

DE LA CONDICTIO ROMANA AL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN EL PROYECTO DE PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO (DCFR)

ENCARNACIÓ RICART MARTÍ (*)

SUMÁRIO: I. Selección de Fuentes. II. Cuestión de planteamiento: Enriquecimiento injustificado por prestación o Enriquecimiento injustificado por otro medio. III. Protagonismo del Derecho Romano. IV. D.12,6,65 Paulo 17 *ad Plautium*. V. Síntesis de la situación de la cuestión en derecho español. VI. Comentario sobre el enriquecimiento injustificado en los Principios del Derecho europeo de contratos.

I. SELECCIÓN DE FUENTES

Gayo Inst. 3,91: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione... (3,90). Is quoque quod non debitur accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. ... (ejemplos del pupilo y la mujer). Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

Se contrae una obligación por la cosa cuando, por ejemplo, hay una entrega en mutuo. (3,90). También se obliga por la cosa el que aceptó lo no debido por aquel que le pagó por error, pues se pueden entablar contra él una condictio con las palabras SI RESULTA QUE DEBE DAR, como si se hubiese recibido en mutuo. (ejemplos del pupilo y la mujer). Pero esta clase de obligación no parece surgir del contrato, porque el que entrega con intención de pagar quiere más disolver un negocio que contraerlo.

Inst. 3.27,6: *Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur.*

Igualmente, aquel a quien alguno pagó por error lo no debido, parece que debe como por un contrato.

D.12,5,6. — Ulpiano 18 *ad Sab.* *Perpetuo Sabinus probavit veterum opi-*

(*) Universidad Rovira i Virgili (Tarragona).

niones existimantium, id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici; in qua sententia etiam Celsus est.

Constantemente aprobó Sabino la opinión de los antiguos, que juzgaban, que puede ser reclamado por condicción lo que por una causa injusta esté en poder de alguien; de cuya opinión es también Celso.

D.12,6,14 Pomponio *ad Sab: Nam hoc natura aequum est nemo cum damno alterius locupletior fieri debet.*

Es de justicia natural que nadie se enriquezca injustamente con perjuicio de otro.

D.25,2,25 *in fine* Marciano 1.3 *reg. ... nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.*

... de acuerdo con el derecho de gentes, las cosas poseídas sin justa causa pueden ser reclamadas por condicción.

D.50,17,206. — Pomponio 8 *ad Quintum Mucium.- Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore.*

Es justo por derecho natural que nadie se enriquezca injustamente con perjuicio de otro.

Liber Sextus 5,13,48 (Bonifacio Octavo) *Locupletari non debet aliquis cum alterius iniuria vel iactura* (la rúbrica del título 13 es de *Regulis iuris*).

Nadie debe enriquecerse a causa de la injuria o de la pérdida de otro (Ver también D.14,3,17,4).

Summa Theologiae, Sto. Tomás de Aquino (1225-1274): *Restitutio est actus commutativae iustitiae.*

Las Partidas 7,34,17: *E aun dixeron (los sabios antiguos) que ninguno non debe enriquecerse torticeramente en daño de otro.*

Ciceron en *Pro Q. Roscio Comoedo* (76 a C) al argumentar que su patrocinado, el actor Roscio, no debe dinero a Fannio, el cual reclama a Roscio por medio de una *condictio*, dice que Fannio no ha realizado una *pecunia data*; no ha realizado una *expensilatio* (anotación en el *codex accepti ex expensi* conforme una cantidad ha salido o ha sido entregada a alguien, quien debe restituirla al *pater familias*, por lo que es una anotación creadora de obligación; es el reverso de la *acceptilatio*); ni Roscio se ha comprometido frente a Fannio mediante *stipulatio*.

II. CUESTIÓN DE PLANTEAMIENTO: ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO POR PRESTACIÓN O ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO POR OTRO MEDIO

La división de los modos en que puede acaecer un enriquecimiento está ya aceptada sin discusión, sobre todo desde que se ha desdibujado o matizado

el requisito de que todo enriquecimiento de uno debía corresponderse con un empobrecimiento de otro ⁽¹⁾; el supuesto más claro es el enriquecimiento de uno a causa de la prestación realizada por otro sin causa que la justifique; esta prestación otorga un provecho al enriquecido, provecho que puede consistir en la entrega de una cosa, en donde cabe también la liberación formal de una obligación ⁽²⁾, pero también puede ser la realización de un servicio, o la entrega de una obra terminada; un *dare*, un *facere* o un *praestare* ⁽³⁾. El cobro de lo indebido es el caso más paradigmático del enriquecimiento por prestación, pero también todos los supuestos de trabajo no retribuido ⁽⁴⁾.

En el enriquecimiento por otro medio se incluyen supuestos de intromisión en la esfera de disposición de otra persona; casos reunidos bajo la denominación que la doctrina, unánimemente, trata con el término alemán *Ein-griffskondiktion* o interferencia en los derechos de otra persona ⁽⁵⁾. Por ejemplo la utilización de la imagen de una persona, sin su autorización, y con finalidad comercial; otro ejemplo: un supuesto efectivamente ocurrido en Francia en el que una empresa concesionaria de la distribución de agua en un territorio, utilizaba las conducciones subterráneas instaladas por otra empresa ⁽⁶⁾. El fundamento de este tipo de enriquecimiento ha dado lugar a planteamientos doctrinales diversos; una línea doctrinal superadora de la visión unitaria que representaba la teoría de las *condictiones* fue la que destacó como elemento esencial de los casos de enriquecimiento por intromisión la antijuricidad del acto intromisivo; de hecho esta línea doctrinal no se refería solo al enriquecimiento por intromisión sino a todo enriquecimiento; aunque el planteamiento representó un avance importante en la reflexión sobre el tema, fue objeto de objeciones: Basozabal Arrue habla de *intromisiones revestidas de legalidad como algunos supuestos de gestión de negocios ajenos* ⁽⁷⁾. Otra línea doctrinal, que ha calado hoy en

(1) ZIMMERMANN R., "Enriquecimiento sin causa: La moderna orientación de los ordenamientos jurídicos continentales" en *Estudios de Derecho Privado europeo*, traducción del original inglés de A. Vaquer Aloy, Madrid (2000), p. 232, n. 9;

(2) En derecho romano: *acceptilatio*, Gayo Inst. 3,169

(3) Gayo Inst. 4,2; y D.44,7,3 Paulo 2 Inst.

(4) El TS español, en los casos en que condena a compensar económicamente el trabajo no retribuido que ha realizado un miembro de la pareja a favor del otro miembro de la pareja cuando hay ruptura de su convivencia estable, encuentra el fundamento en la doctrina del enriquecimiento injustificado, siguiendo una línea doctrinal que niega *analogía legis* con la situación matrimonial.

(5) ZIMMERMANN R., *op. cit.*, p. 253; sobre el tema BASOZABAL ARRUE X, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid 1998.

(6) ZIMMERMANN R., *op. cit.*, p. 258, n. 109 y n. 110.

(7) Plantea también otros supuestos como la ejecución forzosa de un bien no perteneciente al ejecutado, y todas la hipótesis de accesión en las que ésta se da por acción de la naturaleza, BASOZABAL ARRUE X, *op. cit.*, p. 57.

muchos autores aunque no ha conseguido imponerse totalmente es la teoría de la atribución: hay enriquecimiento cuando el enriquecido ha usurpado bienes o provechos a un titular al que el ordenamiento atribuía esos bienes o provechos de manera exclusiva: *esta finalidad atributiva del derecho usurpado es la clave de la no justificación (Ungerechtfertigkeit) del enriquecimiento y el principio orgánico fundamentador de las pretensiones de enriquecimiento por intromisión* ⁽⁸⁾.

