

José Antonio Álvarez-Caperochipi

PROFESOR TITULAR.

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE NAVARRA

EL ENRIQUECIMIENTO
SIN CAUSA



GRANADA

1 9 9 3

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

Director de publicaciones:
MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES

Subdirector de publicaciones:
PAULINO JOSÉ FAJARDO MARTOS

Tercera edición: mayo de 1993

© José Antonio Álvarez-Caperochipi
Editorial COMARES
Condominio Recife, parcela 121, nave 11
18210 Peligros (Granada), España.
Teléfono: (958) 46 53 82
Fax: (958) 46 53 83
ISBN: 84-87708-89-7
Depósito Legal: GR. 498/93

Imprime:
COPARTGRAF, S. Coop. Andza.
Polígono Juncaril, Albolote (Granada).

SUMARIO

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	1
PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN	7

PRIMERA PARTE
**ORÍGENES Y DISCUSIONES DOCTRINALES SOBRE
EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO**

CAPÍTULO I

DIVERSIDAD DE TRATAMIENTO DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

A) Planteamiento	11
B) El enriquecimiento injusto como principio general de Derecho y como regla moral	18
a) <i>Las Partidas</i>	18
b) <i>Autores modernos que conciben el enriquecimiento injusto como principio general de Derecho o regla moral</i>	20
c) <i>La doctrina de ROCA SASTRE y ÁLVAREZ SUÁREZ, el enriquecimiento sin causa como regla moral al no ser admitidos en nuestro Derecho los actos y adquisiciones abstractas</i>	23
C) El enriquecimiento injusto y la doctrina de los cuasicontratos	25
a) <i>El enriquecimiento injusto fundamento de los cuasicontratos</i>	25
b) <i>La ampliación de la categoría de los cuasicontratos y el origen de la acción de enriquecimiento</i>	27
c) <i>Conclusión general: la crisis de la dogmática de los cuasicontratos y la nueva dogmática del Derecho patrimonial</i>	29
D) El enriquecimiento injusto como acción subsidiaria fundada en un principio general	34
a) <i>Origen: Derecho francés</i>	34
b) <i>Influencia en otros Derechos</i>	35
c) <i>Consideraciones críticas</i>	36
E) El enriquecimiento injusto como acción fundada en la dinámica de la CAUSA	37
a) <i>Breve referencia al Derecho romano</i>	37
b) <i>Derecho alemán</i>	43

CAPÍTULO II

LA JUSTICIA DEL ENRIQUECIMIENTO Y LOS FUNDAMENTOS
MORALES DEL DERECHO PATRIMONIAL

A) Planteamiento.....	47
B) La prohibición de cobrar intereses y su significado.....	49
C) La doctrina de TOMÁS DE AQUINO y su significado histórico.....	50
D) La Reforma y su significado en el Derecho patrimonial.....	54
E) La incidencia histórica de las doctrinas de la Reforma.....	59
F) La justicia de los enriquecimientos y la crisis del modelo patrimonial codificado.....	60

SEGUNDA PARTE

LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO
SIN CAUSA EN EL DERECHO MODERNO

CAPÍTULO III

EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO
Y LA TEORÍA DE LA CONDICCIÓN

A) La diversidad de las condiciones.....	65
B) La condición como acción unitaria en su fundamento jurídico.....	68
C) Diversos intentos de unificar la teoría de las condiciones.....	70
D) Ensayo de sistematización de las diversas condiciones.....	72
E) Discusiones sobre el art. 1901 CC como fundamento de una genérica «sine causa» de ámbito similar a la acción de enriquecimiento sin causa.....	75
F) La ampliación de la condición indebiti en la codificación: la presunción de error en el pago.....	78

CAPÍTULO IV

PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN
DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

A) El enriquecimiento.....	83
a) Definición.....	85
b) Caracteres del enriquecimiento.....	85
c) Correlatividad con un empobrecimiento: crítica.....	86
a') Utilización como módulo reparatorio el aborro de gastos.....	87
b') Enriquecimiento otorgado actuando en nombre y beneficio propio.....	89
d) El nexo de causalidad entre empobrecimiento y enriquecimiento.....	93
B) La causa jurídica del enriquecimiento.....	93
a) Planteamiento.....	93
b) El enriquecimiento sin causa y las obligaciones y atribuciones abstractas.....	95
c) Las atribuciones patrimoniales impropias.....	98
d) Discusiones sobre el concepto de causa.....	99
c) La causa y la equivalencia material de las prestaciones: precio injusto por enriquecimiento justo.....	103
C) La crisis de la reciprocidad formal de las prestaciones y teoría del enriquecimiento.....	107

a) Planteamiento.....	107
b) Justicia del precio y prueba de la simulación, la usura y el fraude.....	109
c) La justicia del precio y la protección de los contratantes.....	110
d) Justicia del precio y protección de terceros: simulación y fraude.....	111
e) Aplicación directa de la teoría del enriquecimiento sin causa para la revisión de los contratos.....	114
f) La equivalencia material de las prestaciones y la interpretación de los términos de un contrato.....	115
D) La subsidiariedad de la acción crítica.....	116

TERCERA PARTE

LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO

CAPÍTULO V

EVOLUCIÓN DOCTRINAL DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Trayectoria general.....	123
B) Jurisprudencia anterior a la guerra civil.....	124
a) Vaguedad de una regla de Derecho.....	124
b) El empleo de medios reprochables.....	126
c) Causa y subsidiariedad.....	127
C) Jurisprudencia posterior a la guerra civil.....	127
a) Delimitación de la acción por la ausencia de causa.....	127
b) Naturaleza de la acción.....	129
c) Presupuestos delimitadores de la acción.....	132
d) Tendencias ampliadoras de la funcionalidad de la acción.....	135
e) La distinción entre la acción y el principio que la fundamenta.....	139

CAPÍTULO VI

SUPUESTOS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO
SIN CAUSA TIPIFICADOS EN LA JURISPRUDENCIA

A) Planteamiento.....	143
B) Los pagos sin causa.....	143
C) Uso de cosa ajena sin título.....	145
D) El consumo de cosa ajena sin título.....	148
E) El empleo sin título de una actividad profesional.....	151
F) Enriquecimiento e incorporación de provechos a una cosa inmueble.....	155
G) Enriquecimiento por derogación retroactiva de la norma jurídica que lo justificaba.....	159
H) El principio: nadie puede cobrar dos veces por la misma prestación.....	159
I) Enriquecimientos por abandono del dominio, o por imposibilidad de prueba del mismo.....	163
J) Los llamados enriquecimientos indirectos: crítica.....	164

CAPÍTULO VII

LA AMPLIACIÓN DE LA MEDIDA RESTITUTORIA
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) La medida del enriquecimiento: planteamiento.....	169
--	-----

B) La medida del enriquecimiento en el Derecho codificado.....	173
C) Ampliación jurisprudencial de la medida restitutoria.....	177
a) <i>El aborro de gastos como modelo restitutorio</i>	177
b) <i>El enriquecimiento sin causa y la aplicación de criterios valoristas en la restitución</i>	178
c) <i>El enriquecimiento sin causa y los modelos sociales significativos de relación patrimonial</i>	181
D) La acción de enriquecimiento sin causa frente a la Administración pública.....	183
E) En particular, el enriquecimiento obtenido mediante acto ilícito.....	185

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Escuché en una ocasión que el mundo del Derecho se mira a través de la ventana que abre la tesis doctoral. Esta observación ha sido especialmente acertada en mi caso y el enriquecimiento sin causa ha ejercido y ejerce sobre mí una particular fascinación. Fue mi tesis doctoral, leída el 10 de enero de 1973; la reelaboré y publiqué dos artículos sobre la misma (uno en la *RGLJ*, 1974, y otro en la *Revista de Derecho Privado*, 1975); la redacté de nuevo para la primera edición de este libro en Santiago de Compostela, 1979; y he vuelto a insistir después desde una perspectiva más filosófico-moral (en «El interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto», *RCDI*, 1984, págs. 1183 y sigs.; y en el «Comentario a la S. TS de 5 de octubre de 1985», publicado en *CCJC*, 9, 1985, págs. 2959 y sigs). El tema, por otra parte, lo he tenido siempre presente en investigaciones paralelas, como mi estudio sobre la *Reforma protestante y el Estado moderno*, Madrid, 1986 (donde se encuentran algunas referencias sobre la relación entre una concepción teológica global y el Derecho patrimonial), y en algunas partes de mi *Curso de derechos reales*, II, Madrid, 1987 (especialmente el estudio sobre los censos y sus implicaciones teológicas, y el fundamento de la prohibición del pacto de la ley comisoría).

Pero después de publicarse mi libro se han producido importantes aportaciones doctrinales, que han tenido en cuenta mis planteamientos. En ocasiones han partido de mi libro y lo han desarrollado; otras veces han subrayado errores, limitaciones y críticas certeras (siempre con una gran elegancia y respeto). Quisiera citar el estudio de PASQUAU LIAÑO sobre *La gestión de negocios ajenos sin mandato*, Madrid, 1986; los comentarios de SANTOS BRIZ a los arts. 1895 a 1901, en los *Comentarios al Código civil*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Madrid, 1984; el estudio de CARRASCO PERERA, sobre «la restitución de los provechos» *ADC*, 1987, págs. 1055 y sigs., II, *ADC*, 1988, págs. 5 y sigs.; y desde luego el discurso de ingreso de Díez Pícazo en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, publicado en Madrid, 1987, con respuesta de Manuel de la Cá

MARA. Todos estos estudios han contribuido a enriquecer mis planteamientos, presentando perspectivas nuevas que yo no había tenido en cuenta; profundizando en algunas de las observaciones que yo había adelantado; y haciéndome caer en la cuenta del carácter algo osado de alguna de mis afirmaciones. Espero no pecar en exceso de vanidad si afirmo que la jurisprudencia ha tenido también en cuenta mi libro, y que sin citarlo expresamente lo ha desarrollado y rebatido en ocasiones. La jurisprudencia de estos diez últimos años tras tomar autoconciencia de su protagonismo en la configuración de la institución, ha desarrollado los planteamientos esbozados anteriormente, y planteado nuevos problemas que resuelve con justicia. Todo ello huyendo de las sutilezas jurídicas, llenas de dogmatismo dilantes, en las que solemos naufragar tantas veces los que pretendemos hacer del Derecho ciencia. Finalmente debo añadir que han aparecido también importantes estudios de temas conexos, que aunque no han tenido en cuenta de forma sustancial mis trabajos, me permiten desarrollar algunos puntos conflictivos a las que mis estudios no habían podido llegar. Así, los trabajos de BALLARÍN HERNÁNDEZ sobre *El pago de lo indebido*, publicado en Madrid, 1987; BONET CORREA, sobre *Las deudas de valor*, publicado en Madrid, 1981; y SABATER BAYLE, sobre *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, publicado en Pamplona, 1986.

Es pues una gran suerte que quince años después de leer mi tesis doctoral tenga ocasión de volver a realizar una exposición global del enriquecimiento sin causa, recogiendo las aportaciones doctrinales de estudiosos del Derecho, los nuevos planteamientos y cuestiones de la jurisprudencia, y mi propia maduración del tema. He pretendido también mejorar el estilo y sistemática, simplificar en lo posible un tema de por sí árido, huir del conceptualismo, y presentar un libro práctico y claro, centrado, como lo fue también la primera edición, en el análisis de las cuestiones y soluciones que sobre el tema plantea una rica jurisprudencia. Un libro por tanto que no sirva para hacer «ciencia» jurídica, sino que sea útil para los profesionales del foro, donde se encuentra la realidad del derecho.

En la primera edición de mi libro la preocupación fundamental era la de hacer sistema: integrar el enriquecimiento sin causa en la normativa codificada a la búsqueda de un régimen jurídico unitario y coherente de restitución. Ahora he llegado a la convicción de que esto no es posible, y que el sistema es necesariamente incoherente. El enriquecimiento sin causa es una palabra nueva, mágica, insinuante y llena de poder seductor, que pretende renovar el Derecho en todo aquello que le dejen. El enriquecimiento sin causa es una manifestación del poder de la palabra. Los artículos del código no sólo se derogan por otras leyes posteriores que vienen a sustituirlos, sino con la aparición de palabras

nuevas, que llenas de la osadía de lo nuevo y de la legitimidad de lo renovador, suplantando los principios, modos de interpretación y sistemas de aplicación del Derecho positivo. Por ejemplo, al menos las siguientes instituciones jurídicas han quedado afectadas por la aplicación de la nueva dogmática del enriquecimiento sin causa: los cuasicontratos, en especial el régimen de la gestión oficiosa, la accesión, especificación, restitución de la gestión posesoria, criterios liquidatorios de la comunidad y sociedad, subrogación real, y en general todas las normas del código que presentan módulos restitutorios. Frente al Derecho codificado centrado en la protección del propietario agrícola y del comerciante, el enriquecimiento sin causa supone una nueva noción del lucro y el provecho, mucho más patrimonialista e igualitaria, que protege la iniciativa económica y el trabajo, un modelo social de relaciones contractuales fácticas, y un modelo social de trascendencia de la conducta que se desentiende de lo efectivamente querido, y aún de lo manifestado. Si en mi primera edición mi objetivo fue el de reconducir el enriquecimiento sin causa a sistema, en esta edición me he esforzado en subrayar la originalidad de la institución frente al sistema (o los sistemas codificados). Hoy me confieso mucho más perplejo y modesto, y sólo pretendo mostrar el enriquecimiento sin causa como una institución bohemia, anárquica y asistemática, de elaboración fundamentalmente jurisprudencial, y quizá punta de lanza de la evolución del Derecho patrimonial.

Junto a los nuevos modelos sociales contractuales, la doctrina del enriquecimiento participa también de todas las tensiones ligadas a la teoría de la causa. Pero... ¿qué es la causa? ¿qué funcionalidad ejerce en el Derecho patrimonial? Cuando el Derecho liberal formula la teoría de la causa, con ciertos precedentes en la doctrina humanista, la causa pretende ser la «esencialidad» del contrato. La teoría de la causa no existía en el Derecho del antiguo régimen, apenas si se nombra en los manuales de la época precodificadora (referida por ejemplo a la *donatio mortis causa*, o a la *donatio causa matrimonii*) y en Derecho patrimonial no parece necesitar de una institución «esencializadora» del consentimiento contractual. El elemento «esencial» del contrato es en realidad el contrapeso que la doctrina liberal desarrolla al dogma de la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual. Por eso creo que no está de más considerar que a través de la teoría de la causa los juristas liberales estaban buscando la seguridad y certeza del Derecho que representaban los módulos escolásticos de organización del Derecho patrimonial del antiguo régimen. En particular, añoraban algunas de las funciones que en el Derecho anterior a la codificación cumplía la teoría del justiprecio. La teoría del justiprecio era en el Derecho precodificado algo mucho más decisivo que la mera equivalencia material de las presta-

ciones, pues servía también de instrumento de calificación de los contratos (distinción entre actos *inter vivos* y *mortis causa*, protección de acreedores y legitimarios, función desvinculadora y divisoria del Derecho civil). La crisis de la teoría del justiprecio exige reedificar el Derecho patrimonial sobre nuevas bases, y a través de la teoría de la causa como «equivalencia formal» de las prestaciones (DOMAT), se pretenden cumplir algunas de las funciones que en el antiguo régimen cumplía el justiprecio (calificación de los contratos, causalización de los motivos y fines privados, protección de terceros y de los intereses de la República); en definitiva los juristas liberales añoraban la certeza y seguridad del Derecho que derogaron y lo reedifican con otro nombre. Pero identificado un instrumento de limitación a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual, a través de él se irá haciendo efectivo los diversos principios de justicia material que hacen efectiva la crisis de los principios liberales (teoría de la causa ilícita, causa y significación de los contratos: lo que DE CASTRO llama fin jurídico, más allá del propósito práctico y privado de las partes, las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son; identificación de los actos *mortis causa* para hacer efectiva la prohibición de pactos sucesorio, etc...). Pero si esto se produce en el momento mismo de la codificación en que la causa es definida como elemento «esencial» del contrato, un momento posterior es el del asalto a la equivalencia formal de las prestaciones, a través de instituciones nuevas, como la definición de la usura (ley Azcarate), la formulación jurisprudencial de la cláusula *Rebus sic stantibus*, etc... incluso en la más reciente jurisprudencia, como indicio de simulación y fraude, a través de la teoría de la causa ilícita, y para tutela de acreedores y legitimarios, la teoría del justiprecio parece revivir incluso en cierta medida en su función de tutela de la equivalencia material de las prestaciones. En este contexto se sitúa pues la nueva dogmática del enriquecimiento sin causa: participa de toda la esencialidad de la teoría de la causa, y se desarrolla en una manifiesta crisis de la equivalencia formal de las prestaciones y de los principios nominalistas.

En conclusión, sobre dos ideas creo que debe insistirse al desarrollar la nueva teoría del enriquecimiento sin causa: en primer lugar, sobre la crisis de la dogmática voluntarista y consensualista del Derecho patrimonial, que tiende a ser sustituida por módulos sociales de relación de carácter significativo; y, en segundo lugar, sobre la crisis del principio de la equivalencia formal de las prestaciones, y la invasión del Derecho por módulos de justicia material.

Pero las ideas superficiales se encuentran siempre ligadas a los grandes principios; el pensamiento vulgar se detiene en las generalidades, y tanto más vulgar cuanto mayor es la generalización; nada más inseguro que referir genéricamente el enriquecimiento sin causa a la crisis de la

dogmática del contrato y cobijarlo bajo las grandes alas de la justicia en abstracto. El problema, evidentemente, es el de delimitar adecuadamente la institución para evitar la peor crisis del Derecho: el vulgarismo. Un Derecho vulgar es el paraíso de burócratas indolentes y de corruptos leguleyos amantes de los pleitos. Por eso la dogmática del enriquecimiento sin causa es objeto de grandes esfuerzos doctrinales que pretenden sistematizarlo, y de una detallada elaboración jurisprudencial; ambas doctrina y jurisprudencia, han ido formulando diversos criterios jurídicos de conceptualización y limitación de la institución. Presentar el Derecho del enriquecimiento sin causa dentro de las nuevas corrientes del Derecho patrimonial civil, es la pretensión de este libro.

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN

Para esta tercera edición no me he limitado a la puesta al día del libro en doctrina y jurisprudencia, sino que también he desarrollado algunos temas que habían quedado simplemente apuntados en ediciones anteriores. Así, el valor relevante que la jurisprudencia otorga a la equivalencia de las prestaciones en la configuración fáctica y jurídica de diversas instituciones, en particular, la usura, la cláusula *rebus*, la simulación, la causa ilícita y el fraude. La relación que el enriquecimiento sin causa parece tener con las nuevas tendencias sobre la frustración del fin del contrato y la crisis de voluntarismo contractual. La relación del enriquecimiento sin causa con la teoría de la resolución de los contratos por incumplimiento. Y la teoría del enriquecimiento sin causa por las obras y servicios prestados a la Administración pública. El lector encontrará que algunos otros epígrafes están totalmente remozados.

Esta profundización reitera la convicción del valor decisivo del Derecho como lenguaje. El «enriquecimiento sin causa» sin estar recogido expresamente en el Código tiene una virtualidad reformadora de los fundamentos mismos del Derecho civil patrimonial.

CAPÍTULO I
DIVERSIDAD DE TRATAMIENTO
DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

A) *Planteamiento*

«Vivir honestamente», «no dañar a nadie», «dar a cada uno lo suyo», son los tres pilares centrales de nuestra concepción jurídica; sin duda, la otra cara del omnipresente «dar a cada uno lo suyo», es la de «no enriquecerse tortíceramente a costa de otro», pues quien no da a cada uno lo suyo se enriquece con ajeno perjuicio. Estas máximas de naturaleza éticomoral, son tan imprecisas en su formulación lógica como difíciles en su aplicación práctica. Frente a esta vaguedad y generalidad del principio, interesa buscar la correcta regulación del enriquecimiento sin causa como instrumento técnico.

A lo largo del tiempo, en los diversos ordenamientos jurídicos, cuando se habla de enriquecimiento injusto, se entienden funcionalidades distintas. Puede ser considerado: como un principio general del Derecho, como fundamento y alargamiento de la doctrina de los cuasi-contratos, como acción subsidiaria y como acción fundada en la dinámica de la causa. Se observa, que estas cuatro concepciones del enriquecimiento se repiten constantemente en la doctrina de los autores a lo largo del tiempo y se superponen espacialmente en los diversos ordenamientos.

La explicación del enriquecimiento injusto a través de la teoría de la causa es, seguramente, la interpretación más moderna y la que se corresponde con la madurez dogmática de la institución. La teoría de la causa se presenta como sumamente confusa en el actual Derecho patrimonial, pero ello se debe a que enmarca la punta de lanza de la evolución y adaptación del Derecho a las nuevas realidades y exigencias de la vida social y política. El enriquecimiento sin causa es tributario de toda la oscuridad que preside la teoría de la causa, pero a su vez participa de la vocación de modernidad y renovación del Derecho positivo que preside dicha teoría. En efecto, en función de la teoría de la causa, el alcance de la acción de enriquecimiento sin causa es tributaria del resul-

tado de la polémica entre abstracción y causalidad en las promesas y atribuciones patrimoniales; en segundo lugar, cristaliza una reacción contra el voluntarismo radical del iusnaturalismo liberal (causa reciprocidad y tipicidad); en tercer lugar, la identificación de nuevos supuestos de «enriquecimiento», la ampliación de la «medida de la restitución», y el carácter central que la teoría del enriquecimiento injusto representa de todo un nuevo Derecho de la restitución, parece eludir y contornar los estrechos módulos del Derecho contractualista codificado (promulgados para la protección del propietario agrícola y el comerciante individual), y significan la adaptación del Derecho a la nueva sensibilidad del Derecho hacia el trabajo y la iniciativa económica (importancia de las «nuevas» relaciones contractuales de hecho, valor de las conductas significativas, módulos sociales de relación social patrimonial). Finalmente, la teoría del enriquecimiento sin causa se utiliza de modo creciente frente a las consecuencias injustas del principio de la equivalencia formal de las prestaciones y a los resultados monstruosos de la aplicación indiscriminada del principio nominalista. Llama la atención que la teoría de la causa, que apenas era conocida ni desarrollada en los tratados del antiguo régimen, aparece con fuerza inusitada como institución central del Derecho patrimonial en los tratados posteriores a la codificación. Ello basta para poner de manifiesto la novedad del concepto y su función primordial de a través del cual el Derecho patrimonial se adapta a las nuevas realidades sociales, culturales y políticas del Derecho moderno.

Pero antes de explicar su funcionalidad en el Derecho actual, resulta muy ilustrativo contemplar la evolución interna del enriquecimiento torticero desde sus primeras formulaciones en la época inmediatamente posterior a la codificación —como un mero principio general de Derecho—, hasta su configuración técnica como acción concreta por la doctrina y jurisprudencia europea. Del enriquecimiento injusto como principio general o regla moral, al enriquecimiento sin causa como acción, hay, sin duda, un largo camino de evolución jurídica y de estudio doctrinal. La mayoría de los autores que estudian la funcionalidad del principio general de Derecho que prohíbe enriquecerse torticeralemente destacan: su imprecisión¹, su dificultad de aplicación práctica, la necesidad

de una previa concreción², y el peligro que comporta de relajación de las reglas técnicas³. Con todo, no son pocos los autores que al enfrentarse con el enriquecimiento torticero lo conciben como un principio general que, principalmente, implica una llamada a la justicia en abstracto, y que complementa la técnica jurídica allí donde ésta no llega. Estos autores, entienden que la equidad tiene, o al menos puede tener, en algunos supuestos, una aplicación directa y que, por ello, debe considerarse el enriquecimiento torticero como principio general de Derecho. Para otros, el carácter de regla de Derecho es definitorio de la institución porque un determinado ordenamiento no recoge la técnica de los actos y atribuciones abstractas; y, finalmente, no falta quien, dudando de la propia técnica jurídica, prefiere la emotividad que comporta esta regla de Derecho, máxime cuando se le presenta como superadora de formalismos y legalismos. Pero estas consideraciones que se corresponden a la primera época de formulación de la institución, apenas si se mantienen hoy en día.

Aun cuando en un primer momento el principio de Derecho se presenta como una regla moral, progresivamente se relaciona dicha regla con la técnica cuasicontractual, bien a efectos de fundamentación, bien por recoger pretensiones restitutorias que exceden del marco de los cuasicontratos típicos. Así, se pasa a concebir enriquecimiento torticero como una institución que supera las contradicciones con las que se enfrentan las obligaciones nacidas de los cuasicontratos y que puede explicar esas figuras jurídicas de notorio carácter residual. Sin duda, ello se corresponde con un momento en la evolución de un ordenamiento jurídico que empieza a ser estudiado con criterios científicos y que no

Diritto Civile, II, 1961, pág. 551, acotando el libro de Mac Closkey, *the American Supreme Court*; y para RICCA BARBERIS («Diritto d'indebito arricchimento», *Archivio giuridico*, 1952, pág. 161), el principio es «una panacea de charlatanes.»

² MAZEAUD y MAZEAUD: (*Leçons de Droit civil*, tomo II, París 1956, pág. 636) observan que el brocardo de Pomponio no está citado por Domat y Pothier más que como una regla general de conducta, en la que el legislador debe inspirarse, pero que no rige en ningún aspecto particular del Derecho. GORE (*l'enrichissement au dépend d'autrui*, París 1949, pág. 72 y sigs.), observa que la regla moral tiene que transformarse en una regla jurídica; pues la regla moral es insuficiente, por demasiado imprecisa, y por estar sujeta a divergencias de apreciación. Para PINO «contributto alla teoria della eccessiva onerosità della prestazione», *Archivio giuridico*, 1952, pág. 32. La aplicación del Derecho abandonada a la contingente y personal concepción del juez, no podía evitar la injusticia de normas desiguales para casos iguales.

³ Para RIPERT (*La règle morale dans les obligations civiles*, París 1949, pág. 246), puede abatir como un castillo de naipes las instituciones positivas de tutela de los intereses.

¹ Para WINDSCHEID: (*Diritto delle pandette*, traducción al italiano de C. FADDA y P. F. BENZA, volumen II, Torino 1925, pág. 631, nota 1), el adagio es una de las falsas abstracciones que en gran número se encuentran en el Derecho romano. HOLMES, maestro de la *Common Law*, sostenía que la principal característica del hombre como especie era formular principios generales pero temía que ninguno sirviera (*Rivista di*

encuentra explicación al origen de las obligaciones cuasicontractuales. Así, hay autores que conciben el enriquecimiento injusto como una especie ampliatoria de la gestión de negocios ajenos sin mandato en la que no es exigible *animus aliena negotia gerendi*, o amplian el número de los cuasicontratos: típicos y atípicos, etc.

Cuando, el enriquecimiento injusto se utiliza para justificar la teoría de los cuasicontratos, desborda su carácter de regla de Derecho o de principio general informador y justificador de un ordenamiento, para convertirse en una figura jurídica concreta que tiene eficacia positiva. Es necesario, entonces, explicar la figura, señalar sus características, sus elementos y los supuestos en que va a actuar. De esta forma, no es extraño que cada vez un mayor número de autores la caractericen como una acción: la acción de enriquecimiento injusto; pero —se dice— la acción no tiene un fundamento legal sino extrapositivo (en los principios generales que rigen un ordenamiento) y tiene naturaleza subsidiaria: actúa donde no llega la técnica jurídica. Esta naturaleza subsidiaria, evita los peligros de elusión de las normas positivas y persigue no desmesurar la acción en su alcance. La acción de enriquecimiento injusto, de esta forma, complementa la técnica jurídica en supuestos en que parece de estricta justicia conceder pretensiones restitutorias. No es extraño, que esta misión residual la convierta en una acción oscura, difuminada, en la que es difícil encontrar otro fundamento distinto de la propia equidad.

Por último, se concibe la acción de enriquecimiento injusto como una acción que encuentra su fundamento en la dinámica de la causa. Así considerada, la acción dudosamente puede estructurarse como subsidiaria, es decir, expediente equitativo de la insuficiente técnica jurídica, sino que se convierte en el justo remedio para una serie de atribuciones que nosotros hemos venido llamando impropias. Si la causa se considera como la correcta atribución por el ordenamiento a las personas de los bienes y servicios, la acción de enriquecimiento sin causa encuentra su fundamento en la necesidad de restituir aquellas ventajas adquiridas por una persona, sin causa, cuando la ventaja no es restituible *in natura*, es decir, en su propia individualidad.

Al hablar del enriquecimiento injusto, los autores pueden referirse pues a cuatro realidades diversas: en primer lugar, a un principio general de Derecho que informa el ordenamiento jurídico; en segundo lugar, a la fundamentación y ampliación de la técnica cuasicontractual; en tercer lugar, a una acción subsidiaria fundada en el principio general de Derecho; y, por último, a una acción (de enriquecimiento sin causa) que busca equilibrar el valor que de un patrimonio ha pasado a otro sin serle correctamente atribuido por el orden jurídico. Todas estas postu-

ras representan, como vamos a ver, interesantes opiniones doctrinales, planteamientos jurídicos positivos y jurisprudenciales en los diversos ordenamientos, y, también, momentos en la evolución de la concepción que sobre el enriquecimiento injusto se tiene en un concreto orden jurídico a lo largo de un tiempo.

En efecto, el enriquecimiento injusto, como principio general de Derecho, forma parte de la tradición jurídica de todos aquellos ordenamientos de raíz romana⁴, se encuentra expresamente recogido en Las Partidas⁵, se repite unánimemente por todas las jurisprudencias contemporáneas. Con todo, la eficacia práctica del principio, como ya hemos señalado, es muy relativa, y, muy comúnmente, es proclamado como declaración *obiter dicta* o como recurso de elegancia en el estilo a la hora de dictar una sentencia.

POTHIER, es quizá, el primer autor que concreta el principio evitando la vaguedad de que adolecía, al estudiar el cuasicontrato *negotiorum gestio*, siendo recogida esta doctrina por la corte de Reims en sentencia de 26 de agosto de 1820; pero, sin duda, tiene mayor interés el movimiento doctrinal que en la segunda mitad del siglo XIX realiza la ampliación de la doctrina de la gestión de negocios ajenos sin mandato, hablándose de una gestión anormal de negocios; doctrina que tendrá su reflejo jurisprudencial en sentencias como la de 16 de junio de 1890 (*arret lemaire*). Por otra parte, en el área de la *Common Law*, el estudio de los cuasicontratos (*quasicontract*), contiene interesantísimos supuestos de pretensiones restitutorias que exceden de lo que en el Derecho continental (*Civil Law*), se conoce como cuasicontratos típicos, y que únicamente encuentra su fundamento en el principio que prohíbe el *unjust enrichment*; hasta el punto de que se va imponiendo el hablar del Derecho de la restitución (*Law of restitution*) que tendría su fundamento en el *unjust enrichment* y que englobaría tanto los supuestos de obligaciones cuasicontractuales, como los supuestos de obligaciones nacidas del *constructive trust*.

El origen de la acción de enriquecimiento, como acción autónoma independiente de la técnica cuasicontractual, y a la vez distinta del principio general de Derecho, parece que hay que buscarlo en el *arret bouquier* (5 junio 1892). La Corte de Casación francesa, declara, en la citada sen-

⁴ D. 50. 17 *De diversis regulis iuris antiqui*. «dure naturale aequum est neminem cum detrimento et iniuria fieri lucupletationem.»

⁵ Partida, tít. XXXIII, ley 13; el carácter residual de la regla se pone de manifiesto especialmente en que se trata de la última ley de Las Partidas, donde se recoge, a modo de máximas, un conjunto de principios.

tencia, que «esta acción deriva del principio que prohíbe enriquecerse a costa de otro, no habiendo sido recogida por ningún texto de nuestras leyes, su ejercicio no está sometido a ninguna condición determinada... basta para que sea aplicable que el demandado alegue y pruebe la existencia de una ventaja debida a un sacrificio o a un hecho personal procurado a aquél contra quien se litigia». Esta declaración es, sin embargo, objeto de severas críticas, principalmente por la inseguridad a la que conduce. Esto explica que, en sentencias posteriores, la Corte de Casación busque una fórmula susceptible de delimitar la aplicación de la acción; y en sentencia de 2 de marzo de 1915, adopte, seguramente tomada de AUBRY ET RAU, la siguiente fórmula «la acción de *in rem verso* que está fundada en el principio que prohíbe enriquecerse en perjuicio de otro, debe ser admitida en todos los casos en que el patrimonio de una persona, encontrándose sin causa legítima enriquecido en perjuicio de otra, ésta no tuviese para obtener lo que le es debido ninguna acción que naciese de un contrato, de un delito, de un cuasicontrato o de un cuasidelito» (2 de marzo de 1915). En esta sentencia encontramos ya delimitada una acción de carácter genérico, independiente, que si bien está fundada en el principio general de Derecho que prohíbe enriquecerse en perjuicio ajeno, tiene autonomía respecto de él. Sucede, sin embargo, que es difícil entender la funcionalidad de una acción que por ser subsidiaria, y por su carácter de complemento de la técnica jurídica adquiere un carácter eminentemente residual. ¿Cómo definiremos una acción que se reconoce sólo como una llamada abstracta a un principio general de Derecho? ¿Cómo se pueden delimitar los supuestos de actuación de una acción que se entiende llamada a complementar la técnica jurídica? ¿Cómo puede entenderse la aplicación de la causa en una acción de carácter subsidiario? Con todo, la influencia de la jurisprudencia y doctrina francesa sobre los Derechos latinos, condujo a que la jurisprudencia italiana adoptase también una fórmula similar que recoge como criterios delimitadores de la acción, de una parte, la ausencia de causa en un desvío patrimonial y, de otra, el carácter subsidiario de la acción. La acción así configurada, se convierte en un remedio de equidad, cuyos límites son oscuros, y cuya eficacia es puesta en duda por un importante sector de la doctrina; a pesar de ello, en el Código civil italiano de 1942, esta doctrina alcanza refrendo legal.

Frente a esta experiencia jurídica de los países latinos, que tiene su origen en el *arret bondier*, en los Derechos germánicos, el enriquecimiento injustificado tiene una brillante trayectoria en función de los estudios de Derecho romano realizados por los pandectistas. En este sentido, la bibliografía dedicada al tema durante todo el siglo XIX es importante. Los redactores del B. G. B., al no haber admitido la causa, de una manera positiva, como elemento constitutivo de la obligación,

la acción de enriquecimiento sin causa, adquiere especial relevancia como remedio jurídico a las consecuencias de los actos y negocios abstractos; y, en segundo lugar, dado que la Ley se ve obligada ya por la seguridad de las convenciones, ya por ciertas circunstancias de hecho, a dejar que se produzcan los efectos de un acto jurídico, aunque éstos no sean conformes a la verdadera situación que haya existido entre las partes; en estos casos, se restablece el equilibrio concediendo una acción personal de repetición por enriquecimiento sin causa. La funcionalidad de la acción se refiere así, tanto al justo complemento de los negocios abstractos, como rectificadora de los desequilibrios patrimoniales producidos por las atribuciones impropias. Éste, por otra parte, como veremos después más detenidamente, parece haber sido el verdadero sentido de la *condictio* en el Derecho romano clásico.

En España, Las Partidas recogen un vago principio general cuya eficacia práctica es muy relativa, y, desde luego, no parece que pueda hablarse propiamente de la existencia de una acción de enriquecimiento; NAVARRO AMANDI, es el primero —que yo conozco— que relaciona el principio con la técnica cuasicontractual, principalmente a efectos de fundamentación; VALVERDE, habla de una *acción de enriquecimiento injusto* basada en la equidad; y es NÚÑEZ LAGOS, quien inicia el estudio de la acción en relación con la dinámica de la causa. La jurisprudencia sigue una trayectoria paralela a la doctrina; en un primer momento, concibe el principio como una vaga regla de Derecho que prohíbe los enriquecimientos torticeros, es decir, aquéllos conseguidos de manera tortuosa y contraria a la buena fe; progresiva y paralelamente a la evolución doctrinal, va configurando una acción autónoma, y va sustituyendo la terminología (torticero por injusto en un primer momento, y por si causa después). Finalmente, después de la guerra civil, a partir de una sentencia cuyo ponente fue don José CASTÁN, estructura una acción autónoma, definida por el concepto de causa, y de la que progresivamente delimita en sus condiciones de ejercicio. Posteriormente nos detendremos a examinar la caracterización que nuestra jurisprudencia realiza del enriquecimiento injusto, pero merece señalarse aquí que, a mi juicio, la principal aportación jurisprudencial es la negación de su carácter subsidiario; ello implica, de una parte, el carácter original de la acción respecto de la de los principales países del área de influencia francesa; y, de otra parte, una gran capacidad de renovación del Derecho que va modificando sus criterios a través de una acción de matices ciertamente difusos.

Así pues, en la dogmática del enriquecimiento sin causa, su estudio puede decirse que pasa por cuatro fases fundamentales. El enriquecimiento como regla moral o principio general de Derecho, que no es

sino la otra cara del omnipresente dar a cada uno lo suyo; el enriquecimiento sin causa como fundamento o ensachamiento de la dogmática de los cuasicontratos; el enriquecimiento injusto como acción subsidiaria; y, por último, el enriquecimiento sin causa como acción principal destinada a corregir los desequilibrios patrimoniales producidos sin una válida causa de atribución. Las cuatro concepciones no sólo están presentes en la técnica legislativa y doctrinal del Derecho comparado, sino que también son mantenidas dentro de la doctrina española por diversos autores, y forman parte, como veremos, de la extraordinaria construcción doctrinal realizada por nuestro Tribunal Supremo.

Si pasamos a considerar el por qué de esta evolución, no podemos menos que concluir que frente a los rígidos principios de la autonomía de la voluntad, libertad contractual, reciprocidad formal de las prestaciones e indemnización por culpa sentados en la doctrina y legislación liberal, el enriquecimiento sin causa representa una nueva sensibilidad tanto hacia la justicia de los enriquecimientos como a la restitución de los lucros indebidos. Es una crisis del voluntarismo contractualista (las obligaciones nacen del contrato, el contrato enriquece con causa) hacia una dinámica patrimonial más social y justa, que se va abriendo paso principalmente a través de la renovación judicial del Derecho.

En el presente capítulo vamos a exponer las principales posturas doctrinales y legislativas sobre el tema señalando las líneas de su evolución.

B) *El enriquecimiento injusto como principio general de Derecho y como regla moral*

a) *Las Partidas*

Indudablemente, Las Partidas, cuando se refieren al enriquecimiento torticero, recogen únicamente una regla moral que completa la técnica jurídica.

En la edición de Las Partidas realizada por la Real Academia de la Historia en 1807, bajo el epígrafe «De las reglas derechureras, que son llamadas en latín *regulis iuris*», se recoge en la Partida 7, título XXXIII, Ley 13 (que es la última ley de ese texto legislativo), la regla «El aun dixieron que ninguno non debe enriquecer torticeramente con daño do tri; et que la culpa de uno non debe empescer a otro que non haya hi parte». Esta regla (situada en un epígrafe que contiene un conjunto de máximas estructuradas a modo de apéndice, y que recogen criterios generales de Justicia), tiene fuerza de ley a no ser que haya una ley expresa que regule el problema controvertido; pues, al comienzo de la Ley 13, se dice: «Regla es la ley dictada brevemente que muestra aina la

cosa sobre que fabla, et ha fuerza de ley, fueras ende en aquellas cosas sobre que fablase alguna Ley señalada deste nuestro libro que fuese contraria della; ca estonce debe ser guardado lo que la Ley manda, et non lo que la regla dice». Hemos de señalar que este principio o regla no se relaciona en absoluto con la técnica de las condiciones que Las Partidas, siguiendo al Digesto, recogen en otro lugar (Partida V, título XIV, Leyes XXVIII-LIV). Por su supletoriedad, estas reglas se asemejan a los principios generales con la particularidad de estar formulados expresamente⁶.

Así pues, puede decirse que en nuestro Derecho histórico el enriquecimiento injusto es una regla de escasa funcionalidad práctica, que no se diferencia esencialmente del principio que obliga dar a cada uno lo suyo.

⁶ En poco o en nada alteran los comentarios de Las Partidas esta regulación: GREGORIO LÓPEZ, por ejemplo en su edición de Las Partidas de 1789 (*Las siete Partidas del sabio Rey don Alfonso el Nono*, Madrid 1789, tomo III, pág. 530), recoge escuetamente el principio en La Partida, 7, tít. 34, regla XVII.

La ciencia española del siglo XIX, continúa en la misma línea: SALAS «Ilustración del Derecho Real de España», Coruña 1836, tomo II, libro III, tít. XVIII, pág. 351, bajo la rúbrica «de las reglas de derecho», admite 65 máximas jurídicas, que no se ajustan estrictamente a ninguna de las dos versiones de Las Partidas; este autor, recoge en la regla 13 el principio «ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro», comentado: «Esta regla llena de equidad debe tenerse muy presente, porque juega en todas las partes del Derecho.» Con todo, la eficacia práctica del principio debe ser reducida puesto que a parte de no relacionarse ni con la técnica del cuasicontrato, ni con la técnica de la *condictio*, ni con las fuentes de las obligaciones, los autores les prestan un énfasis muy relativo; y así, por ejemplo, don EUGENIO TAPIA en el febrero novísimo o *librería de jueces abogados y escribanos*, Valencia 1837, contiene en el tomo X un «índice general y razonado por orden alfabético», en el que no se encuentra desarrollada ni la palabra «enriquecimiento», ni «torticero», ni «lucupletacione», ni «condictio», ni siquiera la palabra «reglas», si bien, en el tomo II, se recoge la técnica del cuasicontrato. De la misma manera, nada dicen las leyes de Toro del principio que nos ocupa, lo que trae consigo el que la doctrina dedicada a estas leyes nada diga al respecto: así, por ejemplo, nada hemos encontrado dicha ni por ÁLVAREZ POSADILLA (*Ibid.*, Madrid 1796), ni por NOLASCO DE LLANO *Comentarios de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid 1785, ni por LLAMAS, *Comentarios a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid 1875. El total desarraigo de la regla de cualquier aplicación práctica, se nos muestra también en los comentarios de GARCÍA GOYENA al proyecto de Código civil de 1851. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid 1852, pág. 240 (art. 1890), que, el hablar de las obligaciones que se contraen sin convención, respecto aquéllas que tienen su origen en un hecho lícito o ilícito, declara que «están fundadas en los grandes principios de moral, tan profundamente gravados en el corazón de todos los hombres; que es necesario hacer a otros lo que quisieramos que ellos hicieran por nosotros en iguales circunstancias, y que estamos

b) *Autores modernos que conciben el enriquecimiento injusto como principio general de Derecho o regla moral*

Son bastantes los autores modernos que a la hora de tratar el enriquecimiento injusto, lo conciben bien como una regla moral, bien como un principio general de Derecho. Merece destacarse la postura de RIPERT⁷, quien opina que «todas las construcciones jurídicas a la que ha dado lugar el enriquecimiento sin causa son más o menos inútiles para explicar el alcance de la acción. Lo que se intenta es disimular el carácter moral de la regla propuesta. En la práctica, los tribunales se preguntan únicamente si la persona enriquecida no tiene el deber de justicia de indemnizar a la persona empobrecida, en la medida en que esta persona se ha empobrecido, si ella misma se ha enriquecido». Para CASTIONI⁸, existe un principio general de Derecho que podría enunciarse del siguiente modo «aquél que se encuentra enriquecido en daño de otro, debe restituir aquello con lo que injustamente resulta enriquecido», este principio lo deduce de todos aquellos casos en que el Derecho recoge en normas jurídicas positivas, supuestos en que una persona enriquecida injustamente a costa de otra, tiene obligación de restituir.

En la doctrina española contemporánea, la tesis de considerar el enriquecimiento injusto como un principio general de Derecho está bastante extendida; puede citarse aquí, por ejemplo la doctrina de DE BUEN⁹, ESPUNY GÓMEZ¹⁰, ROVIRA MOLA¹¹, BONET RAMÓN¹² etc.

obligados a reparar los agravios y daños que hayamos causado». Si bien posteriormente (Ibid., pág. 242), comentando el art. 1891, en las concordancias, cita el art. 1, del Código civil bárbaro en el que se dispone que: «se presume que cada uno quiere lo que le parece útil. Nadie debe enriquecerse con detrimento de otro». Por otra parte, en el proyecto de 1851, ya no se recogerán expresamente, al modo de Las Partidas, un conjunto de máximas jurídicas que han de tener una eficacia supletoria a falta de norma expresa que regule el punto controvertido.

⁷ *La règle morale dans les obligations, civiles*, París 1949. Resulta curiosa la evolución del autor; en un primer trabajo, estructura la acción como una acción recuperadora de los provechos creados («Essai d'une théorie des l'enrichissement sans cause», en *Revue trimestrielle de Droit civil* 1904). Posteriormente, se suma a la postura arriba reseñada, y, finalmente, en los tratados RIPERT et BOULANGER (*Traité de Droit civil d'après le traité de Planiol*, tomo II, París 1957), y PLANIOL-RIPERT (*Traité pratique de Droit civil français*, tomo VII, París 1957), se suma a la corriente de considerar una acción delimitada por la ausencia de causa, en la que la causa es referible a la ausencia de un título de retener.

⁸ «El divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto», *Riv. dir. comm.*, I, 1923, pág. 285.

⁹ *Notas a Colón y Capitán*, Madrid 1943, vol. III pág. 946. Señala este autor, que

A mi juicio no cabe duda de que el enriquecimiento injusto es también una regla moral, pero su funcionalidad no se agota en la moralidad; la moralidad y la ética, para ser jurídicas deben tecnificarse, conceptualizarse, definirse estrictamente; de lo contrario se corre el grave riesgo de vulgarismo jurídico, y de convertir la aplicación del Derecho en mero capricho de burócratas, que hacen de su deseo norma por medio de la llamada a los grandes y abstractos principios morales. La moralidad en sí misma, sin el apoyo técnico de un aparato jurídico delimitador de conceptos y garantías sería un gran ídolo, divinidad presente de un mundo de funcionarios, que siempre daría la razón al poderoso. Sin duda el enriquecimiento sin causa como institución, significa, o debe significar, la conceptualización de nuevas exigencias y sensibilidades morales y sociales, la justicia del enriquecimiento es el fundamento moral del enriquecimiento sin causa. Pero recordemos que el pensamiento vulgar se queda sólo en las generalidades, a mi juicio el grave problema del jurista es conceptualizar y delimitar esa exigencia de justicia.

fuera de las aplicaciones parciales, la doctrina de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro tiene en nuestro Código civil la categoría de un principio de Derecho de los que, según el art. 6 de dicho cuerpo legal, se aplican en defecto de ley o de costumbre de lugar.

¹⁰ «Perfil y límites del enriquecimiento infundado», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1952, pag. 42 y sigs., este autor denomina a la acción de enriquecimiento infundado, al creer que la figura es independiente del concepto de causa; para él, la acción permite el imperio de la equidad cuando la normativa jurídica no basta para mantenerlo.

¹¹ «Enriquecimiento injusto», en *Nueva Enciclopedia Jurídica* vol. VIII, pág. 570 y sigs., declara que «el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro en perjuicio de otro, constituye a la par que una regla de Derecho, uno de los más firmes postulados de la moral, que aquél ha incorporado a su seno para revestirlo de eficacia jurídica». Señalando posteriormente que «creemos preferible calificar el enriquecimiento de injusto, como contrario de las normas de justicia y equidad que mandan dar a cada uno lo suyo, sin aludir para nada al concepto inútil y desdibujado de causa jurídica».

¹² *Compendio de Derecho civil*, tomo I, Madrid 1959 pág. 757 después de examinar algunos casos de ejercicio de la *condictio* (como complementos de los negocios abstractos, negocios de enajenación realizados por quien carece de derecho, etc...) declara: «En tales casos da derecho al perjudicado una pretensión que se dirige contra el enriquecido para que entregue aquello en que injustamente se enriqueció. A esta pretensión se llama *condictio*. Pero esta pretensión no nace por el sólo hecho de que uno se enriquezca a expensas de otro. Ni el Derecho común, ni el Derecho civil, reconocen una acción general de enriquecimiento. El fundamento de la pretensión reside más bien en que tal enriquecimiento no está justificado esto es, en que no es conforme a la justicia y a la equidad.»

En definitiva, a mi parecer, como ya he señalado, el enriquecimiento injusto, aun como principio general de Derecho o como regla moral, no nos debe hacer olvidar la precisión exigible en toda regla de carácter jurídico. El principio, en sí mismo, como regla moral, no puede tener una aplicación inmediata sino con riesgo de quebrantar los criterios técnicos de un sistema jurídico. Si es cierto que la equidad tiene un papel relevante en la institución que nos ocupa, como en todo el Derecho, para su aplicación inmediata es necesario previamente proceder a pormenorizar y concretar sus condiciones de ejercicio¹³.

¹³ Es, a nuestro juicio, indudable que el proceso de aplicación particular de un principio comporta la necesidad de pormenorizar y concretar sus condiciones de ejercicio. Y así, desde que en 1892 el *Arret Boudier* recoge un instrumento jurídico independiente, cuya finalidad es equilibrar aquellos desvíos patrimoniales considerados infundados, la doctrina y jurisprudencia de los diversos países se esfuerzan en matizar y delimitar los presupuestos de la acción. En este proceso de progresiva concreción creemos que, en términos generales, se puede afirmar que de una regla moral de escasa vigencia práctica, se ha pasado a una regla jurídica de cada día mayor utilidad en nuestro Derecho; y que en este proceso de concreción de una regla moral, encontramos dos líneas maestras que emarcan su evolución: en primer lugar, una cada vez mayor tendencia a la utilización de criterios éticos en las relaciones jurídicas de tipo patrimonial, al menos en el orden civil; y, en segundo lugar, una nueva actitud metodológica frente al Derecho, que se acoge preferentemente a la experiencia casuística. Si lo primero comporta el que a través del enriquecimiento sin causa se tutelaran pretensiones que habían quedado de alguna manera olvidadas, o al menos marginadas, en la época de la codificación, lo segundo explica el papel principal que en el origen y la evolución del instituto ha tenido la jurisprudencia. Que la equidad ha sido uno de los motores principales que ha condicionado el origen y la evolución del enriquecimiento sin causa, parece ser uno de los tópicos de la doctrina referente al tema. No son pocos los autores que, como hemos visto, opinan que la equidad contiene el carácter esencial y sustantivo definitorio de la institución; y el propio *Arret Boudier*, que, constituye la sentencia a partir de la cual nacen todos los estudios sobre enriquecimiento sin causa, —al menos con referencia a los derechos latinos— declarada que el ejercicio de la acción de enriquecimiento, no está sometido a ninguna condición determinada, al ser ésta una institución de equidad, no recogida en ningún texto de las leyes. Sin llegar a estos extremos, la mayoría de los autores ha reconocido un papel primordial a la equidad en el estudio de la acción que nos ocupa. RICCOBONO: «La gestione degli affari altrui e l'azioni di arricchimento nell diritto moderno», en *Rivista del diritto commerciale*, I, 1917, pág. 419, por ejemplo, declara que el espíritu de equidad que era vivo y patente en la compilación de Justiniano, no se ha apagado en el curso de los siglos, sino que se ha hecho más gallardo a causa del creciente espíritu social que anima el Derecho privado; MAZEAUD y MAZEAUD: «Leçons de Droit civil», París 1956, tomo II, pág. 637, refiriéndose a la equidad como manifestación de un creciente espíritu social, declaran que el origen del enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones, hay que buscarlo en la influencia sobre el Derecho de las doctrinas socialistas. BARBERA: *L'ingustificato arricchimento*, Nápoles

c) *La doctrina de ROCA SASTRE y ÁLVAREZ SUÁREZ, el enriquecimiento sin causa como regla moral al no ser admitidos en nuestro derecho los actos y adquisiciones abstractas*

Merece destacarse, también, en esta línea, las posturas de ROCA SASTRE¹⁴ y ÁLVAREZ SUÁREZ¹⁵. Para estos dos autores, dado que nuestro ordenamiento jurídico no son posibles las transmisiones sin causa —pues todas las transmisiones tienen un carácter causal—, el enriquecimiento injusto ha de ser considerado únicamente como regla moral complementaria de la técnica jurídica. Se pregunta ROCA SASTRE qué concepto de causa damos por sobreentendido cuando hablamos de enriquecimiento injusto o sin causa, «lo de sin causa significa falta de antecedente justificativo de desplazamiento patrimonial; esto es, falta de precedente obligacional. No se trata del concepto de causa que aparece en la fase de formación de los negocios jurídicos (causa final), que es la que opera en el momento de considerar las partes lo que pretenden conseguir, sino la causa legitimadora, esto es, la que se pone de manifiesto al comprobar un resultado alcanzado mediante la negociación jurídica, con el vehículo obligacional creado para ello»¹⁶. Para ROCA SASTRE, este concepto de enriquecimiento sin causa en sentido técnico, no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico dado que «en nuestro Derecho por ser causales todos los negocios, dará lugar a que la inexistencia o nulidad de la causa den por resultado que el negocio sea nulo (artículos 1.261 y 1275 del Código civil)»¹⁷. Y la acción para recuperar lo entregado no tendrá la naturaleza personal que caracteriza a la *condictio*, sino que tendrá carácter real de reivindicación. La doctrina del enriquecimiento sin causa, en sentido técnico, es el justo complemento de las prescripciones sobre negocios abstractos, y al no ser éstas admitidas en nuestro Derecho, la acción queda independizada del concepto

1964, pág. 78, por su parte, opina que la configuración de la justificación de los enriquecimientos, está influenciada por la ideología que informa el Derecho patrimonial de un concreto ordenamiento. El diferente peso que se da a los diversos factores de la producción y circulación de los bienes (trabajo, capital, tutela del propietario o del tercero, del espíritu de liberalidad o de las exigencias del tráfico), incide fundamentalmente en la configuración del enriquecimiento sin causa. Yo personalmente creo que es uno de los lugares donde más claramente se plasma la crisis del Derecho patrimonial formal.

¹⁴ «El enriquecimiento sin causa», en *Estudios de Derecho Privado* Madrid 1948, tomo I, pág. 485 y sigs., con la colaboración de Puig Brutau.

¹⁵ *El problema de la causa en la tradición*, Madrid 1945, pág. 67 y sigs.

¹⁶ *Op. cit.*, pág. 486.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 496.

técnico que de ella existe en otros ordenamientos; y sólo cabe hablar de enriquecimiento injusto en un sentido económico, basado en el principio tantas veces citado. Por último, tras hacer un breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema, observa como existe en nuestro más alto Tribunal la tendencia a enlazar el enriquecimiento con el empleo de medios reprobables para conseguirlo, y deduce que esto es una muestra más de la imposibilidad de construir un concepto técnico de enriquecimiento sin causa.

La crítica de la postura de ROCA SASTRE y luego lo trataremos más detenidamente, se puede hacer desde dos perspectivas distintas: técnico-jurídica y moral. En el aspecto técnico jurídico, no profundiza ROCA SASTRE en el juego de dos actores acciones: *condictio*, o acción de enriquecimiento sin causa (de naturaleza personal), y *reivindicatio* (de naturaleza real). ROCA SASTRE, opina que, en vista de la necesidad de causa en las transmisiones, en caso de ausencia de un precedente obligacional, no puede jugar la *condictio* de naturaleza personal sino que actúa la *reivindicatio* de naturaleza real, puesto que la cosa no se ha efectivamente perdido sino sólo su tenencia. Pero si examinamos más detenidamente el fenómeno, vemos que existen transmisiones sin causa, esto es, sin precedente obligacional justificativo, que dan origen a una restitución de naturaleza personal (el valor), exclusivamente porque es imposible recuperar la cosa en sí misma (v. gr. es una cosa genérica, se ha consumido, enajenado a un tercero que resulta protegido, etc...). Una cosa genérica, por ejemplo, no se puede identificar, y, por lo tanto, no puede ser objeto de una acción real de recuperación de la cosa misma, la recuperación se refiere siempre al valor y adquiere naturaleza personal; idéntico sucede en todos los supuestos en que la adquisición sin causa de un derecho (no porque rija un sistema abstracto de transmisión, sino por circunstancia de hecho), reporte un *provecho* al patrimonio que lo adquirió; la cosa en *sí misma* no permanece —o no es recuperable— pero sí el incremento patrimonial que produce, y este incremento es el que se entiende sin causa o sin derecho. Por último, es indudable, la tenencia de la propiedad ajena produce un provecho —un enriquecimiento— el titular de la cosa siempre puede abandonar la *cosa en sí* para recuperar el provecho; entre otras cosas, porque el reclamado siempre puede entregar la *cosa en sí*; en este sentido, la acción de enriquecimiento sin causa tiene una gran elasticidad por cuanto complementa las acciones reales recuperadoras.

A la postura de ROCA SASTRE se le puede hacer una segunda crítica de carácter ético-moral: representa una concepción liberal y exegética del Derecho, un iusnaturalismo voluntarista al servicio de la autoridad y sistema formal establecido, que no concibe ni admite las fuerzas internas renovadoras. Mediante la acuñación de palabras nuevas (enriqueci-

miento), cargas de sentido ético, nacen para el Derecho pretensiones de justicia que hacen jurídicas (reales), los módulos de moralidad que acuña y elabora el transcurrir de la historia de la vida social.

Además de su funcionalidad como complemento de las acciones reales o como cobijo de nuevas pretensiones restitutorias, seguramente la teoría del enriquecimiento sin causa supone también una ampliación de la medida restitutoria respecto de los moldes fijados en el Derecho codificado. Así, la restitución del valor del uso de una cosa está en cierta medida en contradicción con el carácter gratuito del comodato, no se prevé en la liquidación de los estados posesorios, la restitución de lo pagado indebidamente, o el régimen de la acción de petición de herencia; lo mismo podríamos decir del pago de unos honorarios profesionales no contratados, que contradicen la gratuidad del mandato y la gestión oficiosa, etc... Quizá el enriquecimiento sin causa responde a una nueva visión patrimonialista de las riquezas (restituye valores dinerarios), que no se corresponde con los módulos codificados que contemplan el derecho de la restitución desde la óptica del propietario agrícola y del comerciante individual.

C) *El enriquecimiento injusto y la doctrina de los cuasicontratos*

a) *El enriquecimiento injusto fundamento de los cuasicontratos*

Las Partidas, como hemos visto, no relacionan en absoluto la regla que prohíbe los enriquecimientos torticeros con la teoría de los cuasicontratos —que regula en otro lugar—; sin embargo, la doctrina, progresivamente, tiende a fundar los cuasicontratos en el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto. En efecto, las obligaciones cuasicontractuales están diferenciadas por su origen en un orden negativo: no provienen ni de la voluntad ni de la culpa. No implican una agrupación por su esencia, se trata de una agrupación meramente residual. Normalmente, cuando se reúnen en una categoría jurídica varias figuras o supuestos dispersos, la razón de ello es la existencia de un contenido común en función del cual va a ser posible la aplicación de un régimen jurídico unitario; pues bien, nada de esto sucede con los cuasicontratos (que suponen una categoría surgida de un prurito sistemático para completar la clasificación de las fuentes de las obligaciones). Ante esta dificultad, los autores, al estudiar los cuasicontratos, para fundamentarlos, echan mano del principio general de Derecho que prohíben los enriquecimientos torticeros, con lo cual —a la larga— se van a confundir el principio general con la doctrina de las *condictiones* produciendo el desconcierto que se observa en los estudios sobre el tema. Va a suceder, y es muy lógico pensarlo, que si el enriquecimiento injusto es fundamento *único* de algunas pretensiones restitutorias —como son la gestión

de negocios ajenos sin mandato y el pago de lo indebido—, no hay razón para no ampliar la restitución algunos supuestos que no tienen su amparo ni en la voluntad, ni en la culpa, ni en la ley, pero que podrían encajar en el fundamento genérico del enriquecimiento injusto. Sin duda, el carácter residual de los cuasicontratos, ha significado siempre una cierta crisis del voluntarismo contractualista del Derecho patrimonial. Así, aquel principio de Derecho, aquella regla moral, va a ir atrayendo progresivamente las pretensiones restitutorias que en el Derecho romano clásico tutelaba la *condictio*, y cuya unidad esencial y conceptual está en un adecuado estudio de la dinámica de la *causa* como elemento ordenador y distributivo de los bienes. El enriquecimiento sin causa, así considerado, tiene la unidad esencial y conceptual requerida de una categoría jurídica: explica el por qué debe restituirse, es decir, por qué existe una obligación, aun cuando no haya ni voluntad ni culpa, con lo cual queda desmaterializada y absorbida la propia categoría de los cuasicontratos.

