

Concepción *real* y concepción *patrimonial* del enriquecimiento en el sistema de los artículos 2.037 y 2.038 del Código civil italiano*

PRELIMINAR

«No hay, en el turbulento océano del Derecho, piélago más profundo y peligroso que el Tratado de la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones», afirmaba, allá por el año 1562, el jurista francés DUMOULIN, más conocido como MOLINAEUS... Quizá, en su momento, aquella dramática afirmación fuera absolutamente cierta: hoy día ya no lo es tanto. Porque aquel dramatismo de peligrosidad y profundidad se ha venido desplazando, lenta, pero limpiamente, hacia otras zonas del Derecho Civil, prácticamente inexploradas en aquellas lejanas calendas. Por ejemplo: hacia el enriquecimiento injustificado (como figura genérica) y hacia el pago de lo indebido (como especie por excelencia de ese género). He aquí dos temas eternos del Derecho Civil (las fuentes romanas no dejan lugar a dudas). He aquí dos temas que, pese a su «eternidad», no han merecido la plena atención de la civilística hasta bien avanzado el siglo XIX. He aquí dos puntos que, por seguir el símil náutico de MOLINAEUS, todos los civilistas han marcado con tres cruces rojas de peligro en sus cartas de navegación, y en donde más de uno ha naufragado. He aquí, en fin, dos temas que parecen no tener secretos para nuestro invitado

(*) *Concezione «reale» e concezione «patrimoniale» dell'arricchimento nel sistema degli articoli 2.037-2.038 del codice civile* (Milán, 1973, ed. Giuffrè). Traducción española expresamente autorizada por la firma editorial... y gentilmente ofrecida por el profesor MOSCATI a este traductor y a esta Revista.

de hoy: el profesor italiano ENRICO MOSCATI, ya conocido del lector español a través de las páginas de esta Revista (**).

El pensamiento de MOSCATI (modelo de coherencia a lo largo y ancho de las muchísimas páginas que ha dedicado a estos dos temas) no puede ser más claro ni más sugerente: existe pago indebido siempre que una prestación de «dare» no se corresponda, matemáticamente, con una previa, lícita y exigible obligación, perfectamente delimitada en todos y cada uno de sus elementos. Así las cosas, la primera conclusión cae por su propio peso: el pago por error no puede, ni debe, tener sustantividad propia como tal institución jurídica. Porque sus (pequeñas) diferencias de trato jurídico, dentro del contexto general del pago de lo indebido, no autorizan, al menos dentro del Derecho italiano, a tipificarlo como «unidad especial». Y es que esa pretendida especialidad comienza con un requisito previo (la excusabilidad del error) y sigue, agotándose en él, con un único efecto: la posibilidad legal de que el solvens repita el pago frente al accipiens, cosa que jamás podrá ocurrir (seguimos inmersos en el Código) cuando el que paga lo hace a ciencia y conciencia de no ser el verdadero deudor.

Dicho con otras palabras: todo pago indebido entraña violación a uno de los principios rectores del Derecho Civil en materia de actos traslativos, y con ello nos estamos refiriendo al supremo principio de la Causalidad. Todo pago indebido entraña, por definición, inexistencia de una obligación anterior. En consecuencia, y una vez efectuado el pago, las cosas, por elemental justicia, han de retornar a sus posiciones de partida. Evidentemente, no siempre es factible este retorno. ¿Qué ocurrirá, por ejemplo, cuando el accipiens ha extraviado la cosa, o la ha enajenado, o, simplemente, ha existido deterioro? ¿Hasta qué punto juega en su favor o en su contra la buena o mala fe? ¿Qué ocurre con el tercer adquirente? ¿Qué se debe restituir: la totalidad del enriquecimiento, o solamente hasta el límite del valor de la cosa? A todas estas preguntas, y a alguna que otra más en torno a este delicadísimo problema, responde hoy nuestro ilustre invitado, a quien, sin más, cedemos la palabra.