Puede haber también enriquecimiento por otra causa en casos de realización de mejoras en algo que no sea propio: *Verwendungskondiktion*; normalmente este supuesto queda subsumido por la propia legislación relativa al régimen del poseedor de buena fe; sea de un inmueble, sobre todo en casos de mejoras agrícolas ⁽⁹⁾, o de un bien mueble; la *negotiorum gestio* es un supuesto tipificado en muchos ordenamientos de *Verwendungskondiktion* ⁽¹⁰⁾.

Puede haber también enriquecimiento injustificado en aquellos casos en que alguien paga una deuda o parte de una deuda de otro: por ejemplo el comunero, el fiador, o un tercero espontáneamente ⁽¹¹⁾; en estos casos se utiliza también la denominación alemana de *Rückgriffskondiktion*; en los casos del comunero o del fiador ⁽¹²⁾, muchos ordenamientos tienen prevista la cesión de acciones. Los ordenamientos que admiten como válido y liberatorio el pago realizado por persona que no sea el deudor, tienen prevista la cesión de acciones ⁽¹³⁾. Los ordenamientos que no admiten como válido y liberatorio el pago realizado por persona que no sea el deudor, pueden subsumir estos supuestos en la *negotiorum gestio*. En cualquier caso no debe entenderse este supuesto como un caso de enriquecimiento por prestación puesto que el tercero que paga una deuda ajena no tiene voluntad de realizar una prestación al deudor.

Pueden darse supuestos de enriquecimiento injustificado en los que la vinculación entre el enriquecido y el perjudicado lo es a través de persona intermedia; en general se denominan supuestos de enriquecimiento indirecto o *ex alieno contractu*, y son sobre todo casos de mejoras mediatas de bienes ajenos, como

⁽⁸⁾ BASOZABAL ARRUE X, *op. cit.*, p. 68. El autor conoce el tema en profundidad y realiza un completo análisis del *status quaestionis* a partir de las fundamentales aportaciones de Wilburg o de Von Caemmerer.

⁽⁹⁾ Arts. 451,452,453 del Código civil español; en Alemania, Francia, Italia, la protección de los gastos realizados por el poseedor de buena fe es similar a la del Código civil español.

⁽¹⁰⁾ El derecho inglés, con una orientación más liberal e individualista, no recoge la figura de la *negotiorum gestio*, aunque admite supuestos que pueden reconducirse a la figura. MIQUEL J, *op. cit.*, p. 340 y ZIMMERMANN R, *op. cit.*, p. 260 que comenta la doctrina anglosajona de *agency by necessity* para el reembolso de los gastos necesarios, basada en los usos marítimos.

⁽¹¹⁾ En Derecho romano se reconoce la posibilidad de que un tercero, unilateralmente, pague la deuda ajena; Gayo en D.3,5,38 y en D.46,3,53.

⁽¹²⁾ Art. 1838 CC para la fianza.

⁽¹³⁾ CC español, art. 1158 CC.

las mejoras realizadas por un profesional en un inmueble, cuando habían sido acordadas por quien estaba en posesión del mismo, en los casos en que este poseedor devenga después insolvente; otros supuestos, aunque menos frecuentes, pueden darse en situaciones de servicios realizados a favor de terceras personas no participantes en el acuerdo generador de los mismos ⁽¹⁴⁾. Muchos de estos supuestos deben ser tratados de acuerdo con el régimen aplicable a instituciones jurídicas distintas ⁽¹⁵⁾.

III. PROTAGONISMO DEL DERECHO ROMANO EN EL TEMA

La plasmación de distintos supuestos que dan lugar a acciones que pretenden la restitución por enriquecimiento injustificado se debe a los juristas romanos.

En Derecho romano clásico, la acción formularia para reclamar cantidades ciertas de dinero o cosas ciertas, la *condictio*, permite canalizar pretensiones surgidas de causas muy variadas, entre las que están los distintos supuestos de enriquecimiento injustificado; el pretor le dice al juez en la fórmula: *Si resulta probado que Numerio Negidio debe a Aulo Agerio 10000 sextercios, condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio 10000 sextercios; si no resulta probado, absuévelo*; la abstracción de la fórmula ofrece posibilidades ilimitadas; el carácter abstracto de la fórmula soporta un mandato de condenar al demandado en caso que se aporten pruebas que acrediten que éste se ha beneficiado de una prestación, injustificadamente, es decir, sin una causa de base jurídica que le otorgue fundamento. Ya Gayo, en Instituciones 3,91, al hablar de las obligaciones que se contraen a partir de lo entregado en préstamo, plantea que aquel que acepta lo no debido, cuando se le paga por error, queda obligado a restituir por la *condictio* como si se tratara de un préstamo ordinario ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ GALLO P, en *L'arricchimento senza causa*, Padova (1990) p. 511, en el capítulo octavo dedicado al enriquecimiento indirecto: *Il gruppo di casi più importanti è quello relativo al miglioramento mediato di un bene altrui. Lo schema tipico è quello di un possessore o di un detentore, non importa a quale titolo, di un bene per lo più immobile, il quale abbia incaricato terze persone di effettuare lavori di manutenzione, riparazioni, o addirittura costruzioni sul bene in questione. Accanto a questi casi, del tutto predominanti, si ricordano anche alcune sentenze in cui il servizio pattuito dall'intermediario non si riferisce ad un bene, ma ad un'altra persona... insegnanti che avevano assunto l'impegno nei confronti dei genitori di istruire il loro figli, e che poi, non pagati dai genitori, avevano agito con successo nei confronti degli allievi stessi.*

⁽¹⁵⁾ DIEZ-PICAZO, *op. cit.* citando a Esser, comenta que solo es aplicable al poseedor a título de dueño, p. 123 y notas 88 y 89

⁽¹⁶⁾ Gayo Inst. 3,91: *Is quoque quod non debetur accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset...* También hay contrato real cuando uno recibe una cosa que no se le debe y que otro le paga por

Un texto de las Instituciones de Gayo ⁽¹⁷⁾ puede encuadrarse dentro del ámbito del enriquecimiento injustificado al acoger los supuestos de reclamación contra el ladrón de uvas, aceitunas o espigas de trigo y que con su trabajo ha producido el correspondiente vino, aceite o pan, y luego lo ha consumido; también supuestos de reclamación contra el ladrón de oro o plata, de madera, o de lana, que con su trabajo ha producido un objeto precioso, una nave, o ha confeccionado un vestido, y luego esos objetos han perecido; pues bien, el propietario de las materias primeras tiene la *actio furti* ⁽¹⁸⁾ y la *condictio* contra el ladrón; el mismo Gayo explica el motivo: las cosas consumidas o perecidas no pueden reivindicarse, pero puede reclamarse a los ladrones su valor por medio de la *condictio*; es evidente que aquí la *condictio* tiene por finalidad sólo evitar el enriquecimiento injustificado; la represión del comportamiento delictivo es propia de la *actio furti*.

En el proceso formulario de la época clásica del Derecho romano, con la *condictio* se pretende una cantidad cierta de dinero o una cosa cierta, pero algunos textos de juristas tardoclásicos contienen supuestos de *condictio incerta* para reclamar restituciones por enriquecimiento injustificado; algunos romanistas consideran que los textos del Digesto que hablan de *condictio incerta* están interpolados; supuestos interesantes de *condictio incerta*, probablemente no clásicos, hablan, por ejemplo de la entrega de un fundo en que por error el *tradens* olvida detraer la servidumbre de paso; en este caso Pomponio entiende que la cesión de servidumbre debe exigirse por la *condictio* ⁽¹⁹⁾.