La primera exposición, que he recogido, que relacione los conceptos de enriquecimiento sin causas y cuasicontrato, es la de NAVARRO AMANDI; el cual, con referencia a las obligaciones que se contraen sin convención declara: «la ley admite este sentimiento presunto y convierte en obligaciones algunos hechos, fundándose en principios morales, de justicia absoluta, por todos reconocida; tales son: el hacer con los demás lo que quisiéramos se hiciera con nosotros mismos, el de reparar los daños que se ocasionen, el consentir en todo lo que nos sea útil, el de no enriquecerse con perjuicio de otro, y por último el de sujetarse a las consecuencias una vez aceptados los hechos que pudieran producirlos»¹⁸.

Esta afirmación de NAVARRO AMANDI, se repite por autores posteriores con bastante frecuencia¹⁹ vemos, con todo, que su importancia

¹⁸ *El Código civil de España*, Madrid 1880, pág. 592.

¹⁹ Por ejemplo SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de derecho civil español común y foral*, [s. d.] pág. 1001). Posteriormente, en la pág. 1018, recoge la doctrina jurisprudencial sobre: principios de justicia fundamento de los cuasicontratos: Enriquecimiento torticero; recogiendo la fórmula que parece prevenir de NAVARRO AMANDI, al referirse al cuasicontrato, tras dudar de la validez de la figura, y examinar los fundamentos que a ésta se han dicho (consentimiento tácito, consentimiento presunto, equidad natural), declara que, complemento de todas estas explicaciones, «es la invocación de ciertos axiomas de Derecho natural, que lo son por entrañar principios de justicia, tales como los siguientes: 1.º Que se presume que todos consienten aquello que les trae utilidad. 2.º Que nadie debe perjudicar a otro, y, por consiguiente, que debe presumirse que nadie quiere enriquecerse en perjuicio de otro. 3.º Que el que quiere el antecedente

es muy relativa, y que, además, no sólo el enriquecimiento torticero es el fundamento de los cuasicontratos sino que son varios los axiomas o principios que fundamentan la citada institución.

b) *La ampliación de la categoría de los cuasicontratos y el origen de la acción de enriquecimiento*

Mayor importancia tiene, para el tema objeto de nuestro estudio, la ampliación de la categoría de los cuasicontratos que se realiza en la doctrina francesa del siglo XIX. Para RIPERT ET THESSEIRE²⁰, la doctrina de la ampliación de la gestión de negocios ajenos sin mandato se encuentra ya en POTHIER, que contempla la *actio in rem verso* en su estudio sobre el cuasicontrato *negotiorum gestio*; ROTONDI²¹, por su parte, abunda en la misma observación, y encuentra en la sentencia de la Corte de Reims de 26 de agosto de 1820, una manifestación de esta corriente. Está más extendida, sin embargo, la opinión de GORÉ²², de que los primeros estudios sobre el tema hay que situarlos en la segunda mitad del siglo XIX, cuando un importante movimiento doctrinal construye la figura de la gestión anormal de negocios. Existen, supuestos, no encajables dentro de los esquemas legales de la *negotiorum gestio*, en los que parece de estricta justicia —para evitar el enriquecimiento injusto— dar lugar a

debe suponerse que quiere el consiguiente. 4.º Que debemos hacer a otros lo que quisiéramos hicieran por nosotros, en iguales circunstancias. OYUELOS *Digesto, principios doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español*, Madrid 1932, tomo VII, pág. 620), recoge la exposición de Sánchez Román respecto al fundamento del cuasicontrato, declarando «los principios de las obligaciones que se forman sin convenio son: 1.º Cada uno quiere lo que le sea útil. 2.º Nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro. 3.º El que quiere aprovecharse de un hecho no puede dejar de someterse a sus consecuencias. 4.º El hombre debe responder de los perjuicios que cause no sólo por el hecho propio sino también por su descuido o imprudencia». Aludiendo posteriormente, en tema de pago de lo indebido, a que el aceptante «de no restituir se enriquecería injustamente en perjuicio de el que por equivocación entregó dinero o cosa».

Más técnicamente MANRESA y NAVARRO *Comentarios al Código civil español* 2.ª edición Madrid 1911, tomo XII, pág. 588, declara, que el pago de lo indebido «se funda en un principio de equidad reconocido en todas las legislaciones, y observando constantemente por los tribunales como una máxima jurídica indiscutible, según la cual nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro, porque, en efecto, a la equidad repugna que el que recibió el pago hecho por error se aproveche de la equivocada creencia o de la ignorancia en que se hallaba la persona que lo hizo, para lucrarse con una cosa que no le era debida».

²⁰ *Op. cit.*, pág. 732 y sigs.

²¹ «L'azione di arricchimento», *Rev. dir. comm.*, I, 1934, pág. 378 y sigs.

²² *L'enrichissement sans cause*, París 1949, pág. 31.

una restitución indemnizatoria: la corriente se origina, por otra parte, dentro de una creciente valoración social del trabajo ajeno, especialmente cuando tiene carácter laboral o especializado²³. Para dar cabida a este tipo de pretensiones, se amplía la *negotiorum gestio*, hasta incluir dentro de ella supuestos en los que esté excluida toda idea del *animus aliena negotia gerendi*. El Arret Lemaire (1890), es especialmente ilustrativo: En él, se condena al propietario de una finca rústica, el pago de unas construcciones ordenadas por el arrendatario, alegando que el contratista, aunque involuntariamente, ha realizado una auténtica *negotiorum gestio* en su favor²⁴. GORÉ, que ha estudiado el tema con detenimiento, señala como esta doctrina de la gestión anormal de negocios irá perdiendo adeptos conforme vayan perdiendo vigencias las doctrinas de la *exégesis*²⁵.

Especialmente interesante, en esta línea, es la doctrina de RICCOBONO²⁶, que merece estudiarse con cierto detenimiento. Recogiendo la tradición francesa que fundamenta el instituto en una ampliación de la gestión de negocios ajenos sin mandato, adopta una original postura, en la que se asignan, como características principales de la acción, su carácter de equidad, y su proximidad (si no coincidencia, pues ello no queda muy claro) a la gestión anormal de negocios. En torno a la concepción de la gestión de negocios sin mandato, contraponen RICCOBONO: una subjetiva, que exige, para la concesión de la acción, *animus aliena negotia gerendi*; otra objetiva, que requiere únicamente la gestión o mejora de los bienes ajenos con independencia de la existencia de ese *animus*. Explica RICCOBONO, como ambas concepciones responden a dos épocas del Derecho romano: la primera responde al Derecho romano clásico, que progresivamente se irá diluyendo en su rigidez; la segunda responde al Derecho justineano, influenciado por razones de equidad crecientes. Para RICCOBONO, es ésta segunda concepción la que explica más perfectamente la actuación de la acción en nuestro Derecho actual, pues la doctrina que fundamenta la acción en la ilegitimidad de la adquisición por vicio de la causa, construye una acción demasiado angosta para el Derecho moderno.

En España hay una época en la que una corriente doctrinal muy concreta, fundada en alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo, rea-

²³ La idea la desarrollamos posteriormente con mayor detenimiento al hablar de los casos de enriquecimiento injusto (*vide infra* cap. V).

²⁴ Se trata de un enriquecimiento indirecto (*vide infra* cap. V).

²⁵ *Op. cit.*, pág. 32.

²⁶ «La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nell diritto moderno», *Riv. dir. comm.* tomo I, 1917.

liza la ampliación de las figuras cuasicontractuales para dar cabida a pretensiones restitutorias que exceden del marco de los cuasicontratos típicos. Se pretende hablar entonces de cuasicontratos típicos y atípicos²⁷ otra doctrina, que examinaremos después en detalle, fundamenta el enriquecimiento sin causa en una ampliación del pago de lo indebido (art. 1901 CC)²⁸.

c) *Conclusión general: la crisis de la dogmática de los cuasicontratos y la nueva dogmática del Derecho patrimonial*

Los cuasicontratos surgen históricamente como una categoría residual cuando se pretende fundar todo el Derecho patrimonial en la voluntad (contrato) o la culpa (responsabilidad), para acoger aquellas fuentes de las obligaciones que no tienen un claro engarce sistemático, por no responder a los principios clasificadores del Derecho²⁹. La crisis

²⁷ ORTEGA PARDO. Los cuasicontratos atípicos, A. D. C.: 1948, pág. 493 y 55.

²⁸ Véase en cap. IV, las disenciones sobre la significación del art. 1901 CC. En el área de la *Common Law*, la figura del cuasicontrato tiene una funcionalidad que sobrepasa la de los cuasicontratos típicos tal como entendidos en los Derechos latinos, y permite, junto con la figura del *constructive trust*, la elaboración de una auténtica doctrina del enriquecimiento injusto (*unjust enrichment*). Un estudio detallado de la funcionalidad del enriquecimiento sin causa en el Derecho inglés y americano, y su comparación con los sistemas latinos puede verse en el estudio de GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990.

En el Derecho anglosajón, no existe una verdadera formulación general del enriquecimiento injusto que agrupe aquellos supuestos en los que una persona, habiendo adquirido una ventaja jurídica injustificadamente, a costa de otra, venga obligada a la restitución. Con todo, por influencia del *Restatement on Restitution* (1937) americano, los autores ingleses tienden modernamente a estudiar el derecho de la restitución (*Law of restitution*) como una parte autónoma del Derecho de obligaciones, independiente de la teoría del contrato y de la teoría de la culpa (*tort*), agrupando aquellos supuestos que suponen una concreción del principio que prohíbe el *unjust enrichment*. El cuasicontrato (*quasi-contract*) y el *constructive trust*, forman principalmente el llamado Derecho de la restitución; pues como dicen GOFF y JONES, el derecho de la restitución es el derecho relativo a todas las pretensiones cuasicontractuales o no, que están fundadas en el enriquecimiento injusto (*the Law of restitution*, London 1966, pág. 5).

²⁹ Como veremos después, la figura del cuasicontrato surge en el Derecho romano desnaturalizando el concepto de *creditorum*; las obligaciones deben clasificarse en el Derecho romano clásico de acuerdo con la acción que las hace exigible (si queremos no hacer una clasificación meramente descriptiva, sino en función de una diversidad de régimen jurídico). En este sentido, el concepto de *creditorum*, es referible a aquellas obligaciones cuyo cumplimiento es exigible a través de una acción de derecho estricto llamada *condictio*, acción recuperadora de un valor o cantidad retenida sin causa; el *creditorum* tendría su origen bien en una promesa formal (*stipulatio*), que da origen a una obligación crediticia de naturaleza abstracta, bien en una previa *Datio* que obliga a restituir. Desnaturalizado el sentido del Derecho romano clásico, la doctrina de los cuasicontratos surge como una figura sin autonomía esencial —sin una caracte-

del voluntarismo se muestra en un primer momento a través de la ampliación de la categoría de los cuasicontratos, pero esta ampliación no puede ocultar la falta de identidad dogmática (conceptual y sustancial) de la figura. La crisis del voluntarismo es también una crisis de una sistemática patrimonial fundada en el contrato y en la culpa, y la acuñación de nuevos modos de clasificar las fuentes de las obligaciones. Los cuasicontratos pierden identidad dogmática y tienden a ser absorbidos por nuevas figuras acuñadas, y muy principalmente por el enriquecimiento sin causa. Por otra parte intentar delimitar el enriquecimiento sin causa por medio de alguno de los cuasicontratos típicos (gestión oficiosa o pago de lo indebido) es como pretender guardar el mar en una caja. La figura del enriquecimiento sin causa desborda ampliamente el marco de los cuasicontratos por su pluralidad de perfiles y por su variada funcionalidad.

En nuestro Código civil se recogen dos cuasicontratos típicos: el pago de lo indebido y la *negotiorum gestio*, ambos pueden considerarse supuestos concretos de obligaciones restitutorias nacidas del enriquecimiento sin causa. El pago de lo indebido, es indudable, constituye un supuesto de retención sin causa que puede dar origen a la acción de enriquecimiento. El tema se presta a confusiones, principalmente cabe preguntarse ¿por qué una acción personal (la *condictio indebiti*) para recuperar lo entregado?, ¿por qué no una acción real? Es indudable, que la *condictio* es una acción personal —sobre esto no existe discusión— que recupera frente a una persona concreta (no *erga omnes*). Si la cosa era mía ¿por qué al dártela sin causa —sin obligación previa— por error, no la puedo recuperar *erga omnes* sino sólo frente a ti? Éste es esencialmente el planteamiento de SAVIGNY cuando construye la doctrina —después admitida por el B. G. B.— de las adquisiciones abstractas; se contesta: tienes una acción personal para recuperar, porque como tenías voluntad de transmitir, transmites la propiedad, pero como no había causa —obligación previa de transmitir—, las consecuencias injustas se resuelven a través de la *condictio indebiti*. El propio NÚÑEZ LAGOS, repite la argumentación y distingue entre una causa próxima (*credere, solvere y donare*) y una causa remota (la previa obligación de transmitir); la propiedad se transmite si tienes voluntad de pagar (*causa solvendi*) —con independencia de que haya deuda—, si por error crees que existe deuda y ésta no existe, al pagar (*causa solvendi*), transmites la propiedad, la falta

rística propia que permite agrupar unas figuras y que en función de la misma le sea referible un régimen jurídico— sino como categoría meramente residual para permitir agotar la clasificación de las fuentes de las obligaciones.

de causa remota (de deuda) dará origen a una pretensión personal (*condictio indebiti*) pero no a una acción real. Estos brillantes argumentos no nos deben hacer olvidar que el que exista una pretensión personal restitutoria de un provecho, no es excluyente de la existencia también de unas acciones reales recuperadoras de la cosa misma; en efecto, el que entrega con error creyendo que existe un *debitum*, no pierde la propiedad de la cosa, y pueden recuperarla a través de las acciones reales; pero las acciones reales exigen el previo requisito de la identidad de la cosa, y de su tenencia por el demandado; en muchos supuestos, la cosa no se puede identificar (no se puede decir, de una cosa *hic eo meo esse*) como sucede, por ejemplo, con las cosas genéricas; puede también suceder que el *accipiens* no tenga ya la tenencia de la cosa (v. gr., la transmitió a un tercero, o la consumió en provecho propio), en este supuesto, la acción recupera los provechos que traen su origen en la cosa (v. gr., el precio en que se vendió); por último, —a lo que entiendo— la existencia de la *condictio indebiti*, permite al que pagó con error abandonar la propiedad de la cosa que entregó, para recuperar el provecho que produce en el patrimonio del que la recibió (el enriquecimiento), con lo que la acción que exige sólo la prueba de la retención sin causa (es decir de la ausencia de un título para retener el enriquecimiento), se convierte en mucho más elástica que cualquier acción real que exige la identificación de la cosa y su tenencia por el demandado.

Mayor dificultad plantea el explicar las obligaciones nacidas de la gestión de negocios ajenos sin mandato. Se dice: la acción de enriquecimiento está limitada al enriquecimiento actual, es decir, al incremento de valor que existe en el momento de la demanda, es así que si el *dominus negotii* aprovecha la gestión debe restituir no sólo en enriquecimiento efectivo que le suponga la gestión, sino todos los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho el gestor y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo (cfr. art. 1893 del CC), luego parece deducirse que no se trata propiamente de restituir el enriquecimiento injusto. La crítica de esta postura —que luego se realiza con mayor detenimiento— se basa repudiando la premisa mayor del silogismo. En efecto, a mi juicio, la acción de enriquecimiento no está limitada al enriquecimiento actual (entendido como el incremento de valor de un patrimonio que persiste en el momento de la demanda) sino que la valoración del enriquecimiento, es decir, de la medida de valor objeto de restitución, admite dos baremos: el *lucrum emergens* (enriquecimiento o incremento de valor efectivo) y el *damnum cesans* (ahorro de gastos). Pues bien, cuando la medida de la restitución viene determinada por el baremo del ahorro de gastos, se desentiende evidentemente del enriquecimiento efectivo. En la *negotiorum gestio* se observa con especial claridad: si el *dominus negotii* se aprovecha de la gestión, indemniza los gastos

útiles y necesarios realizados por el gestor y los daños que éste sufrió, es decir debe pagar al gestor lo que a él le hubiese costado realizar gestión (ahorro de gastos) con independencia del enriquecimiento efectivo que suponga la gestión.

En la doctrina española reciente la gestión oficiosa se ha estudiado con gran acierto y detalle por PASQUAU LIANO³⁰. Tras destacar el derrumbamiento de la dogmática de los cuasicontratos, subraya el aparente dilema frente al que se encuentra la institución: considerarla una dogmática residual o reestructurarla sobre nuevas bases. Tras optar por la segunda postura, señala sus líneas fundamentales: objetivización del *animus* (hacia el *utiliter coeptum*, asimilación al mandato), revisión de su gratuidad, autonomía dogmática (fuente legal de las obligaciones en virtud de una necesidad social). Frente al enriquecimiento sin causa, PASQUAU LIANO, identifica la gestión oficiosa por su tipicidad y medida restitutoria. A mí me parece que afirmar *a priori* la tipicidad y autonomía dogmática de una institución es, desde el punto de vista conceptual, como luchar contra los molinos de viento. Una institución nunca se puede explicar desde sí misma, sino que siempre debe explicarse desde un principio fuera de sí: la autonomía dogmática está bien como modo de resaltar la crisis de la dogmática contractual y cuasicontractual, pero no como mecanismo de explicitación de la funcionalidad de la gestión oficiosa. En el interesante y bien fundamentado estudio de PASQUAU LIANO se sientan alguno de los criterios sobre los que se funda la «nueva» gestión oficiosa: el reconocimiento jurídico de la prestación independizada del título, operatividad creciente de las relaciones contractuales de hecho (yo me atrevería a llamarles módulos sociales de relación), trascendencia jurídica de la repercusión social de la conducta por encima de lo efectivamente querido o su manifestación, y crisis del dogma de no ingerencia en la esfera ajena y libertad y señorío del titular sobre su patrimonial, etc... La gestión oficiosa lejos de tener autonomía dogmática se inserta por tanto en el marco de una nueva conciencia social del Derecho patrimonial. Se trata de los mismos problemas que plantea la conceptualización, limitación y desarrollo de la teoría del enriquecimiento sin causa; el problema es el de darles unidad en el contexto de la crisis de lo antiguo y el alumbramiento de lo nuevo. Los módulos restitutorios de la gestión oficiosa parecen presidir, como veremos en la tercera parte de nuestro estudio, el nuevo régimen restitutorio de la acción de enriquecimiento sin causa en nuestra jurisprudencia, y todo ello con una cierta «promiscuidad» de conceptos e

instituciones, sin sentirse obligada a distinguir entre ambas instituciones, y sin afirmar la «autonomía dogmática» de la gestión oficiosa.

Como gran principio que preside la dogmática del enriquecimiento sin causa, podemos afirmar que quien actúa en nombre de otro le transmite los provechos de su gestión (*ibidem* en el régimen de la tutela de hecho). El problema estriba entonces en la indemnización o restitución al gestor oficioso, donde parecen encontrarse multitud de criterios diversos (si actuó en beneficio propio, si la gestión se hizo en el contexto de relaciones cuasifamiliares, si se trató de un tutor de hecho, etc...). El estudio de la jurisprudencia parece mostrar que los módulos restitutorios se engloban en el marco general de la problemática del enriquecimiento sin causa porque la preocupación fundamental del ordenamiento jurídico no es —como lo fue históricamente— proteger al propietario agrícola y pequeño comerciante: el *dominus negotii*, sino indemnizar al gestor de acuerdo con un nuevo esquema de módulos sociales contractuales. Pero de todo ello trataremos más detenidamente en la parte tercera de este libro. ¿Es la gestión de negocios ajenos sin mandato un supuesto de enriquecimiento sin causa? ¿es el enriquecimiento sin causa un desarrollo de la dogmática de la *negotiorum gestio*? Evidentemente la *negotiorum gestio* tiene una tradición histórica y dogmática que explica su autonomía conceptual, pero también es indudable su actual estrecha vinculación al enriquecimiento sin causa. El enriquecimiento sin causa parece ser el instrumento para una cierta derogación y elusión del régimen codificado. Así frente al carácter gratuito de la gestión, el enriquecimiento sin causa fundamenta el deber de indemnizar todo trabajo profesional como si hubiese existido un contrato válido; frente a la exigencia de aprobación expresa o tácita de la gestión, el enriquecimiento sin causa valora exclusivamente la recepción por el *dominus negotii* de un provecho. Yo creo que la conclusión más pausable es que el enriquecimiento sin causa responde a otra epistemología menos voluntarista que la que informa y preside el texto codificado en materia de gestión oficiosa. Afirmar que el enriquecimiento sin causa es parte, engloba, elude o sustituye la gestión oficiosa me parece en cierta medida doctrinarismo. PASQUAU LIANO subraya³¹ que el Tribunal Supremo prefiere fundarse en el enriquecimiento sin causa que en la figura cuasicontractual de la *negotiorum gestio*, pone de manifiesto la escasa utilización por el Tribunal Supremo de la dogmática de la gestión oficiosa, la fungibilidad de ambas instituciones entre sí, y acaba concluyendo³² que el derecho traslada su atención desde el complejo mundo interior de la persona hacia la repercusión social de su conducta externa.

³¹ Pág. 210.

³² Pág. 314.

³⁰ *La gestión de negocios ajenos*, Madrid 1986.

D) *El enriquecimiento injusto como acción subsidiaria fundada en un principio general*

a) *Origen: Derecho francés*

Recién promulgado el Código de Napoleón, y vigente como criterio metodológico imperante la doctrina de la exégesis, lógico es que los cuasicontratos nominados sólo pudiesen tener cabida ampliando la funcionalidad de los mismos. Sin embargo, conforme dicha doctrina exegética va perdiendo el asentimiento de los juristas, dichas pretensiones se van a agrupar en torno a una institución desconocida por la codificación: el enriquecimiento injusto.

La consideración de una acción independiente de la teoría del cuasicontrato, es decir el reconocimiento de una acción autónoma, se produce en el Arret Boudier (1892)³³. La sentencia declara «esta acción derivada del principio que prohíbe enriquecerse a costa de otro, no habiendo sido sancionada por ningún texto de nuestras leyes, su ejercicio no está sometido a ninguna condición determinada ... basta para que sea aplicable que el demandante alegue y pruebe la existencia de una ventaja debida a un sacrificio o a un hecho personal procurado a aquél contra quien se litiga»³⁴. Esta fórmula demasiado vaga y genérica —conducía a la aplicación directa de un principio general de Derecho— fue criticada unánimemente por la doctrina; por ello, en sentencias posteriores, la Corte de Casación francesa busca una fórmula susceptible de delimitar su aplicación, y toma de AUBRY ET RAU, en sentencia de 2 de marzo de 1915, la siguiente fórmula «la *actio in rem verso* fundada en el principio que prohíbe enriquecerse en perjuicio de otro, debe ser admitida en todos los casos en que el patrimonio de una persona, encontrándose sin causa legítima enriquecida en perjuicio de otra, ésta no tuviese para obtener lo que le es debido ninguna otra acción que naciese de un contrato, de un delito, de un cuasicontrato o de un cuasidelito».

³³ Reconoce esta sentencia al comerciante que vende unos abonos a un arrendatario insolvente, el derecho a cobrárselos del propietario que se beneficia de la cosecha. Se trata de un enriquecimiento de los llamados indirectos que darían origen a la *actio in rem verso*. Para su análisis detallado *vide infra* casos de enriquecimiento sin causa (cap. V).

³⁴ Esta sentencia tiene notable influencia en otras jurisprudencias; v. gr., copiada literalmente por la sentencia del Tribunal de Gantes de 9 de julio de 1909 (Cfr. CHEVALLIER, «Travaux de l'association Henry Capitant pour la culture juridique française» vol. VI, 1948, pág. 89), y aparece también, en alguna sentencia de nuestro Tribunal Supremo (Cfr. 12 de abril de 1955, col. leg. 149 pág. 672). Ha sido, por otra parte alabada por algún autor (Cfr. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, París 1949, pág. 248).

A partir de esta sentencia, se delimitan los caracteres que, en adelante, va a tener la acción de enriquecimiento en el Derecho francés: la ausencia de causa y la subsidiariedad. Si nos detenemos a examinar el origen de la doctrina de la subsidiariedad, vemos que se justifica únicamente en función de la necesidad de limitar la acción con objeto de evitar que sea desmesurada en su alcance, pero dicho requisito no obedece a unos antecedentes históricos concordantes, ni tiene una explicación lógica y uniforme; conduce, además, de ser llevada a sus últimas consecuencias, a una inutilidad de la acción. Las antiguas pretensiones que en el Derecho romano y común se tutelaban a través de la *condictio*, quedan sistemáticamente descajadas con la cuatripartición Gaiana; se reúnen, primero, forzando el estrecho marco de los cuasicontratos, después se agrupan en torno a esta nueva acción, mal comprendida; sólo cuando se repudia el requisito de la subsidiariedad se puede llegar a entender la auténtica funcionalidad de la acción de enriquecimiento sin causa. En realidad, el requisito de la subsidiariedad sólo es lógico cuando por la insuficiencia de estudios científicos y reconocida la autonomía de ciertas pretensiones respecto de marco cuasicontractual, no se encuentra su unidad esencial y se le atribuye el propio carácter residual acorde con su origen; sin embargo, reconocida la unidad esencial de la figura —en realidad la dinámica de la causa como justificadora de la atribución de bienes y distribución de las ventajas— el requisito de la subsidiariedad se nos presenta como carente de fundamento. No es, por tanto difícil criticar esta concepción del enriquecimiento injusto como acción subsidiaria: resulta demasiado vaga y genérica, difícil de distinguir del principio general que la fundamenta y falta de un fundamento claro y uniforme.

b) *Influencia en otros Derechos*

En el Derecho italiano, la concepción jurídica del enriquecimiento injusto sigue una evolución paralela a la del Derecho francés. Por influencia de la doctrina y jurisprudencia francesa, se estructura una acción subsidiaria destinada a completar la técnica jurídica y con un carácter residual. En el Derecho italiano, el *Codice Civile* de 1865 no recogía el enriquecimiento sin causa como institución autónoma; el *Codice* de 1942 recoge, en el título VIII del libro IV, el enriquecimiento sin causa como institución jurídica, dedicándole los artículos 2041 y 2042. Sistemáticamente, el título está inmediatamente después de los dedicados a la gestión de negocios y al pago de lo indebido, e inmediatamente antes del título dedicado a las obligaciones nacidas de acto ilícito. La regulación del *Codice Civile* italiano, recoge la evolución jurisprudencial y doctrinal a la que se había llegado en la fecha de su publicación y que puede resumirse en los siguientes puntos: 1) el que se en-

riquece sin causa debe restituir en la medida del enriquecimiento; 2) si el enriquecimiento consiste en una cosa determinada debe restituirse *in natura* si hubiese en el momento de la demanda; 3) carácter subsidiario de la acción.

La jurisprudencia italiana fue, al parecer, más prudente y madura que la francesa, y ya en la sentencia del Tribunal de Torino de 28 de marzo de 1890, evitando la desmesurada amplitud de la fórmula casi coetánea (1892) de Arret Boudier, se aclara que: «la *actio in rem verso* existe en todos aquellos casos en que existiendo un enriquecimiento de una parte, a costa de otra, la ley positiva no encuentra ningún remedio especial, a fin de constreñir al que se enriquece a resarcir *quatenus locupletior factus sit*, el daño sufrido por el actor». Si, excepcionalmente, la restitución fue únicamente basada en un principio general de Derecho (como por ejemplo en la sentencia de la corte de apelación de Milán de 22 de febrero de 1912, en la que se dice que «la acción *in rem verso*, es en nuestro derecho un remedio general exigible todas las veces que se quiera conseguir la aplicación del principio *nemo locupletari debet cum damno alterius*»), desde su recepción jurisprudencial se fueron buscando criterios restrictivos; y aun cuando en ningún modo pueda considerarse como jurisprudencia constante, la delimitación de la acción por el concepto de causa, se inicia en la temprana sentencia del Tribunal de Florencia de 8 de enero de 1904. Con posterioridad, la jurisprudencia italiana adopta una fórmula similar a la de la jurisprudencia francesa, en la que se exigen como requisitos de la acción la existencia de un enriquecimiento que tiene su origen en un empobrecimiento correlativo, la ausencia de causa justificadora de dicho enriquecimiento, y la inexistencia de un remedio jurídico específico (subsidiariedad). Postura que podemos considerar vigente en la actualidad³⁵.

Una fórmula similar se recoge en el nuevo Código civil portugués (art. 473)³⁶, en el Derecho belga³⁷, en cierta doctrina del Derecho holandés³⁸, y en la mayoría de los países latino-americanos.

c) Consideraciones críticas

Como he señalado ya, a mi entender, el enriquecimiento injusto así

³⁵ Cfr., por ejemplo, BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, en «trattato di diritto privato» dirigido por P. RESCIGNO, 9, I, Torino 1984, pág. 811 y sigs.

³⁶ Vide M. ANTUNES, *Das obrigações em geral*, Coimbra 1970, pág. 308.

³⁷ Vide, DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, Bruxelles 1967, tomo III, vol. III, pág. 31 y sigs.

³⁸ BREGSTEIN, *Enrichissement sans cause*, «travaux de l'association H. Capitant pour la culture juridique française», vol. VI, 1948, pág. 102.

considerado se convierte en una figura jurídica oscura, de matices difícilmente comprensibles, sin una unidad esencial, y con un carácter meramente residual. No son pocos los autores —especialmente en el Derecho italiano— que al enfrentarse a una acción con esta funcionalidad la repudian, e incluso, la califican de panacea de charlatanes³⁹.

E) El enriquecimiento injusto como acción fundada en la dinámica de la causa

a) Breve referencia al Derecho romano

Hemos explicado, la diversa funcionalidad del enriquecimiento injusto y su aproximación a las figuras cuasicontractuales, vamos a ensayar aquí la dinámica de la *condictio*, como acción, llamada en el Derecho moderno acción de *enriquecimiento sin causa*, que explica correctamente tanto las figuras cuasicontractuales (a las que absorbe), como la unidad esencial de pretensiones restitutorias. La consideración de una acción unitaria permite, además, estudiar un régimen jurídico aplicable a los supuestos no taxativamente recogidos por la ley.

³⁹ ROTONDI (*Op. cit.*, pág. 376), con anterioridad al Código civil de 1942, opina que la acción de enriquecimiento debe ser reconocida como extraña al Derecho italiano, ya que ha sido acogida como remedio equitativo a situaciones jurídicas, que, o estaban privadas de otro remedio jurídico, o hubiesen encontrado remedio de un modo más simple, lógico, y acorde con el Derecho positivo. Tras la exposición de algunas doctrinas sobre qué debía entenderse por ausencia de causa, se pregunta como será posible distinguir cuando la norma jurídica ha querido justificar el enriquecimiento de una de las partes, y cuando, legitimada una situación de hecho, ha querido imponer una acción de recuperación; concluyendo (*ibid.* pág. 399) que en todos los casos en que el enriquecido está obligado a restituir, lo será en base y en la medida ordinaria de la responsabilidad contractual o extracontractual, o en la particular medida establecida, en su caso, por la ley que impone el regreso. Ello se deriva esencialmente del hecho de que la seguridad de las relaciones jurídicas, no puede permitir, salvo contadas excepciones contenidas en la ley, que una persona se encuentre obligada sin su voluntad o sin su culpa.

FACCHINO («L'azione generale d'arricchimento dopo la riforma del codice civile», *Riv. dir. comm.* II, 1957, pág. 433 y sigs.) En la línea de rotondi, con posterioridad al Código de 1942 y, a pesar de estar la acción recogida en él de modo expreso, opina que la problemática que plantea el enriquecimiento sin causa es resolver la antinomia de transferencias patrimoniales legítimas que en segundo momento han sido consideradas injustas, concluyendo este estudio es estéril; con ese empeño se intentaron, especialmente en la doctrina germánica, las fórmulas más variadas, sin conseguir otra cosa que desviar el problema hacia una nueva terminología, pero dejando el planteamiento inalterado. Examina FACCHINO aquellos casos que al parecer han sido los más importantes a la hora de aplicar el art. 2041 del Código civil y que son para él: 1.º Enriquecimientos indirectos; 2.º Empobrecimientos derivados de la existencia de un crédito prescrito; 3.º Enriquecimientos derivados de un intercambio de prestaciones

En el Derecho romano clásico, la obligación de restituir sancionada por una *condictio*, no nace de un convenio entre las partes, sino del hecho de la retención sin causa de un bien o ventaja por una persona, cuando ha precedido una *Datio* (acto material de adquisición de propiedad), o unos negocios jurídicos de carácter abstracto (la *Stipulatio* y la *Expensilatio*). Este sistema de la época clásica, se va progresivamente desfigurando: en el Derecho justineano, la *condictio* ya no se configura como una acción unitaria, sino que se diferencian diversas *condictiones* por sus causas. La *Stipulatio*, negocio jurídico solemne y abstracto en la época clásica, se convertirá en una mera formalidad documental. Habiendo desaparecido la *Expensilatio*. Desfigurado el concepto de *Dare*, la teoría del enriquecimiento, perderá, en el Derecho justineano, sus matices claros y definidos, centrándose en torno a la teoría de los cuasicontratos (figura de dudosa funcionalidad nacida de la cuatripartición gaiana), y a la de las diversas *condictiones*. Por otra parte, se recoge en el Digesto la formulación de un principio general de dudosa eficacia práctica. Se nos presenta pues de gran interés el estudiar el concepto romano de *Dare* como origen de una pretensión restitutoria amparada por la *condictio*, y el concepto de sin causa referible a este *Dare*. La desnaturalización de este concepto tras la cuatripartición gaiana, nos explica el nacimiento de algunas figuras jurídicas de dudosa funcionalidad (principalmente los cuasicontratos y los contratos reales), y nos presenta la vía para una posible corrección de las contradicciones que se presentan en el Derecho moderno.

Podemos afirmar que parece ya admitido por la generalidad de la doctrina romanista, que el fundamento de la *condictio* en la época clásica, es el hecho de una retención sin causa por parte del demandado de un bien o ventaja patrimonial, siempre que haya habido un acto previo entre demandante y demandado, constituido por una *Datio*, una *Stipulatio*, o una *Expensilatio*. El concepto de *Dare*, debe ser entendido como el de la efectiva adquisición de un derecho, es decir, contemplado desde el punto de vista del *accipiens* y no como cumplimiento de un previo acuer-

que tienen su origen en un contrato nulo o anulable, cuando dichas prestaciones son por naturaleza irrepetibles. Pues bien, entiende Facchini que en los dos primeros casos la acción no es proponible, y que en el tercero no es necesario acudir a la doctrina del enriquecimiento para remediar el desequilibrio. De todo ello, y después de criticar algunos otros supuestos de enriquecimiento injusto propuestos por la doctrina o acogidos por la jurisprudencia, concluye en la inutilidad del citado art. 2041 del Código de 1942 que «puede ser la justificación político legislativa de un conjunto de normas, pero que por su naturaleza no puede constituir, en sí misma, una norma jurídica».

do contractual. La *Stipulatio* y la *Expensilatio*, son dos negocios jurídicos y solemnes que fundan o crean obligaciones de carácter abstracto⁴⁰.

En la concepción de D'ORS «si la *reivindicatio*, es la acción del que perdió la posesión contra el que retienen sin causa, la *condictio* es la acción del que perdió la propiedad —o la da por perdida— contra el que la retiene sin causa». Es decir, en todos aquellos casos en que el propietario de una cosa haya perdido su posesión y al recuperarla tenga dificultad en identificarla, o ésta se haya consumido, o sea fácilmente

⁴⁰ El genuino concepto romano de *Dare*, no es el de un negocio jurídico que por sí fundamente la *condictio*, en el sentido de que origina en el accipiente una obligación *ex re*, como opina DONATUTI, sino que siempre que se produce un acto material de adquisición de la propiedad (con independencia de la existencia o no de un acuerdo negocial previo) hay *Datio*; y precisamente esa *Datio* fundamentará una *condictio*, cuando la adquisición de la propiedad no esté basada en un vínculo obligacional previo, que legitime definitivamente la adquisición. Como explica D'ORS, debemos recordar ante todo que el concepto subjetivado de *Dare* como negocio convencional real, por el que una persona quiere hacer propietaria a otra, no corresponde a la más genuina mentalidad romana. *Dare* en su sentido más originario, quiere decir, dejar tomar, y *accipere* (como también *emere*) supone un acto de apoderamiento (*capere*). La *Mancipatio* o la *in iure cessio*, como actos típicos de la *Datio*, manifiestan claramente esta estructura del *Dare* romano: el *dans* puede permanecer inactivo que el protagonista de todo el rito es el *accipiens*; éste hace una declaración de su propia *res* ante la táctica renuncia del *dans*. La voluntad del *dans* no adopta por lo tanto una forma activa, y su presencia basta para que el acto de apoderamiento le afecte. La concepción de Donatuti, al que antes hemos aludido, no explica la actuación de la *condictio* en algunos casos extremos, como sucede, por ejemplo, en la llamada *condictio ex causa furtiva*. ¿Cómo es posible que pueda hablarse de un *negotium* que fundamente la relación entre el hurtado y el ladrón? D'ORS, que explica adecuadamente la actuación de la *condictio*, en su alternatividad con la *reivindicatio*. En la *condictio ex causa furtiva*, no es que el propietario de la cosa robada haya realizado un negocio con el ladrón, sino que por el hecho de que el propietario renuncia a su propiedad (es decir, no ejerza una reivindicatoria) se produce en el ladrón una adquisición de ésta (es decir, existe una *Datio*), y al no tener el *accipiens* causa para retener, puede reclamar su valor a través de la *condictio*. En este sentido, explica D'ORS, «lógicamente si la cosa robada subsiste y es hallable, el hurtado preferirá ejercitar la *reivindicatio*, aunque, en realidad, no le haga falta esta acción, sino que le bastará una *actio ad exhibendum* y un trámite posesorio; pero si como ocurre frecuentemente con los muebles, y pueda decirse que siempre que se trata de muebles consumibles el objeto hurtado ha sido consumido o no es fácilmente hallable, el hurtado renuncia a la propiedad y exige del ladrón (o sus herederos) el valor mediante la *condictio*. Porque *condictio* y *reivindicatio* no son incompatibles; la *condictio* presupone la imposibilidad de reivindicar, o en todo caso, una renuncia a la reivindicatio». En el estudio del Derecho romano partimos fundamentalmente de los trabajos del profesor D'ORS (*Observaciones sobre el alicium de rebus creditis*, Roma 1953 separata; *credita* AHDE, 1963; *Los precedentes clásicos de la llamada condictio possessionis*, AHDE, 1961; *credita* y *contractus*, AHDE, 1956; *re et verbi* AHDE, 1948-49.)

hallable por tratarse de una cosa mueble, podrá abandonar su propiedad ejerciendo una *condictio*, en lugar de una *reivindicatio*⁴¹.

La principal característica de la *condictio*, como acción de Derecho estricto, es su carácter abstracto. La *condictio*, es una acción abstracta y al no indicar en su fórmula la causa de pedir, esta causa no podrá calificar diversos tipos de *condictiones*. Por supuesto, el demandante deberá pro-

⁴¹ La problemática que antes hemos examinado se aclara con el estudio de las diversas clases de *Datio*. Hemos de tener en cuenta, que dicha clasificación ha de ser convencional, puesto que los romanos no distinguieron las daciones en sí mismas consideradas. El profesor D'ORS, las agrupa del siguiente modo.

— *Datio mutui*: El prototipo de la *Datio* es la *Datio Mutui*, o el préstamo de consumo de cosas fungibles; éste préstamo obliga a restituir no la cosa en sí misma considerada, sino una cantidad igual del mismo género; pero como la *condictio* no indica en su fórmula esa causa de pedir, la acción no se diferencia de aquellos otros casos de existencia de una obligación de restituir un valor cuando haya precedido un acto material de adquisición de la propiedad sin causa, derivado del consumo de una cosa ajena, o derivado de la no identificabilidad de la cosa. Como explica ese autor, lo realmente prestado, es una cantidad de un género determinado, es decir, el valor de la misma, de aquí, que esta transferencia de valor pudiese conseguirse en una entrega efectiva de monedas, a través de una *dation* indirecta, como, por ejemplo, a través de una tercera persona, basado en una autoridad de prestar (*iussum credendi*), o por una *dation* de un objeto distinto, de modo que quede en crédito de precio obtenido por su venta, etc...

— *Datio ob rem*: En estos casos, la adquisición de la propiedad tiene por causa una conducta que se espera del adquirente. No puede hablarse de una contraprestación pues el adquirente no tiene acción para conseguirla; pero si no realiza la conducta de que él se espera, la adquisición queda sin causa y procede la *condictio* recuperadora de lo dado. (Veremos después, como estas *dationes*, entran en una posterior evolución del Derecho romano, en la esfera contractual al concederse una *actio prescriptis verbis* para conseguir la contraprestación).

— *Datio ob causam*: En estos casos, se transmite la propiedad en virtud de una causa que posteriormente se frustra. La causa de entregar existió pero al frustrarse deja sin causa a la retención. Puede pensarse que en estos casos, al quedar la retención sin causa (como en el caso anterior de las *Dationes ob rem*) procedería la acción de recuperación de la cosa (reivindicatoria o acción publiciana); pero como el propio D'ORS explica, cuando la *Datio* se produjo en virtud de un acto formal de atribución (*Macipatio o in iure cessio*) la abstracción de dicho acto impide la anulación de la *Datio*. Cuando la atribución se produjo por *traditio*, sería posible, pero, sin embargo, en el caso más frecuente de entrega de dinero, la confusión o consumición de las monedas, hacen imposible la reivindicatoria, y, en último caso, se trata de una cuestión de comodidad.

— *Datio ex eventu*: Agrupa bajo este epígrafe el profesor D'ORS, todos aquellos casos en que no existiendo un negocio convencional previo que justifique la *Datio* (bien por falta de propiedad en el *tradens*, o por falta de forma, etc...), la *condictio* complementa una *reivindicatio* imposible: siendo el caso más notorio, como ya hemos explicado anteriormente, el de la *condictio ex causa furtiva*.

bar la existencia de una deuda (*debitum certum*), pero esa causa de pedir no viene incluida en la fórmula, por lo que la prueba habrá de hacerse directamente ante el juez. Cuando la deuda se derive de negocios formales (v. gr. La *Stipulatio*), el demandante deberá probar únicamente el hecho de que se le prometió solemnemente la entrega de una cantidad cierta y determinada; en caso de que se derive de una *Datio*, deberá probar el hecho que motive la retención sin causa. Las obligaciones sancionadas por *condictio* son independientes de cualquier relación de reciprocidad; así, por ejemplo, no se extinguen por compensación (excepto créditos debidos a banqueros), y no se tienen en cuenta pactos accesorios que hayan podido mediar entre el acreedor y deudor. Hemos de notar, que, sin embargo, en la progresiva evolución del Derecho romano, se fue reconociendo una *exceptio doli*, al que se le reclamaba un crédito sin tener en cuenta la deuda recíproca, y una *exceptio pacti* frente al que reclamase sin tener en cuenta aquellos pactos que de alguna manera impedían la exigibilidad del crédito (v. gr. exigibilidad sometida a un *dies*, etc...).

En el Derecho romano clásico sólo puede denominarse *creditor*, quien puede exigir cumplimiento de una obligación en virtud de una acción de Derecho estricto. (La *condictio* no es la única acción de Derecho estricto, sino que existen otras tres acciones *in factum*, concedidas por el pretor, similares a la anterior, que se hayan recogidas en el *Edictum de rebus creditis: actio de pecunia constituta, actio comodat, y actio pignoratitia in personam*.) La deuda crediticia se caracteriza — como hemos aludido en el número anterior — por su falta de bilateralidad, y se refiere esencialmente a la reclamación de un valor: el *debitum certum*. En el Derecho patrimonial romano, junto al concepto de *creditum*, y como contrapuesto, encontramos el concepto de *contractus*. El *contractus* se caracteriza, frente al *creditum*, por la idea de la reciprocidad de las obligaciones nacidas de una convención. La acción para hacer exigible una deuda nacida de un contrato, no es una acción de Derecho estricto sino de buena fe, y permite al juez una apreciación de las circunstancias de exigibilidad de las obligaciones.

GAIO, jurista del siglo II del que se tiene escasa noticia, probablemente con fines pedagógicos, va a agrupar las obligaciones no de acuerdo con la acción que las hace exigibles sino con el modo en que se perfeccionan. Esta clasificación, que no se corresponde con el Derecho de obligaciones de su época, pasará desapercibida entonces, pero tendrá importantes consecuencias en la evolución del tema que nos ocupa.

Para GAIO, las obligaciones nacen *ex contractu* y *ex delicto*, esta clasificación no agota las fuentes de las obligaciones, agrega *ex viriis causarum figuris*. Esta última figura, contenida en el Digesto (D. 44, 7, 1), se des-

dobra en la *instituta justineana* (III, 13) —eventualmente también de origen Gaiano aunque parece interpolada— en obligaciones nacidas *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio*.

Esta clasificación, que para GAIO tenía únicamente fines pedagógicos, se va a convertir en un dogma en el Derecho postclásico y justineano, y esto trae consigo la desfiguración de la *condictio*.

Esta desfiguración tiene dos causas principales:

1.—En primer lugar, el perder el carácter abstracto que procesalmente tenía en el Derecho clásico, se distingue, dentro de la antigua acción, diversas acciones diferenciadas por sus causas.

2.—En segundo lugar, el confundirse los términos de *creditum* y *contractus*, el propio contenido del *creditum*, delimitado por la *condictio*, va a quedar desfigurado. Muchas figuras crediticias van a perder ese carácter al convertirse en virtud de la cuatripartición en figuras contractuales.

La cuatripartición no va a ser una mera clasificación de carácter formal, carente de consecuencias prácticas, y que, como nueva clasificación, lo único que comporta es una nueva ordenación de una realidad, previamente aceptada como objetiva, sino que, la cuatripartición gaiana, va a constituir una valoración de los datos objetivos que eran antes las bases o presupuestos del Derecho patrimonial. Pero ello va a ser debido, no tanto a que GAIO lo comprendiese así, sino al desarrollo de esta idea por juristas posteriores. En ese sentido enseña D'ORS como de las antiguas causas crediticias, aquéllas que correspondían a las solemnidades del antiguo Derecho —la *stipulatio* y la *expensilatio*— se han convertido ahora en simples fórmulas documentales que en la medida en que resisten la impugnación, llegan a fundar obligaciones de carácter abstracto; luego, entre las *dationes*, aquéllas que no se fundan en un acuerdo convencional han quedado exiladas del campo contractual, pero la *Mutui Datio*, en cambio, ha quedado convertida en un perfecto contrato, y así también aquellos otros negocios que podemos llamar cuasicrediticios: El comodato y la prenda. Viceversa, el término *creditor* se ha extendido a relaciones puramente contractuales.

La *condictio* queda de este modo desnaturalizada. En primer lugar, ya no se trata de una *condictio* única sino de diversas *condictiones* clasificadas por sus causas; va a perderse, por otra parte, el sistema de la tipicidad de las acciones y los supuestos en que esta acción actuaba se desperdigan a lo largo de los textos legales. Nace, en segundo lugar, el concepto de cuasicontrato con un carácter residual que impide el atribuirle una unidad esencial y agrupa unas figuras de dudosa funcionalidad.

b) Derecho alemán

Si en los Derechos latinos el enriquecimiento sin causa, como institución autónoma, tiene su origen en el *Arret Boudier* (1892) (pues hemos visto que con anterioridad a él, no existía la figura con independencia de los cuasicontratos típicos: pago de lo indebido, y gestión de negocios sin mandato), en los Derechos germánicos, el enriquecimiento injustificado tienen una brillante tradición, en función de los estudios de derecho romano realizados por los Pandectistas. WINDSCHEID⁴², por ejemplo, con anterioridad al B. G. B., en el libro IV (derecho de crédito), capítulo II (los particulares derechos de crédito), distingue dos apartados: 1.º los derechos de crédito nacidos del contrato, 2.º los derechos de crédito nacidos por causas análogas al contrato; en este segundo apartado, el enriquecimiento injusto es estudiado como institución autónoma, fuente de obligaciones, dentro de la cual se incluye el pago de lo indebido.

Por otra parte, la bibliografía dedicada al tema durante todo el siglo XIX es importante⁴³. Ello se debe, principalmente, a la referida circunstancia de vigencia del Derecho romano que se dan en el ordenamiento jurídico germánico, y que conducen a un estudio detenido y sistemático de las *condictiones* tal como eran recogidas en el Digesto, lo que, por otra parte, tendrá, como inmediatamente veremos, una gran influencia en el B. G. B. DÍEZ PICAZO⁴⁴, realiza un brillante estudio de los precedente y doctrina alemana, que complementa y completa el realizado en este libro, en el que subraya que la construcción de la categoría es obra del Derecho natural racionalista⁴⁵, sobre textos de la glosa⁴⁶, buscando la unidad a la teoría de las *condictiones*, teoría sobre la que se funda y desarrolla después la construcción Pandectista del enriquecimiento sin causa⁴⁷.

Ha señalado GEROTA⁴⁸, como en Código civil alemán la teoría del enriquecimiento sin causa presenta una especial importancia debido a

⁴² *Diritto delle Pandette* (traducción al italiano de C. Fadda y P. E. Bensa) vol. II, Torino 1925, pág. 631 y sigs.

⁴³ Ver bibliografía citada por el propio Windscheid *op. y loc. cit.* nota I.

⁴⁴ *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Madrid, 1987. Posteriormente reimpresso: DE LA CÁMARA, DÍEZ-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1988.

⁴⁵ Cfr., en detalle, pág. 82 y sigs.

⁴⁶ Cfr., en detalle, pág. 74 y sigs.

⁴⁷ Cfr., en detalle, pág. 88 y sigs.

⁴⁸ *Theorie de l'enrichissement sans cause dans le code civil allemand* (étude de Droit comparé), París 1925, pág. 28 y sigs.

que por su silencio, los redactores, como no han admitido de una manera positiva la causa como elemento constitutivo de la obligación, se debe suplir el sistema de la nulidad de los contratos por defecto de causa, por aquel del enriquecimiento injustificado; y porque, de otra parte, la ley se ve obligada algunas veces, ya por la seguridad de las relaciones, ya causa de ciertas circunstancias de hecho, a dejar que se produzcan los efectos de un acto jurídico aun cuando éstos no sean conformes a la verdadera situación que normalmente haya existido entre las partes; en estos casos, se reestablece el equilibrio de los patrimonios, concediéndose una acción personal de repetición por enriquecimiento injusto.

Estas dos afirmaciones pueden resumirse en función de dos casos principales a que referimos el enriquecimiento sin causa: En primer lugar, la acción de enriquecimiento como justo complemento de los actos o negocios abstractos; en segundo lugar, la acción de enriquecimiento como rectificadora de los desequilibrios patrimoniales producidos por las llamadas atribuciones impropias⁴⁹.

⁴⁹ En este sentido, LARENZ, en base de parágrafo 812 del B. G. B. alemán, distingue entre que el enriquecimiento se haya obtenido en virtud «de la prestación de otro», o que se haya obtenido de «otra forma». El supuesto más importante del primer caso, es decir, de enriquecimiento obtenido a través de una prestación (sigue señalando LARENZ), es el de adquisición de la propiedad mediante un acto translativo real válido (conforme a los parágrafos 929 y sigs. o al 925), pues, en este supuesto, a consecuencia del «principio de abstracción» admitido por el B. G. B., la adquisición no queda invalidada porque el negocio básico no haya tenido lugar o sea jurídicamente ineficaz. Si se ha vendido una cosa B. y se ha entregado a conformidad con el parágrafo 929, B. se ha hecho con ello propietario mediante el negocio real de transmisión aunque el contrato de compraventa sea nulo por falta de consentimiento; y adquiere, con ello, no sólo la posesión, sino que aunque la prestación de A. carece de causa jurídica, obtiene también el dominio. De aquí que, según el parágrafo 812, no sólo está obligado a restituir la posesión sino también a retransmitir la propiedad. La pretensión de enriquecimiento sirve, en caso semejante, para rescindir, a consecuencia de un defecto de causa jurídica, una alteración de la situación de propiedad de hecho injustificada pero, sin embargo, eficaz a causa de la validez del negocio dispositivo. Con respecto a los enriquecimientos obtenidos «de otra forma» —distinta de la prestación de otro—, señala LARENZ, que surgen principalmente de actos del enriquecimiento que representan una *intervención o infracción del derecho ajeno*, y ofrece los siguientes ejemplos: Uso o consumo de una cosa ajena, disposiciones válidas por un no titular en virtud de la defensa de terceros adquirentes de buena fe, o cuando alguien se aproveche de la propiedad intelectual de otro o de un invento protegido por el derecho de patente; también, para LARENZ, son incluíbles dentro de este grupo aquellos casos en que se adquiere una cosa en virtud de un presupuesto legal, que no despoja al anterior propietario del valor que la cosa representa, (casos unión mezcla, especificación, etc...) (*Derecho de obligaciones* [trad., SANTOS BRIZ], tomo II, Madrid, 1959, págs. 514 y sigs.). De todo ello se deduce la naturaleza de la acción de enriqueci-

El enriquecimiento injustificado, en el B. G. B. se regula en el título 24, de la sección séptima (Relaciones obligatorias en particular), del libro II (Derecho de las relaciones obligatorias), parágrafos 812 a 822 ambos inclusive⁵⁰. En términos generales, podemos decir que se recoge en estos parágrafos: una formulación general de la acción; en particular, las diversas *condiciones*: las limitaciones legales al ejercicio de la acción; y parcialmente el régimen jurídico de la misma. La formulación general está recogida al comienzo del parágrafo 812 «Quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo está obligado para con él a la restitución.» Como señala ENNECCERUS este artículo recoge una *condictio* general que indudablemente abarca el ámbito de las diversas *condiciones* recogidas particularmente en los siguientes parágrafos; Junto a esa formulación general del comienzo del parágrafo 812, encontramos también en el mismo título 24, las diversas *condiciones*: *condictio indebiti* (por inexistencia de deuda) y la *condictio ob causam datorum* (por falta de resultado), adicionándose para estos dos últimos casos, en los parágrafos 813-815, sólo algunas pocas disposiciones especiales. La *condictio* dirigida a la restitución del enriquecimiento logrado por virtud de una disposición llevada a efecto sin derecho (*condictio* por disposición sin derecho), y la *condictio* por causa inmoral o contraria a derechos (*condictio* por recepción reprobable), se tratan al parecer con independencia de los parágrafos 816 y 817. Pero, en realidad, estos casos están comprendidos también en el parágrafo 812. HEDEMANN, sistematiza de la siguiente manera las limitaciones legales al ejercicio de la acción⁵¹. 1.º El cumplimiento anticipado de una deuda es, no obstante, cumplimiento justo, y, por tanto, no hay lugar a restitución (parágrafo 813, II). 2.º El pago consciente de una obligación inexistente carece de acción de restitución (parágrafo 814)⁵². 3.º las prestaciones conforme a un deber moral o de decoro no pueden ser revo-

miento como acción personal recuperadora de valor. La acción tiene naturaleza personal aun cuando la pretensión se dirija a recobrar una cosa concreta pues, como señala VON TUHR, donde mejor se patentiza el carácter personal de las acciones de enriquecimiento, y lo que las diferencia de las reivindicatorias es que, en caso de concurrencia en la persona enriquecida, cuando el enriquecimiento versa sobre bienes concretos que no sean dinero, la acción cobra un contenido indemnizatorio del valor del objeto. (*Tratado de las obligaciones*, trad. esp., tomo I, Madrid, 1934, pág. 323.)

⁵⁰ *Op. cit.*, pág. 568. Sobre la sistematización de las *condiciones* en la moderna doctrina alemana puede consultarse el detallado estudio de Díez PICAZO, que se analiza en el cap. III, parte II, de este libro.

⁵¹ *Derecho de obligaciones* (trad., SANTOS BRIZ), Madrid, 1958, pág. 501.

⁵² Se admite la donación presunta o *ex lege* (vide *infra* cap. VI).

casas aunque hayan tenido lugar sin fundamento jurídico (igualmente parágrafo 814). 4.º La no obtención del resultado propuesto no concede derecho de restitución, si aquella no obtención aparecía clara desde el principio, o el perjudicado se haya conducido de mala fe (parágrafo 815). 5.º Los actos contrarios a las buenas costumbres, realizados por el que hace la prestación le privan de la pretensión de restitución.

CAPÍTULO II

LA JUSTICIA DEL ENRIQUECIMIENTO Y LOS FUNDAMENTOS MORALES DEL DERECHO PATRIMONIAL

A) *Planteamiento*

Puede afirmarse que en la tradición humanista y del Derecho común, el enriquecimiento injusto es una dogmática ligada a discusiones morales y teológicas sobre la licitud de las ganancias¹. En el Derecho medieval y moderno, las discusiones jurídicas se hayan estrechamente ligadas a una concepción teológica global del mundo, y en particular la teoría del contrato se funda en una noción de justicia del precio y en la prohibición teológica de cobrar intereses. El dogma liberal de la «libertad» contractual es un último paso de una evolución espiritualizadora de la doctrina del justiprecio, y está ligado también a las discusiones teológicas y morales sobre la justicia del precio en los contratos y la licitud y límites al derecho a cobrar intereses. El Derecho patrimonial liberal, tal como aparece plasmado en los códigos civiles del siglo XIX, abandona la pretensión de fundar la licitud de las ganancias en la teoría del justiprecio, no pone tasa a la libertad de enriquecerse, y sustituye la noción de precio justo por la libre iniciativa privada y la autonomía de la voluntad. El «nuevo» dogma liberal es que el contrato enriquece justificadamente o con causa. Pero si en el derecho del antiguo régimen el contrato se definía por la justicia del precio, en el nuevo Derecho el contrato se define por su esencialidad (consentimiento, objeto y causa). La «nueva» teoría de la causa, como esencializadora del contrato, sustituye la antigua exigencia del precio justo (límite moral y jurídico al enriquecimiento) por la mera equivalencia formal de las prestaciones.

