

# Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado

Xabier Basozabal Arrue

Universidad de Navarra

**Abstract\***

*El trabajo analiza tres posibles modelos de regulación del “enriquecimiento injustificado” a partir de tres supuestos paradigmáticos: el modelo “unitario” propuesto por el Libro VII del DCFR en 2009; el modelo “tipológico” del proyecto de reforma del BGB presentado por el Prof. D. König en 1981 (que no llegó a entrar en vigor); y el modelo “fragmentado”, propio del Código civil francés y de los que siguieron a éste (incluido el español) y que es ahora preferido por parte de la doctrina, como la Prof. C. Wendehorst. El análisis de las líneas generales del Libro VII permite aclarar por qué la mayoría de opiniones sobre su propuesta han sido abiertamente críticas. El Proyecto de König constituye la propuesta más seria y lograda de codificar los avances introducidos en el Derecho de enriquecimiento injustificado alemán por la tipología de Wilburg y Von Caemmerer. El modelo “fragmentado” renuncia a una regulación unificada (sea o no tipológica), trata cada conflicto restitutorio allá donde surge (sea el Derecho de obligaciones y contratos, de daños, las relaciones entre propietario y poseedor, etc.) y procura soluciones acordes con los principios que informan cada sector del Derecho privado. El estudio de los tres modelos permite concluir con algunas consideraciones lege ferenda sobre la mejor manera de modernizar el Derecho de enriquecimiento injustificado español.*

*The paper analyzes three possible approaches for a regulation of "unjustified enrichment" based on three paradigmatic models: The "unitary" approach proposed by Book VII of the DCFR in 2009; the "taxonomical" approach of the BGB reform project presented by professor D. König in 1981 (which eventually did not come into force); and the typical "fragmented" approach of the French Civil Code that was followed by many other civil codes (including the Spanish one) and is currently put forward by some experts, such as professor C. Wendehorst. The analysis of the general lines of Book VII makes it possible to clarify why most of the opinions on his proposal have been openly critical. The König Project is the most serious and consistent proposal to codify the advances introduced in the German "unjustified enrichment" law by the taxonomy of Wilburg and Von Caemmerer. The "fragmented" model renounces to a unified regulation (with or without taxonomy), deals with each restitutory conflict wherever it arises (contract law, tort law, the field of the relations between owner and possessor, etc.) and provides solutions in accordance with the principles that inform each area of private law. After the study of these three approaches, the paper concludes with some lege ferenda considerations on the best way to modernize the Spanish law of "unjustified enrichment".*

*Title: Three approaches for a regulation of unjustified enrichment: a general action, a taxonomy of cases and a fragmentary distribution of actions*

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Hacia una delimitación del Derecho de enriquecimiento injusto español” (DER 13-46185-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que son Investigadores Principales D. Pedro del Olmo y D. Xabier Basozabal. Una vez más, es de justicia agradecer a D. Fernando Pantaleón y a D. Pedro del Olmo que leyeran estas páginas antes de su publicación y realizaran, como siempre, atinadas observaciones que he procurado aprovechar.

*Palabras clave:* Enriquecimiento injustificado, injusto o sin causa; derecho de restituciones; acciones restitutorias, *condictiones*; tipología de las *condictiones*; modelo unitario, modelo tipológico, modelo fragmentado; armonización y modernización del Derecho Privado Europeo.

*Keywords:* Unjust enrichment, unjustified enrichment, enrichment and absence of legal ground/basis; Law of Restitution; enrichment claims, *condictiones*; taxonomies of unjustified enrichment; general action of unjustified enrichment, taxonomy of enrichment claims, fragmentary approach to unjustified enrichment; harmonization and modernization of European Private Law

## Sumario

1. Introducción
2. Un modelo unitario: el Libro VII del DCFR
  - 2.1. El modelo “injustificado salvo que...”
  - 2.2. Algunas debilidades del modelo
    - a. Art. VII.-2:101 (1) (b)
    - b. Art. VII.-2:101 (4)
    - c. Arts. VII.-2:102 y VII.-2:103
    - d. Art. VII.-4:103
  - 2.3. Valoración general del Libro VII del DCFR
3. Un modelo tipológico: el proyecto de ley de D. König (1981)
  - 3.1. La *condictio* de prestación
  - 3.2. La *condictio* por intromisión
  - 3.3. La *condictio* por impensas
  - 3.4. Relaciones triangulares
  - 3.5. La cláusula residual
4. Un modelo fragmentado: la propuesta de C. Wendehorst
5. Reflexión final para la valoración de los tres modelos
6. Tabla de jurisprudencia citada
7. Bibliografía

## 1. Introducción

La publicación del Libro VII del *Draft Common Frame of Reference* (2009), dedicado al “Enriquecimiento injustificado”, supuso la aparición de la primera y hasta la fecha única propuesta europea de armonización de una materia que se resiste como pocas a los intentos de poner algunas bases comunes para unificar criterios y aproximar posturas. Despertó el interés doctrinal y reabrió el debate sobre si es ésta una materia susceptible de tratarse como una unidad (el “Derecho de enriquecimiento”), y en caso afirmativo sobre cuál debería ser la mejor técnica de armonización (bien un modelo unitario a partir de la idea de “ausencia de base” o “sin causa”, bien un modelo tipológico a partir de los grupos de casos diseñados por WILBURG y VON CAEMMERER, bien un modelo de “factores injustos” para justificar la restitución, al modo del *common law*), o si sería preferible tratarla de manera fragmentada, dando a cada conflicto una solución específica en el sector del Derecho privado que le corresponda –obligaciones y contratos, daños, relaciones entre propietario y poseedor–, enfoque que tiene especial atractivo para el Derecho español por ser esta su opción codificada.

Las diferencias entre los modos de regular son mayores en este sector del Derecho privado que en otros (contratos, daños...), empezando por la manera particularmente distinta en que esta materia fue codificada según los modelos francés y alemán, y por ser también notables las dificultades internas que los ordenamientos jurídicos encuentran para explicar –de manera más o menos unitaria– los principios que rigen la restitución de enriquecimientos injustificados. DU PLESSIS llama al modelo francés “fragmentado”, porque conoce acciones específicas distintas para el pago de lo indebido, la gestión de negocio ajeno y la acción general de enriquecimiento injustificado (así ocurre en Francia, Italia, Países Bajos o España<sup>2</sup>; en realidad, la fragmentación es mayor, pues algunos de los conflictos contemplados dentro de una visión amplia del enriquecimiento injustificado se encuentran en el Derecho de obligaciones –pago de tercero, pago al acreedor aparente–, en las relaciones entre propietario y poseedor –liquidación del estado posesorio–, en la accesión, etc.). El modelo alemán del BGB prevé una regulación general del enriquecimiento injustificado que debe adaptarse a una realidad que presenta diversidad de tipos y situaciones; tampoco éste puede evitar una cierta fragmentación, pues encontramos preceptos específicos para la gestión de negocio ajeno y para las intromisiones

---

<sup>2</sup> DU PLESSIS (2005, pp. 142 y ss.). Del modelo francés, el autor destaca la importancia del requisito “ausencia de causa”, pues se trata del elemento “válvula” que está llamado a contener la virtualidad expansiva del principio general, aunque concluye que se trata de un requisito bastante vago. Así, en un supuesto en el que un conviviente mejora el patrimonio del otro y reclama la restitución del enriquecimiento después de la ruptura de la convivencia, se juzgó que concurría una causa para el enriquecimiento y que esta consistía en “los beneficios de la cohabitación”, lo que hace despertar en el autor la sospecha de que la noción de causa se usa como una racionalización *ex post facto* para justificar el resultado. El autor pone también el ejemplo holandés, en el que la aplicación del principio general tampoco ha resultado sencilla, pues para encauzarlo se han trazado categorías o tipos de aplicación de la acción general, entre los que se encuentran la ocupación, la disposición de cosa ajena, las mejoras en propiedad ajena, los gastos de los arrendatarios, el uso de propiedad ajena en situación de necesidad o el pago de deuda ajena; fuera de estos, la acción se suele rechazar (pp. 156 y 157).

y mejoras que acontecen en las relaciones entre propietario y poseedor<sup>3</sup>. Además, se ha desarrollado una interpretación “tipológica” de los preceptos generales que adapta su aplicación a distintos “grupos de casos”, que se corresponden con diferentes “tipos” de *condictio* o pretensión restitutoria. La diferenciación tiene en cuenta el origen del enriquecimiento –“prestación”, “intromisión”, “impensa” o “regreso”- y distingue en cada caso la función que cumple la restitución y el alcance de la responsabilidad. Para un comparatista como DU PLESSIS, esta regulación general “intenta obtener una mayor claridad en el alcance de la acción general de enriquecimiento identificando pretensiones que gobiernen ciertas situaciones típicas”, y concluye que “la división del Derecho alemán moderno es la estructura más moderna y racional de la que pueden depender los demás materiales propios del *civil law*”<sup>4</sup>.

Cuando se compara los modelos continentales con el modelo inglés, suele hacerse hincapié en el distinto modo de entender el requisito “ausencia de justificación”: la idea de un enriquecimiento “sin causa” pone el acento en que éste debe restituirse cuando no haya un buen motivo para retenerlo (justa causa); es la perspectiva de los modelos continentales. Por el contrario, en Derecho inglés lo que hay que probar es el “factor injusto” que justifica la restitución del enriquecimiento pues, hasta que no se demuestre lo contrario, éste debería quedarse donde se produjo<sup>5</sup>. Con todo, como advierte DESCHEEMAEKER, “en las últimas décadas se ha venido admitiendo paulatinamente que la mera contraposición entre el modelo de los factores injustos propio del *common law* (según el cual un cambio de riqueza debe en principio respetarse y solo puede ser revertido si hay una buena razón para hacerlo) y el enfoque *sine causa* del Derecho civil continental (que no permite el incremento de los bienes de una parte a costa de los de la otra, a menos que pueda encontrarse una razón para hacerlo) es una falsa dicotomía”<sup>6</sup>.

Sea como fuere, suele reconocerse que, en contraste con otros sectores del Derecho privado, existe una duda razonable en torno a que exista un mínimo “núcleo” de reglas que puedan considerarse propias del “Derecho de enriquecimiento injustificado” en los ordenamientos

---

<sup>3</sup> SMITS y MAK (2011, pp. 249 a 268, p. 251). Los autores entienden que, tanto en Alemania como en Inglaterra, no se reconoce una acción general de enriquecimiento injustificado, sino algunos tipos o categorías que, en Derecho alemán, giran en torno a la “ausencia de base jurídica” (según una aproximación “*sine causa*”) y, en Derecho inglés, en torno a los “unjust factors” (según la taxonomía propia del *common law*).

<sup>4</sup> DU PLESSIS (2005, p. 176).

<sup>5</sup> SWANN (2006, p. 236). Como explica HÄCKER (2009, p. 28), en el *common law*, “en lugar de preguntarse si el enriquecimiento del demandado a costa del demandante puede justificarse acudiendo a otra parte del sistema legal (contrato, etc.), se trata de ver si hay una razón para ordenar al demandado que restituya su enriquecimiento al demandante. Estas razones se denominan *unjust factors* y pertenecen al ámbito del Derecho de enriquecimiento”. Curiosamente, en el DCFR se parte de que el enriquecimiento es injustificado a menos que se pruebe una causa de justificación, pero las causas de justificación son mucho más habituales que los supuestos en los que ésta falta.

<sup>6</sup> DESCHEEMAEKER (2017, p. 153). El autor destaca la opinión de SMITH (2007, p. 304): “Creo que todos los sistemas pueden combinar y de hecho combinan los dos puntos de vista”.

jurídicos europeos<sup>7</sup>; y que, en buena medida, la dificultad para fijar las fronteras y dotar de coherencia interna a ese “Derecho de restituciones” tiene que ver con su función auxiliar de resolver los problemas que surgen en las otras partes del Derecho privado<sup>8</sup>.

Dentro de este panorama, la propuesta del DCFR irrumpe con una fisonomía propia. Comencemos por describir las líneas generales del mencionado Libro VII y exponer algunas opiniones generales, tanto de los *drafters* como de otros expertos, sobre la propuesta.

## 2. Un modelo unitario: el Libro VII del DCFR

El Borrador parte de una visión amplia del fenómeno del “enriquecimiento injustificado”. Su ámbito de aplicación se extiende prácticamente a todo el arco de supuestos de enriquecimiento por “prestación”, “intromisión”, “mejora” y “regreso”. Es la sede para la restitución de pagos indebidos, la liquidación de contratos nulos o anulados con efecto retroactivo (sin embargo, de la liquidación por resolución, desistimiento, cumplimiento de la condición resolutoria o acuerdo extintivo se encarga el Libro III, sobre los contratos)<sup>9</sup>, la restitución del enriquecimiento obtenido por intromisión o acto ilícito<sup>10</sup> y la restitución por impensas invertidas en patrimonio ajeno y pago de deuda ajena. Aunque los conflictos afectados sean de tan diferente factura, adopta un modelo unitario en el sentido de que el fundamento de la pretensión por enriquecimiento injustificado (la norma de pretensión) es único y los requisitos para que prospere son también los mismos en todas las hipótesis: 1) “enriquecimiento”; 2) “desventaja” (imagen especular del enriquecimiento desde la perspectiva del demandante); 3) “atribución” (o nexo entre el enriquecimiento y la desventaja: solo el enriquecimiento que pueda *atribuirse* a la desventaja del demandante –

<sup>7</sup> VON BAR (2006, p. 214). DESCHEEMAER (2017, p. 124): “Un trabajo sobre el «Derecho francés del enriquecimiento injustificado» requiere una delimitación de su materia. ¿Qué se quiere decir con esta expresión? La respuesta es mucho más complicada de lo que cabría esperar en un sistema codificado”.

<sup>8</sup> SWANN (2006, pp. 234 a 243, p. 234).

<sup>9</sup> Una síntesis reciente sobre los modelos de liquidación de contratos fracasados, válidos e inválidos, en MEIER (2017). Para OTT (2013, pp. 190 y ss.), el *Draft* ha importado en este punto una debilidad del Derecho alemán. El DCFR permite la concurrencia de causas de impugnación y causas de resolución, de manera que un contratante podría optar entre las reglas de liquidación del Derecho de contratos y las del Derecho de enriquecimiento, según prefiera, lo que no parece deseable. Analiza las diferencias entre ambas “liquidaciones”, llega a la conclusión de que no existe ninguna justificación para esas diferencias. La dicotomía había sido superada, por ejemplo, en la propuesta de la CESL (p. 284). WENDEHORST (2006, p. 261; 2008, pp. 240 y 241) concluye que la duplicidad de sistemas de liquidación provoca una situación de incoherencia, pues hay situaciones que podrían causar simultáneamente la extinción por incumplimiento y por invalidez, y le parece preferible que la liquidación de contratos se regule siempre por el Derecho de contratos. Los trabajos de referencia en la materia –y a favor del tratamiento unitario de la liquidación de todos los contratos– son los de HELLWEGE (2004; el propio autor propone una síntesis de su trabajo en 2007, pp. 337 a 344), y ZIMMERMANN (2004, pp. 735 y ss.).

<sup>10</sup> En el ámbito anglosajón, las intromisiones son tratadas como supuestos de “restitution for wrongs”, siendo cada “wrong” un “ilícito civil” típico. Sobre ello, BASOZABAL (2018, pp. 12 y 13).

esto es, que pueda entenderse que se ha obtenido *a su costa*- debe ser objeto de restitución)<sup>11</sup>; y 4) “ausencia de causa jurídica o justificación”<sup>12</sup>:

#### VII.-3:101: Enriquecimiento

- (1) Una persona se enriquece mediante:
  - (a) un aumento de su activo o una disminución de su pasivo;
  - (b) la recepción de un servicio u otros trabajos; o
  - (c) el uso de los activos de un tercero.
- (2) Para determinar si y en qué medida una persona se enriquece, no deberá tenerse en cuenta la desventaja que dicha persona sufra a cambio del enriquecimiento o con posterioridad a éste.

#### VII.-3:102: Desventaja

- (1) Una persona sufre una desventaja por:
  - (a) una disminución de su activo o un aumento de su pasivo;
  - (b) prestar un servicio o realizar otros trabajos; o
  - (c) el uso que un tercero hace de sus activos.
- (2) Para determinar si y en qué medida una persona sufre una desventaja, no deberá tenerse en cuenta el enriquecimiento que dicha persona obtenga a cambio de esa desventaja o con posterioridad a ella.

#### VII.-4:101: Cuándo el enriquecimiento se obtiene a costa de otro

Se considera que el enriquecido ha obtenido el enriquecimiento a costa [de la desventaja] de otro, cuando éste

- (a) transmite un activo al enriquecido;
- (b) presta un servicio o realiza otros trabajos para el enriquecido;
- (c) soporta el uso de un activo suyo por parte del enriquecido, especialmente cuando, al hacerlo, éste haya violado un derecho u otro interés jurídicamente protegido de aquél;
- (d) introduce una mejora en un activo del enriquecido; o
- (e) libera al enriquecido de una obligación.

#### VII.-2:101: Circunstancias en las que el enriquecimiento es injustificado

- (1) El enriquecimiento es injustificado salvo que:
  - (a) el enriquecido tenga derecho a obtenerlo en virtud de un contrato u otro acto jurídico, una orden judicial o una norma jurídica; o
  - (b) la persona a cuya costa se obtiene el enriquecimiento lo haya consentido libremente y sin error.
- (2) Si el contrato u otro acto jurídico, la orden judicial o la norma jurídica referidos en el apartado (1) (a) son nulos, han sido anulados o resultan ineficaces por otro motivo con efecto retroactivo, el enriquecido no tiene derecho a retener el enriquecimiento que proceda de aquéllos.
- (3) No obstante, se considerará que el enriquecido tiene derecho al enriquecimiento obtenido en virtud de una norma jurídica únicamente si la ratio de ésta es que el enriquecido conserve el valor del enriquecimiento.
- (4) El enriquecimiento es igualmente injustificado cuando:

<sup>11</sup> DANNEMANN (2013, p. 292): se trata de que se pueda identificar correctamente a demandante y demandado también en los supuestos de más de dos sujetos.

<sup>12</sup> VON BAR (2006, pp. 204 a 219, p. 218): el enriquecimiento no tiene que ser “injusto”, de manera similar a como el “daño” en el Libro VI no tiene que ser “injusto” o “ilícito”, exigencia que resultaría extraña en muchos ordenamientos jurídicos.

- (a) se obtiene a costa de una persona que lo hubiese consentido:
  - (i) con un propósito que no se ha logrado; o
  - (ii) con una expectativa que no se ha cumplido;
- (b) el enriquecido conocía, o cabe razonablemente esperar que conocía el propósito o la expectativa; y
- (c) el enriquecido aceptó, o cabe razonablemente suponer que aceptó que, en dichas circunstancias, debía restituirse el enriquecimiento.

La consecuencia jurídica prevista es siempre una acción personal para la restitución *in natura* o la restitución del valor pecuniario en que se estime el enriquecimiento, algo que resulta obvio en los países de *civil law*, pero que reduce las posibles respuestas conocidas en el ámbito del *common law*, donde el Derecho de Restituciones contempla la posibilidad de acudir a una acción real o a la figura del *trust* para resolver algunos casos de enriquecimiento injustificado<sup>13</sup>. Para determinar el alcance de la pretensión, el *Draft* distingue entre “enriquecimiento transmisible” (que se ha de restituir en especie –salvo esfuerzo o gasto desproporcionado–; cuando esto no sea posible, habrá que restituir su valor pecuniario, salvo que deba restituirse lo obtenido a cambio de lo inicialmente recibido, esto es, el subrogado) y “enriquecimiento intransmisible” (que se ha de restituir mediante el pago de su valor pecuniario –en algún caso determinado por el precio– o, cuando el enriquecido sea de buena fe o no prestó su consentimiento para recibirlo, del ahorro de gastos):

#### VII.-5:101: Enriquecimiento transmisible

- (1) Cuando el enriquecimiento consista en un activo transmisible, el enriquecido lo restituirá transmitiendo el activo a la persona a cuya costa se obtuvo.
- (2) Si la transmisión acarreará un esfuerzo o un gasto irrazonable para el enriquecido, éste podrá decidir, en lugar de transmitir el activo, restituir el enriquecimiento mediante el pago de su valor pecuniario.
- (3) Cuando el enriquecido no pueda transmitir el activo, restituirá el enriquecimiento mediante el pago de su valor pecuniario a la persona a cuya costa se obtuvo.
- (4) No obstante, si el enriquecido ha obtenido un activo sustitutivo a cambio del que obtuvo originariamente, deberá restituirlo si:
  - (a) era de buena fe en el momento de la enajenación o pérdida, y así lo decide; o
  - (b) no era de buena fe en el momento de la enajenación o pérdida, pero la persona a cuya costa obtuvo el enriquecimiento así lo decide, y la decisión no es injusta [para el enriquecido].
- (5) El enriquecido es de buena fe si no sabía ni cabe razonablemente esperar que supiera que el enriquecimiento era injustificado o era probable que resultara injustificado.

#### VII.-5:102: Enriquecimiento intransmisible

- (1) Cuando el enriquecimiento no consista en un activo transmisible, el enriquecido lo restituirá mediante el pago de su valor pecuniario a la persona a cuya costa se obtuvo.
- (2) El enriquecido no estará obligado a pagar un importe superior al ahorro de gastos que haya experimentado si:
  - (a) no consintió el enriquecimiento; o
  - (b) actuó de buena fe.