El nuevo proceso civil de la etapa posclásica modificará la función de la *condictio* que ya no será abstracta. Lo importante es destacar que el Derecho clásico fundaba en la *aequitas* del *ius naturale* la prohibición de enriquecimiento injustificado, y utilizaba la *condictio* para canalizar la reclamación de restitución, pero no porque la *condictio* estuviera pensada para esta finalidad, sino porque la *condictio* se adaptaba a variadas y múltiples necesidades, entre las que cabe perfectamente la prohibición de enriquecimiento injustificado.

error, pues se entabla contra él una condicción con las palabras si resulta que debe dar, lo mismo que si hubiese recibido en mutuo (trad. A.d'Ors).

⁽¹⁷⁾ Gayo Instituciones 2,79: *sed eum quoque, cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum, qui suripuerit, habere actionem; nec minus adversus eundem conditionem ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt...* por más que también al propietario de la materia y de la substancia le conceden la acción de hurto contra el que roba, y del mismo modo la condicción, porque aunque las cosas extinguidas no pueden reivindicarse, pueden sí reclamarse a los ladrones y otros poseedores mediante tal condicción (trad. A.d'Ors).

⁽¹⁸⁾ Es una excepción a la exigencia de *datio* para el enriquecimiento injustificado en Derecho Romano

⁽¹⁹⁾ D.12,6,22,1 Pomponio 22 *ad Sab.* También D.8,2,35 Marciano 3 *reg.* También D.19,1,8,pr Paulo 5 *Sab.*

El Derecho posclásico, por influencia de las escuelas orientales, se aparta de las grandes categorías del Derecho romano clásico, especialmente de las categorías procesales; se tiende a la generalización, y los rescriptos y los decretos de los emperadores tienden a una interpretación tópica, basada en valores propios del *ius naturale* o del *ius gentium*; los principios filosófico morales enunciados por los clásicos encuentran un amplio campo de proyección ⁽²⁰⁾.

Para Justiniano, el pago de lo no debido se encuadra en el grupo de los *quasi contratos* que no es una nueva categoría, sino un grupo de supuestos residuales tratados por Justiniano *como si fueran contratos* ⁽²¹⁾; y lo que es más importante, el emperador dice que el enriquecido por el cobro de lo indebido debe responder a través de la *condictio*, dado que la entrega debe considerarse como un préstamo de dinero o cosa consumible ⁽²²⁾.

En el Digesto y en el Código encontramos una clasificación de las *condictiones* de la que no hay precedente en las fuentes clásicas;

Para Justiniano *condictio* es el paradigma de las acciones *in personam* de restitución; de hecho la *actio praescriptis verbis* ⁽²³⁾, antecedente remoto de la autonomía de la voluntad, y la *condictio* se desarrollaron en paralelo, y la línea diferencial entre ellas no siempre es clara. La tipología justinianeas es muy criticable pues da a entender que los supuestos están previstos de manera tasada, y ello no es cierto; en los textos se comentan supuestos variados, además de encontrarse tipologías distintas como la de D.12,4,3 ⁽²⁴⁾; hay *condictiones* para reclamar la restitución atendiendo a la causa por la que actuó el *tradens* (las del libro 12 del Digesto), y *condictiones* clasificadas atendiendo a su objeto (las del libro 13 del Digesto). Ambos libros, 12 y 13, son los dos primeros *de rebus creditis*, y se encuentran tratadas las siguientes rúbricas:

(D.12,4) *De condictione causa data causa non secuta: si por causa no deshonesto se hubiera dado dinero para que se emancipe un hijo, o se*

⁽²⁰⁾ *Quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici... Lo que alguien retiene con causa injusta se puede reclamar por condición*, de D.12,5,6 Ulpiano 18 *ad Sab*; *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore...* *Es justo por derecho natural que nadie se enriquezca con perjuicio y lesión de otro*, de D.50,17,206 Pomponio 9 *ex variis lect*

⁽²¹⁾ MIGUEL J, *op. cit.*, p. 339.

⁽²²⁾ IJ 3,27 pr. *Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de iis obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur...* *Después de las especies de contratos enumeradas, hablemos también de aquellas obligaciones que en realidad no se entienden que nacen propiamente de un contrato, pero que, sin embargo, puesto que no toman cuerpo de un delito, parece que nacen como de un contrato* (trad. García del Corral), y IJ 3,27,6. También D.44,7,5,3 Gayo 3 *res cottidianae*.

⁽²³⁾ D.19,5 *De praescriptis verbis et in factum actionibus*.

⁽²⁴⁾ Ulpiano 26 *ad edictum* en un texto planteado desde la lógica: dación para que no se manumita, dación para que se manumita, dación para que se manumita en cierto tiempo, etc.

manumitíese un esclavo, o para que se desistiera de un pleito (D.12,4,1 pr. Ulpiano 26 ad ed.), y luego no se producía el evento previsto (también CI 4,6).

(D.12,5) *De condictione ob turpem vel iniustam causam: si por causa torpe o injusta se entrega alguna cosa, p.ej. entregar para que no se mate a un esclavo, puede recuperarse por condición, siempre que el que entrega no participe también de la torpez o injusticia de la causa*(también CI 4,7 y CI 4,9).

(D.12,6) *De condictione indebiti*: Cuando lo que se entregó, por error, no era debido, o se entregó a quien no era acreedor, o se entregó por quien no era deudor (también CI 4,5).

(D.12,7) *De condictione sine causa*: Para el que hubiera prometido sin causa, en este caso la condición libera al deudor del cumplimiento de la obligación (D.12,7,1 pr. Ulpiano 43 *ad ed*), aunque los pocos textos de la rúbrica mezclan otros supuestos (también CI 4,9).

(D.13,1) *De condictione furtiva*: Para recuperar un lucro conseguido gracias a lo hurtado (p.ej. reclamar a los herederos de un ladrón), o recuperar lo hurtado por el hijo de familia de un tercero (también CI 4,8).

(D.13,2) *De condictione ex lege*: solo un texto de Paulo 2 *ad Plautium* para que un acreedor exija a su deudor el cumplimiento de una prestación creada por una nueva ley. Es un supuesto enigmático. (también CI 4,9).

(D.13,3) *De condictione triticaria*: En general para reclamar cosas ciertas que no sean dinero.

Justiniano utiliza el criterio clásico de la *locupletatio* = *lo que se ha convertido en lucro*, es decir, de la averiguación del volumen del enriquecimiento; este concepto lo extrae de la *actio in rem verso* ⁽²⁵⁾: pensada para recuperar aquello que se ha convertido en lucro para el *pater familias* o *dominus* a causa de la actividad comercial del *filius familias* o del esclavo, en detrimento de tercero.

Un complicado texto del jurista Pomponio libro 6 *ad Plautium* (D.46,3,66) ⁽²⁶⁾

⁽²⁵⁾ D.14,5,1 o Gayo Inst. 4,74 *i.f.*; *quod persequitur, in rem patris dominive versus esse* referido a la obligación de revertir la ganancia que se encuentra en el patrimonio del padre o del propietario del esclavo, o *qui potest probare in rem domini versus esse, de in rem verso agere debet*. D.15,1, rúbrica *de peculio*, se refiere, entre otras acciones *adiecticiae qualitatis*, a la *actio in rem verso*.

