho Civil, tomo II, vol. 2, 5.ª ed., Madrid, 1980.

³⁰ Cfr. op. y loc. cit., p. 502.

quecimiento injusto de una persona a costa de otra». Entonces —añade— nace a cargo de la primera la obligación de, dentro de los límites en que se enriqueció, reparar el perjuicio ocasionado a la segunda. En este sentido se habla, dice ALBALADEJO, de que es «fuente de obligaciones» el enriquecimiento *injusto* o *sin causa*. Reconoce ALBALADEJO que no existe ninguna regla general sobre este punto, pero admite que sin duda es un principio de los que inspiran nuestro ordenamiento el de que el enriquecido injustamente a causa de otro queda obligado a resarcir. El carácter de «principio» se deduce de los numerosos preceptos en los que resulta aplicado, entre los que se citan los artículos 356, 360, 361, 383, además de los relativos a los cuasicontratos que, en opinión del autor citado, en general, exceptuadas alguna obligación de aquellas a que dan lugar como la de proseguir la acción iniciada, no son sino casos en que las obligaciones nacen por razón del enriquecimiento injusto. En opinión de Manuel ALBALADEJO el principio general del derecho lo han reconocido la jurisprudencia y la doctrina. Lo ha recogido la Compilación del Derecho Foral de Navarra (Ley 508.1) y se encuentra mencionado como «fuente de obligaciones» en la Exposición de Motivos del nuevo Título Preliminar del Código Civil de 1974. Aunque no como principio, la institución que nos ocupa se encuentra contemplada en el párrafo 3 del artículo 10.9 al aludir a la ley aplicable, donde se dice que «en el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produce la transferencia patrimonial en favor del enriquecido».

En el resumen que acabamos de hacer, de la opinión de nuestros más doctos civilistas queda clara la ambigüedad como nota dominante: *el enriquecimiento injusto o sin causa* —términos que para los autores en cuestión son indudablemente sinónimos— es fuente de obligaciones; esta «fuente» genera una obligación que es de reparación del perjuicio ocasionado; se reconoce como principio general del Derecho; se subraya la injusticia del enriquecimiento como fundamento y, por último, al establecer los requisitos se sigue la tradición germano-italiana: un incremento patrimonial de cualquier clase, la carencia de razón jurídica que la fundamente y el correlativo enriquecimiento de otra persona. Es la falta de razón jurídica que fundamente el empobrecimiento lo que se expresa diciendo que es injusto o sin causa.

En alguna medida singular es la posición de José Luis LACRUZ BERDEJO³¹ que sitúa en nuestro Derecho la regla prohibitiva del enriquecimiento sin causa en el artículo 1.901 del Código Civil. De este artículo, dice LACRUZ, se deduce que cualquier prestación hecha sin causa alguna que la justifique, es decir, absolutamente indebida, puede ser reclamada por quien la realizó, por cuanto lo prestado sólo puede conservarse por el *accipiens*, mediante liberalidad u otra justa causa. Hay base en tal precepto —continúa diciendo el autor citado— para construir una *condictio sine causa generalis*, una acción genérica de enriquecimiento de ámbito y eficacia distintos de la típica *condictio indebiti* y en la cual —contrariamente a ésta— ni el error es presupuesto de la acción, ni para enervarla se preocupa el artículo 1.901 del *indebitum*.

Esta concepción de la doctrina del enriquecimiento sin causa ofrece alguna dificultad: el centro de gravedad está en la idea de que se pueda reclamar la restitución de cualquier *prestación* (la cursiva es mía) hecha sin causa alguna que la justifique. Al arrancar de esta idea, se limita el enriquecimiento objeto de acción restitutoria al generado mediante prestación llevada a cabo en cumplimiento de una obligación lo que significa dejar fuera del campo del instituto que estudiamos los enriquecimientos que se puedan producir sin relación obligatoria entre los sujetos y sin prestación entre ellos, como ocurre con una de las zonas características de los llamados enriquecimientos injustificados, que se producen cuando el goce o la disposición de un derecho se realiza por quien no era titular de él. No se puede negar, como más adelante tendremos ocasión de precisar, la estrecha relación que existe entre la doctrina del enriquecimiento y la figura de la repetición de lo indebido. Sin embargo, es claro que el primero de los institutos no se puede reconducir al segundo.

La segunda de las dificultades que plantea la tesis sostenida por el profesor LACRUZ BERDEJO radica en la falta de explicación de la relación entre una típica *condictio indebiti*, a la que nuestro Código Civil dedica los artículos 1.895 y siguientes, requiriendo el error en el pago y el pago mediante dación, y una hipotética *condictio sine causa generalis* ubicada

³¹ Notas sobre el enriquecimiento sin causa, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1969, 470, p. 569.

al final del artículo 1.901, pues de existir tal *condictio sine causa generalis*, no se ve porque su regulación descansa en una *condictio indebiti* muy escasamente tipificada. El descubrimiento, finalmente, de la *condictio sine causa* en el artículo 1.901 choca con la interpretación hasta ahora sostenida de dicho artículo, que se limita a ofrecer al demandado en la *condictio indebiti* la posibilidad de enervarla justificando la existencia de un título gratuito no presumible o de otra causa justa.

A todo cuanto hasta aquí llevamos dicho, hay que añadir la contradicción que una configuración del enriquecimiento sin causa como reclamación de la prestación indebida representa con la idea que el propio LACRUZ sostiene del enriquecimiento como desplazamiento patrimonial o ventaja obtenida, pues para mantener la coherencia con el punto de partida habría que limitarla al enriquecimiento obtenido mediante prestación y no al obtenido por otras vías, aún admitiendo que la prestación puede ser de muy diferente signo.

No es lícito que termine estas páginas iniciales sin hacer una autocrítica. He dedicado al problema del enriquecimiento sin causa un buen número de páginas en mi libro «Fundamentos de Derecho Patrimonial, volumen I» y algunas más, con una cuota de responsabilidad del cincuenta por ciento, en el Sistema de Derecho Civil, escrito en colaboración con el profesor GULLÓN BALLESTROS. Debo confesar que tales páginas no constituyen una novedad, ni hay en ellas una verdadera aportación a la doctrina jurídica española. Se toma —y se acepta— por *communis opinio* la que procedente de R. NÚÑEZ LAGOS había consagrado la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En materia de la delimitación del concepto de causa del enriquecimiento se adopta, sin embargo, el concepto más estricto de la causa jurídica antecedente negocial o legal, como causa de justificación, que hemos visto que procede de la exposición de R. ROCA SASTRE y J. PUIG BRUTAU.

El resultado de este examen panorámico es una buena dosis de insatisfacción. La doctrina se mueve en una órbita dominada por un alto grado de abstracción y muchas veces no hace sino introducir peticiones de principio. La figura continúa siendo borrosa. No se conocen sus perfiles, ni su significado profundo. Algo aconseja intentar una revisión.

II

LAS CONSTRUCCIONES DOCTRINALES

1. La caracterización del enriquecimiento sin causa como un principio general del Derecho

Las dificultades de esta tesis.—La regla de la permanencia de los lucros en los patrimonios en que se producen. La conservación del status quo y la excepcionalidad de las restituciones.—La dificultad del reexamen y de las exigencias de justificación.—El enriquecimiento sin causa y el Derecho de origen legal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sin excepción y la doctrina de los autores de nuestro país de manera muy generalizada han considerado que la regla de la interdicción del enriquecimiento injusto constituye un principio general del Derecho español. Esta afirmación, nunca demostrada y nunca cuestionada, resulta no fácil de admitir cuando el tema se somete a alguna dosis de reflexión. Ante todo, convendrá observar ya desde ahora que en el esbozo inicial y en la entresaca de textos y de opiniones doctrinales que hemos hecho en el apartado anterior, afloran dos líneas de pensamiento (o dos figuras) que son diferentes, hasta el punto de poderse pensar que la utilización de la terminología no es neutral: unas veces se habla de enriquecimiento injusto y otras de enriquecimiento sin causa, sin que nada permita intuir que se trata de un intrascendente gusto por rótulos diferentes que connotan una misma realidad jurídica³².

La Asociación Henri Capitant dedicó al tema que ahora nos ocupa las Jornadas de Derecho Civil que tuvieron lugar en La Haya (Leyden) los días 11 y 12 de mayo de 1948. El ponente francés fue Paul ROUBIER, profesor de Derecho Civil a la sazón en la Universidad de Lyon, que apuntó la diferencia que podía existir entre la idea del enriquecimiento injusto (regla que veda el enriquecimiento injusto) y la idea del enriquecimiento sin causa (y de la regla que lo prohíbe). La idea del enriquecimiento injusto es para P. ROUBIER una fórmula de moral social o, si se quiere, de Derecho Natural, susceptible de figurar en el grupo de lo que llama los principios generales del Derecho, aunque debe hacerse constar que para ROUBIER los principios generales del Derecho

Con la primera de las líneas antes citadas se trata, como se ha dicho en ocasiones, de proscribir aquellos enriquecimientos que se consideran injustos o, si se prefiere, de impedir su producción. Se buscaría, de este modo, según una expresión feliz de G. RIPERT, la implantación de una regla moral en la vida jurídica civil; de llevar a cabo una valoración ética de los resultados de las operaciones jurídicas y de proceder en consecuencia³³.

Esta tesis es distinta de aquella otra a la que se puede llamar del «enriquecimiento sin causa» que, con mejor o peor fortuna, según las ocasiones, trata de dibujar una figura institucional de carácter concreto, perfilada por la hipótesis de concurrencia de unos requisitos y configurada por la producción de unos determinados efectos.

A la tesis del enriquecimiento injusto se la puede llamar de la moralización de la vida jurídica, mediante la rectificación de los resultados de las operaciones jurídicas que se consideran indeseables, en aras de la valoración ética de los mismos. Esta tesis encontrará las mayores simpatías entre los partidarios de una práctica jurídica sin matices, realizada por el cauce de alegaciones más o menos fáciles. Todo abogado, carente de otra ocurrencia, invocará casi seguro el enriquecimiento injusto, porque a partir de esta idea podrá defender

constituyen sobre todo reglas doctrinales. Aun cuando constituye una fórmula de moral social, el autor señala su carácter ambiguo. Una concepción de este tipo, dice, debe ser abandonada, porque es evidente que no puede existir un sistema de Derecho Positivo que está inspirado únicamente por un sentimiento de justicia, sino que debe satisfacer igualmente otros valores. Hay enriquecimientos injustos desde el punto de vista moral que son legítimos desde el punto de vista jurídico. Otra cosa es el enriquecimiento sin causa y la acción nacida de la falta de causa del enriquecimiento. Tomando como base dos sentencias de 12 de mayo de 1914 y 2 de marzo de 1915 de la Corte de Casación francesa, ROUBIER recuerda que la última jurisprudencia francesa había establecido que «la acción fundada sobre el principio de equidad que prohíbe enriquecerse a costa de otro debe ser admitida en todos aquellos casos en que el patrimonio de una persona se encuentra enriquecido sin causa legítima a costa del de otro y éste no dispone para obtener lo que se le debe de ninguna acción que nazca de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito. Ya no se trata de un enriquecimiento injusto, sino de un enriquecimiento ilegítimo, lo que significa que siempre que existe, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, una causa que legitime el enriquecimiento, no puede estar en cuestión la restitución. Vid. P. ROUBIER, *La position française en matière d'enrichissement sans cause*, Travaux, pp. 36 y ss.

³³ *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1931.

la justicia de su causa sin el corsé de normas y preceptos jurídicos concretos. La mirarán con simpatía también los partidarios de un Derecho judicial, que por la vía de cláusulas generales con un amplio margen de apertura, permite decisiones justas de casos concretos sin ofrecer una fundamentación jurídica perfilada. Hemos comprobado que nuestro Tribunal Supremo ha caído en ocasiones en esta trampa. Sin embargo, nosotros debemos mantenernos alejados de ella. El «enriquecimiento injusto» no se corresponde con la tradición jurídica y es un mecanismo de escasa utilidad. No se corresponde con la tradición jurídica del Derecho Castellano, donde lo que se veda es el enriquecimiento torticero con daño, sin que exista verdadera correspondencia entre lo injusto y lo torticero, pues lo primero es aquello que no se adecúa a los postulados de justicia, según la manera de entenderla que se tenga; mientras que lo segundo es aquello que produce un daño antijurídico (tuerto, tort).

La fórmula simplista del enriquecimiento injusto constituye, además, un mecanismo de escasa utilidad práctica, si se prescinde de la línea de un Derecho judicial, que no quiera estar vinculado a normas y precedentes, sistema éste que entre nosotros no es admisible, por impedirlo el principio de seguridad jurídica (art. 9 de la Constitución) y la vinculación de los jueces al Derecho que se deduce del artículo 120.3, que exige que las sentencias sean siempre motivadas.

El argumento central en contra de la tesis simplista del enriquecimiento injusto lo constituye la imposibilidad de llevar a cabo con ella ningún tipo de construcción. Lo demuestra la disolución del concepto de causa, cuando, según esta concepción, se utiliza el concepto «causa» procedente de otros órdenes. Cuando lo que se quiere es proscribir los enriquecimientos injustos, la palabra causa se convierte en *flatus vocis*. No significa absolutamente nada, como no sea la injusticia de que el enriquecimiento se haya producido.

Las dificultades en punto a delimitación del concepto de causa del enriquecimiento en la doctrina francesa son puestas de relieve por François GORB³⁴, quien subraya la gran incer-

³⁴ *Cfr. L'enrichissement aux dépens d'autrui - Source autonome et générale d'obligations en droit privé français*, París, 1949.

tidumbre reinante en la doctrina francesa sobre la definición de lo que hay que entender exactamente por «falta de causa» en la materia que ahora nos ocupa y señala que es justamente esta imprecisión lo que impide considerar como algo acabado la construcción técnica del enriquecimiento a costa de otro. Según GORE, los autores se alinean en dos posiciones diametralmente opuestas: unos consideran la causa como un concepto de Derecho estricto mientras que otros la contemplan como un concepto de equidad³⁵. Para el primer grupo el elemento causa cumple el papel de excluir la acción de restitución cuando el enriquecimiento se ha producido de conformidad con el Derecho positivo. La causa es el justo título que consiste en el derecho de conservar en el patrimonio el valor ingresado en él. Este derecho puede resultar de un convenio válido, aunque sea celebrado con un tercero, de una decisión judicial o pura y simplemente de una disposición legal particular. Esta teoría —la causa como un concepto de Derecho estricto— es admitida por los autores que consideran necesario que el enriquecido no pueda prevalecerse de un acto jurídico que le autorice a conservar el enriquecimiento³⁶ así como un buen número de autores que prefieren sustituir la idea de causa por la de «derecho de conservar el enriquecimiento». Sin embargo, hay otro grupo de autores para los cuales la idea de causa en esta materia no es un concepto jurídico estricto. Así, MAURY³⁷ dice que la noción de causa tiene su fundamento en la idea de justicia, se obtiene a partir de ella y su papel consiste en impedir el ejercicio de la acción cuando el desequilibrio creado entre los dos patrimonios no aparece como justo, de manera que cumple una función de equidad.

Comentando esta línea de pensamiento, señala GORE que una noción teñida de criterios morales no es susceptible de una automática definición, de manera que se trata simplemente de que el juez decida según el sentido general de la justicia. Se habla entonces no ya de «enriquecimiento sin causa», sino de «enriquecimiento injusto». Esta concepción ha sido desarrollada de un modo gráfico y contundente por

³⁵ GORE, cit., p. 87.

³⁶ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, 3.ª ed., París, 1908.

³⁷ MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en Droit civil français*, Toulouse, 1920, vol. 2.º, p. 352.

RIPERT en el libro antes citado, quien concluye que todas las construcciones jurídicas a las que el enriquecimiento sin causa ha dado lugar son prácticamente inútiles para explicar el ámbito y el alcance de la noción, porque se ha tratado de disimular el carácter moral de la regla. En la práctica, dice RIPERT³⁸ los tribunales se preguntan simplemente si la persona enriquecida tiene el deber de justicia de indemnizar a la persona empobrecida en la medida en que esta última se haya empobrecido. A la misma conclusión llega BONNECASSE³⁹, quien tras decir que no se hace nada en la teoría del enriquecimiento sin causa si no se establece de manera precisa lo que hay que entender por la expresión «sin causa», después de haber sustituido la terminología habitual por la fórmula nueva —falta de justificación en derecho de la pérdida o del desplazamiento en beneficio de un patrimonio— termina declarando que corresponde a los jueces, con base en su experiencia, determinar en cada caso si conviene o no utilizar la noción de enriquecimiento sin causa.

En contra de la tesis moralista, existe un argumento de fondo, que ha preocupado constantemente a toda la tradición jurídica que quería situar las cosas en ese terreno. Hay un cúmulo de enriquecimientos moralmente reprobables, injustos en este sentido, que, sin embargo, el Derecho no obliga a restituir. Por tanto, enriquecimientos cuya perpetuación el Derecho permite⁴⁰. Cuando se cobra un precio injusto o se

³⁸ RIPERT, *La règle*, cit., p. 266.

³⁹ *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit Civil de BAUDRY-LACANTINERIE*, vol. 3.º, París, 1929.

⁴⁰ Enriquecimientos de uno a costa de otro —dice ESSER, *Schuldrecht*, p. 29— suceden constantemente y por doquier. Pueden ser consecuencia de un acto dirigido a un fin, reducido al más simple denominador de un dar y un tomar. Uno puede haber dado a otro una suma de dinero, porque creía con razón o sin ella estar obligado. O alguien hace negocios explotando una patente ajena. El enriquecimiento puede ser reconducido a fenómenos que han tenido lugar sin quehacer de ninguna de las partes, del empobrecido y del enriquecido. El ejemplo más pintoresco de ello es el acarreo de tierras en las orillas de los ríos. Más actuales y más problemáticas son las consecuencias de los movimientos del mercado: lo que para uno es aumento de valor, para otro es enriquecimiento; el acreedor y el ahorrador ven una pérdida de valor en la inflación, pero el deudor disfruta de un aligeramiento del servicio de intereses y de la devolución del principal en su valor nominal. El sistema jurídico se ve colocado en todos estos casos ante el problema de decidir si aprueba el nuevo estado de cosas y, por tanto, considera que se ha recibido correctamente o si se debe ordenar la restitución. En los casos en que no se debe conservar el «enriqueci-

paga una retribución injusta, puede decirse que el que percibe ese precio o paga esa retribución se está enriqueciendo (y se está enriqueciendo injustamente) al obtener un beneficio en detrimento de otra parte contratante a la que debía haber pagado un precio mayor o haber obtenido una retribución mayor. Sin embargo, es claro que no existe ninguna vía de revisión de la justicia de los precios o de las retribuciones siempre que las condiciones de voluntariedad y libertad de los contratos hayan sido observadas. Ante la justicia española se ha alegado reiteradamente que se enriquece injustamente el que se beneficia de manera desmedida de una devaluación monetaria, porque paga sus deudas en una moneda devaluada o porque compra mercancías con un precio nominalmente fijado cuando la moneda no había experimentado la devaluación. Sin embargo, la jurisprudencia española ha sido absolutamente clara en todos estos casos diciendo que ese enriquecimiento tiene su fundamento en la aplicación de la ley contractual y que no es por ello injusto. A la discusión tradicional sobre la justicia de los enriquecimientos pertenecen también los reproches morales que se hacen a algunos enriquecimientos. El que se aprovecha a sabiendas de la falta de justificación de una prescripción extintiva y se ampara en ella para no pagar o se sirve de una usucapión, consumando la adquisición de bienes que no le pertenecían, puede decirse desde el punto de vista de una valoración ética o de una valoración que se mantenga en el plano de los postulados de justicia, que se enriquece injustamente. Sin embargo, es muy claro que tampoco en estos casos el Derecho va a poner en marcha mecanismo alguno. Los ejemplos podrá multiplicarlos fácilmente el que esto leyere.

Frente a pautas o doctrinas que ensalzan la pobreza (la pobreza evangélica, la pobreza monástica, la pobreza franciscana), hay un cultura de la riqueza y del enriquecimiento, que aparece con claridad en los comienzos del capitalismo que ha estudiado SOMBART⁴¹. Por eso, nuestro brocardo no constituye en modo alguno una interdicción del enriqueci-

miento», el Derecho de Enriquecimiento cumple la función de organizar pretensiones jurídicas de compensación. Ante todo, hay que preguntarse si existen tales casos. Dar respuesta a esta pregunta no es tarea genuina del Derecho de Enriquecimiento, que, en cierto modo, solamente debe proporcionar la regla de ejecución de unas valoraciones, que se realizan en otros lugares del sistema jurídico.

⁴¹ SOMBART, Werner, *Lujo y capitalismo*, Madrid, 1979.

miento. Lejos de ello, el enriquecimiento es un ideal vital y cultural. Se trataría, así, únicamente, de someterlo a un *fair play*. Por decirlo bruscamente, de no llevarlo a cabo de manera bárbara. La idea de enriquecimiento *injusto*, como dije antes, busca sólo una valoración ético-jurídica de los caminos a través de los cuales el enriquecimiento se produjo y de su resultado como tal enriquecimiento. Siguiendo esta línea, se cae en la casuística más heterogénea y en el arbitrio propio de un Derecho judicial hasta el punto de que hay casi que renunciar a cualquier intento de construcción. Entre las llamativas sentencias del Tribunal Supremo que pueden ser colocadas en esta órbita hay que recordar la de 23 de marzo de 1966 en la cual, como se recordará, el contratista de una obra pública, frente a un alza notable de los precios y del nivel de vida, gestionó insistentemente de la Administración una subida de las remuneraciones de lo contratado, hasta conseguirla. Posteriormente, los subcontratistas formularon ante el contratista una reclamación semejante y éste se opuso. La postura del contratista era seguramente reprochable, incluso vituperable. Se le pueden aplicar máximas morales de muy diferente cariz. Por ejemplo: debes ser medido con la misma vara que has medido a otros; no quieras para otros lo que no quieres para ti, etc. Resulta, sin embargo, desconcertante que la estimación de la demanda de subida de las remuneraciones de los subcontratistas se fundara en el enriquecimiento injusto o sin causa.

He criticado en las páginas anteriores una concepción de nuestra institución que quiera mantenerse en el terreno general de la justicia. Añádase a todo lo dicho que si se quiere seguir esa línea, resulta paradójicamente imposible situar la regla que estudiamos en el marco de los principios generales del Derecho, porque no significa otra cosa que decir vagamente que el Derecho debe realizar la justicia o impedir las injusticias o, cuando menos, algunas formas de injusticia. Situarnos en este terreno me parece que es establecer afirmaciones de una vaguedad y generalidad tan grande que, a poco que se piense, habrá que admitir que es mayor aún que la de los principios. Los asertos referidos pertenecen a la idea misma de Derecho. Y cuando se intenta llevar a cabo alguna concreción —y un principio es siempre algo vocado a la concreción— el problema se desvanece, porque no es posible, man-

teniéndose en la línea de generalidad, la concreción de lo que se entiende por justo y por injusto ⁴².

Las cosas presentan un cariz diverso cuando el problema se contempla desde el punto de vista llamado del enriquecimiento sin causa. Sin entrar por el momento en mayores precisiones, no hay dificultad en admitir que la regla de la interdicción del enriquecimiento sin causa impone a la persona que ha obtenido un valor económico, la obligación de restituirlo atendiendo al hecho de que la obtención de ese valor presentaba determinadas taras o anomalías. La cuestión estriba entonces en puntualizar cuáles de estas anomalías o taras determinan la obligación restitutoria.

De qué modo puede considerarse como un principio general del Derecho una obligación restitutoria es algo que no resulta fácil de averiguar. Al escribir mi libro «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», quise resolver esta cuestión introduciendo entre los principios de lo que llamaba el «orden público económico» al que denominé de «commutatividad del ordenamiento jurídico», que definí diciendo que el ordenamiento jurídico por lo general sólo permite los desplazamientos de bienes y valores de un patrimonio a otro cuando existe para ello una razón suficiente, favorablemente enjuiciada por el propio ordenamiento jurídico. Sin despegarme todavía de estas afirmaciones, quiero ahora someterlas a revisión. No me parece fácil hablar con rigor de un principio de *commutatividad* entendida como principio de equivalencia y tampoco como principio de intercambio. En el Derecho español no hay un genuino principio de equivalencia de las prestaciones, entendida la equivalencia en sentido objetivo. Se rechaza expresamente con alcance general la rescisión por lesión y sólo existe una regla interpretativa en el artículo 1.289 del Código Civil. Tampoco hay rigurosamente un principio de intercambio de bienes. El ordenamiento admite los traspasos gratuitos y la creación de obligaciones unilaterales. Si existe algún

⁴² El problema me parece importante. Si nos mantenemos en una pura idea de justicia, el choque con la casuística se produce del modo artesanal de lo que WEBER llamaba «justicia del cadi», mientras que la genuina idea de un «principio jurídico» debe abrir paso a un proceso de concreción o concretización entendiendo por tal la creación de subreglas con supuestos de hecho bien determinados. Estas subreglas, como concreciones, pueden recibir el nombre de «doctrinas». Sobre ello, véase mi trabajo *Los principios generales del Derecho en el pensamiento de Federico de Castro*, «Anuario de Derecho Civil», 1984.

principio en el orden económico no es rigurosamente de commutatividad. Y decir que los desplazamientos patrimoniales exigen una «fundada» razón enjuiciada como «suficiente» constituye una buena petición de principio, que se limita a establecer lo que se quiere aclarar.

La obligación de restituir los enriquecimientos injustificados o sin causa, por más que se la tilde como principio general del Derecho posee un marcado carácter de excepcionalidad: la excepcionalidad misma de todas las obligaciones restitutorias. Creo que la regla general es la permanencia de los lucros en los patrimonios en que se producen, a los que de algún modo llegan y en los que se encuentran. Ello es así en razón a que todo el ordenamiento jurídico presenta una inevitable línea de tendencia a la defensa y conservación del *status quo* y de la paz jurídica. En este sentido me parece que no se puede hablar con rigor de una causa o fundamento de conservación de los lucros o de los enriquecimientos. Sólo se puede demandar la alteración del *status quo* cuando existe para ello una prescripción jurídica ⁴³.

Desde un punto de vista semejante, creo que se puede hablar también de una imposibilidad de establecer como principio general del Derecho la necesidad de un reexamen o de una revisión de todos los lucros obtenidos, de todos los enriquecimientos recibidos. No es posible demandar de las personas la justificación de sus lucros, ganancias, enriquecimientos o resultados similares. Pues ello significaría tanto como pensar en un principio general del Derecho de revisión de fortunas. Si las cosas se miran así, la excepcionalidad restitutoria vuelve a aparecer clara. La revisión o el 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 revisión restitutoria sólo se produce por la petición del demandante y en la medida en que su interés sea atendible.

⁴³ Sobre la idea de la permanencia de los lucros en el patrimonio en el que se producen puede verse STINIZIG, *Findet Vorteilsanrechnung bei Schadenersatzpflicht?*, Leipzig, 1905, p. 85; THIELE, *Gedanken zur Vorteilsausgleichung*, «Arch. f. civil. Praxis», 1967, pp. 1995; KANTZLER, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch*, también en «Arch. f. civil. Praxis», 1956, 1957, pp. 49 y 51 y ss. Aunque en estos trabajos se estudia la llamada *compensatio lucri cum damno* en los casos de indemnización de daños y perjuicios, las reflexiones que se hacen son perfectamente aplicables en nuestro tema.

Volvamos al tema: cuando se habla de un principio general de interdicción del enriquecimiento sin causa, ¿de qué principio general se trata? Es claro que no se trata de interdicción de los enriquecimientos en general. El sistema jurídico y económico de nuestro orden cultural no sólo permite los enriquecimientos, sino que los alienta y los comparte como uno de los ideales vitales. No se trata de prohibir todos los enriquecimientos, sino sólo algunos muy concretos a los que pueda calificarse como enriquecimientos obtenidos sin causa jurídica suficiente.