---

<sup>13</sup> BASOZABAL (2018), pp. 13 y 14, 40 y ss.).

(3) No obstante, cuando el enriquecimiento se obtiene en virtud de un acuerdo en el que se fija un precio o valor para dicho enriquecimiento, el enriquecido deberá pagar al menos esa suma si el acuerdo era nulo o anulable por motivos no determinantes para la fijación del precio.

(4) El apartado (3) no se aplicará para incrementar la obligación restitutoria del enriquecido por encima del valor pecuniario del enriquecimiento.

VII.-5:103: Valor pecuniario del enriquecimiento; ahorro de gastos

(1) El valor pecuniario del enriquecimiento es la suma de dinero que unos contratantes con intención real de alcanzar un acuerdo sobre el mismo habrían considerado como precio. Los gastos soportados por quien hubiese prestado un servicio, que en virtud del acuerdo deberían recaer sobre quien lo recibió, se considerarán parte del precio.

(2) Ahorro de gastos es la disminución de activo o el aumento de pasivo que el enriquecido hubiera sufrido de no haber obtenido el enriquecimiento.

VII.-5:104: Frutos y uso del enriquecimiento

(1) La restitución del enriquecimiento se extiende a los frutos y al valor de uso del enriquecimiento o, si fuera de menor cuantía, al importe ahorrado gracias a los frutos y al uso.

(2) No obstante, si el enriquecido obtiene los frutos o el uso de mala fe, la restitución del enriquecimiento comprenderá la de los frutos y la del valor de uso aun cuando el ahorro de gastos fuera inferior al valor de éstos.

Entre las excepciones (*defences*) del demandado, la propuesta regula exclusivamente las de “disminución del enriquecimiento” (que se excluye cuando se haya recibido un bien a cambio, esto es, en la liquidación de contratos onerosos nulos o anulados) e ilicitud:

VII.-6:101: Disminución del enriquecimiento

(1) El enriquecido no estará obligado a restituir el enriquecimiento en la medida en que haya sufrido una desventaja por disponer del enriquecimiento o por otra circunstancia similar (minoración del enriquecimiento), salvo que también hubiera sufrido la desventaja aunque no hubiera obtenido el enriquecimiento.

(2) No obstante, no se tendrá en cuenta la minoración del enriquecimiento si:

(a) el enriquecido ha obtenido un activo a cambio;

(b) el enriquecido no era de buena fe en el momento de la minoración del enriquecimiento, salvo que:

(i) la persona a cuya costa se obtuvo el enriquecimiento también hubiera sufrido la minoración del enriquecimiento si éste se hubiera restituido; o

(ii) el enriquecido hubiera sido de buena fe en el momento de enriquecerse, la minoración del enriquecimiento se hubiera producido antes de que fuera exigible el cumplimiento de la obligación de restituir el enriquecimiento, y la minoración del enriquecimiento se debiera a un riesgo del que no pueda considerarse responsable al enriquecido; o

(c) se aplica lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 5:102 (Enriquecimiento intransmisible) del Libro VII.

(3) Cuando el enriquecido pueda oponer una excepción del presente artículo frente a la persona a cuya costa obtuvo el enriquecimiento por haberlo enajenado a un tercero, no se verán afectados los derechos que dicha persona tenga contra éste.

VII.-6:103: Ilicitud

Si un contrato u otro acto jurídico mediante el cual se obtiene un enriquecimiento es nulo o anulable por violación de un principio fundamental (en el sentido del Artículo 7:301 –Contratos que vulneran principios fundamentales- del Libro II) o de una norma jurídica imperativa, el enriquecido no estará obligado a restituir el enriquecimiento en la medida en que dicha

restitución contravenga la ratio de dicho principio o norma.

El último capítulo parte de que la pretensión de enriquecimiento es compatible con las otras pretensiones típicas del Derecho privado, dejando así claro que no es subsidiaria. En su caso se producirá un supuesto de concurrencia de acciones y, cuando la pretensión material de dos de ellas sea la misma (por ejemplo, una restitutoria y otra indemnizatoria, o dos restitutorias), el ejercicio de una disminuirá el alcance de la otra en la parte concurrente:

VII.-7:102: Pretensiones concurrentes

- (1) Cuando la persona a cuya costa se haya obtenido el enriquecimiento tenga:
- (a) una pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado en virtud de lo dispuesto en este libro; y
  - (b) (i) una pretensión de indemnización de la desventaja sufrida (ya sea frente a la persona enriquecida o frente un tercero); o bien
    - (ii) una pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado en virtud de otras normas de derecho privado,
 la satisfacción de una de estas pretensiones reducirá la otra en la misma cuantía.
- (2) Lo mismo ocurre cuando una persona usa un activo de otra, a cuya costa se enriquece un tercero y, aplicando las reglas del presente libro:
- (a) la persona que usa el activo debe responder ante la persona a cuya costa fue usado; y
  - (b) el receptor del activo debe responder ante la persona a cuya costa se enriqueció.

La norma de pretensión es única y está formulada como un principio general que se desarrolla y concreta en los preceptos que le siguen<sup>14</sup>. Entre la Regla básica del Art. VII.-1:101 (“El que obtiene un enriquecimiento injustificado a costa de otro está obligado a restituirlo a éste”) y la fórmula que encontramos en el Digesto (“Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro”) la diferencia está en que la mención a la justicia natural se ha sustituido por una referencia a que el enriquecimiento es injustificado. También existe cierto parecido en el modo de operar, pues en el Digesto el principio no resulta eficaz por sí mismo y se manifiesta en casos concretos<sup>15</sup>, y en el DFCR la regla se aplica “de conformidad con las disposiciones del presente Libro”. Sin embargo, los supuestos de aplicación del principio en el Digesto son verdaderamente concretos, en tanto las previsiones del DCFR para la aplicación del principio son notablemente abstractas.

Lo primero que hay que destacar, por tanto, es que el *Draft* ha querido regular el enriquecimiento injustificado de manera unitaria, esto es, en torno a un único principio o

<sup>14</sup> DANNEMANN (2013, p. 289): El autor no conoce un sistema que tenga una noción tan estrictamente unitaria del enriquecimiento injustificado. VON BAR (2006, pág. 216): La regla básica constituye el fundamento único de la acción por enriquecimiento injustificado, pero no es autosuficiente en el sentido de que la interpretación de sus componentes se determina en los preceptos siguientes.

<sup>15</sup> WALLINGA (2017, p. 25): “Se trata de una *regula iuris*, que no se formula como una norma aplicable, sino más bien como una especie de aspiración ideal”. Con todo, “esto no quiere decir que la *regula* de POMPONIO no tuviera ningún efecto práctico en el Derecho romano, al menos para los compiladores de Justiniano”, que le encuentran alguna aplicación práctica en casos específicos. HALLEBEEK (2002, pp. 92-99, p. 94).

fundamento, lo que supone una clara toma de posición en cuanto a las posibilidades que se abrían a los redactores del Borrador<sup>16</sup>. Las dificultades para identificar un “mínimo común” de reglas propias del “Derecho de enriquecimiento injustificado” no impidieron la opción por un modelo unitario y, para preferirlo a un modelo tipológico (no parece que se contemplara ninguna otra opción), bastó con apuntar las dificultades que existen para delimitar las fronteras entre los tipos o grupos de casos, y más concretamente, entre los casos de prestación e intromisión (en Alemania es emblemático el caso del “polizonte”, que podría resolverse como “prestación indebida” o como “intromisión” en la prestación de servicio de otro)<sup>17</sup>. Algunos autores han puesto de relieve que la alegación de las dificultades para delimitar tipos en supuestos limítrofes no es motivo suficiente ni convincente para adoptar una decisión tan importante como la de relegar los distintos “tipos” de *condictio* a meros modos de “atribuir” el enriquecimiento a la desventaja del demandante (VII.- 4:101) o a ciertas reglas especiales que solo tienen sentido en el contexto de tipos concretos (por ejemplo, los Arts. VII.-5:102 (3) y (4), VII 6:102 y 6:103 solo se explican en un contexto sinalagmático, y el Art. VII.-5:102 (2) (a), en el de las mejoras en patrimonio ajeno, etc.<sup>18</sup>). En todo caso, parece claro que la explicación sobre los motivos que han llevado a elegir un modelo unitario es insuficiente<sup>19</sup>.

El *Draft* reconoce la importancia de la tipología de WILBURG/VON CAEMMERER al proporcionar la lista de maneras de “atribuir” el enriquecimiento a la desventaja (Art. VII.-4:101, Cuando el enriquecimiento se obtiene a costa de otro)<sup>20</sup>, pero no le otorga mayor trascendencia en los requisitos del supuesto de hecho ni en la determinación de la

---

<sup>16</sup> El *Study Group on a European Civil Code* tuvo que tomar otras decisiones fundamentales para definir su propio modelo: abandonar la categoría de los cuasicontratos; tomar como fundamento de los principios un concepto amplio de “enriquecimiento injustificado” que comprendiese la restitución de transmisiones sin una base jurídica, pero excluir la liquidación de contratos válidos por incumplimiento o desistimiento; limitar los efectos de la acción al ámbito obligacional y permitir su compatibilidad con la *vindicatio*; elaborar el Derecho de enriquecimiento injustificado sobre la base de una norma básica y desarrollar ésta con normas técnicas, sin dejar ese desarrollo a los operadores jurídicos. Se observa así un claro paralelismo con la propuesta que se había desarrollado en el Libro VI, sobre la responsabilidad extracontractual (VON BAR, 2006, p. 216).

<sup>17</sup> VON BAR (2006, p. 216). SWANN (2006, p. 236).

<sup>18</sup> WENDEHORST (2008, pp. 215 y ss., p. 256). OTT (2013, pp. 281 y 282).

<sup>19</sup> BASOZABAL (2017, pp. 221 y 222): “Parece, por tanto, que, desde puntos de vista bien distintos, la necesidad de poner fronteras internas al fenómeno de las restituciones por enriquecimiento injustificado para hacerlo más inteligible ha sido común en las últimas décadas del siglo XX en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural; y parece justo reconocer que los avances doctrinales han sido decisivos cuando han comenzado a distinguirse grupos de casos que comparten el mismo tipo de conflicto y el criterio de resolución y se ha abandonado la pretensión de que todos reciban un tratamiento unitario. Pues bien, si este estado de cosas es un hecho constatable, resulta sorprendente que los intentos de armonizar el Derecho de enriquecimiento europeo en los comienzos del siglo XXI –puntuales hasta la fecha- hayan partido de presupuestos unitarios y no tipológicos”.

<sup>20</sup> OTT (2013, p. 281). En autor denuncia que esos tipos –con sus características esenciales, valoraciones y problemas típicos- se encuentran perfectamente identificados y estudiados por la doctrina científica y que una propuesta de regulación debería haberles dado mayor protagonismo.

consecuencia jurídica<sup>21</sup>. Al Grupo no le pareció necesario cimentar el modelo sobre la distinción entre el enriquecimiento por transmisión (se evita el término “prestación” porque su carga técnica no es compartida en buen número de Derechos nacionales) del demandante y el enriquecimiento obtenido por intromisión del demandado, y prefirió dotarlo de unidad y dejar la distinción para las reglas sobre la “ausencia de justificación” del enriquecimiento, la atribución de éste al demandado o el alcance de la responsabilidad<sup>22</sup>. Ciertamente, la opción por un modelo unitario permite un texto bastante reducido, aunque para lograrlo –reconocen sus autores– se haya tenido que acudir a algún “concepto” menos elegante, como el de “desventaja”, que requiere ser explicado en los casos de intromisión (en los que puede no haber daño en sentido técnico para el demandante) y resulta artificial en el contexto de las prestaciones<sup>23</sup>. Además, la pretensión única invita a pensar en una función única y en unas reglas comunes para determinar el alcance de la responsabilidad, lo que no parece corresponderse con los estudios especializados en la materia. Pero vayamos por partes: ¿qué es lo propio del modelo del DCFR?

### 2.1. El modelo “injustificado salvo que...”

La otra característica principal del modelo unitario adoptado por el DCFR es su novedad, pues no se corresponde con ninguno de los modelos referidos: no es tipológico (aunque haya una recepción de la tipología alemana entre los modos de “atribución”, no distingue pretensiones de enriquecimiento diferentes según su origen o su consecuencia jurídica), ni fragmentado (se presenta como una regulación unitaria con pretensión de aplicación general), pero tampoco se parece al modelo del BGB en su interpretación unitaria, ni a las cláusulas residuales propias de países con un Derecho de enriquecimiento fragmentado (como las contenidas en el Código civil italiano, el portugués, o en el francés recientemente modernizado). Propiamente, no hay una explicación para esta toma de postura<sup>24</sup>. Según los *drafters*, las reglas del modelo del DCFR proceden de un análisis comparativo del Derecho de los miembros de la Unión, de donde se procura tomar el mejor, o abrir un cierto camino intermedio entre varias soluciones plausibles. Sin embargo, en este caso es difícil encontrar algún “parecido”. Además, como pone de relieve SMITS, lo importante para poder valorar cualquier elección es saber por qué se ha elegido un modelo y no otro<sup>25</sup>, y en este caso no se da esa explicación.

La expresión “injustificado salvo que...” da a entender que el Borrador opta por un modelo

---

<sup>21</sup> OTT (2013, p. 37).

<sup>22</sup> VON BAR (2006, p. 216).

<sup>23</sup> VON BAR (2006, p. 216). Con todo, al autor le parece que ha sido relativamente fácil superar esta dificultad con algunas aclaraciones en los preceptos siguientes.

<sup>24</sup> DANNEMANN (2013, p. 287): el DCFR se eleva sobre los derechos nacionales y formula unas reglas nuevas, probablemente más generales, a partir de los derechos nacionales más usados como puntos de referencia en la obtención de resultados para situaciones típicas dadas.

<sup>25</sup> SMITS (2008, pp. 179 y ss., pp. 183 y 184).

“sine causa” (en torno a la justa causa para retener el enriquecimiento), típicamente continental, y que abandona el modelo de “factores injustos” del *common law* (en torno a los motivos que justifican la restitución), pero las cosas no son tan sencillas<sup>26</sup>. El Art. VII.-2:101 expresa dos factores que justifican el enriquecimiento, dos reglas que interpretan esos factores y un factor injusto o causa que lo deja sin justificación. La explicación que da SWANN –uno de sus responsables- no resulta especialmente aclaratoria: el enriquecimiento es “injustificado salvo que” se produzcan algunos eventos muy comunes (como “un contrato u otro acto jurídico, una resolución judicial o una norma jurídica”, o “el consentimiento libre y sin error de quien sufre la desventaja”), pero puede ocurrir que este planteamiento sea *insuficiente*, pues hay circunstancias que justifican siempre el enriquecimiento, aunque haya ausencia de causa, o *innecesario*, pues hay justificaciones que claudican por aplicación del apartado (4) o por otros motivos de política jurídica<sup>27</sup>.

Aunque parece dominante el enfoque continental y la necesidad de justificar el enriquecimiento con una “causa”, WENDEHORST pone de relieve que el Art. VII.-2:101 (1) (b) –es causa de justificación que “la persona a cuya costa se obtiene el enriquecimiento lo haya consentido libremente y sin error”- necesita el complemento del Art. VII.-2:103 (1) –“si el consentimiento de la persona a cuya costa se obtiene el enriquecimiento está viciado por incapacidad, dolo, coacción, amenazas o explotación injusta, se considera que no ha consentido libremente”-, que detalla los motivos que invalidan el consentimiento de quien sufre la desventaja y, al hacerlo, proporciona una verdadera lista de “factores injustos”. De este modo, un precepto que *a priori* parece responder a un planteamiento “sine causa” (factores que justifican la retención), se encuentra en realidad más cerca de la aproximación propia de los “factores injustos” (factores que justifican la restitución), lo que le lleva a considerar que el *Draft* incorpora una peculiar mezcla de ambos<sup>28</sup>.

SMITS y MAK opinan que la fórmula del Art. VII.-2:101 amalgama factores que justifican la retención del enriquecimiento, al estilo continental, junto a factores que lo hacen injustificado y reclaman su restitución, al estilo de los “unjust factors” del *common law*, con la agravante de que los “factores” se presentan con notoria abstracción, lo que hace que no siempre quede claro cómo las reglas generales solucionan los casos concretos. Este carácter abstracto dificulta la comprensión hasta el punto de hacer difícil una operación tan sencilla como “encontrar” el supuesto de pago de lo indebido. Todo ello les lleva a concluir que el precepto es de lectura difícil para cualquiera que no tenga sólidos conocimientos en el “Derecho de restituciones” de varios ordenamientos jurídicos europeos<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> DANNEMANN (2013, pp. 290 y 291): la propuesta causa “falsos amigos” tanto para los juristas continentales como para los del *common law*.

<sup>27</sup> SWANN (2006, p. 237).

<sup>28</sup> WENDEHORST (2008, p. 224): A quien pretenda aplicar estos preceptos no le resultará fácil saber cómo combinan unas reglas que dicen “es injustificado salvo que...” [Art. VII.-2:101 (1)], “también es injustificado si...” [Art. VII.-2:101 (4)], y “está justificado...” [Art. VII.-2:102].

<sup>29</sup> SMITS y MAK (2011, pp. 254, 259 y 266). Los autores se preguntan si la mejor forma de estructurar esta materia es un modelo que utiliza factores que hacen el enriquecimiento tanto justificado como

OTT denuncia que la expresión utilizada por el artículo (un enriquecimiento es “injustificado salvo que...”) podría entenderse como una inversión de la carga de la prueba, de manera que el demandante quede liberado de la carga de probar la falta de causa y sea el demandado quien deba probar la causa de justificación o el consentimiento del demandante, lo que no parece un buen punto de partida<sup>30</sup>.

Como se ve, las opiniones generales sobre el modelo elegido por el Borrador han sido notablemente críticas: se ha quedado “en tierra de nadie” y ha optado por un nivel de abstracción que supone un riesgo no pequeño de indefinición y excesiva aplicación<sup>31</sup>. No es este el lugar para hacer un análisis completo del contenido del Borrador, pero sí parece conveniente detenerse brevemente en aquellos aspectos que permiten apreciar mejor la debilidad de su orientación general. No se entrará, por tanto, a otras cuestiones más específicas como las relacionadas con el alcance de la responsabilidad o las defensas.

## 2.2. Algunas debilidades del modelo

### a. Art. VII.-2:101 (1) (b)

Uno de los aspectos más criticados del modelo “injustificado salvo que...” es la causa de justificación prevista en el Art. VII.-2:101 (1) (b): “un enriquecimiento es injustificado salvo que la persona a cuya costa se obtiene lo haya consentido libremente y sin error”. Por el grado de abstracción con que está enunciado, los autores se plantean importantes dudas de interpretación. Algunas giran en torno al adecuado tratamiento de los llamados “beneficios incidentales”<sup>32</sup>, pero las principales objeciones hacen referencia a que el contratante que ha

---

injustificado, con una técnica complicada y un carácter altamente abstracto, y les parece que sería preferible un modelo “sine causa” que supere esa amalgama confusa.

<sup>30</sup> OTT (2013, p. 126): No hay motivo alguno para privilegiar de este modo al demandante. La experiencia muestra que la mayoría de enriquecimientos suelen ser justificados. Los Comentarios oficiales afirman que se ha seguido un modelo “sine causa” frente al modelo de “unjust factors”, lo que ha sido puesto en entredicho, pero aclaran poco sobre el asunto de la carga de la prueba. Para OTT la expresión no debería tomarse como una inversión del *onus probandi*. Parece aceptarlo sin mayor comentario ZUMAQUERO (2017, p. 40).

<sup>31</sup> DANNEMANN (2013, p. 301).

<sup>32</sup> Para DANNEMANN (2013, pp. 295 y 296), el DCFR tiene dificultades para negar la pretensión de enriquecimiento injustificado en los casos de beneficios incidentales: si logro probar que mi gasto en calefacción beneficia al vecino de arriba, que ahorra gracias a mí, la propuesta podría tener dificultades para rechazar la pretensión (se da por supuesto -con razón- que debería denegarse). Se podría alegar, como “error”, que, de haber sabido que el vecino se beneficiaba, se hubiese optado por otro tipo de calefacción que le beneficiase menos. Los comentarios al DCFR sentencian que “la ignorancia no es error” pero, ¿puede afirmarse que se consintió “libremente y sin error”? OTT (2013, p. 275) explica que la *ratio* del DCFR para excluir la restitución de enriquecimientos incidentales sería: como la acción realizada por el que sufre la desventaja no beneficia inmediatamente al vecino, no hay ningún beneficio, y por tanto, no tiene que estar justificado. SWANN explica que no pareció necesaria una regla que niegue la restitución de los beneficios incidentales porque el enriquecimiento está justificado si la persona que sufre la desventaja

cumplido sin error en un contrato nulo no podrá reclamar lo que entregó, pues estaría justificado por su consentimiento no viciado; y el que se ve compelido a hacer un pago que sabe “indebido”, por ejemplo para evitar un resultado indeseado –la ejecución de un bien-, tampoco podrá exigir restitución, aunque estuviese clara la falta de causa; y el que mejora el patrimonio de otro sabiendo que no es suyo tampoco encontrará posibilidad de exigir restitución, con independencia de la calificación que merezcan dichas mejoras, etc.<sup>33</sup>. WENDEHORST califica este resultado de “irritante” y lo considera un efecto colateral no deseado de una construcción excesivamente unitaria que pretende que la solución principal –pensada para el pago de lo indebido- sirva para todo el Derecho de enriquecimiento injustificado, que presenta un panorama heterogéneo de diferentes grupos de casos<sup>34</sup>.

b. Art. VII.-2:101 (4)

También ha sido blanco habitual de críticas el apartado (4) del precepto comentado,

- (4) El enriquecimiento es igualmente injustificado cuando:
- (a) se obtiene a costa de una persona que lo hubiese consentido:
    - (i) con un propósito que no se ha logrado; o
    - (ii) con una expectativa que no se ha cumplido;
  - (b) el enriquecido conocía, o cabe razonablemente esperar que conocía el propósito o la expectativa; y
  - (c) el enriquecido aceptó, o cabe razonablemente suponer que aceptó que, en dichas circunstancias, debía restituirse el enriquecimiento.

que podría aplicarse a supuestos de enriquecimiento impuesto (el caso del limpiador de ventanas que se arriesga a no ser pagado)<sup>35</sup>, a enriquecimientos prestados por error (que en ocasiones será difícil distinguir de aquellos, como cuando el limpiador de ventanas realiza su trabajo en la casa de quien no había solicitado el servicio, por error), a los adelantos para provocar que el destinatario se decida a contratar, las entregas *credendi causa*, etc.