La teoría del justiprecio era una clave estructural para la organiza-

¹ Véase, por ejemplo, FEENSTRA, «L'influence de l'escolastique espagnole sur Grotius en droit privé. Quelques exemples, notamment la doctrine de l'erreux et de l'enrichissement sans cause,» en *Fata iuris humani*, Etudes d'histoire du droit, Leyden 1974, pág. 382 y sigs.

ción de una sociedad corporativa. En una sociedad corporativa sólo se permite el lucro que se deriva de la incorporación de un valor a los bienes por medio del trabajo; frente a ello, una sociedad liberal capitalista se funda en la libre iniciativa particular (autonomía de la voluntad) y el libre precio. La formación de capitales, presupone jurídicamente la libre tasa de interés y el libre precio como principios de iniciativa económica; el justiprecio y la prohibición de cobrar intereses encorseta los mecanismos de producción y comercio a una autonomía local gremial y corporativa (autarquía). La instauración jurídica de la sociedad gremial y corporativa y la inexistencia de capital produce una organización política estructurada alrededor de la propiedad de la tierra (función jurisdiccional de la propiedad), y de la autonomía gremial en centros de producción local y artesanal. Es una sociedad agraria y corporativa donde la medida de valor y el principio de organización política se funda en la propiedad de la tierra y autonomía municipal (fuero). Por el contrario, la libertad de cobrar intereses y la equivalencia formal de las prestaciones, permite la formación de capital (una riqueza no ligada a la propiedad de la tierra) y socaba las bases jurídicas y políticas de un derecho dirigido a proteger la función jurisdiccional de la propiedad y a la organización gremial de la producción. Podemos afirmar que el Estado moderno es frente al Reino medieval una organización fundada en la producción capitalista, que sustituye los modelos económicos de organización agraria y gremial, y se funda en la libertad contractual y de mercado.

La sustitución de la función jurisdiccional de la propiedad no es un suceso puntual y revolucionario, sino que es un proceso iniciado en el tránsito entre la alta y baja edad media, que sólo va a concluir con la revolución liberal. El modelo patrimonial evoluciona al compás del modelo político (el Estado sustituye al Reino), y al modelo teológico (la fe en el hombre y en su obra, sustituye al modelo escolástico paternalista que protege al propietario agrícola —lo transforma en señor de la tierra—, y al productor gremial). La Reforma protestante es un momento decisivo en este desarrollo espiritual de la historia, que libera la producción y el comercio de las estrechas ataduras de la pretensión de divinidad del Derecho tal como era concebido en el mundo medieval. Vamos a ver también como la evolución real del mundo jurídico y económico fue anterior a su evolución conceptual, y como la crisis de un sistema organizativo autodivinizado estaba sentada mucho antes de que se tomase autoconciencia histórica de su significado.

Siendo la prohibición de cobrar intereses el eje estructural sobre el que está fundado el Derecho patrimonial del antiguo régimen su examen alumbra la cercanía del sistema jurídico patrimonial a las concepciones teológicas globales sobre la organización social y política, y la teoría de la justicia de los enriquecimientos.

B) *La prohibición de cobrar intereses y su significado*

La prohibición de la usura, definida la usura como el cobro de intereses por el dinero prestado, es uno de los principios más profundamente arraigados en la tradición judeocristiana.

El Antiguo Testamento prohíbe a los judíos prestar con interés a otros judíos, prohibición que parte del principio de que sólo los pobres necesitan pedir prestado². PLATÓN y ARISTÓTELES, que están muy influidos por el pensamiento religioso judío³, desarrollan también en sus obras la intrínseca inmoralidad del cobro de intereses. ARISTÓTELES añade a los argumentos comunes hasta entonces el de que el dinero no produce frutos, y que retirar el fruto allí donde es imposible producir nada es obrar contra naturaleza⁴. Puede decirse también que el mal de la usura fue unánimemente denunciado por todos los escritores clásicos (CATÓN, CICERÓN, SÉNECA, etc.). Es un pensamiento común a los historiadores romanos (TITO LIVIO, etc.) que los males producidos por la usura fueron una de las causas fundamentales de las luchas sociales que ensangrentaron la República y que trajeron la dictadura militar en el Imperio.

La tradición cristiana hereda la prevención clásica contra la usura. El cobro de intereses como paradigma del afán de lucro y de actividad especulativa fue considerado por toda la tradición patristica como un pecado de idolatría e identificado con el servicio del anticristo y parte de la lucha del ídolo Mamón descrito en el Apocalipsis. Esta tradición patristica amplía el concepto de usura, que viene a definirse (por ejemplo, SAN BUENAVENTURA) como toda ganancia sin causa. La usura es intrínsecamente injusta porque el dinero es en sí infértil (no produce frutos), por lo que se define el interés como el parto monstruoso del dinero. El préstamo con interés es intrínsecamente malo y contrario al Derecho natural, pues no sólo permite el abuso del fuerte sobre el débil, sino que permite vivir sin trabajar, y el trabajo, aunque se origina por la maldición divina a la naturaleza humana, es también el instrumento de su regeneración. La prohibición del interés se fundamenta —según la patristica— en la Revelación, especialmente en los conocidos

² GARRIGUET: *Préstamo, interés, usura*, Madrid, sd., pág. 12.

³ Véase, por ejemplo, en el libro de ELORDUY (*El pecado original*, Madrid, 1977) un interesante comentario sobre los precedentes religiosos del pensamiento clásico griego. Más en detalle la doctrina de Aristóteles y las discusiones medievales sobre la usura en MERINO GUTIÉRREZ, *Alteraciones monetarias y obligaciones pecuniarias en el derecho privado actual*, Oviedo, 1985, págs. 55 y sigs.; GÓMEZ CAMACHO, Prólogo a *Tratado sobre los préstamos y la usura* de LUIS DE MOLINA, Madrid, 1989.

⁴ *La política*, lib. I, cap. III, parág. 33.

textos LC 6,35 y Mt 5,42, y también en el sentido de las parábolas y de la expulsión de los comerciantes del templo. Diversos autores, comentando el Decreto de Graciano, afirman que es ilícito e intrínsecamente perverso vender el tiempo que es regalo de Dios.

Según GARRIGUET, la constante crítica de la lacra de la usura se recrudece a partir del siglo XII, llegándose en ciertos lugares a la excomunión y prohibición de sepultura a los usureros; en el siglo XIII se promulga una prohibición formal de la usura en todos los reinos cristianos (permitiéndose la misma sólo a los judíos como una especie de prostitución patrimonial consentida). En la práctica las prohibiciones formales de la usura se eluden por medio de complejos circunloquios, y cualquier conocedor del Derecho histórico puede contrastar cómo el desarrollo de la técnica jurídica y el estudio del Derecho romano parecen estar estrechamente ligados a la búsqueda de instrumentos técnicos para burlar la prohibición de cobrar intereses.

Podemos describir el modelo productivo de la Alta Edad Media, como un modelo agrario y familiar (prohibición del comercio y de la producción industrial). Frente a este modelo altomedieval, el tránsito a la Baja Edad Media, sienta las bases de una cierta autonomía de los municipios frente a los señores de la tierra y de una producción gremial corporativa, que necesita de nuevos instrumentos jurídicos (el Derecho romano) y teológicos (la teología escolástica). El modelo bajomedieval de producción encuentra su más perfecto fundamento en la teología escolástica.

C) La doctrina de TOMÁS DE AQUINO y su significado histórico

El cúmulo de principios morales, prohibiciones formales y proclamación de intenciones sólo llega a tener una exposición y sistematización adecuada en la obra de TOMÁS DE AQUINO. En la *Summa Teológica* ofrece una justificación coherente y también una fundamentación dogmática. La raíz, justificación y fundamentación de la prohibición de cobrar intereses, está, según TOMÁS DE AQUINO, en relación con la teoría del justiprecio y de los principios de justicia de los enriquecimientos³.

TOMÁS DE AQUINO expone su teoría en el tratado de la justicia, dentro de la *Summa*. En II, II, cuestión 62, trata del derecho de la restitución. El principio primero de la justicia conmutativa es dar a cada uno lo suyo y, por tanto, devolver al prójimo todo lo injustamente retenido.

³ El concepto escolástico de usura trasciende de la mera justificación de su ilicitud moral y se liga a la teoría del justiprecio como fundamento del derecho patrimonial. (Así LANGHOLM, *The aristotelian analysis of usury*. Bergen, 1984.)

Esta devolución debe alcanzar también el rescate del daño causado por la injusta retención. Cualquier demora en la restitución es una injusta retención y obliga a indemnizar el daño causado de acuerdo con el doble principio del *damnum emergens* y el *lucrum cessans*.

En II, II, cuestión 77, y como una modalidad del delito de hurto (dentro de la fundamentación delictual del Derecho civil propia del Derecho intermedio y de los moralistas en general), define TOMÁS DE AQUINO dos especies de injusticia: el fraude en la compraventa y la usura en el mutuo. En ambas se encuentra la clave para explicar la teoría del enriquecimiento injusto.

El fraude en la compraventa, modalidad del hurto, proviene de no respetar el justiprecio. El justiprecio se obtiene de agregar al valor de adquisición de una cosa el trabajo incorporado a la misma, negando que pueda ser causa de incremento del precio la especial utilidad del comprador o la escasez, ya que nadie puede enriquecerse con la miseria o la necesidad, pues tal ventaja se debe a «una condición especial del comprador y nadie puede vender lo que no es suyo». En II, II, cuestión 77, artículo 4.º, sale TOMÁS DE AQUINO al paso de posturas extremas propias de la Alta Edad Media aclarando que el comercio y el fin de lucro no son intrínsecamente malos siempre que se persiga un fin distinto del lucro mismo, y aclara también que comprar para revender no es en sí pecado siempre que se incorpore algún valor nuevo (transporte, provisión de futuro, riesgo, etc.).

En II, II, cuestión 78, trata TOMÁS DE AQUINO el tema de la usura. La usura, entendida como el cobro de interés por el dinero prestado, es injusta porque se vende lo no existente. El interés sólo es lícito cuando se funda en títulos extrínsecos al mutuo: el *damnum emergens* y, excepcionalmente, el *lucrum cessans* en caso de mora. Fuera de estos supuestos el cobro de intereses es un hurto.

A mi juicio, la importancia de TOMÁS DE AQUINO estriba en haber puesto en relación la prohibición de la usura con la teoría del justiprecio, con lo cual permite un estudio coherente de ambos. El fundamento último de ambos institutos es la justicia del enriquecimiento: el trabajo incorporado a una mercancía o la cesión de la propiedad (cuando ésta no se consume con su uso: arrendamiento). Es una modalidad del hurto cobrar por encima del trabajo producido o cobrar intereses por el dinero prestado. TOMÁS elude posturas extremas como la prohibición radical del comercio.

Todas las discusiones posteriores han girado en torno a los planteamientos sentados en la *Summa Teológica*. Pero si esta teología fue un ins-

trumento de renovación social (sienta las bases de la autonomía municipal y la producción gremial frente a una sociedad nobiliaria feudal), con el paso del tiempo se iba a mostrar sumamente rígida para el modelo productivo capitalista que despunta en la Edad Moderna, por ello la escolástica española tiende a ampliar en lo posible el ámbito de licitud de cobrar intereses. El *periculum sortis* (el riesgo) es admitido por TOMÁS como título para el incremento del precio en la compraventa pero no lo ha previsto como título para cobrar intereses. A partir del siglo XIV la doctrina católica tiende a admitir el *periculum sortis* como título para cobrar intereses (PABLO DE CASTRO). El supuesto más importante es la mora del deudor en el que se afirma el carácter indemnizatorio de los intereses. LUIS DE MOLINA admite con carácter general el derecho a cobrar intereses por el daño emergente o lucro cesante siempre que sea probado (desligándolo de la teoría de la mora y citando la opinión de SOTO) (disputa 314). Con ello se incorpora un nuevo y peligroso matiz en la teoría tomista, pues se hace posible fundar un lucro no en el trabajo o en la renta de la propiedad sino en el riesgo (alterándose el principio primero de una sociedad corporativa). Para TOMÁS DE AQUINO es inmoral la *stipulatio penae* o pena convencional, pactada antes de producirse el daño, porque nadie puede comprar o vender lo que no existe (II, II, q. 78, art. 2.º: La esencia del dinero es el cambio y no puede ser vendido por más dinero, pues afecta al justiprecio), aunque en este punto también a partir del siglo XIV tiende a mantenerse la licitud de la *stipulatio penae* como medio de preconstituir la prueba del daño y siempre condicionando su realidad a la prueba efectiva del daño. LUIS DE MOLINA afirma con carácter general que si existe culpa en el retraso es lícita la pena convencional proporcionada (disputa 317).

TOMÁS prevé expresamente los puntos más vulnerables de su doctrina, por donde luego va a evolucionar la dogmática jurídica posterior. En II, II, q. 78, art. 1.º, señala que es lícito cobrar una renta por una cosa que se usa sin consumir pero que no es lícito cobrar intereses por el dinero. En II, II, q. 78, art. 5.º, aclara que es lícito invertir dinero para entrar en sociedad con un comerciante o artesano y participar proporcionalmente en los frutos o ganancias que obtenga. Estas «sutiles» distinciones entre sociedad y préstamo, y entre sociedad y arrendamiento se muestran sumamente útiles para sostener el modelo productivo de una sociedad gremial, limitando el proceso de concentración de capitales y la producción industrial, a la vez que permiten la formación de un cierto capital productivo (el «capital» social, la «propiedad» arrendada) en un ámbito personalista limitado.

La importancia de esta doctrina, que luego la Iglesia católica hizo suya, estriba en que por medio de la prohibición de cobrar intereses y por la institución del justiprecio se cierra la vía para la creación de tí-

tulos crediticios y se restringe el desarrollo de la actividad financiera. Esta doctrina se convierte en la columna vertebral de un sistema económico de producción y distribución corporativa de los bienes, y se cierra la vía a la producción y distribución en masa que exige incorporar importantes medios financieros. La sociedad corporativa se asienta en la tajante prohibición —como una forma de hurto— de toda actividad especulativa. Sólo se admiten como títulos de enriquecimiento los títulos intrínsecos (fundamentalmente el trabajo y las rentas de propiedad), pero no se admiten títulos extrínsecos (como el valor de mercado, etc.). El modelo económico resultante se organiza a través de relaciones interpersonales de producción y distribución y en ningún lugar tiene cabida el Estado como universal. El dinero como instrumento de cambio, en la teoría tomista, es un bien con valor en sí y no un título de crédito, pues una persona no se puede dar a sí misma como servidumbre; el dinero se concibe exclusivamente como instrumento de cambio y nunca como un elemento público de organización; la teoría del justiprecio y la prohibición de intereses cierra la vía a una organización universal y pública de las relaciones crediticias y financieras. La doctrina de TOMÁS es también importante porque se opone a las tesis maniqueas medievales, mantenidas por sectas de herejes como los cátaros, albigenses, valdenses, etc., y a toda aquella corriente patrística que consideraban el dinero y las riquezas como intrínsecamente malas y a toda forma de comercio como intrínsecamente pecaminosa. TOMÁS DE AQUINO condena las actividades especulativas pero no las comerciales, y la riqueza no es condenada en sí, sino en su indebido uso.

Podemos decir que con el tomismo se sientan las bases de un modelo corporativo de producción mercantil e industrial, y se legitima un cierto enriquecimiento comercial (la propiedad es causa lícita de cobrar renta, la aportación de propiedad causa lícita de participar en el beneficio social). La propiedad empieza a perder su función exclusiva de organización política jurisdiccional y se utiliza también como instrumento de producción y comercio. La propiedad empieza a adquirir una cierta utilización capitalista (pueden adquirirse lícitamente rentas de propiedad o participación social sin emplear trabajo). La distinción entre renta (lícita) e interés (ilícito), y entre participación social (lícita) e interés (ilícito), son críticas y van a ser objeto de arduos debates teológicos. La distinción real se encuentra en el carácter personalista (gremial) de la sociedad civil y del arrendamiento, pero claro los límites nítidos se desdibujan conforme la complejidad social y económica del mundo moderno socava las bases de la producción agraria y gremial. La fría practicidad de los juristas encuentra cada vez más fórmulas jurídicas para eludir la prohibición de cobrar intereses y la teoría del justiprecio, mientras que los teólogos y la legislación papal, preocupados en mantener la co-

herencia del sistema, se esfuerzan en encauzar moralmente las nuevas fórmulas jurídicas⁶. Los países católicos, por la dogmatización y divinización de la teología escolástica y el Derecho patrimonial corporativo en la legislación papista, sufrieron una grave rémora en su progreso económico y social.

D) *La Reforma y su significado en el Derecho patrimonial*

LUTERO es un teólogo y no expone un proyecto de organización social. En el punto tocante a la usura está influido por la doctrina tradi-

⁶ Una discusión característica es en tema de censos. El siglo XIII y XIV conoció las discusiones sobre la licitud moral del censo. El argumento central en favor del censo era que el mismo se constituía *causa venditionis*. Eran muchos los censos que se constituían con facultad de redimir —que se calificaba de pacto de retroventa—, y en algunos se configuraba la redención como facultad potestativa del censalista. La figura del censo consignativo redimible fue obra de juristas, los teólogos eran contrarios a su admisión; Enrique DE GANTE, en 1276, argumentaba que eran reprobables por tratarse de una forma de usura. La dura controversia fue finalmente cerrada por el papa MARTÍN V que en su bula *regimini universalis* —1425— declaró lícitos los censos redimibles, siempre que se pagase un capital en dinero, se obligasen bienes inmuebles, fuese perpetuo y la redención se fijase en su caso en el mismo capital que la constitución. Bula confirmada por SIXTO III en 1455. Cfr. BORREL, *Censo consignativo*, «NEJ», IV, Barcelona, 1952, pág. 17 y sigs. LUTERO en 1519/1523, hacía el siguiente comentario a estas bulas: «Toda Alemania está exhausta por las continuas usuras, en especial la llamada *zinskauft* (censo), esta diabólica invención fue sancionada por el Papa y continuó siendo practicada sobre todo por el clero romano» (cfr. NELSON, *Usura e cristianesimo*, Firenze, 1967, pág. 58). Aunque luego como MELANCHTON y BUCERO, parece haber moderado sus críticas a los censos por exigencias de la lucha política y del apoyo de los príncipes. La bula DE MARTÍN V iba a inaugurar una nueva fuente de controversias. Domingo SOTO argumenta: si a una persona se le permite vender una cosa, ¿cómo no se va a poder vender una renta de la cosa?; las únicas condiciones de licitud del censo son, según DE SOTO, la enajenación definitiva, el justiprecio y la recta intención (no debe haber ánimo de fraude); desde esta perspectiva, DE SOTO (igual que COVARRUBIAS), defienden la licitud del censo redimible a la voluntad del censalista, e incluso mantiene DE SOTO que el injusto precio del censo no es usura sino injusticia (porque el precio se paga no por el uso de la cosa sino por la cosa misma). (FIESTAS LOZA, *La doctrina de Domingo de Soto sobre el censo consignativo*, «AHDE», 1984, pág. 639 y sigs.)

Nótese que esta doctrina abre la vía a una libre negociación mercantil y obtención de capitales. El papado va a salir al paso de esta interpretación de la escolástica española; PIO V, en la bula *cum omni* —1569— declaró usuarios los censos que no recaen sobre inmuebles fructíferos, cuya redención no quedase enteramente a voluntad del censatario, o en el cual el capital del censo no se pagase de presente. La doctrina repite estas condiciones: se prohíbe como usuario el censo personal (MOLINA, FARIA, VELA, COVARRUBIAS, AVEDAÑO), se exige justiprecio en los mismos (COVARRUBIAS, AVEDAÑO), debe imponerse sobre bienes raíces, fructíferos y determinados.

cional de la Iglesia y condena el cobro de intereses en innumerables ocasiones⁷. Sus ideas son respetadas por MELANCHTON, ZWINGLI y otros reformadores. Los humanistas como HUTTEN o ERASMO dudan. En esa época los principales defensores de la licitud de los intereses son los juristas; las razones son fundamentalmente dos, en primer lugar la influencia del Derecho romano y en segundo lugar su carácter de servidores del príncipe. Es un hecho hoy comúnmente admitido que el desarrollo del Estado es paralelo al desarrollo de la sociedad capitalista⁸.

Los juristas son especialmente responsables de la destrucción de la sociedad corporativa al incorporar un nuevo Derecho universal y formalmente promulgado que crea un mercado y destruye progresivamente todas las bases corporativas de la producción y distribución de los bienes. El príncipe necesita medios económicos para el desarrollo del Estado y obtiene préstamos de los medios capitalistas a cambio de concesiones que socavan la autonomía municipal y la organización jurisdiccional (feudal) del propietario agrícola. El jurista que acompaña al príncipe sustituye al sacerdote que acompañaba al noble propietario. Una nueva doctrina sobre el justiprecio y la derogación de la prohibición de intereses era necesaria para consagrar socialmente el nuevo tránsito en la historia.

CALVINO es el formulador de una nueva doctrina teológica sobre el interés, y la clave de su pensamiento hay que buscarla en una nueva concepción del enriquecimiento injusto que formula en *La Institución Cristiana*. CALVINO sigue muy de cerca la exposición de TOMÁS DE AQUINO aunque invierte las soluciones. Puede decirse que en este punto no hay nada en CALVINO que no se encuentre antes en la *Summa Teológica*. En el examen del delito de hurto que hace CALVINO en el lib. II, cap. VIII, párrafos 45 y 46, de *La Institución Cristiana* estudia el fraude en la compraventa y el justiprecio, para concluir que es injusto el enriquecimiento producido en *daño de tercero*; recordando además en ese contexto que cada uno debe cumplir con su deber de acuerdo con su situación, guardando los inferiores respeto y devoción a sus superiores y éstos solicitud hacia sus inferiores. No hay en CALVINO una teoría del justo enriquecimiento (como en TOMÁS DE AQUINO), sino que lo que se formula es una teoría del injusto enriquecimiento. Siendo el único lucro indebido, según CALVINO, el que se obtiene con daño de tercero, se cierra el paso a una teoría de los beneficios excesivos o a una condena de la actividad especulativa⁹.

⁷ Sobre el tema, véase GARCÍA VILLANUEVA: *Lutero*, 2 vols., Madrid, 1973.

⁸ MAX WEBER, *El científico y el político*, trad. esp., Madrid, 1972, pág. 98.

⁹ He consultado la edición *L'institution de la religion chrétienne*, Geneve 1958.

En base a esta nueva teoría del enriquecimiento injusto, CALVINO es el primero de los teólogos cristianos que libera el préstamo a interés del oprobio moral que tenía hasta entonces. Su doctrina sobre este punto se desarrolla por primera vez en su carta a CLAUDE SACHIN, que le consultó expresamente sobre el tema¹⁰. Empieza afirmando en la carta que la licitud de cobrar intereses es una cuestión sin respuesta clara, y que el interés no se debe ni permitir ni prohibir expresamente. Tras un examen de la Biblia llega a la conclusión de que no es el interés en sí lo que se ha prohibido, sino las maniobras fraudulentas y abusivas que acompañan a la usura: en Ezequiel 22,12 se prohíbe expresamente a los judíos, pero como medida política, no moral. Frente a la afirmación de que el dinero no produce frutos, afirma CALVINO que el dinero es una mercancía y debe poderse pagar un justiprecio; si se cobra un dinero por renta de un inmueble es absurdo no poderlo cobrar cuando se entrega un dinero para comprar un inmueble. En base a la idea de sociedad —que hemos visto formulada por TOMÁS DE AQUINO—, afirma CALVINO que el cobro de intereses se fundamenta en todo caso en el provecho que produce el dinero. Sin embargo, no todo interés es —según CALVINO— legítimo; se debe distinguir el interés de la usura. CALVINO afirma que el interés es legítimo mientras no supere cierta tasa y siempre que se trate de un préstamo de producción. Esa misma doctrina se reitera luego en el comentario al Éxodo (22,25), Levítico (25,35-38) y Deuteronomio (23,19-20).

CALVINO se da cuenta de que la tasa de interés es un valor universal que afecta al valor mismo del dinero como universal y que repercute sobre todos. Para CALVINO, por ello, la prohibición de interés es una medida de orden político y no necesariamente de orden moral. A mi juicio, además, esta nueva teoría sobre el interés está basada en la nueva naturaleza del dinero. TOMÁS contempla el dinero como valor en sí y como instrumento de cambio, mientras que CALVINO considera el dinero como un instrumento providencial de comunicación entre los hombres; se ha producido el tránsito de una sociedad corporativa a una sociedad comercial, que implica el tránsito del dinero como valor en sí al dinero como título de crédito (fundado exclusivamente en la confianza). Por eso toda aceptación de dinero en pago implica tanto un riesgo como una participación en una sociedad universal. CALVINO es el primer teólogo que toma en cuenta que el valor del dinero no es intrínseco en sí mismo, pues depende tanto de la cantidad de dinero circulante, como de la credibilidad y autoridad de aquel que emite el dinero. TOMÁS pro-

¹⁰ Véase un estudio más detenido en BIELER: *La pensée économique et sociale de Calvin*, Geneve, 1961, pág. 456.

hibe la especulación, pero hemos visto que permite el interés cuando se funda en títulos extrínsecos al préstamo¹¹. Termina, finalmente, su exposición CALVINO con un argumento de carácter sociológico, destacando que el interés no sólo es legítimo, sino indispensable para la vida económica¹².

CALVINO continúa formalmente apegado a la teoría del justiprecio pero ésta ha perdido su fundamento ontológico, ya que el único límite moral que se pone a la tasa de interés es el daño a tercero; ésta debería ser por tanto, la única limitación ontológica al precio injusto (aunque CALVINO no llega a tomar autoconciencia de ello). La teoría del justiprecio

¹¹ Los jesuitas son probablemente los primeros en admitir el derecho a percibir intereses del préstamo en los países católicos; el argumento fundamental es que no cambia la doctrina de la Iglesia, sino la naturaleza del dinero (cfr. ROBERTSON: *The rise of economic individualism*, Cambridge, 1935). Las nuevas doctrinas económicas estarían fundadas en el deseo de recuperar para el catolicismo las élites económicas (cfr. TREVOR-ROPER: *Religion, the reformation and social change*, Londres, 1967, pág. 35). La nueva doctrina de que el hombre puede servir a Dios como soldado, juez o negociante, y en todos los lugares está llamado a la gloria de Dios, es calificada por SOMBART (*Les juifs et la vie économique*, trad. francesa, París, 1923) como espíritu calvinista de los jesuitas. No está de más recordar aquí el impacto de los judeoconvertidos en el jesuitismo histórico. En la época de la contrarreforma la mayoría de las órdenes religiosas incorporan estatutos de limpieza de sangre para evitar el impacto de los judeoconvertidos. Por eso tienden a refugiarse en los jesuitas. La mayoría de los que rodearon a Ignacio fueron judeoconvertidos (LAÍNEZ, POLANCO, etc.); el jesuitismo catoliza en lo que puede la moral judeo-calvinista de acción en el mundo. Todas estas afirmaciones son luego contestadas por el jesuita BODRIK (*The economic moral of the jesuits*, Nueva York, 1934), aunque han quedado después como un lugar común en la doctrina.

Sobre las consecuencias económicas de la prohibición de intereses en el mundo católico, el economista SAYOUS (*Calvinism and capitalism*, pág. 227, citado por TREVOR-ROPER, cit., pág. 56) muestra que en España, donde el préstamo a interés estaba prohibido en el siglo XVI, las tasas de interés eran más altas que en la Ginebra calvinista debido fundamentalmente al mayor riesgo y clandestinidad. La polémica de la usura se convirtió en piedra de toque entre los autores católicos y protestantes. En los ambientes eclesiológicos se censuran los libros que tratan sobre la usura, y la última prohibición formal de la misma será la de BENEDICTO XIV (*De synodo Diocesana*), cuya primera edición aparece en 1748, y la segunda en 1755. En España, la ley 22, título I, libro X, de la *Novísima Recopilación*, tenía por usurario el préstamo con interés superior al 5 por 100. La Ley de 14 de marzo de 1856, abolió la tasa de interés y reconoció la validez del pacto de intereses siempre que fuera por escrito.

¹² En muchos puntos continúa, sin embargo, CALVINO apegado al pensamiento tradicional. Por ejemplo, en el comentario al Salmo 15 señala la ilegitimidad del interés cuando permite una remuneración sin esfuerzo, y en el comentario a Ezequiel 18 dice que aquellos que profesionalmente se dedican a prestar son malhechores.

precio se independiza en CALVINO de la prohibición de intereses; en adelante los juristas van a examinar la teoría de los intereses en un contexto sistemático ajeno e independiente a la teoría del justiprecio. No puede decirse que la exposición de CALVINO sea absolutamente coherente, pues parece emplear criterios distintos y soluciones distintas para resolver el mismo problema: así el interés se limita sólo como medida política, se admite todo enriquecimiento mientras no dañe a tercero, y se mantiene formalmente la teoría del justiprecio. Yo entiendo que las tres instituciones están ontológicamente ligadas y esta visión unitaria le falta a CALVINO; sin embargo, su importancia estriba en haber liberado al interés del dinero de la condena moral lo que deja la vía libre a la actividad financiera y a la creación de dinero fiduciario. Las últimas consecuencias de este nuevo planteamiento no se llegaron a formular hasta el liberalismo económico; sólo entonces se llega a formular una nueva relación coherente del interés del dinero, el justiprecio y el enriquecimiento injusto: el dogma de la santidad del contrato.

Hay otro aspecto del pensamiento de CALVINO que aunque no tiene relación directa con nuestro tema conviene subrayar aquí: la consideración que CALVINO hace de las riquezas. Ya no se consideran un mal en sí mismas, o como una virtud su renuncia, sino que abandonando la ética agustiniana y tomista se vuelve a la moral del Antiguo Testamento de considerar las riquezas como un signo de predilección divina. CALVINO destaca en diversas ocasiones que la riqueza está ligada habitualmente a virtudes como el ahorro, la honradez, la frugalidad, etc. Las riquezas, como la ciencia, son instrumentos que Dios coloca en la mano de sus elegidos para el cumplimiento de sus fines. No se trata como fue presentado por MAX WEBER, de relacionar predestinacionismo con capitalismo, sino de una vuelta a la moral del Antiguo Testamento. CALVINO, que, no lo olvidemos, tiene formación de jurista y no de teólogo, organiza un orden social reformado (la Iglesia) en base al principio de la sola Escritura y de una revelación única y consumada en la persona de Cristo, y coloca el mensaje del Antiguo Testamento al mismo nivel que el del Nuevo Testamento. CALVINO, sin formación teológica y lector de la Escritura, está particularmente influido por el Antiguo Testamento; en particular, la noción de predilección divina mostrada en las riquezas y sabiduría es propia del Antiguo Testamento, donde los patriarcas se presentan como hombres ricos, Dios bendice con riquezas a los que siguen su palabra y la entrega de la tierra prometida está fundada en la virtud de su pueblo (la donación será revocada por el pecado y el pueblo escogido entregado a la cautividad de Babilonia). El judaísmo ha tenido siempre una moral de redención colectiva del mundo dentro del mundo, y no la moral cristiana de pecado individual y salvación fuera del mundo.

E) *La incidencia histórica de las doctrinas de la reforma*

El problema central del calvinismo en la historia es la falta de una autoridad instituida, que conduce a que las doctrinas calvinistas carezcan de identidad dogmática. CALVINO gozó personalmente de autoridad pero a su muerte su Iglesia se disgrega en múltiples congregaciones. Éstas surgen cristalizadas alrededor de un predicador (por ejemplo, KNOX, BAXTER, FOX, PENN, WESLEY, etc.), que cuando tiene auténtica personalidad llega a fundar una auténtica Iglesia propia. Todas estas Iglesias, aunque entre ellas, y en busca de su identidad, se exasperen en discusiones sobre temas menores, tienen una inconfesada o confesada raíz calvinista. En general puede afirmarse que presbiterianos, congregacionalistas, puritanos, cuáqueros y metodistas, siendo en realidad desarrollos de un tronco calvinista, siguen las mismas doctrinas sobre la naturaleza y límites de los intereses¹³.

Todas las comunidades religiosas de carácter calvinista presentan una común tendencia a la secularización derivada de su inestabilidad en el dogma y en la disciplina. El ejemplo de las comunidades puritanas en los Estados Unidos puede ser paradigmático: los puritanos, perseguidos en Inglaterra, fueron a fundar en el otro lado del Atlántico el reino de Sión, la Jerusalem liberada, a instaurar el sueño calvinista del reino de Dios sobre la tierra¹⁴, pero su principio de la libre elección de los pastores hizo que pronto perdieran su cohesión dogmática y además se mostraron muy vulnerables a otras creencias¹⁵. El congregacionalismo puritano degeneró en múltiples Iglesias y congregaciones hasta acabar disueltos en la secularización. Ejemplos similares encontraríamos en otras comunidades de carácter calvinista.

Yo creo que la exposición calvinista sobre el interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto es la raíz del dogma liberal de la santidad del contrato. CALVINO explica autónoma e independientemente el interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto olvidándose su trabazón institucional. La teoría del justiprecio se desarraiga de su fundamento úl-

¹³ SAMUELSON: *Economía y religión*, trad. esp., Madrid, 1970, pág. 74.

¹⁴ Véase, BERCOVITCH: *The puritan origins of the american self*, New Haven Londres, 1975; SPINI: *Autobiografía de la giovane America*, Turín, 1968. Mientras América vive soñando en la liberación política del espíritu, en Rusia sólo se espera una liberación interior. Mientras el pueblo americano aún conserva el sentido de pueblo escogido de Dios propio de la tradición judía y calvinista, el pueblo ruso hereda la conciencia de pueblo maldito propio de la tradición bizantina y oriental.

¹⁵ SCHNEIDER: *The puritan mind*, Nueva York, 1931; BUSHMAN: *From puritan to yankee*, Cambridge, Mass., 1967.

timo en el enriquecimiento injusto; por otra parte, el criterio del daño a tercero, como único límite para el enriquecimiento, es por inseguro, aleatorio, y, sobre todo, particular, muy deficiente desde el punto de vista jurídico para poder elaborar una teoría general. La secularización supone el desarraigo del derecho de los principios morales. El nuevo principio del Derecho patrimonial secularizado es que el enriquecimiento es justo si se funda en un contrato válido, y se destierra del Derecho positivo la teoría del justiprecio. La prohibición del interés implicaba la prohibición de toda actividad especulativa, fundaba una teoría del justiprecio y calificaba de justo el enriquecimiento proveniente de la justa retribución del trabajo o de la cesión de la propiedad; estos principios servían a su vez de modelo jurídico para la organización de una sociedad corporativa. Por el contrario, la libertad de la tasa de interés conduce finalmente al abandono de la teoría del justiprecio y a la proclamación formal del dogma de la santidad del contrato. La confusión entre justicia y derecho conduce en el ámbito patrimonial a la identificación entre enriquecimiento justo y contrato. Pero a esta conclusión última y coherente sólo se llega en la codificación.

La hipótesis planteada es, en definitiva, que la teoría del justiprecio y la limitación de la tasa de interés están estrechamente ligadas a la teoría del enriquecimiento injusto. En el Derecho liberal, el dogma de la santidad del contrato está ligado al abandono de la teoría del justiprecio y a la libertad de fijación de la tasa de interés por el dinero prestado. La razón es que todo enriquecimiento que se funda en un contrato es justo. Se llega de nuevo en la codificación a una formulación coherente de la relación ontológica entre las tres instituciones jurídicas.

F) *La justicia de los enriquecimientos y la crisis del modelo patrimonial codificado*

Está claro que hoy en día el dogma liberal formulado en la codificación de que el enriquecimiento es justo si se funda en un contrato válido está en crisis. La exigencia de un precio justo renace a través de la teoría de la significación.

Asistimos a la crisis del dogma de la santidad del contrato y su sustitución por la teoría de la significación: los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son. La significación se funda en el carácter social y público del contrato: lo decisivo no es lo querido (propósito práctico, fin jurídico etc...) sino lo significado (el modelo social de conducta y de relación económica que presupone). El contrato no es una relación privada entre dos particulares, sino que es una relación social (función desvinculadora del Derecho civil, reparto social de las riquezas, protección de las cargas familiares, etc...) y pública (protección del crédito público y del sistema financiero, gestión de los tributos publi-

cos, etc...). El contrato es también un modelo social y público para la protección de acreedores y legitimarios, y de los propios contratantes. El precio justo, por ejemplo, es una medida de protección del crédito de terceros, califica el *eventum damnis* en la acción revocatoria, y protege al contratante débil frente a los grandes imperios económicos, «que como antaño los grandes feudales pretenden imponer sus leyes, sus tribunales y sus impuestos» (DE CASTRO). El modelo social de contrato y de conducta significativa es una protección del contratante individual y razón de ser de la propia sobrevivencia del Derecho civil.

Frente al principio de la autonomía de la voluntad y libertad contractual, el derecho aparece invadido por multitud de principios materiales y formales de orden moral y jurídico. Así, el nuevo derecho del enriquecimiento sin causa aparece en el contexto de esta profunda mutación interna del Derecho patrimonial. La mayor valoración del trabajo, el carácter central de la iniciativa económica, valoración del uso, etc. Derogación del régimen restrictivo de la subrogación real, restitución con criterios valoristas, ampliación de la medida restitutoria en los enriquecimientos obtenidos mediante acto ilícito. Tendencia a recoger pretensiones restitutorias fundadas en la equivalencia material de las prestaciones, beneficios excesivos, revisión de contratos de ejecución diferida, inflación económica, nuevos criterios de valoración de los factores de producción. En definitiva, en la crisis del modelo codificado de relaciones patrimoniales (la preponderancia de lo significado sobre lo querido o manifestado) se inserta el enriquecimiento sin causa como una institución llamada a hacer efectiva los nuevos criterios de justicia económica. Frente a la noción de contrato fundado en la voluntad o la declaración, se destaca la dificultad en determinar lo efectivamente querido, la protección del contratante más débil, la imposibilidad de prever los avatares posteriores, la necesidad de proteger a terceros (acreedores y legitimarios) y la necesidad de proteger los intereses de la República. La dificultad fundamental estriba en poder sistematizar y conceptualizar un derecho arcaico ligado a otro modelo social y de producción. El grave peligro de vulgarismo amenaza al derecho que sólo pretende fundarse en los grandes principios morales. A analizar los principios de sistematización y aplicación del enriquecimiento sin causa se dirigen los siguientes capítulos de este estudio.

La teoría de la causa se formula en el Derecho liberal codificado como un contrapeso al dogma de la autonomía de la voluntad y santidad del contrato. El carácter «esencial» de la causa es la reelaboración de lo antes existente con otro nombre (la justicia del precio se transforma en la función identificadora de la reciprocidad). La teoría del enriquecimiento sin causa parece desarrollarse en un segundo mo-

mento, en el contexto histórico de la crisis de la reciprocidad formal de las prestaciones.

SEGUNDA PARTE

LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL DERECHO MODERNO

CAPÍTULO III

EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y LA TEORÍA DE LA *CONDICTIO*

A) *La diversidad de las condiciones*

¿Existe una única acción de enriquecimiento sin causa —de carácter genérico— o al hablar del enriquecimiento sin causa nos referimos a realidades diversas? Sistema e historicidad del enriquecimiento sin causa se busca estudiándolo como la continuación moderna de la antigua dogmática del Derecho común sobre las *condictiones*.

En Derecho, normalmente, la estructuración de una categoría se justifica por la existencia de una característica común a diversas figuras que, en función de esa cualidad, tienen un régimen jurídico unitario. El enriquecimiento sin causa, se justifica como categoría genérica en la medida en que los diversos supuestos que agregamos tengan una característica común y, a la vez, en función de ello, les sea aplicable un régimen unitario. La problemática es especialmente difícil en esta sede, por cuanto, tradicionalmente, al hablar del enriquecimiento sin causa confunden realidades diversas. La *condictio* en el Derecho común había perdido su sentido unitario y se había dispersado en el ordenamiento. En este capítulo vamos a tratar la relación de la teoría del enriquecimiento sin causa con la dogmática de la *condictio*.

En el Derecho romano clásico existe una única *condictio*, que no puede distinguirse por sus causas, que enmarca su funcionalidad en torno a los actos abstractos de adquisición de la propiedad y a lo que hemos venido llamando atribuciones impropias. La obligación de restituir sancionada por la *condictio*, nace de la retención sin causa de un bien o ventaja cuando ha existido una previa *Datio*, (acto material de adquisición de la propiedad) o unos negocios jurídicos solemnes (la *stipulatio* principalmente); pero al no indicar en su fórmula la causa de pedir, la *condictio* necesariamente tiene que ser una, siendo imposible el delimitarla o diferenciarla por sus causas. El demandante debe probar la existencia de una deuda —*debitum certum*—, pero esta causa de pedir (la clase de *Datio* de que se trate, o la *stipulatio*) no viene determinada en la fór-

mula; la prueba debe hacerse ante el juez, por lo que esta misma abstracción de la fórmula impide una clasificación de las *condictiones* por sus causas. Como consecuencia de la clasificación Gaiana, y como consecuencia de la alteración del sistema de acciones típicas del Derecho romano clásico, en el Derecho postclásico se van a distinguir, dentro de la antigua acción, diversas acciones diferenciadas por sus causas; y de una acción unitaria —en función de la abstracción de la fórmula— se pasa en la época justineana a la clasificación de un conjunto de *condictiones* por sus causas.

Así, el Digesto distingue las siguientes *condictiones*: D 12, 1: *De rebus creditis, si certum petitur, et de conditione* (se recoge esencialmente la *Mutui Datio*, pero ya no con aquel concepto técnico de *Datio*, al que antes nos hemos referido, sino como figura contractual; es decir, contrato de préstamo).

D 12, 4: *De conditione causa data causa non secuta.*

D 12, 5: *De conditione ob turpen vel iniustam causam.*

D 12, 6: *De conditione indebiti.*

D 12, 7: *De conditione sine causa.*

D 12, 1: *De conditione furtiva.*

D 13, 3: *De conditiones triticiaria* (como explica D'ORS¹, es posible que en el edicto del pretor se pusiere como ejemplo una fórmula referida a una cantidad de trigo (*triticum*) y de aquí proceda la *condictio triticiaria* de las fuentes justineanas).

Como es obvio, estas *condictiones* que recogía el Digesto, no han pasado nominalmente a nuestro Código, sin embargo, los autores ponen de manifiesto que estas *condictiones*, a través de la tradición de las Partidas, y de su recepción del Derecho francés, se recogen en el articulado del Código civil. NÚÑEZ LAGOS², por ejemplo, distingue esencialmente las siguientes *condictiones*.

— *Condictio indebiti*

— *Condictio ob causam datorum o causa data causa non secuta.*

— *Condictio ob turpen vel iniustam causam.*

— *Condictio sine causa, vel causam finitam.*

Por su parte PÉREZ y ALGUER³ siguiendo a ENNECCERUS, aceptan

¹ D'ORS *Derecho privado romano*, Pamplona 1968, pág. 366.

² *Enriquecimiento sin causa*, en «Código civil de SCAEVOLA», XXX, 2, pág. 728 y sigs.

³ Notas a ENNECCERUS KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho civil*, tomo II, vol. II, 2.ª edición, Barcelona 1944, pág. 369; estudiando posteriormente los casos especiales:

en principio estas *condictiones*, si bien se refieren también a la *condictio por disposición sin derecho*. (Indudablemente se podía hablar también de la admisión jurisprudencial de la *condictio ex causa furtiva*.)

Últimamente DÍEZ PICAZO tratando de sistematizar de forma más científica las diversas *condictiones* y fundándose en las construcciones de la doctrina alemana, las clasifica en tres grandes categorías: *condictio por prestación indebida*, *condictio por intromisión* y *condictio por inversión o desembolso*.

A mi juicio, éste es uno de los problemas más difíciles que se plantean en el tema que nos ocupa; ¿existe una única acción? ¿o son varias acciones diversas? Para su solución debemos preguntarnos si a esta diversidad de supuestos —y algunos otros atípicos— les es predicable alguna característica común que permite su agrupación, y qué consecuencias jurídicas se derivan de ello. También, lógicamente, deberemos preguntarnos si efectivamente merece la pena reunir supuestos dispersos aunque sólo sea a efectos sistemáticos.

A mi juicio, la acción de enriquecimiento es una acción unitaria de carácter restitutorio —equilibrador— de una ventaja adquirida sin causa; no porque en nuestro Derecho exista un sistema abstracto de adquisiciones de la propiedad, sino porque por la propia naturaleza del bien adquirido ya no es recuperable en sí mismo, sólo lo es su valoración o, más propiamente, el incremento que produce en el patrimonio del enriquecido. Esta característica permite la agrupación de supuestos distintos.

Lógicamente, a esta conclusión no se puede llegar desde otras perspectivas. Aquellos autores que conciben el enriquecimiento sin causa como un principio general de derecho, subsidiario en función de la propia subsidiariedad de la fuente que lo fundamenta, no pueden agrupar junto a los supuestos atípicos de ejercicio de la acción los supuestos recogidos en normas positivas, a lo sumo señalan la identidad de su fundamento; HERNÁNDEZ GIL⁴, por ejemplo, al hablar de la subsidiariedad, distingue los supuestos recogidos en normas positivas —en los que difícilmente la restitución puede considerarse subsidiaria— de aquellos otros no recogidos en normas positivas, en los que la subsidiariedad de su ejercicio se deriva de la subsidiariedad de su fuente. La consideración de una acción unitaria exige, por el contrario, la caracterización causal de la misma, en el sentido que antes señalábamos.

condictio indebiti (pág. 598), *condictio ob causam datorum* (pág. 598), *condictio por disposición sin derecho* (pág. 601), *condictio por recepción reprochable* (pág. 606).

⁴ *Derecho de obligaciones*, tomo I, Madrid 1960, pág. 262.

Con todo, los autores, al tratar del enriquecimiento sin causa, junto al fundamento genérico del mismo en el principio general del Derecho que prohíbe los enriquecimientos torticeros, han buscado un fundamento más cercano que permita su consideración unitaria más allá de la vaguedad que representa una regla moral; y si bien brevemente, por cuanto las ideas principales están desarrolladas en el capítulo primero, vamos a exponer aquí las principales tesis aducidas al respecto.

B) *La condictio como acción unitaria en su fundamento jurídico*

Cuando hablábamos de la diversidad de tratamientos del enriquecimiento en el capítulo primero, hicimos ya referencia tanto a su fundamento en la equidad, o en el principio general de Derecho que prohíbe los enriquecimientos torticeros, como a su fundamento en la doctrina y teoría de los cuasicontratos. Estas posturas, normalmente, no relacionan la acción o la institución (el enriquecimiento injusto) con la teoría de las *condiciones*, y, en realidad, dicha relación es comprometida ¿cómo relacionar un vago principio general o unos cuasicontratos inominados, con supuestos específicos de restitución recogidos en normas positivas? La difuminación de supuestos impide cualquier intento de estudio unitario de un régimen jurídico aplicable a la acción.

Junto con estas doctrinas sobre el fundamento jurídico, merecen destacarse aquella que concibe la acción como recuperadora de los provechos creados, y la que la concibe como fundamentada en el acto ilícito.

Resulta muy interesante, por las discusiones a que ha dado lugar, y por la indudable atracción que ejerce, la tesis defendida por RIPERT ET TEISSEIRE³ en fecha tan temprana como 1904, si bien ha sido abandonada por el propio RIPERT⁴. Para RIPERT ET TEISSEIRE, de la misma manera que quien crea un riesgo debe soportarlo (v. gr. el empresario organizador de una industria debe responder de los daños que causa, es el riesgo profesional; y esta noción de riesgo es más conforme con la equidad y utilidad social que la vieja noción de falta, al suprimir las investigaciones subjetivas sobre el estado anímico del autor del acto); *quien ha creado un provecho debe beneficiarse de él*. Si existe una teoría del riesgo creado, debe existir una teoría del provecho creado. Esto le lleva a unas

consecuencias que chocan por su actualidad y que, de alguna manera, si bien matizadas, han resucitado en la moderna doctrina italiana. Esta tesis es de fácil crítica: en realidad los provechos no son para quien los crea sino para el que toma la iniciativa de su obtención. Así, quien emplea capital ajeno no viene obligado a restituir los provechos obtenidos con este capital sino únicamente a restituir el capital; en idéntico sentido, quien emplea trabajo ajeno no viene obligado a restituir al trabajador el provecho que éste ha producido, sino únicamente el salario pactado o en su defecto el ahorro de gastos, es decir, la cantidad que hubiese debido pagar si hubiese mediado consentimiento. Éste, ni más ni menos, es el eje de toda construcción del enriquecimiento injusto; las *plusvalías* que produce el uso, consumo, enajenación o empleo de cosa ajena, pertenecen al que efectivamente la ha empleado debiendo restituir únicamente en función de lo que el ordenamiento lo considere enriquecido, tema que abordaremos después. La acción de enriquecimiento injusto respeta las plusvalías y parece que los provechos no son para el que los crea sino para el que tome la iniciativa de su obtención.

La teoría del enriquecimiento sin causa se ha ligado también a la teoría del hecho ilícito (PLANIOL), en el sentido de que sería ilícito retener lo que se recibe sin causa; y así, el enriquecimiento sin causa se liga a la teoría del patrimonio y supone una forma de responsabilidad civil⁵. Similar a esta doctrina es la de KRAEMER RAINE, que busca el fundamento del enriquecimiento sin causa en el abuso de derecho que —en su opinión— puede ser alegado en todos aquellos casos en que existe un enriquecimiento sin causa⁶.

Ya hemos señalado como, a nuestro parecer, la acción de enriquecimiento sin causa constituye en nuestro Derecho, en función de su fundamento jurídico, una acción unitaria de carácter genérico que se deriva de la propia mecánica del ordenamiento jurídico en la atribución de bienes (que éste es el carácter que tiene el concepto de causa de una adquisición patrimonial). Quien adquiere un bien o disfruta una ventaja que no le era atribuida, debe *restituirla* a quien legítimamente le correspondía⁷. Si una persona pierde una ventaja que legítimamente le correspondía, y correlativamente ésta ha pasado a otra, la propia mecánica del ordenamiento impone su *restitución*. Esta restitución admite dos formas: la primera, es la restitución del bien o ventaja adquirida *in natura*, es de-

³ «Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause», *Revue trimestrielle de Droit civil* 1904, págs. 727 y 55.

⁴ Esta tesis no ha dejado de tener su influencia, GAUDEMET, *Théorie générale des obligations* (reimpresión de la edición de 1937), 1965, (S. L.), pág. 292, se suma a la opinión de RIPERT ET TEISSEIRE y lamenta que RIPERT la haya abandonado.

⁷ No consultado directamente cfr. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, París 1949, págs. 251 y 55.

⁸ *Travaux de l'Association Henry Capitant*, vol. VI, 1948, pág. 100.

⁹ Es lo que se conoce como teoría de la atribución; más en detalle: DIEZ PICAZO, págs. 116 y sigs.

cir en su propia esencia e individualidad; pero si esto no es posible, se impone una restitución en valor, en dinero, de la ventaja recibida.

Ésta es la verdadera naturaleza de la acción de enriquecimiento sin causa; la restitución de un valor —por ello la acción adquiere carácter personal— cuando no existe causa para retenerlo y no es recuperable en su esencia e individualidad. A partir de aquí, el problema es determinar cuando hay enriquecimiento, y cual es la medida de la restitución.

C) *Diversos intentos de unificar la teoría de las condictiones*

Como ha estudiado Díez Pícazo en el Derecho alemán¹⁰, el enriquecimiento sin causa como institución autónoma se origina buscando una unidad a la teoría de las *condictiones* (corriente que tiene su origen en la glosa, se desarrolla por el Derecho natural racionalista, y culmina en la pandectística). Idénticas observaciones pueden hacerse para los Derechos italiano y francés como exponíamos en detalle en el capítulo I de este libro. El afán de unidad de la teoría de las *condictiones*, buscando un principio uniforme rector a la aparente diversidad e incoherencia legislativa, ha tentado siempre a la doctrina; es la pretensión que late en los estudios de Núñez Lagos al incluir toda la teoría de las *condictiones* en el cuasicontrato del cobro de lo indebido, o en Riccobono, al tratar el enriquecimiento sin causa como una subespecie de la *negotiorum gestio*. Sin embargo, como Díez Pícazo subraya¹¹, es dudoso que estas ampliaciones estuviesen en la mente del legislador o sea el camino más conveniente para desarrollar la teoría del enriquecimiento sin causa. Yo creo que la teoría de las *condictiones* difícilmente tiene unidad en sí misma; los diversos supuestos ya en el propio Derecho romano se originan en momentos históricos distintos, en situaciones diversas y para fines contrarios. Por ejemplo, podemos decir que el régimen de la posesión y la accesión protegen al propietario agrícola, en un régimen jurisdiccional de la propiedad de la tierra (señorío del propietario agrícola), mientras que el régimen de la especificación y la gestión oficiosa surgen en un ámbito de gestión y prácticas comerciales, y todos estos criterios restitutorios se analizan con una cierta repugnancia por el intérprete moderno, que educado en esquemas personalistas busca proteger preferentemente la iniciativa y el trabajo, y la actividad económica y mercantil. La razón más profunda del esfuerzo doctrinal a la unificación de

¹⁰ *Op. cit.*, págs. 74 y sigs.

¹¹ *Ibidem* pág. 109. Véase también la crítica de Carrasco Perera (*Op. cit.*, págs. 1064 y sigs.).

las diversas *condictiones* era la búsqueda de un uniforme régimen restitutorio del enriquecimiento recibido, pero la observación del texto codificado muestra que ésta no fue la óptica del legislador, y que la multiplicidad variopinta de medidas restitutorias no responden a ningún criterio coherente. ¿Acaso no se pueden unificar las diversas *condictiones*? Yo he dedicado muchos esfuerzos a intentar sistematizar esta dogmática, y como el propio Díez Pícazo justamente señala, la sistematización seguida por Núñez Lagos y Lacruz Berdejo, que yo seguí sin mucha convicción en la edición primera, es sumamente insatisfactoria, y el artículo 1901 no permite fundar una teoría general del enriquecimiento sin causa. Sin embargo el esfuerzo sistematizador no ha sido vano: aunque no ha permitido conseguir el objetivo final, sí ha mostrado un gran número de contradicciones internas en el texto codificado (cuando el mismo se examina desde la perspectiva de la medida restitutoria), lo que sirve de instrumento útil de contraste del Derecho positivo. Por ello creo que no debe olvidarse una referencia a la sistematización histórica de la teoría de las *condictiones*, pues su estudio tiene una gran riqueza renovadora del Derecho positivo, y muestra las vacilaciones legislativas a la hora de fijar la medida de la restitución. Claro que la teoría de las *condictiones* no parece dar sólo por sí misma una coherente explicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa.

Junto al interés de buscar una unidad de régimen restitutorio, la unidad de las *condictiones* busca también un fundamento legal positivo a la teoría general del enriquecimiento sin causa (es el esfuerzo que late en los intentos de Núñez Lagos y Lacruz Berdejo de fundar el enriquecimiento sin causa en el art. 1901 del CC). Al criticar justamente Díez Pícazo la interpretación absolutizadora del art. 1901 CC, sistematiza la teoría de las *condictiones* en tres grandes categorías: la *condictio por prestación*, que en función del art. 1901 se podría considerar, aunque dudosamente, una subespecie de la *condictio indebiti*; la *condictio por intromisión* (uso y disposición de cosa ajena, que se funda en la ordenación general de los bienes: teoría de la atribución); y la *condictio por inversión o desembolso*, categoría residual surgida por la dificultad que existe para establecer una nítida diferencia entre la *condictio por prestación* y la *condictio por intromisión* (se refiere al pago de deuda ajena, *condictio de regreso*, a la realización de gastos en cosa ajena, *condictio por impensas*). Esta sistematización de las diversas *condictiones* se convierte en el hilo conductor de la reconstrucción que propone el profesor Díez Pícazo, y tiene el mérito de unificar la teoría de las *condictiones* y el enriquecimiento sin causa. Yo sin embargo creo que sigue siendo útil exponer la teoría de las *condictiones* con su nombre y tradición histórica, aunque desde luego reconociendo la escasa utilidad de dicha sistematización, que no resuelve el tema del fundamento positivo de la acción ni de la medida restitutoria, y

a lo sumo sólo sirve para subrayar las contradicciones internas del sistema codificado.

Quizá el intento de la doctrina alemana de explicar las *condictiones* después de haber explicado el enriquecimiento sin causa, es una mera tautología o repetición inecesaria, pretender historicidad cuando se ha destruido el edificio antiguo y construido otro nuevo y las *condictiones* sólo tienen sustantividad en función de la conservación de su propio nombre histórico.

D) *Ensayo de sistematización de las diversas condictiones*

Las diversas *condictiones* se caracterizan por ser acciones restitutorias de un valor patrimonial que se adquirió sin ánimo de liberalidad ni una contraprestación válida. No se contempla la adquisición desde el punto de vista del *tradens* —no se refiere exclusivamente al acto de entregar— sino desde el *accipiens*; que incluye también toda afectiva apropiación por una persona (*accipiens*) de un valor que pertenecía a otra (*tradens*); y así, el concepto de entrega se asimila a grandes rasgos al originario concepto de *Datio* que examinamos anteriormente. En todos los supuestos, observamos también que esta restitución efectiva de un valor se deriva de la imposibilidad o del abandono de la acción para recuperar la cosa en su individualidad.

Encontramos primero una genérica *condictio sine causa* (se ha producido la entrega de una cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada artículo 1901 del CC), esta entrega puede deberse:

1.—Error en el pago (art. 1895 CC). *Condictio indebiti*.

2.—La entrega se ha producido por un acto voluntario del *tradens* (del que perdió la cosa), pero sin ánimo de liberalidad, o sin un previo acuerdo válido (sin contraprestación) —nunca se debió—. Así v. gr. entrega de un dinero al tiempo que se ofrece la compra de una mercadería por entender que la oferta de contrato será aceptada, etc...

3.—Similar a la acción anteriormente descrita, es la *condictio ob turpem vel injustam causam*. La entrega en estos supuestos se produce en virtud de un negocio lícito para el *tradens* pero ilícito para el *accipiens*; en este caso, el ordenamiento jurídico considera que nunca se debió y, por lo tanto, permite la recuperación de lo entregado. La *condictio*, de acuerdo con lo dicho anteriormente, sólo actúa cuando no se puede recuperar la cosa en sí misma, en su individualidad (v. gr. se ha consumido, enajenado a un tercero que resulta protegido, en una cosa no identificable, etc...).

Junto a estas tres *condictiones*, que podrían quedar agrupadas dentro

del régimen de la *condictio sine causa* (art. 1901), observamos que quedan excluidas.

1.—*Condictio ob causam finitam*, se dio en virtud de una causa que luego deviene ineficaz para justificar la retención de lo dado (por anulación, rescisión etc...), o por virtud de una causa que luego se extingue (restitución de las donaciones *propter nuptias* si no se celebra el matrimonio, etc...) ¹².

1.—*Condictio ob causam datorum o causa data causa non secuta*, cuando se dio sometiendo la *Datio* a una carga, modo o condición que luego se incumplen, o en virtud del juego de la reciprocidad de los contratos (art. 1124) cuando uno de los contratantes incumple su prestación correspondiente.

¿Por qué estos dos supuestos quedan excluidos?, evidentemente porque no se trata de la entrega de lo que nunca se debió o de lo que ya estaba pagado, sino que se trata de una entrega (*Datio*) jurídicamente válida, pero que por una circunstancia externa al *debitum* deja de justificar la retención. No existe causa para retener, pero esta inexistencia no es originaria —supuesto que plantea el art. 1901— sino sobrevinida. Evidentemente, la propia norma que impone la restitución —o la ineficacia de la retención— impone también unos criterios restitutorios específicos, tendentes, en principio, a situar al que tiene el derecho a recuperar su prestación en la misma situación que tendría de no haberse efectuado la entrega (principio de la retroactividad real).