El carácter de principio general del Derecho de la regla que estudiamos ha tratado de ser justificado por la generalización de algunas soluciones concretas que se obtienen de concretos preceptos legales⁴⁴. No me parece una buena vía. La puesta en práctica de una analogía *legis* de caso a caso no es nunca un buen expediente metodológico. Aunque el procedimiento se considerara admisible, produciría un principio jurídico, pero en modo alguno un principio general del Derecho. Si por principio jurídico entendemos la idea o ideas que sirven de base a una regulación legal y que pueden permitir el ensanchamiento del campo de aplicación de ésta, creo que es lícito hablar de un principio jurídico de interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa. No me parece, sin embargo, un principio general del Derecho entendido en el sentido que a esta expresión da el artículo 1.º de nuestro Código Civil. No me lo parece por la dosis de excepcionalidad que antes hemos encontrado; porque es difícil considerarlo como una regla que informe de nuestro ordenamiento jurídico y porque, como más adelante veremos, algunas de sus aplicaciones prácticas encajan mal en los moldes de nuestra legislación y de nuestros códigos.

Tampoco hay especial dificultad en admitirlo como principio si por tal se entiende en el sentido de la tópica o de la

⁴⁴ En Italia, bajo el imperio del Código Civil de 1865, muy semejante en este punto al nuestro, al no recoger legislativamente una regla general de interdicción del enriquecimiento injustificado, se cuestionó si era o no un principio general del Derecho. Lo resolvía en sentido afirmativo una buena parte de la doctrina (ver, p. ej., G. B. CASTONI, *El divieto di ingiusto arricchimento come principio generale del diritto*, «Riv. Dir. Com.», 1926, pp. 340 y s.) generalizando series de soluciones halladas en los preceptos del Código. Más crítico era, en cambio, Mario ROTONDI cfr. *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza e nella dottrina francese e italiana*, publicado en «Scritti giuridici», Padua, 1972.

nueva retórica un *locus* que permite planteamientos de tipo problemático⁴⁵. Asimismo puede ser la regla calificada como «doctrina», si entendemos por doctrina, como muchas veces se ha hecho, las elaboraciones de los tribunales o de los autores, que son derivación y consecuencia de los principios del Derecho, aunque no sean por sí mismos principios del Derecho, como ocurre con la máxima *venire contra factum proprio nulli conceditur* o con la llamada cláusula *rebus sic stantibus*.

Por si todo lo anterior no fuera suficiente, hay una última razón que se opone, en mi opinión, a la caracterización del enriquecimiento sin causa como un puro principio general del derecho en el Derecho español: que es posible en el Derecho español sostener que existe una institución legislativamente activa y jurisprudencialmente diseñada.

El apartado 9.º del artículo 10 de nuestro Código Civil, según la redacción que recibió en virtud de lo dispuesto en la Ley 3/1973, de 17 de marzo, y en el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, establece, dentro del sistema de Derecho Internacional Privado, a que todo el capítulo IV del Título Preliminar se dedica, las normas de conflicto en el caso de obligaciones no contractuales. Tales obligaciones se rigen por la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho del que tales obligaciones derivan. Esta regla presenta dos singulares excepciones: según la primera (art. 10.9, párr. 2.º), la gestión de negocios se rige por la ley del lugar donde el gestor ha realizado su principal actividad; de conformidad con la segunda (art. 10.9, párrafo 3.º), «en el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido».

Es este último un texto realmente extraordinario, pues establece una regla de conflicto en el Derecho Internacional Privado para una institución cuyos requisitos y contenido no se encuentran legalmente regulados en el Derecho español. Los autores de obras de Derecho Civil se han esforzado a lo largo de los años por convencernos de que existe un principio general del derecho, una doctrina de la jurisprudencia o cosa parecida, que veda el enriquecimiento injusto o sin causa,

⁴⁵ Sobre ello véase el conocido libro de Th. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. esp., Madrid, 1964.

y que obliga a restituirlo aunque nunca se nos haya acabado de explicar muy bien su naturaleza y su alcance. El Derecho Internacional Privado ha dejado la cuestión zanjada. Es lícito, sin embargo, sospechar que el párrafo 3.º del artículo 10.9 del Código Civil constituye en realidad una importación (con o sin pago de aduanas) de una regla semejante extraída de otros ordenamientos legales (probablemente el Código portugués de 1976), y es más que probable que en el ordenamiento jurídico de origen la figura de la cual nosotros predicamos una regla de conflicto, se encuentre legalmente regulada.

Dejemos por el momento aparcado el artículo 10.9 del Código Civil y prosigamos la búsqueda.

En la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobado por Ley 1/1973, dentro del Título VIII, del Libro III, que versa sobre las «obligaciones en general», entre un capítulo que trata de la rescisión por lesión y otro que trata de la cesión de las obligaciones, encontramos una disciplina del «enriquecimiento sin causa» en el que se contienen los siguientes textos:

1.º El que adquiere o retiene sin causa un lucro recibido de otra persona queda obligado a restituir.

Se entiende por adquisición 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 que posteriormente ha dejado de justificar la retención de lo adquirido. En estos casos, el adquirente está obligado a restituir su enriquecimiento.

2.º 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 pagó lo hizo sin error.

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

3.º 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.

4.º Asimismo es irrepetible lo que se da a causa de un convenio inmoral para el que pagó, aunque lo sea también para el que cobró ⁴⁶.

Hay todavía un último dato legislativo a tener en cuenta. El artículo 65 de la nueva Ley Cambiaria y del Cheque (Ley 19/1985, de 16 de julio) dice que cuando el tenedor de una letra de cambio hubiese perdido la acción cambiaria contra todos los obligados y no pudiera tampoco ejercitar las acciones causales contra ellos, podrá dirigirse contra el librado, el aceptante o un endosante, exigiéndoles el pago de la cantidad con la que se hubiese enriquecido injustamente en su perjuicio como consecuencia de la extinción de la obligación cambiaria por la omisión de los actos exigidos por la ley para la conservación de los derechos que derivan del título. El precepto añade que la acción de enriquecimiento a favor del tenedor prescribe a los tres años de haberse extinguido la acción cambiaria. La idea de un juego de acciones de enriquecimiento en el Derecho cambiario es antigua. La doctrina del Derecho Mercantil de nuestro país, a partir de GARRIGUES, lo ha admitido sin mayores dificultades y ahora no se hace otra cosa que consagrar aquella tendencia o aquella línea. No es muy seguro, en todo caso, el fundamento que las llamadas acciones de enriquecimiento podían tener en el Dere-

⁴⁶ Es digno de ser destacado el paralelo del Derecho Navarro, en este punto, con las elaboraciones de algunos de los más destacados pandectistas alemanes.

cho español antes de la Ley 19/1985. Se puede afirmar, con bastante probabilidad, que en España se recibieron por influjo de la doctrina extranjera, especialmente la alemana, seguramente sin parar mientes de que en los Derechos de origen existía un tratamiento específico y una disciplina concreta del enriquecimiento injustificado, cosa que en el Derecho español no se daba. Ahora es una pieza legal indiscutible e indiscutiblemente indicativa de que la acción de enriquecimiento injusto o de enriquecimiento sin causa pertenece al Derecho español de origen legal. La razón de ser de esta norma es la preservación del derecho de crédito del tenedor de la letra por consecuencia de la imposibilidad de ejercicio de las acciones cambiarias y de las acciones causales y el enriquecimiento que ello puede producir en alguno de los sujetos de la cadena cambiaria (aceptante, librador o endosante), que en otro caso se vería exonerado de la obligación de pagar.

Los datos legislativos que hemos recogido quieren decir, sin duda, que la figura o institución llamada del «enriquecimiento sin causa» existe en el Derecho español y que el concepto de «transferencia del valor patrimonial» se encuentra en él legislativamente acuñado. Ello significa asimismo —tiene que significar— que la figura o institución a que aludimos tiene en el Derecho español unos perfiles —o tiene que tenerlos—, que está sujeta a unos requisitos y que produce unos determinados efectos. ¿Cuáles son éstos? No es fácil averiguarlo, pero es cuestión con la que hay que enfrentarse. Es verdad que entre nosotros hubo desde siglos un brocardo o apotegma, que había cristalizado en las Leyes de Partidas (7, 34, 17) y que decía: «Ninguno non debe enriquecerse torticeramente con daño de otro». Es verdad igualmente que en las doctrinas de la jurisprudencia y en la práctica forense, tal brocardo, tópico o apotegma, aparece reiteradamente utilizado. No es fácil, sin embargo, encontrar en el Derecho español y en la doctrina española un dibujo de una institución, que pueda considerarse mínimamente esclarecedor. Puede además ponerse en tela de juicio la plena historicidad de nuestro instituto dentro del Derecho español y su enlace directo con la tradición de Partidas a que nos hemos referido ⁴⁷

⁴⁷ Op. y loc. cit., p. 241.

2. La consideración del enriquecimiento sin causa como una fuente de las obligaciones

La neutralidad de esta tesis desde el punto de vista de una explicación funcional del instituto.—Las dificultades ulteriores de la tesis en relación con la tipificación de las fuentes.—El enriquecimiento sin causa y el Derecho de contratos y de cuasicontratos.—El enriquecimiento sin causa y el Derecho de daños.

Una de las líneas de pensamiento que parece gozar de algún favor en algunos sectores de la doctrina moderna es la que trata de colocar la figura del enriquecimiento sin causa entre las fuentes de las obligaciones. Procede este punto de vista de la doctrina francesa, donde lo aceptaron PLANIOL ⁴⁸ y COLLIN Y CAPITANT ⁴⁹. Entre nosotros lo acoge expresamente J. CASTÁN TOBEÑAS ⁵⁰ quien, pensando en un futuro Código, decía literalmente que debería «regular el enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones». Se trata de un punto de vista que tiene una muy ilustre ascendencia.

Durante su prisión en el castillo de Levenstein, que duró desde junio de 1619 a marzo de 1621, Hugo VAN GROOT, llamado GROTIUS, escribió una «Introducción al Derecho Civil holandés», según parece no para publicarla, sino para iniciar a sus hijos en el estudio del Derecho ⁵¹. El libro presenta por ello un carácter marcadamente elemental. En III, 1, expone las obligaciones en general, su origen y sus clases. Dice allí (número 9) GROCIO que el Derecho Natural ofrece dos fuentes de obligaciones, que son el contrato y la desigualdad (*onevenheid*). Más adelante aclara (núm. 14-18) que no toda desigualdad puede tomarse en cuenta, porque los hombres no pueden ser igualmente ricos, sino sólo la desigualdad que aprovecha

⁴⁸ *Classification des sources des obligations*, en «Revue Critique de Legislation», 1904, p. 224.

⁴⁹ Curso, cit., vol. 3.º, pp. 559 y ss.

⁵⁰ En el prólogo al libro de NÚÑEZ LAGOS, cit., p. XIV.

⁵¹ El libro se denomina *Inleiding tot de hollandsche Rechtgeleerheid*. De esta obra hay una traducción inglesa con el título de *The jurisprudence of Holland*, realizada y anotada por Robert WARDEN LEE (2.ª ed., Oxford, 1953, y reimpresión fotostática de «Scientia Verlag Aalen, 1977). También GROTIUS, Hugo, *Institutiones juris hollandice (e belgico) in latinum sermonem translatae a Joanne Van der Linden, Haarlem, 1962*.

actualmente a otro o que le aprovecharía si algo fuera retenido y la que es causada por otro. La desigualdad que aprovecha o puede aprovechar a otro (sin que exista contrato) obliga a la persona beneficiada a compensar, sin tener en cuenta la vía por la que el beneficio se produjo y no sólo respecto de las cosas en especie, sino también de las genéricas. V. gr. si uno se alimenta con alimentos de otro está obligado a pagar una compensación y restablecer la igualdad. La desigualdad causada por otro —añade GROCIO— tiene lugar o por voluntad de la persona afectada o contra voluntad. La desigualdad se produce con la voluntad de la persona afectada cuando uno ha dado o ha hecho algo a otro o para otro para su satisfacción, sin querer hacer o dar algo gratuitamente. En tal caso, aunque el *accipiens* no se beneficie de modo actual, como ocurre, p. ej., si la cosa entregada se pierde después, está obligado a pagar la compensación. La desigualdad se produce contra la voluntad del afectado cuando una persona sufre una pérdida contra su voluntad por un acto de maldad de otro. De ello deriva el deber de pagar una compensación aunque no haya existido provecho ninguno. Algunas de estas causas —dice GROCIO— pueden coincidir: así, el ladrón debe compensar por el provecho que obtiene de la cosa robada y por la desigualdad que causa⁵².

Tras el examen de los contratos en particular, GROCIO examina la obligación derivada de enriquecimiento (*baet-trecking: enrichment*, en la traducción inglesa)⁵³.

La obligación de enriquecimiento surge cuando alguno sin título legal para ello deriva o puede derivar una ventaja de la propiedad de otra persona⁵⁴. «Sin título legal» significa sin una antecedente donación u otro contrato. Esta obligación, añade GROCIO, procede inmediatamente del Derecho Natural,

⁵² Op. cit., p. 293.

⁵³ Op. cit., p. 449.

⁵⁴ Según FEENSTRA, *Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmenschichtlicher Sicht*, Ankara, 1973, hay alguna referencia al enriquecimiento injustificado por indebida utilización de bienes ajenos, en la correspondencia epistolar de Hugo GROCIO con su hermano Guillermo. La correspondencia de H. GROCIO está publicada en la obra *Briefwisseling van Hugo Grotius*, Gravenhagen, 1961. Existe también, al parecer, una versión latina de 1687 (*Hugonis Grotii Epistolae quotquot reperirint potuerunt*), sobre la que no dispongo de más detalles.

porque después de la división de la propiedad entre los hombres, la equidad no permite que un hombre se enriquezca a expensas de otro. Y como esta obligación no se crea por un acto voluntario, no le es aplicable la distinción que usualmente se establece respecto de la transmisibilidad de las obligaciones. Aunque las obligaciones procedentes de los actos ilícitos no vinculan a los herederos del autor del ilícito, éstos están obligados a restituir el beneficio resultante del enriquecimiento indebido (*in quantum locupletiores sunt*). De acuerdo con ello los menores y otras personas que no están ligadas por contrato, los incapaces y los lunáticos, que no están obligados por el delito como tal, están, sin embargo, obligados a llevar a cabo la compensación en la medida en que se hayan enriquecido o en que se enriquecerían si la restitución no se hiciera; aunque en lo que respecta a los menores el enriquecimiento ha de entenderse de forma menos estricta que en otros casos, de manera que no tiene lugar si el menor pierde lo que recibió o lo gastó de una forma inusual. El caso es diferente, si el menor lo gastó por necesidad.

Del principio general surgen cuatro tipos de derechos de restitución, que se van articulando sucesivamente: el pago sin obligación (*condictio indebiti*); la promesa hecha sin causa razonable, esto es, sin donación u otro contrato (*condictio promissi sine causa*); la recuperación de lo que ha sido dado sin causa jurídica, como por ejemplo si se ha dado algo en atención a un matrimonio y el matrimonio no se celebra (*condictio sine causa dati*); y, finalmente, la recuperación de lo que se ha dado con un propósito ilegal o deshonesto (*ex turpe causa*).

¿Qué decir de esta perspectiva del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones? Puede pensarse de inmediato que es decir muy poca cosa. Si se trata de aludir a su efecto (la creación de una obligación restitutoria), se trata de una verdad indiscutible. Ocurre, sin embargo, que definir una institución o una figura jurídica como fuente de obligaciones es quedarse en la superficie de las cosas. No tendría, v. gr. ningún sentido definir el contrato limitándonos a decir que es una fuente de obligaciones. Lo mismo ocurriría y de forma notoria con el llamado Derecho de daños. Por consiguiente, se trata de una explicación insuficiente. Reconocien-

do que existe una fuente de obligaciones, es menester seguir profundizando en su naturaleza y en su sentido funcional.

Por otra parte, cuando la idea de enriquecimiento sin causa se inserta en las enumeraciones conocidas de las fuentes de obligaciones, no deja de producirse alguna distorsión, de la que convendrá dejar constancia. Para unos se trata únicamente de un supuesto relevante de las obligaciones de origen legal, punto de vista al que poco habrá que objetar que no se haya dicho ya en las líneas anteriores. Para otros, en cambio, se trata de una figura que entra en estrecha relación con algunas otras de las tradicionales fuentes y este es tema del que —en la medida en que contribuya a esclarecer nuestra figura— convendrá ocuparse.

La primera pregunta es —inevitablemente— la relación del Derecho de Enriquecimiento con el Derecho de Contratos, pregunta que no es fácil de responder. En términos generales puede decirse que en el Derecho de contratos, las valoraciones de justicia y de injusticia de los resultados contractuales quedan subordinadas al postulado de justicia de que el precepto al que las partes se someten, sea obra de su iniciativa y de su autonomía. Lo justo, lo exigido por la dignidad personal, es un mundo de contratos libres. Por consiguiente, los enriquecimientos conseguidos a través de los contratos libres no son nunca injustos. Corroborar esta idea el hecho de que, por lo menos a partir de la entrada en vigor de las codificaciones del siglo XIX, el Derecho civil abandonara la vieja idea escolástica de los precios justos, si prescindimos de algunos residuos como la rescisión por lesión *ultra dimidium* en los ordenamientos que la acogen. No hay más precio justo que el precio libremente estipulado por las partes. La injusticia puede estar entonces en el modo de producirse la vinculación contractual, porque no haya sido, v. gr., libre. Si el contrato se produce con vicio del consentimiento, es nulo y hay que hacer ineficaces las prestaciones contractuales ejecutadas. Se puede decir que el contratante de un contrato injustamente celebrado, se enriquece injustamente, pero ello no pasa de ser una forma de valorar socialmente el comportamiento. Desde el punto de vista jurídico, no hay más vía que la de la ineficacia del contrato.

La idea del enriquecimiento aparece en relación con los contratos precisamente cuando se decreta la ineficacia y surge la obligación de restituir. En ocasiones, como ocurre con los contratos de los menores e incapacitados (cfr. art. 1304), la regla de la total restitución experimenta una reducción. En la nulidad procedente de incapacidad, el incapaz sólo está obligado a restituir en la medida de su enriquecimiento y lo mismo puede decirse en los demás casos de ineficacia contractual.

Si llegamos a la conclusión de que en el Derecho de contratos no juega una regla de justicia de los enriquecimientos, sino de justicia (libertad) de las estipulaciones contractuales, la regla que veda el enriquecimiento injusto queda relegada a las relaciones jurídicas de naturaleza no contractual. Efectivamente, en algún sector de la doctrina el campo de aplicación del enriquecimiento sin causa se encuentra muy próximo a los llamados cuasicontratos o se integra con ellos, al lado del resarcimiento de daños por actos culposos o por actos ilícitos. Este tema no puede ser aquí estudiado con el necesario detenimiento. Mas desde ahora puede señalarse que también por esa vía resulta muy difícil la construcción de una regla coherente que pueda elevarse al rango del principio general del Derecho.

La relación entre enriquecimiento injusto y doctrina de los cuasicontratos ha sido señalada por algunos autores. Últimamente, la ha subrayado ALVAREZ CAPEROCHIPÍ⁵⁵, que atribuye el comienzo de esta conexión, entre nosotros, a NAVARRO AMANDI, cuyas ideas fueron acogidas por SÁNCHEZ ROMÁN, aunque probablemente la relación es más antigua. También CASTÁN, en el antes citado prólogo de 1935, decía que el futuro Código español debería «regular el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, en sustitución de la oscura noción del cuasicontrato y sin perjuicio de desenvolver la materia del pago de lo indebido como caso especial del enriquecimiento»⁵⁶.

⁵⁵ Op. cit., pp. 22 y 23, Sobre la relación de «enriquecimiento injusto y cuasicontratos en los autores anglosajones», muy clara también, vid. *infra*, p. 67.

⁵⁶ Loc. cit., p. XIV.

La relación es indiscutible. Si, según hemos dicho, en los contratos concertados válida y eficazmente, no se puede hablar con puridad en sentido genuinamente jurídico de un enriquecimiento injusto, el entronque con las fuentes de las obligaciones hay que hacerlo en las obligaciones de carácter no contractual, entre las cuales la figura más destacada (aunque la más desdibujada también) es la de los cuasicontratos.

La relación de la doctrina del enriquecimiento injusto y de la doctrina de los cuasicontratos puede buscarse por vías diferentes. Ante todo, se puede querer decir que la idea del enriquecimiento injusto es el fundamento de las obligaciones que los cuasicontratos hacen nacer. Esta es una idea que por sí sola no me resulta difícil de admitir. Si se otorga una acción al gestor contra el *dominus negotii* es porque, de otra manera, el *dominus negotii* se enriquece injustamente al no resarcir el gestor. Más fácil es encontrar el fundamento del llamado cuasicontrato de pago de lo indebido en el enriquecimiento sin causa, porque si no hubiera obligación de restituir lo que se recibió en pago sin deuda, el enriquecimiento sin causa es manifiesto. No obstante existen puntos oscuros. Si la obligación del *dominus negotii* frente al gestor está justificada por el enriquecimiento injusto, ¿por qué no se da acción cuando ha faltado el llamado *animus alieni negotii gerendi*?, ¿por qué no se da la acción en los casos de gestión expresamente prohibida o contraria a la voluntad del *dominus*? Algunos lo entienden así, pero entonces estamos atribuyendo a nuestra regla una función distinta de la de explicar los cuasicontratos. Ya no se trata sólo de encontrar un fundamento a los cuasicontratos, sino de llevar a cabo, como ha dicho ALVAREZ CAPEROCHIPI, una ampliación de la categoría de los cuasicontratos, que tal como llega hasta nosotros presenta unos marcados caracteres de excepcionalidad. Alguna sentencia del Tribunal Supremo⁵⁷ alude a la idea de cuasicontratos innominados. Un conocido trabajo de G. ORTEGA PARDO pretendió dar carta de naturaleza a los cuasicontratos atípicos⁵⁸. Sin embargo, el planteamiento me parece equivocado. Las ideas de tipicidad y atipicidad se encuentran en función de la autonomía privada y pertenecen por ello al Derecho de Contratos. Hay contratos atípicos, porque

⁵⁷ Vid., p. ej., la de 21 de junio de 1945.

⁵⁸ «Anuario de Derecho Civil», 1948, p. 493.

hay autonomía privada en materia de contratos para crear los que se quiera. No puede haber, por eso, cuasicontratos atípicos. Se podrá, si acaso, aplicar en forma extensiva o en forma analógica las reglas legales. GULLÓN BALLESTEROS dice que al hablar de los cuasicontratos atípicos lo único que se quiere expresar es que hay casos en los que, aún no dándose los requisitos legales del supuesto de hecho, se produce un enriquecimiento que debe ser reparado. Mas si de lo que se trata es de preconizar una interpretación extensiva o analógica, habrá que empezar por establecer si la regla es o no excepcional, con lo cual no hemos resuelto nada. Una última manera de contemplar la relación cuasicontratos *versus* enriquecimiento sin causa, es la que pareció sostener CASTÁN: una regulación bien hecha de la figura del enriquecimiento sin causa nos ahorraría la figura de los cuasicontratos. Los cuasicontratos quedarían englobados, subsumidos en el enriquecimiento sin causa. Esto puede ser verdad, respecto del pago de lo indebido: No lo es tanto en materia de gestión de negocios. Y, aún, no será impertinente señalar que la substitución del Derecho de Cuasicontratos del Código Civil por un Derecho de Enriquecimiento de construcción doctrinal es una tan profunda modificación del Derecho legal, que sólo por ley puede hacerse.

Hay, por último, que decir alguna cosa sobre la relación entre la doctrina del enriquecimiento sin causa y el Derecho de Daños; en la doctrina y en la jurisprudencia española es frecuente insistir en la total independencia de una y otra de las categorías que estudiamos. Algunas palabras de R. NÚÑEZ LAGOS⁵⁹ fueron recogidas por CASTÁN y consagradas luego en máximas jurisprudenciales. La pretensión de daños, se dice, necesita fijar la relación de causa-efecto entre el agente provocador y el daño; la pretensión de enriquecimiento fija dicha correlación entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido. En la responsabilidad por daños la reparación se extiende a la totalidad del daño o totalidad del interés, mientras que en la pretensión del enriquecimiento la restitución tiene su objeto y su medida en la cuantía del enriquecimiento. El daño, dice NÚÑEZ LAGOS —después CASTÁN y después la jurisprudencia del Tribunal Supremo—, puede constituir a la vez *damnum emergens* (daño positivo) y *lucrum*

⁵⁹ Op. cit., p. 8.

cessans (lucro frustrado). El enriquecimiento puede producirse por un aumento del patrimonio *lucrum emergens* o por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*)⁶⁰. A este brillante juego de palabras se añaden otras dos notas, la pretensión de daños nace siempre de un hecho ilícito (el delito civil), mientras que la pretensión de enriquecimiento nace normalmente de un hecho jurídico lícito. Aún más; el concepto de culpa (o el de riesgo en la responsabilidad objetiva) es el eje central de la pretensión de daños. La noción «sin causa» es lo que define la pretensión de enriquecimiento. El cúmulo de diferencias es tal y todas ellas tan contundentes que se llega a dudar de la necesidad de plantear la distinción porque lo que es completamente distinto no tiene por qué distinguirse.

Sin embargo, esa nitidez resulta contradicha por algunos datos que no carecen de significación. Todo arranca, se nos dice, de que PLANIOL en 1904 pretendió fusionar el enriquecimiento dentro del resarcimiento de los daños. Y esa misma línea, que en su momento sostuvo PLANIOL, ha sido mantenida después por otros notables autores.

En nuestra jurisprudencia del siglo pasado se había dicho que la regla que nosotros estudiamos no se aplica a los que usan de su derecho, puesto que éstos no se enriquecen torticeramente, ni causan daño. Esta máxima recuerda de forma muy notable el conocido aforismo *qui suo iure utitur neminem laedit*, que excluye el carácter lesivo, la antijuricidad y la responsabilidad cuando alguien actúa en el ejercicio de su derecho. No se puede negar que, cuando menos originariamente, la interdicción del enriquecimiento torticero se encuentra próxima a la regla que obliga a indemnizar los daños causados culposamente, aunque nadie pretenda que la confusión pueda producirse. Por más vueltas que al tema se dé, en la hipótesis del enriquecimiento injusto hay un daño y una manera de leer ese daño. Hay un daño. El hecho de colocar en primer lugar el «enriquecimiento» de uno no puede hacer olvidar que la máxima sólo funciona cuando hay «empobrecimiento», «detrimento», «jactura». Y que la regla es siempre determinante de una pretensión dirigida a obtener un valor económico.

⁶⁰ La idea la había desarrollado Von THUR (cfr. *Tratado de las Obligaciones*, cit., p. 300).

La proximidad entre la interdicción del enriquecimiento torticero y el resarcimiento de los daños culposamente ocasionados la demuestra el comentario de Jacobo CUYACIO⁶¹, al analizar el texto de Digesto 50, 17, 206. Dice CUYACIO que los herederos están obligados por el delito de los difuntos. La responsabilidad del difunto es *ex delicto*, pero si las cosas hurtadas o robadas se encuentran en el patrimonio hereditario, los herederos, que no responden *ex delicto*, responden en la medida de su enriquecimiento⁶².