---

consiente sin error en su desventaja. El error que, en su caso, podría dar lugar a la restitución, debe ser un error causativo, y el que concurre en los casos de beneficio incidental no lo es: *ex hypothesi*, la persona que sufre la desventaja ha actuado en su propio beneficio y debe entenderse que no se hubiera abstenido de hacerlo por saber que beneficiaba al vecino; no yerra sobre el beneficio incidental, sino que lo ignora (2006, p. 239). Con todo, podría invocarse un error sobre la posibilidad de optar por otra vía que beneficie menos al vecino; es muy probable que tampoco se trate de un error causal, pero parece sensato que un modelo que quiera denegar la restitución de los beneficios incidentales tenga una manera más clara y segura de hacerlo que la de interpretar cuándo existe un consentimiento libre y sin error.

<sup>33</sup> WENDEHORST (2006, pp. 244 a 264, pp. 246 a 248 y 256; 2008, p. 230): sobre la regulación de las impensas en cosa ajena, la autora opina que la propuesta trata severamente al poseedor de mala fe para evitar que el enriquecido quede obligado a compensar por un enriquecimiento impuesto, al menos hasta que el propietario pierda la posibilidad de recuperar el bien por prescripción de la acción reivindicatoria.

<sup>34</sup> WENDEHORST (2008, p. 249).

<sup>35</sup> A DANNEMANN le parece que el ejemplo del limpiador de ventanas podría subsumirse en el supuesto de hecho del apartado (4) y provocar la restitución; sin embargo, está claro que el Comentario la excluye; el autor se pregunta: ¿habría que negar la *condictio* también cuando el dueño de las ventanas ha visto al limpiador y no ha dicho nada? (2013, p. 295).

Los Comentarios ponen de manifiesto que el apartado (4) está pensado para los casos tradicionalmente resueltos con la *condictio causa data causa con secuta* y la *condictio ob rem*, que son *condictiones* encargadas de la liquidación de relaciones contractuales o de entregas *credendi causa* con la intención de contratar que finalmente fracasan. Decidir el papel que corresponde a la *condictio ob rem* en un ordenamiento es siempre una tarea difícil, pues una interpretación extensiva de su ámbito de aplicación podría burlar las reglas de la *condictio indebiti* o de las restituciones por liquidación de contratos. Desde esta perspectiva, en el DCFR se echa en falta una delimitación más nítida del supuesto de hecho pues el actual podría abarcar –en su literalidad– supuestos que también encajan en los apartados (1) y (2) o en situaciones contempladas por la extinción de los contratos<sup>36</sup>. De aquí que se haya defendido que, en realidad, se trata de un cuerpo extraño al Derecho de enriquecimiento injustificado que, bien resulta superfluo, bien amenaza con llegar demasiado lejos y vulnerar principios del Derecho de contratos. Algunos autores concluyen que, sobre estos anticipos, entregas o acuerdos condicionados, hubiera sido mejor decir algo en el contexto del Derecho de contratos<sup>37</sup>.

SMITS y MAK, que coinciden en que es difícil poner una limitación real y práctica al ámbito de aplicación del precepto, destacan que la cuestión principal sería la interpretación del apartado c) (¿cuándo es razonable considerar que el enriquecido aceptó que el enriquecimiento debía restituirse si no se correspondía a la entrega del modo previsto?) y que ni el precepto ni los Comentarios orientan la respuesta. Parece que la confianza creada o el hecho de que el enriquecido se haya beneficiado del enriquecimiento no bastan por sí solos para justificar la pretensión; debería tenerse en cuenta una adecuada combinación de los dos elementos: la confianza y el provecho<sup>38</sup>.

c. Arts. VII.-2:102 y VII.-2:103

El Art. VII.-2:102 (Cumplimiento de una obligación a favor de tercero) contempla el enriquecimiento generado en el cumplimiento de un contrato que termina por beneficiar a un tercero, lo que plantea la cuestión de si el contratante que sufre la insolvencia de su contraparte podría acudir contra ese tercero enriquecido. En concreto, su finalidad es impedir que el contratante pueda saltar por encima de la insolvencia de su contraparte y actuar contra el tercero enriquecido que no tuvo la oportunidad de negociar ese particular

---

<sup>36</sup> WENDEHORST (2006, pp. 247 a 249). La autora encuentra un parentesco significativo entre los requisitos del apartado (4) y los de los Arts. 2:102, 5:101-2 y 5:102 PECL, sobre la intención de contratar y sobre la interpretación del contrato, que también tienen en cuenta lo que la otra parte pudo razonablemente entender, lo que nos sitúa en un contexto netamente bilateral, contractual o en la expectativa de contratar.

<sup>37</sup> WENDEHORST (2006, p. 250; 2008, p. 244). En la misma línea, OTT considera que esta *condictio* por falta de fin logrado es un “un cuerpo extraño” al que resulta difícil poner límites (2013, pp. 120 y ss.). Los asuntos que trata podrían resolverse con mayor facilidad, bien en el Derecho de contratos, bien con un tratamiento adecuado de las mejoras.

<sup>38</sup> SMITS y MAK (2011, pp. 260 a 264).

riesgo de insolvencia<sup>39</sup>.

VII.-2:102: Cumplimiento de una obligación contraída con un tercero

Cuando el enriquecimiento se obtiene a costa de quien cumple una obligación o una supuesta obligación contraída frente a un tercero, el enriquecimiento está justificado siempre que:

- (a) la persona a cuya costa se produce cumpla libremente; o
- (b) el enriquecimiento sea simplemente el resultado incidental del cumplimiento de la obligación.

VII.-2:103: Consentimiento o cumplimiento libres

(1) Si el consentimiento de la persona a cuya costa se produce el enriquecimiento está viciado por incapacidad, dolo, violencia, intimidación o explotación indebida, se considera que no ha consentido libremente.

(2) Si la obligación que ha cumplido la persona a cuya costa se produce el enriquecimiento es ineficaz por incapacidad, dolo, violencia, intimidación o explotación indebida, se considera que no ha cumplido libremente.

Aunque pueda resultar algo sorprendente, sobre todo tras una primera lectura menos detenida, se trata de la regla que consagra la eficacia relativa de los contratos o, si se prefiere, la excepcionalidad de la acción directa (o acción de restitución por enriquecimiento indirecto): la posibilidad de saltar por encima del otro contratante para exigir responsabilidad a un tercero ajeno al contrato pero favorecido por éste<sup>40</sup>.

Parece sensato partir de que el principio general es claro y adecuado: cada contratante se entiende con su contraparte y no deberían afectarle las excepciones o riesgos de insolvencia que éste tenga en otras relaciones<sup>41</sup>. Ahora bien, cuando A, en cumplimiento de un contrato con B, realiza una atribución que beneficia a C (con quien no le liga contrato alguno) y se aprecia (por parte de A) falta de capacidad suficiente o algunos vicios del consentimiento (dolo, coacción, amenazas o explotación injusta), el *Draft* permite que A recupere de C en caso de que no lo haga de B. No se nos dice por qué son esos *y solo esos* los motivos que permiten acudir a la acción directa, ni por qué hay “vicios”, como el error, que no justifican la restitución, y ello aunque C hubiese adquirido a título gratuito<sup>42</sup>.

Para ilustrar la manera de operar del precepto, se nos propone el ejemplo de alguien que roba un coche y lo lleva a un taller para que lo reparen. El ladrón se da a la fuga y se plantea la posible acción de enriquecimiento del dueño del taller respecto del dueño del coche. La respuesta es que se debería conceder la acción porque el contrato con el ladrón es anulable por dolo, luego el que reparó el coche no lo hizo “libremente”: el enriquecimiento

<sup>39</sup> DANNEMANN (2013, p. 297).

<sup>40</sup> BASOZABAL (2017, pp. 223 y 224). VENDRELL (2009, pp. 445 y ss.).

<sup>41</sup> KÖNIG (1981, pp. 1579 y ss.). La protección del tráfico jurídico y el imperativo concursal de igual trato de los acreedores son las dos razones principales que han conducido al moderno desarrollo de que el *solvens* solo puede dirigir su pretensión de restitución frente a la contraparte contractual y ello también cuando el contrato no llega a celebrarse, o está viciado o fracasa.

<sup>42</sup> WENDEHORST (2008, p. 245).

es injustificado y se debe restituir. Tuve la oportunidad de comentar este ejemplo en otro lugar y concluir que “decir que el dolo de un contratante es la razón por la que el no-contratante finalmente enriquecido resulta obligado a restituir resulta desconcertante. El «vicio» del consentimiento al realizar una prestación contractual no hace el enriquecimiento injustificado frente a cualquiera, sino frente al otro contratante; una razón para que el propietario compense al que lo ha reparado podría ser el mayor valor que recibe ahora a su costa, pero también habrá que tener en cuenta que el enriquecido no ha solicitado la mejora que recibe, que quizá ésta no le sea de utilidad (subjetiva), y que el contratante perjudicado asumió ciertos riesgos al contratar con quien le engañó”<sup>43</sup>.

En cuanto al *status* del adquirente a título gratuito, resulta chocante que, al contrario de lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que el tercero que adquiere gratuitamente del *accipiens* no está protegido frente a la acción de repetición del *solvens*, el *Draft* lo proteja cuando el motivo por el que el *solvens* ha enriquecido al *accipiens* sea el error. Se pone así de relieve que la libertad en el cumplimiento (Art. VII.-2:102 (a)) no es una buena causa de justificación; debería ser un criterio a tener en cuenta, pero no el único ni el más importante<sup>44</sup>.

d. Art. VII.-4:103

Un último y significativo ejemplo del exceso de abstracción que hace difícil hacerse cargo de los conflictos de interés involucrados es el Art. VII.-4:103<sup>45</sup>:

VII.-4:103: Cumplimiento del deudor a favor de una persona distinta del acreedor; transmisión posterior de buena fe

(1) El enriquecimiento se obtiene también a costa de [la desventaja de] otro cuando un deudor transmite el enriquecimiento al enriquecido y, en consecuencia, la persona a cuya costa se produce el enriquecimiento pierde un derecho que podía ejercitar contra el deudor, por el mismo enriquecimiento o similar.

(2) El apartado (1) se aplica, en particular, cuando quien debe restituir un enriquecimiento injustificado a aquél a cuya costa se obtuvo, transmite dicho enriquecimiento a un tercero en circunstancias en las que puede oponer una excepción en virtud del Artículo 6:101 del presente libro (Disminución del enriquecimiento).

WENDEHORST analiza el precepto y destaca que pretende resolver tres tipos de conflicto triangular: una orden de pago, una cesión de crédito y la adquisición de un tercero a título gratuito:

- 1) E compra un libro a D y pide a éste que se lo entregue a B, aunque lo que quería era entregárselo a X. D se lo entrega a B.

<sup>43</sup> BASOZABAL (2017, p. 225).

<sup>44</sup> WENDEHORST (2006, p. 252).

<sup>45</sup> WENDEHORST (2008, pp. 249 y 250): Como el número de grupos de casos que hay que tratar resulta inabarcable y esto pertenece a la realidad de los conflictos que se trata de dirimir, el concepto unitario promovido por el DCFR se consigue buscando para los diferentes grupos de casos unas estructuras comunes y elevando éstas a “supuesto de hecho”. Esta técnica se aprecia bien en el Art. VII.-4:103.

- 2) E tiene derecho a que D le entregue un libro, y le hace saber que ha cedido el crédito a B, aunque la cesión es ineficaz. D se lo entrega a B.
- 3) E vende un libro a D. La venta es impugnada por error pero, antes de que E impugne, D regala el libro a B. D no ahorra nada, pues de no haber recibido el libro no hubiese hecho el regalo.

El “factor común” de los tres supuestos sería que D (deudor de una prestación de dar, de un crédito cedido o de una pretensión de enriquecimiento) enriquece a B (tercero, acreedor aparente, donatario) y, como consecuencia, el demandante E pierde su derecho contra D (por cumplimiento que libera, por protección del deudor cedido, por la defensa de “disminución del enriquecimiento”). Si se analiza el conflicto interno de cada uno de los casos se llega pronto a la conclusión de que es bien diferente: en el primero hay una prestación de E a B por error, y el que se haga a través de D no tiene relevancia alguna, por lo que no hubiera hecho falta ninguna regla. El segundo caso es de cesión de crédito, pero la regla no resuelve la cuestión principal: qué ocurre entre el verdadero acreedor y el acreedor aparente. El tercero trata de la enajenación a título gratuito del objeto que ha de restituirse al *solvens*. De este modo se desvela que el conflicto es en cada caso distinto, lo que resulta difícil de captar con la simple lectura de la norma. La elección de un nivel de abstracción elevado hace que sea especialmente difícil hacerse cargo de los intereses que entran en conflicto, el ámbito de aplicación y el modo de operar<sup>46</sup>.

### 2.3. Valoración general del Libro VII del DCFR

Cuando se han de aplicar normas que, en su abstracción, dejan sin revelar el conflicto que encierran, cobran especial relieve las palabras de WENDEHORST sobre el modo de operar de estos principios: la autora opina que se trata de “reglas extremadamente técnicas con un nivel muy alto de abstracción, muchas referencias cruzadas y un extraño hábito de no abordar directamente los puntos principales sino de un modo muy retorcido<sup>47</sup>. (...) Los principios no proporcionan al juez o al jurista un conjunto de reglas jurídicas que puedan ser fácilmente identificadas, comparadas con soluciones del propio ordenamiento nacional y evaluadas según esta referencia, sino con algo más parecido a un programa de ordenador: «no intentes comprendernos, confía en nosotros, aplícanos y el resultado será correcto». Pero esto no es así, pues como hemos visto, unos cuantos resultados son bien cuestionables. En todo caso, no son mucho más claros, coherentes y adecuados para lograr el consenso que muchos de los Derechos nacionales”<sup>48</sup>.

Para DANNEMANN, las debilidades del DCFR provienen de las relaciones no resueltas entre dos factores que justifican la retención del enriquecimiento y un factor injusto que justifica su restitución en el Art. VII.-2:101, por una parte, y cinco supuestos de atribución en el Art.

<sup>46</sup> WENDEHORST (2008, pp. 249 y 250).

<sup>47</sup> Lo que se aprecia de manera especialmente clara en la dificultad para encontrar la relatividad de los efectos directos del contrato, la *condictio indebiti*, la disposición de cosa ajena, etc.

<sup>48</sup> WENDEHORST (2006, p. 259).

VII.- 4:101, por otra. El Art. VII.-2:102 excluye la acción directa, al menos en las situaciones triangulares más comunes, pero no evita ese salto cuando la restitución se apoya en el fracaso del propósito buscado [Art. VII.-2:101 (4)] o en el error del *solvens*. Además, las reglas de atribución tampoco evitan que se pueda acudir contra varios demandados por el mismo enriquecimiento<sup>49</sup>.

OTT destaca algunas notas positivas, como prescindir de ciertos conceptos que hubiesen lastrado el modelo: “prestación”, “inmediatez” o “contenido de atribución”. Entre las críticas, la principal ataca la decisión de reconocer un único fundamento normativo para cualquier pretensión de enriquecimiento injustificado<sup>50</sup>.

SMITS y MAK llaman la atención sobre el hecho de que el DCFR no haya dedicado un lugar específico –por su importancia– al pago de lo indebido (*condictio indebiti*), una categoría que todo jurista europeo reconoce inmediatamente. CLIVE explica que lo particular (el pago indebido) ha quedado comprendido por la regla general (enriquecimiento injustificado) y que no hay por qué duplicar reglas<sup>51</sup>, pero aquellos autores no aceptan que esa sea una buena guía práctica y, en definitiva, una decisión que sirva bien a la armonización. Por otra parte, el intento de dar una lista de “factores que justifican” se queda incompleto cuando se añade un caso abierto, el apartado 4), cuya expresión no ofrece una limitación real a su aplicación práctica. Todo ello les lleva a concluir que hay muchas razones para ser críticos con la propuesta<sup>52</sup>.

Entre los autores españoles que han tratado de la materia, ZUMAQUERO concluye –después de describir el funcionamiento del Libro VII del DCFR– que “no puede afirmarse a día de hoy que el modelo unitario responda mejor a la propia idiosincrasia de la figura. La falta de eficiencia de este modelo, debido al alto nivel de abstracción que lo caracteriza, así como la

---

<sup>49</sup> DANNEMANN (2013, p. 301).

<sup>50</sup> OTT (2013, pp. 280 a 282). Si se tiene en cuenta que el catálogo de maneras de “atribución” del Art. VII.-4:101 coincide básicamente con la tipología de WILBURG/VON CAEMMERER (prestación –unilateral o bilateral–, intromisión, mejora y regreso), y que las características esenciales de cada *condictio*, su valoración y problemas típicos se encuentran perfectamente identificadas en la doctrina y la jurisprudencia, el autor entiende que hubiese sido preferible una regulación diferenciada que tuviese en cuenta los tipos desde el principio. De hecho, hay preceptos o partes de ellos que solo se explican desde la perspectiva de uno solo de los tipos. Su conclusión es que una construcción unitaria no parece adecuada en el actual estado del desarrollo jurídico y que el argumento de la dificultad en la delimitación de los grupos de casos resulta a todas luces insuficiente.

<sup>51</sup> CLIVE (1998, pp. 384 y ss.). El autor entiende que, desde la perspectiva de un código nuevo, el argumento de que el pago indebido cubre la mayor parte de los casos que se dan en la práctica y que por tanto es mejor respetar que subsista con sus reglas, es poco atractivo frente a la pretensión de construir una única categoría que contenga los elementos que se aplican a todos los casos –muchos más que el pago indebido–, quizá con alguna excepción.

<sup>52</sup> SMITS y MAK (2011, p. 260). Los autores terminan explicando cómo entienden ellos el papel que corresponde a una buena armonización y concluyen que la función ancilar de “tapar huecos”, propia del enriquecimiento injustificado, se lleva a cabo mejor en el ámbito de los Derechos nacionales. Otras exposiciones descriptivas en: RICART (2009, pp. 321 y ss.), SABATER (2011, pp. 477 y ss.).

imposibilidad de ofrecer soluciones homogéneas para todos los casos, ponen en cuestión la viabilidad del mismo. (...) Su carácter reglamentario, el extenso contenido de sus artículos, el sistema de regla general, de excepciones, de excepciones a la excepción, así como el intento de conciliar el modelo del *Civil law* y el *Common law* hacen que la estructura y lógica utilizada dificulten sobremanera la lectura y comprensión del articulado, impidiendo vislumbrar en ocasiones los casos concretos a los que se está refiriendo. Es necesario acudir a los comentarios al articulado, contenidos en la *Full Edition*, con sus innumerables ejemplos, para hacerse una idea del supuesto al que hacen referencia algunos de ellos. Este es un claro ejemplo de los problemas que plantea un modelo de regulación demasiado abstracto, que intente englobar todos los casos de enriquecimiento injustificado. Además de la imposibilidad, desde la generalidad, de ofrecer una única solución a los distintos efectos restitutorios que se derivan de los diversos tipos de enriquecimiento en atención a su objeto”<sup>53</sup>.

### **3. Un modelo tipológico: el proyecto de ley de D. König (1981)**

Suele aceptarse como lugar común que la evolución del Derecho de enriquecimiento injustificado alemán experimentó un punto de inflexión esencial con la construcción de “tipos” de pretensión restitutoria (*condictio*) a cargo de la Teoría de la diferenciación de WILBURG y VON CAERMERER<sup>54</sup>. Desde entonces la interpretación mayoritaria del BGB, que había pretendido tener una perspectiva unitaria del enriquecimiento injustificado, pasa a adoptar un enfoque tipológico y la pretensión general de enriquecimiento injustificado a dividirse en cuatro *condictiones*, según el evento que cause el enriquecimiento: prestación, intromisión, mejora y regreso<sup>55</sup>. Esta orientación no ha llegado a recibir el respaldo del legislador, pero sí hubo un intento serio de lograrlo. Se trata del proyecto de ley encargado por el Ministerio de Justicia Alemán al profesor Detlef KÖNIG en 1981, en el contexto de una revisión general del Derecho de obligaciones que finalmente fue abandonada. El proyecto KÖNIG es la muestra más acabada de propuesta tipológica. En opinión de ZIMMERMANN, “constituye la exposición más valiosa de la evolución de las normas alemanas sobre enriquecimiento de los últimos doscientos años”<sup>56</sup>. En efecto, el valor fundamental del trabajo de KÖNIG consiste probablemente en proponer una buena síntesis de los avances que se habían alcanzado en ochenta años de aplicación de las normas sobre enriquecimiento injustificado con mayor grado de refinamiento y complejidad en el panorama europeo: los §§ 812 a 822 BGB.