También es dudoso que puedan quedar incluidos dentro del régimen de la genérica *condictio sine causa*, por tener un fundamento propio y un propio régimen restitutorio, los siguientes supuestos:

1.—*Condictio* por desembolsos en inmuebles: expensas y mejoras (art. 453 y 454 del CC); construcción en suelo ajeno (art. 361 CC), etc. En estos supuestos observamos que el *tradens* enriqueció al *accipiens*, pero ya no puede recuperar la cosa en sí misma, ha quedado incorporada al patrimonio ajeno, por tanto, sólo puede recuperar un valor concreto, equilibrador, determinado por el Código. En estas entregas no había un acuerdo válido previo y tampoco el *tradens* quería enriquecer al *accipiens* (ánimo de liberalidad). El régimen del Código está presidido por el principio de protección del propietario agrícola.

¹² Como dice CARRASCO PERERA, aplicar el art. 1897 CC en materia de contratos nulos o resueltos, supondría una profunda alteración de la idea de sinalagma contractual (*Op. cit.*, pág. 1120).

2.—La entrega se produce por un *bocho jurídico* pero sin voluntad del *tradens* —nunca se debió—. No existe ni ánimo de liberalidad ni contraprestación, sin embargo, como la cosa ya no es recuperable en sí misma, el *accipiens* sólo debe indemnizar su valor, así, por ejemplo, art. 365, etc.

3.—La entrega se produce en virtud de una actividad del *accipiens*, que se apropia de una cosa ajena, pero sin voluntad del *tradens*, sin contraprestación y sin ánimo de liberalidad, si la actividad del *accipiens* no puede considerarse ilícita, el equilibrio se restituye a través de una restitución patrimonial. Así v. gr., art. 383 empleo de material ajeno para formar una obra de nueva especie, etc... Dentro de esta categoría puede sin duda incluirse también la llamada modernamente *condictio* por disposición sin derecho. En estos supuestos el enriquecimiento en la contraprestación se produce en virtud de la válida enajenación de la cosa por el no propietario a un tercero de buena fe que resulta protegido (v. gr. art. 464 del CC art. 34 de la LH, art. 1778 del CC etc...).

4.—La entrega se produce en virtud de la ilícita apropiación del *accipiens* (*condictio ex causa furtiva*). En la medida en que la cosa no se puede recuperar en sí misma, es indudable que existe un deber de restituir su valor, en estos supuestos, existe una medida agravada de responsabilidad. La acción recuperatoria se confunde muchas veces con la eventual acción penal (art. 101 del CP), pero es indudable que puede proponerse con independencia de ésta, e incluso con independencia de la eventual acción de responsabilidad extracontractual (art. 1902 del CC). El interesante tema que se plantea en estos supuestos, es cuando el provecho que produce en el *accipiens* la apropiación ilícita es superior al daño que produce al *tradens* dicha apropiación, como el daño es la medida de la responsabilidad derivada de culpa, puede interesar al *tradens* la recuperación de los provechos —en la medida en que luego estudiaremos— con independencia del daño que se le haya producido. (Cfr. después el tema de los enriquecimientos obtenidos mediante acto ilícito.)

En definitiva el nombre de *condictio sine causa* es el encabezamiento de un breve título del Digesto (D. 12, 7), su campo no está claramente acotado, y se comprenden allí como modalidades la *condictio indebiti* y la *condictio ob causam datorum*. Este término de *condictio sine causa* se amplía en el Derecho común, aunque siempre sin llegar a definir un criterio preciso de delimitación (a la misma se refieren las leyes 50 y 51, título 14, Partida 5)¹³. Por esta indeterminación histórica es sumamente difícil el

¹³ Cfr. SANTOS BRIZ, en «comentarios al Código civil y compilaciones forales dirigidos por M. ALBALADEJO», tomo XXIV, Madrid 1984, pág. 14.

estudio del enriquecimiento sin causa desde la perspectiva de las *condictiones*, y presenta el riesgo de excesivo conceptualismo. El enriquecimiento sin causa es una figura nueva, que tiene una vocación profunda de renovación del régimen histórico del derecho de la restitución. Como vamos a ver a continuación, las sutiles distinciones sobre el alcance de la acción *ex art.* 1901 CC, son excesivamente conceptualistas y no han sido recogidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (Aunque, en ocasiones, se cita *obiter dicta* el art. 1901 para fundar una restitución por enriquecimiento injusto, como en la S. del TS de 25 de ene. de 1984.) Yo creo, en definitiva, que la teoría del enriquecimiento sin causa no se puede traducir en sistema a través de la antigua dogmática de las *condictiones* y que ni siquiera hay un vínculo de continuidad histórica entre las antiguas *condictiones* y la teoría del enriquecimiento sin causa.

E) *Discusiones sobre el art. 1901 CC como fundamento de una genérica «sine causa» de ámbito similar a la acción de enriquecimiento sin causa*

En Las Partidas, la doctrina de los pagos sin causa se recoge en sede de *condictiones* sin relación ninguna con el genérico principio «nadie debe enriquecerse torticeramente en daño de otro». Sin duda, como vamos a estudiar después detenidamente, en la codificación a través de la presunción de error en el pago, se amplía la teoría del pago de lo indebido, dando cabida a una acción restitutoria de todo lo pagado indebidamente aunque no hubiese error. ¿Cuándo hay un pago indebido?, evidentemente cuando no hay causa para retener. La *condictio indebiti*, de naturaleza personal, recupera provechos —no bienes en sí mismo— de donde se deduce la complementariedad a las acciones reales recuperadoras si ha existido una adquisición impropia o cuando se ha abandonado la acción real. Esta característica propia de la *condictio indebiti*, es también referible a la *condictio sine causa* (que resulta de la ampliación de los supuestos de ejercicio de la primera por virtud de la presunción de error).

Para un sector importante de la doctrina, nuestro Código civil lejos de desconocer la funcionalidad de la acción de enriquecimiento injusto —que en realidad se reconduce a una aplicación de la doctrina de la causa— recoge un importante número de supuestos de aplicación de la acción a través de la doctrina de los pagos sin causa. Lo que en Las Partidas estaba disperso alrededor de la teoría de las *condictiones*, se reconduce en el Código civil a los pagos sin causa, que, posteriormente que-

dan absorbidos por una teoría más general (el enriquecimiento sin causa)¹⁴.

En el importante discurso de ingreso en la Real Academia española de jurisprudencia del profesor DÍEZ PICAZO, se pone el acento en la crítica a la corriente doctrinal que pretende fundar la teoría del enriquecimiento sin causa en el art. 1901 del CC. A su juicio, el error o falta de

¹⁴ Para NÚÑEZ LAGOS («Pago de lo indebido sin error», *RGLJ* febrero 1946 págs. 140 y sigs.), procede la *condictio* por los siguientes motivos: I. *Expresas en el texto legal*: 1.º cuando se entregó cosa que nunca se debió (art. 1901 *traditio* sin previa obligación de *condictio sine causa*); 2.º o que ya estaba pagado (art. 1901 —Duplicidad de *solutio*— *condictio ob causam finitam*); 3.º cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar y que por error ha sido indebidamente entregada (art. 1895, *condictio indebiti*). II. *Implicitos en el texto legal* (aplicación analógica sin presunción de error); 4.º entrega con causa ilícita (*condictio ob turpem causam*); 5.º entrega de una cosa en virtud de una obligación de dar previamente extinguida por un medio distinto del pago (*condictio ob causam finitam*); 6.º entrega de cosa con expresión del objeto, aplicación o fin que haya de destinarlos el *accipiens* o con imposición de obligaciones o cargas, si estos se incumplen (*condictio ob causam datorum o causa data non recuta*).

Sin embargo, NÚÑEZ LAGOS no nos da a entender la existencia de un régimen jurídico unitario para la *condictio*. Opina, que la *condictio sine causa*, era, en el Derecho intermedio, una acción general contra el enriquecimiento injusto, la incorporación de los arts. 1900 y 1901 en el Código civil —que no existían en el proyecto de GARCÍA GOYENA— se debió a que se quiso incorporar, por medio de una presunción de error, la doctrina del derecho intermedio, y en particular de Las Partidas, sobre las pagas indebidamente (véase, *Cobro de lo indebido*, «Código civil de SCAEVOLA» XXX, II pág. 342).

ROCA SASTRE (*el enriquecimiento sin causa ... cit.*, pág. 503), adopta una postura polémica frente a NÚÑEZ LAGOS. Presupone ROCA SASTRE que «en el art. 1901, no reconocemos la *condictio sine causa generalis*, porque si se destruye la presunción de error es en base de reconocer la existencia de una justa causa que exime la restitución»... «de la presunción de error en el pago, en la forma que establece el Código civil, sólo podrá salir el cobrador mediante la prueba de que existe una justa causa, sea la liberalidad del pagador, sea otra cualquiera».

LACRUZ BERDEJO opina, por su parte, que «del art. 1901 del Código civil se deduce que cualquier prestación hecha sin causa alguna que la justifique, es decir, absolutamente indevida, puede ser reclamada por quien la realizó, por cuanto lo prestado sólo puede conservarse por el *accipiens*, mediante liberalidad u otra justa causa. Hay base en tal precepto pues, para construir una *condictio sine causa generalis*; una acción genérica de enriquecimiento de ámbito y eficacia distintos a la típica *condictio indebiti*, y en la cual —contrariamente a ésta— ni el error es presupuesto de la acción, ni para enervarla se preocupa el art. 1901 del *indebitum* ni del error» («notas sobre el enriquecimiento sin causa»), *RCDI*, 1969, págs. 569 y sigs.

SANCHO REBULLIDA, opina, del mismo modo, que el art. 1901 guarda un cierto paralelismo con el art. 1274 «La presunción de que hubo error en el pago cuando se entregó una cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada, significaba: que tal prestación carecía de causa onerosa por cuanto no existe contraprestación o contra-

error amplía o restringe la *condictio indebiti*, pero no la modifica, porque lo fundamental es que la situación arranque de actos llevados a cabo con función solutoria o *solvendí causa*¹⁵. Admite el profesor DÍEZ PICAZO, aunque se trata más de una amable concesión que de una auténtica convalidación —«con algún esfuerzo»—, que el art. 1901 CC pueda llegar a encuadrar dentro del pago de lo indebido los casos de *condictio* de prestación más allá de la estricta *condictio indebiti* (prestaciones realizadas *credendi causa*, en vista de un contrato que se espera concertar, o de una prestación que se espera recibir); el fundamento de esta ampliación —según DÍEZ PICAZO— es que ni en la rúbrica, ni en todo el primer art. 1895 CC, se habla de pago de lo indebido, sino de recibir y cobrar lo indebidamente entregado; pero esta «esforzada» ampliación de la *condictio indebiti* nunca puede alcanzar —según DÍEZ PICAZO— los supuestos de enriquecimiento por apropiación del enriquecido, utilización o disfrute de bienes ajenos (*condictio* por intromisión), pago de deuda ajena, y realización de expensas en un bien ajeno (*condictio por inversión o desembolso*). También DE LA CÁMARA, en el discurso de contestación insiste sobre la misma idea, afirma que las discusiones sobre el art. 1901 son «sutilezas sin gran fundamento», y no se puede prescindir —según DE LA CÁMARA— de una circunstancia fundamental «una cosa es la presunción de error y otra cosa que la acción dirigida a corregir los enriquecimientos sin causa tenga como necesario presupuesto el error». Llama en cierta medida la atención que el profesor DÍEZ PICAZO, que en la primera parte de su estudio examina en detalle el origen del parágrafo 812 del B. G. B. en la ampliación de la teoría histórica de las *condictiones*, se oponga luego radicalmente a un intento similar que, siguiendo muy de cerca la doctrina alemana, realiza NÚÑEZ LAGOS. NÚÑEZ LAGOS sin duda pretendía fundar positivamente una acción de enriquecimiento sin causa, en un artículo concreto del Código civil, eludiendo la vaguedad de que entonces adolecía la acción (enriquecimiento llamado *torticero*), subrayando el carácter causal de las transmisiones pa-

promesa (nunca se debió), o que, si existió la correspectiva ya se había cumplido (o que ya estaba pagado); ahora bien, no habiendo causa onerosa de la prestación el art. 1901, conforme el art. 1274, prevé que haya causa gratuita, por lo cual concede al *accipiens* la posibilidad de probarlo (puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad; y todavía el art. 1901 prevé la hipótesis de que no habiendo causa ni onerosa ni gratuita, existe causa, y de consiguiente *soluti retentio*, bien por existir un previo deber moral atípico (obligaciones naturales), o bien por existir un deber social legalmente tipificado (deudas de juego, art. 1789 etc...), casos en que igualmente se concede al *accipiens* que puede probar esta causa (no otro puede ser después de lo anterior el sentido de la expresión legal "o por otra justa causa")».

¹⁵ *Op. cit.*, pág. 108.

trimoniales y el deber de restituir lo recibido sin causa; aunque, desde luego, DÍEZ PICAZO y DE LA CÁMARA subrayan que la ampliación se consigue a través de una desmesurada interpretación de los textos legales, sin auténtico sentido histórico, y desnaturalizando la teoría de la *condictio indebiti*. Yo creo que en este tema hay que distinguir dos cuestiones, en primer lugar que en el art. 1901 se recoge en cierta medida la dispersa doctrina de Las Partidas de los pagos sin causa, que amplían la funcionalidad de la *condictio indebiti* hasta una genérica *condictio sine causa*, pues el error deja de tener trascendencia en el pago de lo indebido (afirmación que me parece probablemente cierta), pero, en segundo lugar, como subraya acertadamente DÍEZ PICAZO, es sumamente comprometido intentar transformar esa *condictio sine causa* en la genérica acción de enriquecimiento sin causa admitida por doctrina y jurisprudencia, pues por mucho que se intente ampliar la presunción de error en el pago no se alcanza para abarcar la riqueza de matices y diversidad de supuestos que el enriquecimiento sin causa presenta en el Derecho moderno. Un último argumento, que muestra la vanidad de las discusiones sobre el art. 1901 CC, es que apenas ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En la primera edición de este libro, la razón fundamental que me movió a aceptar la existencia de una indiscriminada *condictio sine causa generalis*, fundada en el art. 1901 CC, fue la de intentar concretar un régimen jurídico unitario de restitución para la acción de enriquecimiento sin causa¹⁶, pero ahora me parece intuir claramente que este régimen unitario no existe, porque justamente el enriquecimiento sin causa supone una dogmática jurídica que elude los estrechos módulos restitutorios del Derecho codificado, y para identificar nuevos supuestos de «enriquecimiento» que no cabían en la mentalidad codificadora. Por ello creo que ambos problemas se pueden contemplar separadamente: vamos a examinar ahora la ampliación del régimen de la *condictio indebiti* en la codificación, para exponer en la parte tercera los supuestos de enriquecimiento identificados por la jurisprudencia y la ampliación de la medida restitutoria.

F) *La ampliación de la condictio indebiti en la codificación: la presunción de error en el pago*

Si bien el art. 1901, cuando fue formulado, lo fue con la finalidad

¹⁶ CARRASCO PERERA (*op. cit.*, pág. 1065), se muestra contrario a la teoría que intenta fundar el derecho de la restitución en el art. 1895 CC, pero no se detiene a examinar en detalle las discusiones sobre el art. 1901 CC que carecen de historicidad.

esencial de facilitar la carga de la prueba del error en la *condictio indebiti*, esa finalidad condujo a recoger una genérica *condictio sine causa*.

1.—Porque se intentó, en el art. 1901, derogar expresamente la corriente doctrinal que proveniente del Digesto, Las Partidas, y el Derecho histórico español, afirmaba que en caso de pago indebido sin error, existía una donación presunta o *ex lege*.

2.—Porque ampliada la regulación de la *condictio indebiti* con respecto al proyecto de 1851, se le intentó dar cabida, de alguna manera, a la doctrina de Las Partidas sobre pagas indebidas que no eran estrictamente subsimibles en el concepto de pago de lo indebido por error.

Estas dos razones trajeron consigo el que fuese ampliada al alcance de la *condictio indebiti* por el art. 1901, hasta proclamar la necesidad de restituir bienes o ventajas recibidas sin causa para retener, con independencia de la existencia de un error en la entrega. El error, de esta manera, deja de tener trascendencia jurídica. Con ello quedan incluidos, en el ámbito de la presunción *ex art.* 1901, todos aquellos casos en que se ha producido la entrega de una cosa que nunca se debió. Sin embargo no puede menos de tenerse en cuenta la observación de DÍEZ PICAZO, de que la *condictio sine causa* del art. 1901 CC tendría que ser siempre una *condictio* de prestación lo que impide aplicar la *condictio sine causa generalis* en los casos de apropiación o utilización de bienes ajenos, *condictio* por intromisión, y tampoco en los supuestos de *condictio* por inversión o desembolso.

Resulta curioso constatar que en el proyecto de Código civil de GARCÍA GOYENA, se define el pago de lo indebido en su art. 1895, lo cual resulta coincidente con el Código civil vigente que también lo define en el propio art. 1895, con todos, ambas definiciones son diversas: El proyecto de 1851 definirá el pago de lo indebido de la siguiente manera «cuando por error de hecho se paga a otro lo que no se le debe, queda éste obligado a la restitución», y en el comentario al artículo GARCÍA GOYENA observa, por una parte, que «lo pagado indebidamente por error de derecho no puede repetirse», y, por otra parte, «el que pagó sabiendo que no debía, se entiende que dona»¹⁷. Lo característico por tanto, del pago indebido, en el proyecto de GARCÍA GOYENA, es que sólo tiene en cuenta el error de hecho; y, por otra parte, se recoge la doctrina de la donación presunta o *ex lege*, en caso de pago sin error¹⁸. En el

¹⁷ *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, tomo IV, Madrid 1852, pág. 247.

¹⁸ En el mismo sentido SANTOS BRIZ, págs. 18 y sigs.

Código civil vigente se han añadido tres artículos más; el art. 1899, 1900 y 1901. El art. 1899, recoge un caso concreto de que debe considerarse «medida del enriquecimiento», como límite de la restitución en la *condictio indebiti*. Y los arts. 1900 y 1901, contienen, al parecer, únicamente instrucciones probatorias de tipo procesal con objeto de facilitar el ejercicio de dicha *condictio indebiti*.

Lo que sucede, y éste no ha sido puesto de manifiesto adecuadamente por la doctrina, es que, suprimida la donación presunta o *ex lege*, cuando en un pago no debido no hay error, pero tampoco hay ánimo de liberalidad, o este ánimo de liberalidad no ha sido integrado por los requisitos de forma que exige la ley, no por ello va a existir una causa de retener, sino que el que recibió va a tener que devolver lo pagado; por ello, podemos decir que en el pago de lo indebido el error no va a tener transcendencia jurídica; es decir, el *accipiens* va a tener que restituir lo recibido indebidamente, aun cuando no haya error en el *tradens*, porque ya, el derecho, no va a considerar que el que adquirió indebidamente, sin error del *tradens*, adquiere por donación *ex lege*. La consecuencia principal, en el estudio del régimen jurídico del enriquecimiento sin causa, es que el régimen de la restitución del pago de lo indebido por error se amplía también, en virtud de las presunciones de error de los arts. 1900 y 1901 del Código civil, al pago de lo indebido sin error y además al concepto de pago queda sustituido por el de *Entrega*. En definitiva en el pago de lo indebido el error no tiene transcendencia jurídica, lo que trae consigo que se amplíe notablemente su esfera¹⁹.

Creemos que es absolutamente válida la observación de NÚÑEZ LAGOS de que los arts. 1900 y 1901 —como vimos no existían en el proyecto de 1851— fueron agregados al Código civil en un intento de

¹⁹ Hoy día el error del *solsens* tampoco es tenido en cuenta en el derecho francés: LOUSSOUARN, «La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu», *Rev. trim. de droit civil*, 1949, págs. 228 y sigs.; DEROUIN, «Le paiement de la dette d'autrui. Répétition de l'indu et enrichissement sans cause», en *Rev. Dalloz, civ.*, pág. 200; DEFRENDS SOULEAU, «La répétition de l'indu objectif», *RTDC*, 1989, págs. 243 y sigs. El pago de lo indebido cambia de sistema de la teoría del error a la teoría del enriquecimiento sin causa; la evolución es aquí paralela a la de la gestión oficiosa, en la que ya no se hace cuestión del altruismo del mandatario o de su carácter gratuito. Evolución similar en el derecho italiano: QUADRI, «Pagamento dell'indebito e ripetizione in un recente lavoro», *Rev. dir. civ.*, 1985, 2, pág. 9. La irrepetibilidad del pago sin error sólo tiene sentido cuando el acreedor se haya privado del título de crédito o de las garantías en razón del pago indebido (OPPO, *Adempimento e liberata*, Milano, 1947, pág. 328, nota 2); LEVI, *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1989: todo pago presupone para su validez un débito previo (pág. 11), por ello el pago indebido adquiere un sentido objetivo en la jurisprudencia.

atraer a esta sede la regulación de Las Partidas sobre pagos indebidos, que rebasaban el contenido del cuasicontrato del cobro de lo indebido. De esta manera, el art. 1901 recogió (o pretendió recoger) una diversidad de supuestos atípicos de restitución de lo entregado sin causa que no cabían en el estrecho molde histórico de la *condictio indebiti*, es decir, creo que se puede decir que abarca la *condictio sine causa*, pero para justificar su encuadre sistemático en el capítulo dedicado al pago de lo indebido, se le estructuró, a través de una presunción de error del pago indebido. El art. 1901, además, como hemos visto, prohíbe la llamada donación presunta o *ex lege*, lo que da lugar a que el error no tenga relevancia jurídica: realizado un pago sin error ello, en sí mismo, no es causa para retener en el *accipiens*. El problema entonces se encuentra en determinar cual será el alcance de la *condictio sine causa* del art. 1901 CC y que es lo que hay que entender por la expresión u «otra justa causa» que se encuentra en el art. 1901 *in fine*.

Lo esencial en esta presunción de error en el pago es que el ordenamiento jurídico no le permite enervar la presunción al *accipiens* probando que en realidad no hubo error. Esta presunción no invierte la carga de la prueba, sino que sólo le permite al *accipiens* probar que la entrega se debió a ánimo de liberalidad o «a justa causa». Esta ampliación de la presunción de error en el pago tiene la función principal de excluir del Código civil vigente la donación presunta o *ex lege*; si la entrega se hizo sin error, no por ello tendrá el *accipiens* derecho a retener; sino que para el *accipiens* tenga derecho a retener se necesita, además, que haya por parte del *tradens* «ánimo de liberalidad». Pero ¿qué sentido tiene la expresión «otra justa causa»? hemos de partir del hecho de que el presupuesto del artículo es la inexistencia de débito. ¿Aparte del ánimo de liberalidad, qué otra causa para retener puede existir a pesar de no haber obligación de entregar? la doctrina afirma que se pueden incluir aquí, tanto los deberes morales o de conciencia, como los deberes sociales tipificados, y ello parece la solución correcta.

Así pues, el art. 1901 no contempla una *condictio* de carácter general, donde quedarían incluidos todos los supuestos de enriquecimiento sin causa, sino que contiene eso sí, una *condictio sine causa*, que es de alguna manera de mayor amplitud, y que abarca un gran número de los supuestos en que una persona reteniendo un bien o ventaja sin causa, el bien o ventaja no se pueden recuperar en sí misma considerada, sino en su valor. En todo caso se trata de lo que DE LA CÁMARA llama «sutilezas jurídicas» pues la *condictio sine causa* en el Derecho codificado participa de la vaguedad e indeterminación que presidió a la institución en el Derecho romano y en el Derecho común. La dogmática del enriquecimiento sin causa parece haber desbordado ampliamente el régimen de las diversas *condictiones*, y su aplicación efectiva tipifica supuestos nuevos

de aplicación, y a la vez elude en gran medida el régimen restitutorio regulado por el texto codificado. En definitiva, la teoría del enriquecimiento sin causa no puede encontrar sistema ni historicidad en la dogmática de la *condictio*, probablemente porque se trata de una novedad asistemática y reformadora del Derecho codificado.

Lo interesante de estas discusiones es poner de manifiesto que la teoría del enriquecimiento sin causa rompe con la tradición. Los esfuerzos de la doctrina alemana de unificar la teoría de las *condictiones*, se estrellan frente a un concepto nuevo que no se autolimita a integrarse en el sistema codificado. Y es que la teoría de las *condictiones* resume la tradición clásica de protección restitutoria del propietario agrícola, partiendo de presupuestos de imputación de falta para definir el sistema restitutorio («error», «indebido», «mala fe», etc.), son todos modelos subjetivistas de determinación del régimen restitutorio, el Derecho moderno parece tener preferentemente en cuenta los módulos sociales y económicos de relación jurídica y la justicia objetiva de los enriquecimientos y distribución de bienes.

CAPÍTULO IV

PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

La acción de enriquecimiento sin causa se define como la acción que obliga a restituir los enriquecimientos adquiridos sin causa. Dos son los elementos determinantes de la acción: el enriquecimiento y la falta de causa. Examinémoslos detalladamente.

A) *El enriquecimiento*

a) *Definición*

En principio, podemos decir que se enriquece toda persona que adquiere una ventaja patrimonial a la que no se corresponde recíprocamente una desventaja equivalente¹. Los modos de adquirir una ventaja son incontables, pueden consistir tanto en la adquisición de un derecho, o en el aumento o incremento del valor de un bien que hemos adquirido (*lucrum emergens*), como también puede uno no empobrecerse (*damnum cesans*), cuando la ventaja consiste en el no padecimiento de una obligación o carga a la que un patrimonio estaba adscrito. El enriquecimiento por adquisición de un derecho puede referirse tanto a un derecho real (propiedad, etc...), como a un derecho de crédito; y también puede derivarse del goce o uso efectivo de un derecho. El enriquecimiento por incremento de valor de un bien admite muchas variantes como son las construcciones sobre inmuebles, mejoras, accesiones, enriquecimientos derivados de la devaluación de la moneda, por adquisición efectiva del goce de un objeto (posesión); pero hay otras menos claras como el incremento de valor de una cosecha debido a la iniciativa ajena etc... También puede enriquecerse una persona por la adquisición de una ventaja que consiste en una expectativa; o por conductas de ter-

¹ Como hemos desarrollado en detalle en el capítulo II, la teoría del justiprecio parece presidir como gran principio moral de definición del concepto de enriquecimiento.

cero, como podía resultar en el empleo de fuerzas de trabajo ajenas, o de una actividad profesional especializada, etc...

NÚÑEZ LAGOS³, al hablar de los modos de enriquecimiento distingue, sistematizando, entre un enriquecimiento positivo (*lucrum emergens*) y un enriquecimiento negativo (*damnum cesans*). El enriquecimiento positivo puede deberse tanto a la adquisición de una cosa corporal o de un derecho («En este supuesto se comprenden no sólo el ingreso de nuevas cosas corporales, sino la transformación de las que había. Con la frase adquisición de un derecho, nos referimos a todos los derechos reales y personales, en un sentido amplio. Por lo tanto, queda incluida en esta categoría la posesión de las cosas, cuya adquisición sin causa daba lugar a la *condictio possessionis*, hoy refundida en la *condictio sine causa*») como de una disminución del pasivo («cuando se paga una deuda por otro, éste se enriquece y está obligado a restituir, si el pago se hizo sin causa entre el *solvens* y el verdadero deudor. Lo mismo cuando se extingue sin causa una prenda o se cancela una hipoteca o se remite una deuda»); el enriquecimiento negativo consiste en una disminución del patrimonio que ha sido evitada (*damnum cesans*) («se comprenden aquí todos los casos en que hay consumo de cosas pertenecientes a otro, o servicios recibidos o expensas hechas por un tercero si el enriquecimiento ha evitado de esta suerte un gasto»).

Como puede verse la definición del concepto de enriquecimiento es sumamente difusa; ninguno de los autores consultados parece haberse detenido en su concreción detallada. Tres ideas quisiera destacar especialmente: en primer lugar que enriquecimiento es sinónimo de «ventaja»; en segundo lugar, que la identificación de los supuestos de enriquecimiento ha sido campo abonado a la discrecionalidad judicial y sirve de instrumento de renovación del derecho, (quizá la sensibilidad hacia el reconocimiento de nuevos supuestos de enriquecimiento constituye la clave dogmática más importante para explicar la teoría de acción); en tercer lugar, a través del módulo restitutorio del «ahorro de gastos» se amplía notoriamente la medida restitutoria.

Determinar cuales son los supuestos de enriquecimiento es una de las materias más apasionantes del Derecho actual en el tema que nos ocupa. La palabra «enriquecimiento» especialmente con el calificativo «injusto» o «sin causa», es una palabra mágica, que ejerce una misteriosa fascinación sobre la jurisprudencia, y que va a descubrir nuevas

³ *Op. cit.*, pág. 694 y sigs. ROUAST, por su parte («Enrichissement sans cause», *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1922, pág. 53.) Habla de 3 formas de enriquecimiento: el enriquecimiento del patrimonio, la pérdida evitada y la ventaja moral.

vías de renovación del Derecho. Este tema lo vamos a desarrollar en detalle en la tercera parte de este estudio al examinar los supuestos de «enriquecimiento» reconocidos por nuestra jurisprudencia. ¿Cuándo existe efectivamente un enriquecimiento? A mi juicio, la equidad va influyendo progresivamente ampliando el contenido del concepto «enriquecimiento», lo que origina una mayor funcionalidad de la acción objeto de nuestro estudio. De aquí que sea especialmente difícil establecer un concepto unitario de enriquecimiento⁴, y que sea en esta sede donde juega en mayor medida el arbitrio judicial⁵.

b) Caracteres del enriquecimiento

La idea de apreciabilidad en dinero es, a mi juicio, la idea básica a la hora de calificar la existencia de un enriquecimiento en el llamado enriquecimiento moral⁶ ESPUNY GÓMEZ⁶ pone el siguiente ejemplo: Si A.

⁴ TRABUCCHI, («Arricchimento»: *Enciclopedia del diritto* vol. III, Milano 1959, pág. 71), observa, en este sentido, como una cierta discrecionalidad debe ser reconocida en la valoración de los presupuestos de una justificación que se apoya en criterios éticos, lo que otra parte se manifiesta inevitablemente en todas las hipótesis en las cuales la ley, para completarse, hace referencia a la ética, sea directamente, sea a través de los criterios de normalidad o de generalidad en la convivencia social.

⁵ Observando la jurisprudencia de nuestro vecino país, se encuentran casos de notable interés en los que ya a principios del siglo XX cuando la dogmática del enriquecimiento empezaban sus primeras andaduras a través de la idea de enriquecimiento (especialmente la del ahorro de gastos), —que luego se califica como injustificado— se van imponiendo valores tan diversos como una mayor valoración del trabajo de la mujer en el hogar, una participación en los gastos por el uso de una casa común, e, incluso, una tímida responsabilidad objetiva. Del primer supuesto, tenemos un ejemplo en la sentencia de 17 de febrero de 1928 del Tribunal de Dijón, en la que se considera que quien tiene una amante que trabaja en las labores propias del hogar, se ahorra el sueldo de una empleada y debe por tanto indemnizarla en el momento de su repudio; PLANIOL-RIPERT, observan también (*Traité pratique de Droit civil français*, t. VII París, 1957, pág. 61), como la jurisprudencia francesa en función del enriquecimiento sin causa, tiene en cuenta, en los matrimonios contraídos bajo el régimen de separación los trabajos realizados por la mujer en el hogar a la hora de fijar la indemnización en las separaciones individuales. La Corte de Grenoble, en sentencia de 25 de junio de 1925, funda en el enriquecimiento la imposición a quien utilizar una servidumbre de paso, de participar en los gastos de asfaltado de la misma. Por su parte, el Tribunal de la *Paix de Vannes* en sentencia de 26 de enero de 1927 considera que se ha empobrecido el propietario de una casa en la que los bomberos causaron destrozos, (rompieron paredes etc...), para atajar el incendio de otro colindante, y, correlativamente se enriqueció a su costa (*daño cesante*) el propietario de la misma.

⁶ El problema es delimitar que se entiende por «enriquecimiento moral», FARRÉGA (*El enriquecimiento sin causa*, Panamá, 1955, págs. 49 y sigs.) por ejemplo, dedica un

se lanza (en un incendio o naufragio, etc...) a salvar a B. y éste conserva gracias a aquél su vida, ¿cabe negar al primero el derecho de obtener del segundo un reembolso de los perjuicios sufridos con ocasión del salvamento?: la ventaja es apreciable en dinero en la medida en que se corresponde con la exclusión de un perjuicio correlativo. Como dice BARBERA⁷ la naturaleza patrimonial de la restitución por enriquecimiento injusto, excluye la indemnización de los daños morales, pero ello siempre que dicho daño moral pueda tener existencia autónoma de cualquier relación de tipo patrimonial.

La cuantía del enriquecimiento debe ser *concretada* para que pueda ser origen de una pretensión de enriquecimiento sin causa. En este sentido, el Tribunal Supremo está rechazando demandas por no concretar la cuantía del enriquecimiento. Resulta ilustrativa, la sentencia de 30 de julio de 1955 del Tribunal de Venecia que negó el enriquecimiento de la comuna de Jesolo, a costa de un periodista que había realizado propaganda para el desarrollo turístico de la localidad (y realizado investigaciones históricas que habían conducido a la nueva denominación de aquella comuna), por la imposibilidad de concretar el mismo. En la sentencia de 29 de marzo de 1983, los arrendatarios desahuciados por ruina reclaman contra el propietario por los beneficios que obtuvo al enajenar el solar, el Tribunal Supremo deniega la acción dado que el enriquecimiento «no puede establecerse por falta de términos comparativos». Claro que frente a esta exigencia la tendencia a reconocer al tribunal de instancia la libertad de «concretar» el enriquecimiento como cuestión de hecho se aduce también en ocasiones, especialmente cuando se trata de proteger una actividad económica o mercantil; así en la sentencia de 22 de marzo de 1988 estima el enriquecimiento derivado de la obtención de una clientela por el concesionario de una marca tras la ruptura unilateral de un contrato de exclusiva, dentro del modelo de contacto social significativo a que hacemos referencia en la parte tercera de este libro.

c) *Correlatividad con un empobrecimiento: crítica*

La mayoría de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, al deli-

amplio espacio a su estudio, concluyendo que no hay inconveniente en admitir el enriquecimiento moral como una forma de enriquecimiento, pero ello se hace al llamar «enriquecimientos morales» a auténticas ventajas patrimoniales.

⁶ «Perfil y límites del enriquecimiento infundado», *RJC*, 1952, pág. 53.

⁷ *L'ingustificato arricchimento*, Napoli, 1964, pág. 284. Hoy en día, en el Derecho español, muchos de los supuestos de restitución de «enriquecimientos morales» pueden quedar incluidos en la detallada regulación legal y jurisprudencial (así ley orgánica de protección civil del honor, la intimidad y la imagen; ley de propiedad intelectual, etc...).

mitar los requisitos de la acción de enriquecimiento, se refieren a la necesidad de que el enriquecimiento sea correlativo a un empobrecimiento y a la existencia de un vínculo de conexión entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.

Esta correlatividad entre empobrecimiento y enriquecimiento, se manifiesta también en la extendida opinión de que sólo es tenido en cuenta por el Derecho aquel enriquecimiento que persiste en el momento de la demanda. En efecto, si el enriquecimiento no persiste, la acción conduciría a la transmisión de un valor de un patrimonio a otro y consagraría un nuevo enriquecimiento injusto.

La necesidad de persistencia del enriquecimiento, a mi juicio, no supone que el módulo restitutorio sea devolver lo que quede (*quod supererit*), sino que aunque el bien ya no se encuentre en el patrimonio del enriquecido (v. gr. era consumible), haya producido una ventaja a ese patrimonio (v. gr. ahorro de gastos). Por ello, lo decisivo es estudiar la *medida del enriquecimiento*: cantidad determinada por diversas circunstancias concurrentes en la adquisición de la ventaja y en la naturaleza de la misma, tema que estudiaremos con más detenimiento después.

a) *Utilización como módulo restitutorio el ahorro de gastos*

La acción de enriquecimiento, en términos generales, se independiza del correlativo empobrecimiento siempre que el Derecho emplea como módulo definidor de la medida del enriquecimiento el ahorro de gastos, lo que, sin duda, implica desentenderse tanto de las posteriores incidencias al traspaso patrimonial que puedan conducir a la no permanencia del valor en el patrimonio demandado, como de la incidencia que dicha transferencia tiene en el del demandante.

Un ejemplo, tomado de VON CAEMMERER⁸, nos ayudará a comprender adecuadamente el fenómeno. Explica, el citado autor, cómo la defensa de los llamados derechos inmateriales (propiedad literaria, artística e intelectual) tiene tres vías en el Derecho alemán: en primer lugar, la indemnización del daño de acuerdo con los principios generales de la responsabilidad; en segundo lugar, por enriquecimiento sin causa; y, en tercer lugar, siempre que la utilización del derecho de otro se haya hecho intencionalmente o como consecuencia de una falta grave, el lesionado puede pedir, no sólo la indemnización de los daños e intereses, sino también el beneficio que ha producido a su autor. En cuanto a la

⁸ «Problemes fondamentaux de l'enrichissement sans cause», *Revue internationale de Droit compare*, 1966, págs. 582 y sigs.

indemnización fundada en enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia alemana concede acción a la persona dañada para exigir un canon adecuado por la utilización de la licencia; el fundamento de ello está en que ésta es la cantidad que habría recibido el dañado —y correspondientemente habría pagado quien utiliza la licencia— de haberse exigido su consentimiento (ahorro de gastos). Observa también VON CAEMMERER que en la práctica, las licencias están normalmente estructuradas como un canon por unidad de pieza producida, de aquí que la medida del enriquecimiento dependa de la importancia de la producción, no teniendo trascendencia jurídica el hecho de que el inventor no estuviese en condiciones de lanzar el producto, o de ceder la licencia a un tercero. Todo ello lleva a VON CAEMMERER a concluir que la acción de enriquecimiento está independizada, en este supuesto, del doble límite enriquecimiento-empobrecimiento. Para una mayor ilustración de esta idea, recoge el autor un supuesto, tomado de la jurisprudencia alemana, en el que la utilización de un derecho de propiedad intelectual no sólo no ha supuesto un empobrecimiento para el dañado, sino que le ha reportado una ventaja: se emplea en una película, una canción de un oscuro y desconocido cantante sin autorización del mismo; la película tendrá un gran éxito, y, por ello, potencia la popularidad del cantante, a la vez que promociona la venta de sus discos. Es indudable que la utilización de la canción ha supuesto para el cantante un auténtico enriquecimiento, y que en él no existe ningún empobrecimiento pero, sin embargo, puede reclamar que enriquecimiento sin causa en función del despojo, sin autorización, de un derecho propio.

A nuestro juicio, ello no es únicamente referible al supuesto de defensa de los derechos inmateriales, como parece opinar VON CAEMMERER sino puede aplicarse a todos aquellos casos en que el derecho para determinar la medida del enriquecimiento cualifica como cuantía reparatoria el ahorro de gastos (*damnum cessans*) experimentado por el patrimonio del demandado⁹.

⁹ SANTOS BIEZ, propone otros ejemplos tomados de la jurisprudencia alemana: el viaje sin billete, sustraer continuamente pequeñas cantidades de harina sin que el patrono tenga perjuicio por vender el pan al mismo precio etc... (*op. cit.*, pág. 29). El ahorro de gastos como modelo reparatorio tendría su origen en la doctrina escolástica sobre la indemnización de los daños y el derecho a cobrar intereses (véase, *supra*, capítulo II), y se generalizaría como frutos debidos de percibir como medida agravada de restitución en el Derecho común (cfr. CARRASCO PERERA, pág. 27).

GALLO (*L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990), subraya que ni en la Common law ni en el Derecho alemán se exige la correlatividad del empobrecimiento. Analiza en particular una sentencia alemana de 1971 que considera enriquecido injustamente al menor que viajó en avión de Nueva York a Hamburgo sin billete aunque no hubiera responsabilidad contractual (por ser menor de edad), ni correlativo em-

b) *Enriquecimiento otorgado actuando en nombre y beneficio propio*

Idéntico a lo examinado en el apartado anterior, sucede cuando alguien, actuando en nombre y beneficio propio, produce un provecho a tercero. Evidentemente, quien actuando en nombre y beneficio propio produce un enriquecimiento a un tercero no se empobrece y, sin embargo, según creo, no por ello queda excluida la acción de enriquecimiento.

Con todo, constituye un punto común en la doctrina que quien actúa en nombre y beneficio propio, si enriquece a un tercero, no tiene acción de regreso. LACRUZ¹⁰, cita los siguientes ejemplos: pagar una traída de aguas de la que pueden aprovecharse los vecinos, o destruir un muro divisorio y mejorar así las vistas del colindante, o realizar obras de urbanización con las que resultan favorecidos los propietarios de las restantes parcelas, etc. VON CAEMMERER¹¹ pone el siguiente ejemplo: se construye, en una pequeña y desconocida aldea de montaña un gran hotel; áquel que lo ha construido, no cabe duda, ha hecho un gran beneficio al pueblo y ha aumentado, por ejemplo, el precio de los solares edificables, y el de los asuntos comerciales en general, sin embargo, opina VON CAEMMERER, es indudable que en este caso no existe acción de regreso. TRIMARCHI¹², por su parte, en base a la exclusión de indemnización en el caso de las mejoras realizadas por el arrendatario, y en el de mala fe en la realización de la mejora, deduce un principio de tutela el enriquecido, que se concreta en la exigencia de excluir que alguno pueda obligar a otro a pagar una suma de dinero a cambio de un enriquecimiento impuesto. A mi juicio, el formular en todo supuesto un principio de exclusión de la acción de enriquecimiento sin causa, cuando se actúa en nombre y beneficio propio, puede dar lugar a resultados injus-

pobrecimiento (pues el avión debía volar de todas formas) (págs. 380 y sigs.). En otro lugar del libro (págs. 403 y sigs.), afirma el mismo autor que en todos los casos de indemnización por uso de cosa ajena es difícil encontrar empobrecimiento material alguno.

GIHARTE GUTIÉRREZ («La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracocontractual», *RDP*, diciembre, 1991, págs. 1.021 y sigs.), refiere la superación normativa del principio de que la indemnización alcanza sólo el daño sufrido o resarcimiento de la víctima, y mantiene la necesidad de evolución conceptual de la teoría de la responsabilidad, fundándose en las categorías elaboradas en sede de enriquecimiento sin causa.

Ver el tema con más extensión y detalle al hablar de los enriquecimientos obtenidos mediante acto ilícito.

¹⁰ «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *RCDI*, 1969, pág. 586.

¹¹ *Op. cit.*, pág. 577.

¹² *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, págs. 13 y sigs.

tos. En el Derecho inglés, de marcado tinte individualista, una sentencia de 1911 (*Macclesfield Corporation vs Great Central Railway*) nos ilustra un caso concreto: los demandados eran los propietarios de un canal, y tenían en el estatuto de su propiedad la obligación de reparar un puente sobre el mismo que transportaba una línea de ferrocarril. Ante el estado de abandono del puente, la compañía les comunicó a cumplir sus obligaciones, y, finalmente, tomó a su cargo la reparación; al demandar posteriormente de regreso el precio de las obras, su pretensión le fue denegada.

A mi juicio, parece indudable que cuando una persona, aún actuando en nombre y beneficio propio, enriquece el patrimonio de un tercero, y esa mejora puede calificarse de necesaria, habrá lugar a una indemnización en función del ahorro de gastos (*damnum cesans*), que esa ventaja ha supuesto en su patrimonio, en el ejemplo propuesto por VON CAEMMERER, si el propietario del hotel de la pequeña y desconocida aldea de montaña, construye un dique que libra al pueblo de un inminente alud o riada, parece que tendrá derecho a ser indemnizado. Mayor dificultad plantean las mejoras útiles; en principio, no parece que pueda haber lugar a la indemnización a no ser que razones de interés social o de justicia, aconsejen al juez, en vista del caso concreto, el concederla.

Este tema ha sido objeto de una importante elaboración jurisprudencial estudiada en detalle por CARRASCO PERERA¹¹. Cita este autor dos sentencias del Tribunal Supremo que afirman que quien actuando en nombre y beneficio propio produce enriquecimientos a tercero no puede pedir la restitución de lo pagado: en la S., TS, de 22 de marzo de 1978 rechaza la acción de regreso por los gastos de mejora y acondicionamiento de una finca disfrutada en precario, y en la S. TS de 10 de diciembre de 1983 niega al Estado que pueda recuperar las impensas de transformación de un antiguo hospital. Aparte de estas dos sentencias, podrían citarse quizá también: La S., TS, de 20 de febrero de 1981, que niega el deber de pago de FEESA del uso de las instalaciones industriales de INCASL, por entender que se hizo sin propósito de onerosidad y atendiendo a las mutuas ventajas que de ello se derivaban; la S., TS, de 31 de octubre de 1985, que niega el deber de la propietaria de reembolsar los gastos de restauración de una casa vieja donde el demandante vivía de precario en compañía de la misma; la S., TS, de 29 de diciembre de 1986, que niega el deber de restituir los gastos de acondicionamiento y mejora de un hotel arrendado pues antes de efectuar los gastos «el recurrente sabía per-

fectamente que (las mejoras) no le iban a pertenecer»¹², y la S., TS, de 24 de febrero de 1988, que niega la compensación económica de las obras realizadas por el comprador de un local comercial en caso de resolución de la venta por impago del precio. Sin embargo, frente a estas seis sentencias recientes que parecen ser muestra de una negativa al ejercicio de la acción cuando se actúa en nombre y beneficio propio (tutelándose la posición del propietario o *dominus* frente a los llamados enriquecimientos impuestos), otra línea jurisprudencial mantiene justamente una postura contraria. En ocasiones el Tribunal Supremo se muestra más liberal reconociendo pretensiones restitutorias por enriquecimiento a los que mejoran bienes ajenos, fuera del marco de la normativa de los arts. 361 y 453 CC, y del que asume unos gastos en el contexto de relaciones familiares de hecho. Se establece pues, en estas sentencias, el deber de restitución de enriquecimientos impuestos libres de error: Ss., TS, 9 de julio de 1981, 4 de julio de 1985, 25 de noviembre de 1985¹³, 29 de julio de 1989. La dualidad de doctrina jurisprudencial nos llena de perplejidad. Subraya CARRASCO PERERA que no es razonable que quien se beneficia de una mejora incorporada a cosa ajena obtenga al mismo tiempo un reembolso pleno de las impensas practicadas, como quien edifica sin autorización en una concesión demanial y pretende luego (y obtiene) del Estado la indemnización del precio de la obra, subrayando también que hay que distinguir el provecho definitivo, que queda para el propietario, y el provecho del uso que queda para el poseedor, y afirma que la cifra de éste ha de restarse en todo caso a aquél; finalmente subraya CARRASCO PERERA que la pretensión de reembolso estará en función de la presumible realización de la ventaja por el propietario, pues no es lógico dicho reembolso si el accipiente no puede o no quiere utilizarla.

El tema se plantea también en términos muy similares en la doctrina y jurisprudencia italiana frente a las pretensiones de reembolso de prestaciones actuando en nombre y beneficio propio otorgadas en las llamadas relaciones de cortesía o cuando media una relación familiar.

¹² En el mismo sentido S., TS, de 11 de julio de 1984 —sala 4.ª— que niega la indemnización por las mejoras en un deshaucio administrativo «ya que los gastos libremente invertidos en la cosa encuentran su compensación en el uso gratuito que de la misma se ha disfrutado durante el precario».

¹³ Véase comentario detallado de esta sentencia por CARRASCO PERERA, en *CCJC*, 10, 255, págs. 3222 y sigs. Véase también el comentario del mismo autor a la S., TS, de 11 de junio de 1985 en *CCJC*, 9, págs. 2832 y sigs. Un comentario a la S., TS, de 22 de marzo de 1978 por Gabriel GARCÍA CANTERO, puede verse en *ADC*, 1978, 4, pág. 902.

¹¹ *Op. cit.*, pág. 124.

Frente a una postura estricta que niega en estos casos cualquier indemnización¹⁶, una postura más amplia y comprensiva discute en estos casos sobre la justicia del enriquecimiento, el contexto social en el que se produce el otorgamiento de la ventaja, y la eventual medida de restitución¹⁷. Se subraya que el enriquecimiento sin causa se está empleando en una gran medida tanto para liquidar situaciones familiares de hecho (convivencia uxoria, parejas informales, convivencia familiar compleja, etcétera...) ¹⁸ como para restituir ventajas producidas en el contexto de relaciones de cortesía.

Yo creo que el «actuar en nombre y beneficio propio» no debe merecer en general un régimen propio tajante que afirme el deber de restitución o lo rechace. A mi juicio, por el contrario, se plantea un problema previo de calificación de una prestación otorgada a un tercero aunque sea actuando en nombre y beneficio propio: donación usual, donación remuneratoria, gestión oficiosa, prestación de servicios profesionales, relación contractual de hecho, liquidación de comunidad de hecho, relación conyugal de hecho, relación familiar de hecho, etc... a la búsqueda de lo que venimos denominando un modelo social significativo de conducta, el cual debe calificar más en detalle los modelos restitutorios. Así, por ejemplo, el compañero de convivencia que arregla el piso común actúa en nombre y beneficio propio, pero seguramente en el momento de terminarse la convivencia debe tener derecho de restitución (quizá de acuerdo con los criterios restitutorios previstos en sede de sociedad de gananciales). A mi juicio la elusión de los módulos restitutorios de los arts. 361 y 453 CC se debe a que se encuadran en un modelo social agrícola de convivencia y organización económica, que no tiene sentido frente a la diversidad de circunstancias calificadoras del Derecho moderno. En cualquier caso el régimen de los enriquecimientos otorgados actuando en nombre y beneficio propio nos muestra tanto la ampliación jurisprudencial de la medida restitutoria, como la

¹⁶ Cfr., por ejemplo, JACCHIA, «L'arricchimento senza causa», en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale diretta da Bigliani*, Torino, 1968, págs. 828 y sigs. Para el Derecho argentino mantiene esa postura MOISSET DE ESPANES, «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *RGIJ*, 1980, págs. 263 y sigs. En supuestos similares la jurisprudencia francesa tiende también a denegar la restitución: en detalle, MESTRE, «L'absence d'intérêt et de faute, condition de succès de l'action in rem verso», *RTDC*, 1988, pág. 132; BORYSEWICZ, *Travail et enrichissement sans cause dans les relations de famille*, Mclanges Beguet, 1985, págs. 39 y sigs.

Vide también lo que se dice en el capítulo V al tratar de los enriquecimientos por incorporación de provechos a una cosa inmueble.

¹⁷ Por ejemplo CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977.

¹⁸ Por ejemplo PROSPERI, *La familia non fondata sul matrimonio*, Napoli, 1980.

elusión del régimen codificado de posesión y accesión. Las diversas medidas de restitución del «empobrecimiento», constituyen el tema central de la tercera parte de este libro, y creo que se enmarcan dentro del contexto más general de modelos sociales de conductas significativas.

Así pues, la medida del enriquecimiento que determina la cuantía restitutoria objeto de la acción, no está limitada por el correlativo empobrecimiento. En los supuestos examinados, queda claro que la acción es proponible aunque no exista un empobrecimiento por parte del demandante. La acción de enriquecimiento, restituye a su legítimo titular las ventajas indebidamente disfrutadas por un tercero.

d) *El nexo de causalidad entre empobrecimiento y enriquecimiento*

Evidentemente, si el enriquecimiento no está limitado por el empobrecimiento, ningún valor jurídico tiene el llamado «nexo causal» o «vínculo de causalidad» que, como presupuesto de la acción, repiten doctrina y jurisprudencia. Algunos autores realizan un amplio estudio de este requisito¹⁹ sin embargo, ROUAST pone de manifiesto, acertadamente, que los autores le dan una importancia exagerada hasta el punto de que lo convierten en una condición distintiva de la acción, opinando que no hay razón para separar este requisito del enriquecimiento del demandado, del que se trata únicamente de precisar su origen²⁰. En realidad, el vínculo de conexión se refiere a la existencia de una persona legitimada para reclamar una ventaja indebidamente retenida por otra. A mi juicio establecer el «nexo de causalidad» como un requisito de la acción de enriquecimiento sin causa se explica por la cercanía que en sus orígenes tuvo esta acción con la acción de indemnización de los daños y perjuicios. Sin embargo hoy en día parece configurarse más como una acción calificadora de la justicia de las ventajas que como restitutoria de un daño (empobrecimiento), y por ello aparece con una clara autonomía dogmática. El nexo de causalidad no parece tener sentido, pues la acción de enriquecimiento sin causa se independiza de cualquier idea de culpa.

B) *La causa jurídica del enriquecimiento*

a) *Planteamiento*

Estudiado lo que debe entenderse por enriquecimiento, debemos

¹⁹ Cfr. RENARD, «L'action d'enrichissement sans cause dans le Droit français moderne», *RTDC* 1920, págs. 257 y sigs.

²⁰ *Op. cit.*, pág. 56.

entrar ahora al examen de la falta de causa como fundamento de la acción de enriquecimiento. El tema se plantea especialmente arduo en nuestro Derecho que no admite —según la más autorizada doctrina que no entramos aquí a examinar— los actos y adquisiciones abstractas. En un Derecho que se rige por un sistema de abstracción en las atribuciones y en las obligaciones, el enriquecimiento injusto es el remedio idóneo de las consecuencias injustas que pueden derivarse de dichos actos, por el contrario ¿qué funcionalidad puede cumplir la acción en un sistema causalista? En efecto, si no hay causa no hay adquisición patrimonial y, por tanto, no existe tampoco auténtico enriquecimiento ¿cómo va a existir entonces una acción frente al enriquecimiento sin causa?

Si examinamos más detenidamente el fenómeno, observamos que hay adquisiciones que se fundan en la imposibilidad de recuperar la cosa por la propia naturaleza de la misma (v. gr. se ha consumido, enajenado a un tercero que se resulta protegido, es una cosa fungible) etc... Si distinguimos retención sin causa y adquisición sin causa, concluiremos que la falta de causa, cuando se trata de una cosa concreta e identificable, no produce un traspaso de valor que representa de un patrimonio a otro, sino únicamente la existencia de una *retención sin causa* recuperable a través de los diversos interdictos posesorios y de las acciones reales; por el contrario, cuando la cosa no es identificable, se ha consumido, enajenado a tercero protegido, incorporado inseparablemente a otra, etc... ¿cómo se van a ejercitar acciones reales recuperadoras e interdictos posesorios?, evidentemente se ha consumado una auténtica adquisición, sólo recuperable mediante una acción personal, que ya no se dirige frente a la cosa misma sino al incremento de valor (enriquecimiento) recibido en el patrimonio del demandado.

La causa, en la doctrina del enriquecimiento sin causa, por tanto, debe referirse principalmente a la ausencia de justificación en una adquisición patrimonial; adquisición que se produce por la especial naturaleza de la ventaja (que no es recuperable, *in natura*). La justificación de las atribuciones patrimoniales, es la existencia de un título válido legitimador de las mismas, es decir, bien la existencia de una voluntad transmisiva, válida según los requisitos integradores de la misma previstos por el ordenamiento jurídico (negocio jurídico como causa), bien la existencia de una norma jurídica que imponga una transmisión en función de principios de justicia y seguridad (ley como causa). La falta de uno de estos dos elementos conduce a la no justificación de una ventaja; sucede, que en los actos de atribución patrimonial *inter vivos* o de obligación, la voluntad enriquecedora (es decir el efectivo traspaso de un valor de un patrimonio a otro), sólo tiene trascendencia jurídica cuando se quiere enriquecer (ánimo de liberalidad), supuesto en el que

es necesaria una forma, o cuando se corresponde con otra correlativa (contraprestación). En definitiva, las dos posturas, en apariencias contradictorias, en orden a la justificación de los enriquecimientos, no son tales. Son perfectamente compatibles, y todo depende, en realidad, del punto de vista en que nos coloquemos ²¹.

b) *El enriquecimiento sin causa y las obligaciones y atribuciones abstractas*

La doctrina de los actos y adquisiciones abstractas amplía notablemente la dinámica de la acción de enriquecimiento sin causa que se estructura como remedio a las mismas. Esta doctrina, tendría su origen remoto en el Derecho romano, y su origen próximo en la pandectística alemana, y, por su influencia, adquiere refrendo legal en el B. G. B.

En el Derecho romano, existen adquisiciones abstractas si se corresponden con un acto formal de atribución (*Mancipatio, in iure cessio*), siendo dicho acto necesario para la adquisición de la propiedad civil de las *res mancipi*. Cuando —hablando en términos civilistas modernos— la adquisición no supone una donación o no se corresponde con una válida contraprestación (la causa en virtud de la cual se pierde la propiedad) la adquisición es válida y eficaz, quedando obligado el *accipiens* a retransmitir la propiedad al *tradens* o, si esto no es posible, quedando injustificadamente enriquecido. La *traditio* es más discutible que sea un acto abstracto de adquisición, existiendo importantes discusiones entre los romanistas; parece, sin embargo, la tesis más extendida entender que es un acto abstracto y, por lo tanto, si se entrega con ánimo de transmitir la propiedad bien para que el *accipiens* quede obligado (*causa credendi*), o para extinguir una deuda (*causa solvendi*), o para enriquecer (*causa donandi*), hay una efectiva adquisición (*Datio*), pero si la *traditio* no tiene causa v. gr. no existe una deuda válida cuando se entrega (*causa solvendi*), el *accipiens* queda injustamente enriquecido; notemos que la *traditio* es el medio, de adquirir la propiedad civil de la *res nec mancipi* o la bonitaria de las *res mancipi*. Por último, también existen obligaciones abstractas; cuando existe una promesa formal (*Stipulatio*), el obligado tiene el deber de cumplir la prestación aun cuando no existe causa, pero si la cumple

²¹ Esta es la explicación teórica y dogmática del tema, pero como vamos a ver en el análisis de la tercera parte de este libro, tanto la indeterminación y ampliación del concepto de «enriquecimiento», como la tendencia ampliadora de los módulos restitutorios, otorgan a la acción una amplia funcionalidad en los contextos más diversos: como principio interpretador de la dogmática contractual a posturas valoristas, como principio moral de los contratos frente a los beneficios excesivos, como sustentadora de un modelo social significativo de conductas en el Derecho patrimonial, etc...

sin causa (sin la existencia de una contraprestación válida), el acreedor queda injustamente enriquecido²².

SAVIGNY y, en general la pandectística alemana, recogiendo el sentido del Derecho romano y la tradición del Derecho intermedio, propone un sistema de las obligaciones y adquisiciones abstractas que adquiere refrendo legislativo en el B. G. B. El Derecho alemán, se preocupa, ante todo, de la rapidez y seguridad en las transmisiones; la circulación intensa de bienes es en el B. G. B. una condición esencial de la prosperidad económica y social de un país; una circulación intensa exige un vehículo rápido de valores, y esta rapidez y seguridad, para los juristas germanos, sólo los actos abstractos pueden ofrecerla²³. El Derecho alemán, lo mismo que el Derecho romano, distingue entre las obligaciones abstractas y las adquisiciones abstractas. En las obligaciones abstractas, el deudor queda obligado en virtud de un acto unilateral y el acreedor puede ignorar la causa de la deuda; los supuestos más importantes son: la cesión de crédito (parágrafos 390 y 413 del B. G. B.)²⁴, la cesión de deuda (414 y sigs.), la promesa abstracta (780) y el reconocimiento de deuda (781); con todo, siempre debe haber relación causal origen de la obligación, la ineficacia o inexistencia de la misma, de acuerdo con los criterios expuestos, dará lugar a la acción de enriquecimiento injusto. La adquisición de los Derechos reales, se completa en el Derecho alemán en el contrato abstracto traslativo; la transmisión se verifica por entrega y acuerdo sobre la transmisión de propiedad²⁵. La conclusión de un negocio causal válido no es requisito necesario para la validez del negocio de disposición²⁶, pues la propia voluntad transmisiva produce la adquisición; evidentemente, la inexistencia o ineficacia del acuerdo causal conducirá a que los efectos injustos se equilibren mediante la acción de enriquecimiento sin causa.