Otro punto en el que la proximidad parece notoria es aquel en el que la responsabilidad por daños resulta extinguida por haber actuado el agente en virtud de la causa de justificación consistente en el estado de necesidad. En este caso, según una regla que se encuentra en nuestro Código Penal, de acuerdo con una larga tradición, el daño ocasionado por el supuesto típico, pero no antijurídico, se resarce. Sin embargo, no lo resarce el causante sino el beneficiario del sacrificio que se ha impuesto a la víctima. Y no se resarce en la medida del daño, sino en la del enriquecimiento.

En la doctrina del Derecho Administrativo existe una línea de pensamiento de acuerdo con la cual el enriquecimiento sin causa en favor de la Administración es una de las modalidades de imputación de la responsabilidad por daños. En ese sentido, hay que destacar que, frente a la doctrina del Derecho Civil, los autores de Derecho Administrativo consideran como presupuesto de la responsabilidad por daños, la existencia del daño, la relación de causalidad y un título de imputación del daño a la Administración, que puede ser: a) la organización administrativa; b) el funcionamiento normal de los servicios públicos; c) el riesgo creado por la Administración, y d) el enriquecimiento. En este sentido, dicen E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ⁶³ que el enri-

⁶¹ Ver «Opera», vol. VI, Prati, 1838.

⁶² Las indicaciones que se hacen en la obra de CUYACIO son las siguientes:

a) *Hac ratione heredes ex delicto defunctorum tenentur et praedicta si utiles et necessarias impensas fecerit earum ratio habetur officio iudicis vel exceptione doli vel conditione incerti. Haec enim est omnium conditionum causa* (op. y loc. cit., p. 2145).

b) *Inde est ut possessori haereditatis etiam mala fidei possessori restituantur necessariae impensae sed et utiles si extat res melior* (op. y loc. cit., p. 2213).

⁶³ *Curso de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1982, vol. 2.º, pp. 352 y 353.

quecimiento sin causa a favor de la Administración es una última modalidad de imputación, que permite la fórmula consagrada por los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, dada la generalidad de sus términos. Su justificación, abstracción hecha de cualesquiera otros factores, radica en la localización de un beneficio en el patrimonio del sujeto imputado (la Administración), incluso bajo la forma negativa de la eliminación de un perjuicio (*damnum cessans*), a consecuencia del hecho mismo del daño acaecido a la víctima. Algunos de los supuestos más notorios cuentan con una regulación específica en nuestro ordenamiento; al margen del tema de las requisas que HAURIOU incluía bajo esta rúbrica, hay que citar el de la devolución de ingresos indebidos —artículo 371.2 de la Ley de Régimen Local—, etcétera, pero no es difícil imaginar otros (ejercicio por las Corporaciones locales de acciones reivindicatorias sobre bienes de dominio público marítimo en lugar de la propia Administración del Estado —disposición transitoria segunda de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969—, gestiones realizadas por colaboradores espontáneos de la Administración en casos de necesidad, etc.) en los que debe aplicarse idéntico tratamiento a partir de un principio general análogo al del Derecho Civil que obliga a la restitución del enriquecimiento torticero, principio que tiene plena cabida en la fórmula del artículo 121 Ley de Expropiación Forzosa. Así lo viene aceptando la jurisprudencia más reciente en múltiples casos; véase, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de enero de 1980, a propósito del daño producido a un contratista por la devaluación monetaria de 1977, daño cuya reparación declara procedente al apreciar «un enriquecimiento injusto para la Administración, que ha percibido unos productos extranjeros a precio notablemente inferior al que regía en el mercado cuando el suministro tuvo lugar, a precio, por tanto, no justo»; en términos semejantes, las sentencias de 11 de mayo y 5 de junio de 1976, y de 6 de junio de 1977, etcétera, en relación a servicios u obras realizadas sin contrato o en virtud de contrato no formalizado o inválido («cualquiera que sean los defectos que puedan acusarse por falta de formalización del convenio —dice la primera de ellas—, debe procederse al pago, pues el enriquecimiento sin causa, a

costa del otro, no está admitido en nuestro ordenamiento jurídico»).

Habrà que confesar, por todo ello, que la relación del Derecho de Enriquecimiento con el Derecho de daños ha de matizarse. El Derecho de daños trata de resolver el problema del resarcimiento debido por quien (por acción u omisión interviniendo culpa o negligencia) causa daño a otro. Se trata de resolver el problema de la imputación del daño y, por decirlo de modo gráfico, resolver socialmente el problema de la distribución de los riesgos y de los infortunios. Acaecido un infortunio, quien debe soportar sus consecuencias es la pregunta central del Derecho de daños. En el genuino fenómeno del Derecho de daños hay daño y no hay necesariamente enriquecimiento de otro. Si por culpa o negligencia de una persona se incendia un edificio de otro nos encontraremos en presencia de un puro problema de Derecho de daños donde en línea de principio no hay enriquecimiento ninguno. A la inversa podemos encontrar fenómenos de enriquecimiento injustificado en las que no puede hablarse rigurosamente de daño, entendido en sentido técnico. En la hipótesis de pago de algo que no se debe, el *accipiens* se enriquece sin causa, pero en sentido propio, el empobrecimiento del *solvens* no debe llamarse daño.

Hay, sin embargo, casos en que el cruce surge. Se trata fundamentalmente de los casos de invasión o de intromisión en el ejercicio de un derecho que es ajeno. En estos casos se dan los presupuestos del Derecho de daños y se dan también los del Derecho de Enriquecimiento. Por ejemplo: el titular de una concesión minera excava y extrae mineral de terrenos pertenecientes a un concesionario limítrofe con él; se utiliza indebidamente y sin autorización un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial. Son éstos casos que pueden ser tratados en uno y en otro campo. El Derecho de Enriquecimiento funciona además aunque el daño en sentido estricto no se haya producido. Piénsese en el ejemplo de CAEMBRER⁶⁴: un importante medio de difusión (v. gr. una estación de radio o de televisión) utiliza la propiedad intelectual del autor de un libro escasamente conocido, sin licencia de él y sin pagarle ningún tipo de retribución, pero la curiosidad desper-

⁶⁴ En *Bereicherung und unerlaubte Handlung, Gesammelte Schriften*, cit., pp. 228 y ss.

tada produce un notable incremento de las ventas y enriquece al autor. El problema debe quedar por ahora abierto y entre paréntesis.

3. La tesis del enriquecimiento sin causa: el control causal-funcional de los desplazamientos del valor y la teoría de la causa

Los orígenes de esta tesis y sus insuficiencias.—Las dificultades del concepto de causa y su aplicación en materia de atribuciones patrimoniales.—El concepto de causa y la figura de los negocios abstractos.—Los inconvenientes de la importación sin depuración de las soluciones extranjeras.

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»⁶⁵. Esta línea tiene algún importante antecedente⁶⁶. No es aventurado identificar en el tránsito de la idea del «enriquecimiento injusto» a la del «enriquecimiento sin causa» una influencia de la legislación y de la literatura alemanas. Aunque el Código Civil alemán no hable de «enriquecimiento sin causa», sino de «enriquecimiento injustificado» (*ungerechtfertigte Bereicherung*), 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 (*ohne rechtliche Grund*) está obligado a la restitución. Que la huella de las concepciones alemanas está presente en la creación del

⁶⁵ Se habla, decía con extrañeza ROTONDI, op. y loc. cit., p. 101, de enriquecimiento sin causa, injustificado, injusto o incluso ilícito, como si todos estos términos pudieran considerarse sinónimos. Y ROUBIER, en la ya citada disertación de apertura de la reunión de la Asociación H. Capitant de 1947, cfr. *Travaux de l'Association*, destacó el giro conceptual en el paso de una concepción de enriquecimiento injusto a una concepción del enriquecimiento sin causa. Vid. *supra*, p. 37.

⁶⁶ Se pueden citar MONNERVILLE, *Labée et la théorie de l'enrichissement sans cause*, thèse, Toulouse, 1921; RIPERT y TEISSEIRE, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, en «Revue trimestrielle de droit civil», 1904, pp. 727 y ss.) y ROUAST, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, en «Revue trimestrielle de droit civil», 1922, pp. 35 y ss.

concepto del «enrichissement sans cause» lo demuestra el libro que en el año 1925 escribe Demetrio D. GEROTA⁶⁷. Tras llevar a cabo un somero examen de los antecedentes históricos del problema y hacer alguna alusión al Derecho comparado, dedica el autor la exposición a estudiar la doctrina del enriquecimiento sin causa tal como se entendía en la literatura de aquella época, que derivaba del Código Civil alemán. El libro, prologado significativamente por René DEMOGUE, arranca de la idea expuesta según el autor por GIERKE de la necesidad de asegurar la estabilidad de los patrimonios de acuerdo con un principio que —según él— se formula así: «Siempre que se rompe el equilibrio entre dos patrimonios mediante una transmisión de valores válida formalmente, pero contraria al espíritu de la justicia social, se impone la restitución.» En esta idea se funda para GEROTA el sistema alemán de los parágrafos 812 y siguientes del Código Civil. De la lectura del parágrafo 812 se desprenden, dice GEROTA, tres condiciones para que se ponga en marcha el mecanismo restitutorio: una adquisición, es decir, un enriquecimiento del demandado; que éste haya sido hecho a expensas del demandante y, por tanto, un empobrecimiento del actor, y que estos dos fenómenos se produzcan sin causa jurídica.

La tesis del «enriquecimiento sin causa» se generaliza en el ámbito cultural en el que nos estamos moviendo, después de la fecha indicada. En nuestro país influye decisivamente la obra de R. NÚÑEZ LAGOS, y por el influjo que esta obra ejerce, en toda la literatura posterior. En Italia, aunque la expresión fuera ajena a los usos doctrinales, termina siendo utilizada en el Código Civil de 1942 en los artículos 2.041 y 2.042. Finalmente, lo recibe en 1967 el Código Civil de Portugal.

El problema central de esta concepción que habla de «enriquecimiento sin causa» es la noción misma de «causa», que cuando se utiliza en el Derecho de Enriquecimiento traduce, como antes hemos dicho, la expresión alemana *Grund* del parágrafo 812 BGB. STAMMLER lo había subrayado ya a principios de siglo⁶⁸; toda la dificultad consiste en la cuestión de saber

⁶⁷ *La Théorie de l'Enrichissement sans cause dans le Code civil allemand (Ungerechtfertigte Bereicherung), Etude de Droit Compare*, París, 1925.

⁶⁸ STAMMLER, *Zur Lehre von der Ungerechtfertigte Bereicherung* en los *Festgabe der juristischen Fakultät Halle-Wittenberg für Hermann Fitting*, 1903. La cita es de Gerota.

lo que el legislador ha querido decir con esta pequeña palabra de causa (*zurweilen findet sich die Erwägung auf das Wörtchen causa angeknüpft*). El problema ha atormentado a la doctrina y a la jurisprudencia. Existe una corriente de opinión muy notable para la cual causa (en el sentido de «razón» o «base» suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa que un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo y decidir así sobre la justicia o injusticia del desplazamiento patrimonial. Dicho de otro modo y bruscamente, se vuelve a la idea de enriquecimiento injusto, aunque ahora revistiéndola de un ropaje supuestamente técnico. Así, no falta algún autor que afirma que corresponde a los jueces, sobre la base de sus experiencias, determinar en qué casos conviene utilizar la noción de enriquecimiento sin causa.

Al lado de esa línea aparece otra, para la cual en el enriquecimiento sin causa existen atribuciones o desplazamientos formalmente válidos y concordes con el Derecho positivo, pero cuya corrección se impone por razones de justicia. Es idea determinada fundamentalmente por los problemas que plantean las transmisiones patrimoniales de carácter abstracto, que es uno de los campos fundamentales en que la regla germánica del enriquecimiento injustificado funciona como instrumento de corrección de los resultados a que la abstracción rigurosamente entendida conduce.

Cuando se ha querido abandonar este terreno dominado por la vaguedad y se ha querido concretar una solución, la doctrina ha quedado dominada por la inseguridad, la contradicción y el fraccionamiento de las opiniones, que no parece oportuno reiterar aquí.

Al escribir mi libro «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», que ya antes he tenido que recordar, acepté sin demasiada dificultad, y por influencia básicamente de lecturas de libros franceses, la tesis del enriquecimiento sin causa tal como había sido dibujada por NÚÑEZ LAGOS y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La falta de causa del enriquecimiento patrimonial constituía, según esta tesis, el elemento clave en este asunto. El principio de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro —había dicho el Tribunal Supremo— sólo tiene virtualidad cuando estamos en presencia

de un «enriquecimiento sin razón» o cuando hay una falta de derecho o de justicia para que el enriquecimiento se produzca. El problema central es —hay que insistir— lo que debe entenderse por causa de la atribución patrimonial y por falta de una justa causa. En aquel momento mi opinión se concretó en la siguiente idea: por justa causa de una atribución patrimonial debe entenderse aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla, lo cual puede ocurrir porque existe un negocio jurídico válido y eficaz o porque existe una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia.

Debo reflexionar ahora —al cabo de quince años— sobre tales palabras. La primera parte (un negocio jurídico válido y eficaz como causa de la atribución) me sigue pareciendo firme (los desplazamientos que son consecuencia y ejecución de un negocio jurídico válido y eficaz se encuentran siempre justificados), si bien introduciendo en ella algunas matizaciones o distinciones, que acaban produciendo en la tesis un efecto seguramente disolvente. La primera matización es que ese negocio jurídico válido y eficaz ha de encontrarse construido y regulado de acuerdo con una noción causal o causalista, pues sí, por el contrario, se trata de un negocio jurídico de carácter abstracto, su validez y su eficacia no determina la justificación, sino que es precisamente al revés: la restitución por enriquecimiento injustificado es precisamente consecuencia de la validez y eficacia del negocio jurídico. La segunda matización sería ésta: el negocio jurídico válido y eficaz justifica los desplazamientos que se llevan a cabo entre las partes de dicho negocio jurídico. Queda, en cambio, abierto el portillo —y el interrogante— respecto de las atribuciones patrimoniales que en virtud del negocio jurídico se llevan a cabo en favor de terceros. Me suscita también alguna dificultad la segunda parte de la frase, en la que trataba de englobar los supuestos de atribuciones advenidas por vía no negocial: la justa causa es una expresa disposición de la ley que autoriza al accipiente para retener la atribución patrimonial. Si lo que se dijo más arriba en punto a la excepcionalidad de las acciones restitutorias es cierto, no es, en línea de principio, necesario un fundamento de revisión o de conservación, pues, al contrario, es el demandante quien tiene que

fundar su demanda en un supuesto restitutorio que esté reconocido por el ordenamiento jurídico, pues no se puede admitir que exista a posteriori un control causal-funcional de los desplazamientos patrimoniales, de manera que se pueda exigir una revisión de las razones o de los supuestos en que tales desplazamientos se fundaron. No creo que sea posible este control generalizado o esta revisión a posteriori de los lucros. Más bien creo, como ya he señalado, que en atención a supuestos concretos y a concretos intereses, en determinados casos se organiza la restitución, otorgando en favor de un sujeto concreto la correspondiente acción.

Todo ello nos devuelve al punto de partida, que era la idea de causa en materia de enriquecimientos y su indomitable dificultad. A los obstáculos generales que plantea hay que añadir otro. En los Derechos pertenecientes a la tradición de la codificación francesa la palabra en cuestión suscita un evidente equívoco, pues en estos Derechos, por obra de una línea doctrinal que, procedente de DOMAT y de POTHIER, llegó al Código Civil francés, la idea de causa se articula como «causa de las obligaciones» o «causa de los contratos», según una doctrina bien conocida, cuya exposición no compete a este lugar. No será, sin embargo, impertinente observar que cuando Jean DOMAT estableció el principio *aucune convention n'oblige sans cause* estaba claramente influido por la idea de causa del Derecho romano compilado, que, por lo menos parcialmente, era la que se utilizaba con amplitud en el Derecho de las Condiciones, de donde la toma el Código civil alemán (con el paso intermedio por la elaboración de los pandectistas) traduciéndola por *Grund*. No obstante, aunque históricamente pueden tener un origen común, ambas elaboraciones doctrinales, muy antiguas, se han ido sucesivamente distanciando y hoy la idea de causa de la obligación o de causa de los contratos (causa de influencia francesa) y la idea de causa de los desplazamientos patrimoniales (causa de influencia alemana) connotan realidades distintas. Así, en el Código Civil alemán la idea de causa no se menciona para nada en la regulación ni en la teoría general del contrato y sólo aparece cuando se refiere al «enriquecimiento injustificado». Es sumamente significativo, por ello, que el Código alemán evite cuidadosamente hablar de causa al tratar v. gr. del negocio jurídico immoral o ilícito (§ 138 BGB) y al hablar de las pro-

mesas de deuda y de los reconocimientos de deuda (§ 780 y 781). Fundado en estas ideas, al ocuparme de esta materia propuse distinguir causa de la atribución, causa de la obligación y causa del negocio. No me desdigo de esa vieja idea, aunque nos lleve a una fragmentación y a una disolución de la idea de causa, dando la razón a quienes sacan la conclusión de que es imposible una fórmula única.

La causa del enriquecimiento —se ha dicho— es tan variada como las operaciones jurídicas que lo han provocado. Y se añade que la ausencia de causa en el enriquecimiento no es noción a la que se pueda atribuir un significado unívoco. A partir de aquí se trata de distinguir si el enriquecimiento procede de un acto jurídico debido al acuerdo de voluntades de las partes o a un acto o hecho en el que la voluntad del empobrecido no haya podido intervenir. Y más modernamente, insistiendo en que la idea de causa debe considerarse dependiente del tipo de enriquecimiento, se señala que hay que distinguir, como más adelante trataremos de comprobar, si el enriquecimiento fue obtenido mediante «prestación», pues entonces habrá que tratar de buscar la finalidad que se perseguía con la prestación, o si, por el contrario, el enriquecimiento se produjo por intromisión en los bienes ajenos, supuesto en el cual la falta de causa consistirá en la falta de título o de facultades para llevar a cabo la intervención.

El *impasse* en que la teoría se ve metida de este modo se debe a algo que ha sido puesto de relieve en multitud de ocasiones y sobre lo que no es preciso insistir. No es posible importar soluciones tomadas de ordenamientos extranjeros e incrustarlas en el Derecho español sin realizar especiales ajustes. Este fenómeno se observa con bastante nitidez en el tema que nos ocupa. La mayor parte de la doctrina que nos llega sobre el enriquecimiento sin causa proviene, directa o indirectamente, como ya he dicho, de la regulación contenida en los párrafos 812 y siguientes del Código Civil alemán y, tras sus huellas, por el Código Civil suizo, el Código Civil italiano de 1942 y el Código Civil portugués de 1968. El tratamiento del Derecho alemán constituye el punto de irradiación. Incluso en la doctrina francesa, como hemos observado antes, el paso de la idea del enriquecimiento injusto o del enriquecimiento sin causa es de notoria influencia alemana.

Sin embargo, ninguna importación puede hacerse pura y simplemente. Entre el sistema del Derecho Civil alemán y el nuestro hay diferencias muy notables que ejercen en el tratamiento del tema del enriquecimiento sin causa una influencia decisiva. Me voy a limitar a resumirlas de modo breve simplemente para dejar en claro que el traslado sin más no es posible.

Se encuentra, en primer lugar, el diferente tratamiento que en uno y otro Derecho se da a los negocios jurídicos abstractos y en especial en lo que se refiere al carácter abstracto o causal de las transmisiones de propiedad. El Derecho alemán se ha caracterizado siempre por el triunfo del principio de abstracción, mientras que en el Derecho español se mantiene mucho más integrado en esquemas más tradicionalmente causales. Ello significa, como se ha observado, que la reglamentación del enriquecimiento injustificado es necesaria en el Derecho alemán como mecanismo de corrección o de reequilibramiento de las consecuencias producidas por el funcionamiento de la abstracción. Como el funcionamiento en aras de la abstracción puede exigir la transmisión del dominio, la inexistencia y los vicios y defectos del negocio subyacente exigen una restitución que tiene que ser del valor.

Se encuentra, en segundo lugar, el tratamiento de la *indebiti conditio* o restitución del pago de lo indebido. El Derecho español y el Derecho francés han heredado un tratamiento del *paiement de l'indu* de carácter marcadamente restrictivo, seguramente por obra de la concepción de POTHIER. Se restituye el pago de lo indebido cuando es una *datio* y, sobre todo, cuando el *indebitum* ha sido *per errorem solutum*.

En el Derecho alemán no existe una regulación especial de la *indebiti conditio*, que queda embebida en los párrafos 812 y siguientes y este hecho —la falta de regulación especial del pago de lo indebido—, arroja una luz particular sobre el tratamiento germánico del enriquecimiento injustificado.

La tercera de las diferencias, muy notable y sin duda muy bien conocida de todos, es el tratamiento de los problemas que genéricamente se pueden llamar de la causa, al que he aludido hace un momento. En las codificaciones del área francesa se recibió un concepto de causa de las obligaciones

y de causa de los contratos, elaborado por DOMAT y recibido por POTHIER. La causa es causa de la obligación y causa del contrato. Los contratos sin causa o con causa ilícita o torpe son nulos (cfr. art. 1.274 Código Civil) y la restitución de los desplazamientos efectuados se produce como consecuencia de la nulidad, sin que sea necesario construir una pretensión restitutoria o de resarcimiento independiente. Además de ello, la doctrina dominante en los Derechos de las codificaciones anteriormente mencionadas ha dinamizado y extendido la fuerza de aplicación de ese concepto de causa del negocio jurídico⁶⁹. Problemas como los relativos a la resolución de los contratos por incumplimiento o por onerosidad excesiva —con los consiguientes efectos restitutorios— se considera que tienen un fundamento causal y que obedecen a una falta sobrevenida de la causa. El Derecho alemán —en cambio— ha permanecido ajeno, como se sabe, a la tradición de la idea de causa procedente de DOMAT-POTHIER. Esa tradición provocó la desaparición de la regulación de las viejas *condiciones* con la excepción señalada de la *indebiti conditio*, perfectamente ajustada y restringida. La falta del concepto de causa en su variante francesa provocó en la pandectística alemana la supervivencia de las *condiciones* y un desarrollo de las mismas extraordinariamente elaborado, porque los problemas causa, falta de causa, causa ilícita, causa torpe, etc., tienen que recibir solución por esta vía.

4. La aparición de un «Derecho de restituciones» y su significado

La regla del unjust enrichment.—La creación del Law of Restitution.—Las restitutionary obligations.

Dice BARBIERA⁷⁰ que el proceso de potenciación de las reacciones contra los desequilibrios patrimoniales injustificados se repite en unas líneas sustancialmente muy semejantes a las que antes hemos visto en los ambientes de *common law*. Para este autor, esta repetición, en un ámbito tan diferente del romanista en sus principios morales, políticos y económicos,

⁶⁹ Cfr. GIORGIANNI, *Causa (Diritto Privato)* en «Enciclopedia del Diritto», vol. 6.º, pp. 546 y ss.

⁷⁰ BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Nápoles, 1964.

constituye una prueba de la unitaria validez sustancial de la exigencia establecida por el instituto jurídico que estudiamos. Una consagración de la regla aparece en el año 1937, en el *Restatement of the Law of Restitution, quasi Contract and Constructive Trust*, donde se dice «A person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other». La analogía de esta regla con los principios de carácter romano es manifiesta y DAWSON señala⁷¹ —como no podía por menos de ser— el parentesco entre ella y Digesto 50, 17, 206. La construcción de un Derecho de Restituciones (*Law of Restitution*) se ha ido haciendo poco a poco a lo largo de los últimos años. La primera y más importante de las obras sobre *restitution*, la de GOFF y JONES, apareció en 1966, aunque después ha tenido varias ediciones y ha encontrado eco en otros *textbooks*. BIRKS⁷² señala que en los últimos años se han impartido cursos sobre *restitution* en muchas Universidades del mundo de *common law*, de suerte que, teniendo en cuenta que los graduados de hoy son los abogados y profesores de mañana, nunca más quedará, como hasta ahora, la *restitution* escondida entre las materias mejor conocidas, como hasta ahora había ocurrido.

Según BIRKS, el carácter tardío del Derecho de Restituciones se debe a la enorme influencia que tuvieron los «Commentaries on the Laws, of England», de BLACKSTONE en el siglo XVIII. Allí se enseñaba que las «restitutionary obligations» en el «common law» dependían de un «implied contract». La consecuencia de ello fue la inclusión de estas obligaciones no contractuales en el tratamiento de los contratos y el que los escritores de obras sobre contratos dieran a esta materia, en principio ajena a ellos, un escueto tratamiento de un capítulo final. Por otra parte, muchas *restitutionary obligations* fueron explicitadas tratando como *trustees* a quienes no lo eran y hablando de un trust creativo o creado por interpretación (*constructive trust*). El resultado fue que una parte del

⁷¹ Vid. DAWSON, *Unjust enrichment, A comparative analysis*, Boston, 1951. Del mismo autor pueden verse *Negotiorum Gestio: The altruistic intermeddler*, en «Harvard Law Review», 74, 1961, p. 816, y *Indirect Enrichment*, en «Ius Privatum Gentium», Festschrift für Max Rheinstein, Tübingen, 1969, II, p. 789.

⁷² BIRKS, *The Law of Restitution*, Londres, 1984.

Derecho de Restituciones pasa a quedar expuesto en los libros sobre *trusts*.

Por todo ello, el moderno Derecho de Restituciones constituye un intento de dotar de unidad a toda una problemática cuya relación con el enriquecimiento injusto (*unjust enrichment*) ponen de manifiesto los autores que se ocupan del tema, aunque no se deje de señalar el carácter ambiguo que ello presenta⁷³.

¿Qué materias son las que se insertan en el Derecho de Restituciones? Fundamentalmente tres: a) la posición jurídica de los incapaces, materia en la cual la jurisprudencia inglesa se ha esforzado por introducir correctivos a la regla de la nulidad de los contratos; b) las ventajas o beneficios obtenidos mediante los actos ilícitos, en los cuales funciona la institución del *Waiver of tort*, que hace posible al dañado una opción entre la acción nacida del *tort* para ser resarcido del daño o renunciar a ella, ejercitando una acción de reclamación de lo obtenido (*id quod pervenit*), obteniendo un remedio análogo al que permite en el Derecho continental el Derecho de enriquecimiento; c) por último, la ingerencia de terceros en el patrimonio ajeno, donde el sistema angloamericano inspirado rígidamente en el principio de la máxima tutela de la esfera jurídica ajena y, por tanto, de la no penetración en ella, se ve obligado a introducir paliativos, reconociendo el derecho a indemnización en aquellas intervenciones inspiradas en el cuidado del bienestar o de la reputación.

¿Qué podemos decir nosotros, alejados de la tradición cultural del *common law*, de un Derecho de Restituciones? Antes de nada, se podría hacer una inicial observación. Tiene razón BARBIERA⁷⁴ al hacer hincapié en la coincidencia de soluciones en ambientes jurídicos con tradiciones culturales tan diversas. Algo indica que la importancia que este tema va cobrando en los tiempos modernos, debe tener alguna explicación que no sea la casualidad ni el puro influjo doctrinal. El Derecho de contratos, si acaso, como dice BIRKS⁷⁵, con un capítulo adicional para unas extrañas obligaciones no contrac-

⁷³ Sobre esta evolución es interesante el trabajo de MARTINEK, *Der Weg des Common Law zur allgemeiner Bereicherungsklage - Ein später Sieg des Pomponius?* en «Rabel Zeitschrift», 47, 1983, p. 248 y s.

⁷⁴ BARBIERA, op. cit., pp. 60 y ss.