KÖNIG distingue tres fundamentos distintos para la pretensión de enriquecimiento, según el evento que lo genera sea una “prestación”, una “intromisión” o una “impensa” (§§ 1, 2 y

---

<sup>53</sup> ZUMAQUERO (2017, pp. 47 y 48).

<sup>54</sup> DíEZ-PICAZO (1988, pp. 97 y 98). KREBS (2001, p. 92).

<sup>55</sup> Sobre la cuestión, detenidamente, BASOZABAL (1998, pp. 35 y ss.).

<sup>56</sup> ZIMMERMANN (2000, p. 264). Esta obra proporciona una traducción del proyecto de KÖNIG en las pp. 266 y ss., parcialmente coincidente con la que realiza el autor de estas líneas y se proporciona en el texto.

3); añade una previsión específica para los principales problemas con tres sujetos (§ 4: orden de pago, contrato en favor de tercero y cesión de crédito) y concluye con una cláusula residual que facilita la aplicación jurisprudencial del principio fuera del estricto marco de cada *condictio* y su posible aplicación analógica (§ 5).

Aunque el conjunto se presente formalmente como una regulación única o agrupada, cada una de las *condictiones* sirve a la tarea de corrección de las atribuciones patrimoniales no justificadas de sectores distintos del Derecho privado: la *condictio* de prestación se aplica tanto a la liquidación de contratos nulos y anulables como a la devolución de pagos indebidos, y complementa el Derecho de obligaciones y contratos; la *condictio* por intromisión se encarga del uso y disposición indebidos de bienes ajenos, y complementa el Derecho de daños en la tarea de protección de los bienes y derechos; por último, la *condictio* por impensas se ocupa de los supuestos de pago de deuda ajena y de las mejoras realizadas en patrimonio ajeno (en principio, sin relación jurídica con el titular de éste), y complementa la regulación de las injerencias en patrimonio ajeno, esto es, la gestión (propia) de negocio ajeno sin mandato: ésta -la gestión- se encargaría de la injerencia en beneficio ajeno y aquélla -la *condictio*- de la injerencia en beneficio propio (o común). En la propuesta de KÖNIG los requisitos y el alcance de la pretensión se determinan para cada una de las *condictiones*, y aunque esto influye inevitablemente en la extensión de la regulación, hace posible una distinción más clara de los supuestos de hecho, sus conflictos típicos y soluciones<sup>57</sup>. También hace posible una mejor adaptación de cada *condictio* al sector del ordenamiento que complementa; así, los plazos de prescripción de cada una de las *condictiones* se armonizan con los de las otras pretensiones que concurren típicamente en el sector del Derecho al que complementan.

### 3.1. La *condictio* de prestación

#### § 1 *Condictio* de prestación

##### § 1.1

(1) El que entrega algo a otro para cumplir una obligación existente o futura, puede exigir la restitución de lo entregado,

- a) si la obligación no existe, no llega a existir o deja de existir más tarde; o
- b) si a la obligación se opone una excepción que elimina su eficacia.

(2) La restitución se excluye,

- a) si la entrega obedece a una obligación moral; o
- b) si la acción ha prescrito; o
- c) si el que recibió pudo razonablemente suponer que el que entregó quería que ésta perdurase aunque se diesen los requisitos del apartado (1); o
- d) si la restitución de lo entregado en cumplimiento de un contrato nulo contradice el fin de protección de la norma que sanciona la nulidad.

##### § 1.2

(1) El que entrega algo a otro, no para cumplir una obligación, sino con la intención -reconocible para éste- de que realice una determinada conducta, puede exigir la restitución si ésta no se lleva a cabo.

---

<sup>57</sup> KÖNIG (1981, pp. 1540 y ss.).

- (2) La restitución se excluye,
- a) si el fin buscado era imposible desde el principio y el que entregó lo sabía; o
  - b) si el que entregó ha impedido que se logre ese fin en contra del principio de buena fe.

#### § 1.3

El que entrega algo a otro, no para cumplir una obligación, sino por violencia o intimidación, puede exigir la restitución, salvo que el que recibió pruebe que tenía derecho a lo recibido.

#### § 1.4

(1) La restitución comprende lo que se haya obtenido, los provechos que haya generado y aquello que se haya recibido a cambio con motivo de la destrucción, deterioro o privación del objeto obtenido.

(2) Si la restitución de lo obtenido no es posible por su naturaleza, o el que recibió no puede devolverlo por otros motivos, se deberá restituir su valor de mercado. Para determinar el valor se estará al momento en el que nace la obligación de restituir éste.

(3) La obligación de restituir se limita o extingue en la medida en que el enriquecimiento haya disminuido o desaparecido por haberse consumido, entregado, desaparecido, deteriorado, etc., tanto lo entregado como su valor.

Si el que recibió ha hecho gastos o ha experimentado un daño patrimonial por haber confiado en que lo entregado le pertenecía, solo estará obligado a restituir si se le indemnizan esos gastos; esta regla no se aplica cuando el que entregó no causó esa confianza, o no le es imputable que el que recibió albergara esa confianza.

Los gastos y el riesgo de la restitución corren de cuenta del que entregó.

#### § 1.5

(1) En la restitución por liquidación de contratos nulos o anulados, el contratante que recibió algo solo podrá alegar el § 1.4 (3) cuando el fin de protección de la norma que sanciona la nulidad imponga esa disminución o extinción de la deuda.

La desaparición o el deterioro del objeto entregado, de los que hubiera debido responder el que lo entregó de haber sido válido el contrato, libera siempre al que lo recibió de la obligación de restituir.

(2) Las obligaciones de restitución de las partes han de cumplirse simultáneamente; se aplican los §§ 320 y 322 BGB por analogía.

#### § 1.6

(1) Si el que recibió sabía, al recibir, que no había causa jurídica para la recepción, o lo ignoraba por culpa grave, lo supo posteriormente o al ser demandado, responderá –desde la recepción, desde que tuvo conocimiento o desde la litispendencia- conforme a los §§ 1.4 (1) y (2), 1.5 y las siguientes disposiciones.

(2) Si el que recibió procede de mala fe y no obtiene los frutos que hubiera obtenido con la diligencia media exigible, estará obligado a restituir su valor. De las deudas de dinero deberá el interés. También deberá restituir la ganancia obtenida con el objeto recibido.

(3) El que recibió deberá indemnizar por la pérdida o deterioro del objeto recibido si era de mala fe al recibir, pero no en otro caso. Los gastos necesarios que el que recibió haya hecho en el objeto recibido se compensarán conforme a las reglas de la gestión de negocio ajeno sin mandato. Es aplicable el § 995 BGB por analogía. Los gastos que no sean necesarios no se compensarán.

(4) La responsabilidad agravada previstas para el caso de mora permanece inalterada.

#### § 1.7

La acción de restitución prescribe a los dos años desde que el legitimado tuvo conocimiento de la existencia de la pretensión; con independencia de ese conocimiento, la acción prescribe a los diez años.

La propuesta se estructura distinguiendo en el supuesto de hecho las entregas “solvendi causa” (§ 1.1 (1), incluido el pago “indebido” de deuda futura), “credendi causa” o por falta de obtención del fin perseguido (§ 1.2 (1)) y “ex iniusta causa” (§ 1.3); tanto las entregas para “cumplir” una obligación como para “provocar” un comportamiento del beneficiario cuentan con una previsión sobre las “excepciones” que excluyen la restitución (§ 1.1 (2) y § 1.2 (2)). A continuación se determina la consecuencia jurídica –el alcance de la restitución– según el siguiente esquema: reglas generales (§ 1.4), liquidación de contratos que generan obligaciones recíprocas (§ 1.5), y finalmente, la cuestión de los frutos, el uso obtenido y el deterioro sufrido (§ 1.6). El § 1.7 concluye la regulación con el plazo de prescripción de la acción.

La *condictio* de prestación está llamada a resolver los conflictos más comunes e importantes de enriquecimiento injustificado, por lo que recibe un tratamiento minucioso: el § 1.1, que delimita la parte más importante y extensa de su ámbito de aplicación, aglutina la restitución de los pagos indebidos (por error u otras causas) y de lo entregado en virtud de contratos nulos, anulados o que no llegan a tener lugar. Está inspirada según el modelo típicamente continental de atribuciones “sin causa”: lo decisivo es que no haya justificación (obligación legal o convencional, antes o después de la entrega) para retener el enriquecimiento obtenido; la ausencia de justificación provoca la obligación de restituir. La regla funciona con independencia de los motivos materiales que hayan provocado la ausencia de justificación, de ahí que no se encuentren referencias al error o a otros posibles motivos (“factores injustos” en el *common law*); lo decisivo es determinar si hay o no causa para retener. De este modo, el Derecho de enriquecimiento “se descarga” de la necesidad de valorar los motivos materiales que subyacen a la ausencia de causa y se centra en la obligación de restituir.

Si se trata de una entrega/prestación en el contexto bilateral propio de los contratos, corresponde al Derecho de Contratos valorar si la causa material que lo invalida (por ejemplo, el error como vicio del consentimiento) es relevante<sup>58</sup>. Si se trata de una entrega/atribución en el contexto unilateral propio de los pagos indebidos, el Derecho de enriquecimiento ha protagonizado su propia evolución a partir del requisito de error en la *condictio indebiti*. En la propuesta del DCFR (como ya hiciera el BGB) el error sobre la existencia de una obligación no es un requisito de la pretensión de restitución (el *solvens* no ha de probar que pagó por error; en nuestro Código, los arts. 1900 y 1901 facilitan esa prueba con presunciones), pero tampoco se acoge la lógica de la “excepción de conocimiento” (por la que el *accipiens* puede defenderse probando que el *solvens* supo al pagar que no debía: § 814 BGB)<sup>59</sup>, pues si entre las atribuciones sin causa del § 1.1 se

<sup>58</sup> KÖNIG (1981, p. 1526).

<sup>59</sup> El BGB optó por no exigir el error como requisito de la pretensión restitutoria, pero dio al *accipiens* la posibilidad de defenderse alegando que el demandante sabía, al prestar, que no debía. KÖNIG explica que la regla tenía su lógica pensando en la hipótesis para la que estaba pensada, la *condictio indebiti* (precisamente para sustituir la exigencia de error), pero carecía de sentido como regla general aplicable a los demás casos de enriquecimiento injustificado.

encuentra también el pago de una obligación futura, parece clara la necesidad de prescindir tanto de uno como de otra<sup>60</sup>. La restitución solo fracasará cuando el *solvens* haya despertado en el *accipiens* la confianza en que no tendrá que restituir a pesar de la ausencia de causa.

Este es el planteamiento general, pero hay dos causas materiales de restitución que, por las dificultades que habían generado en la jurisprudencia alemana, reciben una atención particular: se trata de los supuestos resueltos con la *condictio ob rem*<sup>61</sup> (entregas *credendi causa* o realizadas con la intención de provocar una contraprestación u otro comportamiento del destinatario, donaciones modales de destino, prestaciones realizadas con la expectativa de llegar a contratar, etc.<sup>62</sup>) y la *condictio ex iniusta causa* (casos de violencia o intimidación)<sup>63</sup>. La especialidad de este último caso (§ 1.3) es la inversión de la

---

<sup>60</sup> La excepción de “confianza creada por el *solvens*” es la transformación razonable del requisito de “error” propio de la *condictio indebiti*, que el § 814 BGB había hecho evolucionar hacia la “excepción de conocimiento”, aplicable al *enriquecimiento injustificado*. La génesis histórica de este párrafo se encuentra directamente relacionada con aquel requisito: el fracaso en la prueba del error había hecho fracasar a menudo la *condictio indebiti* de manera poco razonable y, ante esta realidad, los responsables del BGB optaron por aligerar la prueba del error convirtiéndolo en un requisito negativo de la pretensión: el error ya no es requisito, pero el demandado puede oponer que el demandante sabía, al prestar, que no debía. Ahora bien, el § 814 BGB no tenía restringido su ámbito de aplicación a la *condictio indebiti* (como ocurría con el requisito de error) y resultaba aplicable a todos los supuestos de “enriquecimiento injustificado”, lo que provocaba algunas incoherencias: así, la excepción carece de lógica en la liquidación de contratos nulos (donde tampoco sirve el requisito de error de la *condictio indebiti*) o en la restitución de anticipos. Por ello, en la propuesta de KÖNIG la excepción se orienta desde la perspectiva de lo que ha podido entender – objetivamente– el que recibe el enriquecimiento: éste no tendrá que restituir si ha sido el *solvens* quien ha provocado la confianza de que no tendrá que hacerlo. A modo de ejemplo, la jurisprudencia ha entendido que cuando la aseguradora paga al asegurado a pesar de la incertidumbre existente sobre la existencia del siniestro, al hacerlo renuncia de manera concluyente a hacer valer la restitución. El precepto se orienta desde la perspectiva de cómo ha podido entender el receptor objetivamente la intención del prestador (KÖNIG, 1981, p. 1542).

<sup>61</sup> KÖNIG (1981, p. 1543). Se trata sobre todo de casos en los que alguien realiza una atribución a otro y está de acuerdo con éste en que el receptor queda emplazado a llevar a cabo una contraprestación (acción u omisión). El § 1.2 se encarga de precisar el ámbito de aplicación de la *condictio ob rem*, asunto conflictivo en el panorama jurídico alemán, y opta por excluir los supuestos que la jurisprudencia y la doctrina habían preferido resolver con la teoría de la desaparición de la base del negocio. El precepto reconoce asimismo ciertos límites a la *condictio ob rem* para que no burle los aspectos positivos del § 814 BGB, que ya no se incluye en el proyecto.

<sup>62</sup> Son casos de la jurisprudencia alemana resueltos con la *condictio ob rem*: Un marido entrega bienes a su mujer para que regrese a casa; ella los recibe pero no regresa. Alguien recibe bienes a cambio de no acudir al juicio penal y posteriormente presenta la querrela. Un fiador acepta serlo a cambio de que el acreedor conceda más crédito al deudor, cosa que finalmente no ocurre. Alguien realiza prestaciones de servicio – sin que medie contrato con el destinatario– confiando en una gratificación que no llega. Casos cercanos, pero resueltos con otra herramienta: Un marido cede una empresa a su mujer para evitar exponerla a sus acreedores; tras la separación del matrimonio, solicita la restitución de la empresa y se concede la restitución del valor, mas por *desaparición de la base del negocio*. Alguien realiza mejoras en patrimonio ajeno consciente de que lo es, con la expectativa de recibir contraprestación; en este caso se está de acuerdo en que se trata de un supuesto a resolver con la *condictio* por impensas, no con la *condictio ob rem*.

<sup>63</sup> Alguien amenaza con denunciar un acto reproable para conseguir un precio de favor en una compraventa; el arrendatario paga lo que correspondía pagar al arrendador porque éste amenaza con

carga de la prueba de la “falta de causa”, pues será el que haya utilizado la amenaza o la violencia quien tenga que probar que tenía derecho a lo que obtuvo de ese modo.

La acción de restitución no requiere el error del *solvens* ni fracasa sin más por el hecho de que éste conozca, al entregar, que no debe; sin embargo, fracasará aunque falte la causa –§ 1.1 (1)- si el demandado puede oponer excepciones que hacen ineficaz la pretensión de manera definitiva. Se enumeran cuatro –§ 1.1. (2)-: a) la entrega obedece a una obligación moral; b) la acción para exigir la restitución ha prescrito; c) el *solvens* ha generado en el *accipiens* la razonable confianza de que podrá retener ese enriquecimiento, aunque no se deba (se ofrece una prueba, una muestra o un anticipo de la cosa o el servicio y, por el modo de hacerlo, se deduce razonablemente que no se exigirá nada al destinatario que se sirva de la prueba, de la muestra o del anticipo); d) finalmente, el fin de protección de la norma que sanciona la nulidad exige que no se restituya lo entregado, como ocurre con algunas entregas con causa ilícita, o con lo recibido y perdido por el menor (por citar los ejemplos más importantes que está llamada a resolver esta excepción)<sup>64</sup>. La propuesta trata así, desde una perspectiva común y como excepciones, algunas figuras jurídicas para las que, por ejemplo, nuestro ordenamiento jurídico prevé un lugar y un tratamiento bien diversos: las “obligaciones morales” (entendidas como “justa causa” para retener; art. 1901 CC), la prescripción (arts. 1961 y ss. CC), una aplicación particular de la doctrina de los actos propios (art. 7.1 CC), que es lo que ha quedado de la “excepción de conocimiento”, y las reglas especiales para la restitución por menor edad o causa ilícita (arts. 1304, 1305 y 1306).

En cuanto al alcance de la responsabilidad (§ 1.4 (1)), se debe restituir lo recibido, los provechos obtenidos (los intereses se equiparan a los otros provechos y se dejan de lado las normas sobre restitución de frutos en las relaciones propietario/poseedor, que consideran

---

hacer uso de la fianza; un gerente despedido pide una compensación por no hacer pública la mala situación financiera de la empresa, etc.

<sup>64</sup> KÖNIG (1981, p. 1532). La restitución de lo entregado sin causa podría contradecir el fin de protección de la norma que sanciona la nulidad del contrato (orientada, por ejemplo, a proteger a una de las partes –el menor- o al orden público económico –tarifas legalmente intervenidas-), y para evitar que en tal caso pueda prosperar la pretensión de restitución hace falta una norma que así lo disponga: esta es la función de la letra d) del § 1.1. Corresponde a los Tribunales, con un margen amplio de valoración, sopesar si ambas partes colaboraron en la causa ilícita del mismo modo o si, por el contrario, una es merecedora de protección frente a la otra. Una nota peculiar del tratamiento de las entregas ilícitas (por contrarias a la moral o a una ley imperativa) es que se contemplan desde la perspectiva de la excepción que se opone a la pretensión de restitución, y no desde la de quien pretende la restitución (*condictio ob turpem causam*). Así, el usurero que ejercita la pretensión de restitución antes de que transcurra el tiempo para el que estuviera programado el préstamo debería encontrarse con la excepción de ilicitud; si no fuese así, la prohibición de usura se volvería en contra del prestatario. El usurero puede pedir la restitución del capital cuando transcurra el plazo por el que se prestó; si puede o no pedir además cierto interés, y cuál, dependerá de la sanción que prevea la norma que prohíbe la usura.

al deudor de buena fe desde otra perspectiva<sup>65</sup>) y el “subrogado” por destrucción, deterioro o privación de lo recibido; si el deudor obtuvo un “subrogado” en virtud de negociación (*commodum ex negotiatione*) la pretensión no es extensible a éste por encima del valor de mercado<sup>66</sup>. Si no es posible restituir *in natura* lo que se entregó, por su naturaleza o por otro motivo, se deberá restituir el valor de mercado –remuneración ordinaria- que lo obtenido tenía en el momento en que nace la obligación de restituir (§ 1.4 (2)).

En virtud del § 1.4 (3), el alcance de la pretensión quedará limitado al enriquecimiento que sobreviva en el patrimonio del demandado al ser demandado, lo que se explica bien en el pago de lo indebido (doble pago, pago por encima de lo debido, pago a un falso legitimado, etc.) y en las atribuciones gratuitas sin causa (cumplimiento por error de una supuesta promesa de donación, de un préstamo sin interés o de un legado). Se trata de proteger al *accipiens* enriquecido por error del *solvens*, pues es éste quien ha causado el conflicto y, siempre que aquél sea de buena fe, no debería salir perjudicado aunque “haya perdido” el enriquecimiento por su culpa. Cuando el enriquecimiento ya no está en el patrimonio del *accipiens* –el dinero recibido se pierde en una mala inversión especulativa; se enajena la cosa recibida por un precio muy inferior al valor de mercado; la cosa recibida se destruye con culpa o sin culpa del *accipiens*; el *accipiens* regala lo recibido (se enriquece en la medida en que ha ahorrado un gasto) o solicita servicios que no hubiera necesitado de no haberlo recibido, etc.- éste no debería quedar obligado a compensar su valor. Además, el *solvens* deberá indemnizar los perjuicios que lo entregado haya causado al *accipiens*, con independencia de que sean gastos necesarios, útiles, etc., y correr con los gastos y el riesgo de la restitución<sup>67</sup>.

Por el contrario, la limitación del enriquecimiento al que sobreviva en el momento de la demanda casa mal con la restitución de lo entregado en contratos nulos o anulados, esto es, en la liquidación de contratos con obligaciones recíprocas, motivo por el que se ha previsto una regla específica para éstos (§ 1.5): resulta excesivo cargar al vendedor con el riesgo de que el comprador haya consumido la cosa (sin haber ahorrado gastos con ello), la haya donado o perdido, o haya hecho mejoras que no incrementan su valor, o que la cosa le haya causado daños. Por ejemplo –propone KÖNIG-, un prestatario no debería poder descargar en su prestamista el riesgo de la inversión que realizó con lo recibido en el préstamo, alegando la desaparición del enriquecimiento frente a la pretensión de restitución del capital por nulidad del contrato; o bien, el cliente que encarga unos planos a un arquitecto mediante un contrato que resulta nulo no debería poder alegar que no se ha enriquecido

---

<sup>65</sup> En opinión de KÖNIG (1981, p. 1543), que las normas sobre provechos en sede de *Leistungskondition* deberían anteponerse a las restrictivas normas sobre atribución de frutos en las relaciones entre propietario y poseedor es algo que se encuentra fuera de toda duda.