⁽²⁶⁾ Texto en traducción de D'Ors *et alii*: *Si el deudor de un pupilo pagó la cantidad que le debía a un acreedor de este pupilo por autorización del mismo pero sin la autoridad del tutor, libera ciertamente al pupilo respecto al acreedor de éste, pero él mismo queda obligado, aunque puede defenderse con una excepción. Mas, si no era deudor del pupilo, no puede ejercitar la condición ni contra éste, no pudiendo obligarse un pupilo sin la autoridad del tutor, ni contra el acree-*

propone la protección mediante *actio utilis* a uno (B) que creía ser deudor de un pupilo (A), el cual, sin la autoridad de su tutor, le ordena mediante *iussum* que pague a su acreedor (C); en este caso B ha liberado a A en relación a C, pero no puede recuperar por *condictio* lo pagado erróneamente porque el *iussum* de A lo fue sin la *auctoritas* del tutor; la interpretación medieval consideró que esta *actio utilis* en lugar de una *condictio* era una acción de enriquecimiento basada en la *regula iuris* de Pomponio de D.50,17,206 según la que es contrario a la equidad y al Derecho natural que alguien pueda enriquecerse injustificadamente en perjuicio de otro ⁽²⁷⁾. Un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano del año 293 ⁽²⁸⁾ afirma que si alguien (A) ha contratado (realizado un préstamo) con una persona libre (B) que gestionaba intereses de otro (C), no hay acción de A contra C a no ser que el dinero prestado haya llegado al patrimonio de C (*in rem eius pecunia processit*) y que éste hubiera ratificado el contrato. Un comentario al texto de Roffredus Beneventanus ⁽²⁹⁾ entiende que los emperadores están hablando de una *actio in rem verso utilis* en el sentido de que aunque la acción estuvo pensada por el pretor peregrino para que pudiera reclamarse un lucro al *pater familias* o al *dominus* de una persona dependiente, también podía ejercitarse para reclamar un lucro entre personas independientes; por eso se habla de *utilis*. Puede observarse aquí que el derecho posclásico atenuó el rigor procesal de la *condictio* (que solo se otorgaba al *tradens* contra el *accipiens*) mediante la utilización forzada de un remedio pretorio. La interpretación medieval adaptó esta *actio in rem verso utilis* para otorgar acción a alguien contra otro con el que solo hubiera mediado contrato con intermediario, pero no como acción autónoma, sino modificando la legitimación procesal de acciones ordinarias; así: *actio mutui de in rem verso* o *actio venditi de in rem verso*, por lo que no eran acciones propiamente de enriquecimiento, ya que lo importante era que permitían actuar contra tercero, aunque efectivamente era el enriqueci-

dor con el que contrajo el negocio por autorización de otro <pues le pagó lo que se le debía>; pero el pupilo queda sujeto a una acción útil por el enriquecimiento que ha obtenido, es decir, por haberse liberado de la deuda.

⁽²⁷⁾ CANNATA CA, *op. cit.*, p. 118 y nota 73, cita la glosa *si pupilli* que se refiere a lo impropio que resultaría, si no se concediera la *actio utilis*, que el pupilo permaneciera en su lucro.

⁽²⁸⁾ Se trata de CJ 4,26,7, 1; en traducción de García del Corral: *Pero si celebraste contrato con un hombre libre, que administraba cosa de aquel de quien hiciste mención en tus súplicas, y elegiste la persona de éste, claramente ves que no tuviste ninguna acción contra el dueño, a no ser que el dinero se haya aplicado a cosa suya, o que haya ratificado este contrato. Sobre acciones adiecticiae qualitatatis, como la actio in rem verso, una reciente aportación: VANDOLINI L, "Acciones adiecticiae qualitatatis: categoría dogmatica o nomen iuris?", en *eum x diritto, Quaderno di diritto romano degla Università di Macerata*, I, 2008, pp. 5-20.*

⁽²⁹⁾ El glosador vivió de 1170 a 1243 aprox.; CANNATA CA, *op. cit.*, p. 119, n. 74.

miento lo que motivaba su enervación. El *ius commune* se fijó sobre todo en la mención de Pomponio a la equidad ampliando en lo posible el campo de actuación de los remedios restitutorios en casos de falta de equidad, con excepción de los casos en que *legum auctoritate* se producía un resultado contrario a la equidad como por ejemplo la adquisición de la propiedad de una cosa por la posesión continuada de la misma, en perjuicio de tercero. La interpretación del *ius commune* sobre algunos textos de los juristas clásicos había reafirmado el fundamento de la restitución en caso de enriquecimiento injustificado ⁽³⁰⁾.

El iusnaturalismo, al tener el camino ya facilitado por Pomponio sobre una regla fundada en el *ius naturale*, no hizo nada más que interpretar la prohibición del enriquecimiento injustificado en un ámbito de racionalidad ⁽³¹⁾.

Ubicado ya en un ámbito de racionalidad, Savigny elevó el enorme potencial de la doctrina del enriquecimiento injustificado al estudiar en profundidad la teoría justiniana de las *condictiones* según la sistematización de las mismas en el Digesto y en el Código, lo que determinará un campo de actuación amplio en los tratados alemanes anteriores a la codificación del BGB de 1896 ⁽³²⁾.

IV. D.12,6,65 PAULO 17 AD PLAUTIUM

*In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem aut ob causam aut propter condicionem aut ob rem aut indebitum: in quibus omnibus quaeritur de repetitione. (1) Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. *Sin autem evidens calumnia detegitur et transactio imperfecta est, repetitio dabitur*. (2) Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. (3) Sed agere per condicionem propter condicionem legati vel hereditatis, sive non sit mihi legatum sive ademptum legatum, possum, ut repetam quod dedi, quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est*

⁽³⁰⁾ DIEZ-PICAZO L., *op. cit.*, p. 76 y ss cita una selección de textos interesantes entre los que destaca P. Juvencio Celso D.12,1,32 en el que se otorga *condictio* (juvenciana) a quien había ordenado a su deudor que prometiera cantidad a tercero; cita también a Coing en *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Accursius* en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung Für Rechtsgeschichte*, R.A.80 (1963), p. 396 y ss.

⁽³¹⁾ Un comentario crítico en relación a la ampliación de la idea de interdicción de enriquecimientos injustificados por parte del iusnaturalismo puede encontrarse en el prólogo de PANTALEON F a la monografía de Basozabal Arrue *op. cit.*

⁽³²⁾ DIEZ-PICAZO L., *op. cit.*, pp. 86-88, cita observaciones interesantes sobre las aportaciones de Windscheid y de Franz von Kübel.

secuta. Idem et si hereditatem adire nolui vel non potui. Non idem potest dici, si servus meus sub condicione heres institutus sit et ego dedero, deinde manumissus adierit: nam hoc casu secuta res est. (4) Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem, veluti si dem tibi ut aliquid facias, nec feceris. (5) Ei, qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debet deducta impensa. (6) In frumento indebitum soluto et bonitas est et, si compsumsit frumentum, pretium repetet. (7) Sic habitatione data pecuniam condicam, non quidem quanti locari potuit, sed quanti tu conducturus fuisses. (8) Si servum indebitum tibi dedi eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium eius, si nesciens, non teneberis, sed propter operas eius liberti et ut hereditatem eius restituas. (9) Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat.

Sin duda este texto evidencia un esfuerzo jurisprudencial por ordenar una cuestión que ya en la época tardoclásica debió parecer excesivamente dispersa, y probablemente peligrosa para la seguridad jurídica. El texto es de Paulo *ad Plautium* y se encuentra en el título del Digesto dedicado a la *condictio indebiti*. En la reconstrucción palingenésica de Lenel la rúbrica es *de conductionibus*, sin distinción del tipo de *condictio*. El jurista se propone hacer una taxonomía de supuestos, aunque solo consiga una plasmación desordenada de supuestos de restitución; olvida supuestos importantes y coloca en lugar preferente un supuesto complejo como el de la transacción. El texto tiene potencial para suscitar, como así lo ha hecho, la atención de muchos e importantes romanistas.