⁷⁵ BIRKS, op. cit.

tuales, ha sido suficiente en una época en que el mundo económico se concebía como un tejido de contratos y las relaciones eran estrictamente interindividuales. El principio de la relatividad de la eficacia del contrato (*res inter alios acta*) brillaba en todo su esplendor. En un mundo más complejo, con un sinnúmero de relaciones que influyen inevitablemente las unas en las otras, ese sistema deja de funcionar, porque a veces algo indica que limitar la posibilidad de constituir en sujeto pasivo de una demanda a aquél con quien se contrató, es insuficiente e injusto y hay que permitir una prosecución por la cadena creada por las atribuciones patrimoniales.

Sin embargo, sea lo que fuere del comentario anterior, en nuestro Derecho, la construcción del *Law of Restitution* no parece hoy por hoy posible, al menos como un carácter unitario. Nuestro Derecho de Restituciones se encuentra disuelto y parcialmente englobado en el Derecho de Contratos. Así, *v. gr.* las restituciones que son consecuencia de la nulidad, de la anulabilidad, de la resolución o rescisión de los contratos y el Derecho de cuasicontratos, tiene un carácter notoriamente residual que no permite el esfuerzo constructivo.

LA RECONSTRUCCION DEL PROBLEMA

1. La necesaria revisión de la categoría y la historia de la formación de los dogmas

El Derecho romano de las condiciones y la versión del in rem.—Los antecedentes de la formación del Derecho común en esta materia.—El usus hodiernus actionis.—El Código general prusiano y el Código austriaco.—La elaboración de los pandectistas y la formación del Código Civil alemán.—La influencia del Código alemán (Código italiano, Código portugués).—La tradición francesa.—La introducción jurisprudencial de la figura y la posterior depuración doctrinal.—El caso español.

Está fuera de toda duda⁷⁶ que la categoría moderna del enriquecimiento injustificado o sin causa tiene su origen remoto en la regulación romana de las *condictiones*. Esto, que es cierto para las elaboraciones llevadas a cabo en el Derecho moderno, lo es igualmente en lo que se refiere al origen histórico de la *regula iuris*. Como sabemos, el texto de Digesto 50, 17, 206 es idéntico al texto de Digesto 12, 6, 14, que trata precisamente de la *condictio indebiti*: es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro. Este texto, que procede de Pomponio (21 Sab) parece ser la justificación de la regla del inciso final de Digesto 12, 6, 13: no se repite lo que un pupilo recibió en mutuo sin la autoridad del tutor y le causó enriquecimiento, si una vez llegado a la pubertad lo paga.

La *condictio* fue un remedio legal, de origen, de contornos y de función en alguna medida inciertos. ORTOLAN⁷⁷ dice que la quinta y última de las acciones de la ley (*legis actio per con-*

⁷⁶ Para el estudio de la doctrina del enriquecimiento injustificado desde el punto de vista de la formación de los dogmas es valioso el trabajo de R. FEENSTRA, que se citó en la nota 54.

⁷⁷ ORTOLAN, *Historia de la Ley Romana*, trad. de Pens Rivas, Madrid, 1869.

dictionem) 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* igual a 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 el objeto. Fue por esto la *condictio* el modo o medio legal de reclamar la restitución del hurto y del préstamo. Según explica ARIAS RAMOS⁷⁸, existen dos grandes tesis nucleares sobre el fundamento y el origen de la *condictio*. Para una primera, representada sobre todo por la autoridad de SAVIGNY⁷⁹, la *condictio* es un medio de complementar la reivindicación. Mediante ella el propietario reclama la cosa de aquel a quien se la entregó y que no tiene suficiente título de retener. Partiendo de este núcleo primitivo, siempre según esta tesis, la *condictio* se habría extendido a otras hipótesis por dos vías, que fueron: la de la *datio* efectiva prescindiendo del compromiso de devolver, que da lugar a la llamada *condictio indebiti* y en general a la *condictio sine causa* y la de los compromisos de devolución aunque no haya efectiva *datio*. La otra tesis, representada por PERNICE y por GIRARD⁸⁰, parte de la idea de que el que retiene sin causa una cosa procedente de otro es deudor de la restitución, lo que parece probado por un texto que ULPIANO (D. 12, 5, 6) atribuye a SABINO: «*id quod iniusta causa apud aliquem sit, posse condici*».

Sea de todo ello lo que fuere, que es cuestión que debe dejarse a los especialistas, lo cierto es que en el Digesto justinianeo aparecen especialmente mencionadas varias *condictiones*:

a) La llamada *condictio causa data causa non secuta* o *condictio causam datorum*, que se produce cuando con un fin no deshonesto se ha dado una cantidad para obtener un determinado resultado, y éste no se produce.

⁷⁸ ARIAS RAMOS, *En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa* «Anales de la Academia Matritense del Notariado», II, pp. 29 y ss.

⁷⁹ SAVIGNY dedica al análisis de las condiciones uno de los estudios complementarios que suelen acompañar a los volúmenes del *Sistema de Derecho Romano actual*. En la edición alemana, tomo V, p. 503, y en la antigua traducción española de Jacinto Messia y Manuel Poley, tomo III, apéndice XIV, pp. 320 y ss.

⁸⁰ Las citas son de ARIAS RAMOS.

b) La *condictio ob turpem causam*, cuando el resultado buscado es inmoral o deshonesto.

c) La *condictio* de lo indebidamente pagado, en virtud de la cual se repite cuando se paga por error lo que no se debía.

A esas tres centrales *condictiones* se añaden todavía algunas otras en el Digesto justinianeo: 1.º La *condictio sine causa*, cuando alguien lleva a cabo una promesa sin causa, que se diferencia de las anteriores en qué lugar de una *datio* se produce una simple *promissio*; 2.º La *condictio* por hurto o *condictio furtiva*, que permite reclamar la cosa hurtada o su valor y obliga no sólo al autor del hurto sino a sus herederos; y, 3.º La *condictio ex lege*, de la cual se dice, en un texto de PAULO, que cuando una nueva ley introduce una 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*, expresión que puede traducirse aproximadamente por acciones sobre el provecho obtenido (Digesto 15, 3). 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 aquellos, de manera que lo que han hecho puede considerarse como si ellos mismos hubieran contratado. Esta regla, en la que se ha querido encontrar a veces un principio la actuación representativa de los *fili* y de los *servi*, se funda centralmente en la obtención del provecho, la versión del *in rem*. Por extensión, se aplica al mandatario o gestor cuando carece de facultades o se extralimita, pero la gestión ha sido útil al *dominus*⁸¹.

Los textos romanos no llegaron nunca más allá, como por lo general ocurre cuando se trata de explicar este Derecho, al que es frecuente atribuir construcciones dogmáticas que nunca realizó. La Glosa, en cambio, comenzó un proceso de elaboración de esta materia a partir, sobre todo, del texto de

⁸¹ Sobre este tema es muy ilustrativo el capítulo que le dedica F. Glück en el *Comentario delle Pandette* (trad. ita. dirigida por Seraffini, Cogliolo y Fadda, libros XIV y XV, traducidos y anotados por P. Bonfante, Milán, s. f., pp. 195 y s.).

POMPONIO, de Dig. 50, 17, 206, y de las vacilaciones que su aplicación literal producía. La regla es clara: nadie puede enriquecerse injustamente con daño de otro. Sin embargo, hay frecuentes casos en que el texto de la ley conduce a una solución cabalmente contraria: enriquecerse injustamente con daño de otro. Ocurre, v. gr., cuando se ordena que una acción ha prescrito o que se consuma una usucapión. Por ello, la Glosa se ve obligada a llevar a cabo una correlación entre los textos tratando de extraer de ellos un sentido general y a formular inevitables distinciones.

ASTUTI⁸² ha puesto de relieve que en los intérpretes medievales se desarrolla un pensamiento que gira alrededor de los textos de la Compilación justiniana, que tratan de las *conditiones* y de los que tratan de la *actio in rem verso* (Digesto, 15, 3). En el pensamiento de los intérpretes la *condictio* parece generalizarse. ACCURSIO especialmente propende a pensar que existe una *condictio sine causa generalis*, dirigida a la repetición de todo aquello que ha sido dado o pagado sin causa.

AZÓN comenta la fórmula de Digesto, 50, 17, 206, declarándola una *bona regula equitatis* y subrayando —dice ASTUTI— el requisito de que el daño sea producido con *iniuria*, es decir, sin justa causa o en contra de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. Es en este punto donde la Glosa se plantea las objeciones, a que antes nos referíamos. Hay casos —por ejemplo en la usucapión y en la prescripción— en que uno experimenta un beneficio (*commodum*) con daño de otro. La objeción se supera: en estos casos, aun cuando el *commodum* se produzca *cum aliena jactura*, no se produce *cum aliena iniuria*, porque se realiza por la autoridad de la ley (*legum auctoritate*). De un modo semejante, BARTOLO y los postglosadores recogen el principio, pero advierten que no puede ser aplicado en casos particulares en que el *ius strictum* es preferido a la *aequitas*.

El principio de la inadmisibilidad de un enriquecimiento injustificado, formulado en el Corpus con expresa cita del *ius naturale* y de la *aequitas* fue lógicamente recibido por la

⁸² ASTUTI, *Arricchimento (Azioni di). Premesse storiche*, «Enciclopedia del Diritto», Milán, 1958, III, p. 52.

doctrina canonista y Dino de MOGELLO lo insertó en sus célebres *Regulae Iuris*.

Para tratar de comprender el modo de operar de la Glosa, conviene no perder de vista la actitud tópica que adopta en el desarrollo del razonamiento. Hallada la *regula*, la máxima o el principio —consagrado en los textos romanos, como en nuestro caso, o detectada por la Glosa misma como *ratio decidendi* común de una serie de textos— los glosadores concentran su trabajo en la búsqueda de autoridades concordantes con la solución apetecida y autoridades contrarias a ella, para tratar de discernir en qué casos el principio se aplica y en cuáles no.

Este modo de hacer se refleja muy claramente en relación con el problema que a nosotros nos ocupa. Se parte de la *regula*, que POMPONIO había consagrado, y se realizan excursiones hacia los textos que pueden corroborarla y hacia los que suponen excepciones a ella. No será, por ello, tarea impertinente, llevar a cabo algún examen, aunque tenga que ser superficial, de los textos más frecuentemente utilizados en el trabajo de la Glosa.

Nos referiremos solamente a los más importantes, remitiendo respecto de los demás al autorizado trabajo que al tema ha dedicado Helmut COING⁸³.

1.º *La posición jurídica del pupilo enriquecido por un negocio concluido sine auctoritate tutoris*. En Digesto, 12, 6, 13, que se inserta en el marco de la *condictio indebiti*, se contiene un texto de Paulo (10 Sab) relativo a las obligaciones contraídas por incapaces, esclavos y pupilos. Contrae —dice este texto— una obligación natural el esclavo. Por ello, si un tercero paga en su nombre, o paga el mismo esclavo, después de ser manumitido y lo hace con bienes del peculio, cuya libre administración tenía, se entiende que el pago queda bien hecho y que no hay repetición. Por la misma razón se obliga el fiador de la deuda del esclavo y es eficaz la constitución de prenda para garantizar esa misma deuda; y si el esclavo, que tiene la administración del peculio, constituye prenda para garantizar una deuda suya, el acreedor tiene una acción

⁸³ COING, *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Accursius*, en «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.», 80, 1963, pp. 396 y ss.

pignoratitia útil. En todos estos casos —obligaciones del esclavo— estamos todavía en presencia de excepciones a la regla de falta de capacidad y de excepciones a la *condictio indebiti*. El párrafo final del texto examinado introduce una violenta transición. Tampoco se repite —tampoco hay *indebiti condictio*— cuando un pupilo, que había recibido una cantidad en virtud de un mutuo contraído sin la autoridad del tutor y que obtuvo por consecuencia del mutuo un enriquecimiento, una vez llegada a la pubertad lo paga. Es este caso —la restitución del mutuo contraído sin *auctoritate tutoris* cuando determinó enriquecimiento— el que lleva a la inmediata inserción (Dig., 12, 6, 14) del texto de POMPONIO: es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro.

Se observará que la denegación de la *condictio indebiti* —por consiguiente, la consideración del pago como pago correcto y bien hecho— no deriva de que se haya restituido el préstamo, sino de que el pupilo se había enriquecido con ese préstamo. Es justa la restitución del préstamo, porque el préstamo le había enriquecido. Digesto, 12, 6, 13 *in fine*, aparece así como un claro antecedente de la regla que limita la restitución en los contratos nulos por falta de capacidad de uno de los contratantes al enriquecimiento experimentado por el incapaz (cfr. art. 1.304, C.C.).

El texto de Digesto, 12, 6, 13, ha sido puesto por los especialistas en conexión con Cod. 7, 26, 9. En este último supuesto el pupilo había vendido *sine auctoritate tutoris* una cosa y se había enriquecido con el precio. Si la reivindicación *post pubertatem*, se le puede oponer la *exceptio doli mali*.

2.º *La lex «Si et me et Titium»*. Es un fragmento de Celso (Libro V, *Digestorum*), que se encuentra con el número 3.º en el Libro XII, Título I del Digesto justinianeo, que lleva como rúbrica «*de rebus creditiis, si certum petetur et de conditione*» (De las cosas prestadas, de si se pide algo cierto y de la *condictio*).

El fragmento dice así:

Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti.

sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credit (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea, ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

La hipótesis de este pasaje, como es manifiesto, es la de una persona que ha pedido a otras dos, a Ticio y a mí, el préstamo de una cantidad de dinero. Con esta finalidad, yo he autorizado a mi deudor para que mediante la correspondiente promesa se constituya en deudor tuyo. Tú, sin embargo, has estipulado creyendo que el estipulante, en lugar de ser deudor mío, era deudor de Ticio. La pregunta que el jurista se plantea es esta: «*an mihi obligaris?*»; «si has quedado obligado conmigo». La respuesta del jurista es dubitativa. No has contraído conmigo ningún negocio y, por consiguiente, no parece existir una obligación directa entre tú y yo. Sin embargo, dice el jurista, lo más probable es que yo estime que estás obligado, no porque hayas recibido en préstamo la cantidad, sino porque es bueno y equitativo que restituyas aquella cantidad que a ti te llegó. Como se ha dicho, la acción de que el jurista habla para obtener la restitución, parece ser una *condictio*, pues, aunque no se habla en el texto de *condictio*, está en el título que trata de este remedio procesal. Se la ha llamado *condictio iuventiana*, porque supuestamente procedería de *Publius Iuventus*. Más sea de ello lo que fuere, lo que está fuera de duda es que por la vía indirecta de un promitente o estipulante que obedece una delegación o un mandato, se recibe una atribución patrimonial, que no existe razón suficiente para conservar y que hay que restituir.

3.º *La lex Si in area*. Es un fragmento de Juliano (39, *Digestorum*), que lleva el número 33, en Digesto 12, 6, sobre la *condictio indebiti*.

Este texto dice así:

Si in area tu aedificasses et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur; nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit; cum autem aedificium in area sua a alio positum dominus occupat nullum negotium contrahit. Sed et si is qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictio non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo

constat si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare posse.

Este texto es indudablemente complejo y presenta ideas diferentes, que pueden resumirse del siguiente modo:

a) He construido una edificación en un terreno tuyo y tú has comenzado a poseer lo edificado. Se pregunta si existe *condictio* por el valor de la edificación y la respuesta es negativa, porque no se ha contraído entre nosotros ningún negocio. Esta conclusión, que aparentemente parece chocar con la que se había obtenido al hablar de la *condictio* en la «*lex si et me et Titium*», parece fundarse en una razón de analogía.

b) El que paga un dinero que no debe, por este mismo hecho gestiona un negocio ajeno. Implícitamente parece entenderse que es por esto por lo que se da la *condictio* de restitución. El que paga la cantidad indebida realiza un negocio por el mero hecho de pagar. Sin embargo, dice Juliano, el propietario que ocupa lo que otro ha edificado en su lugar, no contrae negocio alguno y por consiguiente no hay obligación alguna.

c) En la hipótesis estudiada no se cuestiona el modo como el propietario del suelo toma posesión de la edificación. Se parte de este hecho. Puede, sin embargo, pensarse —este es el tema del tercero de los pasajes de Digesto, 12, 6, 33— que el edificante entrega la posesión al propietario del suelo. En este caso, dice Juliano, tampoco hay *condictio* de restitución del valor, pues el edificante no ha transmitido al *accipiens* ninguna propiedad. Simplemente, el dueño ha comenzado a poseer lo que es suyo.

d) El último de los supuestos de Digesto, 12, 6, 33, es el caso en que el edificante lleva a cabo la edificación en un solar hereditario creyéndose heredero. Para este caso el jurista tampoco le otorga la *condictio* de recuperación del valor, sino, únicamente, la de recuperación de los gastos, con un *ius retentionis*.

4.º *La Lex His solis*. Es un fragmento de Modestino, Libro III Regularum y está recogido en Digesto, 12, 6, 40.

El texto dice así:

His solis pecunia condicitur quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit.

En este texto se dice que por medio de la *condictio* se reclama el dinero sólo a aquellos a los que de algún modo se les pagó, pero, no en cambio, a aquellos a quienes hubiera aprovechado. Como dice FEENSTRA⁸⁴ este texto niega la *condictio* a un tercero, que ha extraído alguna ventaja de un pago de *Primus* a *Secundus*. El texto sería, por ello, claramente contrario a los principios del enriquecimiento, pues el tercero ha extraído una ventaja del pago y debería restituirla.

5.º *Las aplicaciones de la «actio negotiorum gestorum»*. Parecen haber tenido importancia en la formación del dogma que estudiamos, dos pasajes especialmente notables. Son Digesto, 3, 5, 48 y Digesto, 3, 5, 5, 5.

a) En Digesto, 3, 5, 48, se encuentra un texto de Africanus (VIII Questionum) que literalmente transcrito dice así:

Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses. Sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas propias legatas solvisses cuandoque de ea solutione liberarer.

En el texto, según se desprende de su lectura, aparecen los dos siguientes hipótesis. a) Según la primera, he vendido un esclavo que me había sustraído una cosa. El comprador del esclavo ha vendido la cosa y ésta después ha desaparecido o se ha destruido. Se discute si tengo alguna acción contra el comprador del esclavo por el valor de la cosa. El jurisconsulto contesta que sí, que se me ha de dar la acción de gestión de negocios para reclamar el valor, lo mismo que debería tenerla si hubieras gestionado un negocio que creyeras tuyo siendo mío. En este texto, aparece nítidamente la restitución del enriquecimiento. El comprador compró y pagó el precio

⁸⁴ Die ungerechtfertigte Bereicherung, cit., p. 296.

del esclavo, pero no la cosa sustraída que el esclavo llevaba consigo. Al vender la cosa y obtener el valor de ella, se enriqueció y por eso debe restituir. Si la acción era una acción de gestión de negocios u otra distinta, parece un problema secundario. b) La segunda hipótesis es la inversa de la anterior. Creyendo tú que era tuya una herencia que en realidad me pertenecía a mi, has pagado con tus bienes los legados y yo he quedado libre de la obligación. Aunque la hipótesis es inversa, la solución es la misma. Se da la acción de gestión de negocios que tú, en este caso, tienes contra mi.

b) Los textos comprendidos en Digesto, 3, 5, 5, son muy numerosos. Entre ellos merecen recordarse los recogidos en los apartados 2 y 5.

En el apartado 2 se dice que ya Juliano había escrito (3 Dig.) que si yo hubiera gestionado los negocios de tu pupilo, no por mandato tuyo, sino para que tú no quedaras obligado por la acción de tutela, tú estarás obligado frente a mi por la acción de gestión de negocios y lo estará también el pupilo en la medida en que se hubiese enriquecido.

En el apartado 5 de este mismo pasaje se dice lo siguiente:

Si alguno gestionó mis negocios no en atención a mi, sino buscando su lucro personal, escribió Labeón que gestionó un negocio más suyo que mío, porque el que se entrometió para aprovecharse él, busca su lucro y no mi conveniencia. Sin embargo, si hubiese gastado algo en mis negocios, tiene acción contra mi, no por lo que gastó, pues hizo mal al entrometerse en mis negocios, pero sí por aquello por lo que yo me enriquecí.

6.º *La posición jurídica de los herederos enriquecidos.* La acción *ex delicto* es de carácter personal y, por ello, no obliga a los herederos. Sin embargo, los herederos están obligados cuando la herencia se ha enriquecido.

Son muy significativos los textos recogidos en Dig., 4, 3, 26-28.

a) Promete el procónsul que concederá esta acción contra el heredero solamente por el provecho obtenido, es decir, en cuanto la herencia que adquirió resultase por ello enri-

quecida (Gayo, 4 ed. prov.), o si no fue así por dolo malo del heredero (Paulo, 11 ed.).

b) Así, pues, si (por tu dolo) alguien te canceló por aceptación una cantidad que le debías, se podrá demandar siempre a tu heredero. Si alguien te hubiese entregado una cosa (con dolo por tu parte) y existiese todavía después de tu muerte, se demandará a tu heredero, pero si no existiese, no. Contra el heredero se dará la acción a perpetuidad, porque no debe lucrarse del daño ajeno. De lo que se desprende que también contra el mismo autor del dolo se ha de dar a perpetuidad una acción por el hecho en cuanto se hubiese enriquecido (Gayo, 3 ed. prov.).

¿Qué conclusiones extrae la Glosa del debate sobre los textos aludidos y sobre otros muchos en que afloran problemas similares? H. COING, que ha estudiado el tema y cuyo punto de vista puede seguirse, lo resume así⁸⁵.

a) La Glosa valora el principio recogido en Dig., 12, 6, 14 y 50, 17, 206, no sólo como una manifestación teórica de la *aequitas*, sino también como fundamento inmediato de determinadas instituciones, regulaciones y decisiones de Derecho positivo.

b) La Glosa ha dibujado con gran amplitud el campo de aplicación de la *condictio* de enriquecimiento, especialmente la *condictio sine causa* (que Accursio califica como «*generalissima*») y la ampliación hace que la interdicción material del enriquecimiento se lleve más allá de los casos de *condictio* (v. gr. los ya citados de *actio negotiorum gestorum*).

c) Esta concepción amplia lleva a la Glosa a ordenar dentro de ella una serie de supuestos de hecho que la investigación moderna ha vuelto a poner en conexión con la interdicción del enriquecimiento. Así, por ejemplo, los casos de responsabilidad del pupilo por contratos no autorizados o por dolo del tutor; o los casos en que el marido enriquecido responde por la manumisión de un esclavo perteneciente a la dote de la mujer. La Glosa no los menciona en el comentario

⁸⁵ COING, *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Accursius*, cit.

de los pasajes que antes hemos aludido. Sin embargo, ACCURSION los da como casos de aplicación de la *condictio sine causa*, y lo mismo puede decirse de los casos de las llamadas acciones pretorias contra el heredero enriquecido por los delitos del causante (cfr. Glossa Existitit a Dig., 4, 3, 28).

d) Si se compara la explicación de la interdicción de enriquecimiento que la Glosa lleva a cabo con los grupos de supuestos que ofrecen las modernas exposiciones dogmáticas, se comprueba que existe una sustancial coincidencia en algunos grupos. En cambio, hay grupos de supuestos que después se colocan en el supuesto general del enriquecimiento, como la acción pauliana, que la Glosa no relaciona con el principio de interdicción. A pesar de ello, la opinión de la Glosa está en algunos aspectos más cerca de este modo de ver las cosas que las del Derecho común.

En resumen, el modo de ver las cosas de la Glosa se puede caracterizar diciendo que ve en la interdicción del enriquecimiento un genuino principio configurador del Derecho positivo, que no sólo cristaliza en las *condictiones*, sino también en otras regulaciones y decisiones jurídicas. Ensanchó vigorosamente el ámbito de aplicación de la *condictio* y especialmente el de la *condictio sine causa* y, con ello, desde el punto de vista de la historia del Derecho, entremezcló supuestos autónomos de enriquecimiento, como las llamadas acciones pretorias de enriquecimiento, con el Derecho de las *Condictiones*. En ambas direcciones; sin embargo, no se hace otra cosa que desarrollar lo que Justiniano había planteado.

Entre los juristas humanistas, pone de manifiesto el carácter tópico y problemático que indudablemente tiene el principio enunciado en Digesto, 50, 17, 206, Jacobo CUAYACIO, autor de uno de los más conocidos comentarios del título *De regulis iuris*. Las adiciones y comentarios que hace a la regla citada son los siguientes: a) Que por esta razón están obligados los herederos en virtud de los actos delictuosos de los difuntos. b) Que asimismo si han realizado gastos útiles o necesarios, están obligados por razón de ellos en virtud de oficio del juez o por excepción de dolo o por *condictio incerti* y se remite a L. 66 de *condictio indebiti* y a la L. *pen in fine de rebus creditis*. c) Finalmente, comentando la regla «*nemo debet cum alterius detrimento et injuria fieri locupletior*»

sostiene que a los poseedores de una herencia y a los poseedores de mala fe se les restituyen los gastos necesarios⁸⁶.

La construcción más completa y definitiva del tema se lleva a cabo en los siglos XVII y XVIII, por obra de la doctrina del Derecho Natural racionalista⁸⁷. Pomponio había dicho que la regla procedía del Derecho Natural y ello debía servir de acicate y de modelo a los iusnaturalistas de los siglos citados⁸⁸. Más arriba he recordado la opinión de GROCIO, que, según algunos romanistas modernos, determina una inflexión importante en el tratamiento de esta materia⁸⁹. No es, sin embargo, la línea seguida por GROCIO, aislada en la doctrina de aquel tiempo. Y no podría ser de otra manera, si se tiene en cuenta el señalado carácter escolar de la obra de GROCIO, en que esta materia se contiene. Poco tiempo después, un autor también holandés, Ulrico HUBER, llamado HUBERIUS, puede hablar de un *usus hodiernus actionis* para referirse al sistema moderno de las *condictiones* y de la *actio de in rem verso*.

La misma línea es después seguida por Christian WOLFF y por toda una serie de autores de la época, que sería inoportuno citar en detalle. La relación de la imposibilidad de enriquecerse injustamente con el Derecho Natural determina, en esta época, otras dos importantes consecuencias: la primera es la admisión, esbozada por la Glosa, de una *condictio sine causa* de carácter general, diferente de la que había recibido este nombre en el Digesto Justiniano, que se refería sólo a la *promissio sine causa*; la segunda es la creación de lo que algunos autores llaman la «*actio de in rem verso* del Derecho común», diferente y más amplia de la que había conocido el Derecho romano. En virtud de ella, se permite

⁸⁶ Ver supra nota 62.

⁸⁷ La utilización de la regla por los juristas de la época necesita una investigación completa y cuidada. GIL DE CASTEJÓN, *Alphabetum Juridicum*, Lugduni, 1683, en la rúbrica *dives, divitiae*, cita la máxima *nemo debet cum alterius jactura locupletari*, añadiendo después *neque ex aliena labore* y remite a Part. 7,34,17 y a Petrus Gregorius (De rescriptis, 27,14) y SOLORZANO (*De iure indiis*, II, 1, 2).

⁸⁸ Expresamente lo señala H. COING, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800*, tomo 1.º «*Alteres Gemeinesrecht*», München, 1958, p. 493.

⁸⁹ Sobre este tema puede verse también la aportación de R. FEENSTRA al vol. colectivo *La seconda scolastica nella formazione del Diritto Privato moderno, Incontro di studio, Firenze 16-19 ottobre 1972, Atti a cura di Paolo Grossi*, publicado por la Editorial Giuffrè de Milán.

reclamar una ventaja o beneficio patrimonial que se obtiene por intermedio del patrimonio de un tercero. Así, según una tesis que parece probable, la *condictio*, en la concepción de esta época, determina una repetición de las atribuciones patrimoniales directas, mientras que la versión *in rem* permite una *indemnitas* por la utilidad obtenida indirectamente. Existe también, por la presión de la doctrina iusnaturalista citada, otra tesis que acaba confundiendo la acción *in rem verso* y la *condictio sine causa* de carácter general, que algunos llaman *actio in factum wegen Bereicherung*.