<sup>66</sup> KÖNIG (1981, pp. 1543 y ss.).

<sup>67</sup> KÖNIG (1981, pp. 1545 y 1546). No todos los perjuicios relacionados con lo que se entrega están comprendidos por la excepción de desaparición o disminución del enriquecimiento; por ejemplo, los daños que lo entregado haya causado en otros bienes o derechos del *accipiens* no podrán alegarse para disminuir el enriquecimiento y habrá que pedir su resarcimiento por los cauces habituales del Derecho de daños.

porque ya no tiene intención de construir y los planos no le han servido. En la liquidación de contratos nulos por causas de nulidad que podríamos denominar “neutrales” (disenso, incumplimiento de formalidades, etc.) no tiene sentido que el *accipiens* pueda alegar la pérdida fortuita del bien que recibió; más bien, deberá correr con ese riesgo por ser él quien tiene la cosa bajo su custodia y la posibilidad de cuidarla y asegurarla<sup>68</sup>. Con todo, se prevén algunas excepciones<sup>69</sup>. Con el § 1.5 (2), que introduce la reciprocidad de las obligaciones de restitución entre contratantes, se unifica una regla que hasta ese momento solo resultaba aplicable a la liquidación por resolución de contratos válidos (§ 348 BGB)<sup>70</sup>.

El § 1.6 trata de la responsabilidad agravada para el caso de dolo o culpa grave y hace responsable al enriquecido de los frutos debidos percibir (si se trata de dinero, los intereses) y de la ganancia obtenida con la venta de la cosa, esto es, el precio. Se logra así armonizar esta regla con la prevista en la *condictio* por intromisión. En la determinación del plazo de prescripción se tuvo en cuenta el proyectado plazo de prescripción general de las acciones personales en materia de contratos.

Para KÖNIG, la principal aportación de la *condictio* de prestación consiste en haber abstraído los conceptos de “prestación” y “ausencia de causa jurídica” como elementos suficientes para que prospere la pretensión, sin necesidad de añadir el motivo material que se encuentre detrás de la falta de causa. Opina que este esquema supone un avance al que no se debería renunciar, aunque necesite completarse con alguna previsión específica para los conflictos generados por las entregas con finalidad frustrada (§ 1.2) o con causa ilícita (atribuciones realizadas por violencia o intimidación; § 1.3)<sup>71</sup>. La ventaja es apreciable con facilidad si se compara con el modelo francés (la referencia es al *Code* aún no reformado), cuya regulación del pago de lo indebido proporciona un cauce estrecho que necesita completarse con una acción general de enriquecimiento injustificado que cumple la misma finalidad para supuestos cercanos pero no comprendidos por aquélla (como la prestación indebida de servicios, los supuestos de intromisión, etc.); o con el modelo anglosajón y la complejidad propia de los listados de “factores injustos”<sup>72</sup>. También considera un avance

---

<sup>68</sup> KÖNIG (1981, p. 1548).

<sup>69</sup> KÖNIG (1981, p. 1548). Se acepta, como primera excepción, que en determinados casos el fin de protección de la norma que sanciona la nulidad puede avalar la oportunidad de admitir la excepción de disminución o extinción del enriquecimiento: sería el caso del menor, que restituye en la medida de su enriquecimiento útil; o el del contratante que sufre una ocultación dolosa, cuando el enriquecimiento desaparece precisamente por el defecto que se le había ocultado; o bien, el del comprador que anula por dolo una compraventa financiada por un tercero, que debería poder oponer a éste (el prestamista) que el vendedor no le ha restituido el precio por insolvencia (lo que también estaría dentro del ámbito de protección del § 123 BGB). En segundo lugar, la desaparición del enriquecimiento del *accipiens* debería ser relevante cuando se trate de una circunstancia imputable al ámbito de responsabilidad del *solvens*. Así, cuando se entrega para venta un caballo que se encuentra enfermo y no se llega a venderlo, el que lo entregó no puede pretender la restitución de su valor de mercado, tampoco si el animal enferma después de una venta que se impugna. Es lo que se ha querido prever en el § 1.5 (1) segunda frase.

<sup>70</sup> KÖNIG (1981, p. 1549).

<sup>71</sup> KÖNIG (1981, pp. 1526, 1537 y 1538).

<sup>72</sup> KÖNIG (1981, p. 1538). Sobre el sistema inglés de factores injustos, BASOZABAL (2018, pp. 6 y ss.).

que el contenido de la pretensión sea siempre la restitución *in natura* y, de modo subsidiario, la restitución del valor de mercado<sup>73</sup>.

### 3.2. La *condictio* por intromisión

#### § 2 *Condictio* por intromisión

##### § 2.1

(1) El que comete intromisión en la propiedad o en otro derecho sobre un bien ajeno sin el consentimiento de su titular mediante su disposición, uso, disfrute, unión, mezcla, especificación o de otro modo, debe restituir a éste el valor de mercado.

En caso de disposición ineficaz, el titular puede ratificarla y exigir del intromisor la contraprestación.

(2) Para determinar el valor se estará al momento de la intromisión. En caso de disposición onerosa, se presume en favor del titular que el precio se corresponde con el valor de mercado.

##### § 2.2

Si se realiza una prestación en favor de un no legitimado para recibir, que resulta eficaz frente a quien lo estaba, aquél estará obligado a restituir la prestación a éste.

##### § 2.3

Si el intromisor desconocía sin culpa grave que carecía de legitimación, su obligación se reducirá al valor en que se haya enriquecido en el momento de ser demandado.

Lo que el intromisor ha gastado para obtener el bien indebidamente utilizado no reduce la medida de su enriquecimiento.

##### § 2.4

Si el intromisor actuó dolosamente o con culpa grave, el titular del derecho usurpado podrá exigir la restitución de la ganancia obtenida por aquél, aunque sea superior al valor de mercado.

El intromisor debe proporcionar información sobre la ganancia obtenida con el uso del bien usurpado.

##### § 2.5

La acción prescribe a los tres años desde que el legitimado tuvo conocimiento de la intromisión y de la persona obligada a compensarle; con independencia de ese conocimiento, la acción prescribe a los treinta años desde la intromisión.

La *condictio* por intromisión sirve a la protección de la propiedad y de otros derechos que conceden facultades de exclusión o monopolio, u otras posiciones equiparables<sup>74</sup>, completando así al Derecho de daños en la tarea general de protección de los bienes y derechos<sup>75</sup>. Cuando se produce una intromisión en un derecho ajeno sin consentimiento de su titular surgen como posibles medios de defensa –además de las acciones reales:

---

<sup>73</sup> KÖNIG (1981, p. 1537).

<sup>74</sup> La libertad de actuación se asegura (esto es, el peligro de conceder la acción de enriquecimiento con demasiada generosidad se evita) porque solo los derechos absolutos y las posiciones equiparables a éstos se protegen con la *Eingriffskondiktion*, y además, porque la responsabilidad puede reducirse al enriquecimiento que sobreviva. La posibilidad de hacer restituir la ganancia debe reservarse para conductas imputables subjetivamente (KÖNIG, 1981, p. 1562).

<sup>75</sup> En Derecho alemán, la *Eingriffskondiktion* se ha desarrollado en torno a tres grupos de casos: la intromisión (uso, disfrute o disposición) en un derecho real ajeno, el uso de propiedad inmaterial ajena y el cobro de un crédito ajeno. Fuera de ellos, la jurisprudencia ha concedido raramente la *condictio* por intromisión (KÖNIG, 1981, pp. 1550 y ss.).

reivindicatoria, negatoria, de remoción-, por una parte, la responsabilidad por el daño causado con la usurpación, orientada a su indemnización (responsabilidad extracontractual); por otra parte, la responsabilidad por el enriquecimiento obtenido por el intromisor, orientada a la reintegración del derecho usurpado (enriquecimiento injustificado); finalmente, se considera también la oportunidad de conceder al titular del bien usurpado la ganancia obtenida por el intromisor, como medida orientada a dejar a éste sin el fruto de una iniciativa ilícita. Lógicamente, solo las intromisiones subjetivamente imputables justificarían esta última medida, pero podría decirse que esa posibilidad (de restituir la ganancia) es una “cuestión propia” o a tratar con motivo del principio que prohíbe el enriquecimiento injustificado.

El Derecho alemán conoce algunos casos de restitución de la ganancia, independientes entre sí, pero la pregunta que se hace KÖNIG es si debería formularse un principio general de restitución de la ganancia ilícita, o mantener simplemente algunos casos concretos e inconexos dentro del Derecho patrimonial. El autor opina que una regla general para que las ganancias obtenidas ilícitamente sean restituidas va demasiado lejos, incluso en el ámbito mucho más restringido de la violación de pactos contractuales de lealtad, como las prohibiciones de competencia. Pero se decide a mantener la obligación de restituir la ganancia cuando el intromisor actúa dolosamente o con culpa grave (§ 2.4) para dar así continuidad a la norma contenida en el § 687.2 BGB. La cuestión es que debería valorarse en cada caso si, para proteger de manera suficiente el derecho o la posición jurídica de que se trate (derecho real, derecho con un contenido de atribución de carácter monopolístico, posición competencial protegida, etc.), resulta necesaria o muy conveniente, junto a las acciones de indemnización de daños y de reintegración del contenido de atribución de los derechos, la asignación de la ganancia obtenida por el intromisor al titular del derecho o posición usurpados. Precisamente lo difícil es justificar que una medida punitiva resulte necesaria para completar el panorama de las otras medidas ya existentes; en cualquier caso, sería una medida que debe imputarse subjetivamente al demandado, esto es, reservarse para intromisiones dolosas o gravemente culposas<sup>76</sup>.

El supuesto de hecho de la *condictio* por intromisión contempla el uso, disfrute y disposición de bienes ajenos sin el consentimiento del titular de esas facultades, y también la unión, mezcla o especificación de bienes pertenecientes a distintos dueños, dando así el mismo trato a todos los supuestos usurpatorios, también los de accesión cuando es el que causa ésta quien se enriquece.

El punto de partida es la restitución del valor usurpado en el momento de la intromisión. Por valor usurpado se entiende el valor de mercado de aquello que se obtuvo indebidamente: si se consumió el bien, su valor de cambio; si se usó el bien, su valor de goce; si se dispuso indebidamente del bien, el precio obtenido a cambio (con la presunción –en beneficio del titular– de que el precio se corresponde con el valor de mercado: § 2.1 (2) *in fine*). Además, en el supuesto de disposición indebida, el titular legitimado puede

---

<sup>76</sup> KÖNIG (1981, pp. 1555 y ss.).

ratificar la disposición y exigir lo que el disponente tenía derecho a recibir a cambio (§ 2.1 (1), segunda frase<sup>77</sup>). Pero las cosas no terminan aquí: la medida de la restitución es distinta según la buena o mala fe del intromisor (§§ 2.3 y 2.4), de manera que si éste desconoce sin culpa grave que carece de legitimación, se le permite restituir de manera privilegiada (por debajo de la medida de reintegración), y si es doloso o actuó con culpa grave, estará obligado a restituir la ganancia (por encima del valor de reintegración).

De este modo, el intromisor que sea simplemente negligente, esto es, cuando desconozca sin culpa grave que no está legitimado para llevar a cabo ese acto, restituirá en la medida del enriquecimiento que sobreviva en su patrimonio. Aunque la *ratio* de la norma parece ser que los supuestos de intromisión reciban el mismo trato que los de prestación, en mi opinión no está nada clara la necesidad de dar el mismo trato a situaciones que son distintas tanto en el supuesto de hecho (en el primer caso el que actúa enriquece a otro, en el segundo se enriquece a sí mismo) como en la función perseguida (restituir lo que ha sido indebidamente entregado; reintegrar el valor de aquello que se ha usurpado). Además, no siempre resulta posible determinar a qué ha quedado reducido el “enriquecimiento usurpado” que “sobrevive” en el momento de la demanda. Cuando se trate de un enriquecimiento dinerario las cosas pueden parecer sencillas: así, el que dispone indebidamente –pero de buena fe– de un bien ajeno, habrá cobrado un precio que ha podido malgastar o invertir en una operación que fracasa; pues bien, parece que la propuesta le permitiría excepcionar esa disminución o desaparición del enriquecimiento frente al titular del bien, y quedar así liberado de su deuda de enriquecimiento. Pero esta es una decisión de política jurídica que en absoluto resulta evidente: ¿por qué preferir al intromisor de buena fe frente al titular del bien usurpado? ¿por qué limitar de ese modo la función de reintegración del derecho usurpado? Pero además, cuando el enriquecimiento consista en el uso indebido de un bien ajeno, ¿cómo podría limitarse la medida o el valor de la usurpación? ¿podría alegarse, para no restituir el valor de uso del bien usurpado que “de haberlo sabido, no lo hubiese usado”? ¿podría alegarse que en realidad el uso no le ha aprovechado, o que la actividad desarrollada no ha reportado ninguna ganancia? ¿es que usurpar aquello que el ordenamiento atribuye a otro y que tiene asignado un valor objetivo no le ha enriquecido? Pongamos que alguien encarga a un experto que dictamine sobre si determinada obra literaria está o no en el dominio público, y el dictamen se pronuncia en sentido negativo; si éste es falso y el titular del derecho usurpado demanda al intromisor, ¿podría éste argumentar que no hubiera usado el bien de haber sabido que estaba protegido? ¿es razonable que el intromisor de buena fe pueda alegar que su enriquecimiento es menor que el valor de la licencia que hubiese debido pagar, al menos en

---

<sup>77</sup> El § 2.1 (2), segunda frase, se encarga de la disposición onerosa y presume, en beneficio del titular, que lo obtenido con la disposición corresponde al valor de mercado (como ya hacía el § 816, 1.1 BGB). De este modo, al propietario se le facilita la obtención del precio, también cuando sea mayor que el valor de mercado y con independencia de que él no hubiera sabido negociarlo. Esto no impide al intromisor la prueba de que ha sido su mérito el que ha hecho que el precio se eleve por encima del valor de mercado (así lo defendía también el RG en 1889, aunque su opinión no pasó al BGB); en todo caso, si la diferencia entre uno y otro fuera singularmente significativa, el BGH acudiría al § 242 BGB (principio de buena fe) para limitar la restitución a la medida del valor de mercado.

la medida de los honorarios que pagó al experto? ¿no es más sensato que tenga que reintegrar el derecho usurpado por el valor de la licencia y que reclame la responsabilidad contractual correspondiente al experto? En definitiva, ¿es razonable que la reintegración del derecho usurpado dependa de la buena fe del intromisor? Pienso que se trata de uno de los puntos débiles del proyecto.

En cuanto al intromisor que actúa dolosamente o con culpa grave, está obligado a restituir la ganancia por encima del valor de mercado del bien usurpado. Para hacerlo posible, se le obliga a revelar la información que permite determinar la ganancia. No se duda de la necesidad de imputar subjetivamente la conducta, pero se ahonda poco sobre el modo de valorar el grado de culpa necesaria para merecer una decisión así. En cuanto al plazo de prescripción, como acción que complementa la protección de bienes y derechos junto a la pretensión indemnizatoria, se ha orientado según el plazo de prescripción de ésta (§ 2.5).

### 3.3. La *condictio* por impensas

#### § 3 *Condictio* por impensas

##### § 3.1

El que a sabiendas o por error paga la deuda de otro, puede exigir de éste que le compense el gasto en la medida en que se haya enriquecido cuando se le demandó.

##### §3.2

El que a sabiendas o por error realiza gastos en cosa en ajena, puede exigir al titular de éste que le compense en la medida en que se haya enriquecido desde la perspectiva de su plan patrimonial. Para determinar la medida del enriquecimiento se estará al momento en que se recupera la cosa o en que se aprovecha el incremento de valor.

La pretensión se excluye,

- a) si el demandado puede exigir la remoción de lo logrado con los gastos y lo hace;
- b) si el demandante ha omitido culpablemente notificar a tiempo los gastos proyectados;
- o
- c) si el demandado se ha opuesto a las mejoras antes de que se ejecuten.

##### § 3.3

La acción prescribe a los 10 años.

En la práctica, la *condictio* por impensas está llamada a resolver los supuestos de enriquecimiento por pago de deuda ajena y por mejoras realizadas en patrimonio de otro que quedan en beneficio de éste (supuestos de injerencia en patrimonio ajeno en los que resulta enriquecido el titular de éste). Como se ha señalado, algunos fenómenos de accesión, mezcla o especificación plantean conflictos usurpatorios a resolver con la *Eingriffskondiktion* (cuando el intromisor tiene la iniciativa en la acción que le enriquece); sin embargo, cuando por la unión, mezcla o transformación el intromisor termina enriqueciendo a otro, que no ha solicitado ese enriquecimiento, la restitución es tarea propia de la *Anwendungskondiktion*. Aquí el problema es la protección del enriquecido “a la fuerza”, esto es, del que recibe un enriquecimiento impuesto; se completa así el tratamiento de la injerencia en patrimonio ajeno, junto a la gestión de negocio ajeno sin mandato. La propuesta ha optado por subjetivizar el valor a restituir (se restituye lo que el

enriquecimiento suponga para el enriquecido desde la perspectiva subjetiva de sus intereses patrimoniales) y considera como momento idóneo para determinarlo, bien aquél en que el beneficiario de la mejora recibe ese mayor valor junto a la cosa, bien el momento en que se aprovecha de ese mayor valor (por ejemplo, al enajenar el bien, o al explotarlo conforme a la finalidad proporcionada por la mejora).

En el § 3.1 se trata el supuesto de pago de deuda ajena. Si no se pueden aplicar las reglas sobre deudores solidarios o los principios de la cesión de derechos (convencional o por ley), lo primero que hay que considerar es si resultan aplicables las reglas de la gestión de negocio ajeno sin mandato, y si éstas le conceden una pretensión de compensación en la medida de su gasto (como entre nosotros cuando el tercero paga con ignorancia del deudor: le corresponde la acción contraria de gestión<sup>78</sup>). La *condictio* por impensas entra en juego cuando no sean aplicables estas reglas, por ejemplo, porque el que paga no actúa en interés ajeno, sino propio.

En cuanto a las mejoras útiles que incorpore un poseedor en patrimonio ajeno, cuando existe una relación jurídica entre ambos (de compraventa, arrendamiento, usufructo, enfiteusis, heredero aparente y heredero verdadero, etc.), a menudo la regulación de ésta se remite a la de la gestión de negocio ajeno sin mandato para el tratamiento de las mejoras, pero con la regulación de la gestión son escasas las ocasiones en que se concede derecho de compensación por las mejoras útiles. La cuestión que se plantea entonces es si sería legítimo acudir a la *condictio* por impensas para obtener lo que no conceden aquéllas<sup>79</sup>.

El § 3.2 ha optado por conceder la *condictio* por mejoras con independencia de que el que actúa conozca o no que lo está haciendo sobre un patrimonio ajeno. Podría parecer que el punto de partida es demasiado extenso o que facilita demasiado la concesión de la acción, pero la situación queda netamente compensada con el reconocimiento de tres límites importantes para que prospere: 1) el derecho del enriquecido a retirar las mejoras; 2) la posibilidad de pactar las mejoras; y 3) la oposición del propietario manifestada con anterioridad a la realización de las mejoras.

La existencia de una relación jurídica previa entre los interesados se presenta como el cauce adecuado para pactar las mejoras (2) de manera que, si no se utilizó, no hay posible justificación para la compensación de éstas. Sin duda, se trata del punto de partida. Ahora bien, considerando las circunstancias concretas del caso, podría ocurrir que las mejoras se hayan llevado a cabo con la expectativa -legítima: pactada- de ser amortizadas a lo largo de un cierto periodo de tiempo, y que sean posteriores vicisitudes no previstas en el momento de mejorar las que hacen que la relación haya terminado antes de lo previsto, por ejemplo, por vencimiento anticipado, de manera que haya quedado frustrada aquella expectativa. Pues bien, siempre que ésta sea legítima, la jurisprudencia ha accedido a que el propietario

---

<sup>78</sup> DEL OMO (1998, pp. 95 y ss.).

<sup>79</sup> KÖNIG (1981, p. 1575).

compense al poseedor, al menos en la medida en que se aproveche de las mejoras<sup>80</sup>.

En cuanto a la medida del enriquecimiento, el enriquecido deberá “compensar el gasto en la medida en que se haya enriquecido desde la perspectiva de su plan profesional”, lo que parece instaurar un doble límite: por una parte, el daño del demandante (su gasto); por otra, el enriquecimiento que el demandado experimente desde su propia perspectiva patrimonial subjetiva (el mayor valor recibido o realizado).

### 3.4. Relaciones triangulares

#### § 4 Relaciones triangulares

##### § 4.1

(1) El que en el caso del § 1.1 entrega algo a un tercero por orden de su acreedor, puede exigir la restitución de éste, como si le hubiera entregado a él.

Si el acreedor no provocó razonablemente la entrega, la pretensión de restitución se dirigirá solo contra el tercero.