El jurista Paulo ⁽³³⁾ parte de la base de que solo puede haber reclamación de restitución si previamente ha habido una *datio*; hay que destacar como comentario al margen que el Derecho romano no toma en consideración casos de enriquecimiento injustificado sin una *datio* precedente, en cambio actualmente, muchos ordenamientos, ya sea por vía de codificación o por vía de interpretación, entienden que puede haber enriquecimiento injustificado sin *datio* precedente. Pues bien, el jurista dice que las *dationes* pueden responder a una transacción, a una causa, al cumplimiento de una condición, o a un pago para conseguir una cosa o situación, o finalmente, el jurista considera que la *datio* puede responder al pago de lo indebido. Paulo dedica un párrafo a cada uno de estos supuestos, y reserva cuatro párrafos al pago de lo indebido.

En caso de transacción, el deseo de poner fin al litigio es causa suficiente para la *datio*, por lo que no tiene sentido pensar en una hipótesis en la que el *tradens* pueda reclamar la restitución de lo entregado. La última secuencia del párrafo, desde *sin autem* hasta *repetitio dabitur* está recogida en la edición de

(33) En la Palingenesia el texto se coloca en la rúbrica *de conductione*.

Mommsen, pero el editor ⁽³⁴⁾ la ha tomado de la tradición griega, concretamente de los Basílicas. El añadido explica un caso en que hay acción de restitución aunque haya precedido una transacción. La secuencia *licet res* ha sido discutida; en la glosa de Acursio se propone sustituir *res* por *debitum* teniendo en cuenta el primer texto de la rúbrica *de transactionibus* (D.2,15,1 Ulpiano 50 *ad ed.*); en este texto se exige para la transacción la existencia de un conflicto sobre una cosa o la incertidumbre sobre el resultado de un litigio, lo que diferencia la entrega de una cosa a causa de donación fruto de un pacto; la cosa entregada en virtud de transacción no puede repetirse aunque se compruebe que una deuda no existía, ya que la transacción es un todo que no admite análisis fraccionados. En Codex 2,4 *de transaccionibus*, Constitución 19, los emperadores Diocleciano y Maximiano dice que una transacción no puede rescindirse ni en el caso de haber encontrado documentos que podrían haber demostrado, en su momento, la fragilidad del litigio; los emperadores exceptúan los casos de mala fe ⁽³⁵⁾. Sobre la mención a la *transactio imperfecta* hay que tener en cuenta que los juristas y sobre todo los emperadores, sospechan que algunas transacciones encubren auténticas donaciones, como en C.2,4,12 de Valeriano y Galieno.

El jurista opina en segundo lugar que en caso de una *datio ob rem* que responda a una causa como por ejemplo premiar la ayuda de alguien, aunque esa ayuda nunca haya existido, la intención del *tradens* es la donación, por lo que no debe haber acción restitutoria. Efectivamente, en D.12,6,52 de Pomponio 1.25 *ad Quintum Mucium* se dice también que la entrega en agradecimiento de una gestión pretérita, aunque las circunstancias que acompañaron a esa gestión fueran distintas de la creencia del *tradens*, no hay acción para exigir la restitución. Aunque los juristas Paulo o Pomponio no razonan sobre la motivación, parece evidente que una *datio* a causa de agradecimiento tiene un claro *animus donando*, que es el que prima en este caso.

En cambio sí que podrá plantear la demanda de restitución el que entregó a causa de una condición añadida a un legado o a causa de una condición añadida a una herencia testamentaria, y luego se detecta que no existe tal legado, o que la herencia no se puede aceptar ⁽³⁶⁾, de la misma manera que en la devolución de un esclavo comprado con condición resolutoria, el tiempo en poder del comprador se le ha de computar como tiempo en poder del vendedor, ya que *ea venditio proprie dici non potest* ⁽³⁷⁾ el esclavo comprado; en estos casos el tra-

⁽³⁴⁾ Uno de los que apoya la interpolación es EISELE. También es signo de interpolación la mención *sin autem*.

⁽³⁵⁾ *Sub pretextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindí, iura non patiuntur...*

⁽³⁶⁾ Y si el testamento devino falso o inoficioso, según D.12,4,2 Hermegeniano 1.2 *iuris epit.*

⁽³⁷⁾ D.41,3,19 Javoleno 1.1 *epistol.*

dens podrá exigir la restitución porque no entregó con ánimo de contratar, ni el legado o la herencia han continuado a la entrega. También podrá exigir la restitución de lo entregado por una herencia que él mismo no quiso o no pudo aceptar. No podrá plantear en cambio la demanda de restitución el propietario de un esclavo que entrega una cosa para cumplir la condición impuesta en el mismo testamento que nombra heredero a ese esclavo, y lo nombra con esa condición; aunque el esclavo devenga libre y acepte la herencia, el que era propietario no puede exigir la restitución de lo ya entregado pues la causa por la que entregó se ha cumplido.

Lo que se entrega *ob rem* o para conseguir alguna cosa, también puede reclamarse si ese algo no se consigue; el jurista funda la posibilidad de reclamación en los valores: *bonus et aequus*; y utiliza el ejemplo de lo dado a alguien para que haga algo, cuando eso no se realiza (un *do ut facias*), el jurista debería haber precisado que debe ser un *honestum facere* ⁽³⁸⁾.

El pago de lo indebido merece un comentario más amplio del jurista; se encuentra una mención referida a que en las reclamaciones de restitución de lo pagado indebidamente deben incluirse también la reclamación de frutos, incluso si los frutos son los hijos de las esclavas, descontando los gastos de manutención ⁽³⁹⁾. El jurista no distingue entre poseedores de buena o mala fe, cuando en época de Paulo esa distinción ya estaba consolidada. Si lo pagado indebidamente es trigo, la reclamación debe considerar la calidad ⁽⁴⁰⁾, y si el trigo se ha consumido se reclamará el precio del trigo. El texto habla de *pretium repetet* por lo que debe entenderse como precio de mercado.

En el parágrafo 7 el jurista expone un caso de prestación de un derecho de *habitatío*, cuando se ha prestado indebidamente a quien no se debía; en este caso por medio de la *condictio indebiti* se reclamará el precio por el que el enriquecido hubiera alquilado una habitación, que es lo que representa su enriquecimiento. El texto no menciona si el enriquecido es el propietario que cede una habitación por equivocación, o es un tercero, que sería el que tendría derecho a la *habitatío*; en esta situación el texto tiene más sentido: el enriquecido por haber disfrutado un derecho que no tenía, debe compensar de los pagos realizados a aquel que sí tenía ese derecho ⁽⁴¹⁾.

En el caso de que la *datio* haya consistido en la entrega de un esclavo indebido, y el adquirente lo hubiera manumitido, el jurista distingue entre poseedor de buena o de mala fe; en caso de poseedor de buena fe, solo se le podrá

⁽³⁸⁾ D.12,5,1,1 Paulus l.10 *ad Sab.*

⁽³⁹⁾ D.12,6,15 pr.

⁽⁴⁰⁾ El jurista tiene en cuenta D.12,1,3 Pomponio l.27 *ad Sab.*

⁽⁴¹⁾ D.12,6,55 Papiniano l.6 *quaest.*

reclamar por la *condictio indebiti* el valor de aquello de lo que el *tradens* hubiera podido beneficiarse de no haberlo manumitido el *accipiens*, como son las *operae* o la herencia que hubiera podido corresponderle; si se trata de poseedor de mala fe el *accipiens* debe restituir una cantidad de dinero ajustada al precio del esclavo. La distinción de régimen aplicable en relación a la buena o mala fe es de Juliano, según D.45,1,91,2 ... *qua sine facto ipsius desiit eius esse* (Paulo 1.17 *ad Plautium*)

Finalmente el jurista, incluye una breve explicación sobre el concepto de “indebido” ⁽⁴²⁾; es indebido y por tanto reclamable por la *condictio indebiti* aquello que no se debe, lo que se debe a uno y se paga a otro, y lo pagado por uno que se cree deudor, cuando la misma deuda, aunque existe, debe ser pagada por otro. Por tanto el que ha pagado lo que no debía puede reclamar al *accipiens* por *condictio indebiti*; el que ha pagado a quien no debía puede reclamar al *accipiens* por *condictio indebiti*, y el que ha pagado una deuda existente sin ser el deudor puede reclamar por *condictio indebiti* al verdadero deudor, no al *accipiens* pues éste ha cobrado lo que se le debía, y el Derecho romano permite, como muchos ordenamientos de *Civil Law* actuales, que un no deudor pague una deuda ajena ⁽⁴³⁾.