Nos situamos de esta manera en el filo de los siglos XVIII y XIX. En esta época se generaliza la idea de que el fundamento de la doctrina de las *condictiones* se encuentra en la ilegitimidad de un enriquecimiento; y se suele citar en este sentido la obra de Justus HENNING BÖHMER, *Introductio in ius Digestorum*, Halae Hagdeburgicae, 1791, como una de las más claras consignaciones de la idea. En ella se dice que «*deducitur enim ex naturali principio ne quis per iniuriam locupletetur cum damno alterius*»⁹⁰.

Esta tradición que puede llamarse del «*usus hodiernus actionis*», desembocó en la recopilación del Derecho prusiano y en el Código Civil austriaco. En la recopilación del Derecho general prusiano (I, 13, parágrafo 262), tras haber regulado la gestión de negocios ajenos sin mandato (228-261), en la sección 3.ª se regula lo que allí se llama el «empleo útil» (*nützliche Verwendung*). Esta sección comienza con un precepto en el que se dice que aquel cuyos bienes han sido empleados en utilidad de otro, tiene derecho a reclamar la cosa o su valor. Si la cosa dada se encuentra todavía entre los bienes del que la ha recibido, el que la dio debe contentarse con que se le restituya en el estado en que se encuentra y, si no está ya entre los bienes del que la ha recibido, se le debe el valor en la medida en que se le haya dado realmente un empleo provechoso (262-264).

Los preceptos siguientes se dedican a puntualizar cuáles son los empleos útiles. Y así se dice que lo que una persona

⁹⁰ Sobre este punto puede verse SCHMITT (Rolf), *Die subsidiarität der Bereicherungsansprüche*, Bielefeld, 1969, pp. 50 y ss. Le sigue PAREDES LEITE DE CAMPOS, *A subsidiaridade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, 1974, pp. 70 y ss.

libre de disponer de sus bienes, ha recibido en dinero o en un valor que puede medirse en dinero, se considera, sin necesidad de prueba, como empleo útil en su provecho; que si se puede probar que la cosa se perdió por accidente, sin haber producido una utilidad real al que la recibió, no hay obligación de restituir el valor⁹¹.

En el Código Civil austriaco de 1811, entre la regulación del contrato de préstamo (arts. 983-1.001) y la regulación del contrato de permuta (arts. 1.045-1.052) aparece un capítulo dedicado a la regulación del mandato y de otros tipos de gestión de negocios (arts. 1.002-1.044). Al final de este capítulo, tras la regulación del contrato de mandato, se contempla la vieja figura de la *negotiorum gestio* o gestión de negocios sin mandato y en la parte final de esta regulación, aparecen los siguientes significativos preceptos: a) Cuando una cosa ha sido utilizada sin intención de gestión en interés de otro, el propietario puede reclamar la restitución *in natura* o, cuando esto no sea posible, el valor (art. 1.041). b) El que ha hecho en favor de otro un gasto, que este último estaría obligado a hacer por sí mismo en virtud de una disposición legal, tiene derecho al reembolso del gasto realizado (artículo 1.042). c) Cuando una persona, en un caso de necesidad, sacrifica su propiedad para preservarse ella o preservar a otros de un daño mayor, los que se han aprovechado del sacrificio deben resarcirla proporcionalmente. La aplicación de esta regla a los riesgos marítimos se rige por leyes especiales (art. 1.043). d) La reparación de los daños de guerra la determinan las autoridades políticas en virtud de disposiciones especiales.

Toda esta tradición cultural tan extensa que acabamos de exponer, se consagra y recibe un nuevo impulso en la literatura jurídica del siglo XIX. Tras haber estudiado la doctrina de las *condictiones* y cada una de estas en particular, se pregunta SAVIGNY qué es lo que todas ellas tienen o pueden tener en común, y dice⁹²: «todos estos casos tienen entre sí,

⁹¹ El § 277 disponía que todo lo regulado precedentemente sobre el «empleo útil» sólo vale en el caso de que no exista contrato entre las partes. Rolf SCHMITT señala (op. cit., p. 45) que este precepto permitió que se considerara la acción allí regulada como una acción general de enriquecimiento.

⁹² *System*, cit., p. 525.

en común, el aumento de un patrimonio por la disminución de otro patrimonio que o se ha producido sin causa o ha perdido su causa originaria». Inmediatamente después⁹³ añade que se puede utilizar la idea del enriquecimiento falto de causa de uno a costa del patrimonio de otro (*grundlose Bereicherung*)⁹⁴.

Esta idea de un enriquecimiento falto de causa o de la relación entre un aumento y una disminución patrimonial, así como la entera doctrina de las *condictiones*, fue objeto de ulteriores desarrollos, que no es necesario exponer aquí con detalle, en la doctrina alemana del siglo XIX, y cristalizó, finalmente, en los tratados y manuales de los más conocidos pandectistas. Citaré por su importancia la obra de WINDSCHEID. En el volumen II de su Manual de Pandectas⁹⁵, tras explicar las relaciones obligatorias derivadas de los contratos y los diferentes contratos en particular (derechos de crédito derivados de contratos, los llama), abre WINDSCHEID un segundo apartado que dedica a estudiar los derechos de crédito derivados de causas parecidas a las contractuales⁹⁶. En esta rúbrica se colocan cinco casos que merecen ser citados. Son los siguientes: 1.º Enriquecimiento injustificado. 2.º Cuidado voluntario de asuntos ajenos. 3.º Tutela y curatela. 4.º Ejercicio de cargos u oficios. 5.º Comunidad y confusión de límites.

No ofrece duda que esta enumeración repite, en forma clara, el elenco de las obligaciones que nacen sin convenio, tal como había sido construido por la tradición romanista, que algunos autores englobaron bajo la rúbrica de cuasi-contratos. La figura del enriquecimiento injustificado, por tanto, no absorbe la totalidad de las obligaciones cuasicontractuales, sino que constituye sólo una de ellas, que refunde la doctrina de las *condictiones* y la primera de ellas que es, naturalmente, la *condictio indebiti*.

No es necesario exponer aquí con detalle la teoría general de WINDSCHEID sobre el enriquecimiento injustificado. Más

⁹³ Op. y loc. cit., pp. 526 y 527.

⁹⁴ Puede verse el trabajo de Horst HAMMEN, *Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savigny für die allgemeinem dogmatischen Grundlegung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlín, 1983.

⁹⁵ *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.ª ed. anotado por Th. KIPP, Frankfurt, 1906 (hay una reedición facsimilar de Scientia Verlag Aalen 1964).

⁹⁶ Op. y loc. cit., pp. 865 y ss.

significativo puede resultar tratar de comprender los casos particulares de aplicación. En la obra de WINDSCHEID, estos casos son fundamentalmente la *condictio indebiti* y la *condictio causa data causa non secuta*. Los dos tipos centrales del enriquecimiento injustificado son, por tanto: a) El enriquecimiento derivado de una prestación que se ha ejecutado con la finalidad de cumplir una obligación erróneamente presupuesta; y, b) El enriquecimiento derivado de una prestación, que ha sido ejecutada sobre la base de una presuposición de futuro.

El planteamiento de la literatura jurídica alemana del siglo XIX y su cristalización en WINDSCHEID tienen una gran importancia en la literatura alemana⁹⁷ y en la codificación de aquel país. Señala Dieter REUTER⁹⁸, que en el Derecho de Enriquecimiento y en el Derecho de Daños la codificación alemana se encuentra presidida por la tensión entre casuismo y cláusulas generales. El proyecto de Franz VON KÜBEL de

⁹⁷ Por ejemplo, en el *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* de J. KRAJINZ, revisado por L. PFAFF (3.ª ed. al cuidado de Armin EHRENZWEIG, Viena, 1900), se dice que hay casos en que de un lucro patrimonial surge un crédito restitutorio por el hecho de que alguien lo haya obtenido a costa ajena sin causa jurídica. En estos casos se habla técnicamente de enriquecimiento sin causa (*grundlose*) y para restaurarlos se utilizan las llamadas acciones de enriquecimiento (*Bereicherungsklagen, condictiones*). Sus requisitos son: 1.º Enriquecimiento efectivo (aumento del patrimonio) del demandado, que no existe si puede ser todavía sujeto pasivo de una acción real; 2.º Enriquecimiento extraído del patrimonio del demandante u obtenido a su costa; y 3.º Falta de una causa jurídica de la disminución patrimonial porque falta la voluntad de aquel a cuya costa se produce, de modo absoluto o bajo ciertas condiciones o existe error o la adquisición es antijurídica o inmoral. Y los casos particulares en que la regla se aplica son los siguientes: 1.º Restitución por prestación de algo no debido (*Rückforderung wegen Leistung einer Nichtschuld*), es decir, la *condictio indebiti*; 2.º Restitución de lo prestado bajo la presuposición de un resultado futuro (*Rückforderung des unter Voraussetzung eines künftigen Erfolges Geleisteten*), que es la *condictio causa data causa non secuta*; 3.º Restitución por causa inmoral (*Rückforderung wegen unsittlichen Grundes*) que es la *condictio ob turpem causam*; y 4.º Restitución por falta de toda causa jurídica (*Rückforderung wegen Mangels jeden Rechtsgrundes*), que equivale a la *condictio sine causa*. Los casos principales de aplicación son los siguientes: a) el cumplimiento de un negocio nulo (sin error y sin *animus donandi*); b) la enajenación onerosa de una cosa ajena cuando está excluida la posibilidad de reivindicación, y c) la indebida intromisión en un derecho ajeno de propiedad intelectual o de patentes.

⁹⁸ REUTER y M. MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Tübingen, 1983, pp. 15 y ss.

1882⁹⁹, que lleva a cabo una primera construcción de los supuestos de Derecho de Enriquecimiento, siguiendo las pautas del llamado Proyecto de Dresde sobre Derecho de Obligaciones, toma el camino del casuismo. Siguiendo esa línea se construye también el llamado Primer Proyecto del Código Civil. Este primer proyecto fue criticado y la crítica recayó especialmente en el tratamiento dado a la materia del enriquecimiento. Fueron importantes las críticas de OTTO VON GIERKE y de OTTO LENEL, dirigidas, entre otras cosas, a señalar la imposibilidad de encontrar un principio unitario en una regulación dominada por el casuismo. Ello explica la forma de construir el segundo y definitivo proyecto, que aparece como una vía de equilibrio entre cláusula general y casos particulares. En el definitivo Código Civil, la cláusula general se encuentra en el inciso primero del párrafo 812: 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 (cfr. párrafo 812.1 *in fine*, y 812.2) si la causa jurídica ha desaparecido posteriormente o si no se ha producido el resultado perseguido con la prestación, según el contenido del negocio jurídico (descripción muy clara de la *condictio causa non secuta*); y cuando se señala que la finalidad de la prestación puede encontrarse determinada de modo que al aceptarla el accipiente contravenga una disposición legal o las buenas costumbres (cfr. párrafo 817), recogiendo la *condictio ob turpem vel iniustam causam*.

El núcleo central, sin embargo, de la construcción del enriquecimiento injustificado lo constituye un determinado modo de entender la *condictio indebiti*. En el Código Civil alemán no existe, como ya he destacado en un momento anterior, una regulación especial de la *condictio indebiti* y del pago de lo indebido. La figura, y su solución, quedan englobadas en la norma general del párrafo 812. Se trata del supuesto en que por prestación se obtiene algo sin causa jurídica. La *indebiti condictio* alemana presenta, por consiguiente, una confi-

⁹⁹ Ver la obra *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches*, confeccionada por WERNER SCHUBERT y en ella los tomos sobre *Recht der Schuldverhältnisse*, Walter de Gruyter, Berlín y Nueva York, 1980; donde se encuentra la parte relativa a «Relaciones obligatorias derivadas de enriquecimiento injustificado».

guración de carácter especialmente amplio. El supuesto central lo constituye la prestación ejecutada con la finalidad de cumplir una obligación inexistente (*Nichtschuld*). Se equipara a este supuesto el de la prestación ejecutada con la finalidad de cumplir una obligación, cuando a la pretensión del acreedor se podía oponer una excepción de carácter perentorio que excluyera de manera definitiva el ejercicio del derecho. El error del *solvens* no constituye elemento definidor de la *condictio*, pero la obligación de restituir queda excluida cuando el *solvens* sabía que no estaba obligado.

Con la línea seguida por el Código Civil alemán sobre el enriquecimiento injustificado han coincidido después el Código suizo, el Código Civil italiano de 1942 (aunque este último haga coexistir la regulación del enriquecimiento injustificado con la del pago de lo indebido) y, últimamente, por citar sólo los códigos europeos, el Código Civil portugués de 1967.

Muy distinta de la germánica ha sido la tradición francesa. Dice François GORE¹⁰⁰ que los antiguos autores franceses no consagraron nunca el principio de que nadie debe enriquecerse a cargo de otro como fuente general de las obligaciones y que sólo hacen a ello raras alusiones. BAUMANOIR, por ejemplo, al comentar la *Coutume de Beauvais*, admite que el constructor de buena fe en cosa de otro debe ser indemnizado, porque el propietario del fundo se enriquece injustamente. El *Grand Coutumier* de Francia invoca el principio de la restitución del enriquecimiento injusto para fundar la repetición de lo indebido. La *Somme Rural* enuncia el adagio «*locupletari non debet quis ex alterius jactura*». Esta regla, declara BOUTILLIER, ordena que ninguno se enriquezca con daño de otro, y DUMOLIN dice que si el enfiteuta tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados en el fundo ello obedece a la «*naturalis ratio, quae neminem patitur cum jactura aliena locupletariorem fieri*». GORE señala también que la teoría romana de las *condictiones* se introdujo y mantuvo en Francia durante muchos siglos. La reproduce, en el siglo XIII, el *Livre de Justice et de Plet*. Y todavía DOMAT, en algún pasaje de las «*Leyes civiles*», alude a las *condictiones* mencionando la «*condictio sine causa*», la «*condictio causa finita*» y la «*condictio causa data causa non secuta*», si bien en otro pasaje del mismo libro,

¹⁰⁰ *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, París, 1949, pp. 23 y ss.

que se ha hecho célebre, construye la teoría de la causa de los contratos como elemento esencial de su validez. La falta de causa hace nulo al negocio jurídico y, en consecuencia, las acciones fundadas en la ausencia de causa sirven al mismo tiempo para repetir las prestaciones realizadas en ejecución del negocio nulo. De esta suerte —dice GORE¹⁰¹— la noción de causa eliminó en el Derecho francés las llamadas *condictiones sine causa*. Los tratados de la época las mencionan todavía, pero poco a poco la idea va siendo abandonada por los autores y el desarrollo de la teoría de las nulidades por falta de causa priva de fundamento a la figura de las *condictiones*. A partir de este momento es la *restitutio in integrum* lo que importa y no la *condictio*¹⁰².

En POTHIER la noción de enriquecimiento injusto se liga con la gestión de negocios. Perdida la razón de ser de las *condictiones* sólo subsisten las hipótesis de enriquecimiento que había sancionado la llamada acción de *in rem verso utilis*. En esta acción muchos veían un caso de representación indirecta y la aproximaban a la gestión de negocios. POTHIER recoge esa idea y analiza la acción como una acción de gestión de negocios anormal. Además de ello, recogiendo una idea institutista —que el que paga un *indebitum* se asemeja al que presta— POTHIER habla de un cuasicontrato llamado *pro mutuum*, que asimila a la acción *condictio indebiti*, haciendo de esta última una regulación que los codificadores reducirán todavía más¹⁰³.

Nada tiene de extraño, con estos antecedentes, que el Código de Napoleón no regule un Derecho de Enriquecimiento¹⁰⁴.

¹⁰¹ Op. cit., p. 24.

¹⁰² Cfr. CHEVALIER, *Observations sur la répétition des enrichissements non causés*, en «Le Droit Privé français au milieu du XXe siècle, Etudes de Droit Privé offerts a G. Ripert», París, 1950, II, p. 237.

¹⁰³ Sobre el tema puede verse LANG, Walter, *Der allgemeine Bereicherungsanspruch im französischen Recht vor und nach dem Code Civil*, Diss, Frankfurt am Main, 1975.

¹⁰⁴ CHEVALIER, en el lugar citado, dice que «a diferencia de otros códigos más modernos, el nuestro no hizo del enriquecimiento injusto una fuente autónoma de obligaciones. La doctrina de Domat sobre la causa relegó la teoría romana de las *condictiones* y las ideas entonces no permitían concebir fácilmente que una persona pudiera quedar obligada sin haberlo querido. El Código imponía la obligación de reparar el perjuicio causado a otro, pero el beneficio no le parecía que comprometiera la responsabilidad de aquel que lo había obtenido frente a aquel otro que con su sacrificio lo había procurado. Es verdad que el

DEMOLOMBE¹⁰⁵, al comentar el artículo 1.235 del Code Civil, que regula la repetición de lo indebidamente pagado, recuerda que las hipótesis posibles, consideradas de modo general, eran tres: la de un pago hecho sin ninguna causa, ni presente ni futura; la de un pago hecho en virtud de una causa presente que ha dejado de existir o en virtud de una causa futura que no se ha realizado; y la de un pago hecho en contravención de la ley y las buenas costumbres. Estas distinciones, añade DEMOLOMBE, habían sido cuidadosamente hechas por los juriconsultos romanos y son varios los títulos del Digesto y del Código justiniano que contienen las numerosas variantes de las *condictiones*. Sin embargo, añade el autor citado, nuestro Código no ha puesto de relieve estas diferentes variantes de la acción de repetición del pago de lo indebido. No ha entrado legislativamente en detalles, por lo que LAROMBIERE ha podido decir con razón que son dominio de la doctrina más que dominio de la ley. DEMOLOMBE añade que considera evidente que las diferentes hipótesis en que puede surgir la cuestión de saber si el pago está sujeto a repetición, no se rigen por los mismos principios. En el Código de 1804 —puntualiza— las reglas que gobiernan las acciones de repetición o *condictiones*, fuera de la que determina el pago hecho sin ninguna causa ni presente ni futura que es el caso del cuasicontrato propiamente dicho, se encuentran en el Título III, que regula los contratos y las obligaciones contractuales en general. Esta distribución de la materia —una parte en la regulación de los contratos y de las obligaciones convencionales en general y otra en la materia de las obligaciones que se forman sin convención— cree DEMOLOMBE que se justifica por dos razones, de las cuales una es histórica y otra

Código obligaba a quien había recibido una prestación a título de pago a restituirlo si no era debido, porque todo pago supone una deuda. Mas fuera de esta hipótesis, la independencia de las personas en la gestión de sus patrimonios le parecía que excluía que se pudiera quedar obligado por la iniciativa de otra persona, en beneficio de esta última, con la excepción del caso de la gestión de negocios, cuyo carácter desinteresado le parecía garantía suficiente contra los abusos que la intromisión en los asuntos de otra persona puede engendrar. Durante mucho tiempo, para dar satisfacción al deseo de indemnizar a aquel que con sacrificio procure una ventaja a otra persona, la jurisprudencia no tuvo otro camino que ampliar el ámbito de la gestión de negocios, permitiendo que se beneficiara aquel que aunque persiguiera su propio interés había salvaguardado los intereses de otros. Se le permitía que quedara exonerado de los gastos realizados en la medida del enriquecimiento producido».

¹⁰⁵ *Cours du Code civil*, vol. XXI, p. 199.

científica. La razón histórica es la distribución de materias que POTHIER había hecho. La razón científica es que sólo el pago hecho sin ninguna causa ni presente ni futura constituye un verdadero cuasicontrato.

De acuerdo con las ideas expuestas, la codificación francesa puede caracterizarse por los siguientes datos: 1) Una regulación de las acciones de repetición que se encuentra por lo general dentro de la disciplina de los contratos y de las obligaciones contractuales (p. ej., restitución por causa de nulidad del contrato, pago hecho en una obligación condicional pendiente de la condición, etc.); 2) La configuración de la repetición del pago de lo indebido con un sentido en algún modo residual; 3) Un completo silencio respecto de la figura o regla de la interdicción de los enriquecimientos injustificados o sin causa.

La formación de la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa es en el Derecho francés tardía y jurisprudencial. Es habitual colocar el punto de comienzo de la doctrina en el llamado Arrêt BOUDIER, que es de 15 de junio de 1892. En esta sentencia de la Corte de Casación se estableció la siguiente máxima: la *actio de in rem verso*, que deriva del principio de equidad que prohíbe enriquecerse en detrimento de otro, sin ninguna regulación en los textos legales, no está sometida en cuanto a su ejercicio a ninguna condición determinada y basta para que sea admisible que el demandante alegue y ofrezca probar la existencia de un beneficio obtenido en virtud de un sacrificio o de un hecho personal procurado a aquel contra quien actúa.

En el caso de especie, se estimó la demanda de un suministrador de abono (que había contratado con el arrendatario de una finca y que no había obtenido de él el pago del precio convenido), dirigida contra el propietario de la finca, que se había beneficiado del abono suministrado por haberse extinguido el contrato de arrendamiento en el momento en que el abono se encontraba sito en la finca¹⁰⁶.

¹⁰⁶ En el caso Boudier, un propietario rural, el señor Pateuriau, había arrendado sus tierras a un granjero que, en un momento dado, dejó de cumplir sus obligaciones, por lo que el arrendamiento se rescindió. Para abonar una parte de su deuda, el arrendatario abandonó al arrendador la recolección, que estaba todavía pendiente de realizar. Boudier era un comerciante de abonos que había hecho determinados suministros de este tipo de mercancía al arrendatario, sin haber recibido el

Se ha dicho¹⁰⁷ que en la Cour de Cassation influyó la doctrina de AUBRY y RAU, que eran consejeros de la casación y que habían escrito un curso de Derecho Civil francés muy influido por los autores alemanes o próximo al Derecho alemán, pues no debe olvidarse que eran profesores de Estrasburgo¹⁰⁸. Esta explicación —la aparición de la doctrina del enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia francesa por influjo de la doctrina alemana— es brillante, pero es, como todas las explicaciones brillantes, insuficiente. Según ello, habría existido una línea de ida (desde los textos romanos hasta su cristalización pandectística) y una línea de vuelta que, además de llegar a los códigos sujetos a la esfera de influencia de la doctrina alemana, por obra de ésta, habría llegado a la jurisprudencia francesa y a la de otros países. Es una explicación simplificada. La idea de la *actio de in rem verso*, como *condictio sine causa generalis* de los desplazamientos indirectos, era antigua, como antigua era la utilización de la máxima prohibitiva del enriquecimiento a costa de otro. Se puede recordar en la jurisprudencia francesa una larga secuencia que arranca, cuando menos, de 1820, como ha señalado con acierto ROTONDI¹⁰⁹. Es verdad que en esa época

pago. Boudier reclamó el pago al propietario. Este se defendía alegando que Boudier había contratado con el arrendatario y que este contrato no podía obligarle a él, que no había sido parte en el mencionado contrato y que tampoco había estado representado en él. La demanda había sido estimada y el propietario formuló recurso de casación alegando como primero de los motivos la aplicación indebida de los principios dimanantes de los artículos 1.165 y 1.102 del Código Civil y de la llamada acción de in rem verso. El Tribunal rechazó el recurso y estableció que la acción de in rem verso, aunque no haya sido objeto de un tratamiento legislativo, deriva del principio de equidad que prohíbe enriquecerse en detrimento de otro y no está sometida a ninguna condición determinada, por lo que, para que sea admisible, basta que la parte que la intente, alegue la existencia de una ventaja, procurada por ella, por medio de un sacrificio o de un hecho personal a aquel contra quien se actúa (ver CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 6.ª ed., Paris, 1973, p. 509).

¹⁰⁷ La influencia que han ejercido AUBRY y RAU en la jurisprudencia francesa ha sido puesta de relieve por muchos autores. La destaca, por ejemplo, RIPERT (op. cit., p. 251).

¹⁰⁸ Tratan de la acción de *in rem verso* a propósito de la teoría del patrimonio (cfr. *Cours de Droit civil*, 4.ª ed., tomo VI, párrafo 758). La fórmula es la siguiente: «Facultad de reclamar por medio de una acción personal la restitución de los objetos o valores aportados a un patrimonio.» BARTAIN (en la ed. cit.), desarrollando el pensamiento de Aubry y Rau, dice: «La *versio in rem* es la alteración del patrimonio de una persona a consecuencia del paso injustificado de determinados elementos del patrimonio a otro que en este último siguen siendo reconocibles.»

los problemas se plantean sobre todo en relación con la *negotiorum gestio*, que era históricamente una de las líneas de penetración de la doctrina que nosotros estudiamos. Un Tribunal de Rennes en 1820 concedió la acción de *in rem verso* al marido por suministros hechos a la mujer. La Corte de Apelación de Grenoble, en 1836, dijo que la máxima según la cual nadie puede enriquecerse a costa de otro es el fundamento y la razón de muchas disposiciones legislativas antiguas y modernas, aunque no es un principio absoluto, que puede, si se le da una extensión sin límites, convertirse en fuente de soberanas injusticias. Hay acciones de enriquecimiento concebidas sobre la idea de la *negotiorum gestio*, en casos en que no aparecía con claridad el *animus* de gestión y se proclama la idea de que cuando un tercero realiza un acto del que un propietario se aprovecha, realmente gestiona, aunque involuntariamente y sin saberlo, un asunto de este propietario.

Podemos, por consiguiente, establecer, o mejor aventurar, la hipótesis de que la aparición en la jurisprudencia francesa de la máxima prohibitiva del enriquecimiento a costa de otro se ha debido fundamentalmente a una difusa herencia del Derecho común anterior a la codificación y a su subsistencia en la práctica forense. Sin embargo, cuando la máxima se generaliza y recibe una notoria dinamización (a finales del siglo XIX y a principios del presente), se detecta ya una influencia germánica que es significativa en orden a la definitiva concreción de la regla.

2. La necesidad de formación de tipos y el análisis de supuestos particulares

La tensión entre abstracción, cláusulas generales y casuismo.—El paso de la abstracción y de la generalidad a los planos de mayor concreción.—Los supuestos subsuntibles en la doctrina estudiada.

En el apartado anterior hemos visto cómo una línea de evolución histórica termina en el parágrafo 812 del Código

¹⁰⁹ ROTONDI, *L'azione di arricchimento*, en «Riv. del Dir. Comuni», 1924, I, pp. 374 y ss., y *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza nella dottrina francese e italiana*. «Scritti Giuridici», V, II, Padova, 1972.

Civil alemán con el triunfo de una tendencia hacia la abstracción y hacia las cláusulas generales. La idea del enriquecimiento injustificado, que a partir sobre todo de la obra de WINDSCHEID había servido para dar cauce al Derecho de Condiciones, tal como la Pandectística lo había entendido¹¹⁰, produce como fruto una cláusula general: quien se enriquece a costa de otro sin causa jurídica suficiente está obligado a la restitución. El nivel de abstracción conseguido —muy similar al que en el Derecho de daños alcanza el artículo 1.902 de nuestro Código Civil— hace que la explicación de la regla sea muy difícil y muy difícil asimismo la elaboración de una doctrina suficientemente sólida para ser aplicada a los diferentes posibles casos conflictivos. Lo demuestra con toda claridad la incertidumbre de la literatura jurídica de los primeros años de este siglo. Obligada a moverse en el plano de la abstracción trató denodadamente de formular unos requisitos asimismo abstractos de aplicación de la regla y unas consecuencias jurídicas que, situadas en ese mismo nivel, presentaban la misma vaguedad e indefinición que la regla. A este tipo de planteamientos obedece la utilización de las ideas de desplazamiento y de atribución patrimonial como premisas del enriquecimiento y, sobre todo, la polémica radicada en torno al intento de determinación de la idea de falta de causa. Entre nosotros, obedeció a este tipo de planteamiento la obra de R. NÚÑEZ LAGOS, aunque, cuando aparece, los tiempos habían cambiado ya, pues en 1934, por consiguiente en momento rigurosamente contemporáneo con la obra antes citada, W. WILBURG escribe una conocida monografía, en la que predica la necesidad de llevar a cabo una tipología, como única vía de reducción de la ambigüedad y de superación de la abstracción¹¹¹.