(2) El que en el caso del § 1.1 entrega algo a un tercero en cumplimiento de un contrato realizado con otro, estipulante (§ 328 BGB), puede exigir la restitución de éste, como si le hubiera entregado a él.

Si el estipulante no provocó razonablemente la entrega, la pretensión de restitución se dirigirá solo frente al tercero.

(3) El que en el caso del § 1.1 entrega algo al nuevo acreedor, después de la cesión del crédito, puede exigir la restitución del acreedor originario, como si le hubiera entregado a él.

Si el acreedor originario no provocó razonablemente la entrega, la pretensión de restitución se dirigirá solo contra el nuevo acreedor.

(4) Se aplican los §§ 1.4 a 1.7 por analogía.

##### § 4.2

En los casos de los §§ 1 o 4.1, si el que recibió y está obligado a restituir ha enajenado gratuitamente lo obtenido a un tercero, de manera que no puede cumplir con la obligación de restitución, el tercero también estará obligado a restituir, como si hubiese recibido injustificadamente del que entregó a aquél.

Se aplican los §§ 1.4 a 1.7 por analogía.

##### § 4.3

Si un no legitimado para hacerlo dispone gratuitamente de un bien y la disposición resulta eficaz frente al que estaba legitimado, el enriquecido por la disposición estará obligado a restituir a éste lo obtenido.

Se aplican los §§ 2.3 a 2.5 por analogía.

En cuanto a las relaciones triangulares, la propuesta de KÖNIG parte de que no es posible dar respuesta a todos los posibles conflictos mediante una fórmula única<sup>81</sup>, de manera que se ocupa de los supuestos más importantes: además de la hipótesis en que *solvens* y *accipiens* no se ponen de acuerdo sobre la identidad del otro contratante, se trata de las órdenes de pago (si el banco recibe una orden pero realiza la transferencia dos veces por

<sup>80</sup> BASOZABAL (1998, pp. 317 y ss.).

<sup>81</sup> KÖNIG (1981, p. 1577).

error, o la hace por mayor importe del ordenado, ¿quién deberá repetir de quién?), el contrato en favor de tercero (si el promitente paga de más o dos veces al beneficiario, ¿de quién podrá repetir?) y la cesión de créditos (si el deudor cedido paga de más o dos veces al cesionario, ¿solo podrá dirigirse contra éste y deberá soportar el riesgo de su insolvencia?)<sup>82</sup>. Todas estas preguntas ponen de relieve que la máxima “cada contratante solo puede exigir restitución de su contraparte” no es suficiente y necesita completarse con alguna otra regla que sirva para supuestos más complejos, como el de los contratos que se ligan funcionalmente entre sí (negocio de financiación junto a negocio de adquisición). La fórmula legal debería dar orientación para poder resolver esos casos.

La protección del tráfico jurídico y el imperativo concursal *par conditio creditorum* son las dos razones principales que han conducido al principio de que un contratante solo puede dirigir su pretensión de restitución frente al otro contratante, también cuando el contrato no llegue a celebrarse, esté viciado o fracase<sup>83</sup>. Son ámbitos típicos de aplicación de este principio de relatividad de los contratos la construcción de edificios y los contratos que giran en torno a ésta, donde siempre se ha planteando la cuestión de si el subcontratado tiene acción directa contra el comitente, cuestión que dicho principio resuelve de manera negativa. También se excluye la acción directa en los casos de “pago abreviado” u “orden de pago”: el que, por orden de su contratante, realiza la prestación frente a un tercero, está “cumpliendo” frente a aquél, y si fracasa la relación entre ordenante y ordenado, éste solo podrá exigir restitución de aquél. La relatividad opera igualmente en caso de representación mediata o indirecta, o en supuestos de cadena de prestaciones, cuando todas ellas se encuentren viciadas<sup>84</sup>.

Sin embargo, la relatividad pierde su razón de ser cuando un tercero adquiere del enriquecido a título gratuito. Este es el motivo por el que el § 822 BGB permite la acción directa contra el tercero, y el proyecto se plantea si debería mantenerse una regla así. El principal argumento para hacerlo es que, frente al *solvens* (acreedor de la *condictio* de prestación), el donatario no debería quedar en mejor posición de lo que estaba el donante (*accipiens*). Al autor de la propuesta le ha parecido bien mantener la regla -hay acción directa del *solvens* contra el donatario-, pero ha preferido que se trate de una acción subsidiaria, esto es, para el caso de que la pretensión contra el *accipiens*/donante no prospere o no se pueda ejecutar (fundamentalmente por la excepción de disminución del enriquecimiento).

En las órdenes de pago, la opinión más común en la doctrina y jurisprudencia alemanas parte de que el tercero que recibe del deudor por orden del acreedor debe ser vulnerable a una acción directa del deudor cuando, por ejemplo, éste haya pagado de más o dos veces (§

---

<sup>82</sup> KÖNIG (1981, p. 1579). Cuando se trata de un malentendido de quien entrega sobre la identidad de quien recibe, la propuesta prefirió no dar ninguna regla específica (como la doctrina del horizonte del receptor), pues pareció que el interés del receptor está suficientemente protegido por la excepción de disminución del enriquecimiento (p. 1541).

<sup>83</sup> KÖNIG (1981, pp. 1579 y 1580).

<sup>84</sup> KÖNIG (1981, pp. 1582 y 1583).

4.1 (2) segunda frase). Ahora bien, también es mayoritaria la opinión de que el tercero debería gozar de la llamada “protección de confianza”, de manera que pueda alegar la excepción de disminución del enriquecimiento. En el contrato en favor de tercero, el promitente tiene dos acreedores: estipulante y tercero. Como punto de partida, lo que le ocurra al contrato debería ventilarse entre las partes contratantes, esto es, entre promitente y estipulante. Ahora bien, si el promitente paga al tercero de más, o dos veces, no parece conveniente que esto afecte al estipulante, de manera que se concede al promitente una acción directa contra el tercero (§ 4.1 (2)). Lo mismo ocurre con la cesión de crédito, en la que el deudor cedido que paga de más o dos veces al cesionario deberá acudir directamente contra éste, aunque su parte contractual sea el cedente (§ 4.1, (3))<sup>85</sup>.

### 3.5. La cláusula residual

#### § 5 Cláusula general

El que se enriquece a costa de otro de manera distinta a lo establecido en los §§ 1 a 4 deberá restituir a éste lo obtenido cuando el enriquecimiento sea injustificado. Son aplicables por analogía las reglas de los §§ 1 a 4 sobre el alcance de la pretensión de enriquecimiento.

La propuesta concluye con una cláusula residual para posibles conflictos futuros no previstos. Queda claro que se trata de un remedio subsidiario –es la manera de no poner en peligro la seguridad jurídica- cuya función es facilitar a los jueces la solución de nuevos supuestos de enriquecimiento injustificado más allá de las fronteras de la analogía legal<sup>86</sup>. Ahora bien, los jueces deberán considerar todo aquello que ha servido para determinar los requisitos y el alcance de cada *condictio*, de manera que la labor jurisprudencial en desarrollo de la cláusula residual se haga al hilo de alguno de los tipos establecidos, *no de una pretensión general que no existe*. Así, el supuesto novedoso deberá asimilarse al de una “prestación”, “intromisión” o “impensa”, de manera que los requisitos y el alcance de la pretensión se determinen en virtud del tipo con el que tenga mayor relación, similitud, finalidad común, etc. Claro que esto resulta extraño para quienes, como ocurre en el ordenamiento jurídico español, se han habituado a que la cláusula residual conozca los supuestos no previstos según un esquema único (requisitos y consecuencia) para cualquier conflicto, sea como fuere la fisonomía de éste.

## 4. Un modelo fragmentado: la propuesta de C. Wendehorst

Aún nos queda tratar del modelo que podríamos denominar –con DU PLESSIS- “fragmentado”, que es de hecho la manera en que vinieron a recibirse en la codificación francesa algunos supuestos resueltos mediante las *condictiones* y otros conflictos a resolver mediante obligaciones de restituir; un modelo, por tanto, en el que cada supuesto de hecho surge en el lugar en el que se necesita una “restitución” que reequilibre la situación

<sup>85</sup> KÖNIG (1981, pp. 1581 y ss.).

<sup>86</sup> KÖNIG (1981, p. 1590).

patrimonial: normas sobre restitución de pagos en el Derecho de obligaciones y en el cuasicontrato de pago de lo indebido; normas para la liquidación de contratos fracasados en el Derecho de contratos; normas sobre acciones que enriquecen a su autor mediante el uso o disposición de bienes ajenos en el Derecho de daños, en la liquidación de estados posesorios y en la accesión; normas sobre injerencias en patrimonio ajeno y en beneficio de éste en la gestión de negocio ajeno, y sobre injerencias que enriquecen a otro en la accesión, etc. En ocasiones, uno de los supuestos legales sirve para cubrir lagunas. Así, el Derecho francés (hasta la reforma de 2016) necesitó acudir a la regulación del pago de lo indebido para atender a las restituciones en la liquidación de contratos nulos, lo que no ha necesitado hacer el Derecho español, porque el Código civil español sí cuenta con la acción de nulidad para este cometido. En cualquier caso, todos los ordenamientos jurídicos que parten de este modelo han terminado por “completar” su panorama restitutorio con una acción general de “enriquecimiento sin causa” o “enriquecimiento injustificado”, de creación jurisprudencial (en algunos casos ha llegado a codificarse, como ha ocurrido en Francia en 2016), que funciona como cláusula de cierre para atender los conflictos restitutorios no contemplados en reglas concretas, como los casos de “enriquecimiento indirecto” (el enriquecido recibe el enriquecimiento de alguien a quien no tiene obligación de compensar, pero éste lo ha obtenido a costa de un tercero a quien sí está obligado a compensar –por ejemplo, por contrato- y no lo ha hecho; la cuestión es si se concede acción al tercero contra el enriquecido)<sup>87</sup>.

Entre los estudiosos en la materia se ha mostrado partidaria de este modelo Christiane WENDEHORST, que colaboró en el *Study Group on a European Civil Code* en la tarea de buscar las claves de unificación del Derecho europeo de Enriquecimiento injustificado y se mostró crítica con la apuesta por un modelo unitario. A lo largo de las páginas de este trabajo se ha expuesto a menudo su opinión sobre aspectos concretos de la regulación propuesta por el DCFR y corresponde ahora atender a las conclusiones a las que llega. La principal sería que un Derecho de enriquecimiento injustificado “unitario” y “separado”, esto es, formando un bloque de preceptos que se encargue de toda la fenomenología de las restituciones (por prestación, intromisión, mejora y regreso) no es la única –ni la mejor- solución posible para proponer una solución unificada que resuelva los casos que suelen conocerse en torno a esta materia en la mayoría de países de nuestro entorno<sup>88</sup>. Al contrario de lo que ocurre con las columnas del Derecho privado –el Derecho de contratos y el Derecho de daños-, en el sentido de que éste no podría funcionar sin una regulación clara y unitaria de cada una de ellas, los conflictos que se resuelven con la restitución del enriquecimiento sí podrían solucionarse sin una regulación separada y general. Como acaba de apuntarse, así ocurre en la tradición codificada francesa, que es ajena a la existencia de un pretendido “Derecho

---

<sup>87</sup> La primera sentencia en la que la Corte de Casación francesa reconoce la acción general de enriquecimiento sin causa (*Arrêt Boudier*, sentencia de 15 de junio de 1892) trataba precisamente de un enriquecimiento de esta índole: el demandado se enriquecía “con causa” al resolver el contrato de arrendamiento por impago del arrendatario que, después de haber comprado y utilizado en la tierra de aquél unos abonos, no había satisfecho su importe al vendedor. Éste reclama el precio del arrendador y obtiene sentencia estimatoria en virtud del principio de enriquecimiento sin causa.

<sup>88</sup> WENDEHORST (2006, pp. 244 a 264, p. 245).

de enriquecimiento injustificado” y lo que conoce son soluciones restitutorias allá donde se plantean los conflictos concretos, cada uno en su sede correspondiente<sup>89</sup>.

Por otra parte, la autora denuncia que en esta materia se ha abusado –sobre todo en Alemania, pero últimamente también en Inglaterra- de las construcciones teóricas sin consecuencias prácticas; de hecho, opina que este es un reproche que podría hacerse también a la propuesta del DCFR, que para algunos colegas europeos resulta simplemente “incomprensible”<sup>90</sup>. Su estudio detallado de la propuesta unitaria del DCFR concluye –más allá de la crítica puntual sobre varios aspectos concretos- con la afirmación neta de que, en todo caso, no resulta mejor que cualquiera de los Derechos que se propone armonizar, y esto le lleva a preguntarse si, en el fondo, no se tratará de un problema o de un error *en el punto de partida*: al fin y al cabo, si la materia que se trata de regular resulta difícil de explicar, incluso para poder apreciar una cierta coherencia interna, ¿por qué habría de ser de otro modo el Libro VII del DCFR o cualquier otra propuesta de regulación unitaria? La dificultad o la insatisfacción no está en la (muy discutible) calidad del DCFR, ni en las (excesivas) expectativas de quienes lo analizan (la deformación en los ojos del observador), sino en la idea misma de que el Derecho de Enriquecimiento injustificado sea una categoría cerrada que deba ser codificada<sup>91</sup>.

Para WENDEHORST, un análisis detenido del Derecho comparado conduce a la conclusión de que todos los ordenamientos jurídicos están obligados a distribuir o dividir la materia jurídica afectada en grupos de casos, pues la solución de éstos varía no poco de uno a otro, hasta el punto de que algunas soluciones tienen poco que ver entre sí<sup>92</sup>; por el contrario,

---

<sup>89</sup> DESCHEEMAEKER (2017, pp. 124 y ss.).

<sup>90</sup> WENDEHORST (2008, pp. 216 y 217).

<sup>91</sup> WENDEHORST (2008, p. 253). En el trabajo anteriormente citado (2006), la autora analiza los ocho “tipos” de conflicto más habituales que todo Derecho de Enriquecimiento injustificado debería poder resolver (que serían: 1) la liquidación de contratos fracasados; 2) la restitución de atribuciones que buscan una finalidad que no se consigue; 3) el pago de lo indebido; 4) el pago al acreedor aparente; 5) la compensación por las mejoras realizadas en el objeto que se ha de restituir porque se reivindica, concluye la relación jurídica que ligaba al propietario con el poseedor, etc.; 6) la compensación por las mejoras realizadas, cuando no haya una regulación entre propietario y poseedor que se ocupe de la restitución; 7) la intromisión en un derecho ajeno; y 8) la intromisión que beneficia a un tercero) y al concluir se pregunta si hay lugar para un Derecho europeo de Enriquecimiento injustificado. Coherente con su planteamiento “tipológico”, le parece que no debe pretenderse que la consecuencia jurídica sea la misma en todos los supuestos conflictivos, sino que conviene distinguir (sobre esta última cuestión, pp. 260 y ss.). KÖNIG es claro al afirmar que los estudios de Derecho comparado constatan que el ámbito de aplicación del principio que prohíbe enriquecerse injustificadamente no se encuentra predeterminado, sino que depende del sistema en el que se esté considerando su aplicación y de la manera en que ese principio general haya influido y se encuentre informando ya muchas de las normas del sistema (1981, p. 1519).

<sup>92</sup> WENDEHORST (2008, p. 255). En la liquidación de contratos recíprocos, el único requisito es el fracaso del contrato. En la restitución de otras atribuciones, la mayoría de ordenamientos jurídicos se apoyan en una combinación de “falta de causa para retener” y un “elemento adicional”, que suele ser el error del que presta, aunque el peso de estos dos elementos varíe según los ordenamientos y el error haya ido perdiendo su importancia (sobre esta cuestión, véase sobre todo ZIMMERMANN, 2000, pp. 240 y ss.). En los casos de intromisión suele requerirse, bien una acción ilícita del enriquecido frente al empobrecido, bien una

cuando el estudio –y la posible regulación– se plantea dividido o articulado en grupos de casos, pueden identificarse con mayor claridad los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas. La autora propone las siguientes líneas maestras:

*Contratos fracasados por invalidez o por incumplimiento:* En la liquidación de contratos fracasados (restitución de prestaciones recíprocas) conviene rechazar la distinción entre la liquidación de contratos válidos y resueltos por incumplimiento, a tratar en el Derecho de contratos, y la liquidación de contratos inválidos (nulos o anulados), en el Derecho de enriquecimiento, pues en ocasiones es meramente casual que la liquidación se solicite por incumplimiento o por invalidez, y en otras ocasiones podrían concurrir ambas causas de liquidar, lo que permitiría optar por una u otra, y esto parece poco razonable. No resulta para nada evidente que el contrato inválido –por el hecho de serlo– no tenga nada que decir en su propia liquidación; al fin y al cabo, si la distribución de riesgo querida por las partes en el contrato no se encuentra afectada por la causa de invalidez parece razonable que se tenga en cuenta en la liquidación. En definitiva: hay una necesidad eminente de someter la liquidación de contratos fracasados a un régimen unitario, y parece evidente que su sede sería el Derecho de contratos<sup>93</sup>.

*El fracaso en la obtención de cierto fin buscado con la entrega:* La restitución de entregas realizadas con la expectativa de causar un comportamiento determinado del destinatario (*dationes credendi causa*) es el cometido de la *condictio ob rem*, una pretensión básicamente contractual o cercana a una situación contractual (la entrega busca o trata de provocar un acuerdo con el destinatario), cuyo supuesto de hecho podría entrar en colisión –por su amplitud– con las valoraciones del Derecho de contratos en otras materias como el error, la base del negocio, el incumplimiento, el disenso, etc. Si se considera adecuado mantener una regla para este tipo de enriquecimientos debería situarse en el Derecho de contratos, de manera que se vea influida por los principios de éste<sup>94</sup>; al fin y al cabo, la *ratio* de la restitución responde a la idea de un acuerdo expreso o tácito por el que, si no se logra el fin querido con la atribución, ésta debería restituirse<sup>95</sup>.

*El pago indebido por error o por otros motivos:* Los casos de pago indebido (por error, por intimidación, etc.) y pago al acreedor aparente sí parecen necesitar una regla *ad hoc* que consagre la restitución del enriquecimiento injustificado (en un caso al *solvens*, en el otro al acreedor verdadero), pero para ello no se necesita un apartado específico (un libro, como encontramos en el *Draft*); bastaría con que estas reglas sobre restitución de pagos fallidos se integren en la regulación del cumplimiento de las obligaciones. Con el pago de lo indebido

---

usurpación de la posición jurídica atribuida al empobrecido. En las impensas realizadas en patrimonio ajeno la mayoría de ordenamientos jurídicos distinguen pretensiones dependientes (el empobrecido es demandado por un asunto principal) e independientes, y dentro de ambos grupos se distingue en función del grado y necesidad o provecho de la mejora, por una parte, y de la condición subjetiva (buena o mala fe) del agente, por otra.

<sup>93</sup> WENDEHORST (2006, p. 261; 2008, pp. 240 y 241). Sobre esta materia, véase también la nota a pie nº 8.

<sup>94</sup> WENDEHORST (2008, pp. 243 y 244).

<sup>95</sup> WENDEHORST (2006, p. 261).

dentro de la teoría general del cumplimiento se podría aportar mayor sencillez y coherencia a ésta, pues la pregunta por la restitución está precedida por la pregunta de si el pago ha liberado al *solvens* de una obligación existente o no, y el lugar para tratar de los efectos del pago es el Derecho de obligaciones<sup>96</sup>; lo relevante es determinar si se ha pagado o no una deuda y, en consecuencia, si se ha liberado o no el deudor<sup>97</sup>. Desde esta perspectiva, es lógico que se trate en esta sede del pago de tercero o pago de deuda ajena, también para delimitar adecuadamente el pago indebido por error en la persona (*indebitum ex persona*) del verdadero pago de tercero. Por este motivo, aunque el pago de tercero pueda verse como un supuesto de enriquecimiento impuesto al deudor, es mejor verlo desde la perspectiva del cumplimiento –para aclarar si el acreedor debe aceptarlo, si el deudor queda liberado y, en su caso, para determinar el contenido de la acción del *solvens* contra el deudor- y regularlo dentro del cumplimiento en el Derecho de obligaciones<sup>98</sup>.

*La intromisión:* En cuanto a la intromisión de quien se enriquece con el uso, disfrute o disposición ilegítimos de un bien ajeno, existe una cercanía funcional muy fuerte con el Derecho de Daños, como se pone de relieve, por ejemplo, en la protección de los bienes inmateriales (propiedad intelectual e industrial), donde es usual que, dentro de la pretensión indemnizatoria, el “daño” pueda computarse a partir de la licencia que el intromisor hubiera debido pagar o de la ganancia que haya obtenido, acercando así los planos de la indemnización de daños, la reintegración de los derechos que otorgan un contenido de atribución exclusiva a su titular y la absorción de la ganancia ilícita<sup>99</sup>. Desde esta perspectiva, “indemnización” (del daño), “reintegración” (del derecho usurpado) y “absorción/remoción” (de la ganancia) aparecen como niveles diferentes de protección frente a la intromisión en “derechos absolutos” que se sirven, cada uno a su manera, de una solución “restitutoria”. Se ve con buenos ojos que esos tres niveles aparezcan como elementos propios de la defensa de los “derechos absolutos” desde perspectivas diferentes, en lugar de separarlos y que alguno o algunos aparezcan como pertenecientes exclusivamente al Derecho de enriquecimiento injustificado. Al fin y al cabo, la intromisión se encuentra bien lejos de los problemas propios de la restitución de pagos o de la liquidación de contratos, esto es, de las prestaciones o atribuciones realizadas por el demandante; y si en algún supuesto llegaran a coincidir simultáneamente ambas hipótesis (como podría ocurrir con las atribuciones realizadas por amenaza o engaño, o con el paradigmático supuesto del “polizonte”), no hay razón para que el demandante no goce de dos acciones, una según el Derecho de daños (para indemnizar el daño culpablemente causado) y otra según el Derecho de obligaciones/doctrina del cumplimiento (para restituir el pago indebido por amenaza), como quiera proteger mejor sus intereses<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> WENDEHORST (2006, p. 261).