V. SÍNTESIS DE LA SITUACIÓN DE LA CUESTIÓN EN DERECHO ESPAÑOL ⁽⁴⁴⁾

El Código civil español sigue el sistema francés: un título dedicado a las obligaciones que se contraen sin convenio, en el que se encuentra un capítulo

⁽⁴²⁾ *Indebitum variis modis tibi solvo, vel quod omnimodo tibi non debetur, vel quod alii debetur, non tibi, vel quod alius tibi debet, non ego. Est igitur indebitum simplex, et secundum quid.* Anotación extraída del aparato crítico de la edición del *Corpus iuris civilis* impresa en *Coloniae Munatinae* por *Fratrium Cramer* en 1756, y que contiene menciones de la edición de *Dionysii Gothofredi* y de *Simon Van Leeuwen*; Para comentar D.12,6,65 esta edición ha sido de gran utilidad.

⁽⁴³⁾ Probablemente a causa del rango hipotecario.

⁽⁴⁴⁾ El Código Civil alemán (B.G.B.) recoge la profunda dogmática vertida por Savigny y la pandectística sobre la cuestión; el conocido parágrafo 812 contiene una noción amplia de enriquecimiento injustificado, y los parágrafos siguientes contienen el régimen jurídico; el código civil holandés de 1992 (art. 6:212-1) menciona explícitamente la obligación de restitución en casos de enriquecimiento injustificado; el Código suizo de obligaciones de 1911 (arts. 62 a 67) positiviza también la obligación de restitución; también se encuentra positivizada en el Código civil italiano de 1942 (arts. 2033-2042); también en el Código civil griego de 1945 (art. 942); el Código civil austríaco (arts. 1431-1432); entre los códigos iberoamericanos pueden citarse el Código civil brasileño, el Código civil federal mejicano de 1928 que entró en vigor en 1932 (art. 1882) y el Código civil cubano de 1987 (art. 101.1); el Código civil francés de 1905 y todos los códigos

en el que se definen los cuasi contratos, subdividido en dos secciones, una dedicada a la gestión de negocios ajenos y la otra dedicada al cobro de lo indebido ⁽⁴⁵⁾; en el capítulo IV del título preliminar sobre *normas de derecho internacional privado* el art. 10.9 dedicado a las obligaciones no contractuales se cita el enriquecimiento sin causa al que se debe aplicar *la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial a favor del enriquecido*; lo que hace comentar al profesor Luis Díez Picazo, no sin ironía, que *es un texto realmente extraordinario pues establece una regla de conflicto en el Derecho Internacional Privado para una institución cuyos requisitos y contenido no se encuentran legalmente regulados en el Derecho español* ⁽⁴⁶⁾; la Compilación de Derecho civil foral de Navarra dedica tres artículos o leyes al *enriquecimiento sin causa*: primero determina los casos en que puede haber enriquecimiento sin causa: cuando *se adquiere o se retiene, sin causa, un lucro*; en segundo lugar se determina el *onus probandi* en los casos de repetición de un pago indebido, y en tercer lugar se determina la no repetibilidad del pago de obligaciones naturales ⁽⁴⁷⁾; el art. 18 de la Ley de Competencia desleal ⁽⁴⁸⁾, el art. 66 de la Ley de Patentes, y el art. 38 de la Ley de Marcas recogen también la prohibición de enriquecimiento injustificado al declarar que el perjudicado tiene acción contra el enriquecido ⁽⁴⁹⁾. Todo ello no dejan de ser decisiones legislativas puntuales que no ocultan la laguna del Código civil al no declarar la obligatoriedad de restitución en los casos de enriquecimiento injustificado; el Tribunal Supremo ha creado paulatinamente una sólida doctrina, restrictiva, pero suficientemente útil; se pueden encontrar decisiones sobre las que se han vertido muchos comentarios; puede traerse a colación una conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1966 en la que los subcontratistas de una obra pública obtienen una decisión favorable por medio de la que el contratista de la misma debe aumentar las remuneraciones acordadas

influenciados muy directamente por el francés, como el Código español, no positivizan la obligación de restitución en caso de enriquecimiento injustificado.

⁽⁴⁵⁾ Arts 1887 a 1901. En el capítulo segundo del mismo título se encuentra la regulación de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia (arts. 1902-1910).

⁽⁴⁶⁾ Díez-PICAZO L, *op. cit.*, p. 45.

⁽⁴⁷⁾ Leyes 508 a 510 de la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra, de 1973.

⁽⁴⁸⁾ Art. 18.6 de la Ley de competencia desleal de 1991: *Contra el acto de competencia desleal se podrá ejercitar... la acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.*

⁽⁴⁹⁾ Art. 66 de la Ley 11/1986 de Patentes: La indemnización de daños y perjuicios por violación del derecho de patente *comprenderá no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el titular ...*; también art. 38 de la Ley 17/2001 de Marcas.

con los subcontratistas, en relación al aumento que la Administración le había concedido a causa del alza notable de los precios y del nivel de vida; el fundamento de la Sentencia del Tribunal Supremo considera que la prohibición de enriquecimiento injustificado es un Principio General del Derecho ⁽⁵⁰⁾. El Tribunal Supremo español, incluso en una reciente sentencia de 8 de mayo de 2008 (Sala 1.^a), en un caso de reclamación de compensación planteado por una mujer contra el hombre con el que había convivido *more uxorio* durante más de diecinueve años, condena al hombre a pagar una cantidad importante de dinero a la mujer con el fundamento de que se había enriquecido injustificadamente por la contribución de la mujer al cuidado de los hijos y de la casa, y por su ayuda al negocio familiar ⁽⁵¹⁾.

El Código civil portugués de 1966 contiene un título dedicado al enriquecimiento injustificado, positivizando explícitamente la prohibición ⁽⁵²⁾.

VI. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN EL DCFR ⁽⁵³⁾

En el capítulo I del libro VII, último libro de los Principios, se encuentra el Principio general o regla base: El DCFR se instala en un punto de partida claro: la persona que injustificadamente obtiene un enriquecimiento, atribuible al perjuicio de otra persona, está obligado a revertir dicho enriquecimiento.

Destaca en este planteamiento: Debe existir un enriquecimiento; que este enriquecimiento no tenga un soporte jurídico que lo explique; que correlativamente otra persona haya sufrido un “perjuicio”. No se trata de un empobrecimiento, sino de algo que es desfavorable; el perjuicio puede ser un empobrecimiento o puede ser una posible ganancia dejada de percibir por alguien a quien correspondía de manera exclusiva ⁽⁵⁴⁾. En estos casos, y siempre que no se encuentren las

⁽⁵⁰⁾ Se trata de una sentencia muy controvertida; L. DIEZ PICAZO en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1988 p. 44, opina: *Siguiendo esta línea (la línea de la Sentencia citada) se cae en la casuística más heterogénea y en el arbitrio propio de un Derecho judicial hasta el punto de que hay casi que renunciar a cualquier intento de construcción.*

⁽⁵¹⁾ Con esta Sentencia el alto Tribunal sigue una línea doctrinal que niega *analogía legis* entre la unión estable de pareja heterosexual y el matrimonio.

⁽⁵²⁾ Arts. 473 a 482.