CAEMMERER¹¹² recuerda que los intentos de buscar una fórmula unitaria, a través de la cual se pueda dar forma a la pre-

¹¹⁰ Además del libro de B. WINDSCHEID, ya citado, pueden verse BARRON, *Pandekten*, Leipzig, 1893, § 280; DERNBURG, *Pandekten*, Berlin, 1900, II, pp. 373 y ss.; ARNDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1886, p. 659; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1882, II, 2.º, p. 503.

¹¹¹ Die Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Graz, 1934.

¹¹² Además de los trabajos antes citados, véase *Grundprobleme des Bereicherungsrechts*, en «Gesammelte Schriften», pp. 370 y ss. De este trabajo hay una traducción francesa: *Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause*, en «Revue internationale de Droit Comparé», 18, 1966, pp. 573 y ss.

tensión de restitución por enriquecimiento y señalar sus límites, han sido incesantes, pero no se han visto desgraciadamente acompañados por el éxito. Así, por ejemplo, el Tribunal del Reich dijo en alguna ocasión que la idea que preside el parágrafo 812 del BGB es que los valores patrimoniales, que han afluído a alguien, a quien de acuerdo con las condiciones económicas subyacentes no correspondían, deben ser restituidos a aquellos a quienes pertenecen o deben pertenecer. La finalidad del precepto resulta ser así el equilibrio en la distribución de los valores patrimoniales. En un sentido parecido, ESSER apunta la idea de que las acciones de enriquecimiento son los controles del Derecho objetivo que protegen el régimen jurídico de los bienes. Sin embargo, lo cierto es que de este modo la regla abstracta y general se transforma simplemente de modo verbal y se expresa de otro modo el principio general de justicia conmutativa cristalizado en la vieja fórmula de POMONIO.

Tampoco puede reconocerse mayor éxito a la fórmula, muchas veces utilizada, de acuerdo con la cual la pretensión de enriquecimiento sirve para reequilibrar los desplazamientos patrimoniales ajustados a un Derecho formal, pero no a la justicia material, de suerte que con la *condictio* el ordenamiento sana las mismas heridas que él ha producido (p. ej., mediante la configuración abstracta de los actos y negocios dispositivos). CAEMMERER tiene razón cuando dice que la contraposición entre Derecho formal y justicia material no es adecuada en los ordenamientos modernos. El Derecho de Enriquecimiento no constituye el Derecho de un ordenamiento superior. La pretensión restitutoria —añade— del que paga a un destinatario erróneo, del que paga dos veces una misma cuenta o del que realiza anticipos a cuenta de un contrato que no llega a perfeccionarse, no es de una densidad distinta que la pretensión restitutoria derivada de un préstamo o de la redhibición en la compraventa por vicios o defectos de las cosas vendidas.

Recientemente, KELLMANN¹¹³ ha intentado reconducir las pretensiones de enriquecimiento a un *principio común*, con la ayuda del cual cree poder enjuiciar unitariamente la falta de justificación del enriquecimiento. Con apoyo en ideas que

¹¹³ KELLMANN, *Grundsätze der Gewinnhaftung*, Berlín, 1969.

se encuentran en el pensamiento jurídico angloamericano, cree este autor que el fundamento de la *condictio* es una falta de voluntad y que las *condictiones* son pretensiones derivadas de enriquecimientos producidos sin la voluntad jurídicamente considerable de aquél a cuyo cargo se producen. Sin embargo, la tesis de la falta de voluntad no proporciona una explicación unitaria de todas las pretensiones de enriquecimiento. Falla por lo menos —dice REBB¹¹⁴— cuando el objeto de enriquecimiento se presta con base en un contrato nulo por contravención de la ley o de la moral o por defecto de forma. En estos casos, no existe defecto de voluntad en el sentido de la tradicional teoría del negocio jurídico. KELLMANN ve la objeción y admite que en los casos aludidos los contratos no son nulos por falta de voluntad y que la *condictio* no se justifica por este defecto de «causa», sino sólo porque el titular ejecutó la prestación sobre una confianza errónea en la validez del contrato y por tanto con un defecto de voluntad jurídicamente relevante. Frente a esta tesis hay que decir que no es posible establecer una diferencia entre «falta de voluntad» y «defecto de voluntad»; además, KELLMANN pasa por alto que el receptor del enriquecimiento confía también en la validez del contrato y, por ende, en la licitud de la conservación de la prestación, de manera que la unilateral alegación de la confianza y, por ello, del interés del ejecutor de la prestación, no puede servir de explicación de la pretensión de restitución. La solución sólo puede encontrarse de una valoración de los intereses de las partes.

La imposibilidad de construir explicaciones unitarias impone la conclusión de que todo lo que sea moverse en el plano de la abstracción no permite nunca salir de la abstracción. Tanto el razonamiento, como los intentos de configurar la pretensión de enriquecimiento y de señalar sus límites, necesitan una dosis de concreción. No se trata aquí de la concreción a que da lugar el casuismo, sino de un terreno intermedio entre casuística y abstracción que pueda calificarse como tipología o de formación de tipos. Sólo construyendo una tipología es posible comprender el instituto que nos ocupa.

¹¹⁴ REBB (Hartmut), *Grundprobleme des Bereicherungsrechts*, München, 1975.

Este camino lo apuntó primero WILBURG, lo recogió después decididamente CAEMMERER y es el que, finalmente, es hoy moneda común en la literatura alemana¹¹⁵. La línea de la «formación de tipos» avanzó por la vía del desdoblamiento que permite la redacción del parágrafo 812. Recuérdese que según este precepto quien ha obtenido algo por prestación de otro o de otro modo, está obligado a restituir el enriquecimiento. Hay, pues, dos formas de obtención de algo o dos modos de enriquecimiento: por prestación o de otra manera. La acción que permite obtener la restitución de los enriquecimientos producidos por prestación es conocida desde WILBURG con el nombre de *Leistungskondition*. Más difícil ha sido encontrar la otra vía (*in sonstiger Weise*). WILBURG colocaba en este lugar el enriquecimiento producido por la utilización de bienes ajenos. La doctrina posterior acuñó la idea de una *condictio* de intromisión o por intromisión (*Eingriffskondition*).

No es éste todavía el momento de saber si ese desdoblamiento cierra por completo el campo. Es éste un problema que tendrá que quedar abierto y sobre el cual tendremos finalmente que volver. Sin embargo, como método de trabajo para que la investigación continúe parece suficiente.

El método de la formación de tipos ha sido seguido en Italia por Pietro TRIMARCHI¹¹⁶, para quien el alcance general de la regla que sanciona la responsabilidad de la persona que obtiene un enriquecimiento sin causa con correlativa disminución del patrimonio de otra, presenta algún límite. Ante todo, la admisibilidad de la acción de enriquecimiento tiene que justificarse por una exigencia de la tutela del empobrecido, que no pueda considerarse que opere siempre que se verifique una disminución patrimonial de alguno con un consiguiente enriquecimiento de otro. Retransferir al empobrecido —dice TRIMARCHI— el valor de una utilidad perdida por éste, es algo que se justifica cuando la utilidad sea el resultado de una actividad del empobrecido, resultado que pueda consistir en la transformación de un bien o en un servicio.

¹¹⁵ Cfr. SCHYHNG, *Leistungskondition und Bereicherung in sonstiger Weise*, Archiv für die civilist. Praxis, 1958, p. 371. Ver también ESSER, *Schuldrecht*, reelaborado por H. L. WEYERS, Heidelberg-Karlsruhe, 1979, II, 2.º, pp. 36 y ss.; FIKENTSCHEK, *Schuldrecht*, Berlín, 1976, pp. 570 y ss.
¹¹⁶ *L'arricchimento senza causa*, Milán, 1962, p. 17.

Fuera de esta hipótesis, la restitución al empobrecido del valor de una utilidad perdida presupone que esta última constituye objeto de un derecho que el ordenamiento jurídico le reconoce, de cuya defensa la acción de enriquecimiento sin causa es instrumento.

Estas consideraciones indican las direcciones en que la fórmula general de interdicción del enriquecimiento ha de entenderse limitada e induce a formular dos hipótesis típicas: a) El enriquecimiento que deriva del hecho de haber conseguido una utilidad que constituía el objeto de un derecho ajeno; y b) El enriquecimiento que deriva del hecho de haber conseguido una utilidad que constituía el fin de una actividad ajena.

La primera de las hipótesis que pueden pensarse es la del enriquecimiento que deriva de haber conseguido la utilidad que es objeto de un derecho ajeno. En este caso, la concesión al empobrecido de una acción restitutoria constituye un complemento necesario de la tutela de ese derecho. En materia de derecho de propiedad, se trata de la obtención de las utilidades reservadas al propietario, que se puede producir por la utilización, la explotación, el consumo o la disposición de la cosa. Puede operar también en relación con otros derechos reales o con derechos calificables de propiedades especiales como los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial. La acción de enriquecimiento es entonces un medio de complemento de la tutela del derecho de propiedad o del derecho real de que se trate. Puede tratarse asimismo de una tutela de los derechos de crédito, como ocurre con la acción que corresponde al acreedor contra quien haya obtenido un pago con efectos liberadores para el deudor (*v. gr.*, pago al acreedor aparente).

La segunda hipótesis —haber conseguido la utilidad que constituía el objeto de una actividad ajena— se divide a su vez en dos subtipos, según que la actividad ajena, de la cual el enriquecimiento deriva, constituya una prestación o una actividad basada exclusivamente en el propio interés, cuyo resultado útil, sin embargo, ha llegado al patrimonio ajeno (*v. gr.*, mejora de la cosa ajena; actividad realizada por el poseedor en la producción y recogida de los frutos de la cosa cuando éstos estén atribuidos al propietario, etc.).

Sin negar los méritos que tiene la tipología esbozada por P. TRIMARCHI, seguiremos las líneas hoy dominantes en la doctrina alemana.

Si llamamos *condictio* a la acción dirigida a reclamar la restitución de un enriquecimiento injustificado, es posible, *grosso modo*, diseñar dos tipos de *condictiones*: a) La *condictio* por prestación; b) La *condictio* por intromisión.

La primera corresponde a la primera de las posibilidades que abre el § 812 BGB (*durch Leistung*). La segunda se incardina dentro de la genérica fórmula definida como «de otro modo» (*sonstiges Weise*) y es llamada a veces como de «no-prestación». Examinaremos a continuación cada uno de estos tipos de acciones, tratando de averiguar —como es lógico— su posible encaje en nuestro Derecho.

3. La «condictio» de prestación y el campo jurídico-obligatorio

Las anomalías funcionales de las prestaciones: la prestación ejecutada sin deber; la prestación derivada de contratos nulos y anulables; la prestación en caso de resolución de los contratos; los problemas de las disposiciones abstractas.—El concepto de prestación en Derecho de obligaciones y en Derecho de enriquecimiento.—Prestación y finalidad de la prestación.—Las condiciones actuantes en este campo: 1) La condictio indebiti; 2) La condictio ob rem; 3) La condictio ob turpem vel iniustam causam.

La primera de las variantes o de los tipos de las pretensiones de enriquecimiento es la que llamaremos *condictio de prestación*, que se da cuando el desplazamiento patrimonial o el enriquecimiento (la obtención del lucro, en definitiva) se ha producido en virtud de —o por la vía de— una prestación. Conviene dejar en claro desde ahora que cuando la palabra «prestación» se utiliza en el Derecho de Enriquecimiento tiene un sentido diferente, por lo menos parcialmente, del que recibe en el Derecho General de Obligaciones. En el Derecho de Obligaciones, como se sabe, se considera

prestación al objeto de la obligación, entendiendo por tal el comportamiento (acción u omisión) que el acreedor tiene derecho a exigir del deudor, considerado primero como programa o proyecto idealmente concebido y considerado después en su efectiva realización. En cambio, en el Derecho de Enriquecimiento, se trata de dar marcha atrás en los efectos del comportamiento prestacional. Como sabemos, se trata de restituir el aumento del patrimonio. Factor esencial, por tanto, del concepto de prestación, en el Derecho de Enriquecimiento, es el resultado de aumento patrimonial, aunque, como es lógico, no todo aumento patrimonial sea prestación. Como ha sido acertadamente señalado, el concepto de prestación que ahora estamos buscando resulta al poner en conexión un aumento patrimonial con su fundamento en un proyecto jurídico-obligatorio. Se trata, pues:

- a) De un aumento patrimonial ocurrido conscientemente, y
- b) De una actividad o comportamiento realizado con la finalidad de ejecutar un plan jurídico-obligatorio. La idea de prestación a tener en cuenta en el Derecho de Enriquecimiento queda enmarcada, de este modo, por el plan básico jurídico-obligatorio y por la finalidad perseguida respecto de él¹¹⁷. Teniendo en cuenta esas coordenadas, las prestaciones se pueden tipificar del siguiente modo:

- a) El autor de la prestación busca, al realizar el desplazamiento patrimonial, el cumplimiento de una (existente o supuestamente existente) obligación, negocial o legalmente originada. Es lo que puede llamarse *prestación solvendi causa*, que es con mucho el supuesto más importante.

- b) La prestación se realiza para originar inmediatamente con ella un negocio jurídico y una relación jurídica obligatoria o dispositiva, para cuya aparición es necesario tal desplazamiento patrimonial.

- c) La prestación se realiza para impulsar al accipiente a realizar un determinado comportamiento respecto del cual

¹¹⁷ Ver WEITNAUER, *Zweck und Rechtsgrund der Leistung*, en el vol. *Ungerechtfertigte Bereicherung* (Grundlagen, Tendenzen, Perspektiven), que contiene las aportaciones a un simposio de la Facultad de Derecho de Heidelberg celebrado en memoria de Detlef König, Heidelberg, 1984, página 25.

el autor de la prestación no tiene ningún derecho. Se habla en estos casos de prestación *ob rem*.

Partiendo de estas premisas, se pueden dibujar los diferentes supuestos que se agrupan bajo la rúbrica de *condictio* de prestación. El hilo conductor o denominador común de todos ellos es la frustración de la prestación por no-producción o por desaparición de la finalidad a que iba enderezada. Supuesto que es esta finalidad la que justifica el desplazamiento patrimonial y lo que justifica en definitiva el sistema de circulación jurídico-obligatoria de bienes y de servicios, la frustración determina la necesidad de la restitución y, por consiguiente, hay que otorgar para ello la correspondiente pretensión.

Combinando los datos que hemos tenido en cuenta, aparecen los diferentes subtipos de la *condictio* de prestación, que son los siguientes:

a) *La condictio indebiti*.—Tiene por objeto la restitución de las prestaciones realizadas *solvendi causa* cuando no existía obligación que cumplir al tiempo de la prestación, y la de las prestaciones realizadas *obligandi* o *donandi causa*, cuando no ha llegado a producirse la finalidad perseguida con ellas.

b) *La condictio ob causam finitam*.—Se distingue de la *condictio indebiti* en que la causa existía en el momento en que ésta fue ejecutada, pero desaparece después (*v. gr.*, se cumple una condición resolutoria; deviene ineficaz el negocio causal por una anulación producida posteriormente).

c) *La condictio ob rem* (o *condictio causa data causa non secuta*).—Se aplica en aquellos casos en que no se produce el resultado perseguido con la prestación según el contenido del negocio jurídico. Es discutido en la doctrina a qué casos se aplica este tipo de *condictio*. Se admite que se someten a la *condictio ob rem* los casos en que el *solvens* ha querido mover al *accipiens* a un comportamiento que no tenía derecho a reclamar. La prestación tiene como objetivo un comportamiento del *accipiens* no debido negocialmente (*v. gr.*, la celebración de un contrato). Sin embargo, se ha señalado que desde este punto de vista la *condictio ob rem*

es superflua dado que se encontraría comprendida en la *condictio indebiti*. Y por otra parte, los supuestos que fueron conocidos como presuposición o base del negocio no parece que puedan recibir solución por este cauce.

d) *La condictio ob turpem vel iniustam causam*.—Se aplica cuando la finalidad de la prestación se encontraba determinada de tal forma que el *accipiens* al recibirla contraviene una prohibición legal o las reglas de las buenas costumbres.

Los casos cubiertos a través de la genéricamente llamada *condictio* de prestación son, como se podrá comprobar, muy numerosos. Se encuentran en este terreno la figura genérica de los pagos indebidos; las prestaciones derivadas de contrato nulo o de contrato anulado; la prestación en virtud de un contrato resuelto por incumplimiento o por desaparición de la base del negocio y las prestaciones hechas para concluir un contrato o para obtener una prestación (*v. gr.*, la ofrecida en una promesa pública).

¿Qué posibilidades de encaje tiene la *condictio* de prestación, tal y como la hemos diseñado en las páginas anteriores, en el Derecho español? Este crudo interrogante nos devuelve a nuestras preocupaciones iniciales, porque sólo si la *condictio* de prestación cupiera en sus genuinos términos podríamos hablar de una auténtica regla de interdicción de un enriquecimiento sin causa.

La respuesta del interrogante anterior no es fácil. Para contestarla, hay que dar solución a las siguientes parciales cuestiones: cuáles son los perfiles de la *condictio indebiti* en el Derecho español, y cuáles las reglas restitutorias establecidas en materia contractual y su ámbito de actuación. Comenzaré por este último punto.

He señalado más arriba, como una de las características de los Derechos pertenecientes al área de la codificación francesa, que una gran parte de los problemas del Derecho de Condiciones han pasado en ellos seguramente por influencia de J. DOMAT, a la regulación del Derecho de Contratos. De esta suerte la restitución de las prestaciones fundadas en contratos ineficaces (nulos, anulables, etc.) no es por

regla general en estos Derechos materia de *condictio*, sino aplicación estricta de las reglas del Derecho de Contratos. Son muy claros, en este terreno, los artículos 1.303-1.306 CC.: el primero de ellos establece la regla general restitutoria; el segundo obliga al incapaz a restituir el enriquecimiento, y los otros dos regulan las prestaciones realizadas *ob turpem vel iniustam causam*. Es verdad que los términos literales del artículo 1.303 CC. no son muy amplios. Se restituyen cosas y precios. Sin embargo, nada impide una aplicación extensiva del precepto cuando la materia de la prestación contractual era un *facere* o un *non facere*. Reglas restitutorias existían también en el artículo 1.295 para los casos de rescisión de los contratos; y reglas restitutorias hay cuando se paga antes del cumplimiento de la condición (cfr. artículo 1.121 CC.).

Nada dice el Código del efecto restitutorio que se produce en los casos de resolución de los contratos sinalagmáticos por incumplimiento o por desaparición sobrevinida de la base del negocio. En el sistema del Código, la facultad de resolver las obligaciones, implícita en las recíprocas ex artículo 1.124, es un caso particular de aplicación de la idea de condición resolutoria, por lo cual le es aplicable lo que dispone el artículo 1.123; cumplidas las condiciones que tengan por objeto resolver la obligación, deben los interesados restituir lo que hubiesen percibido.

Cuando la resolución se configura con una técnica distinta, como categoría autónoma, la doctrina reconstruye el esquema restitutorio. Así, *v. gr.*, se dice¹¹⁸ que la resolución determina la extinción de la relación obligatoria con efecto retroactivo y que, por consiguiente, cada una de las partes debe reintegrar o restituir a la otra las cosas o las prestaciones que hubiesen sido entregadas o ejecutadas. Algún problema se plantea en los casos en que la restitución específica no es posible, p. ej., por tratarse de un *facere* o de un servicio. La doctrina señala en estos casos que la restitución debe producirse a través del equivalente pecuniario.

Habrà, pues, que convenir en que, no obstante sus insuficiencias, las reglas restitutorias que nuestro Derecho esta-

¹¹⁸ Cfr. L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2.º, página 334.

blece en materia contractual para los casos de contratos nulos, anulables, rescindibles o resolubles cubren una buena parte de las hipótesis que en otros Derechos o en otros sistemas pertenece al campo de la *condictio indebiti*. Ello nos traslada frontalmente a esta última figura.

Es necesario, por ello, tratar de averiguar qué perfiles presenta, en los Derechos situados en la órbita de la codificación francesa, la regulación de la *condictio indebiti* o cuasicontrato del cobro de lo indebido, pues a la regulación de la figura en el Derecho alemán nos hemos referido ya antes. POTHIER, que se ocupa de esta materia, al mismo tiempo que de los contratos de beneficencia, dice que la acción llamada *condictio indebiti* es la que se tiene cuando alguien ha pagado por error a otro no sólo una cierta suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles que es el caso del llamado *promutuum*, sino, más generalmente, cualquier cosa que creía por error deber¹¹⁹. Tras esa enunciación, establece POTHIER los casos en que a su juicio se puede suponer que hay lugar a la *condictio indebiti*, que enumera del modo siguiente: a) Hay repetición y acción *condictio indebiti* cuando no ha existido nunca título alguno de la deuda que se cree saldar y cuando el título es nulo y la nulidad se descubre después de haber pagado. Ejemplo de ello es el caso de un heredero que paga los legados establecidos en un testamento y el testamento que constituye el título de la deuda que el heredero cree saldar, resulta nulo o revocado por otro testamento del que no se tenía conocimiento; o el caso del que compra una cosa que le pertenecía ya en propiedad. b) Hay lugar a la *condictio indebiti* en aquellos casos en que el deudor que ha pagado, podía defenderse por medio de una excepción perentoria. Por ejemplo: dice POTHIER, la excepción de cosa juzgada. c) Cuando se paga más de lo que se debía, el excedente se puede reclamar por *condictio indebiti*. d) Se paga algo indebido no sólo en los casos en que el pago corresponde a una deuda inexistente (algo que nunca se debió), sino también cuando se paga lo que se ha dejado antes de deber. Es el caso, dice POTHIER, del codeudor que paga ignorante de que su codeudor solidario había pagado antes que él la totalidad de la deuda. e) Se paga también algo que no se debe cuando se paga antes de

¹¹⁹ Cfr. *Traité des contrats de bienfaisance*, París, 1807, pp. 176 y ss.

cumplirse la condición suspensiva de la deuda y, por ello, hay lugar a repetición. f) Se realiza un pago indebido cuando se paga a persona distinta del acreedor. g) Se produce el error sobre la cosa debida cuando hay diferencia entre cosa debida y cosa pagada. h) Por último, señala el autor citado que algunas veces depende de un acontecimiento futuro si el pago hecho es indebido y si en consecuencia hay lugar o no a la restitución. Por ejemplo, dice POTHIER, si existe la obligación alternativa de un pago de dinero y de una cosa cierta y primeramente se paga una parte de dinero, depende de lo que se haga a continuación, el carácter debido o no debido, pues si se paga la otra parte de dinero el pago es justo y correcto, mas no en el caso contrario.

Parece deducirse de la exposición anterior que la concepción que preside esta exposición de la *indebiti conditio* es de una cierta amplitud. El mismo POTHIER dice¹²⁰ que la acción *conditio indebiti* es una rama de la condición general *conditio sine causa* que otorga la restitución de todo lo que se ha donado o pagado sin una finalidad real.

No es seguro que esta concepción fuera acogida en el Código Civil francés. Sin penetrar ahora de lleno en la cuestión, sobre la que habrá seguramente que volver, baste señalar que entre los comentaristas y en la doctrina ha sido dominante una concepción restrictiva. COLIN y CAPITANT¹²¹ consideran que el cuasicontrato que estudiamos es una aplicación al pago de la teoría de la causa y, consiguientemente, del artículo 1.235 CC, según el cual el pago supone una deuda y lo que ha sido pagado sin ser debido está sujeto a repetición. El derecho que tiene el *solvens* de repetir lo pagado indebidamente es la consecuencia natural de la nulidad del pago.

Pueden, de esta manera, dibujarse dos concepciones diferentes de la *indebiti conditio* de la codificación, combinando las ideas antes señaladas con la forma de exigir el error en el pago:

a) Hay una concepción, que puede llamarse amplia, si se aplica el calificativo de *indebitum* al acto de recibir algo.

¹²⁰ Op. cit., p. 188.

¹²¹ *Curso*, cit., vol. 3.º, p. 876.

pero sin exigir necesariamente que este acto tenga función solutoria. Si además de ello el requisito del error se difumina de uno u otro modo (presumiéndolo, etc.), la *conditio indebiti* así entendida se aproxima a una *conditio sine causa*.

b) La que podemos llamar concepción estricta del pago de lo indebido se caracteriza por referirse a pagos —o cobros— consistentes en la entrega y la recepción de cosas (de dinero, de cosas genéricas y de cosas concretas y determinadas). El pago indebido es siempre una *datio*. De aquí se desprende que no cabe en el cuasicontrato un tratamiento de la prestación ejecutada con función solutoria, pero indebida, de un *facere* o de un *non facere*.

Además de ello, es requisito de la repetición el error del *solvens*. Se trata de un pago realizado por error. De algún modo, es el error lo que justifica la obligación de restituir. Es verdad que el artículo 1.901 establece una presunción de error en el pago cuando se entrega cosa nunca debida o cosa ya pagada. Sin embargo, esta presunción se entiende, por lo general, como *iuris tantum*, que admite, por consiguiente, la prueba en contrario. Prueba en contrario que conducirá necesariamente a las opciones que el inciso final del precepto establece: no hubo error porque la entrega se hizo a título de liberalidad; o bien no hubo error porque había una justa causa. La «justa causa», desde la óptica en que nosotros nos estamos situando aquí, es una razón suficiente para ejecutar un acto con función solutoria aun encontrándose el que la realiza convencido de su falta de obligación. Por ejemplo, se paga para eludir un procedimiento, especialmente oneroso, pero con la voluntad de reclamar después. El problema de los pagos indebidos sin error, cuando no hay título de liberalidad ni justa causa que determine la adquisición de la propiedad por el *acipiens*, han planteado entre nosotros siempre problemas y su solución constituye una genuina laguna legal.

¿Cuál de las diferentes concepciones de la *conditio indebiti* es la que preside nuestro Código Civil? Aunque la cuestión ha sido planteada rigurosamente muy pocas veces, la tesis que he llamado restrictiva parece ser la que encuentra más adeptos. Yo mismo me adscribí a ella y lo hice radi-

calizando el tema, pues propuse la desaparición del tratamiento del cuasicontrato y la absorción de esta materia en una regulación del pago¹²².

Las tesis extensivas poseen importantes valedores que tratan de presentar a su favor argumentos de carácter histórico junto a otros de interpretación sistemática del Código. R. NÚÑEZ LAGOS¹²³ ha sostenido esta tesis hablando de una «tradición del Derecho patrio» que incluye toda la teoría de las *condictiones* en el cuasicontrato de cobro de lo indebido. Esa tradición, según NÚÑEZ LAGOS, se encuentra en la obra de Ignacio JORDAN DE ASSO y Miguel DE MANUEL y se refleja asimismo en la obra de SALA y en la de Benito GUTIÉRREZ. Obedece, según NÚÑEZ LAGOS, a los postulados del Derecho de Partidas (Partida 5.ª, título 14), que, con el título «de las deudas que se pagan a aquéllos a quienes no se deben», regula diferentes clases de *condictiones* que no cuadran con la *condictio indebiti* en sentido estricto. Obedecería esta posición, además, al influjo que las obras institutistas, especialmente VINNIO y HEINECCIO, ejercieron en nuestras universidades en los siglos XVIII y XIX.