<sup>97</sup> WENDEHORST (2008, p. 258).

<sup>98</sup> WENDEHORST (2006, p. 262).

<sup>99</sup> Sobre la jurisprudencia en la que se ofrece la posibilidad de computar el daño a través de la licencia que el intromisor hubiese debido satisfacer para actuar legítimamente, o de la ganancia obtenida por éste, véase BASOZABAL (1997, pp. 1263 a 1299).

<sup>100</sup> WENDEHORST (2006, pp. 262 y 263; 2008, p. 258): Las intromisiones (uso o disposición de bien ajeno sin el consentimiento de su titular) que enriquecen al intromisor no necesitan ni la culpa de éste ni causan

*Las mejoras en patrimonio ajeno:* Las mejoras realizadas en el bien que se reivindica, en el bien dado en usufructo o en arrendamiento que se restituye, en el bien que se recupera al resolverse el contrato, etc., cuando se realizan por quien es demandado y pierde la posesión de la cosa que mejoró, deberían contemplarse dentro del conjunto de normas que regulan la pretensión principal (la reivindicatoria, la liquidación de la relación de usufructo o del arrendamiento, la liquidación del contrato resuelto, etc.) y que han provocado que el que realizó la mejora haya quedado despojado de la cosa. El resto de supuestos de mejoras en patrimonio ajeno, esto es, cuando no hay una regulación que se ocupe de esas mejoras – como cuando la relación entre las partes sea la mera convivencia, o cuando el conflicto sea consecuencia de la adjudicación en subasta de un bien inmueble sin tener en cuenta las edificaciones realizadas en el mismo ni los derechos de terceros (distintos del titular del suelo) sobre ellas-, quedaría regulado por la *condictio* por impensas, a tratar junto a la gestión de negocio ajeno sin mandato como supuesto de injerencia en patrimonio ajeno – pero en beneficio propio- que acaba enriqueciendo al titular de éste<sup>101</sup>.

*La cláusula residual:* Aún quedaría una última pregunta pues, incluso para quienes compartan con la autora la idea de que no hace falta un apartado separado de normas para la restitución de enriquecimientos injustificados más allá de los supuestos concretos de restitución dispersos en los Derechos de obligaciones y contratos, daños, *negotiorum gestio* o relaciones entre propietario y poseedor, ¿no sería necesaria una cláusula general que reconozca el principio de enriquecimiento injustificado para los casos no previstos? ¿No haría falta una acción de cierre del sistema con unos requisitos suficientemente generales y flexibles para facilitar la adaptación del ordenamiento a lo imprevisto? La autora responde con otra pregunta: pero, ¿realmente es una *norma general* sobre enriquecimiento injustificado lo que proporcionaría una ayuda sustancial para tomar decisiones adecuadas en esos casos? No. Lo que proporcionaría verdadera ayuda es un catálogo de situaciones típicas en las que se reconozca el derecho a exigir restitución, pues de este modo se facilita la comparación entre el supuesto típico y el supuesto nuevo que se presenta a consideración. Allí donde el Derecho es suficientemente flexible (entiendo que la autora se refiere fundamentalmente a la analogía entre los supuestos típicos y los no previstos), una situación nueva no debería plantear problemas irresolubles. Aunque se trate de unas reflexiones en torno a la dirección que estaba tomando la propuesta realizada por el *Draft*, su opinión es clara en el sentido de que el Derecho de enriquecimiento no debería constituir un núcleo de normas aparte, ni siguiera para reconocer genéricamente un

---

necesariamente un daño al titular del derecho usurpado. Sin embargo, la experiencia suele constatar que por lo general la intromisión concurre tanto con un comportamiento culposo o doloso, como con la causación de un daño, de manera que la *condictio* por intromisión suele concurrir con la pretensión indemnizatoria, que protege el derecho usurpado/lesionado desde otro flanco. Es posible distinguir supuestos de intromisión no culpables y que causan daño, no culpables y que no causan daño, culpables y que causan daño, y culpables y que no causan daño, y parece conveniente que todos ellos se traten en el Derecho de daños (aunque no haya daño) para tener una visión global coherente (y sin perder de vista que algunas intromisiones se tratan en las normas sobre las relaciones entre propietario y poseedor).

<sup>101</sup> WENDEHORST (2008, pp. 257 y ss.).

principio general, sino dividirse o repartirse en tantas áreas del Derecho privado como sedes distintas necesiten soluciones restitutorias<sup>102</sup>.

Quizá ahora resulte más clara la conclusión a la que llega la autora de que un Derecho de enriquecimiento injustificado europeo, como categoría cerrada, no solo es innecesario sino que cierra el paso a una concepción abierta hacia otras materias reguladas, especialmente el Derecho de obligaciones (cumplimiento) y contratos (liquidación), el Derecho de daños y las relaciones entre propietario y poseedor<sup>103</sup>, una concepción más consecuente con la función ancilar o de servicio que cumple el “remedio restitutorio” dentro de los otros sectores del Derecho privado<sup>104</sup>.

A Nils JANSEN le parece también llegado el momento de decir adiós a la idea de un Derecho de enriquecimiento injustificado unitario. El autor defiende la tesis de que la pretensión de construir una teoría general del enriquecimiento injustificado fue una elaboración decimonónica cuyos fundamentos se encuentran hoy en día en ruinas. Lo que se aprecia hoy en los países en que llegó a codificarse un “Derecho de enriquecimiento injustificado” unitario –está pensando fundamentalmente en el caso alemán– es que existe un salto enorme entre el texto de las normas codificadas y el Derecho de enriquecimiento injustificado tal y como se aplica por los tribunales y se explica en los manuales<sup>105</sup>. A modo de conclusión opina que, aunque son reconocibles algunos elementos (funciones o principios) comunes a todas las hipótesis de enriquecimiento injustificado, resultan tan abstractos que de hecho no ayudan a una mejor aplicación del Derecho en la materia afectada, y ello ocurre así porque las hipótesis (los supuestos de hecho normativos) pertenecen a contextos diferentes, son de naturaleza jurídica fundamentalmente divergente y no hay razones para integrarlas en una pretensión general unificada<sup>106</sup>. En su comentario al artículo de JANSEN, Steve HEDLEY se muestra también partidario de la idea de que el orden y la claridad aparentes presentados por las teorías unitarias del Enriquecimiento injustificado (él se refiere a las que han protagonizado en las últimas décadas el panorama del *common law*) es en gran medida ilusoria; en su opinión, abandonar la noción de enriquecimiento injustificado podría traer más orden que el que se consigue queriendo que una categoría general explique demasiados casos que no se dejan regir por las mismas normas<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> WENDEHORST (2006, p. 263).

<sup>103</sup> WENDEHORST (2008, p. 260).

<sup>104</sup> También se muestra partidario de mantener la división por tipos y de que cada uno de ellos se trate en su sede correspondiente, sin necesidad de reunirlos bajo el paraguas común de un Derecho de Enriquecimiento injustificado, Ott (2013, pp. 285 y 286).

<sup>105</sup> JANSEN (2016, p. 135).

<sup>106</sup> JANSEN (2016, p. 144).

<sup>107</sup> HEDLEY (2016, p. 328).

### 5. Reflexión final para la valoración de los tres modelos

JANSEN propone la tesis (pensando en la codificación alemana) de que a finales del siglo XIX, con la finalidad de conseguir un modo más sencillo y racional de resolver los problemas de enriquecimiento injustificado, se codificó un Derecho que no se había usado antes y que, probablemente, tampoco se podía comprender fácilmente, pues en su afán por lograr cierta “unidad” en el tratamiento de una materia notablemente heterogénea forzaba ciertos elementos pertenecientes a tradiciones distintas e irreconciliables (la de las *condictiones* romanas y la de la doctrina de la restitución)<sup>108</sup>. Esta contradicción interna se fue poniendo de relieve paulatinamente hasta cristalizar en lo que hoy podrían considerarse los puntos débiles del Derecho de enriquecimiento injustificado alemán<sup>109</sup>.

Este modo de proceder encuentra un cierto parecido con la labor desarrollada por los autores del *Draft*, cuya propuesta, más que facilitar la tarea de armonización con un texto “de consenso” entre las soluciones más comunes, parece pensada como un “texto codificado”. El DCFR propone algo nuevo, algo que no se ha usado hasta ahora y que no se corresponde con ninguna de las experiencias jurídicas de los países miembros. Además, sus normas presentan una construcción lógico-lingüística y una estructura jurídica diferentes: altamente abstractas –hasta el punto de hacerse difícil la representación del supuesto de hecho y el conflicto de intereses subyacente, o de hacer posible que una misma norma ampare conflictos de intereses muy distintos entre sí- y con una cierta complejidad a la hora de combinar preceptos en la labor de subsunción y aplicación de la consecuencia jurídica. Opino que puede hablarse de una pérdida de percepción inmediata del supuesto de hecho normativo y su correspondiente consecuencia jurídica, y considero que se trata de una “técnica legislativa” poco deseable, por mucho que a alguno le resulte atractivo un cierto lenguaje lógico-formal capaz de “causar” respuestas adecuadas por simple cumplimiento externo de requisitos, sin que resulte perceptible la *ratio* o justicia de la solución. Esta manera de operar supone un alejamiento de la realidad jurídica tal y como es percibida por los operadores jurídicos sin necesidad de conocimientos técnicos específicos. Considero que esta observación es suficientemente importante como para hacer revisar las bases sobre las que se está proponiendo la “armonización” del Derecho privado europeo, al menos en esta materia.

También resulta “nueva” la regulación del “enriquecimiento sin causa” incluida en la

---

<sup>108</sup> JANSEN (2016, pp. 124 y ss., 133 y 134).

<sup>109</sup> KÖNIG (1981, p. 1520). Con su habitual capacidad de síntesis, el autor resume de este modo lo que considera la “debilidad” del Derecho de enriquecimiento alemán: VON KÜBEL, Redactor de la Primera Comisión del BGB, había codificado el sistema de *condictiones* del Derecho común (*condictio indebiti*, *condictio ob causam datorum*, *condictio ob turpem causam* y *condictio sine causa*). La Segunda Comisión puso en la cumbre una cláusula general, sin prever las consecuencias para el resto de preceptos (que en buena medida respondían a la lógica anterior). Esto explica la debilidad del actual Derecho de Enriquecimiento alemán en sus relaciones internas, pero también en su relación con las relaciones entre propietario y poseedor, con el derecho de protección de la propiedad, o con el derecho de gestión de negocio ajeno sin mandato.

Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2015), que ha optado por un modelo unitario<sup>110</sup>, aunque con un contenido netamente distinto al del DCFR<sup>111</sup>. GARCÍA RUBIO ha comentado las líneas generales de esa regulación<sup>112</sup> (pensada y construida sobre un supuesto genérico de enriquecimiento atribuido por el demandante al demandado<sup>113</sup>) y pone de relieve algunas carencias básicas: el “principio general” resuelve sin dificultad los casos de pago indebido por error y otras atribuciones realizadas no *solvendi causa* por error<sup>114</sup> (lo curioso es que para este cometido se presente como un principio subsidiario), pero deja sin considerar muchos de los casos que en la actualidad se encuentran insuficientemente atendidos, como los pagos indebidos sin error, los supuestos de intromisión o de impensa. Da la impresión de que ha faltado una reflexión sobre cuáles son los grupos de casos que se encuentran sin solución específica en nuestro ordenamiento, para plantear a continuación si conviene hacerse cargo de ellos, en qué sede y con qué herramientas: de modo unitario, por tipos, o cada conflicto restitutorio en su lugar. Tampoco parece que haya habido un deseo de identificar los grupos de casos más importantes que la jurisprudencia haya resuelto en los últimos años con la acción general de enriquecimiento injustificado, para valorar si lo ha hecho de una manera satisfactoria (hay casos polémicos, como el de los enriquecimientos indirectos, los enriquecimientos relacionados con la ejecución de bienes inmuebles cuya situación real –pongamos que se ha edificado sobre ellos- no se corresponde con la situación registral –donde no constan las edificaciones-, los enriquecimientos que un conviviente obtiene del otro tras la ruptura de la convivencia, etc.) y, en su caso, para plantear el modo de ofrecer una solución más adecuada. En cuanto a la consecuencia jurídica, la propuesta “insiste” en limitar el alcance de la responsabilidad al perjuicio sufrido por el demandante, lo que había sido denunciado por la doctrina por convertir la acción de enriquecimiento en una modalidad de la de daños<sup>115</sup>, y admite con carácter general la excepción de disminución del enriquecimiento, lo que resulta muy discutible fuera del ámbito del pago de lo indebido o de otros supuestos de enriquecimiento impuesto. Téngase en cuenta que la idea de un empobrecimiento –el

---

<sup>110</sup> Dentro del Libro Quinto (De las obligaciones y contratos), Título XVIII (“De las obligaciones derivadas de actos lícitos no contractuales”), el Capítulo II se titula “Del enriquecimiento sin causa” y se divide en dos secciones, la primera de “disposiciones generales” y la segunda “de la obligación de restituir” (Artículo 5182-1 a 10).

<sup>111</sup> GARCÍA RUBIO (2017, p. 260). Véase también VENDRELL (2017, p. 286, nota 10) y ZUMAQUERO (2017, pp. 29 a 32).

<sup>112</sup> GARCÍA RUBIO (2017, pp. 258 y ss., p. 277). La autora afirma sobre la propuesta que, aunque suponga un avance respecto de la situación actual, se echan en falta mayor orden, coherencia interna y con otras instituciones con las que necesariamente ha de coordinarse, así como falta de previsión de algunas materias que quedarían sin regular; en definitiva –apostilla-, falta de maduración.

<sup>113</sup> GARCÍA RUBIO (2017, p. 262): “Resulta poco discutible que la clásica figura del pago de lo indebido constituye el modelo básico sobre el que las autoras del nuevo texto construyen la que pretende ser figura general del enriquecimiento sin causa, de modo que bien puede decirse que la nueva regulación está básicamente pensando en la atribución y posterior restitución de una cosa, como muestran la mayor parte de las normas de la Sección segunda”.

<sup>114</sup> Hasta el punto de que el error parece haberse convertido en un requisito de la acción de enriquecimiento sin causa, lo que resulta inexplicable (GARCÍA RUBIO, 2017, p. 265).

<sup>115</sup> BASOZABAL (1998, p. 39).

gasto del demandante- como límite de la pretensión y la excepción de disminución del enriquecimiento son dos maneras de responder inspiradas en principios distintos: en el primer caso se trata de la búsqueda de cierto equilibrio entre quien impone un enriquecimiento de buena fe y quien se ve enriquecido de manera impuesta (por ejemplo, en el art. 361 CC)<sup>116</sup>, en el segundo se trata del principio de indemnidad del *accipiens* (por ejemplo, en el art. 1899)<sup>117</sup>.

El punto de partida del proyecto de KÖNIG (que no llegó a aprobarse) era completamente distinto: se proponía positivizar el Derecho de enriquecimiento tal y como estaba siendo aplicado por la jurisprudencia alemana, y aprovechar la reforma para reducirlo a unas líneas más esenciales, pues se había llegado a una complejidad que a todos parecía excesiva. Sin dejar de tener un grado alto de abstracción en la construcción de cada *condictio*, la delimitación de los supuestos de hecho *por tipos* acerca de manera notoria los preceptos a los conflictos de interés o, si se prefiere, sirve para describir con mayor nitidez los “tipos” de conflicto que se trata de resolver. Aunque el proyecto se presente *lege ferenda* en un bloque único que aglutina las diferentes *condictiones* (aún quedarían otros conflictos por enriquecimiento injustificado en la liquidación de contratos resueltos –en el Derecho de contratos- y en la liquidación de estados posesorios –en las relaciones entre propietario y poseedor-), KÖNIG deja claro que cada *condictio* complementa un sector distinto del Derecho privado. Este “buen hacer” consistente en “distinguir allí donde conviene hacerlo” se nota no solo en la adopción de “tipos” de *condictio* ya consolidados sino también, de manera destacada, en el tratamiento de las relaciones triangulares, lo que contrasta no poco con la postura de los responsables del Borrador: En tanto el DCFR pretende resolverlas con previsiones altamente abstractas en las que resulta difícil reconocer el o los supuestos de hecho –resulta evidente en los Arts. VII.- 2:102 y VII.- 4:103, analizados más arriba-, el proyecto de KÖNIG parte de la elección de los supuestos triangulares típicos que merecen atención (quién puede reclamar de quién en la orden de pago, el pago de tercero y la cesión de crédito) y se detiene en la configuración de cada supuesto de hecho aunque la consecuencia jurídica sea la misma. En lugar de buscar una expresión lingüística que englobe supuestos diferentes a base de abstracción, *los distingue, aunque compartan solución, porque corresponden a situaciones típicas diferentes*.

En la línea del proyecto alemán, la última reforma del Código civil francés (que sí ha llegado a convertirse en Derecho vigente) ha optado también por plasmar en el texto reformado el “estado jurídico” existente en el momento en que se realiza la correspondiente labor de actualización<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> BASOZABAL (1998, pp. 205 y ss.).

<sup>117</sup> BASOZABAL (1998, pp. 300 y ss.).

<sup>118</sup> MORALES MORENO (2017, pp. 610 y 611): “La reforma llevada a cabo por la ordenanza número 2016-131 de 10 de febrero de 2016 ha dotado al Código civil francés de una regulación general del enriquecimiento injustificado (...). Dicha reforma ha pretendido incorporar al Código civil el régimen anterior, elaborado por la jurisprudencia de la Corte de Casación. (...) La reforma del Código civil francés no ha llegado a integrar en un sistema unitario el régimen del enriquecimiento injustificado, capaz de articular las reglas generales con las particulares de determinados casos. Ha optado por mantener y adaptar la tradición

La tipología de WENDEHORST y su conciencia de que las *conditiones* sirven a funciones y sectores distintos del Derecho privado es aún más clara que en el proyecto de KÖNIG y se refleja en no pretender una regulación “unificada” (aunque distinga tipos) del Derecho de enriquecimiento. Prescinde de querer dar unas reglas generales y trata cada problema restitutorio en la sede en que se presenta. Así, el Derecho de contratos es el encargado de albergar las reglas sobre liquidación de contratos inválidos o resueltos y los problemas típicos de la *condictio ob rem* (anticipos de contratos que no llegan a celebrarse, entregas que fracasan en su propósito de lograr un acuerdo con el destinatario, etc.); la regulación del cumplimiento, dentro del Derecho de obligaciones, sería la sede apropiada para atender las atribuciones sin causa: el pago indebido –por error, por amenaza, por engaño, etc.–, el pago al acreedor aparente, el pago de tercero, etc.; el Derecho de daños acogería la *condictio* por intromisión; las mejoras en patrimonio ajeno quedarían atendidas de manera diferenciada: si hay una regulación para la obligación de restituir la cosa en la que se han incorporado las mejoras, sería ésta la que se encargue de ello, si no la hay, se acudiría a la *condictio* por impensas, que podría completar la regulación de la gestión de negocio ajeno sin mandato.

La idea de un sistema fragmentado tiene un atractivo especial para la modernización del Derecho español, cuyo Código civil presenta su propia “fragmentación”. Desde esta perspectiva, lo primero que convendría hacer *lege ferenda* es preguntarse por las “piezas” que le faltan (esto es, los tipos de conflicto que merecerían regularse) y, en su caso, dónde y cómo podrían recibir solución. En el Derecho español de “restituciones” algunas de estas “piezas” podrían ser: dentro del Derecho de contratos, parece conveniente unificar la liquidación de contratos fracasados (sea por invalidez, incumplimiento, rescisión, etc., en su caso con las distinciones que se vieran convenientes pero en una sede única: el Derecho de contratos); también podrían tratarse en esta sede las entregas *credendi causa* y los otros supuestos de la *condictio ob rem*; y ya en el Derecho de obligaciones, integrar el pago de lo indebido en la regulación del pago, junto a otros supuestos de pago que plantean sus propios conflictos restitutorios, como el pago al acreedor aparente o el pago de tercero.