(**) Vid. núm. 532 (mayo-junio 1979), págs. 557 a 586: *Apuntes histórico-constructivos acerca de la pretendida contraposición entre pago indebido objetivo y subjetivo.*

SUMARIO: 1) Premisas generales. Obligación de restituir *in natura* la cosa específica recibida indebidamente y concepción «real» del enriquecimiento. 2) Sistema mixto adoptado, en relación con la buena fe del *accipiens*, en caso de pérdida o deterioro de la cosa. Concepción «patrimonial» y valoración del enriquecimiento logrado por el adquirente de buena fe. 3) *Ulteriores vicisitudes de la cosa: enajenación a título oneroso*. Obligación del *accipiens* de mala fe de restituir la cosa *in natura* y restitución de su equivalente. Poder del *solvens* de exigir lo obtenido a cambio de la enajenación. 4) *Ulteriores vicisitudes de la cosa: enajenación a título oneroso* (cont.). Enajenación por parte del adquirente de buena fe. Sustitución de la cosa por lo obtenido a cambio. Posibilidad de detraer los gastos llevados a cabo para la conclusión y la ejecución del contrato. 5) *Ulteriores vicisitudes de la cosa* (conclusión): enajenación a título gratuito. Responsabilidad del tercer adquirente.

PREMISAS GENERALES. OBLIGACION DE RESTITUIR «IN NATURA» LA COSA ESPECIFICA RECIBIDA INDEBIDAMENTE Y CONCEPCION «REAL» DEL ENRIQUECIMIENTO

Uno de los supuestos de hecho más interesantes del pago de lo indebido es, ciertamente, el de la entrega de cosa determinada o específica, ya sea por la compleja redacción de los artículos 2.037 y 2.038, ya por su autonomía dogmática en relación a otras hipótesis, reconducidas al artículo 2.033 (1).

Transcribimos, para el lector español, los tres citados preceptos (T-1):

2033 (*Indebido objetivo*): El que ha llevado a cabo un pago no debido tiene derecho a repetir lo pagado. Tiene derecho, además, a los frutos e intereses desde el día del pago si el que lo recibió obró de mala fe, o, en caso contrario, desde el día de presentación de la demanda.

2037 (*Restitución de cosa determinada*): El que ha recibido indebidamente una cosa determinada está obligado a restituirla.

Si la cosa ha perecido, incluso por caso fortuito, el que la ha recibido de mala fe está obligado a restituir el valor; si solamente ha existido deterioro, el que la entregó puede pedir ya su equivalente, ya su restitución, con indemnización por la disminución de valor.

El que ha recibido la cosa de buena fe no responde de la pérdida o deterioro de la misma, aunque haya sido por acto propio, sino en los límites de su enriquecimiento.

2038 (*Enajenación de la cosa indebidamente recibida*): El que, habiendo recibido la cosa de buena fe, la ha enajenado antes de saber que estaba obligado a restituirla, tiene la obligación de reembolsar lo que haya obtenido a cambio. Si esto último es todavía debido, el que pagó lo

(1) El profesor MOSCATI entiende que los artículos 2.037-2.038 del Codice son inaplicables al caso de pago de una suma de dinero o de cosa fungible, y se remite, para un futuro—que deseamos muy próximo—a su libro *Pagamento dell'indebito*, parte integrante de los *Comentarios al Codice* de SCIALOJA y BRANCA, actualmente en curso de imprenta.

(T-1.) Los preceptos transcritos se encuentran en el Libro IV (de las obligaciones), Título VII (del pago de lo indebido). A destacar, para el lector español, que en el Codice no existe referencia alguna a la figura del *cuasi-contrato*.

indebido se subroga (*subentra*) en el derecho del enajenante. En caso de enajenación a título gratuito, el tercer adquirente está obligado, dentro de los límites de su enriquecimiento, hacia el que pagó lo indebido.

El que ha enajenado la cosa con mala fe, o después de haber sabido que estaba obligado a restituirla, ha de devolver la cosa misma (*in natura*) o su valor. No obstante, el que pagó indebidamente puede exigir lo obtenido a cambio, y también puede actuar directamente para conseguirlo. Si la enajenación ha tenido lugar a título gratuito, el adquirente, cuando el enajenante haya sido inútilmente sujeto a excusión, viene obligado, dentro de los límites de su enriquecimiento, hacia el que indebidamente pagó.