A los argumentos de carácter histórico se unen otros de carácter sistemático. Según la opinión de R. NÚÑEZ LAGOS, aceptada luego por algunos otros autores, el artículo 1.901 del Código Civil permite entender que existe, en el Derecho español, una *condictio sine causa generalis*. El hecho de que según el precepto legal citado el error quede relevado de prueba directa por medio de una presunción, obliga a llegar a ese resultado, tanto si se considera que la presunción del artículo 1.901 del Código Civil es *iuris et de iure* como si es *iuris tantum*. Una *condictio indebiti* sin necesaria prueba del error del *solvens* y sólo con prueba de los requisitos de carácter objetivo, deja de ser genuina una *condictio indebiti* y se convierte en una *condictio sine causa*.

«De esta manera —concluye NÚÑEZ LAGOS— nuestro Código Civil queda en la misma línea que el Código austriaco, englobando en el cuasicontrato de cobro de lo indebido dos *condictiones*, la específica y estricta de pago, de lo indebido

¹²² *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1.º, p. 640.

¹²³ *Op. cit.*, p. 150.

y la *sine causa generalis*, que suple y encierra en su contenido todas las *condictiones* del sistema, de igual forma que las contiene el parágrafo 812 del Código Civil alemán o el 62 del Código suizo de las obligaciones.»

La tesis que acabamos de resumir, por lo que tiene de sugestiva y por la indiscutible autoridad de alguno de sus sostenedores, merece un examen atento. El argumento histórico parece en este caso secundario. R. NÚÑEZ LAGOS quiere hacer hincapié en la Base 1.ª de la Ley de 11 de Mayo de 1888, que no concedía al Código otro alcance que el de regularizar; aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, y en la Base 21 que ordenaba mantener un concepto amplio de los cuasicontratos. Es discutible que los autores del Código Civil cumplieran estrictamente, en otros muchos puntos y en éste, los mandatos de la Ley de Bases. Más con independencia de cual fuera la tradición histórica española, es posible entender que los artículos 1.888 y siguientes del Código presentan una notoria influencia de la codificación francesa, mientras que el discutido artículo 1.901 se recibe del llamado Anteproyecto belga de LAURENT¹²⁴, lo que impone la necesidad de no darle una interpretación distinta de la que LAURENT daba al texto original¹²⁵.

¹²⁴ Ver F. LAURENT, *Avant-projet du Code Civil*, vol. 4.º, Bruselas, 1884. El artículo 113 dice: «La demandeur doit prouver ensuite qu'il a payé par erreur Il a présomption d'erreur lorsqu'il a prouvé qu'il a payé ce qu'il ne devait pas, sauf au défendeur á prouver que le payement lui a été fait a titre de libéralité, ou pour une autre juste cause.»

Sobre el tema de la presunción del error vid SÁNCHEZ ROMÁN GALLIFA, *Sobre las dos últimas palabras del artículo 1.901 del C C*, Madrid, 1916.

¹²⁵ Las palabras con las que explica LAURENT su propuesta arrojan bastante luz sobre el problema. La cita es un poco larga, pero vale la pena: «Existe una primera dificultad en lo que concierne al error —dice LAURENT— El Código Civil plantea dos casos en que se admite la repetición: en primer lugar, el caso ordinario, en que no hay deuda; el artículo 1.235 dice que lo que se ha pagado sin ser debido está sometido a repetición y no exige que el pago haya sido hecho por error. El artículo 1.377 prevé un segundo caso, el de una persona que abona una deuda de la que no es deudora; aquí la ley exige el error. El tercer caso de pago indebido, aquel en que el pago de la deuda se hace a persona que no es acreedora, no lo prevé el Código. ¿Hay que inducir de ello que el error sólo es una condición de la repetición en el caso del artículo 1.377? No, esto sería una innovación; en el antiguo Derecho, el error era una condición general del pago de lo indebido y nada hace entender que los autores del Código hayan querido derogar un principio que pertenece a la esencia del cuasicontrato de repetición. POTHIER exigía el error sin distinción alguna y su doctrina fue reproducida por el Orador del Tribunado. El que paga conscientemente lo que no debe no se considera que pague; y no puede, por tanto, repetir lo que no

Los argumentos de orden sistemático no resultan mucho más convincentes. Parece muy difícil sostener que nuestro sistema jurídico es similar al del Código Civil alemán en su parágrafo 812. No es fácil entender —es cuando menos discutible— que en el Derecho alemán se recogiera una *condictio sine causa generalis*, pero ésta no existe en el Código Civil español.

ha querido pagar. ¿Cuál ha sido su intención? No se le puede suponer otra que la de hacer una liberalidad; pagar lo que se sabe que no se debe es donar, esta es la teoría tradicional y basta para justificar el anteproyecto. Se objeta que no hay donación más que con el concurso del consentimiento; no basta que pagando conscientemente lo que no debo quiera donarlo; es preciso también que quien reciba lo que no le es debido quiera recibir y acepte una liberalidad. Es preciso, además, que esta liberalidad sea válida como donación manual, lo que, en el sistema del anteproyecto, suscita una nueva dificultad, puesto que sólo admite la donación manual de modo excepcional. La objeción tiene fundamento. Si realmente el que recibe un pago indebido considera que recibe un pago y no una liberalidad, no habrá donación; sin embargo, tampoco habrá pago indebido; la consecuencia es que la cosa pagada podrá ser reivindicada por el que la haya pagado, si el pretendido acreedor carece de título para conservarla; no se puede decir si quiera que la posea, pues no la posee, ni como acreedor, que no lo es, ni como donatario que no ha querido serlo. La verdad es que toda esta discusión es un debate académico. Las liberalidades directas son muy raras y más raras todavía las hechas bajo forma de pago indebido. ¿Qué razón pueden tener las partes para hacer y recibir una donación manual bajo forma de pago indebido? ¿No es más natural hacer la liberalidad a título de donación? Un pago hecho conscientemente por el que sabe que no es deudor, a título de donación manual, y recibido conscientemente por el que sabe que no es acreedor, es una hipótesis que no se realizará casi nunca. La dificultad se reproduce cuando se trata de la prueba del error, que incumbe al demandante de la repetición. ¿Cómo probará que ha pagado por error? La prueba es tan difícil, que los autores han imaginado una presunción en favor del que ha hecho el pago indebido. Una vez probado que el demandante ha pagado lo que no debía, se presume que ha pagado por error. En efecto, el que paga lo que no debe tira su dinero, a menos que tenga intención de hacer una liberalidad; es así que no se presume que alguien done; luego debe suponerse que el que ha hecho el pago indebido lo ha hecho por error. Ello es cierto, sólo que las presunciones no se establecen por vía doctrinal; de modo que hace falta una ley y una ley especial según el artículo 1.350 del Código de Napoleón. El anteproyecto colma la laguna. Los autores hacen diversas distinciones en la aplicación de la presunción de error. Si lo que se acaba de decir antes es exacto, no hay lugar a distinguir. La pretendida donación, que POTHIER supone cuando el pago indebido ha sido hecho conscientemente, es una suposición. La verdad es que el pago de lo que no se debe implica el error. CUIJAS decía que el título *De las donaciones* estaba a disposición de los tontos. No sé si antaño había muchos de estos tontos; lo cierto hoy es que los hombres no son donantes; las donaciones, salvo en contrato de matrimonio, son el más raro de los actos; y cuando se hace una liberalidad manual, no se recurre a la ficción de que se paga una deuda» (F. LAURENT, *Avant-Project*, cit., p. 98).

Para comprobarlo basta tener presente la idea de que esa supuesta *condictio sine causa generalis* derivada del artículo 1.901 tendría que ser siempre una *condictio* de prestación, lo que impide la verdadera *condictio sine causa generalis* en los casos de apropiación o utilización de bienes ajenos. Las acciones del propietario frente a los usurpadores o autores de intromisiones podrán tener otro fundamento, pero no el del artículo 1.901.

Tampoco se puede admitir la premisa situada en la idea de que cuando no juega el requisito del error la *condictio* se transforma de *condictio indebiti* en *condictio sine causa*. El error o falta de error —así como el modo de valorarlo o de medirlo— amplía o restringe indudablemente la *condictio indebiti*, pero no la modifica, porque lo fundamental es que la situación arranque de actos llevados a cabo con función solutoria o *solvendí causa*, siendo el error un factor de modulación. Por ello, la figura no deja de ser una *condictio indebiti*. Aunque al regular el fenómeno el error del *solvens* no se inserte en el supuesto de hecho y se dibuje sólo como causa de exclusión de la restitución el conocimiento del carácter indebido de la prestación, el terreno en que nos encontramos es el de los límites de la *condictio indebiti*.

La vía anteriormente indicada —la presunción del error o incluso la desaparición del error en las hipótesis reguladas por los artículos 1.895 y siguientes del Código Civil— no es pues camino idóneo para sostener una transformación de la *condictio indebiti* en *condictio sine causa*, ni para construir en nuestro Derecho una concepción amplia de la *condictio indebiti*. Es posible, sin embargo, tratar de escrutar algún otro camino que conduzca a esa meta.

Es de interés recordar el texto de los artículos 1.376 y 1.377 del Código Civil francés. Según el primero «celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu». Según el segundo, «lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier». ¿Cómo cuadran entre sí estos dos preceptos? La lectura aislada del primero permite establecer la hipótesis de que se aplica a más supuestos que a los estrictamente calificables como pagos indebidos. No me parece lo

más importante el hecho de que en el párrafo primero se permita el juego de la restitución tanto si hay error como si hay consciencia de la situación mientras que el error se introduce como factor determinante del supuesto de hecho en el párrafo 2.º, pues no es error del *solvens*, sino del *accipiens*. Lo importante, a mi juicio, es que el artículo 1.376 contempla abstractamente la recepción en sí misma considerada y sólo el artículo 1.377, dirigiendo la perspectiva a la posición de quien se creía deudor, menciona el caso del que salda una deuda. También es digno de destacarse que el artículo 1.377 repite en sede de cuasicontratos una regla que se encuentra, como sabemos, en el artículo 1.235 (párrafo 1.º): «Tout payement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition». Podría sostenerse que en el artículo 1.376 hay una amplia *condictio* por adquisición indebida, con independencia de cual haya sido la actividad realizada por la otra parte y la voluntad que la haya guiado —es decir, sin necesidad estricta de prestación y de *animus solvendi*—, mientras que el artículo 1.377 se refiere estrictamente al pago indebido.

Hay que confesar que la idea esbozada no parece haber sido seguida por los comentaristas y por la doctrina francesa, que refieren uno y otro artículo a la hipótesis del pago de lo indebido.

COLIN Y CAPITANT, que se plantean el problema de la diferencia del ámbito de aplicación de los dos artículos¹²⁶, dicen que ambos preceptos deben entenderse referidos al pago indebido y que la mayor parte de los autores se inclina por considerar que debe sobreentenderse que es necesario el error del *solvens* en el primero de los dos textos. Esta tesis tiene las siguientes razones a su favor. En primer lugar, están en favor de ella la tradición del Derecho Romano y los antecedentes del Derecho francés (sobre todo POTHIER en el *Traité du quasicontrat promutuum*). Además, la equidad no exige en modo alguno que la ley venga en auxilio del que ha pagado conscientemente lo que no debía. El pago de lo indebido hecho conscientemente no es un pago sin causa. Otros autores, sin embargo, ateniéndose a la letra de los textos, dicen que el error del *solvens* sólo es una condición

¹²⁶ Curso, cit., III, p. 877.

de la repetición en la hipótesis a que se refiere expresamente el artículo 1.377, pues los supuestos de hecho de los dos preceptos son diferentes. El artículo 1.376 se refiere al caso de total inexistencia de la deuda, mientras que el artículo 1.377 se refiere al caso del pago de una deuda que verdaderamente existe, pero que paga quien no es el verdadero deudor. Ello ha permitido a algunos autores sostener que en los demás casos de pago de lo indebido (pago de una deuda que no existe realmente o es nula) la repetición podría verificarse aunque el *solvens* haya pagado conscientemente. Sin embargo, los autores citados consideran ambas opiniones inexactas por demasiado absolutas y creen que se puede deducir de la jurisprudencia una distinción a la vez equitativa y racional, que sería la siguiente.

En la mayoría de los casos —dicen COLIN Y CAPITANT— el *solvens* sólo puede repetir lo indbidamente pagado probando que no ha pagado con conocimiento de causa y voluntariamente. Nada se opone a que el *solvens* beneficie al *accipiens*, siempre que lo haga con conocimiento de causa y exista una prestación legítimamente causada. En virtud del principio según el cual debe presumirse (hasta que haya prueba en contrario) que toda obligación o toda prestación descansa sobre una causa verdadera (art. 1.132), incumbe al *solvens* probar, para destruir esta presunción que su pago ha sido hecho por error, o, lo que viene a ser lo mismo, bajo el imperio de la violencia. El artículo 1.377 ofrece un ejemplo típico de una hipótesis de este género. Supone que existe una deuda, pero que ha sido pagada por error por quien no era el deudor. Nada se opone a que se pague una deuda ajena (art. 1.236, párr. 2.º); y, de hecho, ocurre con frecuencia que el pago procede de quien no es el deudor, ya porque el *solvens* haya querido hacer una liberalidad a este deudor, ya porque estuviese obligado respecto de él y se libere pagando al acreedor de su acreedor, ya, por último, porque quiera gestionar el negocio del deudor. El *solvens*, puesto que cabe presumir que su intervención ha tenido una causa válida, sólo podrá, por lo tanto, repetir lo que pagó, demostrando que ha pagado por error o, de un modo más general, involuntariamente.

Hay otras hipótesis en que, por el contrario, el *solvens* no tendrá necesidad de probar nada, y podrá repetir aunque

haya pagado conscientemente. Ocurrirá esto cuando un obstáculo legal se oponga a la validez del pago hecho por él. El ejemplo más significativo es el caso en que el *solvens* ha pagado una deuda que era nula porque se fundaba en una causa inmoral o ilícita. El pago no tiene entonces casusa, aunque se haya hecho conscientemente, pues no puede valer como confirmación.

He expuesto con alguna extensión la opinión de COLIN Y CAPITANT porque esclarece bastante los problemas planteados tras la codificación francesa sobre el error como requisito o condición de la repetición de lo indebidamente pagado y porque contribuye al mismo tiempo a corroborar la idea de que la presunción del error o la desaparición del error no transforma la naturaleza de la *condictio*. Sin embargo, en el problema que a nosotros ahora nos ocupa, esto es, si el artículo 1.376 y siguientes del Código Civil francés pueden dar cobijo a un tipo de acciones de repetición más amplio, la respuesta parece que tiene que ser negativa. La doctrina parece concordar, cualquiera que sean las posibilidades que admita el texto de la ley, en que se trata de la *condictio indebiti* o repetición de pagos indebidos. Pueden hacerse distinciones (*v. gr.* deuda inexistente; deuda dimanante de negocio nulo; deuda existente pagada por quien no era deudor, etc.), mas no parece existir duda en punto a que la hipótesis es siempre de pagos indebidos o, por decirlo de otro modo, de prestaciones llevadas a cabo *solvendí causa*.

¿Cómo se plantea el problema en el Derecho español? En los Proyectos de 1836 y 1851, al lado de la gestión de negocios ajenos, llamada también «agencia oficiosa», se regula expresamente el «pago de lo indebido». El artículo 1.985 del Proyecto de Goyena se abre regulando el supuesto en que por error de hecho «se paga a otro lo que no se le debe» y la regla se funda, entre otros precedentes, en el texto del Digesto, 12, 6, 7 (*quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantumdem repetitur*). Es curioso consignar el cambio que se produce, por razones no bien conocidas, al redactarse el Código. La rúbrica cambia y en lugar de llamarse «pago de lo indebido» pasa a denominarse «cobro de lo indebido». El artículo 1.895 ofrece una fórmula caracterizada cuando menos por la ambigüedad como el 1.376 francés. No se habla de pagar a otro por error de hecho lo que no

se debe, sino que se dice: cuando se *recibe* alguna cosa que no había derecho a *cobrar*, y que por error ha sido indebidamente *entregada*, surge la obligación de restituirla (la curiosa es mía). Es curioso que ni en la rúbrica, ni en todo el primer artículo de la Sección, el artículo 1.895, se habla de pago. La idea del pago indebido y de su aceptación comienza en el 1.896 y se reitera después. ¿Quiere ello decir que la regla general del artículo 1.895 posee una amplitud mayor y puede albergar hipótesis diferentes de las del pago indebido en sentido estricto o prestación realizada *solutiois causa* o con *animus solvendí*. Comprendo que defenderlo presenta no escasas dificultades. La doctrina —comentaristas y tratadistas— parece haberse producido sin discordancia en sentido opuesto. La letra es también un obstáculo, pues no es fácil sostener que el cobro sea algo distinto de la otra cara del pago. Asimismo el carácter indebido («indebidamente entregada») parece referirse a la existencia de obligación entre *solvens* y *accipiens*.

No obstante —y con algún esfuerzo como ya he dicho— la letra permite la ampliación del marco de la *condictio* en el Derecho español. En el Diccionario de la Lengua, cobrar significa ciertamente percibir el acreedor la cantidad adeudada, pero significa también *adquirir* (simplemente adquirir) algo. Por ejemplo, se cobra buena fama o se cobra una pieza en la caza. Del mismo modo, la idea del *indebitum* alude primeramente a la falta de obligación, de relación obligatoria en sentido estricto, pero puede entenderse referida a todo aquello que es contra derecho, sin título o sin razón. Ello permitiría encuadrar en el cobro de lo indebido los casos de *condictio* de prestación más allá de la estricta *condictio indebiti* (*v. gr.*, las prestaciones realizadas *credendi causa*, en vista de un contrato que se espera concertar o de una contraprestación que se espera recibir). La interpretación, que propongo, consciente de todas las dificultades que suscita, se ve favorecida por el juego de la *eadem ratio* que existe en todas las hipótesis según señala la doctrina sobre enriquecimiento injustificado que estamos tratando de definir. En el caso de las *condictiones* por prestación existe un principio general implícito que impone que los desplazamientos patrimoniales sólo sean jurídicamente definitivos y eficaces cuando obedezcan a prestaciones enderezadas a la consecu-

ción de finalidades lícitas, reales y existentes. Si la interpretación que propongo del artículo 1.895 no se considera admisible, será preciso entender que los supuestos de *condictio* de prestación que no puedan clasificarse estrictamente como pagos indebidos (v. gr., las transferencias *credendi causa*, etc.) generan una acción restitutoria que debe entenderse producida por la virtualidad inmediata de la doctrina del enriquecimiento injustificado, admitida y consagrada como doctrina jurisprudencial.

4. La «condictio» por intromisión y el ejercicio de los derechos reales

La disposición, el disfrute y la explotación de los bienes por no titular.—La regla de la preservación de los lucros de la propiedad y la protección general de los bienes.

Al lado de las formas de enriquecimiento por prestación —y de la correspondiente *condictio*— en la doctrina alemana WILBURG acuñó la idea de un enriquecimiento y de una *condictio* por intromisión (*Eingriffskondiktio*¹²⁷). Denominador común de los diferentes supuestos que se engloban dentro de este tipo de enriquecimiento, dice REEB¹²⁸, es que en todos ellos a una persona le afluyen valores patrimoniales que no le corresponden, porque han sido obtenidos mediante una invasión indebida, aunque no sea culposa, de bienes ajenos. En tal caso, el poseedor a título de dueño del bien en cuestión puede pedir la restitución del enriquecimiento obtenido por otro de ese modo si ha faltado causa o título que lo justifique. La función que cumple la *condictio* es similar o complementaria a la de la acción reivindicatoria o a la de la acción de resarcimiento por daños y perjuicios culposamente causados.

Puede, ante todo, cumplir esta función similar a la de la reivindicación, especialmente en los casos en que ésta se

¹²⁷ WILBURG, *Die Lehre*, cit., pp. 27 y ss., desarrolla la idea de invasión o intromisión (*Eingriff*) en un derecho ajeno o en la esfera jurídica ajena, a partir de un trabajo de SCHULZ, *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, «Archiv für die civilistische Praxis», 105, pp. 442 y ss.

¹²⁸ REEB, *Grundprobleme*, cit., pp. 31 y ss.

hace imposible. Puede hablarse para ello de una transformación del derecho real en derecho al valor.

Como he señalado en otro lugar¹²⁹ en todos aquellos casos en que un derecho real ha desaparecido o se ha extinguido como consecuencia de un acto de violación o de lesión, el titular dispone de la posibilidad de reclamar el valor del derecho extinguido si con este valor se ha enriquecido el autor de la lesión. Se transforma así lo que hasta ese momento fue un derecho real en un derecho personal o de crédito a la obtención de una prestación pecuniaria.

Puede cumplir una función similar a la de la acción de resarcimiento o indemnización de daños y perjuicios. Se ha observado con acierto que cuando el daño consiste en la utilización o explotación de bienes ajenos el autor del ilícito no debe sólo el menoscabo patrimonial producido en el patrimonio del titular del derecho subjetivo. Debe todo el valor obtenido. Lo demuestra muy gráficamente un viejo ejemplo de SACCO¹³⁰ que ya en alguna otra ocasión recordé. Si encontrándose mi casa vacía, penetran en ella unos desconocidos, que la habitan durante un lapso de tiempo, sin causar ningún daño, no obtendré nada por la vía del resarcimiento, porque ningún daño existe, pero lo obtendré, en cambio, por la vía de la *condictio* de enriquecimiento y me deberán el valor en uso que en el mercado tengan casas similares. Lo anterior es importante cuando se explotan indebidamente bienes inmateriales respecto de los cuales existe propiedad intelectual o industrial. Quien explota indebidamente una patente ajena o una marca no debe sólo el daño causado al titular (que puede ser exiguo, v. gr., si la utilización que el titular hacía no era muy grade), sino todo el valor obtenido por la intromisión en el derecho ajeno. CAEMMERER es todavía más gráfico. Si un gran medio de difusión (por ejemplo la radio o la televisión) utiliza un original cuya propiedad intelectual pertenece a una determinada persona, sin licencia de ésta, puede ocurrir que ello no le ocasione daño alguno, sino que le beneficie extraordinariamente, como suele ocurrir si las ventas del libro origen del serial televisivo, como es normal, aumentan extraordinariamente. No hay

¹²⁹ *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, p. 736.

¹³⁰ *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.

daño, sino beneficio, por lo cual no cabe la acción de indemnización. Sin embargo, el enriquecimiento obtenido con la utilización indebida de una propiedad intelectual ajena, es injustificado y por ello en virtud de la *condictio* de enriquecimiento se deberá el lucro que el autor de la intromisión obtenga.

Para fundar la *condictio* por intromisión y delimitar el enriquecimiento que debe ser restituido, la doctrina, según recuerda REEB¹³¹, ha formulado varias teorías.

a) *La teoría de la antijuridicidad.* Según esta opinión¹³², la falta de causa jurídica necesaria para poder calificar un enriquecimiento como injustificado es la antijuridicidad de la intromisión del enriquecido. Es antijurídico el acto del enriquecido porque representa una «intromisión» en un derecho subjetivo de otro y el que la realiza estaba obligado a no llevarla a cabo.

Se ha criticado esta teoría diciendo que resulta por un lado demasiado estrecha y por otro demasiado amplia para ofrecer justificación a todos los casos que se engloban dentro del tipo de *condictio* que aquí examinamos. Es en primer lugar demasiado estrecha porque resulta inaplicable, por hipótesis, cuando el enriquecimiento deriva de actos que sean conformes a derecho o cuando no derivan de actos humanos porque la causa productora del enriquecimiento restituible es un fenómeno de carácter natural. La primera de estas variantes resulta en algunos casos de gestiones de negocios con aportación de bienes por el gestor. La segunda surge en algunos casos de accesión en que el valor se indemniza no obstante haber sido la unión obra del azar.

Por otra parte se ha dicho que la teoría de la antijuridicidad resulta demasiado amplia porque, de aplicarse, obligaría a comprender en la *condictio* casos en que una eventual compensación del enriquecimiento no parece conforme con la valoración de los intereses en juego. Así, el obligado contractualmente a una obligación negativa que viole ésta y que incida por tanto en antijuridicidad, no debería resarcir el

¹³¹ REEB, *Grundprobleme*, pp. 33 y ss.

¹³² Es la de F. SCHULZ en el antes citado trabajo del «Archiv. für die civilist. Praxis».

daño, sino entregar las ganancias obtenidas con violación del deber, lo que no parece conforme con las ideas que preside la doctrina que estudiamos.

b) *La teoría de la atribución.* Esta teoría, desarrollada por WILBURG, encuentra la falta de justificación del enriquecimiento en la contradicción que se produce entre éste y la ordenación general de los bienes. Un enriquecimiento ha de considerarse injustificado y generador de una obligación restitutoria en los casos en que contraviene el contenido atributivo que se puede detectar en el derecho lesionado. El problema central consiste entonces en decidir si el derecho perjudicado o lesionado posee ese contenido atributivo y cuál es el alcance de ese contenido. En su formulación originaria, la teoría sólo reconoce contenido atributivo a los derechos absolutos, negándosele a aquellas otras posiciones jurídicas que puedan considerarse como protegidas sin generar el antes mencionado tipo de derechos. No se discute que posean contenido atributivo el derecho de propiedad y los derechos del autor y del inventor sobre la obra intelectual o sobre la invención patentada. Se discute, en cambio, si poseen este mismo alcance las situaciones protegidas, *v. gr.* por la interdicción de competencia desleal o los derechos de la personalidad. No es enteramente claro si, por ejemplo, el que viola el derecho a la imagen debe, por encima del resarcimiento del daño, el beneficio obtenido mediante su utilización.

Constituye una variante de la teoría de la atribución la que se ha llamado teoría de la protección general de los bienes. Según ella se aplica la doctrina del enriquecimiento y no las reglas de la indemnización del daño, cuando, según los principios del ordenamiento ha de concederse un rango prioritario a la protección de los bienes frente al interés en adquirir del autor de la intromisión.

Aun comprendiendo todas las dificultades que conlleva creo que puede aceptarse la idea central de la teoría de la atribución, compaginándola, si se quiere, con las ideas rectoras de la teoría de la protección general de los bienes. Las dificultades son claras porque la aplicación de esta teoría impone detectar o determinar cuándo existe el llamado contenido atributivo, cosa que no resulta con facilidad. Sin embargo, no puede negarse, a mi juicio, que lo que jus-

tifica la *condictio* y lo que hace injustificado el enriquecimiento es el otorgamiento en exclusiva de los provechos que pueden extraerse de un determinado bien o de una determinada situación jurídica. No resulta fácil delimitar si ello va o no unido a un derecho de carácter real, aunque también la respuesta más probable es la afirmativa, porque sólo en los derechos de carácter real el contenido atributivo se detecta sin duda. Si una determinada situación jurídica resulta protegida por los efectos indirectos de las normas o por reglas de carácter contractual u obligacional, la intromisión de un tercero en esta situación jurídica, y la obtención de lucros, no puede considerarse inicialmente injustificada, sino puro ejercicio de la libertad. Es, por ejemplo, la diferencia que existe de manera notoria entre la usurpación de los derechos de la propiedad intelectual e industrial que atribuye al titular todo el valor del enriquecimiento obtenido por el defraudador o usurpador y la intromisión en una situación concurrencial, sin cumplir las reglas de la competencia leal.

¿Cuáles son los casos generales de aplicación de la llamada *condictio* por intromisión? Creo que *grosso modo* es posible reconocer dos: la utilización de bienes ajenos y el ejercicio eficaz del *ius disponendi* sobre un bien ajeno.