⁽⁵³⁾ La cuestión se encuentra en fase de estudio por parte de la Comisión europea. La redacción definitiva del borrador (se conoce con el acrónimo DCFR) se presentó el mes de enero de 2008; de acuerdo con las más recientes publicaciones, estos Principios serán objeto de importantes modificaciones.

⁽⁵⁴⁾ Agradezco la ayuda de la abogada Eulàlia Bartomeus en este apartado del trabajo. El texto inglés se extrae de la publicación *Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law*, editado por VON BAR Christian, CLIVE Eric, SCHULTE-NÖLKE H, München, 2008, y es accesible en la red: www.law-net.eu. La traducción a la lengua castellana del término “disad-

exclusiones explícitas del libro VII del DFCR, el enriquecido tiene un deber de restitución.

En el cap. II se encuentra una taxonomía de supuestos en los que debe considerarse un enriquecimiento injustificado; aquellos derivados de la falta de título justificante o derivados de la nulidad del título justificante. Previamente se excluyen los supuestos en que el enriquecido tiene un título que le otorga soporte jurídico al lucro o enriquecimiento; este título puede ser un contrato u otra relación jurídica de efectos vinculantes ⁽⁵⁵⁾; este título justificante también puede ser una decisión jurisdiccional o una disposición legal. Además no hay enriquecimiento injustificado si la persona que ha sufrido el perjuicio conocía el lucro, y libremente, sin dolo, error o intimidación, lo había consentido, y era capaz para consentir.

Si el título o la decisión jurisdiccional son o devienen nulos, o son ineficaces, el enriquecido no tiene derecho al enriquecimiento, y debe restituir.

Puede haber un enriquecimiento injustificado que se consolide por que está amparado en una disposición normativa que exterioriza una política determinada (por ejemplo la prescripción).

Supuestos en que hay enriquecimiento porque la *datio* pretendía objetivos inclumplidos

El enriquecimiento o lucro se consideran injustificados:

- a) Si el perjudicado lo ha otorgado por un objetivo o expectativa no conseguido (*causa data causa non secuta*); en este caso es necesario que el enriquecido conociera (o razonablemente pueda suponerse que conocía) el objeto de la *datio*; es necesario también que el enriquecido tuviera asumido que en la circunstancia de no cumplimiento de la expectativa u objetivo, el lucro o enriquecimiento debía ser restituido ⁽⁵⁶⁾.

Supuesto de enriquecimiento por cumplimiento de una prestación a favor de tercero también llamado enriquecimiento indirecto; hay enriquecimiento si alguien obtiene un enriquecimiento como resultado de que un tercero cumple una pres-

vantage” por “perjuicio” y por tanto “disadvantaged” por “perjudicado” no es plenamente satisfactoria; en el debate suscitado en las sesiones del Congreso se objetó a esta traducción que el término “perjuicio” estaba vinculado a la responsabilidad por culpa o negligencia; se propuso la traducción por el sustantivo “desventaja” y por el participio “desaventajado/a”.

⁽⁵⁵⁾ Es conocida la dificultad de trasladar el término inglés “contract” a nuestra terminología jurídica.

⁽⁵⁶⁾ ZIMMERMANN R, *op. cit.*, comenta un curioso caso en el que un granjero, con la esperanza de que su mujer retornara al hogar familiar, le hizo donación de la granja y de sus anexos; el caso fue resuelto favorablemente al granjero por el Reichsgericht en 1924.

tación que tenía frente a otro, pero que beneficia al primero ⁽⁵⁷⁾. Se exige que el perjudicado haya consentido libremente, es decir siendo capaz de consentir, y sin dolo ni amenazas; o que el perjudicado haya cumplido libremente, en las mismas condiciones. Se comentará después que este enunciado debería ser más cauteloso pues puede dar lugar a que una persona deba responder por obras no consentidas.

En el capítulo III se determinan los tres supuestos que pueden originar enriquecimiento, y correlativamente los supuestos que originan perjuicio (o desventaja); Una persona se ha enriquecido cuando aumenta sus activos o disminuye sus obligaciones; cuando recibe un servicio, o recibe un trabajo terminado; cuando usa activos de otro. Se contempla por tanto el enriquecimiento por prestación, y el enriquecimiento por otra causa, entre las que está la intromisión o interferencia en activos de otro (*Eingriffskondiktion*), la mejora de la cosa propia (*Verwendungskondiktion*), o la liberación de una obligación propia

(*Rückgriffskondiktion*), comentadas antes. La propuesta advierte que en la determinación del enriquecimiento no debe tenerse en cuenta si el enriquecido ha soportado algún perjuicio a causa del enriquecimiento o después del enriquecimiento.

Una persona ha sufrido un perjuicio cuando: disminuyen sus activos o aumentan sus obligaciones; cuando presta un servicio, o realiza un trabajo terminado; cuando otra persona usa sus activos. La propuesta advierte que en la determinación del perjuicio no deben tenerse en cuenta si el perjudicado ha obtenido algún enriquecimiento a causa del perjuicio o después del perjuicio.

En el capítulo IV se determinan las formas de atribuir el enriquecimiento de una persona con el empobrecimiento o perjuicio (o desventaja) de otra; es decir se determina la persona enriquecida por la descripción de su acción o comportamiento con la persona perjudicada, ya sea a través de una vinculación directa, ya sea a través de una persona intermediaria. Concretamente: cuando el perjudicado transfiere un activo o provecho al enriquecido; cuando el perjudicado presta un servicio o acaba una obra a favor del enriquecido; cuando el enriquecido usa activos de otro, especialmente cuando el enriquecido usa derechos legalmente protegidos del otro o simplemente infringe los derechos del perju-

⁽⁵⁷⁾ Es muy comentada la primera sentencia del tribunal francés de casación sobre enriquecimiento injustificado, que acoge sin reparos la doctrina del *ius commune* sobre la aplicabilidad de la *actio in rem verso*; el caso concreto trata del propietario de una finca agrícola cedida en arrendamiento; el arrendatario decide mejorar el rendimiento con abonos y fertilizantes, y acuerda su adquisición con un suministrador; el arrendatario deviene insolvente y abandona la finca, que resulta objetivamente mejorada; el propietario es condenado a pagar al suministrador los abonos y fertilizantes, aunque no hubiera contrato alguno entre ambos; el motivo de su obligación es su enriquecimiento (*affaire des engrais* 1892).

dicado ⁽⁵⁸⁾; cuando el enriquecido se encuentra con una mejora en cosa propia, gracias a la actividad de otro; cuando el enriquecido se encuentra liberado de una obligación frente al perjudicado, en todos estos comportamientos, si no hay una causa de relevancia jurídica que los sustente, hay un enriquecimiento injustificado y queda fijada la persona enriquecida.

Los principios se preocupan también de determinar a la persona enriquecida en caso de representación indirecta; por ello, en el mismo capítulo IV se explicita que si resulta enriquecimiento o perjuicio para el representado en la actuación en nombre propio y por cuenta ajena, es al representante a quien deben imputarse.

Los principios concretan también la fijación del enriquecido en los casos en que el deudor, por mandato del acreedor, paga a un tercero, o, en general, cuando en la vinculación entre el enriquecimiento y el perjuicio (o desventaja), hay un intermediario que no tenía ninguna relación jurídica con el enriquecido, sino que su comportamiento lo ha sido por mandato del acreedor y por su delegación. En todo caso se necesita *rathiabitio* ⁽⁵⁹⁾.

Finalmente se menciona que puede haber enriquecimiento injustificado en supuestos en que enriquecimiento y perjuicio (o desventaja) no sean del mismo valor; sin duda el principio se refiere a los casos de realización de servicios o de realización de obras terminadas.