En el Derecho español, esta brillante construcción es defendida por NÚÑEZ LAGOS, los anotadores del tratado de ENNECCERUS KIPP y WOLF, por CASTÁN —prologista del libro de NÚÑEZ LAGOS— ORTEGA PARDO, FERRANDIS, etc... NÚÑEZ LAGOS²⁷, distingue entre una causa próxima

²² El sistema abstracto de traditio aparece vigente también en el Derecho intermedio, cfr. CORTESI, «causa (diritto intermedio)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, págs. 532 y sigs.

²³ GEROTA, *La théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code civil allemand*, París, 1925, pág. 162.

²⁴ Cfr. CARLOS MELÓN INFANTE, *Código civil alemán*, Barcelona, 1955.

²⁵ WOLF-RAISER, *Derecho de cosas* t. I, vol. I, del tratado de Derecho civil por ENNECCERUS, KIPP y WOLF, 10 revisión, Barcelona, 1971, pág. 427.

²⁶ *Ibid.*, pág. 430.

²⁷ *Op. cit.*, págs. 593 y sigs.

(*credere, solvere, donare*), que consiste en la propia promesa de prestar, pagar o donar en las obligaciones, o en la propia entrega con voluntad de prestar, pagar o donar en las transmisiones, y la causa remota, *iusta causa traditionis*, referible a un válido acuerdo (en la *traditio*), o a la relación con una contrapromesa o prestación en las obligaciones. Mientras que la ausencia de causa próxima produce la inexistencia del acto (obligación o transmisión), la ausencia de causa remota, no lo hace inválido, sino que reacciona sobre los efectos del mismo mediante el empleo de remedios especiales, señaladamente la acción de enriquecimiento injusto. PÉREZ y ALGUER²⁸ defienden, con argumentos similares, el carácter abstracto de la *traditio* y el sistema abstracto de obligarse²⁹, y dichos argumentos se reproducen por FERRANDIS VILELLA³⁰. ORTEGA PARDO³¹, ha defendido, por su parte, que el pago tiene en nuestro Derecho el carácter de un negocio abstracto, argumentando —paralelamente a SAVIGNY— que el que paga por error sólo puede repetir lo pagado en virtud de una acción personal (*condictio indebiti*), —no una acción real—, lo que presupone que la adquisición de la propiedad se produce con independencia de la causa³². Estas doctrinas, sin embargo, están unánimemente repudiadas en la doctrina actual que defiende el carácter causal de la *traditio*³³, y el sistema causal de las obligaciones³⁴, y por la jurisprudencia (cfr. Ss., TS, de 28 de marzo de 1983, 30 de diciembre de

²⁸ Notas a MARTÍN WOLF, *Derecho cosas*, (Tratado de Derecho civil de Enneccerus, Kipp y Wolf), Barcelona, 1936, págs. 391 y sigs.

²⁹ En ediciones posteriores se altera, sin embargo, el criterio anterior; probablemente por la revisión de Puig Brutau.

³⁰ Notas a GORLA, *El contrato*, Barcelona, 1959, págs. 215 y sigs.

³¹ «El pago como negocio abstracto», *RGLJ*, 1945, págs. 684 y sigs. *vid. crítica* de DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 292 y BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, pág. 208.

³² A mi juicio, la adquisición por el *accipiens*, en estos supuestos, existe únicamente en la medida en que la naturaleza de la ventaja impide la *reivindicatio* de *solvens* (cfr. LACRUZ BERDEJO, *Pago de lo indevido y transmisión de la propiedad*, tesis, 2, 1957, págs. 24 y sigs.).

³³ Cfr. aparte de los ya citados, SERRANO, «Iusta causa traditionis», *RCDI*, 1934, págs. 495 y sigs. y 1935, págs. 175 y sigs. U. ÁLVAREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945; ESPIN, «La transmisión de los derechos reales en el Código civil español» *RDP*, págs. 349 y sigs; Díez PICAZO, «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», *RDP*, 1966, págs. 555 y sigs. BELTRÁN, «La tradición como modo de adquirir la propiedad», *RDP*, pág. 104. Modernamente, desde la perspectiva del pago indevido, véase BALLARÍN HERNÁNDEZ, *El cobro de lo indevido*, Madrid, 1985; en particular págs. 71 y sigs; y págs. 146 y sigs. El que paga por error trasmite la posesión y no la propiedad.

³⁴ *Vid.* por todos, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...* cit. I, 199 y sigs.

1978, 3 de febrero de 1973). Así pues, nuestro Derecho, al tratarse de un sistema causal en la *traditio* —en función de la doctrina del título y el modo— y de un sistema causal en las obligaciones, conduce a la inexistencia de una adquisición u obligación ante la falta de una justa causa.

c) *Las atribuciones patrimoniales impropias*

El que una retención no tenga causa no da, por sí mismo, origen a la acción de enriquecimiento sin causa. Frente a una retención sin causa existe una pluralidad de acciones tendentes o restablecer el equilibrio patrimonial (v. gr.: reivindicatoria, interdictos posesorios, etc.); lo que caracteriza, frente a todas ellas, a la acción de enriquecimiento es que su ejercicio presupone la producción, de hecho, de una adquisición del bien o ventaja en el patrimonio del enriquecido; pero ello, no porque en nuestro Derecho rija un sistema de adquisiciones abstractas, sino porque la propia naturaleza del bien adquirido, o por circunstancias concurrentes en el desvío patrimonial, ya no es proponible una acción real recuperadora de la cosa misma. En efecto, existen adquisiciones de bienes o ventajas patrimoniales que por su propia naturaleza no son recuperables: tal sucede cuando la ventaja se deriva del uso o consumo de una cosa ajena, o cuando consiste en una cosa genérica no identificable, o cuando se ha enajenado a un tercero que resulta protegido, o cuando resulta del empleo del trabajo profesional de otra persona. En todos estos casos, se produce una efectiva adquisición patrimonial, con independencia de la existencia de una causa, en función de la propia naturaleza del bien adquirido o de circunstancias posteriores al desvío patrimonial; estas adquisiciones patrimoniales, que denominamos impropias, son las que principalmente dan origen a la acción de enriquecimiento sin causa.

ROCA SASTRE³⁵, al enfrentarse con el sistema causal de nuestro Derecho, concluye que en él sólo puede existir una acción de enriquecimiento sin causa en un sentido económico y de equidad. La doctrina del enriquecimiento sin causa, en sentido técnico, es el justo complemento de las prescripciones sobre negocios abstractos, y al no ser estos admitidos en nuestro Derecho, la acción queda independizada del concepto que de ella existe en otros ordenamientos. La crítica de esta postura se basa, si consideramos lo dicho anteriormente, en el diferente juego de dos acciones: *condictio* (de naturaleza personal) y *reivindicatio* (de naturaleza real). ROCA SASTRE, opina que en vista de la necesidad de «causa» en todas las transmisiones, en caso de ausencia de un prece-

dente obligacional, no podrá actuar la *condictio*, de naturaleza personal (que, por tanto, implica la efectividad adquisición de cosa o ventaja), sino sólo la *reivindicatio* de naturaleza real. Pero, si observamos algo más detenidamente el fenómeno, vemos que existen adquisiciones sin «causa» que dan origen a una restitución de naturaleza personal, porque es imposible que actúe una acción de naturaleza real, al haberse consumido la cosa, o al no ser posible su identificación, etc...

d) *Discusiones sobre el concepto de causa*

¿Pero qué se entiende por falta de causa?; la falta de causa se refiere a la inexistencia de un precedente negocial o legal que justifique una adquisición o, visto de otro punto de vista, en los actos de adquisición *inter vivos*, la falta de una contraprestación o contrapromesa o de un ánimo de liberalidad.

Los autores mantienen principalmente dos posturas.

Para unos autores³⁶, el concepto de causa debe considerarse como una concreción de los criterios de cambio. Causa será, o bien el ánimo de liberalidad del empobrecido, o bien el equivalente o recíproco que se recibe en el intercambio de los bienes. Los autores que se suman a esta postura, declaran que no será *injustificado* el enriquecimiento cuando en el intercambio de los bienes, el bien salido de un patrimonio es de menos valor que aquel recíproco que ha entrado en él, pues en este punto interfiere el concepto de autonomía de la voluntad admitido por el Derecho. También aclaran que las ventajas que tengan su origen en la ley, que impone una obligación a una persona en beneficio de otra, no podrán considerarse como injustificadas³⁷.

³⁶ La tesis, con algunas ligeras variantes entre los autores, tiene, al parecer, su origen en MAURY, *Essai sur la notion d'équivalence en Droit civil français*, Toulouse, 1920; pero tendrá su potenciación a partir de la publicación del trabajo de ROUAST («L'enrichissement sans cause» *RTDC*, 1922, págs. 35 y sigs.), obteniendo gran predicamento en la doctrina francesa (DRAKIDIS, *op. cit.*, pág. 583; CARBONNIER, *Théorie des obligations*, París, 1963, págs. 714 y sigs.; WEIL, *Droit civil: Les obligations*, París, 1971, pág. 428); en la italiana (PACCHIONI *I quasi contratti e l'azione d'arricchimento*, Padova, 1927, págs. 281 y sigs.; GORLA, *op. cit.*, págs. 170 y sigs.); e incluso en la española (PUIG PENA, *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, vol. II, Madrid, 1951, pág. 559; LACRUZ BERDEJO, «Notas sobre el enriquecimiento sin causa» *RCDI*, mayo-junio, 1969, págs. 569 y sigs.)

³⁷ Como ya señalaba, la teoría de la causa del contrato o de la obligación no se utiliza normalmente por la doctrina jurídica con anterioridad a la codificación. Parece una consecuencia del principio de libertad contractual, como límite a la autonomía de la voluntad que cumple la función «esencializadora» del contrato, incorporando algunas de las funciones que cumplía históricamente la teoría del justiprecio: calificación de los contratos, sinalagma contractual, tutela de acreedores y legitima-

³⁵ «El enriquecimiento sin causa», en *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1948, t. I, págs. 485 y sigs., con la colaboración de PUIG BRUTAU.

Para otros autores³⁸, la carencia de un título para retener una ventaja, es lo que caracteriza la falta de justa causa en un enriquecimiento. La mayoría de los autores explican que la noción del título para retener se manifiesta bajo dos aspectos principales: o bien porque existe un previo negocio jurídico válido y eficaz entre ellos, o porque existe una expresa disposición legal que de esta manera lo dispone. Así, el negocio jurídico y la ley son las dos principales causas de adquisición de un bien o ventaja.

Ambas posturas han sido objeto de críticas; a la primera, quizá sea la más detenida la que realiza RIPERT³⁹, en la que se dice, entre otras cosas, que dado que los hombres tienen la costumbre de actuar por motivaciones semejantes a las descritas, se sigue que nunca habrá, en efecto, un enriquecimiento sin causa y el único caso en el que lo encontraríamos sería cuando la prestación tomada en consideración no se produce. A la segunda postura, se ha objetado por ROUAST⁴⁰, que la noción de título que parece simplificarlo todo, no hace sino evitar definir lo que sea la causa, desplazando la problemática de la causa a la problemática del título, pues en todo caso se tratará de saber cuando existe título justificativo y cual es su alcance; y, continúa señalando que⁴¹, tras la noción un poco superficial de título, se encuentra la idea de contrapartida, siempre que superemos las dificultades de hecho que se derivan de que esta contrapartida sea de menor valor que la ventaja, y de que pueda revestir naturaleza moral⁴².

rios, etc... A través de la teoría de la causa se reedifica en parte el edificio del Derecho patrimonial que se demolió al afirmar la libertad de tasa de interés, y la no exigencia de equivalencia material de las prestaciones. La causa como reciprocidad es un principio «esencial» de identidad del contrato.

³⁸ Cfr., por ejemplo, JOSSEAND (*Derecho civil*, trad. de Cunchillos y Manterola, t. II, vol. I, Buenos Aires, 1950, pág. 458); THIEDOROFF (*L'enrichissement sans cause*, Toulouse, 1907, págs. 129 y sigs.); MOISOU (*L'enrichissement injust cit.*, págs. 254 y sigs.); ROUBIER «La position française en matie d'enrichissement sans cause», en *Travaux de l'association Henry Capitant pour la culture juridique française*, vol. VI, 1948, págs. 49 y sigs.; PEROT MORIEL, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, París, 1961, págs. 164 y sigs.; En España DÍEZ PÍCAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, pág. 81, etc.

³⁹ *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, págs. 254 y sigs.

⁴⁰ En *Travaux de l'association H. Capitant pour la culture juridique française* vol. VI, 1948, pág. 103 (debate a las ponencias de ROUBIER y BREGSTEIN).

⁴¹ *Ibid.*, pág. 104.

⁴² BARCELONA («Note critique in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione», *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, págs. 19 y sigs.), realiza una importante crítica a ambas posturas y, en general a la teoría del enriqueci-

En realidad, y como vamos a intentar poner de manifiesto a continuación, ambas posturas no son en ningún modo contrapuestas: la primera, que considera la causa como contrapartida, contiene la salvedad de que la ley justifica los enriquecimientos, y lo que sucede es que se centra esencialmente en la dinámica del negocio contractual como justificación de una adquisición patrimonial. Es expresivo, por otra parte, el que un gran actor de la doctrina, en el punto de la justificación de los enriquecimientos, coincida con la llamada «tesis tradicional» sobre la causa de la obligación; ello, a nuestro juicio, sucede porque —como vamos a intentar exponer detenidamente a continuación— a los actos voluntarios intervivos de desvío patrimonial, es referible la teoría de la causa recogida en el art. 1274 del Código civil. La razón es que el Derecho codificado sustituye la antigua noción de justiprecio contractual

miento sin causa a falta de un negocio que fuese a la vez fuente reconocida y justificación de un desvío patrimonial, no debería proponerse un autónomo problema de reacción al enriquecimiento, ya que falta el mismo traspaso patrimonial que podría haberlo determinado (sin título no existe Derecho). Podría hablarse de un enriquecimiento en los traspasos patrimoniales de tipo material y en aquellos que suponen un *facere* del empobrecido, pero mientras frente a los primeros debería reaccionarse con las acciones reales, frente a los segundos se debería reaccionar con la acción derivada de la gestión útil. No vale objetar que la acción de enriquecimiento sería el oportuno subrogado de la acción reivindicatoria, o de la acción derivada de la gestión útil; pues si la imposibilidad de ejercicio de la reivindicatoria se debe a un comportamiento ilícito del enriquecido, el subrogado natural sería una acción para exigir la responsabilidad de éste, y, respectivamente, para la otra hipótesis, la no proponibilidad de la acción derivada de la gestión útil, debería ser preclusiva para el ejercicio de cualquier otra acción tendente a análogo resultado.

En segundo lugar, observa el citado autor, si la solución propuesta por la doctrina dominante fuera exacta, el resultado de la acción de repetición por pago de lo indebido debería corresponderse con los efectos que se derivan de la nulidad o anulación de un contrato. En otras palabras, el recurso a la acción de repetición debería conducir en el plano restitutorio a los mismos efectos que la acción de nulidad o anulación de un contrato. Sin embargo —continúa BARCELONA—, sobre el plano no susceptible de desmentir de la realidad normativa, se plantean importantes dificultades de coordinación. Así, primero, en la transcendencia de la buena fe del *accipiens* (mientras el régimen del pago de lo indebido da derecho a que retenga los frutos, rentas e intereses, deben éstos restituirse tras la nulidad o anulación del contrato); segundo, en el régimen de oponibilidad a terceros que traigan su causa en el *accipiens*; tercero, en la reglamentación por riesgo de pérdida de la cosa debida; cuarto, en la prescripción de la acción de repetición; y, por último, en la medida de la restitución.

Como veremos después en la tercera parte de este libro, a la demoledora crítica de BARCELONA, realizada desde el análisis al texto codificado, sólo se le puede responder subrayando el componente renovador del Derecho que supone la teoría del enriquecimiento injusto.

por la de causa como reciprocidad formal de las prestaciones. A mi juicio, una persona se enriquece justificadamente cuando adquiere un determinado bien o ventaja en virtud de la correspondiente atribución que de la misma hace el ordenamiento jurídico, bien en su función de tutela e integración de la autonomía de la voluntad (negocio jurídico como causa), bien a través de la concreción, en normas positivas, de principios de equidad, prudencia o seguridad (ley como causa). Dos son los caracteres principales de la acción de enriquecimiento sin causa en sentido técnico: de una parte, su carácter de acción personal recuperadora de valor, y, de otra, su finalidad restitutoria frente a las atribuciones patrimoniales impropias. El Derecho, en la regulación de la adquisición y circulación de los bienes, atribuye a las personas —bien en su función de tutela a la autonomía de la voluntad a través de una figura negocial concreta; bien en función de su positivación de normas de justicia, prudencia o seguridad—, la titularidad de bienes y el disfrute de las ventajas que se derivan de dicha titularidad. Un enriquecimiento es injustificado cuando la ventaja en que consiste es disfrutada efectivamente por otra persona diversa de aquélla a la que el derecho se le atribuía. Es decir, cuando la titularidad jurídica de un bien o ventaja correspondía a una persona y ha sido efectivamente disfrutada por otra, sin conformidad con un título válido. La autonomía de la voluntad, en la autorregulación de los intereses privados, tutelada e integrada por el ordenamiento jurídico, puede establecer una *LEX privata* en virtud de la cual pueden resultar para un tercero mejoras patrimoniales (negocio jurídico como causa); y en el contrato la reciprocidad formal actúa también como elemento causal esencializador del contrato. La ley puede también enriquecer a una persona justificadamente, siempre que le atribuya una ventaja patrimonial. El enriquecimiento está justificado en la medida en que esté fundamentado en una norma jurídica. Las vicisitudes, finalidades, cargas, etc. de la atribución estarán, por otra parte, reguladas por la propia norma jurídica que la establece.

A nuestro parecer, la expresión «sin causa» significa ausencia de un título válido de atribución, es decir, ausencia de un negocio jurídico o de una ley que atribuya a una persona la titularidad de un bien o el disfrute de una ventaja. Todo ello, sin embargo, no implica incompatibilidad con la funcionalidad de la causa como contrapartida. En los actos voluntarios de atribución patrimonial *inter vivos*, a nuestro juicio, para su validez y eficacia, se exige la existencia de un correspectivo, que puede, sin embargo, revestir naturaleza moral (ánimo de liberalidad).

En el estudio de la dinámica de la acción de enriquecimiento sin causa, dos conceptos se prestan a una especial confusión, y, por tanto, deben ser objeto de un detenido estudio: de una parte, el concepto de onerosidad (en el sentido de bien o ventaja que ha entrado en nuestro

patrimonio, conexo y recíprocamente al bien o ventaja que ha salido de él), y, de otra, el concepto de equivalencia (igualdad de valor en el intercambio de los bienes). Mientras que la onerosidad es requisito causal de la obligación, la equivalencia, en términos generales, no tiene trascendencia jurídica.

En efecto, cuando una persona, en virtud de un acto voluntario, abandona una titularidad o una ventaja, en beneficio de otro patrimonio, el derecho sólo tiene en cuenta dicha voluntad en la medida en que se corresponde con un bien o ventaja recíproca que entra en él, o cuando la voluntad tiende directamente a enriquecer al tercero (ánimo de liberalidad). El fenómeno que podemos enfocarlo bajo en punto de vista de la obligación, se reproduce en el orden de las atribuciones patrimoniales; así, cuando una persona promete dar una cosa o prestar un servicio, dicha promesa será válida y eficaz en la medida en que se cumpla y sea válida la contrapromesa o contraprestación; recíproca; si ésta no se cumple, es inválida, o no ha existido, la atribución realizada ha de calificarse de «sin causa» y, por tanto repetible.

Así pues, y únicamente con respecto a los actos voluntarios la atribución patrimonial *inter vivos*, es indiferente, a la hora de calificarlos como sin causa, el que digamos que no ha habido un negocio o acuerdo contractual válido que los legitime, o que digamos que ha existido o no se ha cumplido la contrapromesa o contraprestación recíproca en función de la cual se prometieron o realizaron. Ello es lógico que sea así: en los actos voluntarios de liberalidad a un tercero se exige una forma —dado el escepticismo con el que el orden jurídico contempla dichas atribuciones, y la lógica defensa de propio donante, sus acreedores y herederos legitimarios (la forma implica publicidad y facilita la prueba)—; por otra parte, en función de esas razones, el Código civil excluye expresamente de su regulación la donación presunta o *ex lege* (admitida por el Digesto, Las Partidas, y el proyecto de GARCÍA GOYENA de 1815) en virtud de la cual se entiende que el que paga lo indebido sin error se presume que dona. De todo ello se deduce, a *contrario sensu*, que una atribución patrimonial —voluntaria e *inter vivos*— que no sea calificable de donación, sólo tendrá eficacia en la medida que se corresponda con una contraprestación; de lo contrario, se estará admitiendo de hecho, una forma de donación no incluíble en los esquemas típicos a través de los cuales se estructura el ánimo de liberalidad.

e) *La causa y la equivalencia material de las prestaciones: precio injusto pero enriquecimiento justo.*

Con lo dicho hasta ahora, quedan delimitados los presupuestos de orden jurídico de la acción de enriquecimientos sin causa. Plantea, con

todo, algún problema el contrato como justificación del enriquecimiento, en cuanto que, dadas dos prestaciones recíprocas puede existir diferencia de valor entre ambas enriqueciéndose una de las partes contratantes a costa de la otra ¿está este enriquecimiento injustificado?

Observa BARBERA que el enriquecimiento injusto se relaciona inevitablemente con la importancia que la convivencia social atribuye a la proporción del cambio económico en el fenómeno típico y primario de la autonomía de la voluntad⁴³, en este problema, se evidencia plásticamente el contraste entre los principios de la justicia conmutativa y aquéllos más propiamente jurídicos de la certeza y seguridad del Derecho⁴⁴. ¿Qué valor se va a conceder en nuestro Derecho a la equivalencia económica de las prestaciones?, ¿cuándo está justificado el enriquecimiento derivado de un contrato? A nuestro parecer, *el enriquecimiento derivado de un contrato está justificado aun cuando no exista una equivalencia económica de prestaciones*; señala DE CASTRO, en este sentido, como el abandono de la concepción del precio justo, y el modo restringido con que el Código concede la rescisión por lesión (art. 1294), cierra la posibilidad de un concepto puramente económico de la equivalencia de las prestaciones⁴⁵. En el Derecho contractual, se impone en primer lugar un principio de libertad, que debe ser tomado en consideración por encima del de equidad, ya que el ordenamiento jurídico no está únicamente inspirado en criterios de justicia, sino que debe satisfacer otros valores; lo que puede ser injusto desde el punto de vista moral, puede ser legítimo bajo el punto de vista jurídico⁴⁶. La dualidad entre justificación moral y justificación jurídica es puesta de manifiesto por RIPERT, quien señala que el que se enriquece a costa de otro con el empleo adecuado de los modos jurídicos, puede estar obligado en conciencia, pero esta obligación no se convertirá nunca en una obligación civil: así el que se enriquece por un contrato lesivo no podrá ser obligado a restituir mientras que la lesión no sea causa de nulidad del contrato⁴⁷. A nuestro parecer, como dice PINO, la equivalencia debe ser entendida como igualdad de valor que las partes atribuyen a los objetos de las respectivas prestaciones, con la intención de dar a cada uno la función de

equivalencia de otro⁴⁸. PEROT MOREL, nos señala que la introducción del principio del enriquecimiento sin causa en el Derecho contractual, equivaldría pura y simplemente a la admisión de la teoría de la lesión, y su intervención destruiría toda la seguridad de las relaciones jurídicas⁴⁹. TRIMARCHI advierte la inadecuada utilización del enriquecimiento sin causa para paliar los efectos lesivos que se derivan del cumplimiento de prestaciones con moneda devaluada⁵⁰.

En definitiva, si tomamos un concepto de causa que se refiera únicamente a la equivalencia, nos exponemos a acabar permitiendo la revisión de los contratos cuando una prestación fuera superior a la otra, lo que permitiría una invasión del derecho por el enriquecimiento sin causa, arruinando así la fuerza obligatoria de los contratos en virtud de una acción de rescisión por lesión, cuando ésta está expresamente prohibida por nuestra leyes.

Es indiferente, en principio, que la excesiva onerosidad de las prestaciones sea originaria o sobrevinida⁵¹, y, mucho menos, que la contraprestación ya no sea útil a uno de los contratantes⁵². Sin embargo, escribe PINO, la doctrina y jurisprudencia no pueden quedar indiferentes por las graves consecuencias provocadas por la devaluación y, como siempre sucede en análogos períodos históricos, se tiende a superar la rigidez de las *regula iuris* atenuando la gravedad de los efectos de la devaluación⁵³. En nuestro Derecho, el Tribunal Supremo aplica excepcionalmente la cláusula *Rebus sic stantibus* para modificar judicialmente los títulos contractuales en los contratos de tracto sucesivo o ejecución diferida, cuando las partes no previeron ni debieron prever la alteración de las circunstancias; la naturaleza moral de la cláusula, como manifestación de la tensión entre *equitas* y *ius strictum*, conduce a que, por nuestra parte, no la consideremos como un remedio específico fundado en la acción de enriquecimiento sin causa en sentido estricto —como la

⁴³ «Contributo alla teoria delle eccessive onerosità delle prestazioni», *archivio giuridico* 1954, págs. 63 y sigs.

⁴⁴ *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, París, 1961, pág. 165.

⁴⁵ *L'arricchimento senza causa*, Milán, 1962, pág. 35.

⁴⁶ Por ejemplo, el mayor coste de la hoja de lata, no exonera de la obligación de cumplir el contrato de suministro, aunque ya no sea rentable para el vendedor (S., TS, 17 de mayo, 1957, col. leg. 388, pág. 478). La jurisprudencia declara en múltiples ocasiones que el precio justo no es elemento del contrato (S., TS, 22 de marzo, 1985.)

⁴⁷ Es el tema de la frustración del fin del contrato que no trataremos por tratarse de un tema tangencial a nuestro estudio. Sobre nuestra postura, *vide infra* cap. II y V. Nota 29.

⁴⁸ *Op. cit.*, pág. 32.

⁴³ *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, pág. 79.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 80.

⁴⁵ *El negocio jurídico cit.*, pág. 262.

⁴⁶ ROUBIER, «La position française en matière d'enrichissement sans cause», *Travaux de l'association H. Capitant pour la culture juridique française* 1964, vol. VI, pág. 39.

⁴⁷ *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, pág. 263.

hemos definido— sino más propiamente un remedio equitativo, de naturaleza moral, fundado en el principio general de Derecho que prohíbe enriquecerse injustamente.

Las normas positivas prevén también excepcionalmente la modificación del título contractual en función del desequilibrio sobrevenido (v. gr. art. 1575 del CC reducción de la renta de un arrendamiento rústico en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios o imprevistos), pero, en los casos en que ello sucede, se ve nuevamente la excepcionalidad que comporta; por las mismas razones aducidas en el supuesto anterior, concluiremos su exclusión de la teoría del enriquecimiento sin causa en sentido estricto. Notemos que esta modificación legal del título puede ser previa al desequilibrio (v. gr. art. 1575) o posterior al mismo (v. gr. legislación sobre contratación en zona republicana).

En conclusión, podemos decir que el contrato enriquece con causa o justificadamente; y ello aun cuando la prestación y la contraprestación no tengan un valor equivalente y uno de los contratantes obtenga una ventaja patrimonial que lo enriquezca. Es independiente, a estos efectos, que en el momento de la celebración del contrato los contratantes sean conscientes de este desequilibrio en el valor de las prestaciones, o que en el momento de ejecución del contrato la alteración de las circunstancias (hayan podido o no ser previstas), conduzca a un desequilibrio patrimonial. En estos casos, el enriquecimiento queda justificado en virtud de aplicación del principio («pácta sunt servanda»), principio concordante, en los casos de prestaciones de dinero, con el llamado principio nominalista. Sólo en casos excepcionales, una norma jurídica positiva prevé (con carácter general o excepcional) una alteración de las circunstancias y modifica el título contractual. Y también con carácter excepcional, las especiales circunstancias actuales de devaluación de la moneda, inflación, etc... han traído consigo el que el Tribunal Supremo haya tomado en cuenta dicha alteración en los contratos onerosos de ejecución diferida o tracto sucesivo cuando los contratantes no «debieron prever dicha alteración y los resultados lesionen gravemente la equidad y los principios de la onerosidad o igualdad de los contratantes».

En este sentido reiteradamente la jurisprudencia declara justo el enriquecimiento de quien recibe una atribución de conformidad con el ordenamiento jurídico, porque existe un negocio válido y eficaz entre las partes (S., TS, 28 de marzo de 1990), aunque el resultado crematístico no se corresponda a las apetencias de uno de los contratantes (S., TS, de 23 de noviembre de 1989). El principio del enriquecimiento injusto no es aplicable al contrato de compraventa por estar excluido

del ordenamiento jurídico la regla del precio justo, al no estimarse indispensable la existencia de exacta adecuación entre el precio pactado y el verdadero valor de la cosa enajenada (Ss., TS, 22 de marzo de 1985, 19 de abril de 1990). No hay enriquecimiento torticero cuando se adquiere utilidad en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso, o de una sentencia que lo estima procedente en derecho, mientras no se acredite ni fraude ni abuso en quien actuó (S., TS, 30 de marzo de 1988). El coste superior al previsto de una obra debe imputarse a cargo del contratista que se comprometió a realizar la obra a un tanto alzado (S., TS, 8 de marzo de 1989).

En ocasiones el enriquecimiento se funda en el carácter aleatorio del contrato. Por eso en un contrato de renta vitalicia si el pensionista —en este caso la madre— transmite bienes a uno de los hijos a cambio de una renta, no hay enriquecimiento injusto para el dador de la renta si el rentista fallece inmediatamente después de la transmisión por causa no previsible (S., TS, 9 de febrero de 1990).

C) *La crisis de la reciprocidad formal de las prestaciones y teoría del enriquecimiento sin causa*

a) *Planteamiento*

Sin embargo, no cabe duda que un modelo social significativo de contratación parece ir mostrando la crisis del modelo liberal codificado de Derecho patrimonial. El establecimiento legislativo de la noción de usura supone la reintroducción velada, para supuestos concretos, de la noción del justiprecio. La admisión jurisprudencial de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, que se entiende sobrentendida en los contratos de tracto sucesivo y ejecución diferida, es una admisión de la antigua lesión enorme, aunque ahora camuflada en la idea de imprevisibilidad (respetando terminológicamente los principios voluntaristas del Derecho patrimonial codificado)⁵⁴. Pero es que una equivalencia material de las prestaciones no sólo protege a los contratantes sino que protege también a los terceros (acreedores y legitimarios). La teoría de la

⁵⁴ En ocasiones la jurisprudencia trata la cláusula *Rebus* como una subespecie de la teoría más general del enriquecimiento sin causa. Así, S., TS, de 16 de junio, de 1983: la previsión de la alteración de las circunstancias y riesgos impide la aplicación de la cláusula *Rebus* y la alegación del enriquecimiento injusto.

simulación⁵⁵ y de la causa ilícita⁵⁶ son utilizadas por el Tribunal Supremo para la defensa de la equivalencia material de las prestaciones, en particular en favor de tercero, considerándose en ocasiones como indicio más característico de la simulación o de la ilicitud de la causa el valor de las prestaciones. Así pues, podemos concluir que la «injusticia» del precio tiene una trascendencia determinante para la interpretación de los contratos (por ejemplo, S., TS, 22 de mayo de 1980, para interpretar el plazo de ejercicio de una opción), para la correcta calificación de los contratos (las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son, teoría de la simulación, etc.), como elemento determinantes del fraude de acreedores (el *eventum damnis* es determinante pues el *consilium fraudis* se deduce de la conducta significativa)⁵⁷, y también como elemento de protección a los legitimarios (teoría de la causa ilícita), y a los principios y fines sociales y públicos del ordenamiento jurídico (causa como correcta calificación, reciprocidad de las prestaciones como elemento calificador de los contratos)⁵⁸. Recuérdese que el justiprecio era el elemento moral fundamentador de la teoría contractual en el antiguo régimen (función calificadora, protección de los acreedores y de los propios contratantes). La causa es un elemento de reestructuración y limitación de la autonomía de la voluntad como principal sucedáneo liberal a la teoría del justiprecio. No es extraño que a través de la teoría del enriquecimiento sin causa se hagan efectivos fines sociales y jurídicos que en un Derecho liberal se encuentran desamparados. La causa es el principal elemento calificador (identificador) del contrato, en el Derecho patrimonial vigente.

⁵⁵ Véase el estudio sobre este punto de ARRECHEDERRA (*La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Madrid, 1978, págs. 97 y sigs. y págs. 342 y sigs.). Recientemente la S. TS. de 16 de septiembre de 1988 insiste sobre esta idea: el escaso valor de las deudas reconocidas es indicio significativo de la simulación de una dación en pago.

⁵⁶ Sobre el tema de la causa ilícita y protección de legitimarios véase el interesante estudio de TORRALBA SORIANO, «Causa ilícita, exposición sistemática de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADC*, 1966, págs. 661 y sigs.

⁵⁷ El tema merece un estudio más detallado. Pueden verse las consideraciones de LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1, págs. 338 y sigs.

⁵⁸ Son muchas las sentencias en las que el Tribunal Supremo afirma que las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. Pero ... ¿cómo determinar lo que son? La equivalencia y el carácter de las prestaciones parece el indicio más significativo. Una interesante sentencia en este sentido la de 9 de diciembre, de 1983, se encarga un proyecto a un arquitecto que resulta imposible por la denegación de la licencia municipal, denegación conocida por el arquitecto; el Tribunal Supremo deniega posteriormente la reclamación de honorarios alegando la equivalencia contractual la buena fe y los principios que prohíben el enriquecimiento injusto.

b) Justicia del precio y prueba de la simulación, la usura y el fraude

El precio justo o equivalencia material de las prestaciones es un auténtico paradigma del Derecho contractual, como nos muestra el análisis de la jurisprudencia. Analizando detalladamente los supuestos en que se niega eficacia a un contrato por aplicación de las nociones de simulación, usura y fraude, se observa que en el momento de la prueba, el valor objetivo de las prestaciones ha sido un elemento decisivo para la calificación jurisprudencial.

La simulación se prueba por indicios. Pero ¿cuáles son los indicios delatores de una simulación? El estudio de CARCABA FERNÁNDEZ, analiza detalladamente los indicios simuladores en la jurisprudencia⁵⁹, y resulta sumamente interesante contraponer la noción de «indicio simulador» con la de «contrato encubridor» tal como se define en la jurisprudencia en sede de usura⁶⁰. Está claro que ambos conceptos participan de una noción de moralidad objetiva en el Derecho patrimonial que se prueba preferentemente en la injusticia del precio. La mirada experimentada que analiza un contrato se asegura casi de forma mimética si la equivalencia objetiva de las prestaciones en relación con la situación personal de los contratantes permite asumir un nivel mínimo de moralidad objetiva en el contrato⁶¹.

La jurisprudencia reitera la dificultad de prueba de la simulación (Ss., TS, 5 de noviembre de 1988, 23 de septiembre de 1989). Existe en un supuesto de precio reducido en relación con el valor real de los bienes (Ss., TS, 15 de junio de 1988, 19 de diciembre de 1988), valor ficticio que se dice equivalente al precio (S., TS, 26 de octubre de 1987), tratándose generalmente fraude y simulación como conceptos conexos (S., TS, 18 de mayo de 1989).

El precio inadecuado se asimila a la falta de precio (S., TS, 16 de septiembre de 1988), como también el precio simbólico (S., TS, 5 de noviembre de 1988), la equivalencia material es lo que la S., TS, de 29 de noviembre de 1989, denomina *presupuesto de razonabilidad del contrato*. El precio vil elimina la causa (S., TS, de 4 de abril de 1990), *ibidem* la falta de prueba de la entrega efectiva del precio (S., TS, 23 de septiembre de 1989), como la venta a bajo precio con la voluntad de crear una

⁵⁹ *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, en particular págs. 136 y sigs.

⁶⁰ SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusula de estabilización*, Pamplona, 1986.

⁶¹ Véase mi comentario a la S., TS, de 16 de septiembre de 1988, en *CCJC*, septiembre-diciembre de 1988, pág. 817.

ficticia situación de insolvencia (Ss., TS, 5 de noviembre de 1988, 15 de diciembre de 1989).

Los ejemplos podrían multiplicarse y en definitiva parecen mostrar que la equivalencia material de las prestaciones que salió de los códigos civiles como noción jurídica, vuelve a reintroducirse jurisprudencialmente como elemento significativo de prueba (junto con la libertad e idoneidad de los contratantes) de las nociones de simulación, usura y fraude. Que se tratan por la jurisprudencia de manera conexa.

c) *La justicia del precio y la protección de los contratantes*

La justicia del precio defiende a los contratantes en tres nociones claves del Derecho patrimonial: la usura, la modificabilidad judicial de los contratos de tracto sucesivo o ejecución diferida, y la modificabilidad judicial de la cláusula penal. El examen de la jurisprudencia nos muestra que las tres nociones tienden a objetivarlo y se desligan de los supuestos estrictos y excepcionales para los que han surgido.

El concepto de usura tiene una aplicabilidad general en nuestro Derecho pues se aplica a todo «contrato encubridor». Aunque se define en relación al contrato de préstamo, es sin embargo en la Ley Azcárate, un concepto general de Derecho contractual; aplicable a todo contrato, por la irreductible identidad entre usura y justiprecio. Significa reconocer la noción general de abuso subjetivo y objetivo en el precio⁶².

La cláusula *Rebus* se justifica teóricamente en la imprevisibilidad (S., TS, de 21 de febrero de 1990), pero su aplicación a la desproporción exorbitante y su tendencia a la objetivización es un hecho contrastable (S., TS, de 16 de octubre de 1989). El carácter exclusivamente modificativo de la cláusula hay que ponerlo en relación sobre las nuevas tendencias jurisprudenciales sobre el carácter resolutorio de la imposibilidad sobrevenida de la prestación que estudiamos en relación con el art. 1124 CC, y los casos de enriquecimiento sin causa⁶³. La modificabi-

⁶² Cuando la noción de usura se incorpora al art. 1448 del CC italiano se desarrolla una interesante discusión sobre su fundamento. Como vicio de la voluntad (ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1952, pág. 152), o como defecto de causa (SANTORO PASARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, pág. 185). Sin embargo, es un hecho la tendencia objetivizadora de la jurisprudencia italiana, en el que la desproporción misma tiende a tomarse como indicio de usura, hasta convertirse casi en un remedio general de rescisión. (Cfr. ANDREA FEDERICO, «Azione generale di rescissione e priorità logica dei suoi presupposti», *Rassegna di diritto civile*, 1991, 2, págs. 459 y sigs.).

⁶³ Vamos a ver en detalle en otro lugar de este libro que en la codificación la

lidad del contrato por alteración de las circunstancias se liga así a la nueva fundamentación de la eficacia del contrato no tanto en la voluntad de los contratantes como a la regulación objetiva y justa de las relaciones económicas. Como dice BESSONE, los contratantes están llamados a compartir justa y equitativamente los riesgos contractuales, en relación con la función económico-social del contrato, sin que la responsabilidad pueda imputarse a la voluntad más que en los términos de la justicia económica del contrato. A las partes no se les puede imponer en el momento del cumplimiento un gravamen exorbitante contrario a la buena fe contractual⁶⁴.

Como hemos estudiado en el capítulo II, la noción de usura se liga también históricamente a la de la cláusula penal. La consideración de la usura como una pena hace estimar ilícita toda cláusula penal en el que la indemnización exceda del daño efectivo. Principio que se incorpora expresamente al Código Civil, a pesar de su tendencia voluntarista, y cuya generalización y objetivización, a todo tipo de contratos, es también un hecho en la jurisprudencia reciente, que afirma tajantemente la exigencia efectiva de una equivalencia entre daño e indemnización (Ss., TS, 20 de octubre de 1988 y 12 de junio de 1989).

Así pues, ni la noción de estado de necesidad y abuso que define la usura, ni la imprevisibilidad que define la modificabilidad judicial del contrato, ni la limitación de toda indemnización al daño efectivo son conceptos estrictos y excepcionales, sino que se aplican de forma indiscriminada por la jurisprudencia en orden a la protección de los contratantes y tienen un fundamento efectivo en el equilibrio razonable de las prestaciones como presupuesto de exigibilidad del contrato.

d) *Justicia del precio y protección de terceros: simulación y fraude*

Llama la atención, examinando los tratados de Derecho anteriores a la codificación (ESCRICHE, FEBRERO, TAPIA, etc...), que no tratan de los conceptos de simulación y fraude, y que tampoco existe un desarrollo de la teoría de la causa. En realidad en el Derecho anterior al Código la protección de los acreedores se hace principalmente a través de la acción revocatoria o pauliana, y la protección de los legitimarios a través de las acciones de reducción y revocación por inoficiosidad. La noción

resolución por incumplimiento tiende a fundarse en la culpa, mientras que en el Derecho moderno tiende a asumir un carácter objetivo en la equivalencia y reciprocidad.

⁶⁴ *Adempimento e rischi contrattuale*, Milano, 1975.

de causa es una noción moderna, se elabora en la doctrina francesa inmediatamente anterior a la codificación (DOMAT, POTHIER), como elemento de calificación e identificación del contrato y como contrapunto a la autonomía de la voluntad. La elaboración sistemática de la noción de simulación y fraude parece ser obra de la pandectística como instrumento de protección social de acreedores, legitimarios, e interés de la República. La simulación como discrepancia entre voluntad y declaración, exige disponer de un elemento, además de la propia voluntad y declaración, que identifique y defina el contrato. Es la función que la doctrina especialmente italiana de posguerra va a atribuir a la causa⁶⁵. Pero la noción de causa resulta demasiado formalista y dogmática en la medida en que se pretende derivar del propio contrato, o de la voluntad de las partes. La causa no la definen los contratantes sino que es el resultado de la identificación jurídica de la función económico-social del contrato. La nueva noción de simulación no se define como discrepancia entre voluntad y declaración, sino que expresa un juicio de valor externo al negocio mismo y aun a la voluntad de las partes⁶⁶. No presupone un análisis psicológico de los particulares fines o intereses de las partes, sino la prevalencia y protección de los terceros y de los intereses de la República en la configuración jurídica de los negocios y su eficacia.

En un examen atento de la jurisprudencia encontramos que la noción de fraude aparece estrechamente ligada a la simulación y causa ilícita. Pero..., ¿qué es el fraude? La doctrina sigue unánimemente a DE CASTRO y lo considera como la utilización del ordenamiento jurídico en su apariencia para defraudar o conformar el «espíritu» de la ley. Es el único concepto de parte general que conozca en el que la doctrina, para definirlo, se ve obligada a invocar a «los espíritus» de la ley. Ya PUGLIATTI se preguntaba ¿cómo puede declararse la ineficacia de quien ha actuado válidamente según el ordenamiento jurídico?⁶⁷.

Una cuestión está clara: el fraude abandona el estrecho marco en el

⁶⁵ En particular BERNI, «Teoria generale del negozio giuridico», en *Trattato Vassalli*, XV, Torino, 1960, pág. 21.

⁶⁶ Por ejemplo, GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie delle simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1982; subraya la insatisfactoria funcionalidad de la teoría de la nulidad, su funcionalidad está más en relación con la eficacia interina de la voluntad y tutela de la apariencia. También CERONI, *Autonomia privata e simulazione*, Padova, 1990, pág. 35, la noción de causa es una respuesta normativa a presupuestos político-económicos existe un nexo constante entre acuerdo simulatorio y resultado fraudulento. El fraude es determinante de la noción de simulación (M. 56).

⁶⁷ ATTILIO NUTI, *La simulazione del contratto*, Milano, 1986, pág. 21.

que lo encorsetaba el Derecho codificado (fraude de acreedores), y actúa ahora mucho más radicalmente a través de la teoría de la causa y de la simulación. En el libro de ORDUNA MORENO se concluye que la rescisión por fraude de acreedores atraviesa claros síntomas de crisis de utilización. Una primera fase evolutiva es el abandono de la noción clásica de confabulación defraudatoria (Ss., TS, 4 mayo de 1950, 16 de junio de 1979); la crisis de su subsidiariedad, por una consideración objetiva que sólo considera el daño del acreedor (S., TS, de 17 de marzo de 1972)⁶⁸. Pero es que a partir de la jurisprudencia de los setenta, apenas existen sentencias que recojan la acción rescisoria por fraude, pues el acreedor tiene mecanismos mucho más radicales de actuación en las acciones de nulidad por causa ilícita y simulación. El propio art. 6.4. CC atribuye hoy, tras la reforma del Título preliminar, una funcionalidad directa a la noción de fraude en el ordenamiento.

Pero..., ¿quién y por qué tiene el poder de declarar un acto fraudulento? ¿Quién y por qué puede declarar un acto como simulado? Ambas cuestiones hay que ponerlas en relación con la doctrina jurisprudencial reiterada, de que los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son; la naturaleza de los contratos no depende de la denominación que le atribuyan las partes, sino de la esencia estructural y obligacional de sus pactos (Ss., TS, 11 de octubre de 1988 y 4 de noviembre de 1988). Pero..., ¿quién y por qué puede decidir qué son en realidad los contratos?

Aunque se configure jurisprudencialmente como elemento fáctico, cuestión de mera prueba, es lo cierto que la justicia económica de las prestaciones en el contrato llega a tomar carta de naturaleza como auténtico arquetipo estructural del contrato, como arquetipo definitorio de las instituciones patrimoniales, por más que los contratantes vistan sus acuerdos con los nombres que les convienen. El modelo voluntarista se conserva, pero la radicalidad de la actuación de las nociones de simulación y fraude está en relación con la mayor sensibilidad jurídica en búsqueda de mecanismos eficaces de protección de los terceros e intere-

⁶⁸ *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1987. Estudia en detalle la casuística de las Parridas, la elaboración subjetiva del fraude en el Código (*constitium fraudis*), y su funcionalización en la jurisprudencia: no se exige la búsqueda exhaustiva de bienes, la confabulación se prueba por el daño al acreedor.

⁶⁹ Véase mi comentario a la S., TS, de 16 de septiembre de 1988, en *CCJC*, 1988, pág. 817. Recientemente la S., TS, de 30 de abril de 1990, declara la nulidad de una atribución a bajo precio de bienes del consorcio conyugal, sin cuestionarse siquiera los requisitos de la acción revocatoria.

ses de la República. Y es que la justicia económica de las prestaciones no sólo protege a los contratantes, sino que es un presupuesto necesario para una sana ordenación del crédito (protección de los acreedores), que sustenta el ordenamiento patrimonial.

c) *Aplicación directa de la teoría del enriquecimiento sin causa para la revisión de los contratos*

Pero la teoría del enriquecimiento sin causa no sólo es un criterio moral informador de la evolución del Derecho patrimonial, sino que también en ocasiones el Tribunal Supremo toma directamente la acción para hacer efectiva una justicia patrimonial que no tenía cabida en los estrechos moldes del Derecho contractual codificado. Así en la S., TS, de 23 de marzo de 1966 utiliza la acción para revisar una subcontrata⁷⁰, en la S., TS, de 8 abril de 1978, impone el pago del precio de unas obras realizadas a petición de los hijos, en la S., TS, de 25 de junio de 1974, impone el pago de obras realizadas por empresa distinta de la contratada. La S., TS, de 16 de noviembre de 1979, estima la acción de un constructor contra los compradores de apartamentos, para la revisión del precio, fundándose en la buena fe contractual y el enriquecimiento sin causa (en sentido contrario, afirmando la irrevocabilidad del precio: S., TS, de 20 de noviembre de 1982, por el «alcas inherente a toda compraventa de cosa futura... riesgo que el constructor-vendedor conoce por su profesión»); y en la reciente S., TS, de 22 de marzo de 1988, compensa de la clientela obtenida por el concesionario tras la extinción de un contrato de exclusiva... Su aplicación directa a los contratos administrativos de obras y servicios es objeto de un epígrafe autónomo en el último capítulo de este libro. Son ejemplos de esta cierta crisis de los elementos determinantes del Derecho contractual (la irrevocabilidad del precio, el consentimiento contractual, etc.), hacia un modelo social de relaciones contractuales fundadas en la justicia de las prestaciones recíprocas, que toma en ocasiones la acción de enriquecimiento sin causa como acción equilibradora de un contacto social, que por ausencia de consentimiento o por cualquier otra razón no tendría ejecución directa en el Derecho contractual clásico, y que utiliza también el enriquecimiento sin causa para modificar los términos de un contrato eludiendo el principio *pacta sunt servanda*.

En este sentido, se ha formulado en el Derecho internacional privado la *teoría de los beneficios excesivos*. El caso más debatido es el de las nacionalizaciones de las compañías de cobre americanas por el Estado

⁷⁰ Véase estudiada en detalle esta sentencia en el cap. V, parte III de este libro.

chileno de SALVADOR ALLENDE. Aceptado comúnmente en el Derecho Internacional la licitud de las expropiaciones de compañías extranjeras, la validez de las mismas se condiciona al pago de un precio justo de expropiación; el gobierno chileno, que acepta la argumentación, alega que los beneficios de las mismas han sido excesivos (superiores al 50 por 100 del capital invertido por año), lo que contrasta con los beneficios de las mismas compañías en los Estados Unidos. El enriquecimiento injusto obtenido de la explotación debe servir de pago al justiprecio de la expropiación. (El problema está desarrollado en un trabajo inédito por el abogado chileno DÍAZ ALBONICO). En definitiva la tendencia del Derecho moderno es fundar un modelo de justicia en las relaciones económicas en el que la equivalencia material tiene un papel significativo que tiende a sustituir el principio liberal de la autonomía de la voluntad.

f) *La equivalencia material de las prestaciones y la interpretación de los términos de un contrato*

Puede afirmarse que frente al principio nominalista como mecanismo de interpretación y aplicación de los términos de un contrato, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, alegando el principio del enriquecimiento injusto, tiende a utilizar en los últimos tiempos principios valoristas, hacia una mayor reciprocidad (cfr. art. 1289 CC), y hacia una equivalencia material de las prestaciones.

Una sentencia histórica, anterior a la vigencia del Código civil es especialmente ilustrativa: don Eugenio Campos Valverde, depositó en el Banco Español de la isla de Cuba el 23 de septiembre de 1872, la cantidad de 20.000 pesos en concepto de depósito sin interés; posteriormente —en 1887— pretende (en realidad no él sino el cesionario de parte del crédito) la devolución de 14.000 pesos oro y no de 14.000 pesos nominales en billetes, alegando que, en caso contrario, se enriquece el Banco con más de un tercio del capital recibido; la afirmación es rechazada por el Tribunal Supremo puesto que el recurrente no ha tenido más perjuicio que si «los billetes hubiesen estado materialmente en su mano». (S., TS, 9 de julio de 1889). En esta sentencia, el principio nominalista se emplea como instrumento de interpretación y aplicación de los contratos.

Frente a esta corriente histórica, hoy en día, en muy distintas áreas jurídicas, una nueva corriente valorista, fundada en la equivalencia material de las prestaciones, tiende a utilizar la técnica del enriquecimiento injusto para interpretar y aplicar los términos de un contrato. Así las deudas pactadas en moneda extranjera: el flete pactado en moneda extranjera debe pagarse de acuerdo con la cotización al ser puesta

la mercancía a disposición del contratante (S., TS, 3 de octubre de 1957), el retraso en el pago de una deuda pactada en moneda extranjera obliga a compensar la devaluación de la moneda (S., TS, de 28 de enero de 1971)⁷¹. En general una dubitativa corriente jurisprudencial obliga a valorar los daños en el momento de liquidación del daño resarcible⁷². También fundado en una equivalencia material de las prestaciones, la S., TS, de 1 de diciembre de 1980 en la construcción de un edificio en solar social por uno de los socios, se niega a aplicar el principio del art. 361 CC, y dividir el edificio entre los socios (compensando al edificante el precio invertido), pues se trata de fenómenos económicos ajenos a la voluntad de los particulares, en el que la cosa sufrió un desproporcionado aumento de valor, del que se pretenden lucrar injustamente personas que no contribuyeron a crear el valor. Todo ello nos sitúa la acción de enriquecimiento sin causa en el marco del contrato social significativo a que antes hacíamos referencia.

D) *La subsidiariedad de la acción crítica*

Calificada la acción de enriquecimiento sin causa como acción personal, recuperadora de valor, frente a las atribuciones patrimoniales impropias, dicha acción, a nuestro juicio, dudosamente tiene un carácter subsidiario.

La tesis de la subsidiariedad, como hemos visto, nace en la jurisprudencia francesa a partir de la sentencia de la Corte de Casación de 2 de marzo de 1915, que, a su vez recoge la doctrina de AUBRY y RAU. Esta doctrina carece de raigambre histórica, y, sin tener un fundamento claro y uniforme, conduce a un oscurecimiento de la dinámica de la acción, que únicamente puede quedar configurada como una acción de equidad.

Al no haber sido comprendido lo que, a nuestro juicio, constituye la naturaleza de la acción de enriquecimiento (su carácter restitutorio de valor frente a las atribuciones patrimoniales impropias), el requisito de la subsidiariedad se hace necesario para evitar la desproporcionada amplitud de la acción.

La subsidiariedad, para la mayoría de la doctrina francesa, es una regla que viene a completar la ausencia de causa para evitar que sea des-

⁷¹ Cfr. BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981, en especial págs. 389 y sigs.

⁷² Cfr., más en detalle, cap. VII, parte III de este libro.

medurado su alcance⁷³. Como señala GORE⁷⁴, es difícil justificar su fundamento ante la observación de COLIN y CAPITANT de que el hecho de que una persona pueda ejercitar varias acciones a su elección, no es extraño ni anormal en el Derecho civil.

El requisito de la subsidiariedad es, desde luego, un requisito necesario si se configura la acción como una acción de equidad, puesto que su propia naturaleza moral conduce a que no pueda actuar allí donde actúe la técnica jurídica; sin embargo, si, como la hemos delimitado en este trabajo, la consideramos una acción destinada a corregir los desequilibrios patrimoniales derivados de las atribuciones impropias, la regla de la subsidiariedad se nos presenta como innecesaria, e incluso contraproducente, pues no permitiría el estudio coherente de los supuestos atípicos de ejercicio de la acción a través de aquellos supuestos recogidos específicamente en una norma jurídica⁷⁵.

⁷³ Si la acción se configura únicamente con requisito de la ausencia de causa, la acción requiere tal amplitud, que se hace necesario el delimitarla de alguna forma. Así, por ejemplo, la acción reivindicatoria persigue la restitución de un bien retenido sin causa por otro patrimonio. Sucede, a mi juicio, que debe distinguirse entre retención sin causa y adquisición sin causa; frente a la adquisición sin causa (en nuestro Derecho dado su sistema causal sólo son posibles las impropias), sólo puede actuar una acción recuperadora del valor pues el bien en sí mismo ya se ha perdido; frente a las retenciones sin causa, por el contrario, actúa una acción recuperadora de la cosa misma, y sólo de manera inexacta puede decirse que haya un enriquecimiento.

⁷⁴ *L'enrichissement au dépend d'autrui*, Paris, 1949, pág. 201.

⁷⁵ Con todo los autores franceses no llevan la doctrina de la subsidiariedad a sus últimas consecuencias; ver, en este sentido, la exposición de ROUAST (*Op. cit.*, págs. 82 y sigs.), de notable influencia en el Derecho francés. Últimamente se levantan además severas críticas a la subsidiariedad. P. CONTE, «Faute de l'appauvri et cause de l'appauvrissement: réflexions hétérodoxes sur un aspect controversé de la théorie de l'enrichissement sans cause», *RTDC*, 1987, págs. 223 y sigs., subraya que la exclusión de la acción, con fundamento en la subsidiariedad, si el enriquecimiento se produce por acto ilícito del enriquecido, convierte a la acción en una mera cáscara vacía (pág. 226). Y subraya con gran brillantez que la causa del empobrecimiento se tiene también en cuenta para fijar la medida de la restitución. MESTRE («Du principe de subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause», *RTDC*, 1988, pág. 745), afirma que no tiene un sentido claro y debe interpretarse como principio de no concurrencia. La afirmación del carácter subsidiario en el CC italiano de 1942 (art. 2042) le hace un instrumento de rara aplicación; sin embargo, subraya RESCIGNO («Repetizione dell'indebito», en *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, pág. 1225) que tiende a situarse en primer plano de atención doctrinal y jurisprudencial a pesar de su difícil caracterización. Por su parte BRECCIA (*cit.*, pág. 845), apunta que el requisito de la subsidiariedad tiende a evitar que se convierta en una acción de equidad, pero que si se lleva a sus últimas consecuencias priva a la acción de identidad, subraya también que la mayor parte de las pretensio-

En la doctrina española, NÚÑEZ LAGOS⁷⁶, acepta la doctrina de la subsidiariedad⁷⁷ y concluye afirmando que existe una doble subsidiariedad: en primer lugar, una subsidiariedad positiva: «la acción de enriquecimiento, por responder a un principio general de Derecho únicamente procede en defecto de otra acción derivada de un precepto legal aplicable»; y, en segundo lugar, una subsidiariedad negativa que consiste en que el enriquecimiento no esté consagrado por la Ley. Esta tesis ha tenido una importante influencia en la doctrina española; LACRUZ BERDEJO⁷⁸ mantiene, a mi juicio con mayor profundidad la tesis contraria; observa LACRUZ, que si bien el carácter subsidiario de la acción viene proclamado por varias sentencias, en ningún caso tal carácter subsidiario ha sido la *ratio decidendi* de las mismas. Observa por otra parte, que la *condictio sine causa* es muchas veces una acción de dependiente, pero ello no importa su compatibilidad con cualquier otra acción más o menos coincidente. Por otra parte —añade LACRUZ—, la subsidiariedad no puede deducirse del carácter supletorio que, como fuente, tienen los principios generales del Derecho.

En la jurisprudencia, a partir de la sentencia de 12 de abril de 1955, puede decirse que existe una clara tendencia a negar el carácter subsidiario de la acción. A nuestro parecer, cuando el enriquecimiento injusto era concebido en la jurisprudencia como una acción de equidad en la que se exigía incluso el empleo de medios reprobables para la consecución del enriquecimiento, la subsidiariedad de la acción se basaba en la idea de que siendo un instrumento para completar la técnica jurídica, no puede llegar donde ésta llegue. Sin embargo, definida una acción concreta, cuyo perfil se irá progresivamente clarificando, el requisito de la subsidiariedad pierde correlativamente su fundamento. Si examinamos el supuesto de hecho de la citada sentencia comprendemos, por

nes reconocidas en la jurisprudencia de alguna forma cluden las normas del Código Civil sobre restitución. NUTI («L'arricchimento senza causa cosiddetto ingiustificato», *Rassegna*, 1987, págs. 651 y sigs.), tiende también a interpretar la subsidiariedad en relación con la pluralidad de módulos restitutorios del enriquecimiento.