1. *La utilización de bienes ajenos.* Comprendemos dentro de este apartado todos los supuestos en que una persona extrae de un bien ajeno alguna de las posibilidades de utilización o de goce que el bien puede proporcionar¹³³. Se trata, como es lógico, de hipótesis en que la obtención de estas posibilidades de goce se realiza de manera injustificada, sin causa o sin título, sin que exista una situación jurídica de carácter legal o negocial que faculte para ello.

Dentro de esta genérica rúbrica de utilización de bienes ajenos podemos colocar el simple uso de una cosa ajena cuando se realiza de acuerdo con el destino de esta cosa y sin introducir en ella ningún tipo de modificación o de transformación. Pertenece también a nuestra rúbrica general el disfrute o ejercicio, el *ius fruendi*, esto es, la obtención de los frutos, naturales, industriales o civiles que la cosa hubiera

¹³³ Vid. KELLMANN, *Bereicherungsausgleich bei Nutzung fremder Rechtsgüter*, en «Neue Jurist. Wochenschrift», 1971, 862.

producido. Por último, se engloban también en este supuesto los casos de utilización de la cosa para la creación o construcción de otra diferente.

En nuestro Derecho, los supuestos antes dichos se encuentran regulados fundamentalmente dentro de la disciplina de las relaciones entre propietario y poseedor y en algunos puntos del régimen jurídico de la accesión.

En la primera línea son de recordar, notoriamente, los artículos 451 y 455 del Código Civil: el artículo 451 del Código Civil permite que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos percibidos mientras no haya sido legalmente interrumpida la posesión, y el artículo 455 del Código Civil ordena que el poseedor de mala fe abone los frutos percibidos y aquellos otros que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, reconociéndole únicamente el derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa.

Los preceptos citados contienen lo que pueden considerarse las reglas básicas del Derecho español en materia de intromisión en el disfrute de bienes ajenos. No se establece en ellos nítidamente con carácter general una *condictio* restitutoria del valor indebidamente percibido, sino que esta idea aparece implicada con otras diferentes, como son el trato que otorga al poseedor de buena fe¹³⁴. La regla general en punto al ejercicio injustificado del *ius fruendi* parece encontrarse en el artículo 455, que ordena restituir no sólo los frutos percibidos, sino los frutos llamados *percipiendi*, esto es, aquellos que normalmente se hubieran podido percibir.

¹³⁴ Sobre el largo debate existente entre romanistas y pandectistas respecto de la adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe, vid. R. IHERING, *Cuestiones Jurídicas*, trad. de A. Posada, Madrid, s. f., pp. 170 y ss. «Hay en estos momentos —dice IHERING— dos opiniones opuestas acerca de los derechos del *bonae fidei possessor* sobre los frutos que ha percibido, la de SAVIGNY, seguida entre los autores recientes por WINDSCHEID y GOPPERT, según la cual no tiene sobre los frutos más que la *bonae fidei possessio*, y la opinión generalmente aceptada según la cual obtiene la propiedad. Se admite, sin embargo, que si el propietario reivindica en tiempo oportuno, es decir, antes de la usucapión, la pérdida o enajenación de la cosa principal, el poseedor de buena fe, obligado a prestar la *omne causa*, puede ser constreñido a ceder la propiedad de los frutos al demandante.» Por lo que a mí toca —dice IHERING— he profesado siempre con convicción esta segunda opinión.»

En la regla de la restitución o abono de los frutos percibidos, la idea básica que la inspira se puede poner en paralelo con la *condictio* por intromisión. En la regla de abono de los frutos *percipiendi* no hay, en cambio, un elemento restitutorio de enriquecimiento (porque no se ha obtenido) y su sentido es indemnizatorio de un lucro cesante. El reintegro de los gastos necesarios da lugar a que en este caso se aplique la llamada teoría del saldo o restitución del enriquecimiento líquido.

Dentro del marco de la doctrina de los enriquecimientos injustificados y de la *condictio* por intromisión, la norma del artículo 451 —conservación por el poseedor de buena fe de los frutos percibidos— tiene un notorio carácter excepcional, pues con buena o mala fe el enriquecimiento es objetivamente injustificado. El contenido atributivo del derecho subjetivo debe ser preservado por mucha buena fe que el autor del enriquecimiento tuviera. La regla, excepcional como hemos dicho, puede encontrar su fundamento en la dignidad de la posición del poseedor de buena fe, en su merecimiento de la tutela jurídica o en la conveniencia de otorgarla para la protección de los intereses generales.

El segundo grupo de preceptos con que hay que contar en nuestro Derecho para tratar de construir los perfiles de una *condictio* por intromisión, se encuentra en algunos puntos del régimen jurídico de la accesión. La existencia de relaciones entre accesión y enriquecimiento injustificado es cosa sabida. El fragmento «*Si in area*» del Digesto, situado en el cuadro de la *condictio indebiti*, fue, como más arriba vimos, uno de los más significativos textos sobre los que la teoría se elaboró y la doctrina posterior no ha ocultado nunca esa inevitable relación.

No parece necesario hacer ahora una exposición detallada de los preceptos del régimen jurídico de la accesión que desarrollan temas de enriquecimiento injustificado y nos podemos contentar con dejar hecha alguna alusión. En los artículos 353 y siguientes luce con claridad la regla de la restitución del enriquecimiento, con la importante característica de que en ellos la buena fe no exime de la restitución del valor como en el artículo 451, tal vez en razón de que aquí la utilización es del valor entero de la cosa principal y

no simplemente de sus frutos. La buena fe exime de la obligación de pagar los daños y perjuicios, pero no exceptúa la regla general del derecho, y de la correlativa obligación, del abono del valor. Así, por ejemplo, el artículo 360, en la hipótesis de utilización de materiales ajenos en una obra, obliga siempre al abono del valor y, además, impone el deber de resarcimiento de los daños y perjuicios cuando se hubiera obrado de mala fe. Lo mismo ocurre en el supuesto de especificación (cfr. art. 383): cuando se emplea una materia ajena para formar una nueva especie, el especificante hace suya la obra, pero debe el valor de la materia al dueño de ésta.

Los preceptos legales que hemos recordado no resuelven la totalidad de la problemática que se puede situar dentro del marco de la *condictio* por intromisión. Hay, básicamente, dos problemas en que podemos considerar que existe laguna legal.

El primero es el del uso de una cosa ajena sin emplearla para incorporarla a otra propia, sin transformarla y sin extraer sus frutos. Delimitado rigurosamente, es además el supuesto de un uso que no produzca daños o menoscabo en la cosa. La hipótesis académica sería la varias veces recordada de R. SACCO: en ausencia del dueño de una casa, otras personas penetran en ella y la habitan sin producir daño ninguno. Las reglas de nuestro Derecho positivo en materia de posesión no dan respuesta a esta hipótesis. Al organizar las obligaciones restitutorias se habla de frutos y de mejoras. Tampoco se puede resolver la cuestión, tal como la hipótesis ha quedado delineada, aplicando las reglas de la responsabilidad por daños y perjuicios. El artículo 457 del Código Civil exige, para aplicar la idea de responsabilidad en él prevista, que exista deterioro en la cosa; y a la misma conclusión tendríamos que llegar para aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual en los artículos 1.902 del Código Civil y siguientes.

El reconocimiento que en este trabajo hemos venido realizando de la llamada doctrina del enriquecimiento injustificado, en su concreta aplicación conocida como *condictio* por intromisión, y la idea de la protección general de los bienes y del contenido atributivo de los derechos, obliga a colmar la laguna reconociendo al propietario en los casos

descritos el derecho a recibir el valor que se asigne a la posibilidad de uso que en este caso se habría obtenido.

El segundo tipo de problemas, que es hoy de una extraordinaria importancia, por constituir uno de los más señalados campos de aplicación de la idea de *condictio* por intromisión, lo forman las hipótesis de usurpación de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial. El artículo 534 del Código Penal establece su antijuridicidad y su carácter delictivo, pero no señala cuáles son las consecuencias jurídicas del delito. Tampoco resuelven la cuestión los preceptos del Código Penal que regulan la responsabilidad civil dimanante del delito, pues aunque en ellos se habla de restitución e indemnización, la obligación parece tener en todo caso un contenido de resarcimiento.

No es, ciertamente, completa nuestra legislación especial de propiedad intelectual e industrial. Sin embargo, en la derogada Ley de la Propiedad Intelectual podía encontrarse un precepto en el que la idea de la *condictio* por intromisión luce. Me refiero al artículo 25 dictado para los casos de representaciones no autorizadas de obras dramáticas en locales públicos. El precepto decía que tales hechos se castigarán con las penas establecidas en el Código Penal y, además, con la pérdida del total de la entrada, la cual se entregará íntegra al dueño de la obra ejecutada. Esta solución, la entrega íntegra del producto total obtenido (la entrada) al propietario significa indiscutiblemente restitución del entero lucro. No resulta fácil saber qué ocurre en los demás casos de usurpación de propiedad intelectual, como por ejemplo, ediciones piratas de obras literarias, plagio, utilización indebida de la obra en otros medios de difusión (*v. gr.*, cine, radio, televisión). Si las ideas que hemos venido sosteniendo a lo largo de este trabajo son ciertas, la doctrina del enriquecimiento injustificado puede servir de pauta para establecer la restitución del entero lucro al titular del derecho, sin hacer aplicación analógica de las reglas del Código Civil en materia de posesión o accesión, y, por tanto, sin distinguir, en punto a la buena o mala fe del usurpador.

La legislación sobre propiedad industrial es fragmentaria. Es significativo, no obstante, el artículo 135 de la Ley de 16 de mayo de 1902, que prescribe que «todos los

productos obtenidos por la usurpación se entregarán al legítimo poseedor, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios que corresponda», que permite distinguir con claridad la regla de indemnización de daños y la regla de la restitución del valor. El precepto se refiere concretamente a la usurpación de patentes. Sin embargo, su coincidencia con las líneas de inspiración de la *condictio* por intromisión hace posible extenderlo a todos los demás casos de usurpación de otras formas de propiedad industrial (marcas, modelos, etc.), sin aplicar tampoco en este campo los preceptos sobre posesión del Código Civil¹³⁵.

¹³⁵ Los datos anteriormente señalados han de completarse hoy con una mención de las prescripciones contenidas en la nueva Ley de Patentes y en la nueva Ley de Propiedad Intelectual.

El artículo 63 de la Ley de Patentes otorga al titular de un derecho de patentes que resulte violado o lesionado los siguientes medios de protección o acciones:

- a) La cesación de los actos que violen su derecho.
- b) La indemnización de los daños y perjuicios sufridos.
- c) El embargo de los objetos producidos o importados con violación de su derecho y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado.
- d) La atribución en propiedad de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular de la patente deberá compensar a la otra parte por el exceso.
- e) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de la patente y, en particular, la transformación de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado c), o su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la violación de la patente.
- f) La publicación de la sentencia condenatoria del infractor de la patente, a costa del condenado, mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas. Esta medida sólo será aplicable cuando la sentencia así lo aprecie expresamente.

Como se verá, la acción central es la de daños y perjuicios, en la que se comprenden (*cf.* art. 66) los clásicos daños emergentes o valor de la pérdida sufrida y lucro cesante o ganancia dejada de obtener. Sin embargo, al enunciar los criterios para fijar la ganancia dejada de obtener o lucro cesante, se involucran factores que son propiamente de lucro cesante con otros que son indiscutiblemente de enriquecimiento injustificado.

Así, el artículo 66.2 de la Ley de Patentes dice que «la ganancia dejada de obtener se fijará a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

- a) Por los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor.
- b) Por los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado.

Puede concluirse este apartado diciendo que es factible construir en el Derecho español la figura de la *condictio* por intromisión, en los casos de uso y disfrute de bienes ajenos, que carezca de justificación suficiente, respetando siempre, como es lógico, la casuística de los textos legales y viabilizando una interpretación extensiva de los mismos, o su aplicación analógica.

2. *El ejercicio indebido del «ius disponendi»*. En aquellos casos en que la facultad de disposición resulta ejercitada por un no titular y en que, además, la disposición ha de considerarse eficaz por aplicación de las reglas que protegen al adquirente que adquiere de buena fe fundándose en una apariencia jurídica, el disponente *non dominus* debe al *verus dominus* el producto obtenido con la disposición. Es esta una obligación de restitución de un enriquecimiento injustificado por intromisión en el valor económico del derecho y en el círculo de intereses especialmente reservado al titular.

Aun cuando en nuestro Derecho positivo esta regla no se encuentra establecida de un modo terminante, la doctrina la admite sin especiales dificultades, deduciéndola del siste-

c) Por el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación conforme a derecho.

Pues bien: la regla del apartado a) (beneficios que se hubieran obtenido previsiblemente) es indiscutiblemente de lucro cesante. No ocurre lo mismo con las otras dos —beneficios obtenidos por el infractor con la explotación del invento patentado y precio que hubiera debido pagar—, que son formas de medir un enriquecimiento injustificado.

Lo mismo puede decirse de la atribución en propiedad al titular del derecho de los objetos producidos o importados con violación del derecho, que se imputa a la indemnización de daños y perjuicios, aunque rigurosamente son una restitución del enriquecimiento injustificado.

En la Ley de Propiedad Intelectual, el peso de las consecuencias jurídicas de la violación de los derechos del autor se coloca en la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, también aquí se involucran factores pertenecientes a la idea de lucro cesante con otros que son de restitución de enriquecimiento injustificado, aunque con menor rigor que en materia para patentes. El artículo 125 dice que «el perjudicado podrá optar como indemnización entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación. También aquí la primera parte de la regla apunta indudablemente al lucro cesante (beneficio que presumiblemente hubiera obtenido el titular del derecho), pero la segunda parte es, también indudablemente, una forma de restituir el enriquecimiento (pagar la remuneración que se hubiera percibido por la autorización de la explotación).

ma, en los casos de aplicación de los artículos 464 del Código Civil (siempre que conduzca —lo que no es el caso discutir aquí en detalle— a una adquisición a *non domino*) y 34 de la Ley Hipotecaria.

En nuestro Derecho es discutible si a la misma solución se puede llegar en aquellos casos en que aún siendo inicialmente la disposición del no titular ineficaz y pudiendo, por ende, el *verus dominus* reclamar la declaración de ineficacia de la disposición y reivindicar la cosa, prefiere convalidarla y se contenta con el valor. A mi juicio, nada se opone a esta solución, que si se admite, conduciría a la solución opcional, en manos del *verus dominus* entre la acción reivindicatoria y la acción de reclamación del valor.

Dentro del apartado que estudiamos ahora suele la doctrina colocar la hipótesis del cobro de un crédito realizado por un acreedor aparente. Aun cuando el paralelo con el ejercicio del *ius disponendi* en los derechos reales no sea absoluto, puede hablarse de intromisión del acreedor aparente en la titularidad del crédito del acreedor genuino. El supuesto se encuentra regulado en nuestro Código Civil, en el artículo 1.164. Según este precepto de nuestro Código, el pago hecho de buena fe al que estuviera en posesión del crédito, liberará al deudor. El precepto legal citado determina que por virtud de este pago el deudor queda liberado, de suerte que el efecto directo de la aplicación del precepto es la liberación del *solvens*. El precepto no dice nada en punto a la relación existente entre el acreedor aparente que ha recibido el pago y el acreedor real insatisfecho. A mi juicio se trata de un caso claro de aplicación de la idea de *condictio* por intromisión. El verdadero acreedor dispone de una acción contra el accipiente, que pertenece al marco de las acciones de enriquecimiento injustificado. La doctrina parece concorde en este punto.

5. La «condictio» por inversión o por desembolso

El problema del deslinde entre los diferentes tipos de condictiones.—Los supuestos límites debatidos.—El pago de la deuda ajena por persona distinta del deudor.—La realización de expensas en un bien ajeno.

Para la mayor parte de los autores, las dos formas de *condictio* que permite el parágrafo 812 del Código Civil alemán son las que antes hemos expuesto. Algún sector de la doctrina, sin embargo, ha señalado la dificultad que existe para establecer un nítido deslinde entre la llamada *condictio* por prestación y la llamada *condictio* por intromisión, pues hay supuestos en que no resulta clara la adscripción a una u otra categoría. Ello ha conducido a algunos autores a la tentativa de construir un tercer tipo, que se puede llamar *condictio* por inversión o por desembolso. Como dice KOPPENSTEINER¹³⁶, esta *condictio* (*Aufwendungskondition*) se produce en todos los casos en que una persona transfiere a otra dinero o bienes que se encontraban en su posesión o realiza en su favor una prestación de trabajo o de servicios. Ha de tratarse por hipótesis, de casos en que la transferencia no debe calificarse como prestación, pues, si así fuera, nos encontraríamos de lleno en el caso de la «*condictio* de prestación». No debe, por consiguiente, existir actividad del transferente enderezada a cumplir una finalidad negocial en relación con el beneficiario. Esta característica es la que plantea la dificultad central por lo demás evidente, que surge para deslindar esta hipótesis de la denominada *condictio* de prestación. Se trata, por ello, de supuestos residuales cuyas características conviene definir para tratar de averiguar si hay en ellos un auténtico enriquecimiento injustificado.

En la doctrina se suelen colocar en este apartado dos hipótesis distintas: el derecho del tercero que paga una deuda ajena (*condictio* de regreso) y el caso de quien realiza gastos en una cosa o en un bien ajeno (*condictio* por impensas).

a) La «*condictio*» de regreso. La hipótesis general que se coloca bajo esta rúbrica es la del tercero (T) que paga al acreedor (A) la deuda que en realidad pesa sobre otra persona, la del deudor (D). Para que la hipótesis quede perfectamente delimitada, ha de tratarse de un pago que el *solvens* realiza consciente de que paga deuda ajena. Si el tercero ejecutara la prestación por error acerca de la persona del deudor, creyendo pagar una deuda propia, nos encontraría-

¹³⁶ KOPPENSTEINER-KRAMER, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, pp. 79 y ss. y 112 y ss.

mos ante un caso de aplicación de la figura de la *condictio indebiti*. Al *solvens* le correspondería una *condictio* de prestación (*condictio indebiti*) frente al *accipiens*, pues, frente a éste, él perseguía, como finalidad de su prestación, la cancelación de una obligación supuestamente propia, esto es, realizaba el acto *solvendi causa*; y como la relación jurídica obligatoria en la que la prestación se pretende ejecutar no existe, el pago es un pago indebido. Además de ello es necesario, para delimitar plenamente la hipótesis, que el *solvens*, que ejecuta la prestación de manera consciente, no persiga una finalidad jurídica obligatoria en relación con el acreedor o con el deudor cuya deuda se paga. No ha de existir una causa *donandi* (como cuando se quiere favorecer gratuitamente al deudor cuya deuda queda pagada), ni una causa *credendi* (como si se realiza al pagar una gestión de negocios o se busca obtener una prestación del favorecido). Por eso, dice con razón REBB, que el ámbito de esta *condictio* se restringe extraordinariamente hasta el punto de que sólo parece aplicable en aquellos casos difíciles de concebir, en que el tercero quería conscientemente pagar por el deudor, pero sin perseguir frente a él ninguna concreta finalidad de prestación, de manera que, como categoría dogmática, la figura resulta en buena medida superflua.

En el Código Civil español la materia que nos ocupa, aunque pueda inspirarse en las líneas directrices de la doctrina del enriquecimiento, posee un régimen legal específico, que hace innecesaria la *condictio*. Me refiero a las normas contenidas en los artículos 1.158 y 1.210.

El artículo 1.158, párrafo 2.º, establece que «el que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado a no haberlo hecho contra su expresa voluntad» y el párrafo 3.º añade que «en este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago». Finalmente, el artículo 1.210 establece la existencia de una subrogación en el crédito cuando paga una persona que tenía interés en el pago o cuando paga un acreedor ordinario a un acreedor preferente.

Al exponer esta materia en Fundamentos del Derecho Civil patrimonial¹³⁷, describí la relación entre deudor y *solvens*,

¹³⁷ Vol. 1.º, pp. 628 y 629.

diciendo que podía ser de alguno de los modos siguientes (dejando ahora de lado la hipótesis de la subrogación en el crédito):

1.º) Una acción de reembolso por virtud de la cual el *solvens* puede reclamar del deudor lo que hubiera pagado, de modo que el crédito del *solvens* es el equivalente exacto de la prestación por él realizada, lo que parece ser —decía entonces— la regla general, que se produce siempre en todos los casos en que el *solvens* no actúa al pagar, contra una expresa voluntad del deudor.

2.º) Una acción *in rem verso*, que aparece cuando el *solvens* ha hecho el pago en contra de la voluntad del deudor y permite al *solvens* reclamar al deudor no el importe de lo pagado, sino la medida del valor en que el pago le haya sido útil al deudor y éste se haya enriquecido con él. El enriquecimiento experimentado por el deudor puede coincidir con el importe de lo pagado, pero puede ser diferente como ocurre, por ejemplo, si el deudor disponía de fundamentos o excepciones para oponerse al pago de parte de la deuda.

Conviene revisar estas afirmaciones. Ante todo, señalaré que la idea de una acción *in rem verso*, que tomé de la doctrina francesa e italiana, no me resulta hoy convincente, porque no creo que se puede distinguir entre acción *in rem verso* y *condictio*, como formas diferentes de la acción de enriquecimiento injustificado. Hay que preguntarse, además, si esa acción *in rem verso* o *condictio* de enriquecimiento es diferente de la acción de reembolso, que el artículo 1.151.1.º del Código Civil confiere en los casos en que no se actúa contra la expresa voluntad del deudor; y hay que contestar, creo, que no hay una diferente naturaleza de los supuestos, ni dos acciones distintas. Por su origen, ambas son acciones legales con un contenido determinado que excluye la idea de la *condictio*.

b) La «*condictio*» por expensas. Un importante sector de la doctrina afirma que existe esta *condictio* en todos aquellos casos en que se realizan gastos o se incorpora trabajo en una cosa ajena y el beneficiado con ello debe restituir el valor (*Verwendungskondiktion*). La doctrina alemana, que ha construido este tipo de *condictio* con fundamento en el parágrafo 812 y en los parágrafos 946 y siguientes y 951 BGB, no le da,

sin embargo, una tan grande extensión. ESSER¹³⁸ dice que la mayor parte de los casos que se pueden englobar dentro de esa idea general deben ser tratados de acuerdo con otros preceptos diferentes. Así, si existen relaciones contractuales entre el propietario de la cosa y el autor de las expensas, son las reglas ordenadoras de estas relaciones contractuales las primeras que deben aplicarse (*v. gr.*, contrato de arrendamiento, etcétera) y su aplicación excluye la entrada en juego de la doctrina del enriquecimiento injustificado. Si la relación contractual no existe, hay que cuestionarse si son de aplicación preferente las reglas reguladoras de las relaciones entre propietario y poseedor. De esta suerte, continúa diciendo ESSER, este tipo de *condictio* sólo se aplica al caso del poseedor a título de dueño. A una conclusión parecida llega REEB¹³⁹, para quien si el poseedor que realiza los gastos en la cosa, poseía reconociendo el dominio de otra persona, habrán de aplicarse las normas relativas a la *condictio* de prestación, pues el autor del desembolso perseguirá siempre una finalidad jurídico-obligatoria en relación con el poseedor a título de dueño, esto es, habrá una causa *solvendi*, *credendi* o *donandi*. Y si la cosa se posee como propia y no existe, por tanto, persecución o finalidad de orden jurídico-obligatorio respecto del propietario o poseedor a título de dueño de la cosa, y no se puede hablar por ende de prestación, en el sentido del Derecho de Enriquecimiento, la *condictio* especial se admite, pero sólo en los términos de los parágrafos 951 y siguientes BGB. La misma línea restrictiva defiende KOPPENSTEINER¹⁴⁰, para quien este tipo de *condictio* sólo entra en juego cuando las impensas se realizan en cosa que se supone que es propia, de manera que el punto central del supuesto de hecho al que es aplicable este tipo de *condictio*, se encuentra en el error respecto del carácter de la cosa. Ello aproxima la función económica de esta *condictio* a la de la *condictio indebiti*, aunque no puede hablarse, como es lógico, de cumplir un deber ni de realizar una prestación.

No resulta fácil trasladar al Derecho español los supuestos bajo los cuales la doctrina alemana ha construido este tipo de *condictio*. Coincido con la opinión de ESSER en el

¹³⁸ *Schuldrecht*, cit., p. 85.

¹³⁹ *Grundprobleme*, cit., pp. 86 y ss.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, p. 112.

sentido de que si existe una relación contractual (*v. gr.*, arrendamiento) son las normas del Derecho de Contratos las que regulan la materia. Subsidiariamente, en el Derecho español la solución a la cuestión debe ser buscada en las normas relativas a las relaciones entre poseedor y propietario. Las reglas centrales son las que contienen los artículos 453 y 454 del Código Civil. Se abonan los gastos necesarios a todo poseedor y los gastos útiles, en cambio; se abonan sólo al poseedor de buena fe. (Nada debe decirse en los supuestos del artículo 454 —gastos de lujo o de regreso— porque no engendran verdadero enriquecimiento.) La regla central es, por tanto, el párrafo 2.º del artículo 453, que no se inspira en ideas o valores procedentes de la doctrina del enriquecimiento injustificado, sino en los privilegios de la buena fe o en las consecuencias del carácter erróneo con que fueron hechos los desembolsos. Efectivamente, la admisibilidad general de este tipo de *condictio*, fundada en coordenadas del Derecho de Enriquecimiento, conduciría a la necesidad de abonar todos los gastos útiles, en función precisamente de su utilidad, a todo poseedor. La regla del artículo 453 es, sin embargo, restrictiva y ordena que se abonen al poseedor de buena fe. En esta limitada medida —y, por consiguiente, sin grandes posibilidades de una interpretación extensiva—, una *condictio* por impensas puede reconocerse en nuestro Derecho.

La regla del artículo 454 del Código Civil se aplica también en las hipótesis de edificación, plantación y siembra en terreno ajeno, por virtud de lo dispuesto en el artículo 361.

Nuestro Código Civil, además, es restrictivo en punto a que abona exclusivamente el gasto realizado, sin otorgar valor alguno al trabajo que se hubiere invertido.

Como dice, en otro contexto el artículo 1.360, las mismas reglas habrán de aplicarse a las impensas realizadas o incorporadas a explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa.

IV FINAL

Es usual formular, al comienzo de una investigación, los propósitos que el investigador persigue. Prefiero, en esta ocasión, invertir el orden, pues es bueno no proponerse sino aquello que uno puede alcanzar. Quiere ello decir que no es —no ha sido— mi propósito examinar exhaustivamente la doctrina del enriquecimiento injustificado. En la exposición realizada hasta aquí, se habrán advertido lagunas por doquier. A partir de aquí —además— hay un amplísimo campo por escrutar. Nada se ha dicho del llamado enriquecimiento en relaciones triangulares o de los llamados desplazamientos patrimoniales indirectos; nada se ha dicho de la subsidiariedad o generalidad de la acción de enriquecimiento injustificado; nada se ha dicho del contenido restitutorio o de resarcimiento de la acción, ni de los modos de calcular el valor restituible. Es, pues, una investigación inacabada. ¿Cuál ha sido, entonces, su sentido? Me parece que hay de modo inmediato uno muy claro que puede servir de colofón: es imposible continuar tratando esta materia con simples peticiones de principio y definir el enriquecimiento injusto por la injusticia del enriquecimiento entreteniéndose luego en decir lo que es enriquecimiento y empobrecimiento. Para romper ese círculo vicioso, había —hay— un doble camino: revisar la historia del dogma para delimitar con claridad el precipitado que la misma nos proporciona reduciendo así su campo de aplicación; e intentar una tipificación o formación de tipos que permitan una concreción de la regla, con el doble efecto de hacerla más fácilmente inteligible y más fácilmente aplicable, o lo que es lo mismo, inaplicable. No estoy seguro de haberlo conseguido, pero sí de que valga la pena intentarlo.