El capítulo V está dedicado a la compleja cuestión de la restitución; se distingue que se trate de un enriquecimiento producido por un activo restituible de un enriquecimiento producido por un activo no restituible; en el primer caso las determinaciones son las siguientes: Se debe restituir a la persona perjudicada; si la restitución comporta un esfuerzo o gasto no razonable, el enriquecido puede sustituir la restitución misma por el pago en dinero del valor de la misma; si ya no se puede restituir porque el enriquecido lo ha transmitido o porque la cosa ha perecido, el enriquecido debe pagar al perjudicado el valor del activo en dinero ⁽⁶⁰⁾;

⁽⁵⁸⁾ El caso ya comentado sobre utilización, con finalidad comercial, de la imagen de una persona, sin su autorización, se ajusta perfectamente a lo comentado aquí.

⁽⁵⁹⁾ Un caso complejo de pago por delegación del que cree ser acreedor, que da lugar a un enriquecimiento injustificado, puede encontrarse en Pomponio l.6 *ex Plautio* D.46,3,66: el supuesto trata de un pupilo (A), que creyendo ser acreedor de B, ordena a B que pague a su acreedor (C) sin la autoridad del tutor; el resultado de esta operación es que el pago realizado por B libera a A de la deuda de éste con C, pero injustificadamente, ya que entre A y B no había relación jurídica ninguna; a la vez B no puede ejercitar la *condictio* contra A porque el *iussus* de A lo ha sido sin la *auctoritas* del tutor. El jurista Pomponio protege a B con una *actio utilis* que, según la glosa, se dirigirá a recuperar *in quantum factus est locupletior: utpote debito liberatus*; la interpretación posterior determinó que esta *actio utilis* era la *actio in rem verso*. El texto y el comentario están citados en CANNATA CA, *op. cit.*, p. 116 y 117.

⁽⁶⁰⁾ Advertir que no se hace ninguna referencia al valor de afección; el texto original de los Principios en este punto: *paying its monetary value* indica algo muy similar al *restituere* de

en caso de subrogación real (es decir que el activo restituible haya sido entregado a cambio de otra cosa), los principios del DCFR distinguen que en el momento de la disposición ó pérdida, el enriquecido lo sea de buena o mala fe; si el enriquecido es de buena fe, elige el mismo si entrega el activo de subrogación o recupera el activo transferido. En caso de que el enriquecido lo sea de mala fe, es el perjudicado el que elige, incluso en el caso de que no haya equivalencia

En el enriquecimiento de activo restituible se considera enriquecido de buena fe aquel que ni sabía ni podía razonablemente saber que el incremento patrimonial era o podía ser injustificado.

En el enriquecimiento producido por un activo no restituible: Se debe restituir el valor de la cosa en dinero; si el enriquecido no consintió el enriquecimiento, y lo fue de buena fe, no es responsable de pagar más que el provecho ordinario.

Los Principios proporcionan una pauta de cálculo del valor en dinero del activo o provecho: valor que ese activo o provecho tendría en el mercado, incluyendo los gastos que se generarían si se tratara del reembolso de un servicio. Debe entenderse por provecho la disminución en activos propios que debería haber asumido el enriquecido si no hubiera ocurrido el enriquecimiento, o el aumento de responsabilidades que el enriquecido debería haber asumido si no hubiera ocurrido el enriquecimiento

La restitución del enriquecimiento se extiende a los frutos, o al valor del uso de la cosa, o a cualquier provecho resultante ⁽⁶¹⁾.

El capítulo VI plantea los supuestos de excepción al tratamiento general, es decir los supuestos no se deriva una obligación de restituir aunque haya habido un enriquecimiento injustificado; el primero de ellos es el desenriquecimiento, que se da cuando el enriquecido ha soportado un perjuicio objetivo como por ejemplo la pérdida o deterioro de la cosa por *vis maior*, pero solo cuando la cosa objeto de enriquecimiento no ha sido reemplazada, y si en el momento del desenriquecimiento, el enriquecido lo era de buena fe.

Tampoco debe restituir el enriquecido que ha conferido enriquecimiento a tercero en contraprestación por el enriquecimiento y si en el momento de conferir el segundo enriquecimiento permanece en su buena fe ⁽⁶²⁾.

la fórmula de la acción reivindicatoria del proceso formulario de la época del derecho romano clásico: *tantam pecuniam ob eam rem est*.

⁽⁶¹⁾ D.12.6,65,7 Paulo 17 *ad Plautium* explica el caso de una persona que, por error, permite que otro ejerce un derecho de habitación sobre parte de su finca: el jurista dice que se le puede reclamar por condición no lo que hubiera debido pagar de alquiler sino lo que le hubiera costado un alquiler medio en aquellas mismas condiciones.

⁽⁶²⁾ Por ejemplo el *accipiens* de cosa indebida, que a su vez entrega indebidamente la misma cosa a tercero, siempre que en ambos eslabones haya actuado de buena fe.

El último apartado del capítulo VI a la exoneración de la obligación de restituir en aquellos casos en que el contrato o acto jurídico bajo el que se obtiene el enriquecimiento es nulo o anulado por incumplimiento de un principio fundamental u otra norma ⁽⁶³⁾, pero la restitución es contraria a la orientación legal, como por ejemplo en casos de pago para que se cometa un delito; ello constituiría la tipología de la *condictio ob turpem vel iniustam causam* ⁽⁶⁴⁾.

El capítulo VII se refiere a la relación de las disposiciones sobre enriquecimiento injustificado con otros ámbitos del ordenamiento jurídico; así, además de excluir la aplicación de esta regulación en aquellos casos en que se obtiene un enriquecimiento en el ejercicio de la función pública, se plantea: la subsistencia de las acciones para reclamar la restitución con otras acciones privadas de recuperación; con ello se quiere evidenciar que la acción de restitución por enriquecimiento no debe ser considerada como acción subsidiaria sino como acción compatible con otras acciones procesales; a la vez la obligación de restituir o de compensar del enriquecido se extingue cuando el perjudicado ha obtenido la misma cosa o valor por otra causa de la misma naturaleza ⁽⁶⁵⁾ ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶³⁾ Los Principios remiten al apartado II-7:301 sobre *Contracts infringing fundamental principles*.

⁽⁶⁴⁾ El jurista Paulo en D.12,5,3 dice que no hay *condictio* para exigir la restitución cuando la inmoralidad afecta al que da y al que recibe. Aunque no lo explicita la jurisprudencia se entiende que el proceso está al servicio de reponer lucros no justificados, pero no al servicio de reponer lucros prestados con finalidad delictiva.

⁽⁶⁵⁾ En Derecho romano clásico el régimen aplicable a situaciones en que un acreedor puede reclamar la misma cosa, por dos vías distintas, es diferente si se trata de acciones de derecho estricto o de acciones de buena fe; si se trata de acciones de derecho estricto, al darse imposibilidad de cumplimiento, el deudor queda liberado y la obligación extinguida; en cambio en las acciones de buena fe el deudor puede reclamar, por ejemplo con la *actio empti*, la devolución de la cosa comprada; Justiniano decidió que también en las acciones de buena fe el derecho del deudor devenía ineficaz porque *nada falta al legatario ni puede entregarse dos veces la misma cosa* (D.30,108,4 Africano 5 *quaest.*); *Todos los deudores que deben una cosa específica por causa lucrativa quedan liberados cuando aquella cosa llega a poder de los acreedores por otra causa también lucrativa* (D.44,7,17 Juliano 33); D'ORS A., *Derecho Privado romano*, Pamplona, 2004, parágrafo 434, quien considera que Justiniano tuvo en cuenta la teoría del enriquecimiento injustificado; la figura se conoce como *concursus causarum lucrativarum*.

⁽⁶⁶⁾ Este trabajo se ha llevado a cabo con la ayuda financiera del Proyecto de Investigación SEJ 2006-15051-C03-03 JURI del MEC.