⁷⁶ *Op. cit.*, págs. 391 y sigs.

⁷⁷ A mi juicio, ello supone una contradicción dentro de la propia doctrina del autor, que, aún recogiendo y configurando la acción principalmente frente a los actos abstractos de adquisición de la propiedad, y las que nosotros venimos denominando atribuciones patrimoniales impropias —con una clara influencia de autores alemanes— en este punto, recoge la doctrina de Almonaco, nacido para el ordenamiento jurídico francés, donde la acción ejerce una funcionalidad muy diferente a la del Derecho germánico.

⁷⁸ *Op. cit.*, págs. 595 y sigs.

otra parte, el carácter de estricta justicia de esta línea jurisprudencial: consumada una intrusión minera por unos concesionarios en una concesión ajena, había prescrito ya la acción para exigir responsabilidad extracontractual; y, el argumento de la parte que realizó la intrusión, consistía fundamentalmente en afirmar que: la acción de enriquecimiento tiene naturaleza subsidiaria, en el caso de autos era aplicable la acción proviniente ex art. 1902 y, al haber prescrito la misma, debe desestimarse también la aplicación de la acción de enriquecimiento. El Tribunal Supremo, en sus considerandos, señala, por el contrario a) la independencia de la acción aquiliana de la acción de enriquecimiento, b) el hecho de que gran parte de la doctrina repudia la tesis de que la *condictio* actúe de manera subsidiaria. Para los defensores de la subsidiariedad de la acción, estas declaraciones son incorrectas y se deben a una imprecisión técnica del Tribunal Supremo: ¿si permitimos que actúe la acción de enriquecimiento cuando la acción de Derecho común que tutelaba dicha situación jurídica ha prescrito, no damos al traste con todas las instituciones jurídicas del Derecho patrimonial y especialmente con la finalidad social del instituto de la prescripción? La respuesta, en este caso, a mi juicio, es absolutamente negativa y se basa en una razón de justicia evidente: ¿cómo va a tener mayor protección jurídica aquél que se enriqueció de mala fe, o al menos con culpa, que aquél que se enriqueció de buena fe cuando en ambos existe una ausencia de causa para retener?; sería ilógico que ante nuestros Tribunales los abogados tuviesen especial interés en probar la mala fe o la culpa de sus patrocinados, cuando se les demandase por enriquecimiento sin causa.

La jurisprudencia más reciente afirma comúnmente la compatibilidad de la acción de enriquecimiento con la acción de daños, tanto para poder ejercitar la acción de enriquecimiento prescrita la acción ex art. 1902 CC, como para restituir el enriquecimiento obtenido mediante acto ilícito (así S., TS, 24 de enero de 1975)⁷⁹.

La no subsidiariedad de la acción implica:

⁷⁹ Véase con más detenimiento *infra* cap. VII al tratar el enriquecimiento obtenido mediante acto injusto. La compatibilidad entre la acción aquiliana y la acción de enriquecimiento sin causa tiene por otra parte un gran interés por cuanto la acción aquiliana indemniza un daño (empobrecimiento), mientras que la *condictio* recupera un provecho retenido sin causa (enriquecimiento); que además, en cuanto criterio restitutorio, sufre una ampliación a todos los provechos debidos obtener en los supuestos de enriquecimiento obtenido mediante acto ilícito. La comparabilidad entre ambas acciones, tiene, por otra parte, precedentes en el Derecho romano clásico (*condictio ex causa furtiva*), y está desarrollada de forma muy atractiva en el Derecho anglosajón (*Waver of torts*) (cfr. *supra* cap. I).

1.—La compatibilidad de los supuestos positivos previstos en normas legales con la acción de enriquecimiento sin causa. Lo que subraya las incoherencias y contradicciones del texto legislativo y tiene una gran funcionalidad renovadora del Derecho.

2.—La compatibilidad con otras acciones más o menos coincidentes. Esto presta una especial utilidad a la acción, cuando se realizan prestaciones en función de un acuerdo válido que no se puede probar. Y, lo que es más importante, implica también que en cualquier momento una persona puede abandonar su dominio sobre un bien concreto y reclamar su valor ejercitando la *condictio*, entre otras cosas porque siempre estará en manos del demandado el extinguir la acción personal entregando la cosa misma. La acción de enriquecimiento es así una acción mucho más elástica que, por ejemplo, la reivindicatoria, pues exige sólo la prueba de la obtención de una ventaja sin la existencia de un título idóneo para retener, y no la prueba diabólica del dominio⁸⁰. LACRUZ BERDEJO, en este sentido, con referencia al pago de lo indebido, declara:

«la existencia de una segunda pretensión al lado de la propiedad no es inútil; presenta como ventaja (menos notable tratándose de bienes muebles, merced al art. 464) el prescindir de la prueba del derecho de propiedad en el que paga, puesto que, como luego ha de verse, lo que funda la acción recuperatoria es la desposesión sin causa del *solsens*, independientemente de que ésta fuera o no propietario y el legitimado es sólo dicho *solsens* y aquél por quien pagó: Nunca el propietario de una cosa en cuanto tal, por su condición de propietario»⁸¹.

⁸⁰ El fenómeno no es extraño en Derecho. Así por ejemplo, DE CASTRO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 494, al referirse a la acción de nulidad señala «se ha suscitado la duda de si la declaración judicial de la nulidad, por ejemplo, de una compraventa, puede llevar consigo la declaración de que se restituyan recíprocamente precio y cosa vendida; preguntándose si para ello no sería necesario el ejercitar la acción reivindicatoria, con la exigencia de probar los requisitos de esta acción. Se ha superado la dificultad, atendiendo a que quien recibe algo indebidamente, por ello mismo (art. 1895), y por la declaración de nulidad (art. 1303), tiene obligación de restituirlo».

⁸¹ *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad*, *Termis*, 2, 1957, pág. 30.

TERCERA PARTE

LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

CAPÍTULO V
EVOLUCIÓN DOCTRINAL DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) *Trayectoria general*

A la jurisprudencia española le cabe el mérito de la construcción teórica y dogmática del enriquecimiento sin causa en el Derecho español. El Código civil, como es notorio, no recoge expresamente ni la acción de enriquecimiento sin causa, ni el principio general que lo fundamenta. La codificación, sin embargo, no supone una rotura con el Derecho anterior; por el contrario, lo que antes era una regla —expresamente recogida— va a convertirse en un *principio* de Derecho, cuya continuidad encuentran los autores en la formulación de fuentes del art. 6, párr. 2 del derogado texto del título preliminar del Código civil; se mantienen las mismas fórmulas jurídicas, las mismas declaraciones jurisprudenciales, la misma vaguedad original. La aplicación del principio se concreta principalmente en declaraciones *obiter dicta* que refuerzan la justicia moral de las sentencias.

La doctrina española, no estuvo a la altura de sus colegas europeas y tras la codificación el principio pasa totalmente desapercibido. Sólo la jurisprudencia reitera constantemente que «nadie puede enriquecerse torticeramente con daño de otro»; sin embargo, muy distinta es aquella jurisprudencia de la época de la codificación a la de nuestros días. De la regla de Derecho que prohíbe los enriquecimientos torticeros a la acción de enriquecimiento sin causa en sentido estricto, han pasado casi cien años de esfuerzo continuo en delimitar lo que se presentaba originariamente como peligro para la seguridad y certeza del Derecho. El libro de NÚÑEZ LAGOS y las notas de PÉREZ y ALGUER, van a ser el origen de una interesante evolución jurisprudencial que supera la propia doctrina que le sirve de fuente, y que, progresivamente, adapta la institución a la experiencia jurídica de otras naciones europeas. De un principio general del Derecho, que apenas tienen importancia práctica, se pasa a delimitar una acción concreta e independiente. No se trata únicamente del principio o la regla que prohíbe los «enriquecimientos tor-

ticerros», sino también de la acción —o excepción— de enriquecimientos sin causa.

Después de delimitar claramente la acción, las principales aportaciones de la jurisprudencia en los últimos tiempos, son, de una parte, distinguir entre acción y principio y, de otra, el negar la subsidiariedad de la acción. Lo primero comportó el nacimiento de una figura jurídica nueva: la acción de enriquecimiento (desconocida en nuestro Derecho histórico); lo segundo, conduce a la estructuración de una acción original que tiene una funcionalidad práctica muy superior a la que cumple en las áreas de influencia del Derecho francés, donde la llamada «subsidiariedad» de la acción conduce a la ineficacia práctica de la misma y difumina su posible delimitación con el principio que le sirve de fundamento. Modernamente se acentúa la progresión de los supuestos que el Tribunal Supremo califica de «enriquecimiento», así como la determinación y ampliación de la medida restitutoria.

El libro de NÚÑEZ LAGOS, ha sido superado por la doctrina jurisprudencial. Se encuentra con dos experiencias jurídicas diversas; de una parte, en el área de influencia del pandectismo, la acción de enriquecimiento cumple su función como remedio a los actos y adquisiciones abstractas y a las llamadas atribuciones patrimoniales impropias; de otra, en el Derecho francés, los autores se esfuerzan en concretar para que sirve la por ellos llamada *actio in rem verso*; al intentar la síntesis de ambas corrientes oscurece la exposición. La jurisprudencia arranca de NÚÑEZ LAGOS, pero repudia su construcción sobre los actos y atribuciones abstractas y su doctrina sobre la subsidiariedad. A mi juicio, lo más criticable de la doctrina jurisprudencial, como luego veremos, es, concretamente, lo que toma de NÚÑEZ LAGOS: los presupuestos de la acción (la existencia de un enriquecimiento, que se corresponde con un empobrecimiento, la conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento).

En el estudio, hemos deslindado dos períodos. Al ser con posterioridad a la guerra civil cuando se produce la principal evolución jurisprudencial, hemos querido presentar: primero, como se estructura la regla o —el principio general de Derecho—, y después, estudiar como progresivamente se va configurando una acción concreta y se van delimitando sus condiciones de ejercicio.

B) Jurisprudencia anterior a la guerra civil

a) Vaguedad de una regla de Derecho

El enriquecimiento torticero, con anterioridad a la guerra civil, tiene una naturaleza de principio general de Derecho, en la que es desta-

cable la vaguedad de las afirmaciones del Tribunal Supremo¹. En el período anterior a la guerra, sólo he encontrado cinco sentencias que apliquen al principio de manera positiva: de 27 noviembre, de 1925, 1 de febrero, de 1928, 5 de junio, de 1929, 19 abril, de 1931 y 6 de abril, de 1934². En ellas se aprecia que no delimitan una acción concreta, sino sólo «un principio ético y también jurídico». Criterio que se observa igualmente en aquéllos en que, alegado por la parte, no fue acogido por el Tribunal Supremo.

La propia estructuración del enriquecimiento como principio general, conduce a su escasa configuración técnica; aproximándose a la concepción vulgar que subyace en la idea de que «nadie debe enriquecerse torticeraamente en perjuicio de otro»; la aplicación a la postre queda garantizada por la «intuición» de los jueces. En efecto, de las sentencias citadas acaso sean las de 27 de noviembre, de 1929³ y la de 29 de abril de 1931⁴ las únicas que recogen lo que hoy llamaríamos una acción de enriquecimiento. En las demás sentencias, se aplica un genérico principio general, que, por otra parte, se invoca por vía de *obiter dicta*⁵.

¹ Con ello se continúa la jurisprudencia anterior al Código, que destaca por su vaguedad al intentar concretar la regla recogida en Las Partidas (*vid.* por ejemplo, S., TS, 23 de marzo de 1880); (jurisprudencia civil, en adelante: col. leg.), año 1880-1, núm. 85, pág. 279: «Para que tenga aplicación el principio que se alega en el primer fundamento del recurso, es necesario probar que una parte se ha enriquecido torticeraamente en daño de otra lo que no ocurre en el presente caso» —no se dice por qué—. S., TS, 16 de octubre 1882, col. leg. 1882-3, 303 pág. 162: «El enriquecimiento en perjuicio de otro que prohíbe la regla o principio de derecho es el que tiene lugar torticeraamente; o sea contra razón o derecho»; idéntica declaración en S., TS, 12 de febrero 1889 (col. leg. 1889-1, 53, pág. 213); S., TS, 19 de mayo 1884 (col. leg. 1884-2, 215, pág. 148): «Es un principio jurídico que nadie pueda enriquecerse sin razón a costa de otro.» S., TS, 1 de febrero 1886 (col. leg. 1886-1, 39, pág. 189): «El principio general de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de tercero, entraña los elementos de adquisición de bienes de una parte y lesión del Derecho de la contraria.»

² En el período inmediatamente anterior a la codificación sólo debe destacarse la sentencia de 21 de mayo de 1888 (col. leg. 1881-1, 203, pág. 807). «Las escrituras de partición de cuatro dehesas y la cuarta vendida, evidencian que los testamentarios del señor Rodríguez Solís sólo cobraron el primer plazo, a pesar de lo cual, con evidente error, se cargó en su cuenta el importe total del año de arrendamiento, lo cual constituye enriquecimiento torticero a que se refiere la regla 19, tít. 34, Partida 7.»

³ Col. leg. 171, pág. 774. En ella, en virtud del contrato de transporte la «Compañía de Caminos de Hierro del Norte de España», tuvo que indemnizar al señor Marcadal el precio de 25 balas de algodón que no llegaron a su destino. Al descubrirse posteriormente que dichas balas habían ido a parar fortuitamente a la empresa de don José Ricrola, la sentencia condena al mismo a indemnizar a la compañía ferroviaria.

Este criterio restringido se observa especialmente en algunos supuestos denegatorios de la aplicación del principio. El caso más claro es, quizá, el de la sentencia de 26 de noviembre, de 1926⁴ en la que el actor estuvo realizando al servicio de correos que correspondía a la compañía demandada durante casi cinco años, no acogiendo el Tribunal Supremo la acción de regreso ya que «no puede resolverse el pleito por un principio general de Derecho, por no haberse declarado exactamente la falta de ley aplicable al punto controvertido»⁵.

b) *El empleo de medios reprobables*

Su carácter de regla ética, conduce a que exista tendencia a consi-

⁴ Col. leg. 147, pág. 815; según esta sentencia el cobro del canon arrendatario de un muelle, resuelto el contrato por mutuo disenso, constituye un enriquecimiento torticero.

⁵ Así la S., TS, 1 de febrero de 1928 (col. leg. 7, pág. 37), declara que el arrendatario desahuciado debe continuar cumpliendo las obligaciones derivadas del contrato mientras no se consume el desahucio; pues «lo demás ... sería contrario a las más elementales reglas de la ética y al principio de derecho que declara que a nadie le es lícito enriquecerse en perjuicio de tercero o torticeralemente». En la S., TS, de 5 de junio de 1929 (col. leg. pág. 647), el principio general va a servir para fijar la retribución de un jornalero en 15 ptas/hora, por servicios prestados y no remunerados. «En atención a la naturaleza de la prestación que declara probada, y con el principio jurídico de la capacidad contractual y con el ético y también jurídico que declara que a nadie le es lícito enriquecerse en perjuicio de tercero y torticeralemente»; en este supuesto el enriquecimiento torticero se refiere no a una acción de restitución (el Tribunal Supremo da dicha acción por supuesta), sino más bien a un módulo de equidad, para la valoración, a efectos de retribución, del trabajo de un jornalero. La S., TS, de 6 de abril de 1934 (col. leg. 80, pág. 406), declara que si el demandante se aprovecha de los actos ejecutados por el mandatario sin autorización correspondiente, es evidente que los ratifica tácitamente y si no cumple las obligaciones así contraídas se enriquece con ajeno perjuicio.

⁶ *Vide* desfavorable comentario de DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, pág. 253.

⁷ Tampoco es recogida con anterioridad a la vigencia de nuestro Código, en la interesantísima sentencia de 28 de mayo de 1888 (col. leg. 1881-1, 216, pág. 861): en el complicado contrato de arrendamiento del Teatro Apolo de Madrid, celebrado el 1 de septiembre de 1882, se pactó el pago adelantado de 75.000 ptas/año como canon arrendatario; estableciéndose también el desahucio sin indemnización por falta de pago. El arrendatario realizó pagos parciales a cuenta de los alquileres pero al no completar a principios de año el pago total del arrendamiento fue desahuciado: el arrendatario alega posteriormente el enriquecimiento torticero del arrendador pues disfruta del teatro y del pago parcial, injusticia especialmente notoria si arrendada nueva mente la finca cobraba dos precios. El Tribunal Supremo entiende, por el contrario, que el arrendador «usa de su derecho apoyado en una escritura pública cuya validez no ha sido impugnada».

derar que el enriquecimiento debe haberse obtenido por medios ilícitos, reprobados o inmorales; exigiendo frecuentemente el Tribunal Supremo no sólo el empleo de dichos medios, sino también su prueba⁸.

Este requisito parece tener un fundamento terminológico; en efecto, como se afirma frecuentemente en las sentencias anteriores a la codificación⁹ torticero proviene de «tuerdo» y tiene su misma raíz¹⁰. «Hacer un tuerto» indica una conducta intencionalmente dañosa; enriquecerse torticeralemente significa, sin duda, una conducta en la que el enriquecido voluntariamente despoja a un tercero por medios tortuosos. Esto explica también en la posterior sustitución del objetivo que califica al enriquecimiento «torticero», por «injusto» o «indebido».

c) *Causa y subsidiariedad*

Debemos destacar que la palabra «causa», «sin causa», no aparece en ninguna sentencia anterior a la guerra civil. Por otra parte, su propia vaguedad impide que se planteen en los recursos el problema de su carácter subsidiario; el problema de la subsidiariedad, que luego va a preocupar a doctrina y jurisprudencia, no lo encontramos planteado en ninguna sentencia con anterioridad a la guerra.

C) *Jurisprudencia posterior a la guerra civil*

a) *Delimitación de la acción por la ausencia de causa*

Don José CASTÁN, prologuista del libro de NÚÑEZ LAGOS, va a trasladar a la doctrina jurisprudencial la caracterización de la acción a través del concepto de causa; en efecto, en sentencia de 12 de enero, de 1943, de la que fue ponente, sienta la siguiente doctrina «si bien el principio según el cual nadie puede enriquecerse sin causa a costa de

⁸ Por ejemplo, S., TS, de 24 de junio de 1920 (col. leg. 91, pág. 570), exige la realidad del enriquecimiento y la del daño la del empleo de medios reprobables para conseguir aquél y producir éste; y la de 23 de noviembre de 1935 (col. leg. 51, pág. 343), declara que el principio «no es aplicable más que en el caso en que se invoque un perjuicio ejecutado por medios reprobados, que es lo que significa la frase torticeralemente, debiéndose probar no sólo el daño sino el empleo de tales medios».

⁹ Por ejemplo, S., TS, 30 de junio de 1883 (1883-1, 233, pág. 399): «La regla 14, del título 34, Partida 7, no tiene aplicación a la reserva de derechos y acciones ... la parte vendida al pedir la reserva que se le otorga ... no injuria ni hace tuerto a nadie»; y también S., TS, 9 de noviembre 1885 (1885-2, 397, pág. 672), «No ha sido infringido el principio jurídico ... por cuanto no hace tuerto a otro quien usa de su derecho».

¹⁰ DÍEZ PICAZO (*La doctrina del enriquecimiento injusto*, Madrid, 1987, pág. 21) señala que la palabra tuerto está emparejada terminológicamente con el *tort* anglosajón.

otro», está reconocido por copiosa jurisprudencia de esta sala, que lo invocó para atender a múltiples situaciones en las que la equidad exigía su aplicación, y dicha máxima, además, tiene en nuestro ordenamiento jurídico no sólo la significación de un principio general de Derecho aplicable como fuente de carácter subsidiaria, sino, muy acusadamente, la de una institución jurídica recogida en una serie abundante de preceptos legales siquiera sea en forma inconexa, sin verdadera y propia sistematización generalizadora, es indudable que, en todo caso, no basta invocar el principio de que se trate a modo de regla general y abstracta, sino que es preciso demostrar y justificar en cada caso la procedencia concreta de la acción de enriquecimiento, en relación con las particularidades que presente el respectivo desplazamiento patrimonial y con los elementos y requisitos que ha de reunir la noción de enriquecimiento sin causa, para ser un saludable postulado de equidad y justicia y no un motivo de grave perturbación y trastorno en la seguridad de las relaciones jurídicas. Segundo, que aunque en el caso de estos autos se puede entender que concurre el elemento del enriquecimiento, ya que éste puede producirse tanto por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*) como por una no disminución del mismo (*damnum cessans*), no se da en cambio el requisito de la falta de causa o justificación, pues con razón la doctrina científica más autorizada viene sosteniendo que si el enriquecimiento se basa en un acto del enriquecido mismo, sólo se dará la *condictio* cuando no compitiera a éste un derecho a la ejecución de este acto. Vemos ya marcados en esta sentencia los principales caracteres de la acción de enriquecimiento en un sentido estricto: en primer lugar, la distinción entre un principio general que comporta —o puede comportar— una relajación de las reglas positivas y la acción en sentido estricto, y, en segundo lugar, la delimitación de la acción a través del concepto de la ausencia de causa¹¹.

NÚÑEZ LAGOS, al referirse a la acción de enriquecimiento, entendía para ser aplicable debían concurrir cuatro presupuestos: la existencia de un enriquecimiento, que se corresponde con un empobrecimiento, la conexión entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, y la falta de causa o justificación de dicho enriquecimiento. Esta construcción de

¹¹ Ello se produce, al menos, en un orden terminológico; véase, también las sentencias de 27 de diciembre de 1943 (col. leg. 106, pág. 807), y 9 de abril de 1947 (col. leg. 45, pág. 525). La sentencia de 22 de marzo de 1945 (col. leg. 72, pág. 722), declara «no basta la consideración de un enriquecimiento y de un daño demostrado, sino también la de haberse empleado medios *reprobados* para obtener el primero y que éste aparezca injustificado o *in causa*, no habiéndolo cuando la atribución patrimonial nace de un acto que es consecuencia de un derecho que se ejercita sin abuso».

la acción, va a pasar también a la doctrina jurisprudencial; y así, la sentencia de 2 de julio de 1946¹², declara que

«toda pretensión de enriquecimiento exige, como requisitos esenciales, la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, un correlativo empobrecimiento por parte del actor, consecuencia de la ventaja obtenida por el primero, y la falta de causa justificada del enriquecimiento».

b) Naturaleza de la acción

En cuanto a la naturaleza de la acción, jurisprudencia se va a plantear dos cuestiones principales: 1.º el de la subsidiariedad de la acción, 2.º el del empleo de medios reprobables para su obtención. Respecto de ambos problemas, y dentro del marco de una clara influencia doctrinal, se observa: de una parte, el que progresivamente va repugnando al Tribunal Supremo la idea de que la acción de enriquecimiento actúe de manera subsidiaria, y, por otra parte, la independencia de la pretensión de enriquecimiento del empleo de medios reprobables para su obtención.

1.—En una primera época, aun cuando ya se había delimitado una acción concreta continúa considerándosele subsidiaria; es decir, es proponible únicamente en ausencia de otro remedio específico. Esta doctrina se afirma en la sentencia de 2 de julio, de 1946¹³ (considerando tercero), en la que el Tribunal Supremo hace referencia a que el recurrente alegó su proponibilidad de manera subsidiaria: y, especialmente, en la de 7 de noviembre de 1947¹⁴, en la que se declara que

«para invocar en casación un principio general de derecho no basta que se halle reconocido por la ley o la doctrina legal, sino que es preciso también, dado su carácter de fuente subsidiaria, conforme a lo establecido en el art. 6 de Código civil, que se haga precisa su aplicación por falta de norma o costumbre aplicable al punto controvertido».

Este requisito de la subsidiariedad se toma probablemente de la doctrina de NÚÑEZ LAGOS, que hace alusión al problema, pero también influye, sin duda, al temor a la oscuridad de la causa, la gran amplitud que en otro caso tendría la acción, la influencia de la coetánea y paralela jurisprudencia francesa, y, sobre todo, el fundamento que la acción se hacía de los principios generales del Derecho. La acción así considerada se convierte en una acción de equidad, de matices difuminados y oscuros, y en la que resulta difícil la precisión de cuando va ser efectiva-

¹² Col. leg. 160, pág. 35, también en términos parecidos la de 9 de abril de 1947 (col. leg. 45, pág. 525).

¹³ Col. leg. 160, pág. 35.

¹⁴ Col. leg. 33, pág. 302.

mente aplicable. Hemos visto como esta doctrina de la subsidiariedad no se plantea en la jurisprudencia anterior a la guerra civil, carece, por tanto de raigambre histórica, y se hace difícil su justificación.

2.—Al mismo tiempo, en esta primera época, continúa la línea jurisprudencial anterior a la guerra de requerir que el enriquecido haya empleado medios reprobables¹⁵. En sentido contrario, es decir alterando la doctrina anterior e independizando la proponibilidad de la acción del empleo de medios reprobables, la sentencia de 6 de junio, de 1951¹⁶, delcara

«en el segundo motivo se declara como infringida la doctrina de la *condictio sine causa* o enriquecimiento torticero, alegando que el recurrente ha poseído la finca en cuestión en virtud de la sentencia del juzgado de 30 de diciembre de 1944 y acta de posesión de 20 de enero, de 1945, y, por tanto, no por medios reprobados ni con mala fe; pero es de observar que la teoría del enriquecimiento injusto no se basa en la existencia de mala fe, de la que la sentencia recurrida no acusa al demandado, sino del hecho de haber obtenido una ganancia indebida, es decir, sin causa o sin derecho, lo que es compatible con la buena fe»¹⁷.

Pero es la sentencia de 12 de abril de 1955¹⁸, la que va a resolver unitariamente ambos problemas. Tras una intrusión minera de unos concesionarios en la concesión de otros, había prescrito la acción para exigir responsabilidad extracontractual. El argumento de la parte enriquecida consiste fundamentalmente en afirmar que al haber prescrito la acción *ex art.* 1902, debía entenderse precluida, con ella, la acción de enriquecimiento. El Tribunal Supremo en sus considerandos señala, por el contrario, *la independencia de la acción aquiliana y la acción de enriquecimiento* (la acción aquiliana requiere un hecho ilícito culposo o negligente, mientras que la *condictio* sólo requiere un desplazamiento, patrimonial indebido incluso con ignorancia o buena fe; además, en la acción aquiliana, para poder originar una indemnización, no tiene por qué producirse un incremento patrimonial en el culpable)¹⁹. Y, el hecho de

¹⁵ *Vide*, además de las que ya hemos hecho referencia, la S., TS, de 5 de julio de 1948 (col. leg. 59, pág. 841).

¹⁶ Col. leg. 11, pág. 125.

¹⁷ Reiterando esta doctrina la sentencia de 16 de junio de 1952 (col. leg. 28, pág. 258), declara «la doctrina de la *condictio sine causa* o enriquecimiento torticero, no requiere para su aplicación que exista mala fe ni conducta ilícita por parte del enriquecido, sino solamente que éste haya obtenido o experimentado una ganancia sin causa o sin derecho, lo que es compatible con la buena fe que en el pleito no se niega al recurrente».

¹⁸ Col. leg. 149, pág. 672.

¹⁹ Se reitera la misma doctrina en la S., TS, de 5 de mayo de 1964 (col. leg. 408, pág. 80), «se denuncia la aplicación indebida el art. 1964 del Código civil porque, al

que una gran parte de la doctrina repudia el que la *condictio* actúe de manera subsidiaria²⁰.

Se puede afirmar, que esta importante sentencia abre una línea jurisprudencial nueva que, aún con algunas vacilaciones, será seguida en adelante, y en la que supuesta la existencia de una acción de enriquecimiento, delimitada por el concepto de causa, esta acción es independiente de la expresión de buena o mala fe en la obtención del enriquecimiento²¹, y no se mantiene su naturaleza subsidiaria²².

ser análogas la acción de enriquecimiento sin causa y la de la responsabilidad extracontractual del 1902, deben regirse ambos por el término prescriptivo de un año que fija el número segundo del art. 1968 de dicho cuerpo legal, pero tal analogía no existe y si independencia sustantiva de la pretensión de enriquecimiento frente a la de daños, puesto que en éstos son indispensables los conceptos de culpa o imputabilidad, la relación de causa a efecto y un acto ilícito, mientras que la *condictio sine causa* prescinde en absoluto de dichas nociones de culpa para atender sólo al hecho de enriquecerse "sin causa", lo que origina el desplazamiento de valor de su patrimonio a otro, normalmente por consecuencia de un hecho jurídico lícito, lo que revela que la acción de restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia frente a la indemnización de daños y perjuicios». La jurisprudencia declara en innumerables ocasiones que la acción de enriquecimiento injusto prescribe a los 15 años (cfr. S., TS, 19 de diciembre de 1986, y 5 de octubre de 1985).

²⁰ La sentencia ha merecido diversos comentarios por parte de la doctrina: HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones* t. I, Madrid, 1960, pág. 265, declar. «La argumentación no es conveniente, la subsidiariedad de la acción no aparece estrictamente ligada al hecho de que proceda de una norma de rango subsidiario, ya que, por ejemplo, la acción rescisión es subsidiaria por expresa declaración de una norma legal de primer rango (art. 1294), aunque naturalmente, si la norma es subsidiaria, habrá que serlo también la acción. Y el hecho de que falta una norma legal o consuetudinaria no altera el carácter de fuente de tercer grado de los principios generales del Derecho, ya que existiendo normas legales o consuetudinarias los principios generales carecen de aplicación, o sea, no actúan como fuente de derecho». Sin embargo DIEZ PICAZO, en el «Anuario de Derecho civil», VIII 1955, pág. 997, comentando la sentencia, opina que resuelve con gran acierto los dos problemas fundamentales que se plantean: a) la diferencia entre la acción de indemnización de daños y perjuicios, y la acción de enriquecimiento injusto. b) La negación del carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento. Por su parte LACRUZ BERDEJO, «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, mayo-junio 1969, pág. 599, polemizando con HERNÁNDEZ GIL, declara: «En mi opinión esta línea jurisprudencial que se limita a negar la subsidiariedad como regla general, es acertada. La *condictio sine causa* es, muchas veces, una acción dependiente, pero ello no importa su incompatibilidad con cualquier otra más o menos coincidente o paralela.»

²¹ No sin vacilaciones. Existen sentencias posteriores que vuelven a la línea anterior de exigir el empleo de medios reprobables. Estas declaraciones no parecen, sin embargo, la *ratio decidendi* de las sentencias sino únicamente declaraciones *obiter dicta*

c) *Presupuestos delimitadores de la acción*

Esta misma doctrina fue recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero, de 1956²³, la cual en un memorable considerando, constituye una verdadera teoría general del enriquecimiento sin causa.

Este considerando vino a convertirse en lo que pudiéramos calificar un «considerando de estilo», por las reiteradas veces que ha sido repetido. Dice así:

«También la jurisprudencia exige, para aplicar las normas de equidad o derecho que informan la prohibición de enriquecerse a costa de otro, como requisitos esenciales, la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que puede producirse tanto por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*), como por una no disminución del mismo (*damnum*

que facilitan la denegación de un recurso. Con todo, merecen citarse las sentencias del 5 de enero de 1956 (col. leg. 5, pág. 56), y la de 6 de febrero de 1957 (col. leg. 95, pág. 140). En la primera sentencia (5 de enero 1956), el actor estuvo efectuando enterramientos de residuos de pescado en la zona delimitada al efecto por la autoridad municipal, pero sin consentimiento de los dueños del terreno; dichos dueños enterados de los enterramientos realizados, los vendieron como abonos, negándose posteriormente a indemnizar al actor; la pretensión de este último, basada en el enriquecimiento sin causa, fue denegada por el Tribunal Supremo en base que «el mencionado principio, como se reconoce por el propio recurrente, exige, a tenor de la jurisprudencia que invoca, no sólo la ventaja patrimonial obtenida a expensas de otro, sino que se haya logrado por medios reprobados». En el mismo sentido, la segunda sentencia (de 6 de febrero de 1957); en la venta de una finca urbana se consigna en documento público un precio de 4.000 ptas., aunque efectivamente se pagan 30.000 ptas., el comprador alega en recurso que el ejercicio del derecho de retracto debe hacerse sobre las 30.000 ptas., pues lo contrario supondría un enriquecimiento injusto, el Tribunal Supremo opina por el contrario que «para su aplicación se requiere la realidad del enriquecimiento, la del daño y la del empleo de medios reprobables» ofreciendo el precio escriturado de 4.000 ptas., el arrendatario no emplea medios reprobados y, por tanto, no se enriquece injustamente.

²³ Existen también sentencias posteriores que declaran la subsidiariedad de la acción v. gr. 14 de febrero de 1956 (col. leg. 96, pág. 449): «No puede alegarse la infracción de diversos principios de derecho y muy especialmente el que condena todo enriquecimiento torticero, a parte de que para su alegación, como preceptúa el art. 6 del Código civil, es necesario que no exista ley exactamente aplicable»; 22 de diciembre de 1962 (col. leg. 966, pág. 678), que se refiere a una acción concreta fundada en el principio general y por tanto subsidiaria. S., TS, de 25 de noviembre de 1985, se refiere a la subsidiariedad respecto de los arts. 361 y 453 CC, Ss., TS, 23 de noviembre de 1988 y 3 de marzo de 1990. En todas estas sentencias la afirmación de la subsidiariedad persigue el no cludir un régimen resarcitorio expresamente configurado en normas positivas.

²⁴ Col. leg. 51, pág. 555.

cesans), existiendo una conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento, en virtud de traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado, y una falta de causa o justificación lo que es compatible con la buena fe, no enriqueciéndose torticeraamente el que adquiere en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado, o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en derecho, no siendo posible sostener cuando el legislador por razones de interés social tolera consecuencias en casos que puedan lesionar la equidad, que los beneficiados indirectamente por ellas se enriquezcan injustamente».

La jurisprudencia, posteriormente repite con orgullo el papel principal que tuvo en la perfecta delimitación de la institución:

«El enriquecimiento injusto es institución no mencionada expresamente entre los cuasicontratos que regula el Código civil, de principal elaboración de este Tribunal Supremo, con cierto arraigo en la legislación anterior» (S., TS, 17 de mayo de 1957)²⁴.

Y exigirá, en adelante que los litigantes demuestren cumplidamente que se dan los presupuestos que ella misma ha delimitado²⁵.

A mi juicio, la principal aportación de la jurisprudencia que nos ocupa es la negación de su carácter subsidiario; ello implica, en primer lugar, la originalidad que la acción adopta respecto de la estructuración que de la misma se efectúa en los principales países del área jurídica latina; pero, además, esto permite el estudio unitario de las pretensiones recogidas parcialmente a lo largo de normas positivas dispersas, integrando el régimen jurídico de los supuestos atípicos no recogidos por la ley. En muchos casos, como veremos en detalle en el cap. VII, ello significa la elusión de los criterios resarcitorios del Derecho codificado.

Como ya hemos señalado en otro lugar, la jurisprudencia supera a la propia doctrina que le sirve de fuente. Así pues, los requisitos de la acción, para nuestro Tribunal Supremo, son principalmente cuatro: a) la existencia de un enriquecimiento, b) un correlativo empobrecimiento, c) la conexión entre empobrecimiento y enriquecimiento, d) falta de causa o justificación²⁶; junto a estos requisitos señala el Tribu-

²⁴ Col. leg. 38, pág. 424.

²⁵ Por ejemplo sentencia 7 de abril de 1960 (col. leg. 258, pág. 186), «por no ser la teoría del enriquecimiento sin causa principio general o abstracto sino que es preciso relacionar las particularidades de cada caso con los elementos que integran ese enriquecimiento torticero».

²⁶ Estos cuatro presupuestos para el ejercicio de la acción se encuentran ya en sentencias anteriores; por ejemplo S., TS, de 9 de abril de 1949 (col. leg. 42, pág.

nal Supremo que la acción es compatible con la buena fe, y que no se enriquece torticeramente el que adquiere en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado, o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso, o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en derecho.

Ya he señalado como a mi juicio, en algunos supuestos puede actuar la acción de enriquecimiento con independencia de la existencia de un correlativo empobrecimiento; y también que el vínculo de conexión no es independiente del requisito del enriquecimiento, del que se trata de determinar su origen. Por ello, nos parece más correcto señalar como requisitos de la acción la existencia de un enriquecimiento del que se trata de determinar su origen, a la vez que la ausencia de causa. Dado que nuestra doctrina y jurisprudencia más autorizadas repugna las adquisiciones abstractas, es decir aquéllas que se producen en ausencia de una causa de adquisición, conviene señalar como, a nuestro juicio, la característica cualificadora de la acción de enriquecimiento frente a todas aquéllas que tienden a recuperar un bien retenido sin causa por una persona —v. gr. la acción reivindicatoria— es precisamente que el bien ya no se puede recuperar en sí mismo (v. gr. ha sido enajenado a un tercero que resulta protegido, se ha consumido, es un bien genérico no identificable, la prestación recibida consiste en un *facere*, etc.), y por lo tanto, la acción tiende a recuperar el valor del bien o de la ventaja que el bien ha aportado al patrimonio del enriquecido. Esta característica de la acción como recuperadora de valor, es la que, por otra parte, estructura su carácter personal.

Frente al vago principio de derecho que prohíbe los enriquecimientos torticeros, la acción de enriquecimiento se nos presenta como un recurso técnico preciso en el que el definir que sea la causa, cuya ausencia da origen a la acción, y el delimitarla de otras acciones reipersecutorias de lo retenido sin causa, debe ser deber ineludible para la perfecta delimitación de la acción.

Así pues, como ya he señalado, a mi entender la acción de enrique-

365), «la falta de pago de la justificada valoración del edificio supondría una atribución de bienes al Estado sin causa jurídica y a costa o en detrimento del constructor, con conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento, por virtud de traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado, determinante de la acción *condictio sine causa*, encaminada a restablecer el equilibrio patrimonial perturbado por aquel desplazamiento mediante la adecuada restitución o indemnización en la medida en que el enriquecimiento se produjo».

cimiento no está limitada al correlativo empobrecimiento; y esto principalmente porque cuando se utiliza como medida de restitución el ahorro de gastos (*damnum cesans*), se toma la perspectiva del patrimonio enriquecido sin relacionarla con el patrimonio empobrecido. Cuando hablamos de presupuestos delimitadores de la acción, debemos referirnos únicamente a la existencia de un enriquecimiento sin causa. La acción tiene naturaleza personal: no recupera cosas concretas *erga omnes*, sino *un valor* (una medida de valor: la medida del enriquecimiento); este es el segundo carácter definitorio de la acción, frente a todas las acciones recuperadoras o reipersecutorias, la acción de enriquecimiento sin causa busca la recuperación de un provecho que se retiene sin causa.

Así pues, el Tribunal Supremo delimita el problema de la causa cuando declara que no se enriquece torticeramente el que adquiere una utilidad derivada de un contrato legal que no ha sido invalidado, o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso. Pero estas declaraciones, no están referidas al concepto de causa cuya ausencia de origen a la acción, sino que están estructuradas, en los considerandos de las sentencias del Tribunal Supremo como un apéndice³⁷.

d) Tendencias ampliadoras de la funcionalidad de la acción

Tiene gran interés, también, cuando un contrato justifica un enriquecimiento, señalar que mientras la existencia y subsistencia de una contraprestación es requisito causal del mismo, la no equivalencia de las prestaciones, en términos generales, no tiene trascendencia jurídica. Cuando un patrimonio recibe una ventaja de mayor valor que aquella recíproca que ha salido de él es indudable que se enriquece, pero este enriquecimiento no es injustificado, pues, en términos generales, el Derecho, al referirse al tema de la causa contractual, concibe a ésta como contrapartida sin calibrar su valor efectivo. El contrato oneroso enri-

³⁷ Excepcionalmente sí, se define al concepto de causa por ejemplo, S., TS, de 17 de mayo de 1957 (col. leg. 31, pág. 424), «no se produce (enriquecimiento injusto), cuando existe una justa causa determinante de esos desplazamientos patrimoniales, que es el contrato de compraventa que liga a los litigantes». «Para que se dé un enriquecimiento injusto es preciso que el mismo se produzca sin causa, es decir sin un acto lícito capaz de justificarle, que es cabalmente lo que falta cuando existe un contrato válido cuyo cumplimiento provoca el desplazamiento.» S. TS, 20 de febrero de 1976, «La doctrina mencionada requiere inexistencia de causa en el desplazamiento patrimonial; requisito no verificado en el caso analizado; no se enriquece torticeramente el que adquiere en virtud de un legítimo derecho.» También S., TS, 23 de noviembre de 1977, Arzandi 4561. No hay enriquecimiento injusto cuando se deriva del cumplimiento de un contrato (S., TS, 14 de marzo de 1981).

quece con causa o justificadamente, y ello aun cuando prestación y contraprestación no tengan un valor equivalente y uno de los contratantes obtenga una ventaja patrimonial que lo enriquezca; es independiente a estos efectos que en el momento de la celebración del contrato los contratantes sean conscientes de este desequilibrio en el valor de las prestaciones, o que en el momento de su ejecución la alteración de las circunstancias conduzca a un desequilibrio patrimonial; en estos casos, el enriquecimiento queda justificado por aplicación del principio *pacta sunt servanda*, principio concordante, en el caso de prestaciones dinerarias, con el llamado principio nominalista.

Sin embargo, en sentencias recientes, por puros motivos de equidad, el Tribunal Supremo está entrando a la revisión de los contratos a través de la teoría del enriquecimiento injusto.

Por ejemplo, en la S., TS, 23 de marzo de 1966²⁸, se recoge un supuesto, que en una estricta técnica jurídica, no deberían subsumirse o remediarse a través de la *condictio*. Don Fernando Domínguez, realizó una contrata con el Estado con objeto de construir 433 viviendas de renta limitada de la Obra Sindical del Hogar y Arquitectura; para la realización de las obras de carpintería y fontanería del citado grupo subcontrató los servicios de los señores Molina, Alcáida, Garzón y Villalba, a un tanto la vivienda. Por decreto-ley de 18 de enero de 1957, se estableció una revisión de precios a la que se adhirió el contratista, revisión que afectaba especialmente a las obras de carpintería y fontanería. Los subcontratistas, al conocer el citado decreto-ley, reclamaron la elevación del tipo de la subcontrata de acuerdo con los tipos establecidos en el citado decreto-ley. La petición, basada en el enriquecimiento sin causa, fue acogida por el Tribunal Supremo, el cual después de repetir en el considerando segundo el considerando de estilo de la sentencia de 26 de enero de 1956, declara

«la doctrina legal expuesta es plenamente aplicable al caso de autos, produciendo la estimación del motivo tercero y con ella la del recurso en su totalidad, porque habiendo obtenido el demandado adjudicatario de la construcción del grupo de viviendas "Salas Pombo", la revisión del precio al amparo del decreto-ley de 18 de enero de 1957, y cobrando su total importe cuando había subcontratado con los actores, hoy recurrentes, la realización material de los trabajos de carpintería, fontanería y mano de obra para su instalación en el repetido grupo de 433 viviendas, la repercusión de los costos de los aumentos ocasionados en la mano de obra y en los materiales de

²⁸ Col. leg. 220, pág. 642. Muy similar la S., TS, de 21 de octubre de 1980, en favor de la revisión de los precios de una subcontrata, pues la interpretación contraria «podría originar un enriquecimiento injusto del contratista».

construcción de 1956 por las especiales circunstancias que obligaron a la revisión recayeron en estos trabajos directa y exclusivamente en ellos, originando para éstos el alza de precios produciendo las naturales pérdidas, que fueron las que el legislador pretendió compensar, y que se traduce en una notable ventaja patrimonial para el recurrido, frente al claro empobrecimiento de los recurrentes, sin que exista causa alguna que justifique el enriquecimiento del contratista».

A mi parecer, sin embargo, se debate aquí un problema de alteración de la base del contrato por alteración de las circunstancias, y no de enriquecimiento injusto; creemos que el enriquecimiento del contratista tenía justa causa, pues estaba basado en un contrato válido, que al no ser administrativo no tenía por qué revisarse por el decreto-ley; y si la ejecución de dicho contrato resultaba especialmente gravoso para los subcontratistas —lo que no consta— al tratarse de un contrato de tracto sucesivo, el tribunal podía haber modificado judicialmente el título, por aplicación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*²⁹. Con aplicación de la doctrina de la buena fe en la interpretación de los contratos y rechazando expresamente la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la S., TS, de 16 de noviembre de 1979, admite la acción de un constructor de repercutir aumentos imprevisibles de los precios en los compradores de

²⁹ La doctrina de la alteración de la base del contrato, con transcendencia anulatoria o modificadora de los contratos, ha tenido algún defensor de nuestro Derecho (especialmente tras la traducción del libro de LARENZ, *Base del negocio y cumplimiento de los contratos*, Madrid, 1956), como ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, traductor de LARENZ, que defiende en el prólogo de su obra, la introducción de dicha figura jurídica en nuestro Derecho a través de la doctrina del error; sin embargo, la más calificada doctrina (DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, págs. 321 y sigs.), señala el peligro que encierra su uso. La alteración de las circunstancias es, a mi juicio, reconocida únicamente con transcendencia modificadora del contrato, en los contratos, de tracto sucesivo o ejecución diferida, a través de la llamada cláusula *rebus sic stantibus* que se entiende sobreentendida, siempre que la alteración haya sido imprevisible. En el supuesto que estamos examinando, existe un contrato válido y por lo tanto justa causa, y por ello no es proponible la acción de enriquecimiento sin causa; eventualmente podría modificarse el título por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Comentando esta sentencia, GARCÍA CANTERO (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1968, pág. 872), abunda en la misma opinión: a) Que podía haberse intentado con éxito la modificación judicial del cuasicontrato en virtud de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. b) Que la aplicación de la doctrina de enriquecimiento sin causa a este supuesto parece un poco forzada. Parece, sin embargo, acogerla favorablemente, sin aducir por otra parte ninguna razón al respecto, RUIZ VADILLO, *Introducción al estudio teórico práctico del Derecho civil*, 6.ª edición, Bilbao, 1972-73, pág. 305. La sentencia, sin embargo, estaría en la línea de las modernas tendencias de la doctrina y jurisprudencia italiana, relativas al juego de la equivalencia de las prestaciones en el momento del cumplimiento del contrato.

apartamentos³⁰. Idénticas observaciones pueden hacerse respecto de la sentencia de 12 de febrero de 1970, cuyos antecedentes son los siguientes: don Francisco Mendiavilla concertó con don Gregorio Fernández la construcción, en una finca de su propiedad, de tres naves industriales por un precio de 1.200.000. ptas. (Llegando a ejecutarse únicamente obras por valor de 650.144 ptas. que no fueron totalmente pagadas), y a resulta de las cuales quedó un débito a su favor de 140.144 ptas. Don Francisco, sin haber pagado su deuda, aportó la finca a la sociedad mercantil «Fapisa» constituida por los hermanos Mendiavilla (valorándose la aportación en 100.000 ptas), la cual sociedad la vendió a su vez a doña Nieves Cuadrado, madre de don Francisco Mendiavilla, por 10.000 ptas. El día 9 de marzo de 1966, doña Nieves suscribe, una escritura pública de «cesión en pago de parte de deuda», sin que conste la cantidad exacta ni el origen de la deuda, en favor de SONACO (Sociedad Internacional de Comercio, S.A.), cesión de bienes, entre los que consta la finca que se valora en 150.000 ptas., cuando el valor pericial asciende a 3.000.000 de ptas. El actor ante la insolvencia de los señores de Mendiavilla, reclama su crédito a SONACO por enriquecimiento sin causa, y el Tribunal Supremo acoje su acción declarando

«está justificada la invocación de la equidad sobre la cual la instancia construye su tesis y el imputar a la recurrente, no sólo el conocimiento del daño que se causaba del beneficio que obtenía, sino marcando también ese elemento de fraudulencia que siempre acompañan a las acciones por enriquecimiento injusto».

Observamos en esta sentencia cómo la aplicación directa de la acción de enriquecimiento sin causa, elude las estrictas exigencias del régimen de protección general de los acreedores frente al fraude, y en particular el régimen y las exigencias procedimentales y materiales de la acción revocatoria o pauliana. En definitiva, podemos afirmar que en la jurisprudencia última, en casos evidentes de lesión anormal, el Tribunal Supremo tiende a utilizar el enriquecimiento sin causa, como acción equi-

³⁰ Véase comentario de Gabriel GARCÍA CANTERO en *ADC*, 1981, pág. 558, quien subraya los peligros de generalización de esta doctrina. La doctrina es desde luego excepcional, la S., TS, de 13 de marzo de 1987 se niega a modificar los términos de un contrato alegando el enriquecimiento injusto. (Cfr. comentario de JORDANO FRAGA, en *Cuadernos civitas de Jurisprudencia civil*, 13, 1987, 348, págs. 4423 y sigs.) Véase también *supra* nota 29. En el mismo sentido dos sentencias recientes, S., TS, de 8 de marzo de 1989: el coste superior de la obra debe imputarse al contratista en caso de defectuosa previsión del proyecto. No se puede aplicar el enriquecimiento injusto al desequilibrio económico que se produce en la ejecución de los contratos, cuando el resultado crematístico no se corresponde a las apertencias personales de los contratantes (S., TS, 23 de noviembre de 1989).

libradora de la reciprocidad contractual, sin las exigencias ordinarias para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude, o de la cláusula *Rebus sic stantibus*, y ello aunque la rescisión por la lesión esté expresamente prohibida por nuestras leyes. Recientemente, fundándose también en la idea de reciprocidad contractual la S. TS, de 2 de noviembre de 1987 (sala 3.ª), fundándose en el enriquecimiento injusto, afirma que el adquirente de billete de lotería extraviado podrá reclamar el premio si se acredita que nadie ha percibido el mismo, (alterando la doctrina anterior de tratarse de un título valor —Ss. TS, 3 de julio de 1967 y 2 de abril de 1983—).

En los dos próximos capítulos estudiaremos también en detalle que a través de la acción de enriquecimiento sin causa la jurisprudencia más reciente parece proteger un régimen social de contratación que elude los módulos clásicos del Derecho contractual codificado y se funda en la protección de una justicia económica fundada en contactos sociales significativos, como el restituir el valor de un negocio de flores promovido por una precarista en el momento del desahucio de éste (S. TS, 12 de noviembre de 1958); y la imposición de las prestaciones justas en el contexto de relaciones contractuales de hecho: como el pago de obras realizadas a petición de los hijos (S., TS, de 8 de abril de 1976), u obras realizadas por empresa diferente de la contratada (S., TS, de 25 de junio de 1974), obras ejecutadas fuera de proyecto en las que «se presume el consentimiento si no hay oposición» (S., TS, de 5 de diciembre de 1980), etc... El alcance y límites de esta tendencia ampliadora es aún difícil de determinar, pero parece que nos encontramos ante el inicio de la crisis del modelo contractual consensualista tal como estaba perfilado en la codificación.

e) *La distinción entre la acción y el principio que la fundamenta*

Por último, vamos a entrar aquí a examinar la necesidad de distinguir adecuadamente entre la acción de enriquecimiento sin causa en sentido estricto y el principio general que la fundamenta. Cuando nos referimos al enriquecimiento injusto nos referimos a una dualidad de funcionalidades: un principio general de Derecho que informa todo el sistema jurídico, y una acción concreta, la *condictio* o acción de enriquecimiento sin causa. Esta dualidad debe a mi juicio ser explicitada más adecuadamente, ya que la jurisprudencia utiliza algunas veces el principio general de Derecho de que «nadie debe enriquecerse injustamente a costa de otro» como fundamento genérico de justicia de algunas instituciones jurídicas, como justificadora de la ley, como criterio de valoración de cuestiones de hecho, como norma interpretadora, o simplemente para señalar que a un litigante la desestimación de un recurso no le enriquece injustamente. El no delimitar adecuadamente la dualidad

conduce a un oscurecimiento y difuminación de la acción de enriquecimiento sin causa.

En efecto, la aplicación o llamada a un principio abstracto de justicia, lo encontramos referido por el Tribunal Supremo a cuestiones diversas; así, por ejemplo.

1.—En la interpretación del contrato. En la sentencia de 18 de octubre de 1947, al valorar las cláusulas de un contrato, declara el Tribunal Supremo

«no sería razonable ni equitativo que la madera extraída durante el año e incorporada al patrimonio del comprador, quedase pendiente de pago durante el aplazamiento indefinido de la corta de pinos por falta de licencia administrativa de corte, no imputable a los vendedores, pues otra cosa supondría un enriquecimiento injusto al vendedor».

Se observa aquí que el enriquecimiento injusto no se recoge acción resitutiva, sino como elemento interpretativo de las cláusulas de un contrato como una manifestación más del principio de buena fe. Afirma en innumerables ocasiones la jurisprudencia que la interpretación de un contrato debe evitar el enriquecimiento injusto (S., TS, de 12 de noviembre de 1975, 21 de octubre de 1980, 24 de octubre de 1983, 25 de mayo de 1985, 31 de enero de 1986, 26 de enero de 1988).

2.—Como criterio interpretador de la ley. En la S., TS, de 9 de febrero de 1949, se declara

«lógicamente se debe entender que el concepto "fruto" a que este precepto alude (el art. 1303 del CC) es el de productos líquidos; esto es, deducidos los gastos de cultivo y recolección, ya que de otra suerte se produciría un enriquecimiento injusto en favor del incapaz a costa de la otra parte contratante».

Vemos que aquí, el enriquecimiento injusto se toma como criterio de equidad a la hora interpretar el art. 1303 del Código civil; desde luego, la deducción de los gastos de cultivo y recolección no está previsto por el Código; sin embargo, el que contrate con un incapaz, parece de estricta justicia, tiene derecho a resarcirse de dinero empleado para hacer posible la existencia de los frutos. Véase también, como criterio de interpretación del art. 1158 CC la S., TS, de 2 de octubre de 1984. Sería un enriquecimiento injusto que todos los beneficios de la suscripción de nuevas acciones se atribuyeran exclusivamente al nudo propietario (S., TS, 18 de julio de 1990).

3.—Como criterio justificador de la ley. En la S., TS, de 30 de junio de 1950 se dice

«sería faltar gravemente a la equidad, que el comprador que retiene en su poder el precio de la compraventa obtuviese, además, el goce y producto

de la cosa que le fue entregada, percibiendo con ello un enriquecimiento torticero a costa del vendedor que se desprendió de la cosa vendida, y no recibió aun el precio de la misma, y para remediar esta situación que se ha producido fuera de la voluntad de las partes, prescribe la ley el compensatorio devengo de los intereses».

El art. 361 evita un enriquecimiento injusto (S., TS, 31 de diciembre de 1987); el art. 1838 evita un enriquecimiento injusto (S., TS, 14 de noviembre de 1981). El art. 1844.3 CC, debe interpretarse de modo que se evite un enriquecimiento injusto (S., TS, 2 de diciembre de 1988).

4.—En el ejercicio por el juez de facultades discrecionales. La S., TS, de 11 de marzo de 1957, en relación con el art. 1154 del Código civil y la modificación equitativa de la pena en la cláusula penal por arbitrio judicial, parece presuponer —si bien de manera tangencial— que podría alegarse el principio

«para que en este recurso se pudiera entrar a resolver si en la sentencia combatida se ha violado el principio general de Derecho de que nadie debe enriquecerse torticerosamente a costa de otro, incumpliendo al proceder de este modo la prevención establecida en el art. 1154 del Código civil, que permite al juez modificar equitativamente la pena establecida en el contrato cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, sería necesario que al hacer esta apreciación no fuere facultad exclusiva el Tribunal Supremo de instancia irreversible en casación».

Ibidem doctrina S., TS, de 5 de mayo de 1980 y 9 de abril de 1985. Idéntica afirmación para estimar que el pago de tres letras de cambio están incluidas en un convenio de asunción de deuda (S., TS, 31 de enero de 1986). En la S., TS, de 29 de diciembre de 1986 —ponente Martín Granizo— se eleva el enriquecimiento injusto a límite general de la autonomía de la voluntad junto a la ley, la moral y el orden público.

La liquidación de una sociedad civil por retirada de un socio debe hacerse repartiendo equitativamente los beneficios y evitando un injusto enriquecimiento (S., TS, 7 de abril de 1989).

5.—Por último, es normal también que después de una argumentación de carácter jurídico el Tribunal Supremo haga una llamada genérica al enriquecimiento injusto como corroborador de esta argumentación «A través del enriquecimiento injusto no se puede pretender una interpretación distinta de la del Tribunal de instancia» (S., TS, 20 de febrero de 1976, 20 de diciembre de 1977, 17 de abril de 1980, 10 de julio de 1984), a través del enriquecimiento injusto se pretenden desvirtuar los hechos tal como fueron fijados por el Tribunal de instancia (S., TS, de 17 de septiembre de 1984, 5 de diciembre de 1984, 8 de octubre de 1985).

CAPÍTULO VI
SUPUESTOS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN
DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA TIPIFICADOS
EN LA JURISPRUDENCIA

A) *Planteamiento*

Vamos a estudiar aquí los casos de enriquecimientos sin causa acogidos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo; con todo, y como hemos señalado, estos supuestos no implican incompatibilidad con aquellos otros recogidos en normas positivas y que suponen el ejercicio de una acción personal equilibradora de los desvíos patrimoniales. La identidad de naturaleza permite el estudio coherente de un régimen restitutorio que *califique* la medida del enriquecimiento objeto de la acción. El estudio así planteado parece poner de manifiesto la incoherencia intrínseca del sistema codificado: la mayoría de los supuestos de aplicación de la acción por la jurisprudencia suponen la elusión del régimen legal previsto en el texto codificado.

B) *Los pagos sin causa*

Evidentemente no existe causa para retener aquellas prestaciones realizadas en virtud de una relación jurídica inexistente pero cuya aparición se espera, así v. gr. el pago anticipado de una mercadería al tiempo de pedirla por suponer que la oferta de compra contenida en el pago será aceptada¹.

¹ FANARA (*Gestioni di affari e arricchimento senza causa nell' diritto internazionale*, Milán, 1955, pág. 217), pone el siguiente ejemplo tomado de un laudo del tribunal arbitral anglo-alemán (18 de enero de 1926), en un conflicto entre la Burroughs Wellcome and Co. y la Chemische Fabrik auf Actien: perfeccionando un contrato de compraventa entre un súbdito inglés y alemán y pagado por éste un anticipo de parte del precio antes del estallido de la primera guerra mundial, en aplicación del tratado de Versalles (art. 299), fue rescindido el contrato. El laudo declara que la suma pagada anticipadamente debe ser restituida en virtud de la aplicación del enriquecimiento sin causa.

En el sistema causal de nuestro Derecho, la inexistencia de causa en la entrega produce la falta de adquisición de titularidad por el *accipiens*, pero cuando no existe posibilidad de recuperar la cosa *en sí misma* (v. gr. es una cosa fungible como el dinero, o se ha consumido, enajenado a un tercero que resulta protegido), la acción equilibradora es la de enriquecimiento sin causa. En efecto, el pago sin causa conduce a un auténtico enriquecimiento sin una contraprestación correspondiente y sin un título válido justificador.

Todos estos supuestos de pagos sin causa están legalmente contemplados en el art. 1901 del Código civil². La presunción de error en el pago de lo indebido, no puede desvirtuarse probando que efectivamente no hubo error (pues nuestro Código civil suprime la donación presunta o *ex lege* alterando al sistema que proveniente del Digesto adoptaba nuestro Derecho histórico) sino sólo probando que existe causa para retener; con lo que el pago de lo indebido abarca no sólo los supuestos de pago de lo indebido por error, sino también los de pago de lo indebido sin error, con lo que se puede construir una doctrina general de los llamados pagos sin causa.

