

Monografías CIVITAS

Directores: Manuel Alonso Olca, 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 Villapalos.

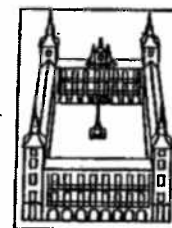
MANUEL DE LA CAMARA ALVAREZ

Notario de Madrid

LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON

Catedrático de Derecho Civil

DOS ESTUDIOS SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

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.

III

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 condictiones 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. FREYTRA, 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 condicti*».

Sea de todo ello lo que fuere, que es cuestión que debe dejarse a los especialistas, lo cierto es que en el Digesto justiniano 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 justiniano: 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 extrañifica, 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. GARCÍA en el *Comentario delle Pandette* (trad. ital. dirigida por Serafini, 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.

ASTUTI²² 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 *condictiones* 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 autoritate*). 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

²² 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 concordes 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 regla, que POMPONIO había consagrado, y se realizan excusiones 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 COING²³.

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

²³ COING, *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Accursius*, en «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.», 80, 1963, pp. 396 y ss.

pignoraticia 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 POMONIO: 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 reivindica *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 justiniano, 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 mutuam 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, conditione non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo

constat si quis, cum existimaret se heredem esse, insulan 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 t 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 ha 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 —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 comprador 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 suelo 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 condicatur 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 FERNSTRÖM 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 proprias legatas solvisses cuandoque de ea solutione liberarer.

En el texto, según se desprende de su lectura, aparecen las 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 jurista consultado 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

114 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 mí, 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 mí.

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 mí 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 mí, 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 mí, no por lo que gastó, pues hizo mal al entremeterse 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-

cida (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 acción una cantidad que le debías, se podrá demandar siempre a tu heredero. Si alguien te hubiese entregado una cosa (dolo por tu parte) y existiese todavía después de tu muerte, se demandará a tu heredero, pero si no existiese, no, tra el heredero se dará la acción a perpetuidad, porque no se lucrarse del daño ajeno. De lo que se desprende que bien 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 casos aludidos y sobre otros muchos en que afloran problemas similares? H. COING, que ha estudiado el tema y cuyo trabajo de vista puede seguirse, lo resume así¹⁵.

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

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

3) Esta concepción amplia lleva a la Glosa a ordenar dentro de ella una serie de supuestos de hecho que la inversión 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 el tutor; o los casos en que el marido enriquecido responde por la manumisión de un esclavo perteneciente a la mujer. La Glosa no los menciona en el comentario

¹⁵ Coing, *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Actio*, cit.

de los pasajes que antes hemos aludido. Sin embargo, ACCURSIO 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 Existit 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 CASTRÓN, *Alphabetum Juridicum*, Lugduni, 1683, en la rúbrica *dives, divitiarum*, 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 indit.*, II, 1, 2).

⁸⁸ Expresamente lo señala H. COING, *Europäisches Privatrecht* 1500 bis 1800, tomo I. «*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 PARBOES 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 allgemeines 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. KRAJN, revisado por L. PRAFF (3.ª ed. al cuidado de Armin ERRENZWEIG, 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 LEBEL, 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 parágrafo 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. parágrafo 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. parágrafo 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 parágrafo 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 GORR¹⁰⁰, 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 locupletorem fieri*». GORR 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 Josse 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 mala 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 XIXe siècle, Etudes de Droit Privé offerts à 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 compensara 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 LAROMBIÈRE 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 restituirla 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 Pateurlau, 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 intenta, 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, RIBERT (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.» BARTIN (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 subsumibles en la doctrina estudiada.

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

¹⁰⁰ 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 WINDSCHIED había servido para dar cauce al Derecho de Condiciones, tal como la Pandectística lo había entendido¹⁰⁰, 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 abstracción¹⁰¹.

CAEMMERER¹⁰² recuerda que los intentos de buscar una fórmula unitaria, a través de la cual se pueda dar forma a la pre-

¹⁰⁰ Además del libro de B. WINDSCHIED, ya citado, pueden verse BARRON, *Pandekten*, Leipzig, 1893, § 280; DERNBURG, *Pandekten*, Berlín, 1900, II, pp. 373 y ss.; ARNDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1886, p. 65; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1882, II, 2.ª, p. 503.

¹⁰¹ *Die Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Gratz, 1934.

¹⁰² 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», 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 POMPONIO.

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, KHELLMANN¹¹³ 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 KHELLMANN, *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. SCHYING, *Leistungskondition und Bereicherung in sonstiger Weise*, Archiv. für die civilist. Praxis, 1958, p. 371. Ver también BASSA, *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 *conditiones*: 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 parcial, 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 existen 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 sobrevenida 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.

Habría, 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, 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 *condictio indebiti* es una rama de la condición general *condictio 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, que 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 *condictio indebiti* así entendida se aproxima a una *condictio 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 *condictio 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 mas 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 «tradicción 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 aquellos 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 HENNECCIO, 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 presentaran 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 à prouver que le payement lui a été fait à 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 exige el error sin distinción alguna y su doctrina fue reproducida por el Orador del Tribunalado. 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 1350 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. CUVÁS 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-Projet*, 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 *solvendi 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 concorde, cualquiera que sean las posibilidades que admita el texto de la ley, en que se trata de la *condictio indebiti* o repetición de pagos indebidados. Pueden hacerse distinciones (v. gr. deuda inexistente; deuda emanante 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 indebidados o, por decirlo de otro modo, de prestaciones llevadas a cabo *solvendi 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 cursiva 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 *solutionis causa* o con *animus solvendi*. 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 consecución

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. CARMERER 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 REEB¹²¹, ha formulado varias teorías.

a) *La teoría de la antijuridicidad.* Según esta opinión¹²², 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 restituable 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

¹²¹ REEB, *Grundprobleme*, pp. 33 y ss.

¹²² Es la de F. Scaulz 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 original, la teoría sólo reconoce contenido atributivo a los derechos absolutos, negándose 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 Rechte*, 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 WINDECHERD y GÖPPERT, 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 usucapción, la pérdida o enajenación de la cosa principal, el poseedor de buena fe, obligado a prestar la *omnis 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 reparatorio 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.

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 reparatorias 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 (cfr. 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* (*Aufwendungskondiktio*) 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 RHEB, 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 pagare 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 (*Verwendungskondition*). 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 presupuestos bajo los cuales la doctrina alemana ha construido este tipo de *condictio*. Coincidió 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 valía la pena intentarlo.