En cuanto a la regulación de la *condictio* por intromisión, no termino de ver las ventajas de situarla junto a la pretensión indemnizatoria, por mucho que se destaque la “cercanía funcional” de ambas y se constate que confluyen en las acciones indemnizatorias de las Leyes de Patentes (art. 66 LM), Marcas (art. 43 LP) o Propiedad Intelectual (art. 140 LPI). Pienso que entre nosotros no se distingue aún con suficiente claridad entre ambas pretensiones, y que la cercanía en la regulación de ambas podría prolongar esa confusión. Conviene no perder de vista que, a pesar de esa “cercanía funcional” en la protección de los derechos, la función normativa que persiguen es distinta: en un caso se trata de indemnizar un daño, en el otro, de reintegrar el derecho usurpado; el elenco de intereses susceptibles

---

anterior”. Con todo, es justo señalar que la reforma francesa (en vigor) no ha estado precedida por un estudio como el que elaboró König para el proyecto que nunca llegó a estar en vigor. Ese estudio contiene además, para cada una de las *conditiones*, una síntesis de Derecho comparado (junto al modelo alemán, se sintetizan las líneas generales de los ordenamientos francés y estadounidense) que hace apreciar con mayor perspectiva la carga de sentido práctico y dogmático de cada una de las soluciones propuestas.

de resultar dañados e *indemnizados* tiene poco que ver con el de derechos susceptibles de ser usurpados y *reintegrados*. Esa diferente función me hace preferir como lugar apropiado para la regulación de la *condictio* por intromisión la protección del derecho de propiedad (y de los otros derechos reales y derechos que conceden el monopolio de explotación de su objeto a su titular), como ocurre en la situación actual: al fin y al cabo, la *condictio* por intromisión en el Derecho español se informa de los artículos 451 y ss. (liquidación del estado posesorio) y 360 y ss. CC (accesión)<sup>119</sup>. De esta manera resulta mucho más claro que cada pretensión, de daños y de enriquecimiento, tiene sus propios requisitos, funciones y consecuencias jurídicas bien diferenciados, aunque con una posible confluencia en su pretensión material<sup>120</sup>.

Finalmente convendría introducir una *condictio* por impensas o mejoras para cuando el destino de éstas al restituirse el bien mejorado no haya sido contemplado por alguna regulación típica, como ocurre en la reivindicatoria, la resolución del contrato (aunque este es un punto oscuro que habría que aclarar), la finalización de la relación de usufructo o de arrendamiento, etc. WENDEHORST propone introducirla junto a la gestión de negocio ajeno sin mandato, por ser ésta una sede que contempla las injerencias en patrimonio ajeno en beneficio del titular de éste; la *condictio* se encargaría de las injerencias en patrimonio ajeno realizadas en beneficio propio. Aunque su explicación sea clara, no tengo la impresión de que “la injerencia en patrimonio ajeno” sea una categoría que merezca aglutinar en torno a sí los supuestos de injerencia en beneficio ajeno (a resolver con la gestión), en beneficio propio (a resolver con la *condictio*) y en beneficio común (por ejemplo, entre convivientes que dejan de convivir, lo que plantea si habría que usar alguna de estas soluciones o darle una específica). Considero preferible que cada supuesto sea tratado en su lugar, de manera que la injerencia en patrimonio ajeno y beneficio propio quede en las relaciones entre propietario y poseedor, como ocurre ahora: al fin y al cabo, la *condictio* por mejoras debe informarse de las decisiones que adopta el Código en materia de liquidación del estado posesorio y de accesión, y podría regularse en esa misma sede. Probablemente merecen también una atención específica las mejoras en relaciones de convivencia sin una relación jurídica entre los convivientes, que podrían tenerse en cuenta junto a aquellas convivencias que sí cuentan con cierta regulación jurídica y prevén la liquidación de la situación patrimonial al concluir la convivencia. Todo esto plantea un reto especialmente delicado de “encaje”, pues son numerosas las normas que a lo largo del Código tratan de la compensación por mejoras, cada cual en su sede y en contextos diferentes (accesión, liquidación del estado posesorio, finalización de la relación de usufructo, ejercicio de la facultad de retraer en la venta con pacto de retro, ejercicio de la redención del censo enfiteútico) pero, en cualquier caso, parece algo más asequible que la pretensión de construir un régimen general para éstas<sup>121</sup>.

Puede aventurarse que la adopción de algunas de esas “piezas” ayudará a disminuir

---

<sup>119</sup> BASOZABAL (1998, pp. 262 y ss., 292 y ss.).

<sup>120</sup> BASOZABAL (1998, pp. 106 y ss.).

<sup>121</sup> Lo intenta BECH (2015), cuyas conclusiones dan cuenta de la complejidad del reto (pp. 721 y ss.).

notablemente el número de supuestos en los que se acude a la acción general de enriquecimiento injustificado: así, un tratamiento adecuado de las mejoras en la liquidación del contrato resuelto por incumplimiento del comprador podría evitar el reconocimiento de una acción para la restitución del enriquecimiento “indirecto”: cuando el comprador mejora el bien e incumple tanto en la relación con el vendedor como con el contratante que introdujo la mejora, el vendedor podría resolver y recuperar un bien mejorado; es una cuestión debatida y compleja si el comprador que restituye debería obtener algo por esa mejora, pero parece probable que si se diese una norma clara en la liquidación del contrato resuelto podría evitarse que sea el juez quien decida, en cada caso, si reconoce una acción al que mejoró el bien contra el vendedor que recupera el bien mejorado, lo que supone un privilegio para el contratante que mejoró frente al resto de acreedores del comprador (es el conflicto que subyace en el caso “Pescanova” de la STS, 1ª, 12.7.2000 (Ar. 6686; MP: José Ramón Vázquez Sandes) confirmada en la STS, 1ª, 22.10.2002 (Ar. 8774; MP: Teófilo Ortega Torres); la solución que se adopte debería respetar tanto el principio de relatividad del contrato como la *par conditio* de los acreedores del comprador y, en todo caso, si se decide conceder la acción contra el enriquecido, convendría saber cuáles los requisitos para que prospere<sup>122</sup>. En cuanto a la *condictio* por impensas, podría encargarse del problema planteado por las ejecuciones hipotecarias en las que el suelo se subasta sin tener en cuenta que se había edificado sobre él, de manera que se adjudica por el valor tasado del suelo y los adjudicatarios hacen suyo lo edificado por accesión en perjuicio de los titulares de derechos sobre ello. Parece aconsejable hacer un balance de otros grupos de casos que, siendo significativos, hayan planteado problemas de enriquecimiento injustificado a la jurisprudencia en los últimos años, y analizar si necesitan de alguna previsión específica para quedar bien resueltos.

Todo esto parece muy conveniente, pero no elude la cuestión final de si habría que prever el cierre del “sistema de restituciones” con una cláusula residual. El proyecto de KÖNIG la contempla respetando su estructura tipológica. WENDEHORST apuesta por la *analogia legis* con los supuestos típicos y excluye la cláusula. No conviene perder de vista que esta es una materia en la que el recurso a la cláusula residual suele encubrir el otorgamiento a la jurisprudencia de la posibilidad de juzgar en equidad los casos no previstos.

La jurisprudencia española concibe esta acción general –a grandes rasgos– como una pretensión para la restitución de lo atribuido sin causa por el demandante al demandado, de carácter subsidiario (la mayoría de supuestos habituales de enriquecimiento injustificado reciben tratamiento específico a lo largo del Código), en la que no es posible defenderse con la excepción de disminución del enriquecimiento (propia de la *condictio*

---

<sup>122</sup> VENDRELL opina que “la doctrina jurisprudencial sobre el llamado enriquecimiento indirecto constituye, a nuestro juicio, otro ejemplo que ilustra el modo en que la configuración tradicional del Derecho del enriquecimiento en nuestro ordenamiento puede desembocar en soluciones aparentemente lógicas, pero, en realidad, poco meditadas y probablemente contrarias a los principios de política jurídica que deben o deberían presidir esta institución del Derecho privado. (...) La configuración tradicional de la acción de enriquecimiento se revela, a nuestro juicio, insuficiente para solucionar adecuadamente los conflictos planteados” (2017, pp. 194 y 195, 302 y 303).

*indebiti*), pero sí es posible limitar la responsabilidad al gasto realizado por el demandante (cuando este sea inferior al enriquecimiento experimentado por el demandado; solución que nuestro codificador prevé en algunos supuestos de enriquecimiento impuesto)<sup>123</sup>. Gracias a la generalidad de los términos con los que es reconocida, la jurisprudencia no encuentra problemas para aplicarla como remedio de equidad. Como pude exponer en otro lugar, en realidad la acción no fue construida para solucionar los conflictos no previstos por la ley, sino más bien para ponerse al servicio de los tribunales en la resolución de conflictos difíciles sin tener que someterse a las pautas positivas que resuelven supuestos análogos<sup>124</sup>.

Pero si se acepta la necesidad de distinguir “grupos de casos” se introduce una novedad metodológica que no puede dejar de tener consecuencias en el modo de orientar el posible reconocimiento de una “acción general”<sup>125</sup>, pues si cada *condictio* tiene sus propias reglas para la construcción del supuesto de hecho y determinación de la consecuencia jurídica, parece razonable que la búsqueda de solución para un supuesto nuevo se oriente, bien como un caso de prestación/atribución, bien como un caso de intromisión, bien como una impensa<sup>126</sup>. Como la acción general –en su concepción actual– no cuenta con esa apertura hacia “tipos” diferentes de conflicto, la construcción de la cláusula general no evita el dilema de fondo o “conforme a qué tipo de *condictio*” debería configurarse la acción general para responder adecuadamente a las dos preguntas esenciales: cuándo puede decirse que uno se ha enriquecido “a costa” del otro y cuál es la medida de la restitución. Hay que reconocer que nuestra acción general encuentra dificultades para responder a esas preguntas en no pocas hipótesis y, desde luego, que es ajena por completo a que esas preguntas deberían plantearse por “tipos”<sup>127</sup>. El reconocimiento de una “tipología” para las

---

<sup>123</sup> Para un buen estado de la cuestión sobre la jurisprudencia en la materia, VENDRELL (2017, pp. 283 y ss.).

<sup>124</sup> BASOZABAL (1998, p. 28).

<sup>125</sup> Por ejemplo, en materia de intromisión, VENDRELL deja claro que “decidir si la resolución del caso se realiza bajo la lógica jurídica de la *condictio* por intromisión o, por el contrario, de las reglas tradicionales de la configuración jurisprudencial del enriquecimiento tiene consecuencias prácticas fundamentales” (2017, p. 294).

<sup>126</sup> Nada de esto ocurre aún entre nosotros. Como explica VENDRELL (2017, p. 311), “la jurisprudencia del TS de los últimos años permite identificar señas o indicios claros y relevantes de la introducción de la aproximación tipológica o diferenciada”, pero no conviene exagerar, pues los indicios “responden esencialmente a la asunción –más bien puntual– de un determinado planteamiento doctrinal, que no suele condicionar la solución al caso y que, de todos modos –y esto es lo verdaderamente relevante–, no ha impedido que se mantengan los rasgos fundamentales de la aproximación tradicional y unitaria”.

<sup>127</sup> No sería pequeño el avance si las preguntas en esta sede se empezaran a plantear desde la perspectiva de los diferentes tipos de *condictio*: ¿Cuál es el tipo de conflicto en el que tiene sentido aplicar el doble límite “enriquecimiento/empobrecimiento” como alcance de la responsabilidad (cuándo lo usa el Código)? ¿Cuándo tiene sentido alegar la excepción de disminución del enriquecimiento: en todos los supuestos de enriquecimiento injustificado (como pretende la Propuesta de CC de la APDC) o solo en la *condictio indebiti*, o en ésta y en otros supuestos de enriquecimiento impuesto? ¿Cuáles son los derechos o posiciones jurídicas protegidos por la *condictio* de intromisión? ¿Hay casos en los que estaría justificada la restitución de la ganancia: cuáles? ¿Cuáles podrían ser los principios de la *condictio* por impensas cuando exista una relación de convivencia entre demandante y demandado? Etcétera.

*condictiones* complica el panorama y la regulación que se proponga *lege ferenda*, pero no debería ser ignorado y, hasta cierto punto, ocultado por la existencia de una regulación única para la acción general de enriquecimiento injustificado.

Con todo, no parece fácil prescindir de una “acción general” confiando en que, una vez se haya modernizado el Derecho español de enriquecimiento injustificado, se encontrará siempre una solución típica análoga. Es verdad que, con unas herramientas más apropiadas y más flancos típicamente cubiertos, la cláusula debería resultar verdaderamente residual; y tampoco hay duda de que una acción así entendida debería considerarse subsidiaria. Sin embargo, la distinción de “tipos” pone de relieve que los problemas de “enriquecimiento injustificado” son problemas de muy diversa índole, lo que no puede ser ignorado por la “acción general”. Esto parece encaminarnos bien hacia una cláusula general de orientación múltiple -hacia todos los tipos, como propone KÖNIG- que remita al tipo de *condictio* más cercano al supuesto nuevo, bien a la necesidad de acudir a la analogía con alguno de los tipos regulados, como parece metodológicamente preferible.

El recurso a la analogía con los supuestos típicos es sin duda la opción más precisa, y aunque es previsible que genere resistencias por parte de quienes entienden la acción general de enriquecimiento injustificado como herramienta de equidad en manos de la jurisprudencia, es la opción preferible porque es la que mejor pone de relieve: 1) que de ningún modo puede partirse de un pretendido principio de que los enriquecimientos deben restituirse -como punto de partida-, salvo que haya motivos serios para retenerlos<sup>128</sup>; y 2) que la búsqueda de soluciones a supuestos atípicos no puede remitirse a un “tipo general” o “acción general” de enriquecimiento injustificado, sino a alguno de los conflictos típicos regulados. La adopción de ambos postulados constituiría un avance sólido en el orden, comprensión y precisión de nuestro Derecho de enriquecimiento injustificado<sup>129</sup>, y prescindir de la cláusula residual ayudaría de manera definitiva a adoptarlos.

---

<sup>128</sup> Las consideraciones *lege ferenda* que se realizan en este trabajo hubiesen sido menos claras de no ser por una conversación con Fernando PANTALEÓN PRIETO en la que, en el marco de la relación entre maestro y discípulo, me sugirió que procurara tomar partido con mayor decisión. Hago constar mi agradecimiento por poder disfrutar de su magisterio.

<sup>129</sup> Díez-PICAZO (1988, p. 43): “la obligación de restituir los enriquecimientos injustificados o sin causa, por más que se la tilde como principio general del Derecho posee un marcado carácter de excepcionalidad: la excepcionalidad misma de todas las obligaciones restitutorias. Creo que la regla general es la permanencia de los lucros en los patrimonios en que se producen, a los que de algún modo llegan y en los que se encuentran. Ello es así en razón a que todo el ordenamiento jurídico presenta una inevitable línea de tendencia a la defensa y conservación del *status quo* y de la paz jurídica (...). Sólo se puede demandar la alteración del *status quo* cuando existe para ello una prescripción jurídica”.

## 6. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 12.07.2000	RJ 6686	José Ramón Vázquez Sandes	"Montajes Folgar, S.A." c. "Comarfol, S.A." y "Pescanova, S.A."
STS, 1ª, 22.10.2002	RJ 8774	Teófilo Ortega Torres	Manuel G. C., Antonio I. G., Juan M. P., "Ferralla Ruiz Romero, S.L.", "Promociones y Construcciones Rodríguez Hinojosa, S.L." y "Alfredo Albarrán, S.L." c. "Conjunto Residencial San Roque, S.L." y "Parques del Molino, S.L."

## 7. Bibliografía

Xabier BASOZABAL (1998), *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid.

- (2018), "«Enriquecimiento injusto» comparado: una aproximación al Derecho inglés de Restituciones", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXI, Fascículo I, 2018, págs. 5-60.

- (2017), "Propuestas unitarias v. propuestas tipológicas en la modernización del Derecho de enriquecimiento: DFCR v. Prof. König", en Pedro DEL OLMO y Xabier BASOZABAL (dir.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, págs. 219-237.

-, (1997) "Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo L, Fascículo III, 1997, págs. 1263-1299.

Eric CLIVE (1998), "Restitution and Unjustified Enrichment", en Arthur HARTKAMP, Martijn HESSELINK, Ewoud HONDIUS, Carla JOUSTRA y Edgar DU PERRON (eds.), *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, págs. 383-394.

Josep Maria BECH (2015), *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Pedro DEL OLMO (1998), *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid.

Eric DESCHEEMAEKER (2017), "El nuevo derecho francés del enriquecimiento injustificado", en Pedro DEL OLMO y Xabier BASOZABAL (dir.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 121-167.

Luis DíEZ-PICAZO (1988), "La doctrina del enriquecimiento injustificado", en Manuel DE LA CÁMARA y Luis DíEZ-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 15-133.

Gerhard DANNEMANN (2013), "Comparisons with Book VII of The Draft Common Frame of Reference", en Charles MITCHELL y William SWADLING (eds.), *The Restatement Third: Restitution und Unjust Enrichment. Critical and Comparative Essays*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013, págs. 285-301.

Jacques DU PLESSIS (2005), "Towards a Rational Estructure of Liability for Unjustified Enrichment: Thoughts from two mixed Jurisdictions", *South African Law Journal*, 122, 2005, págs. 142-181.

María Paz GARCÍA RUBIO (2017), "Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España", en Pedro DEL OLMO y Xabier BASOZABAL (dir.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 239-282.

Birke HÄCKER (2009), *Consequences of Impaired Consent Transfers. A Structural Comparison of English and German Law*, Mohr-Siebeck, Tübingen.

Jan HALLEBEEK (2002), "Unjust enrichment as a source of obligations. The genesis of a legal concept in the European *ius commune*", *Restitution Law Review* 1, 2002, págs. 92-99.

Steve HEDLEY (2016), "«Farewell to Unjustified Enrichment?» - A Common Law Response", *The Edimburgh Law Review*, 20.3, 2016, págs. 326-337.

Phillip HELLWEGE (2004), *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- (2007), "Ein einheitliches Regelungsmodell für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge", *JuristenZeitung* 7/2007, págs. 337-344.

Nils JANSEN (2016), "Farewell to Unjustified Enrichment?", *The Edimburgh Law Review*, 20.2, 2016, págs. 123-148.

Detlef KÖNIG (1981), "Ungerechtfertigte Bereicherung", en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, II, Bundesanzeiger, Köln, 1981, págs. 1515-1590.

Thomas KREBS (2001), "In Defense of Unjust Factors", en David JOHNSTON y Reinhard ZIMMERMANN, *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2001, págs. 76-100.

Sonja MEIER (2017), "Unwinding Failed Contracts: New European Developments", *The Edinburgh Law Review*, 21.1, 2017, págs. 1-29.

Antonio Manuel MORALES MORENO (2017), "Tradición e innovación en la nueva regulación del enriquecimiento injustificado del Código Civil Francés", J. en EMBID José María MIQUEL y Antonio Manuel MORALES MORENO (dir.), *Estudios Jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Colegio de Registradores y de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2017, págs. 583-611.

Tobias OTT (2013), *Das Bereicherungsrecht im Draft Common Frame of Reference (DCFR) aus deutscher Sicht*, Nomos, Baden-Baden.

Encarnación RICART (2009), "El enriquecimiento injustificado en el draft CFR", en Esteve BOSCH E. (dir.), *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 321-345.

Elsa SABATER (2011), "Libro VII. Enriquecimiento injustificado", en Eduardo VALPUESTA (coord.), *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo, Marco común de referencia y Derecho español*, Bosch, Barcelona, 2011, págs. 477-498.

Lionel SMITH (2007), "Demystifying Jurisic Reasons", *Canadian Business Law Journal*, 45, 2007, págs. 281-304.

Jan SMITS (2008), "A European Law on Unjustified Enrichment? A Critical View of the Law of Restitution in the Draft Common Frame of Reference", *Stellenbosch Law Review* 19, 2008, págs. 179-188.

Jan SMITS y Vanessa MAK (2011), "Unjust Enrichment", en Francesca FIORENTINI y Luisa ANTONIOLLI, *Common Core of European Law Project; a Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Sellier, 2011, págs. 249-268.

Stephen SWANN (2006), "A Guide to the Principles of European Law on Unjustified Enrichment", *ERA Forum*, Volume 7, Issue 2, 2006, págs. 234-243.

Carles VENDRELL (2009), "Subcontratación, insolvencia del contratista y pretensiones restitutorias del subcontratista: el estado de la cuestión en derecho español y la solución del VII-2:102 del Marco Común de Referencia", en Esteve BOSCH (dir.), *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 445-460.

- (2017), "El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en Pedro DEL OLMO y Xabier BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 283-337.

Christian VON BAR (2006), "The Principles of European Law (PEL) on Benevolent Intervention in Another's Affairs and on Unjustified Enrichment", *ERA Forum*, Volume 7, Issue 2, 2006, págs. 204-219.

Tammo WALLINGA (2017), "*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*. Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro: Principio y práctica del Derecho romano de enriquecimiento", en Pedro DEL OLMO y Xabier BASOZABAL (dir.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 23-36.

Christiane WENDEHORST (2006), "The Draft Principles of European Unjustified Enrichment Law prepared by the Study Group on a European Civil Code: A Comment", *ERA Forum*, Volume 7, Issue 2, 2006, págs. 244-264.

- (2008), "Ungerechtfertigte Bereicherung", en Reiner SCHULZE, Christian VON BAR, Hans SCHULTE-NÖLKE (dir.), *Der Akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, Kontroversen und Perspektiven*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, págs. 215-260.

Reinhard ZIMMERMANN (2004), "*Restitutio in integrum*. Die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge nach den Principles of European Contract Law, den Unidroit Principles und dem Avant-projet eine Code Européen des Contrats", en *Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer*, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München, 2004, págs. 735-754.

- (2000), *Estudios de Derecho Privado Europeo* (traducción de Antoni VAQUER), Civitas, Madrid.

Laura ZUMAQUERO (2017), "El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo", *InDret* 2/2017 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), págs. 1-53.