El pago de lo indebido por error no es, por tanto, sino una subespecie del pago sin causa cuya acción equilibradora es, en la medida en que no es proponible la recuperación de la cosa *en sí*, la acción de enriquecimiento sin causa³.

El concepto de pago —con referencia a la doctrina de los pagos sin causa— es no sólo referible a una conducta del empobrecido sino también a una conducta de tercero y no sólo al pago indebido, sino también, dentro de él, al pago de más de lo debido. Así, por ejemplo, la sentencia de 21 de mayo de 1888, considera objeto de restitución el cargar los encargados de una testamentaria el importe de un año de arrenda-

² NÚÑEZ LAGOS (*op. cit.*, pág. 725; *vide* también, su trabajo «Pago de lo indebido sin error» en *RGLJ*, febrero de 1946, págs. 140 y sigs.), explica como los arts. 1900 y 1901, de Código civil que no existan en el proyecto de GARCÍA GÓMEZ de 1851, fueron agregados para dar cabida a la doctrina de Las Partidas sobre pagos indebidos, que rebasaban el contenido del cuasicontrato del cobro de lo indebido. (*Vide, infra*, cap. VI.)

³ Por ejemplo, la sentencia de 7 de julio de 1950, (col. leg. 27, pág. 300), estructura el pago de lo indebido como un supuesto de enriquecimiento injusto «es evidente que el art. 1895 no distingue entre error de hecho y el error de Derecho, limitándose a declarar que cuando se recibe una cosa que no había derecho a cobrar y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla, y así es justo que sea pues de otro modo, vendría a sancionarse un enriquecimiento injusto fundado en un error ajeno».

miento de una dehesa cuando por diversos motivos sólo cobraron el primer plazo. La S., TS, de 9 de abril de 1973, considera enriquecido injustamente a la compañía que cobra más de lo debido en un suministro. Y en el mismo sentido la S., TS —Sala 3.ª—, de 10 de mayo de 1990, afirma el derecho a rectificar los recibos por una compañía eléctrica cuando se detecta posteriormente error en la facturación, pues el particular obtiene un beneficio económico sin justificación. La S., TS, de 3 de julio de 1984, permite la restitución de unas cantidades pagadas a nombre de una comunidad después de extinguida ésta; y la S., TS, de 29 de enero de 1985, otorga la acción de regreso cuando las deudas hereditarias se pagaron por un solo heredero. La S., TS, de 25 de junio de 1982 ordena la restitución de 2.000.000 de ptas., sin que los demandados lleguen a probar que se trate del primer plazo de una compraventa.

Especialmente interesante es la S., TS, de 12 de mayo de 1986, el INSS reclama a una compañía de seguros los gastos de hospitalización de un accidentado. El Tribunal Supremo niega en este caso la acción de regreso por estar también obligado el INSS, pero quizá a mi juicio era más lógico aplicar la norma del art. 1795, p. 2, derogado por la ley de 17 de abril de 1981, que preveía para este supuesto el reparto del daño entre los aseguradores en función del capital asegurado. Pero no toda entrega constituye un pago sin causa, la S., TS, de 25 de noviembre de 1986 —Sala 3.ª— afirma que el suministro por iniciativa unilateral del demandante, que fue recibido en calidad de depósito, subordinado a una aceptación posterior, no constituye un enriquecimiento injustificado o sin causa.

C) *Uso de cosa ajena sin título*

Evidentemente, quien usa una cosa ajena obtiene un provecho. La restitución *in natura* —en ausencia de título legitimador— alcanza la cosa misma pero ¿debe restituir el provecho derivado de su uso? Quien usa una cosa ajena se ahorra un gasto, es el gasto que debió haber empleado para utilizarla, y en esa medida debe restituir. Si consideramos, como hemos señalado en capítulos anteriores, que la acción no está limitada por el correlativo empobrecimiento, la restitución se debe con independencia de que el titular del derecho estuviese o no en condiciones de un aprovechamiento eficaz de la cosa o de que el uso se haya efectuado con su complacencia o conocimiento.

Con todo, debe señalarse que la medida restitutoria es seguramente un efecto del Derecho moderno que difícilmente puede defenderse Derechos procedentes y que, por otra parte, está en relación con la progresiva ampliación del concepto «enriquecimiento» —singularmente a

través de la noción del ahorro de gastos— a que hacíamos referencia en capítulos anteriores. Cuando la jurisprudencia sanciona el deber del arrendatario de continuar pagando la renta mientras no se consume el deshaucio y aunque ya no exista —o haya existido nunca— un contrato de arrendamiento, parece que se está eludiendo el sentido general del ordenamiento jurídico. Parece, en efecto, que el uso de una cosa ajena, sin un título válido de retención estable, califica un comodato (cfr. art. 1740) que es esencialmente gratuito, como lo es el uso y la habitación (cfr. art. 523); la posesión tolerada o precario, por otra parte, tampoco da lugar al pago de merced (cfr. art. 444 en relación con el art. 1563, núm. 3 de la LEC) y si tenemos en cuenta el concepto amplio de posesión del art. 438 —en el que quede incluida como posesión una detentación aunque no origine ni la defensa interdictal ni el proceso adquisitivo de la propiedad— parece dudoso que pueda referirse al mismo una obligación de pagar merced⁴. En efecto, la obligación de pagar por el uso o detentación de una cosa ajena no fungible viene estructurado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la obligación de restituir los frutos y rentas que produce la cosa y, además, se establece como excepcional —pues la regla general es el derecho a conservarlos (cfr. por ejemplo, art. 451 respecto de la posesión de buena fe o art. 1896 a contrario)— evidentemente, en estos supuestos, no se indemniza por el uso, es decir, no se restituye el provecho del uso, sino el provecho producido por la cosa misma derivado de su tenencia. La tenencia de una cosa fungible origina la obligación de restituir una cantidad del mismo género y calidad, pero no la misma cosa ni los provechos que la tenencia temporal de la misma produce (cfr. art. 1740); en efecto, la tenencia del dinero origina la obligación de restituir una cantidad igual pero no la ventaja que supone la disponibilidad temporal del mismo, sólo excepcionalmente se debe restituir esa ventaja pero entonces el ordenamiento jurídico estructura un *provecho típico*: los intereses en la cuantía pactada o en su defecto en la legal (art. 1108): se trata del mismo principio que antes referíamos a las cosas no fungibles y ahora lo confirmamos en las fungibles. Únicamente en caso de mala fe, existe obligación de restituir todos los provechos que provengan de la tenencia ilícita y aún los que se debieron obtener.

El profesor DÍEZ PICAZO, opina, en este sentido, que dentro del

⁴ Como observa CARRASCO PERERA, (pág. 69), lo mismo parece desprenderse del régimen de la evicción, el comprador que ha sufrido la evicción no ha de descontar del precio de restitución el tiempo en que ha usado pacíficamente la cosa comprada.

marco de la doctrina del enriquecimiento injustificado, —y de lo que él denomina *condictio* por intromisión—, que la norma del art. 451 CC —conservación de los frutos por el poseedor de buena fe— tiene un notorio carácter excepcional, y contradice la normativa de la accesión, donde la buena fe no exime de la restitución del valor (arts. 353 y 360), y los principios restitutorios en la especificación (art. 383 CC), y también, añadido yo, del régimen restitutorio de la gestión de negocios ajenos sin mandato, o de las prestaciones debidas a contratos nulos (art. 1303 CC). En función de estas contradicciones postula DÍEZ PICAZO reconocer al propietario el derecho a recibir el valor que se estime la posibilidad de uso.

Nuestra jurisprudencia, con todo, y en contradicción con estos principios restrictivos del Derecho codificado, considera enriquecido injustamente a quien usa un derecho ajeno sin título válido singularmente en tema de arrendamientos. Así el inquilino tiene obligación de continuar pagando la renta mientras no se consume el deshaucio (S., TS, 1 de febrero de 1928. Audiencia Territorial de Madrid, 25 de septiembre de 1958). La ocupación de un local de negocio mediante traspaso no autorizado obliga a pagar la renta aunque no exista relación arrendaticia válida (S., TS, 13 de mayo de 1965). Aclarando la sentencia que la condena a la indemnización se hace «no como pago a la merced debida sino como equivalencia a los meses que usaron y disfrutaron de la cosa».

CARRASCO PERERA, señala que en la S., TS, de 24 de marzo de 1948, se restituyen como frutos *percipiendi* (y por tanto como daño) el precio por el uso de unas dehesas, y la S., TS, de 8 de noviembre de 1961, obliga a restituir el lucro cesante y provecho obtenido por el uso de chasis y motor de un tercero incorporado a un vehículo propio⁵. La S., TS, de 1 de octubre de 1985, obliga a restituir el provecho que el uso en nombre y beneficio propio de los bienes de una sociedad produjo al director de la misma. Resulta especialmente ilustrativa la S., TS, de 6 de junio de 1951. El demandante e interdicto de recobrar que obtiene la posesión de una finca pero que se ve privado de la misma en sentencia revocatoria dictada en apelación, se enriquece injustamente durante el tiempo que estuvo poseyendo. En la sentencia que se fija como módulo restitutorio la renta que por la posesión de la finca se estuvo pagando durante el último contrato de arrendamiento vigente.

⁵ Pág. 67. Y se refiere a la afirmación del Derecho común de que el uso se restituye como fruto. (Con cita de MOLINA y DONELLO). Es principio general del Derecho común indemnizar el uso como daño, (lucro cesante o daño emergente); como acción indemnizatoria.

La misma doctrina se sienta en la S., TS, de 21 de febrero de 1986, que explica la desproporción entre las prestaciones que deben devolverse en que «durante cerca de quince años han permanecido en la ocupación del chalet sin efectuar contraprestación». La S., TS, de 27 de febrero de 1989, afirma que declarada unilateralmente la resolución de un contrato de exclusiva el 1 de enero de 1983, debe indemnizarse a la actora la privación de los inmuebles e instalaciones de su propiedad que no fueron restituidos hasta el 19 de agosto del mismo año. La S., TS, de 7 de diciembre de 1990, afirma que deben restituirse por enriquecimiento injusto el tiempo en que duró la ocupación indebida de una finca con posterioridad a la resolución del contrato de venta⁶.

D) *El consumo de cosa ajena sin título*

Quien consume una cosa ajena sin título está obligado a restituir el provecho derivado del consumo. Pero ¿cuál es el provecho que se obtiene por un consumo de cosa ajena?, en principio, si la cosa se destruye en su consumo, es evidente que quien la consume se ahorra un gasto —el necesario para poderlo adquirir y consumir válidamente— luego éste parece, en principio, el módulo restitutorio.

Las cosas fungibles no pueden ser usadas sin consumirse (v. gr. el dinero). Si el consumo procede de una entrega de su titular estamos ante un préstamo (art. 1740), que impone la obligación de restituir una cantidad de la misma especie, pero la situación no es diversa a cualquier consumo de cosa ajena de naturaleza fungible aun cuando no haya mediado entrega por su titular. Debemos señalar, por otra parte, que cualquier tenencia de una cosa ajena fungible produce su efectiva apropiación; la razón de ello es que de ninguna forma puede identificarse la cosa requisito previo de todas las acciones de naturaleza real. Así pues, para recuperar cosa fungible retenida por un tercero, sólo puede accionarse a través de una acción personal, *la condictio*, que persigue el *provecho* producido de el patrimonio ajeno y no la cosa *en sí misma*. La medida restitutoria alcanza únicamente el valor de la cosa perdida, pero no las ventajas que su tenencia haya producido en el patrimonio del *accipiens*; sólo excepcionalmente, a través de la noción de intereses, se indemniza dicha ventaja, pero naturalmente se recupera el valor de la cosa y de acuerdo con los criterios nominalistas.

⁶ Cfr. comentario de RAGEL SÁNCHEZ, en *CCJC*, 25, enero-marzo 1991, págs. 111 y sigs. Presenta el interés de que en el contrato se preveía una cláusula penal que, sin embargo, no llegaba a cubrir el precio real de arrendamiento de un chalet de similares características.

Las cosas no fungibles pueden también consumirse en beneficio propio, enriqueciéndose entonces el *accipiens*, pues se ahorra un gasto —el necesario para su consumo—. Es evidente que en estos supuestos se produce una efectiva apropiación de una ventaja (un desvío patrimonial), con independencia de su causa (la contrapartida o el título válido de adquisición), y existe, por tanto, una obligación de restituir.

Similar a esta situación, es la de enajenación de la cosa a título gratuito. El *accipiens* donante, se enriquece en la medida en que se ahorra el gasto necesario para adquirir la cosa y enajenarla a título lucrativo. Evidentemente, en la medida en que el titular consigue recuperarla del tercero tenedor, no puede exigir una doble restitución (del tenedor y del donante) porque entonces se enriquecería sin causa; pero si, como nosotros opinamos, la acción de enriquecimiento no es subsidiaria puede escoger entre las siguientes acciones: 1. para recuperar el enriquecimiento del donante; 2. para recuperar el provecho del donatario; 3. la acción real oportuna; puede, incluso, acumularlas lo que da lugar a una obligación solidaria del donante y donatario en la medida del enriquecimiento (valor de la cosa).

La jurisprudencia presenta una gran variedad de supuestos de consumo de cosa ajena. Don José Rierola, aprovechando unas balas de algodón pertenecientes a un tercero, se lucra injustamente en perjuicio de la compañía ferroviaria que para extinguir la responsabilidad derivada de un contrato de transporte tuvo que indemnizar a su titular (S., TS, 27 de noviembre de 1925). Resuelto el contrato de arrendamiento del muelle oeste del Puerto de Gijón al mes de celebrado y por mutuo acuerdo de las partes, se enriquece injustamente el arrendador al apropiarse del importe de los tres primeros meses de la renta que el arrendatario había depositado de garantía (S., TS, 19 de abril de 1931). Se enriquece injustamente el Estado si al ocupar unos edificios no paga unas obras realizadas para el instituto náutico del mediterráneo (S., TS, 9 de abril de 1949)⁷, se enriquece injustamente quien consume 92.000 kilos

⁷ Col. leg. 42, pág. 565. Se trata de una sentencia en extremo interesante. La junta del patronato del Instituto Náutico del Mediterráneo adjudicó a la compañía «Material y Obras S.A.» la construcción de un edificio al precio alzado de 574.560. Posteriormente, se le adjudica una ampliación de obras por valor presupuestado de 157.000 ptas. y, más tarde se encarga a la constructora la construcción de otros pequeños trabajos. La liquidación definitiva de las obras asciende a 1.099.867,82 ptas., consignándose en dicha liquidación que se trata de un importe inferior al importe presupuestado, la resorería, con todo, desembolsa únicamente 764.456 ptas. Después de la guerra —disuelta la mentada junta— el Estado se incauta del edificio por lo que la constructora reclama al mismo la cantidad en que se considera impagada. Tres interesantes temas de fondo están jugando en la sentencia: primero, que

de Nitrato de Cal que fueron expropiados sin indemnización durante la guerra civil española (S., TS, 1 de mayo de 1950), se enriquece injustamente en una intrusión minera quien aprovecha materiales de una concesión ajena (S., TS, 12 abril de 1955 y de 5 de mayo de 1966), se enriquece injustamente quien destina unos fondos que le fueron confiados para un negocio en cubrir gastos urgentes de una sociedad propia (S., TS, 22 de diciembre de 1962), se enriquece injustamente quien recibe unas acciones a través de una venta simulada —para obtener la mayoría de votos en la explotación «Minas del oeste S.A.»— y luego dispone de las mismas (S., TS, 13 de mayo de 1967). Similar es el supuesto de enajenación de cosa ajena a un tercero que resulta protegido por la publicidad hipotecaria (S., TS, de 3 de julio de 1981)⁸.

Un supuesto singular es el de la S., TS, de 15 de noviembre de 1990: adquirida una finca en pública subasta, la sentencia estima que el adjudicatario se enriquece injustamente con el valor del chalet construido en la misma que no fue descrito ni tasado en el procedimiento de ejecución.

La misma doctrina se aplica en la jurisprudencia interpretadora del art. 361 CC en la accesión invertida: La indemnización reparadora ha de buscar equilibrio entre la posible codicia del dueño del terreno que pretende lucrarse con la revalorización de los terrenos por encima de la inflación retrasando su reclamación, y el injusto enriquecimiento del constructor que viene poseyendo desde un principio el terreno privando del mismo a su dueño (Ss., TS, 29 de abril de 1986, 19 de abril de 1988, 8 de noviembre de 1989).

la junta no estaba legitimada, de acuerdo con su estatuto, para la adjudicación de las citadas obras; segundo, que se había pagado el importe de las obras tal como resultaba del proyecto de adjudicación; tercero, el abogado del Estado alegaba que, en cualquier caso, no se había realizado la opción del art. 361. Véase después en detalle, enriquecimiento por incorporación de provechos a una cosa inmueble.

⁸ Es muy dudoso que en el Derecho histórico el consumo de una cosa ajena sin título originase un deber de restitución, pues tal consecuencia sólo se deriva de los supuestos de subrogación real, y en la medida del aprovechamiento actual, según resulta del régimen del pago de lo indebido y de la acción de petición de herencia. En el Código civil aún encontramos formalmente plasmado este principio en los arts. 197 CC (acción de petición de herencia), art. 1778 CC (la enajenación por el heredero del depositario), art. 812 CC (reversión en favor de ascendientes), art. 1367 (restitución de dote instimada), y 1897 (pago indebido). La restitución de lo que quede, o el precio de las cosas enajenadas parece ser el paradigma de la medida resicutoria del Derecho codificado. La restitución del valor, es siempre algo excepcional y se funda normalmente en el sinalagma contractual o en un principio de retroactividad real (cfr. art. 645, 650, 1303 CC, etc...).

B) *El empleo sin título de una actividad profesional*

Es éste, quizá uno de los supuestos que se presta a una mayor riqueza de matices y a una más amplia discusión.

En un orden de principios, puede sin duda afirmarse que quien emplea sin derecho —sin un previo contrato válido— la actividad profesional ajena, se enriquece injustamente pues se ahorra un gasto —el que hubiese tenido que desembolsar para obtener un empleado—. Esta idea, aparentemente sencilla y que hasta ahora no ha sido cuestionada, de constante aplicación tanto por los tribunales españoles como extranjeros, y que está recogida en normas legales positivas (art. 9.2 del Estatuto de los trabajadores), me parece que excepciona tanto en un sentido positivo como en otro negativo el sistema general del orden jurídico, fundado en dos principios básicos que quien realiza un trabajo hace suya la obra indemnizando los materiales (art. 383 del CC), y la gratuidad del mandato (art. 1711) y de la gestión de negocios. En efecto, cuando el ET con carácter general en su art. 9.2 dispone que, salvo voluntad maliciosa del trabajador, en caso de que se anulase un contrato, podrá exigir por el trabajo ya prestado la remuneración consiguiente a un contrato válido, está imponiendo la apropiación de la cosa producida por el empresario indemnizando al trabajador, lo cual es contrario al sistema general de las leyes civiles que consiste justamente en lo contrario (art. 383), y que tiene su fundamento en la dificultad de determinar el fruto efectivo del trabajo en los procesos productivos complejos, en los que el trabajador es sólo un eslabón de una cadena, y en el que el producto es el resultado de la colaboración de los diversos elementos del proceso productivo. Supone este sistema del ET, el respeto absoluto a la plusvalía del capital que es, por el contrario, desconocido en las leyes civiles.

La creciente subsunción en el ET de los trabajos de naturaleza profesional, resta importancia al principio en el orden jurídico civil, aun cuando conserva vigencia para aquellas situaciones que no queden sometidas a las leyes laborales. Resulta especialmente interesante, en este orden, la S., TS, de 10 de febrero de 1962: El propietario arrendador de un local de negocio, convino una promesa de futuro arrendamiento de un local de negocio siempre que los futuros arrendatarios, señores Hologado y Asensi —este último letrado en ejercicio— se comprometieron a asumir los gastos que habían de causarse en los litigios indispensables para el deshaucio de los arrendatarios, comprometiéndose además el señor Asensi a prestar los servicios de letrado sin percepción de honorarios profesionales. Declarada la nulidad de arrendamiento por ir contra ley (art. 37 del estatuto general de la abogacía de 28 de junio de 1946, en cuya virtud es ilícito renunciar a los honorarios), considera la sentencia que constituye un enriquecimiento injusto tanto las cantidades

desembolsadas, como los honorarios del abogado. Más recientemente el principio se afirma con toda claridad. Realizado un proyecto de urbanización de una finca rústica por virtud de un contrato celebrado entre un arquitecto y los hijos del propietario, se opone éste alegando la falta de consentimiento, el Tribunal Supremo admite la reclamación del colegio de arquitectos fundándose en el enriquecimiento sin causa (S., TS, 8 de abril de 1976); por la misma razón admite la reclamación de honorarios profesionales en las variaciones al proyecto inicial para la construcción de un cine teatro a un ayuntamiento (S., TS, de 21 de abril de 1976 —sala 4.ª—). La S., TCT, de 26 de abril de 1984, admite la reclamación por enriquecimiento injusto de unos extranjeros que trabajaron en España careciendo de contrato de trabajo; y en igual sentido la S., TSJ Navarra —Sala Social— de 21 de junio de 1990. Especialmente interesante es la S., TS, de 6 de octubre de 1990: en la liquidación de una sociedad irregular debe incluirse como gasto computable a efectos de fijar el saldo unos honorarios (sueldo, salario) a favor del socio que asumió con carácter exclusivo la dirección y administración del negocio por reiterada unilateral e intempestiva del otro socio al deteriorarse las relaciones entre ambos. La valoración no es indiscriminada, en la S., TS, de 9 de diciembre de 1983, cuando tras el encargo de un proyecto —hoja de encargo en blanco—, el mismo se hace imposible sin culpa del comitente al negar el ayuntamiento licencia, no ha lugar al pago de los servicios «al amparo de las ideas que han inspirado el enriquecimiento injusto». El examen atento de este supuesto muestra que la denegación de la licencia fue anterior a los estudios en detalle, y el arquitecto debió haber conocido dicha denegación.

PASQUAU LIANO analiza también la valoración creciente del trabajo por la jurisprudencia en la liquidación de las sociedades irregulares (Ss. 7 de octubre de 1965, 10 de noviembre de 1978)⁹. Resulta especialmente interesante esta última sentencia, pues la jurisprudencia no utiliza como módulo reparatorio del trabajo irregular el «ahorro de gastos», sino la liquidación de la sociedad irregular como «participación» en el capital social. Así pues la indemnización del trabajador irregular se puede valorar bien como un contrato de hecho —ahorro de gastos— o bien como una sociedad irregular. En el primer caso la restitución alcanza lo que se le hubiese debido pagar si hubiese habido un contrato válido, en el segundo caso lo que habría tenido derecho a participar si hubiese mediado un contrato de sociedad. La aplicación de un módulo u otro está en función del «modelo social significativo» de prestación

⁹ *Op. cit.*, págs. 284 y sigs.

de trabajo, aunque el principio general parece ser que el trabajo se recupera mediante las normas del enriquecimiento injusto (S., TS, 13 de julio de 1984 —sala 4.ª—) S., TCT 2 de septiembre de 1983.

La jurisprudencia hemos visto, específica como medida el *aborro de gastos*, lo que supone, efectivamente, desentenderse del enriquecimiento efectivo que el trabajo produce en el empresario o receptor de la actividad. Con todo, hemos hecho referencia anteriormente, parece que esta valoración como enriquecimiento de la actividad ajena está en contradicción con los principios generales de nuestro orden jurídico. En efecto puede decirse que la gratuidad del mandato y de la gestión de negocios conduce a que, en un orden de principios, la actividad profesional deba considerarse como excluida de la posibilidad de restitución de su valoración. La acción de enriquecimientos sin causa, como niveladora de los desequilibrios producidos por la prestación de una actividad fuera de todo contrato, es de moderna construcción y sin duda fruto de la influencia de las doctrinas sociales en el ámbito del Derecho privado; en una primera época, la jurisprudencia, de manera coherente, excluía estos supuestos del enriquecimiento injusto. Dos sentencias son especialmente ilustrativas. La S., TS, de 16 de diciembre de 1880, contempla el siguiente supuesto: don Juan Mendía Jiménez, dio poder, por escritura de 18 de octubre de 1864, a don Gaspar González de Hoyo para cobrar cuantas cantidades, dineros, frutos o géneros, para representarle en todas las operaciones de préstamo, y para defenderle en cuantos pleitos tuviera y demás que debiera hacer el otorgante como *director y propietario* del establecimiento de préstamo «A la onza de Oro». Posteriormente, don Gaspar González de Hoyo reclama al cesionario del negocio 3.228 ptas. atrasadas, alegando que se había pactado en su carácter de director del negocio una retribución de 6.000 reales anuales. La sentencia, que no estima probada la existencia de un contrato de servicios, declara el convenio tratarse de un mandato y ser por tanto, gratuito. La segunda sentencia, es de 26 de noviembre de 1926: el actor, realizó el servicio de correo que correspondía a la demandada desde el 10 de noviembre de 1906 a principios de 1911, realizando dicho servicio por creerse equivocadamente obligado a ello denegándole el Tribunal Supremo cualquier tipo de indemnización.

En realidad, parece que frente a las actividades de naturaleza profesional, la ley civil se enfrenta con un doble criterio: a) en caso de que la actividad produzca una obra nueva, quien prestó su trabajo adquiere la misma, indemnizando el valor de los materiales empleados; b) cuando la actividad es de naturaleza inmaterial, así v. gr. la prestación de un servicio o la realización de una gestión, no existe, según la tradición del Derecho común, un enriquecimiento. Esto es así, porque el Derecho codificado es especialmente respetuoso con la voluntad como origen de

una obligación de naturaleza patrimonial, pretende evitar los llamados enriquecimientos impuestos; es decir, aquel incremento patrimonial que no supone, en sí mismo, una entidad material, y que puede no producir un efectivo enriquecimiento (v. gr. la prestación de un servicio puede resultar enriquecedor o no, el pago del mismo, cuando no es provechoso, puede suponer un auténtico empobrecimiento del *accipiens*). Así se explica la postura tradicional de considerar que la acción de enriquecimiento se limita al enriquecimiento efectivo del *accipiens*. No se nos dice qué sea el enriquecimiento, pero de acuerdo con los criterios legales antes expuestos, es evidente que este enriquecimiento es de la naturaleza material; respecto de aquellos enriquecimientos que no tienen naturaleza material, la preclusión de la acción derivada de la gestión útil debía ser preclusiva de cualquier otra más o menos coincidente o paralela. Por el contrario, en el Derecho moderno la jurisprudencia cambia de criterio¹⁰, al tomar como módulo calificador del enriquecimiento el *ahorro de gastos*, se independiza la noción de enriquecimiento del enriquecimiento efectivo ingresado en el patrimonio del *accipiens*, y se toma un criterio de medida del mismo de naturaleza inmaterial porque ¿cómo valoraremos el ahorro de gastos? La prestación de una actividad o servicio ¿qué gastos nos ahorra?, cómo valoraremos, por ejemplo, los casos de especial idoneidad del trabajador o de especial perfección de la obra creada ¿no consiste esto también en un ahorro de gastos? Recientemente, como señalábamos, aún se amplía más la medida reparatoria, pues se toma como modelo de enriquecimiento la *participación en el capital social* (S., TS, de 10 de noviembre de 1978); la prestación de un trabajo sin título no se considera como un «ahorro de gastos» sino como una sociedad irregular, la remuneración al trabajador no se hace como si hubiese habido un contrato de trabajo válido sino como si hubiese habido una sociedad irregular.

Concluimos pues que el modelo reparatorio es significativo de un modelo social de ordenación del Derecho civil, la tradición del Derecho común y el Derecho codificado, preocupado fundamentalmente de proteger al propietario agrícola sólo considera enriquecimiento el enriquecimiento efectivo (como provecho material que queda en el momento de la demanda), mientras que el Derecho moderno, con un sentido mu-

cho más social, valora un marco de relaciones sociales significativas donde la prestación de trabajo es valorada en sí misma, bien como si hubiese habido un contrato, bien como si hubiese habido una sociedad. Todas estas observaciones conducen a afirmar, o quizá a corroborar, la afirmación que hicimos anteriormente de progresiva ampliación del concepto de enriquecimiento —abierto a las tendencias sociales más modernas—, conducen también a configurar la acción de enriquecimiento sin causa como un cauce jurídico abierto a la renovación jurisprudencial del Derecho.

F) *Enriquecimiento e incorporación de provechos a una cosa inmueble*

Son también supuestos de enriquecimiento injusto, aquéllos en que, por una circunstancia de hecho, el ordenamiento jurídico reconoce validez a una atribución patrimonial, pero al no estar basada esta atribución en una relación negocial entre enriquecido y empobrecido, ni en un principio de justicia que se manifieste previamente en una obligación legal de entrega, produce el enriquecimiento injusto. Estos casos los encontramos cuando el enriquecimiento consiste en un bien que se ha convertido en parte integrante de otro de manera que no pueda separarse de él sin quebranto de la materia o deterioro del objeto. El ordenamiento, al no poder recuperar si la ventaja en sí misma, impone la restitución del valor del objeto adquirido, es decir, una acción personal equilibradora del enriquecimiento injusto. Existen supuestos legales previstos en normas jurídicas positivas (cfr. arts. 353, 366, 368, 375, 383, del CC etc.), pero nos interesa el examen detenido de los casos «atípicos» contemplados por nuestra jurisprudencia por cuanto nuevamente aquí parece que nos encontramos ante una ampliación de la medida reparatoria en virtud de la aplicación de criterio del ahorro de gastos. Es más la alegación del principio que prohíbe el enriquecimiento injustificado tiene como razón la elusión de las normas reparatorias previstas para la accesión o en el régimen de los arts. 453 y 454.

En efecto, la sentencia de 27 de marzo de 1958, contempla el siguiente supuesto: El demandado, para preparar el matrimonio de su hija con el actor, consintió expresamente en que éste hiciera las obras necesarias de adaptación en la casa que, propiedad de su esposa, iban a habitar; al romperse las relaciones prematrimoniales, desapareció la razón de ser de dichas obras originándose un enriquecimiento injusto. De la sentencia resulta especialmente destacable que no se restituye en función del incremento patrimonial que recibe el *accipiens* —se indemnizarían en este caso los gastos de acuerdo con los arts. 453 y 454 y sólo se restituirían los gastos necesarios— sino que, aunque esto no aparece

¹⁰ En el Derecho español la sentencia de 5 de junio de 1929 (col. leg. 101, pág. 647), que fija la retribución de un jornalero en 15 ptas/hora; por servicios prestados y no remunerados, puede ser decisiva al respecto. La S., TS, de 4 de julio de 1984, declara que no es indispensable la fijación del precio al tiempo de celebración del contrato de arrendamiento de servicios, pues éste es determinable «acudiendo a las pautas orientadoras que proporcionan las tarifas corporativas, lo que impedirá toda hipótesis de enriquecimiento injusto».

muy claro en la sentencia, parece que se le indemnizarían los gastos realizados (ahorro de gastos). En idéntico sentido, puede citarse la S., TS, de 12 de noviembre de 1958: consumado un juicio de desahucio, fue condenado el arrendatario a desalojar en el término de 20 días la huerta y construcciones ajenas objeto del arrendamiento. El arrendatario — con conocimiento y aceptación del arrendador— había previamente modificado el destino de la finca, transformando la misma en un jardín, e iniciando en gran escala el negocio de venta de flores; en el momento del desahucio, reclama el valor de las plantas existentes valoradas en 143.273 ptas., derecho que reconoce la sentencia. Esta sentencia es especialmente ilustrativa; en efecto, si lo que se trata de indemnizar es el enriquecimiento efectivo del propietario, habrá que calibrar en qué medida está en condiciones de aprovechar la industria de venta de flores instalada, y en qué medida está dispuesto a ello; si lo que se va a calibrar es el enriquecimiento material, habrá que calificar en qué medida la industria es un gasto necesario y, por tanto, indemnizable de acuerdo con los criterios legales (arts. 453 y 454). La sentencia sin embargo, desconoce ambas partidas e indemniza de acuerdo con el ahorro de gastos, es decir lo que le hubiese costado efectivamente adquirir las flores, o, mejor dicho, en este caso, —aun cuando esto no se infiere muy claro en la sentencia— el lucro que significa la empresa de flores. Desde luego, no se hace mención de la opción del art. 361.

En realidad, el modelo restitutorio cuando se incorporan provechos a una cosa inmueble podría ser quintuple: por los módulos de la accesión inmobiliaria, por los módulos del régimen de la posesión, indemnizando el trabajo prestado (ahorro de gastos), considerando que ha habido una gestión oficiosa (indemnizando los gastos del gestor), e incluso liquidando el «capital» de una «sociedad irregular», como si se hubiese constituido una sociedad irregular. La pretensión restitutoria fundada en «enriquecimiento sin causa» significa quizá una valoración autónoma e independiente del «enriquecimiento» sin calificar el origen del mismo de acuerdo a los módulos tradicionales (accesión, posesión, prestación laboral, gestión oficiosa, sociedad etc...) y con un módulo restitutorio ampliado. El calificativo «de hecho», prestación laboral «de hecho», sociedad irregular «de hecho», etc... parece enmarcar una vocación de aplicación del régimen jurídico de una institución aunque no se haya constituido ritualmente mediante un acto formal de voluntad (contrato de trabajo, de sociedad, etc...). En el Derecho codificado las situaciones irregularmente constituidas son residuales (accesión, gestión oficiosa, etc...) y sus módulos restitutorios excepcionales (protegen al propietario, régimen de la posesión, la accesión y la gestión oficiosa: el *dominus negotii* puede desconocer la gestión). El Derecho moderno sin embargo, parece considerar preferentemente la apariencia como módu-

lo de responsabilidad (sociedad irregular, relación laboral de hecho, enriquecimiento sin causa), y la nueva terminología es el velo de toda una nueva perspectiva de aplicación e interpretación del Derecho. DÍEZ PICAZO, se muestra contrario a esta ampliación restitutoria y afirma que la admisibilidad general de este tipo de *condictio*, fundada en las coordenadas del derecho del enriquecimiento, conduciría a la necesidad de abonar todos los gastos útiles a todo poseedor, contra el criterio restrictivo del art. 453 CC¹¹, pero sin embargo, analizando la jurisprudencia se puede observar que los módulos restitutorios del Derecho codificado están ciertamente en crisis —el estudio de PASQUAU LIANO es paradigmático—, y el enriquecimiento sin causa tiene una vocación ampliatoria de la medida restitutoria fundado en la nueva sensibilidad social hacia el trabajo, la actividad mercantil, y la responsabilidad por la apariencia creada. Por ejemplo, en el supuesto de hecho que dio lugar a la S., TS, de 12 de noviembre de 1958, indemnizar por enriquecimiento sin causa a quien ha puesto en marcha un negocio de flores en una finca ajena, es valorar la actividad mercantil en sí misma, y no desde la perspectiva del propietario agrícola al que sólo se le obliga por el derecho codificado a indemnizar los gastos necesarios.

El tema ha sido analizado recientemente por CARRASCO PERERA, subraya este autor la existencia en la jurisprudencia de multitud de supuestos de pretensiones restitutorias de mejoras y gastos realizados en inmuebles ajenos en razón de relaciones de cortesía, parentesco y amistad: así la hija que habita en casa de su madre ausente y reclama la restitución de las mejoras cuando la madre regresa y solicita el piso para sí (S., TS, de 9 de junio de 1984), el amigo precarista que transforma un local en bar con asentimiento del propietario y reclama los gastos cuando se rompen las relaciones (S., TS, de 6 de diciembre de 1985), el hijo que vive con la madre y solicita la restitución de las mejoras cuando se deterioran las relaciones familiares (S., TS, de 25 de noviembre de 1985). En todos estos casos —señala CARRASCO PERERA— el Tribunal Supremo considera de modo muy laxo la concurrencia de las condiciones de los arts. 361 y 453 CC y tiende a conceder pretensiones restitutorias fundadas en el enriquecimiento injusto¹². La medida restitutoria es con todo problemática, pues se trata de actuaciones en nombre y beneficio propio (véase *supra*, cap. IV), en las que no se suele aplicar principios valoristas sino nominalistas. En ocasiones se deniega la resti-

¹¹ *Op. cit.*, pág. 128. Esto sucede por ejemplo en la S., TS, de 25 de enero de 1984, que funda la restitución de las mejoras en el piso vendido en el enriquecimiento injusto y no en el régimen general de las mejoras.

¹² Véase, en especial, comentario jurisprudencial en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, 10, 255, págs. 3220 y sigs.

tución: S., TS, de 22 de marzo de 1978, obras realizadas por un precarista en las que se deniega la restitución por no ser de aplicación los arts. 361 y 453 CC; S., TS, 31 de octubre de 1985, arreglo de un piso en que convive con la propietaria, en la que no se concede acción de regreso por no ser de aplicación el art. 361 CC; S., TS, 29 de octubre de 1986, deniega la restitución de los gastos de mejora de un hotel arrendado al terminar el contrato de arrendamiento; S., TS, de 24 de febrero de 1988, las obras realizadas por el comprador de un local comercial no se restituyen en caso de resolución de las ventas por impago del precio porque no pueden calificarse de necesarias.

Pero el marco de reclamaciones por mejoras en bienes ajenos reborda ampliamente el marco de las relaciones familiares o de cortesía. Como vemos en detalle en el capítulo siguiente, en las obras y mejoras en bienes públicos y a la administración pública, se desarrolla por la jurisprudencia contenciosa una importante doctrina sobre el deber de restitución que está fundado en el enriquecimiento injusto. En el régimen patrimonial civil, en ocasiones la restitución por enriquecimiento injusto conduce a aplicar un régimen contractual de hecho. Un caso característico es la S., TS, de 25 de junio de 1974: una empresa ejecuta la estructura metálica y suministro de hierro, que correspondía a otra «toda la estructura metálica y suministro ha quedado formando parte del edificio propiedad de la actora y procede su condena al pago de las cantidades reclamadas» —como si hubiese habido contrato—. Significa una cierta crisis del personalismo y consensualismo en las relaciones contractuales pues la sentencia afirma que la sociedad enriquecida se convierte «automáticamente» en deudora. Del mismo modo, en la S., TS, de 8 de abril de 1976, en la que el actor realiza a petición de los hijos del propietario la urbanización y acondicionamiento de unos terrenos rurales en Fuenterrabía, el Tribunal Supremo impone la restitución no aplicando el régimen de los arts. 361 o 453 CC, sino en función del enriquecimiento injusto como si hubiera habido contrato —relación contractual de hecho—, llegando incluso a afirmar el carácter solidario de la deuda. En la S., TS, de 5 de abril de 1980, obliga a restituir el valor de las obras realizadas fuera de proyecto presumiendo el consentimiento ante la falta de oposición de los demandados; y en la S., TS, de 1 de diciembre de 1980, tras la construcción por uno de los socios de un edificio en un terreno social, atribuye la obra al constructor y no a los dueños del suelo, pues cuando a consecuencia de fenómenos económicos ajenos a la voluntad de los particulares el valor de la cosa sufre un desproporcionado aumento, «no es lógico que participen en el enriquecimiento personas que no contribuyeron a la creación del valor». La S., TS, de 29 de julio de 1989 obliga a pagar el precio de unas obras

defectuosas que sin embargo resultaron de utilidad para el que las recibió.

Se hace pues difícil fijar la aplicación de los diversos módulos restitutorios: indemnización de las mejoras, relación contractual de hecho, ahorro de gastos, etc... Las mejoras pueden indemnizarse de acuerdo con los módulos estrictos de los arts. 361 y 453 CC, o ampliarse o denegarse. Quizá el sentido objetivista del *utiliter coeptum*: modelo social de relaciones significativas, parece el criterio decisivo. El enriquecimiento sin causa se muestra entonces como modulación de los criterios restitutorios codificados, frente a los inadecuados modelos de accesión y posesión; y se muestra preferente un nuevo régimen que valora preferentemente el marco social en el cual se realizó la actividad económica o la prestación del trabajo.

G) *Enriquecimiento por derogación retroactiva de la norma jurídica que lo justificaba*

La derogación de una norma jurídica no tendrá, en general, efecto retroactivo en el sentido de dejar sin causa los enriquecimientos fundados en la norma derogada, sin embargo, puede tenerla, excepcionalmente, cuando la propia norma así lo declara, o cuando ello se deriva de la *ratio legis* de la misma.

Esta segunda doctrina, ha tenido aplicación en nuestro país por las especiales circunstancias durante la guerra y por el cambio ideológico que supone la terminación de la misma. En efecto, era común la expoliación de las cuentas corrientes que en los bancos tenían los que abandonaban la zona republicana y su imposición en favor de los ayuntamientos respectivos; al final de la guerra, se ordena a los bancos su restitución, pero como los ayuntamientos habían dispuesto de su importe, se considera que se enriquecen injustamente a costa de los bancos. (Ss., TS, de 1 de mayo de 1950, 16 de junio de 1952 y 28 de enero de 1956.)

H) *El principio: nadie puede cobrar dos veces por la misma prestación*

Resulta muy clarificador el referirse al principio «nadie puede cobrar dos veces por la misma contraprestación». El juego de la reciprocidad de las prestaciones en el Derecho contractual, implica que a cada prestación corresponde la equivalencia formal de una contraprestación, y que, por lo tanto, por la misma prestación no se pueda recibir dos contraprestaciones.

El principio puede actuar como acción para reclamar lo pagado por segunda vez, pero, como veremos, puede actuar también como excepción para eludir un segundo pago o un pago excesivo.

Resulta, en realidad, y como ya hemos explicado, un supuesto en que la causa, entendida como contrapartida, resulta muy clarificadora en la explicación de la funcionalidad de la acción de enriquecimiento injusto. Diversos ejemplos aclaran la postura. La S., TS, de 28 de mayo de 1888 examina el contrato de arrendamiento del Teatro Apolo de Madrid celebrado el 1 de septiembre de 1882; en el mismo, se pactó el pago adelantado de 75.000 ptas. por año y el deshaucio en caso de impago sin indemnización de ningún tipo: el arrendatario realizó nueve pagos parciales a cuenta de los alquileres, pero al no completar a principio de año el pago total de arrendamiento, fue demandado de deshaucio. Consumado éste, reclama el arrendatario pues se enriquece el arrendador dos veces; con el disfrute del teatro y el pago anticipado del precio: que es especialmente manifiesto si efectivamente lo arrienda nuevamente, pues entonces cobra dos rentas por la misma cosa¹³. Este caso, es muy similar al que dio origen a la S., TS, de 29 de abril de 1931: resuelto el contrato de arrendamiento del muelle oeste de Gijón al mes de celebrado, constituye un enriquecimiento torticero apropiarse de los tres primeros meses que el arrendatario había aportado como garantía. Nadie puede, tampoco, además de cobrar el precio de la indemnización por la ruina de una casa, lucrarse con los despojos de la misma: S., TS, 24 de marzo de 1952.

El principio se toma en cuenta especialmente en las indemnizaciones de daños; ejercitada la acción indemnizatoria por la ruina de un edificio, al haberse empotrado en él un camión, han de considerarse los beneficios obtenidos por la venta del solar pues lucrarse dos veces constituiría un enriquecimiento injusto (S., TS, 15 de diciembre de 1981).

El principio se utiliza con especial frecuencia por el Tribunal Supremo en el régimen jurídico del seguro. La S., TS, de 13 de abril de 1983, declara que para que no haya un enriquecimiento injusto, debe devolverse la cantidad cobrada de la compañía aseguradora por extravío de una mercancía, cuando ya se había cobrado de la aseguradora del vendedor; con la misma doctrina la S., TS, de 7 de octubre de 1986¹⁴, afirma que el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto

¹³ El Tribunal Supremo rechaza la acción entendiendo que el arrendador «usa de su derecho apoyado en una escritura pública cuya validez no ha sido impugnada». A mi juicio, por el contrario, la efectividad de la acción es incuestionable; sucede que estamos en una época —anterior al Código civil— de aplicación restrictiva del principio. Con posterioridad al mismo, la reclamación del arrendatario tendría su fundamento tanto a través de la facultad discrecional que al juez le atribuye el art. 1154, como del principio del enriquecimiento sin causa.

¹⁴ Véase comentario de REGLERO CAMPOS, en CCJC, 1986, págs. 4047 y sigs.

para el asegurado recibiendo percepciones indemnizatorias duplicadas. La S., TS, de 9 de octubre de 1985 —sala 5.ª— considera enriquecimiento injusto recibir el sueldo de alguacil y la prestación de desempleo.

No se puede lucrar dos veces con la cuantía de la indemnización recibida de una compañía aseguradora, y por la condena del autor de un delito (S., TS, 4 de noviembre de 1986). Principio limitador de la indemnización que se liga al art. 26.1 de la Ley 50/1980 (Ss., TS, 7 de octubre de 1986, 1 de diciembre de 1989, 30 de noviembre de 1990).

Resultan especialmente ilustrativas dos sentencias de 16 de diciembre de 1959 y de 7 de junio de 1962. En la primera, habiéndose formado una sociedad anónima por diversas personas, asumieron éstas la totalidad de las acciones a la vez que se comprometían a aportar el trabajo; al retirarse algún tiempo después de la sociedad uno de los socios, quiso recibir el importe de los servicios prestados siendo denegada su pretensión, pues declara la sentencia, «al separarse de la sociedad y recibir el importe de su aportación, con la consiguiente supervaloración (el incremento de valor de las acciones), cobro o participo del enriquecimiento social». En la S., TS, de 7 de junio de 1962, se contempla el siguiente supuesto: existiendo un contrato de fletamiento por 100.000 ptas. para transportar naranjas desde el puerto de Gandía y no aportadas éstas en la forma prevista, se resuelve el contrato condenando la Audiencia Territorial al contratante que incumplió el pago de 100.000 ptas, el mismo, sin embargo, alega en casación que aunque el barco fue fletado en su totalidad se cargaron mercancías de un tercero cuyo porte cobró el fletante, con lo cual esta cantidad se percibe dos veces en perjuicio del recurrente; argumento que recoge la sentencia.

Cercana a esta doctrina puede citarse aquí también la S., TS, de 9 de diciembre de 1983 —ponente SANTOS BRIZ¹⁵— resuelve *obiter dicta* un tema que ha preocupado durante algún tiempo a doctrina y jurisprudencia:

«si la prestación que incumbe a una parte derivada de un contrato bilateral se hace imposible o inexigible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión de contraprestación debiéndose restituir las prestaciones ya realizadas».

Esta consecuencia no se deriva directamente del art. 1124 CC sino que

¹⁵ Véase referencia a esta sentencia en el comentario de DEIGADO ECHEVERRÍA a la S., TS, de 17 de junio de 1986, en CCJC, 11, 1986, pág. 3781.

—según la sentencia— se funda en la equidad contractual y en el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto¹⁶.

En el mismo sentido se pronuncia la S., TS, de 23 de diciembre de 1988. La imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la obligación contraída no imputable al obligado (falta de autorización administrativa para el ejercicio de la actividad) obligan a la restitución de las cantidades desembolsadas, no sólo por aplicación del art. 1124 CC, sino también por exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos, prohibición de abuso (art. 7 CC), y prohibición de enriquecimiento injusto o sin causa¹⁷.

¹⁶ El problema de fondo evidentemente es determinar cuándo hay una imposibilidad de cumplimiento. En relación con el tema de la aplicación de la cláusula *rebus*, el alcance de la imposibilidad jurídica, y la excesiva onerosidad sobrevenida.

Esta doctrina no es pacífica y una importante corriente doctrinal aplica la regla *periculum est emptoris* y considera de preferente aplicación los arts. 1095 y 1452 CC; tesis que podemos llamar clásica mantenida por CASTÁN y OGAYAR (*Efectos que produce la obligación bilateral*, Pamplona, 1983). Los términos del debate sobre la regla *periculum est emptoris* pueden verse en ALONSO PÉREZ, *Del riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, pag. 139).

El problema de fondo es determinar si el art. 1124 CC califica una situación personal del obligado (incumplimiento culpable) o es una situación objetiva ligada a la reciprocidad contractual, y por ello, con los límites legales, imprevisión, etc..., si el derecho a la resolución es independiente de la culpa de la contraparte. La evolución jurisprudencial parece significar que la resolución *ex* 1124 CC no se define por el incumplimiento culpable sino en razón de la reciprocidad. El contrato no define el riesgo (*periculum est emptoris*) sino la reciprocidad justa de las prestaciones.

El Derecho romano sólo permitía la resolución si existía pacto expreso (de la ley comisoria). La resolución por incumplimiento se instaura con carácter general en el art. 1184 CC francés recapitulando la dispersa jurisprudencia medieval. DOMAT y POTHIER ligan la resolución al incumplimiento culpable y califican la resolución como «condición resolutoria implícita». La moderna doctrina, sin embargo, liga la resolución en la causa y toma una noción objetiva de incumplimiento (PINTO RUIZ, «En torno a la llamada condición resolutoria tácita», *RJC*, 1953, pag. 441; DIEZ PICAZO, *Fundamentos...*, I, pag. 843; ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986, págs. 86 y sigs.; MONTES PENEDÉS, «Comentario al art. 1124 CC», en *Comentarios dirigido por M. Albaladejo*, XV, 1, Madrid, 1989, pag. 1183). La concepción causal del contrato abre también la vía para la modificación y resolución de los contratos por alteración esencial de las circunstancias. Al definir el concepto de incumplimiento, hay que hacer referencia a las nociones de imprevisibilidad, reciprocidad, y límite a la imputabilidad de las obligaciones que hemos tratado al hablar de la equivalencia de las prestaciones.

¹⁷ Dos sentencias anteriores de 14 de noviembre de 1962 y 23 de noviembre de 1964, sientan la misma doctrina pero ligando imposibilidad y nulidad del contrato y aplicando el art. 1303 CC. ÁLVAREZ VIGARAY (*La resolución...*, cit., pag. 157), cita también como precedentes las Ss., TS, de 10 de marzo de 1949 y 9 de marzo de 1950.

Obiter dicta se establece también el efecto resolutorio de la imposibilidad sobrevenida en las obligaciones bilaterales en las Ss., TS, de 13 de febrero de 1987¹⁸ y 12 de marzo de 1990.

D) *Enriquecimientos por abandono del dominio, o por imposibilidad de prueba del mismo*

También la acción de enriquecimiento puede tener su origen en una imposibilidad de prueba del dominio. Como hemos visto, la acción de enriquecimiento es una acción complementaria a otras acciones, que tiene como característica principal la de ser una acción personal, que se dirige contra el enriquecido ante la imposibilidad de recuperar la «*ipsa res*», y sólo por el valor de una ventaja que el enriquecido mantiene sin tener fundamento o título idóneo. La acción de enriquecimiento, es así una acción mucho más elástica que, por ejemplo, la reivindicatoria, pues exige sólo la prueba de la obtención de una ventaja, sin la existencia de un título idóneo para retener, y no la prueba diabólica de la propiedad. LACRUZ BERDEJO¹⁹, en este sentido, con referencia al pago de lo indebido, declara

«la existencia de una segunda pretensión al lado de la propiedad no es inútil; presenta como ventaja (menos notable tratándose de bienes mueble merced al art. 464) el prescindir de la prueba del derecho de propiedad en el que paga, puesto que, como luego ha de verse, lo que funda la acción recuperatoria es la desposesión sin causa del *solvens* —independientemente de que éste fuera o no propietario— y el legitimado es sólo dicho *solvens* y aquél por quien pagó: Nunca el propietario de una cosa en cuanto tal, por su condición de propietario»

y NÚÑEZ LAGOS, con carácter más general, declara que

«en los mismos casos en que sea posible la acción reivindicatoria, el *tradens* puede recurrir a la *condictio* para la restitución de la cosa (*condictio possessionis*) simplemente por comodidad ya que la *condictio* no exige la prueba diabólica del dominio como la reivindicación»²⁰.

La acción de enriquecimiento sin causa se nos presenta así de especial utilidad para recuperar los provechos que producen aquellas prestaciones realizadas en función de un acuerdo válido que no se puede probar, cuando la cosa entregada ya no puede recuperarse.

Se nos presenta también en otra faceta de no menos utilidad, y que únicamente puede defenderse desde un prisma de negación de la subsi-

¹⁸ Con comentario de JORDANO FRAGA, *CCJC*, 1987, págs. 4434 y sigs.

¹⁹ *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad*, *Temis* 2, 1957, pag. 30.

²⁰ *Op. cit.*, pag. 429.

diariedad de la acción. El propietario o titular de una cosa o derecho no poseedor o detentador del mismo, puede abandonar su titularidad reclamando únicamente el beneficio que produce en el patrimonio de un tercero. La apropiación de la misma, evidentemente, produce un provecho; quien abandona una titularidad atribuye un beneficio a quien la detenta, recuperable a través de la acción de enriquecimiento sin causa (que al ser personal persigue únicamente el equilibrio patrimonial del valor que representa la cosa). Es decir, la acción de enriquecimiento sin causa, enfocada desde este prisma, permite al titular de un derecho su abandono en favor del poseedor o detentador del mismo reclamando únicamente la medida del enriquecimiento que el derecho produce en su detentador. Ello, porque el provecho que adquiere el detentador no tendría una causa (contraprestación, o ánimo de liberalidad integrado con los requisitos de forma *ad solemnitatem* previstos por la ley). Correlativamente, el detentador podrá excepcionar la acción devolviendo la cosa misma; en efecto, si la devuelve a su titular ya no se enriquece, y por otra parte, en función de la doctrina de los enriquecimientos impuestos, no se le puede imponer que la conserve.

J) Los llamados enriquecimientos indirectos: crítica

Normalmente, se suele distinguir, dentro de la genérica acción de enriquecimiento, dos acciones diversas: la *condictio* y la *actio in rem verso*; la *condictio*, actúa frente a aquellas transmisiones o ventajas patrimoniales que se producen directamente (v. gr. uso o consumo de una cosa ajena sin título); la *actio in rem verso* enmarca su funcionalidad cuando la ventaja se adquiere a través de un tercer patrimonio (v. gr. pago por un tercero art. 1158). A mi juicio, por el contrario, si en el plano teórico esta distinción es fácil, en el plano práctico es tan difícil como innecesaria.

Con respecto a la dinámica de los enriquecimientos indirectos, creemos que es básica la observación que realiza RIPERT et TEISSEIRE²¹ de que hay casos en que la presencia de un tercero no impide que haya una relación directa de causalidad entre el hecho del demandante y el provecho obtenido por el demandado. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo esta temática aparece muy raramente. En la sentencia de 22 de diciembre de 1962, el recurrente alega el carácter indirecto de un enriquecimiento: don Francisco Marellan, acordó constituir una sociedad de importación-exportación con los señores Mariano Balsega y Benito de Soto; a tal efecto entregó a don Mariano 129.505,35 ptas. que fueron ingresadas en la cuenta bancaria de una sociedad irregular de-

nominada Suministros Textiles, S.L. (*Lutex*) de la que don Benito era único socio y propietario. Dicho dinero fue empleado en cubrir pagos de la citada sociedad (*Lutex*), reclamando posteriormente don Francisco la cantidad a don Benito por enriquecimiento injusto. Es evidente, en este supuesto, que no se trata de un enriquecimiento indirecto sino directísimo.

A nuestro parecer procede distinguir: 1. que la relación del tercero con el enriquecido tenga los caracteres de una relación jurídica válida. 2. que la relación del tercero con el enriquecido tenga los caracteres de una relación meramente de hecho. Cuando la relación del tercero con el enriquecido tiene los caracteres de una relación de hecho, la actuación del tercero no impide la existencia de una relación directa y, por lo tanto, la proponibilidad de la acción de enriquecimiento.

El primer supuesto plantea mayor problemática ¿hasta qué punto las relaciones jurídicas que han dado lugar a un enriquecimiento indirecto no son un título válido oponible a la acción de regreso? Está claro que existe acción cuando esté recogida o definida por una norma jurídica, o se derive directamente de ella; como sucede cuando se cumple una obligación legal o negocial por un tercero no obligado, o cuando la propia norma jurídica crea un sistema de doble responsabilidad. Siempre que una persona cumple una obligación legal o negocial que corresponde a otra, esta última se enriquece. El supuesto es ya clásico y pertenece a la doctrina general del Derecho de obligaciones. Al igual que ocurre en los supuestos anteriormente examinados de enriquecimiento sin causa, plantea algunas contradicciones dada la ampliación jurisprudencial de la medida del enriquecimiento, en virtud del criterio del ahorro de gastos. En efecto, se dispone en el art. 1158 ap. 2, que quien paga una obligación contra la expresa voluntad del deudor sólo tiene acción frente a éste en la medida en que le sea útil (enriquecimiento); es decir, se extingue la obligación primitiva, con todas las accesorias que la garantizan y surge una nueva acción fundada en la recuperación del enriquecimiento; parece, por el contrario (art. 1158 ap. 1 y art. 1159), que cuando el pago se realiza sin conocimiento del deudor, o con su conocimiento si éste no se ha opuesto, se extingue también la obligación primitiva con todas sus accesorias, pero el tercero que ha pagado puede recuperar todo su *empobrecimiento*, aun cuando no exista un enriquecimiento por parte del deudor (la prestación no le haya sido «útil» o provechosa). La conservación de la primitiva obligación, se produce sólo en los supuestos del pago con subrogación (art. 1210), que, por su carácter particular, puede considerarse excluidas del ámbito restitutorio fundado en el enriquecimiento sin causa en sentido estricto. Vemos pues legalmente estructurada una doble modalidad restitutoria —excluida la del pago con subrogación que conduce propia-

²¹ «Essai, d'une théorie de l'enrichissement sans cause», RTDC, 1904, pág. 770.

mente a un cambio de acreedor en la obligación—; una que tiende a recuperar el enriquecimiento del deudor (en la medida que le sea útil), y otra que tiende a reestablecer el empobrecimiento del tercero (reclamar lo que hubiese pagado). Después de lo señalado hasta ahora, no nos será difícil el reconducir ambas pretensiones restitutorias a la doctrina del enriquecimiento injusto, pero señalando la dualidad de medidas restitutorias. Aunque al tratarse de una acción que tiene regulación específica e historia propia, la Jurisprudencia no lo reconduce a la teoría general del enriquecimiento sin causa, ni lo vamos a examinar ahora en detalle.

De no encontrarnos frente a un supuesto de los que hemos llamado típicos; es decir, cuando nos enfrentamos con un enriquecimiento que se deriva de una relación jurídica válida, nos dice TRIMARCHI²², que la tutela del empobrecido sólo podrá obtenerse en la medida en que sea posible una subrogación en los derechos exceptantes de aquel que produjo la prestación; y el propio TRIMARCHI²³ señala posteriormente, una interpretación amplia de la responsabilidad por enriquecimiento sin causa, alcanzarían un ámbito prácticamente ilimitado. BARBERA²⁴ observa que si se permite al empobrecido ejercitar la acción a pesar de la existencia de una relación jurídica válida entre tercero y enriquecido, la ampliación de la acción de enriquecimiento hace peligrar la seguridad del tráfico y de las relaciones jurídicas, y conduce a que se puede ejercitar la acción frente a una serie indefinida de sujetos. RIPERT²⁵, comentando el *Arret Boudier*²⁶, señala que en este caso el propietario no se enriquece injustamente con los abonos proveídos por un tercero al arrendatario, puesto que el enriquecimiento proviene de sus vínculos contractuales con el agricultor; más genéricamente VOUIN y ROBINO²⁷, nos dicen que en estos casos la persona enriquecida puede oponer a la empobrecida el contrato realizado con un tercero, el cual justifica su enriquecimiento.

El estudio jurisprudencial más completo de los enriquecimientos indirectos derivados de una relación jurídica (entre tercero y enriquecido), —tanto en la jurisprudencia francesa como en la italiana— lo he

²² *L'arricchimento senza causa*, Milán, 1962, pág. 34.

²³ *Ibid.*, pág. 79.

²⁴ *L'ingiustificato arricchimento*, Nápoles, 1964, pág. 59.

²⁵ *La règle morale...*, cit., pág. 265.

²⁶ El supuesto de hecho ha sido ya examinado con detenimiento; se refiere a la reclamación del proveedor del arrendatario frente al propietario de una finca, al extinguirse el contrato de arrendamiento.

²⁷ *Droit privé civil e commercial*, París, 1960, 306.

encontrado en BARBERA²⁸, llegando este autor a la conclusión que si en sus orígenes la jurisprudencia francesa había negado que el contrato entre el enriquecido y un tercero constituyese justa causa del enriquecimiento, posteriormente prevalece la tesis afirmativa; y a análogas conclusiones puede llegarse del examen de la jurisprudencia italiana.

Generalmente, cuando nos enfrentamos con este tipo de enriquecimientos, el problema se refiere a una insolvencia del deudor principal (v. gr. el braceró del arrendatario que resuelto el contrato de arrendamiento pretende cobrar al propietario de la finca, o contratista que realizadas unas mejoras en un piso a instancia del arrendatario, pretende cobrar del propietario, etc...). A nuestro juicio, la admisión de la acción de enriquecimiento en estos supuestos, podría conculcar las normas especialmente previstas para la tutela del acreedor, aparte de poner en peligro la seguridad de las relaciones jurídicas. Y de esta forma se resuelve el tema en la jurisprudencia española más reciente: quien hace obras a cuenta del arrendatario no tiene acción contra el propietario (Ss., TS, 20 de septiembre de 1989 y 16 de octubre de 1990).

²⁸ *Op. cit.*, pág. 93.

CAPÍTULO VII
LA AMPLIACIÓN DE LA MEDIDA RESTITUTORIA
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) *La medida del enriquecimiento: planteamiento*

El enriquecimiento, ya lo hemos dicho, es el presupuesto básico para el ejercicio de la acción de enriquecimiento. Diferente del enriquecimiento como presupuesto es la *medida del enriquecimiento*, es decir, aquella medida de valor que el que adquirió impropriamente viene obligado a restituir. Éste es, quizá, el punto más difícil y conflictivo de toda doctrina del enriquecimiento injusto, y, además, quizá el menos estudiado.

Los ejemplos podrían multiplicarse; quien se apropia de los alambres de espino propiedad del Estado que fueron «olvidados» después de la guerra en el que fue frente de Guadalajara, se enriquece pero ¿qué es lo que debe restituir?: Unos alambres de la misma especie y calidad, el valor de los alambres cuando fueron encontrados, el precio recibido por su enajenación, el valor en el momento de la demanda, o el «provecho» que se perpetua en el patrimonio del detentador de los mismos.

Hemos estudiado antes los supuestos de enriquecimiento sin causa, y aún hemos señalado la dualidad de criterio, Derecho codificado ampliación jurisprudencial, que parecen concurrir a la hora de fijar la medida del enriquecimiento, (singularmente la ampliación del objeto de la restitución a través del criterio del ahorro de gastos); esta temática, que antes examinábamos de manera parcial, conviene estudiarla ahora de una forma unitaria.

Parece una afirmación común, que el Derecho sólo tiene en cuenta, en el régimen de restitución de la acción, el enriquecimiento actual; es decir, el enriquecimiento que persiste en el momento de la demanda. No tendrá en cuenta el enriquecimiento pretérito (aquél que existió en algún tiempo pero que se ha extinguido al proponerse la demanda), ni el enriquecimiento futuro (la expectativa patrimonial aunque sea cierta, mientras no se alcance el instante de su actualización).

Sostienen esta tesis tanto la totalidad de los autores españoles que han tratado del tema v. gr. NÚÑEZ LAGOS¹, LACRUZ BERDEJO², ESPUNY GÓMEZ³, ROVIRA MOLA⁴, como la mayoría de los autores extranjeros, así: GORE⁵, ROUAST⁶, MOISOIU⁷, WEIL⁸, TRABUCCHI⁹, COZZI¹⁰, D'ONOFRIO¹¹, VON TUHR¹², HEDEMANN¹³, etc... BETTI¹⁴ explica, en un plano legislativo, como hay leyes que exigen que el enriquecimiento subsista todavía en el momento de la demanda (Código civil italiano, art. 2041; Código civil portugués, art. 1448; Código civil alemán, art. 818, apartado tercero), mientras que en otros códigos la solución es contraria v. gr. el Código egipcio, cuyo art. 179 declara que la obligación subsiste aunque el enriquecimiento hubiese desaparecido con posterioridad. El B. G. B., en el art. 818, apartado tercero, con gran corrección terminológica, está redactado en estos términos «la obligación de restitución o de indemnización de valor está excluida en la medida en que el beneficiado ya no está enriquecido», y el art. 703 del Código civil japonés lo hace de forma similar «aquél que sin causa legal, ha obtenido una ventaja de un bien o de los servicios de otro en perjuicio de éste, está obligado a indemnizar en la medida en que esta ventaja exista actualmente.

Parece que es correcta la afirmación de que la *condictio* no tomará en cuenta enriquecimientos futuros, GORE¹⁵, pone el siguiente ejemplo (tomado de la sentencia de un Tribunal civil de Viena): los arrendatarios de un fundo habían hecho levantar una construcción en lugar de un viejo edificio, la demanda de restitución a los propietarios fue denegada pues se estimó que mientras el arrendamiento no termine, el enriquecimiento no es actual sino futuro e incierto. En cuanto a los enri-

¹ *Op. cit.*, pág. 687.

² *Op. cit.*, pág. 601.

³ «Perfil y límites del enriquecimiento infundado», *RJC*, 1952, pág. 45.

⁴ «Enriquecimiento injusto», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. III, pág. 474.

⁵ *L'enrichissement au dépend d'autrui*, París, 1949, pág. 64.

⁶ *Op. cit.*, pág. 54.

⁷ *L'enrichissement injust (étude de Droit compare)*, París, 1932, pág. 227.

⁸ *Droit civil: Les obligations*, París, pág. 794.

⁹ *Op. cit.*, pág. 72.

¹⁰ «Contributo alla dottrina del ingiustificato arricchimento», *Ann. Dir. Comp.*, 1951, pág. 147.

¹¹ «Arricchimento senza causa», en SCIALOJA-BRANCA, *Comentario del Codice civile* Boloniano-Roma, 1958, pág. 279.

¹² *Tratado de las obligaciones* (trad. de W. Roces), t. I, Madrid, 1934, pág. 317.

¹³ *Derecho de obligaciones* (trad. de Santos Briz), Madrid, 1958, pág. 645.

¹⁴ *Cours de Droit civil compare des obligations*, Milano, 1958, pág. 160.

¹⁵ *Op. cit.*, pág. 64.

quecimientos pretéritos, MOISOIU¹⁶, pone el siguiente ejemplo, (tomado de una sentencia de 29 de junio de 1929), el enriquecimiento en una cantidad de rublos en papel del antiguo régimen ruso, no da origen a la acción porque los billetes de banco que lo han constituido perdieron el valor a causa de las disposiciones del régimen soviético (lo que conduce a que ningún enriquecimiento subsista en el momento de la demanda). En la jurisprudencia española en este sentido, la S., TS, de 6 de diciembre de 1985, afirma que no son reembolsables las mejoras que desaparecen después de la demanda pero antes de la puesta efectiva en posesión del actor.

Esta tesis del enriquecimiento actual, no ha sido de todas maneras unánime; en fecha tan temprana como 1904, RIPERT et TRISSEIRE¹⁷, en función de su construcción de la acción de enriquecimiento injusto como recuperadora del provecho creado, a la hora de enfrentarse con el momento en que debemos colocarnos para apreciar la naturaleza y el alcance del enriquecimiento —si éste viene a cambiar o a desaparecer entre el momento inicial en que se ha formado y aquél en que la acción es intentada— declaran que la cuestión nunca se ha planteado adecuadamente, y proponen unos criterios restitutorios que se refieren a la restitución de todo el provecho creado. Algún autor moderno —como BARASI¹⁸— reconoce su perplejidad a la hora de decidirse por qué momento hemos de situarnos para calibrar la medida del enriquecimiento como valor restitutorio; otros —como LARENZ¹⁹— parecen plantear una tímida duda señalando que es, al menos, equívoco el que en la jurisprudencia se afirme insistentemente que la pretensión de enriquecimiento se limita al importe que resulte de la comparación de la situación patrimonial actual y de la que tendría lugar sin el aumento efectuado sin causa. Con más decisión, para el Derecho francés, MAZEAUD y MAZEAUD²⁰, declaran que no hay que exagerar las consecuencias del principio del enriquecimiento actual; y así, distinguen entre el enriquecido sea un incapaz (en cuyo caso tiene protección por el derecho) y que el enriquecido sea capaz en el que la ley no le protege contra sí mismo sino contra actos exteriores. A la postre, creemos nosotros, que, como dice BARBERA²¹, la primaria exigencia de la certeza del Derecho,

¹⁶ *Op. cit.*, pág. 228.

¹⁷ «Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause», *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1902, págs. 786 y sigs.

¹⁸ *Teoria generale delle obbligazioni*, 2.ª ed., Milano, 1964, pág. 422.

¹⁹ *Derecho de obligaciones*, trad. de Santos Briz cit., pág. 555.

²⁰ *Op. cit.*, pág. 645.

²¹ *L'ingiustificato arricchimento*, Nápoles, 1964, pág. 301.

requiere que, en un cierto punto, se concluya la serie causal de las eventuales consistencias negativas puestas en movimiento a partir del hecho productor del enriquecimiento.

En un intento de dar a los criterios restitutorios del enriquecimiento injusto una estructuración unitaria, TRIMARCHI, habla de la distinción entre concepción real y concepción patrimonial del enriquecimiento; según la primera, el enriquecimiento, tratándose de una cosa determinada, consiste en la cosa misma, y si se destruye, aquél que la ha recibido indebidamente está liberado, salvo que nos encontramos frente a una hipótesis de *perpetuatio obligationis*, *perpetuatio* que existirá cuando su destrucción haya supuesto un correspectivo en el patrimonio del enriquecido, bien por indemnización de un daño, bien por adquisición de un subrogado, o bien porque se trataba de una cosa fungible en cuyo caso es debida siempre la restitución del *tatundem*. Frente a esta concepción, la concepción patrimonial valora la diferencia consistencia que el hecho productor del enriquecimiento ha supuesto en el patrimonio del enriquecido; de aquí que la inexistencia de la cosa, o su salida del patrimonio del enriquecido, no provoque, por sí misma, la completa liberación de éste. No le obliga la concepción patrimonial a pagar el valor de la cosa, sino que considera la utilidad de la persona (elemento unificador y dinámico del patrimonio) ha conseguido del suceso que ha causado la pérdida de la cosa. Continúa TRIMARCHI ilustrando como doctrina y jurisprudencia acuden al concepto de ahorro de gastos, el cual, como es evidente, es únicamente referible a una concepción global del patrimonio, y a este concepto se recurre cuando una persona ha gozado de una cosa ajena sin causa, o cuando el enriquecimiento consiste en un *facere*. La principal consecuencia de este criterio de la utilidad, es que no van a ser tenidos en cuenta algunos hechos concomitantes con la obtención de la ventaja que traigan consigo que ésta no perdure en el momento de la demanda²².

A mi parecer esta concepción patrimonialista de TRIMARCHI ilustra adecuadamente la perplejidad que doctrina y jurisprudencia parece sentir ante el tema de determinar la medida del enriquecimiento objeto de restitución. Dos ideas me parecen sumamente clarificadoras: la primera que el régimen codificado es sumamente restrictivo de respecto de las pretensiones del empobrecido, pues su mira fundamental es la protección del *dominus negotii* frente a las ingerencias indebidas en su patrimonio; desde la perspectiva del Derecho codificado el único enriquecimiento que se debe restituir es el provecho que perdura en el momento de la demanda (salvo que exista una *perpetuatio obligationis*). Sin embargo

una segunda idea conviene subrayar, frente a estos criterios restrictivos del Derecho positivo, la jurisprudencia, movida por una nueva sensibilidad social y jurídica, impone toda una nueva normativa ampliadora de la medida de la restitución. No es fácil traducir a sistema esta labor renovadora del Tribunal Supremo. En ella parecen ciertamente mostrarse una multitud de tendencias diversas. En primer lugar, la crisis del nominalismo y la invasión del Derecho patrimonial por tendencias valoristas, en segundo lugar, la protección del trabajo y de la iniciativa económica frente a la propiedad y al capital, en tercer lugar todo un nuevo modelo de interpretación de las relaciones sociales, desde una perspectiva significativa, que parece prescindir tanto del ritualismo patrimonial como de los principios consensualistas del Derecho codificado.

El enriquecimiento sin causa, como ya lo he dicho en alguna ocasión, parece una palabra mágica que ejerce una cierta fascinación sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que parece propiciar la elusión de las normas positivas y la invasión del Derecho patrimonial por nuevos criterios de justicia. Creo justamente que la mayor riqueza de este tema es su falta de sistema, como auténtica punta de lanza de la evolución jurídica, abierto a las tendencias jurisprudenciales de renovación del Derecho. Por ello en las líneas que siguen no voy a pretender presentar un sistema de alcance restitutorio, que yo mismo debo confesar no llegó muy bien a sistematizar, sino más bien mostrar —lo que me parece evidente— el contraste entre los módulos restitutorios del Derecho codificado y su ampliación jurisprudencial, y las tendencias actuales de evolución doctrinal y jurisprudencial del derecho patrimonial de la restitución.

B) *La medida del enriquecimiento en el Derecho codificado*

El art. 1897 del Código civil en tema de pago indebido, establece que

«el que de buena fe hubiese aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus acciones en la medida en que se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado restituirá el precio o cederá la acción para efectivo».

Que la acción alcanza sólo *la medida del enriquecimiento*, no quiere decir que al haber sido enajenada, haya que estar a la ventaja que ello le supone al enriquecido en el momento de la demanda (enriquecimiento actual), sino al precio de la enajenación (medida del enriquecimiento) con independencia de cualquier otra circunstancia. (*Ibidem*, art. 197 CC, en la regulación del régimen de la *actio petitio hereditatis*). Cuando el valor de la venta haya sido menor que el valor real del mercado, podemos preguntarnos qué debe alcanzar la restitución ¿el valor real? ¿el precio de la enajenación? o ¿el enriquecimiento actual? es decir lo que quede

²² *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, págs. 117 y sigs.

en el momento de la demanda. Después de los criterios que antes hemos expuesto de enriquecimiento de cosa genérica y de enajenación a título oneroso, está claro que la restitución en la medida del enriquecimiento en el sistema codificado, se referirá al precio de la enajenación de la cosa, con independencia de que dicho precio suponga o no, en el momento de la demanda, una ventaja para el que lo adquirió o del valor real de la misma²³.

La restitución del precio es el paradigma del alcance de la restitución del provecho recibido en el Derecho codificado, sin que el código imponga el deber de restitución del provecho derivado del uso o consumo. CARRASCO PERERA entiende, por el contrario, que el régimen genérico en el Derecho codificado es el valor (y cita el régimen de los arts. 645, 650, 1185, 1147, 1303, y 1295 CC, siempre que por razón de responsabilidad no deba responderse más allá), e incluso, cuando el Código civil habla de precio —según ese autor— la mención debe entenderse como restitución del valor. Y entiende que ese es un régimen contrario al del Derecho común, pues en el Derecho español es prevalente la *actio in quod parvenit* a la *actio in quantum lucupletior factus sit*²⁴. Creo sin embargo que esta interpretación de CARRASCO PERERA es una interpretación «correctora» del régimen del código, que entiendo, continúa con el régimen restitutorio del Derecho común, y que la restitución del valor es siempre una medida restitutoria excepcional fundada en el sinalagma contractual o en criterios de retroactividad real. En el Derecho codificado, a mi juicio, la medida restitutoria es muy restrictiva y se re-

²³ BARBERA *op. cit.*, pág. 140, opina que la *ratio* de esta norma (protección del disponente de buena fe), obliga a pensar que si por su iniciativa el subrogado fuere superior a valor de la *res*, sólo debería restituir la medida de este valor. TRIMARCHI *op. cit.*, págs. 62 y sigs., dedica un capítulo entero a la iniciativa y el provecho defendiendo que todos los provechos que con la cosa haya obtenido el enriquecido, pertenecen a éste según los criterios del Derecho italiano. Pero se trata de una problemática moderna, pues el Código es tajante al imponer la restitución de precio. El modelo codificado es el que CARRASCO PERERA denomina modelo escolástico de restitución (cfr. pág. 1062), que, según ese autor, es aceptado enteramente por GROCIO y PUFFENDORF.

²⁴ *Op. cit.*, pág. 97. En el supuesto de enajenación de la cosa por el *accipiens* de buena fe, el propietario no pierde la reivindicatoria, pero, a mi juicio, son diferentes la acción de enriquecimiento del empobrecido —contra el *accipiens* enriquecido disponente—, cuyo límite según el modelo codificado es el precio recibido, de la acción reivindicatoria contra el tercero adquirente, y de la acción de saneamiento de este tercero frente al disponente. Éste es el régimen que parece deducirse de la regulación codificada de la *condictio indebiti*, sin que la proponibilidad de la acción de enriquecimiento llegue a significar que toda disposición de bienes ajenos hecha por un no legítimo de buena fe sea eficaz frente al dueño.

fiere sólo al precio recibido en la enajenación, y «lo que quede» en caso de uso, deterioro o consumo de la cosa.

No se considera provecho —en nuestro Derecho codificado— ni el uso de cosa ajena, ni la destrucción de cosa ajena —aunque produzca un provecho inmaterial: el de su consumo—, ni el empleo de una actividad ajena. En el mismo sentido, no enriquece la disponibilidad del dinero —se debe únicamente en la restitución del numerario—, ni empobrece (al menos a efectos restitutorios) el deterioro de una cosa por su uso. Puede concluirse, de todo lo dicho, que el provecho que tiene cuenta el sistema del Derecho codificado es únicamente el provecho de naturaleza material y contable que se adquiere en un momento determinado aunque no persista. Como estudia en detalle CARRASCO PERERA, la regla de medición del enriquecimiento se construye en el Derecho común sobre la base de la *actio petitio hereditatis*, la *actio in rem verso* y las donaciones uxorias; el *accipiens* no corre con el riesgo de pérdida de la cosa; sólo en el caso de culpa se perpetua la obligación y se amplía la medida restitutoria (cfr. arts. 1304, 1158, 1897 CC).

Como ya hemos hecho referencia anteriormente, la obligación de pagar por el uso o detención de una cosa concreta y determinada no fungible se limita en el sistema codificado a la obligación de restituir los frutos y rentas *que produce*, estableciéndose además esta obligación excepcionalmente (cfr. art. 1896 y art. 451). Parece ello corroborado, por el régimen del comodato (art. 1740), uso y habitación (art. 523), precario o posesión meramente tolerada (art. 444 y 438), en los que el uso de una cosa ajena no parece conducir al pago de merced, y, mucho menos, a valorar dicho uso de acuerdo con lo que se hubiese debido pagar de haber existido un previo acuerdo. La restitución de los frutos percibidos se debe sólo en supuestos taxativos y excepcionales, fundados en la culpa o el sinalagma contractual (cfr. arts. 1095, 1295, 1303, 1468, 882, 760, 551, etc... CC), y en caso de mala fe posesoria también los frutos debidos de percibir (art. 454 CC). El sistema del Código es aún más restrictivo que el del Derecho común. Merece destacarse el detallado estudio que sobre este punto hace CARRASCO PERERA de la doctrina del Derecho común sobre los frutos²⁵, y de la simplista solución del art. 451 CC que es la contradicción más frontal que existe en nues-

²⁵ *Op. cit.*, págs. 1102 y sigs. El uso sólo se indemniza en función del daño —es decir criterio indemnizatorio fundado en la responsabilidad—, cuando hay un daño emergente o un lucro cesante para el propietario. El concepto «lucro cesante», se acuña en el régimen jurídico de la responsabilidad como título para cobrar intereses en las discusiones teológicas sobre la licitud de éstos.

tro Código al sistema del enriquecimiento injusto²⁶. La normativa del art. 451 no aparece en el Código como una regla específica de la reivindicación —sentido propio del Derecho histórico—, sino como un régimen general, producto de una ampliación no muy meditada de lo que es buena y mala fe posesoria²⁷. En el Código desaparece el modelo general de restitución del Derecho común que se fundaba en el régimen de la *petitio hereditatis*, que obligaba a restituir los frutos en la medida en que se enriqueció²⁸; y también en la restitución por *condictio* se restituían los frutos de acuerdo al módulo del enriquecimiento, justificándose la diferencia con el módulo restitutorio de la *reivindicatio* —en el que el poseedor hacía suyos los frutos— en que el poseedor reivindicado posee en virtud de título.

Así como el uso de una cosa no fungible no produce enriquecimiento, tampoco el «uso» del dinero. Cuando se usa dinero —en realidad cualquier cosa fungible y genérica— que debe necesariamente consumirse, se restituye una cantidad igual. El único «enriquecimiento» «tipificado» por el uso del dinero, son los intereses que alcanzan la cuantía legal en los supuestos excepcionales previstos por la ley.

De la misma manera, el consumo de cosa ajena, si no se produce un provecho material de tipo contable (de incremento patrimonial), no enriquece a efectos de considerarse un pago sin causa. El caso principal de provecho material es el de consumo de una cosa fungible, que da lugar a la restitución de otra similar de la misma especie y calidad cuando ha existido una previa entrega, y entonces se tipifica jurídicamente un préstamo o un pago de lo indebido (cuando no se debía), siendo ambas obligaciones restitutorias de idéntica naturaleza y fundadas en la obligación de restituir lo adquirido sin causa; similar es la situación del cuasiusufructuario (art. 482). Pero generalmente el consumo no se calibra a efectos de la restitución pues sólo se restituye lo que quede, como resulta del régimen de la acción de petición de herencia, y también del pago de lo indebido (art. 1897 CC, cfr., también art. 1778 CC)²⁹. Tam-

²⁶ Pág. 1105. El régimen del art. 451 CC es una generalización del régimen histórico restitutorio de la *reivindicatio* (véase, en detalle, CARRASCO PERERA, págs. 1068 y sigs.).

²⁷ Pág. 1108.

²⁸ Cfr. pág. 1102. Con cita de MEDINA, SOTO, MOLINA, GROCIO, y PUFFENDORF; norma proveniente del Derecho romano (senado consulto IUVENTINIANO) véanse también págs. 1109 y sigs.

²⁹ Véase en detalle CARRASCO PERERA (pág. 1083), que cita la doctrina de PUFFENDORF (nota 51). Sobre la restitución de los frutos consumidos véase pág. 1102, mo-

bién en régimen de impensas y mejoras se observa un idéntico principio en el Derecho codificado de limitar la cuantía restitutoria, al enriquecimiento, como proyecto material y de naturaleza contable, recibido por el *accipiens*. En efecto, el régimen genérico restitutorio (cfr. art. 1896 y 453 y sigs.), impone la indemnización de los gastos necesarios, y, respecto de los útiles, concede a la opción del enriquecido entre abonar el importe de los gastos o el aumento de valor de la cosa, por cuanto la mínima partida de las dos es el enriquecimiento efectivo (en cuanto provecho material y contable) recibido.

C) Ampliación jurisprudencial de la medida restitutoria

a) El ahorro de gastos como modelo restitutorio

Tras el estudio detallado realizado en el capítulo precedente, sólo nos queda aquí examinar en su conjunto la tendencia actual de nuestra jurisprudencia que, en resumen, se concreta en la siguiente afirmación: A través del principio del ahorro de gastos la jurisprudencia altera los criterios restitutorios examinados en la letra anterior, ampliando notablemente la cuantía restitutoria.

Se trata, en realidad, de una doble vertiente. El Tribunal Supremo, de una parte, *amplía* la restitución aún más allá del enriquecimiento concebido como provecho contable, de otra parte acoge supuestos de restitución (de enriquecimiento) que no eran tales en el sistema codificado. El alargamiento de la funcionalidad del enriquecimiento sin causa, se produce, así, tanto estableciendo nuevos casos de proponibilidad de la acción al ampliarse el concepto «enriquecimiento», como ampliando el objeto de la misma (la medida del enriquecimiento). Ambos efectos se producen cuando se toma como criterio restitutorio el del «ahorro de gastos». En efecto, a través de él el Tribunal Supremo puede desentenderse tanto del enriquecimiento efectivo recibido por el *accipiens* como del empobrecimiento sufrido por el *tradens*. A la vez, a través de ese criterio, acoge nuevos restitutorios que no eran valorados por el Derecho anterior.

En efecto el «ahorro de gastos» permite calificar como supuestos de enriquecimiento los de uso de cosa ajena, consumo de cosa ajena, empleo sin derecho de una actividad ajena, etc... que difícilmente pueden considerarse tales en nuestro Derecho codificado y que, además, conducen a que la cuantía restitutoria sea independiente del provecho

delo sobre cuyas discusiones históricas se superpone el tajante modelo codificado de atribuir todos los frutos al poseedor de buena fe, con indiferencia hacia el título posesorio.

efectivo recibido por el *accipiens* y del empobrecimiento sufrido por el *tradens*; también implica el que la cuantía restitutoria sea independiente de cualquier género de circunstancia que conduzcan a la no persistencia de enriquecimiento en el momento de la demanda. En el mismo sentido, hemos visto como en el caso de incorporación de un provecho a una cosa inmueble a través del ahorro de gastos, difícilmente se cumplen las previsiones referentes a accesión (art. 361 principalmente el Derecho de opción) o a impensas y mejoras (art. 453 y sigs.) ampliándose notoriamente la esfera restitutoria. De la misma forma, el principio de la subrogación real adquiere una nueva amplitud al incorporar a la restitución no sólo a los provechos, sino el valor de la cosa considerando como ahorro de gasto, y también con el mismo alcance restitutorio el consumo de cosa ajena y su enajenación a título gratuito.

En conclusión el empleo por el Tribunal Supremo del modelo del ahorro de gastos como medida del enriquecimiento permite considerar «supuestos» de enriquecimiento tanto el uso y consumo de cosa ajena como el empleo de trabajo profesional ajeno (cfr. capítulo anterior), a la vez que se eluden los criterios restitutorios del régimen de la accesión, la subrogación real y la posesión previstos en el régimen general codificado. Criterios que resultan ciertamente algo contradictorios con el sentido fundamental del reparto de las riquezas en el Derecho codificado.

b) *El enriquecimiento sin causa y la aplicación de criterios valoristas en la restitución*

Pero no solamente se muestra la ampliación jurisprudencial a través del criterio del ahorro de gastos, tema en el que no insistiremos ahora por haber quedado justamente examinado en el capítulo precedente, sino que, especialmente en la jurisprudencia más moderna, el Tribunal Supremo parece utilizar la técnica del enriquecimiento sin causa como módulo para imponer restituciones fundadas en criterios valoristas, que excepcionan el principio nominalista como módulo codificado de medida de restitución.

Subraya en este sentido SANTOS BRIZ, que el resarcimiento tendente a evitar los enriquecimientos injustos toma como valor de la cosa el momento de ser ejecutada la sentencia (Ss. de 20 de mayo de 1977, 21 de enero y 29 de junio de 1978, 22 de abril y 1 de diciembre de 1980), considerando las deudas indemnizatorias de daños y perjuicios como deudas de valor. En el mismo sentido las recientes sentencias de 31 de mayo de 1985 y 26 de noviembre de 1987, afirman, tajantemente, que el momento de liquidación del daño resarcible es el de la efectiva ejecución de la sentencia pues la deuda indemnizatoria es una deuda de

valor³⁰. También se declara que en los supuestos penales de hurto, robo o daños, las deudas son de valor (S., TS, —2.ª— 14 de marzo de 1991). Es significativa la S., TS, —4.ª— de 23 de diciembre de 1988, que obliga a pagar el interés legal a la Administración pública aunque en el contrato se pactó un interés moratorio del 4 por 100. En la reciente doctrina y jurisprudencia italiana se observa también idéntica doctrina fundada en la noción de enriquecimiento injusto: toda acción restitutoria o indemnizatoria de un daño, o todo retraso culpable o incumplimiento contractual se considera una deuda de valor, a efectos del resarcimiento³¹.

Pero la noción de resarcimiento valorista parece en la jurisprudencia reciente querer ampliarse, aún más allá de la indemnización del daño culpable, a aquellos supuestos restitutorios a los que la aplicación del principio nominalista llevaría a notorias injusticias. Así en la S., TS, de 1 de diciembre de 1980, a efectos de valoración de un edificio, se afirma textualmente que la depreciación monetaria impide en no pocos supues-

³⁰ Con comentario de JORDANO FRAGA, en *Cuadernos civitas de Jurisprudencia civil*, 15, 401, págs. 5205 y sigs. Sobre el tema del pago de deudas contraídas en moneda extranjera véase la reciente sentencia de 13 de abril de 1987, con comentario de BONET CORREA, en *La Ley*, 1987, 4, pág. 638. Esta sentencia obliga a la conversión en la fecha de la sentencia, y no en la fecha del pago como en afirmación común (Ss., TS, de 13 de octubre de 1983, 26 de diciembre de 1985). En realidad no significa sino tener en cuenta el mismo criterio del supuesto clásico de la evicción (D. 21,2,70; 21,2,66,3), tal como se manifiesta en el art. 1478.1 CC (véase desarrollo detallado por RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona, 1990, pág. 238).

³¹ Cfr. por ejemplo, PERETTI, «Svalutazione monetaria e indebito arricchimento nelle obbligazioni contrattuali inadempite», *Foro it.*, 1964, pág. 1034; MASTRO PAOLO, «Ingiustificato arricchimento e resarcimento del danno nelle giurisprudenza costituzionale sulla rivalutazione del crediti pecunari del lavoratore», *Foro it.*, 1978, I, pág. 194. La perspectiva valorística de las deudas de dinero en caso de mora se inició en Italia con la S. Cass de 11 de marzo de 1951 y no fue unánime (TRIMARCHI, *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazione pecuniarie*, Milano, 1983, págs. 10 y sigs.), aunque parece ser prevalente en la actualidad DEL PRATO, «Comentario a Cass 5 de junio de 1985», *Giur. it.*, 1986, I; SILVIA ROMANO, «Recenti orientamenti in tema di svalutazione monetaria e "maggiore danno"», en *Restegna*, 1991, I, págs. 136 y sigs. Corriente jurisprudencial criticada por los que piensan que el débito de dinero es siempre un débito de suma y que todo incremento de la medida indemnizatoria exige la culpa y la prueba del daño: DI MAJO, «Comentario a Cass de 7 de enero de 1983», *Giur. civ.*, 1983, I, pág. 767; DE MATTEIS, «L'obbligazione restitutoria tra debito di valuta e debito di valore», *Rev. Dir. Civ.*, 1986, I, págs. 665 y sigs. El carácter valorista de las deudas contraídas en moneda extranjera parece pacíficamente admitido: VALCAVI, «Il corso di cambio e il danno di mora nelle obbligazione in moneta straniera», *Rev. Dir. Civ.*, 1985, 11, pág. 255.

tos de tráfico comercial actual seguir la tesis nominalista ... para evitar resultados inequitativos y eludir así supuestos de enriquecimiento injusto de unas personas a otras³². La S., TS, de 26 de noviembre de 1987, en una resolución por incumplimiento efectúa la conversión de una indemnización en moneda extranjera al momento del pago efectivo conceptuándola como deuda de valor³³. La S., TS, de 7 de febrero de 1989 declara que la cantidad a devolver en un préstamo declarado usurario debe acomodarse a la fecha de cumplimiento de la sentencia con criterio valorista. El enriquecimiento injusto aparece como una excepción frente al principio nominalista, fundado una vez más en la noción de justiprecio, cuando su aplicación textual produce una lesión enorme (cfr. *supra*, capítulo V). De la misma forma la S., de 19 de julio de 1982 se refiere a la aplicación de principios valoristas, para evitar el enriquecimiento injusto a la hora de valorar bienes a efectos de colación.

La solicitud de pago en moneda revalorizada se utiliza como criterio interpretador de los contratos en caso de deudas ilíquidas (Ss., TS, 3 de octubre de 1957, 28 de enero de 1971). Pero no conviene exagerar esta doctrina más allá de sus actuales tímidos balbuceos; la S., TS, de 5 de abril de 1977 llega a afirmar «no hay disposición que obligue al pago compensando el valor de la moneda depreciada», y desde luego el simple mayor valor en el momento de la entrega no parece que dé lugar a poder exigir la compensación del empobrecimiento, existiendo un compromiso de venta no hay enriquecimiento injusto, porque en nuestro Derecho no rige un sistema de justiprecio (S., TS, de 22 de marzo de 1985). El Tribunal Supremo declara en innumerables ocasiones que no se enriquece sin causa quien paga con moneda depreciada (Ss. de 29 de abril de 1947, 19 de abril de 1985). Cuando se trata de valorar enriquecimientos producidos en el seno de relaciones familiares o de cortesía, o actuando en nombre y beneficio propio, se emplean preferentemente criterios nominalistas. Así, en la S., TS, de 25 de noviembre de 1985, el problema que se plantea es el de la restitución del valor de unas obras realizadas en piso ajeno que pueden valorarse según su coste en el momento de su realización (317.795 ptas.) o según su valoración actual (más de un 1.000.000 ptas.); estimando el Tribunal Supremo restituible el valor en función de la cantidad primera por tratarse de gastos realizados en provecho propio y en el marco de una relación familiar de convivencia (gastos realizados por el hijo que convivía con la madre).

En conclusión, los criterios valoristas parecen utilizados preferentemente tanto como medida general de interpretación de los contratos

(art. 1289 CC), como en el derecho del resarcimiento de daños (por culpa contractual como por culpa extracontractual) sin que podamos simplemente generalizar estos criterios fuera de este ámbito al menos en los supuestos en que no exista una lesión enorme e imprevisible. Toda afirmación dogmática es arriesgada: La S., TS, de 15 de abril de 1991 no admite el carácter valorista de una condena indemnizatoria en un contrato de obra, y en realidad el carácter valorista de las indemnizaciones de daños debe matizarse con la misma doctrina que vamos a desarrollar al tratar del enriquecimiento obtenido mediante acto injusto. El criterio clásico era la indemnización de los daños previsibles (art. 1107 CC). La restitución del dinero es paradigmático de todo el derecho de la restitución: ¿el precio o el valor?, ¿nominalismo o valorismo? Ninguno de los criterios parece definitivo y llevados a sus extremos, ambos pueden llegar a ser sumamente injustos. La resolución justa exige valorar significativamente el contexto en el que se produce el deber de restitución.

c) *El enriquecimiento sin causa y los modelos sociales significativos de relación patrimonial*

Como hemos hecho ya referencia en varias ocasiones, cuando la prestación sin causa se genera en el marco de una relación patrimonial significativa, el Tribunal Supremo, tutelando la actividad mercantil y económica, tiende a aplicar como módulo restitutorio el que corresponde a la relación social típica, dentro de la crisis general del voluntarismo contractualista a que hemos hecho referencia en otros lugares.

Así, en la S., TS, de 12 de noviembre de 1958, obliga a indemnizar el valor de un negocio de flores establecido por el precarista; la S., TS, de 25 de junio de 1974, obliga a pagar el valor de unas obras realizadas por empresa distinta de la contratada, como si hubiese habido contrato; la S., TS, de 8 de abril de 1976, obliga a pagar las obras realizadas a petición de los hijos de los demandados, como si hubiese habido contrato; la S., TS, de 5 de abril de 1980, obliga a pagar unas obras fuera de proyecto como si hubiese habido proyecto; y la S., TS, de 10 de noviembre de 1978, permite la indemnización de quien trabajó como si hubiese existido una sociedad irregular; la S., TS, de 4 de julio de 1984, declara que la fijación del precio no es elemento esencial del contrato de arrendamiento de servicios, pues se puede fijar atendiendo a las tarifas corporativas (lo que evita el enriquecimiento injusto); la S., TS, de 22 de marzo de 1988³⁴, restituye el valor de una clientela tras la extinción de

³² Véase comentario de BONET CORREA, en *ADC*, 1982, págs. 232 y sigs.

³³ Con comentario de JORDANO FRAGA, *CCJC*, 1987, págs. 5205 y sigs.

³⁴ En idéntico sentido la S., TS, de 16 de febrero de 1990 establece la indem-

un contrato de exclusiva. La S., TS, de 29 de julio de 1989 declara que la realización defectuosa de unas obras que, sin embargo, resultan de utilidad para quien las ha recibido, dan derecho a una compensación.

En ocasiones, la jurisprudencia innova en justicia. Así los supuestos de cesión invertida por intromisión. Apenas se hace ya cuestión por la jurisprudencia de la buena o mala fe del constructor que invade terrenos ajenos, e impone al invadido la carga de un pronto deber de reacción para evitar el lucro indebido por medios especulativos frente al «constructor honrado» (Ss., TS, 29 de abril de 1986, 19 de abril de 1988, 8 de noviembre de 1989). Es un claro ejemplo en el que se alteran conscientemente los módulos restitutorios previstos en el Código, y no se asume ni un principio nominalista ni un principio valorista.

La jurisprudencia administrativa parece también proteger especialmente la actividad económica. Frente a la doctrina de que el precarista administrativo puede ser desahuciado sin indemnización de las mejoras y obras realizadas en la cosa (cfr., por ejemplo, S., TS, 11 de julio de 1984 —sala 4.ª—), la S., TS, de 19 de abril de 1983 —sala 4.ª— protege al titular de un restaurante construido en terrenos municipales, frente al desahucio administrativo, alegando los principios de la cesión y del enriquecimiento injusto (que obliga previamente a que la jurisdicción civil se determine sobre la posesión).

También la jurisprudencia interpreta (en función del alea contractual y la teoría del enriquecimiento injusto) con un matiz claramente objetivista el contrato de seguro (daños producidos), con independencia de quien fuese el tomador del seguro, y quien fuera el causante del daño (cfr. S., TS, de 25 de mayo de 1985), en lo que parece un cierto abandono del matiz personalista de las obligaciones civiles.

En todos estos casos el modelo de contacto social es decisivo para la aplicación de un régimen jurídico «como si hubiese habido el contrato» a que responde dicho modelo social. Estamos propiamente ante lo que PASQUAU LLANO llama la repercusión social de la conducta, al que el Tribunal Supremo tiende de modo creciente a otorgarle mayor operatividad que a lo efectivamente querido o manifestado.

Los módulos restitutorios se nos aparecen como un sistema sumamente complejo pues según el criterio preferente que se tome en cuenta conducen a medidas distintas de valoración. Así, frente a una «obra»

nización por denuncia unilateral sin justa causa de un contrato de agencia aunque no lo fundamenta en el enriquecimiento sin causa (con comentario de RAGEL SÁNCHEZ, en CCJC, 1990, págs. 459 y sigs.).

efectuada en un bien ajeno podemos considerar el enriquecimiento efectivo del *accipiens* una «mejora» y restituir el enriquecimiento actual (arts. 453 y 454 CC); o considerar que ha existido una gestión oficiosa y el *accipiens* se ha enriquecido al aprovecharse de la ventaja (se restituye el gasto o empobrecimiento del *tradens*); o considerar que se trata de un trabajo profesional que debe indemnizarse como si hubiese existido contrato de trabajo (ahorro de gastos); o considerar que se ha producido una obra nueva y en su virtud una sociedad irregular en la que el «socio trabajador» tiene derecho a participar en el capital social; o finalmente aplicar el módulo social como si hubiese existido un contrato válido (obras realizadas por empresa distinta de la contratada, o a petición de los hijos de los actores etc.).

Frente al carácter residual de los pagos sin contrato (cuasicontratos), el modelo actual tiende a evolucionar hacia una aplicación creciente del Derecho contractual a las relaciones fácticas. Seguramente la «elección» de un módulo restitutorio u otro está en función del modelo social significativo en el que se produce la «prestación», ya que los módulos codificados, fundados en la protección del propietario agrícola son notoriamente inadecuados en el Derecho moderno.

D) La acción de enriquecimiento sin causa frente a la Administración pública

El número de sentencias que recogen pretensiones de restitución por enriquecimiento sin causa frente a la Administración pública, es realmente abrumador y exigirían, por sí mismas, un estudio particular que excede de las pretensiones de este libro.

Las Ss., TS, de 23 de enero de 1987 —sala 4.ª—, 27 de julio de 1987 —sala 4.ª—, 11 de mayo de 1989 —sala 3.ª—, obligan al pago de obras y servicios cuando se incumplieron formalidades administrativas de adjudicación. También, desescombros por contrato directo: S., TS, 12 de junio de 1984 —sala 4.ª—; el encargo de estudios de un plan general de ordenación: S., TS, 8 de marzo de 1984 —sala 3.ª—, etcétera...

En idéntico sentido, la modificación de obras aunque no estuviesen adaptadas al proyecto (S., TS, 9 de julio de 1984 —sala 4.ª—). La S., TS, de 20 de octubre de 1987, declara con carácter general el deber de pago por enriquecimiento sin causa de todas las obras efectivamente realizadas aunque no estuviesen en el proyecto, ni en el presupuesto. La S., TS, de 30 de octubre de 1989 —sala 3.ª—, obliga al pago de unas obras de acondicionamiento realizadas por el adjudicatario provisional aunque luego no se consumó la adjudicación definitiva.

En el mismo sentido se obliga al pago de obras y servicios encargados por persona incompetente, S., TS, 31 de octubre de 1986 —sala

3.ª—, bastando la apariencia de potestad que induce a la prestación de buena fe por el particular: Ss., TS, de 31 de diciembre de 1985 —sala 4.ª—, 25 de febrero de 1991 —sala 3.ª.

La doctrina y jurisprudencia italiana prestan también una particular atención al incremento de pretensiones por enriquecimiento sin causa frente a la Administración pública³⁵. Pero frente a la amplitud que la acción parece tener en la jurisprudencia española, en Italia se subraya el gran peligro que la acción presenta frente a las exigencias de actuación formal de la Administración pública, y la preocupación de exponer a los entes públicos a la actuación abusiva y maliciosa de los particulares. Por ello se buscan límites objetivos al reconocimiento y medida de la acción. En primer lugar, se afirma que para que pueda prosperar la acción la Administración debe reconocer la utilidad de las ventajas recibidas, y el juez no puede imponer por sí mismo la restitución porque con ello contradice la discrecionalidad administrativa y la división de poderes³⁶; aunque pueda bastar un reconocimiento de utilidad por *facta concludenda*, como utilización de las obras o servicios, etc.³⁷. Por otra parte, no se admite que la medida de la restitución sea la misma que si hubiese habido contrata, sino que, por el contrario, sólo tiende a indemnizar al particular del daño sufrido (empobrecimiento efectivo), pues quien contrata con la Administración tiene el deber de conocer la exigencia normativa del procedimiento administrativo, y no puede ampararse en el incumplimiento de la legalidad administrativa para obtener los beneficios propios de una actividad empresarial o mercantil. Así se tiende a asimilar el deber de restitución de la Administración pública a los provechos recibidos por menor o incapacitado³⁸.

Yo creo que la doctrina sentada hasta ahora por la jurisprudencia contenciosa española está necesitada de un desarrollo y profundización, pues puede suponer el admitir la absoluta discrecionalidad de la Administración pública en su actuación patrimonial, y la legitimidad de cualquier funcionario para actuar en nombre de la Administración. Así como la indefensión de la Administración pública frente a comportamientos abusivos o fraudulentos de los particulares. La teoría del enri-

³⁵ BRECCI, «L'arricchimento senza causa», en *Trattato...*, cit., dirigido por Rescigno, Torino, 1984, págs. 850 y sigs.

³⁶ MORI CHECCUCCI, *Sul limite d'esercizio dell'azione d'arricchimento nei confronti degli enti pubblici*, Génova, 1948; RUPERTO, *Ressegna di giurisprudenza sul codice civile*, Milano, 1970, pág. 755.

³⁷ Algún autor lo niega; así: GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, pág. 40.

³⁸ BARBERA, pág. 290; RICCA BARBERIS, pág. 227; BRECCIA, 851.

quecimiento sin causa se puede convertir en la gran excusa para introducir la vía de hecho en la actuación administrativa. El enriquecimiento sin causa elude los cauces formales y públicos del procedimiento administrativo: debate público, exigencia de consignación presupuestaria, aprobación formal del acuerdo, licitación pública, adaptación de la obra al acuerdo, etc... También la exigencia de competencia del órgano y la idoneidad del sujeto que lo representa, etc... No se puede limitar la jurisprudencia a contrastar si ha habido enriquecimiento, debe también levantar el velo de la relación subyacente y proteger la Administración y los principios del Estado de Derecho.

E) En particular, el enriquecimiento obtenido mediante acto ilícito

En la doctrina europea se ha abierto una interesante polémica sobre la medida de la restitución en los supuestos de enriquecimientos obtenidos mediante acto ilícito. Para unos, cuando una persona se enriquece mediante acto ilícito debe restituir todo el lucro conseguido, para otros la restitución alcanza únicamente la medida del empobrecimiento del dañado, pero nunca aquellos provechos que se obtuvieron mediante la iniciativa del enriquecido. Un ejemplo clásico de la doctrina del Derecho común es el de los lucros obtenidos por el ladrón de dinero ... en el supuesto de que el ladrón obtenga una gran plusvalía invirtiendo el dinero robado ¿debe restituir la misma cantidad robada? ¿debe restituir también la plusvalía obtenida? —por ejemplo un edificio comprado—.

En la doctrina italiana la polémica se inicia con la publicación del libro de SACCO³⁹, frente al cual polemiza abiertamente TRIMARCHI⁴⁰. Según SACCO cuando un enriquecimiento se funda en un acto injusto se debe restituir todo el enriquecimiento producido, no sólo el daño o empobrecimiento efectivamente inferido. El fundamento de esta postura es, según SACCO, el régimen de la gestión de negocios ajenos sin mandato y el régimen de enajenación de bienes hereditarios ajenos o de cosas recibidas por error; la ley civil quiere desenvolver una función preventiva eficaz en relación con los hechos ilícitos que no producen un daño patrimonial, y sería objetivamente inadecuado que se pudiese retener el enriquecimiento derivado de un acto injusto; el propietario injustamente despojado tiene derecho a los provechos como si el *accipiens* fuese un gestor oficioso de negocios ajenos. El libro de SACCO tie-

³⁹ *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959. En Portugal mantiene la misma postura ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 1, 1982, págs. 432 y sigs.

⁴⁰ *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.

ne el mérito de destacar un punto crucial: el de la iniciativa y el provecho; sobre el mismo tema se escribe luego el libro de TRIMARCHI. Resumiendo en pocas palabras —y espero no desnaturalizar su pensamiento— se pregunta el autor: ¿por qué el propietario que ha permanecido inerte ante un proceso productivo ha de tener legitimidad para aprovecharse de la actividad ajena? Considera TRIMARCHI, que el provecho corresponde a quien toma la iniciativa y no al propietario, y ello aunque se funde en un acto injusto, y fundamenta esta postura en el derecho del poseedor a hacer suyos los frutos y en el régimen restitutorio del pago indebido (cumple con restituir una cosa igual con independencia del provecho obtenido)⁴¹.

A mi juicio está claro que según los criterios morales sentados por la escolástica, la doctrina del Derecho común, y el Derecho codificado, la medida de la restitución del enriquecimiento obtenido mediante acto ilícito, alcanza sólo un valor objetivo (la medida del empobrecimiento del dañado, según un criterio agravado, lo obtenido o debido obtener: régimen de la posesión de mala fe de bienes ajenos), sin embargo no es menos claro que en ciertos ámbitos específicos se nota una clara tendencia en el Derecho moderno a socializar los lucros indebidos a la vez que imponer medidas agravadas de restitución para supuestos particulares. Veamos estos temas separadamente.

Los teólogos medievales desarrollan en los libros penitenciales (cuya decisiva trascendencia jurídica está aún por investigar) un tratamiento conjunto de la reparación del daño y de la devolución de lo injustamente retenido como parte del deber de restitución (por ejemplo, sobre la penitencia de Pedro Lombardo; Santo Tomás también los reúne dentro del tratado de la justicia en la Suma). El empobrecimiento o daño efectivo es con carácter general el límite moral del deber de restituir. Excepcionalmente aparece en este contexto el *lucrum cessans*, que me parece muy probable que sea de elaboración propiamente teológica y medieval, para justificar el derecho a cobrar intereses y ampliar la restitución del daño. El interés como precio del dinero es moralmente injusto y sólo puede exigirse como lucro cesante (que no es una medida de restitución, sino una justificación moral del derecho a exigir intereses)

⁴¹ CARRASCO PERERA examina la polémica que en términos muy parecidos se plantea en el Derecho alemán. La tesis ampliadora de la medida de la restitución se mantiene fundamentalmente por SCHULTZ que siguiendo a CROME, basa gran parte de su construcción en que no existe una sustancial diferencia entre los frutos y los lucros de la negociación. Sin embargo la tesis restrictiva parece mayoritaria, de limitar la restitución al valor objetivo de la intromisión, y cita a CAEMMERER, LORENZ y LARENZ (Cfr. en especial, págs. 131 y 132).

cuando media culpa o por mora (2.2.q.78, art. 2.º de la Suma Teológica). Algunos artículos del Código son claro reflejo de estas consideraciones: art. 1106, se define el lucro cesante en relación con la culpa; art. 1108, se deben intereses en caso de mora; art. 455, el lucro cesante, en la posesión de mala fe (culpable) se limita a los frutos percibidos o debidos percibir. La consecuencia de esta doctrina es clara: no hay obligación de restituir los beneficios obtenidos de lo adquirido ilícitamente. Es una afirmación común en los libros de penitencias medievales. Santo Tomás aventura incluso una explicación: «porque lo que después se ha adquirido de dichas cosas no es fruto de las mismas, sino de la industria humana» (2.2.q.78, art. 3.º). En este mismo sentido, CARRASCO PERERA, cita la doctrina de SOTO y MOLINA: lo que el usurero y el ladrón ganan con lo injustamente cobrado o con la cantidad sustraída no son provechos restituibles⁴². Este modelo escolástico de restitución es tomado luego por GROCIO y reelaborado por PUFENDORF, y puede considerarse también el criterio común de la doctrina iusnaturalista.

Ésta también parece claramente la doctrina sentada en el Derecho codificado. El fundamento del lucro es la iniciativa, y el enriquecimiento es justo aunque se haga con bienes ajenos. Sólo si hay mala fe en el uso o consumo de los bienes ajenos, se restituyen los frutos percibidos y los debidos percibir, y aún el poseedor de mala fe tiene derecho a la restitución de las mejoras necesarias. La obligación de restituir todos los provechos obtenidos se impone sólo cuando se actúa en nombre ajeno (bien como mandatario —aunque se trate de gestión extralimitada—, bien como gestor oficioso, o cuando se actúa en nombre de una sociedad, o en calidad de tutor o representante de menor o incapacitado aunque se trate de un tutor de hecho: Art. 304 CC). Cuando se actúa en nombre de otro se le transmiten los lucros y con derecho a resarcimiento de todos los gastos (cfr. 220 CC, 1893 y 1729 CC)⁴³. Ésta es también la opinión de CARRASCO PERERA, la ampliación de la medida restitutoria sólo se refiere a los frutos «debidos percibir», por el poseedor de mala fe (art. 455 CC), estando el deber de restituir los frutos debidos de percibir fundado siempre en la noción de culpa (arts. 1095,

⁴² *Op. cit.*, pág. 134. Se refiere en otro lugar (pág. 70) al principio general de que lo adquirido con dinero restituible no es restituible (art. 482 CC); en función —opina CARRASCO— de la fijación del riesgo.

⁴³ El problema estriba en determinar efectivamente cuándo se actúa en nombre ajeno. CARRASCO PERERA —con cita de la S., TS, de 1 de marzo de 1954—, lo determina fundamentalmente por la voluntad y conocimiento. PASQUAU LIASO, se refiere a la intención (págs. 61 y sigs.) aunque subraya la tendencia a objetivar este *animus* en circunstancias fácticas (indicios: pág. 62), refiriéndose también a la objetivización de la institución (cfr. pág. 339).

1720, 1303, etc... CC); las cosas adquiridas con dinero restituible no son restituibles (CARRASCO PERERA cita la S., TS, de 19 de octubre de 1973, el donatario de dinero, art. 645 CC, en caso de revocación no está obligado a restituir la casa comprada con el dinero sino la misma cantidad donada.)

Ésta es también la doctrina sentada recientemente en la importante S., TS, de 5 de octubre de 1985. En la playa de Gandía se produce una ilícita apropiación del volumen de edificabilidad en la construcción de los apartamentos Caracola y el edificio Brisa, el propietario dañado por esta apropiación pretende que se le restituya no sólo el precio de la reducción del volumen equivalente (computado de acuerdo al valor del metro cuadrado de terreno), sino también el lucro cesante por la no promoción inmobiliaria, que es justamente el obtenido por la ilícita actuación del promotor demandado. El Tribunal Supremo sólo accede a indemnizar el daño emergente pero no el lucro cesante: la indemnización no alcanza a todos los provechos obtenidos por el que actuó injustamente, sino sólo al perjuicio efectivo o daño emergente sufrido por el actor. La sentencia continúa la corriente doctrinal que hemos visto era común al iusnaturalismo y a la doctrina del Derecho común⁴⁴.

En ocasiones se impone la subrogación real de lo adquirido y se atribuye lo ganado no al que toma la iniciativa de la gestión sino al titular de los bienes originarios. En el Derecho común, tal como desarrolla CARRASCO PERERA, tal cosa sucede en los juicios universales, en especial en la petición de herencia, en que lo adquirido con el dinero quedaba incluido en el deber de restituir a título de subrogado; y también en algunos supuestos particulares (Partidas, 5,5,49), para los bienes adquiridos con dinero dotal, del menor, de la Iglesia, de caballero, con dinero público, o proviniente de donación uxoria, y, por supuesto, en todos los casos de actuación en nombre ajeno (gestión oficiosa). En

⁴⁴ El Juzgado condena a los demandados a pagar solidariamente 22.457 ptas. con costas, y fundamenta el deber de restitución del lucro cesante en el art. 1902 del CC. La Audiencia revoca la sentencia, estima apropiados exclusivamente 109,29 metros cuadrados y condena a los demandados a pagar 2.185.000 ptas. en concepto de daño emergente, rechazando la reclamación en cuanto al lucro cesante. El Tribunal Supremo casa la sentencia, pero sólo en lo referente al volumen que se estima apropiado no en la medida de la restitución, debiendo modularse la indemnización según la pérdida de la edificabilidad correspondiente a 735 metros cuadrados. Véase más en detalle mi comentario en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 9, 237, págs. 2939 y sigs. La misma doctrina se aplica en la accesión invertida, en la que el Tribunal Supremo se niega a indemnizar al dueño con el valor de la revalorización de los terrenos y admite simplemente una valoración equitativa (Ss., TS, 29 de abril de 1986, 19 de abril de 1988, 8 de noviembre de 1989).

el Derecho actual, podemos también constatar una particular tendencia a imponer principios de socialización del lucro cuando tal lucro es obtenido por medios ilícitos; el principal supuesto, ya lo hemos examinado, es el de la teoría de los beneficios excesivos, que se manifiesta también a nivel fiscal —gravando las plusvalías— como a nivel legislativo —teoría del aprovechamiento medio en las leyes urbanísticas, deber de compensar los lucros entre los propietarios— etc... La trascendencia del Estado parece imponer una tendencia a la socialización de todo aquel lucro que no provenga de la justa retribución del trabajo o de la justa rentabilidad de la propiedad; sin embargo, a lo que entiendo, falta un modelo jurídico apropiado de configuración de estas tendencias en el Derecho civil, (aunque sin duda se va manifestando tendencialmente en la legislación particular). Las nuevas categorías de restitución de todo el lucro obtenido mediante acto ilícito se puede observar en el art. 1390 del CC, que impone la restitución a la comunidad de gananciales de todo el lucro obtenido con carácter exclusivo mediante dolo o fraude. CARRASCO PERERA considera también como supuestos en que se obliga a restituir todos los provechos: la concurrencia en actividades reservadas al principal, la lesión de derechos inmateriales en la ley de patentes, o el régimen de la ley orgánica de protección civil del derecho al honor la intimidad personal y familiar. Idénticas observaciones hace GUILARTE GUTIÉRREZ, añadiendo los supuestos del art. 38 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas, art. 66 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, y Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, y Ley 4/1989, de 27 de marzo, de espacios naturales protegidos⁴⁵. También la jurisprudencia en ocasiones amplía la restitución como si se hubiese actuado en nombre ajeno; un caso característico es la S., TS, de 24 de enero de 1975; extinguido el contrato de arrendamiento de una mina de antracita, el arrendatario continúa indebidamente extrayendo carbón, se discute entonces si se debe indemnizar al arrendador por el precio del arrendamiento o por el valor del carbón extraído, afirma la sentencia que se debe restituir el valor de todo el carbón indebida-

⁴⁵ «La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracontractual, RDP, diciembre de 1991, pág. 1031.

Efectivamente el problema está en determinar cuándo se restituye el daño y cuándo el provecho. En la jurisprudencia anglosajona se impone el deber de restituir todos los beneficios que se obtengan del incumplimiento de un contrato (GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990, págs. 417 y sigs.), cuando el depositario usa en su provecho la cosa depositada (*accounting of profits*, pág. 427), venta de cosa ajena (pág. 428), violación de la confianza por el fiduciario (pág. 429). El *Waiver of torts* implica que quien ha sufrido un *tort* puede pedir la restitución de todos los provechos (pág. 367).

mente extraído, aunque por la acción de incumplimiento contractual y no de enriquecimiento sin causa (afirmando también la compatibilidad de ambas acciones)¹⁶.

En definitiva pues podemos concluir que el módulo codificado de restitución del enriquecimiento obtenido mediante acto injusto es el del daño sufrido por el empobrecido —aunque ciertamente ampliado: lo obtenido y debido obtener— pero los lucros indebidamente obtenidos no se restituyen cuando se deben a la iniciativa del enriquecido. Sin embargo este módulo restitutorio que proviene de la tradición del Derecho común, encuentra de modo creciente una ampliación jurisprudencial —por medio de la ficción interpretativa de entender en muchos casos que se ha actuado en nombre ajeno—, y también una creciente atención legislativa (en el régimen de protección de la sociedad de gananciales, propiedad intelectual derechos de la personalidad) que impone módulos agravados de restitución. También puede afirmarse que la teoría de los beneficios excesivos parecen imponer de modo creciente la asunción social de los lucros indebidos, y finalmente creo que debe intentar recuperarse la doctrina del Derecho común que afirmaba que los lucros indebidos obtenidos con la utilización indebida de bienes públicos o de menores, deben restituirse en toda su integridad (mediante la ficción de actuación en nombre ajeno) aunque el Estado o el menor no haya sufrido un daño con esta utilización.

¹⁶ Contradice la doctrina del Derecho común: la cantera no se deteriora mientras quede mármol (D. 23.5.18) JAVOLENO CONTRA LABEÓN.