El presente trabajo no trata de afrontar los numerosos problemas a que da lugar el supuesto de hecho a que acabamos de hacer referencia. Su objetivo es, simplemente, examinar con detalle un solo y determinado matiz del mismo, que solamente de unos años a esta parte ha atraído la atención de la doctrina italiana. Nos referimos a la *valoración del enriquecimiento del «accipiens»*, en relación con la buena o mala fe del mismo (subrayado del traductor). Vamos a seguir, a través de la exégesis de los artículos 2.037-2.038, las posibles vicisitudes de la cosa, desde el día de la *solutio* hasta el momento de la repetición.

La obligación de restituir *in natura*, sancionada por el apartado primero del artículo 2.037 (que constituye, sin duda alguna, el principio básico de la hipótesis que examinamos), aparece inspirado por una especial concepción del enriquecimiento que, usando la terminología corriente en nuestra literatura jurídica más moderna, se suele llamar «real», en contraposición con la llamada «patrimonial» (2). Según la primera de estas concepciones, cuando indebidamente se recibe una cosa determinada, el enriquecimiento coincide con la cosa misma (3), que, por consiguiente, ha de ser restituida al *solvens* en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del indebido pago (4).

(2) En tal sentido, *vid.* RESCIGNO, epígrafe *Ripetizione dell'indebito*, en *Nov. Dig. it.*, XV, Turín, 1968, págs. 1233 y ss. La distinción entre las dos concepciones del enriquecimiento, incluso no siendo extraña a nuestra doctrina menos reciente (cfr. G. ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milán, 1940, págs. 227 y ss.), ha sido, sin embargo, perfilada definitivamente sobre la huella del pensamiento de FLUME (*Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, Gotinga, 1953; *Festschrift für H. Niedermeyer*, págs. 129 y ss.), por P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milán, 1962, págs. 117 y ss. Por el contrario, BARBIERA (*L'ingiustificato arricchimento*, Nápoles, 1964, pág. 287) entiende que no cabe hablar en nuestro ordenamiento de una concepción «real».

(3) Tal opina BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milán, 1964, págs. 370 y ss., y, recientemente, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 118.

(4) *Vid.*, al respecto, en jurisprudencia, la S. de Casación de 20 de enero de 1960, y, en la doctrina, ANICHINI, *Pagamento dell'indebito*, en el *Commentario del cod. civ.*, a cargo de AMELIO y FINZI, *Delle obbligazioni*, III (Florenia, 1949, página 195). Dado que la obligación de restituir *in natura* se agota con la restitución de la cosa materialmente recibida, no tiene mayor importancia el hecho de que su valor haya sufrido cambios, como consecuencia del juego de la oferta y la demanda,

Así las cosas, el mecanismo del citado artículo 2.037, apartado 1, no se aleja del planteamiento general de la *condictio*, toda vez que se halla orientado, concretamente, hacia el objeto de la prestación del *solvens*, sin que tenga relevancia alguna el resultado que la misma provoque en la esfera del *accipiens* (5).

Por consiguiente, sean cuales fueren las vicisitudes de la cosa, incluso su pérdida, el adquirente (T-2) vendría liberado de cualquier tipo de responsabilidad hacia el *solvens*, siempre que no concurra una hipótesis de *perpetuatio obligationis*, en cuyo punto y hora habría de responder por el valor de la cosa (6). Es de destacar que, en este sistema, el deterioro viene asimilado a la pérdida de la cosa, cuando se trata de imposibilidad parcial de la prestación de restituir. Si, por el contrario, el *accipiens* ha dispuesto de la cosa, obteniendo a cambio una contraprestación, estaríamos ante un fenómeno de subrogación real (7), toda vez que a la cosa originariamente debida sustituiría ahora el precio obtenido con la enajenación.

respecto al primitivo que tenía al momento del pago indebido; una eventual indemnización por el menor valor del bien solamente se puede configurar como resarcimiento del daño (S. de apelación, Venecia, 27 de mayo de 1955).

(5) En relación con tal planteamiento de la *condictio*, vid. MOSCATI, epígrafe *Pagamento e ripetizione dell'indebito* (*Enc. del dir.*, XXI, Milán, 1971, pág. 95), y anteriormente FLUME, *ob. cit.*, pág. 150. Vid., igualmente, nota 13, *infra*.

(T-2.) MOSCATI emplea la palabra *percipiente* y no la muy clásica en él de *accipiens*. Creemos que bajo esta acepción (al menos dentro de este epígrafe) podemos incluir no solamente al *accipiens*, sino también a los sucesivos adquirentes, objeto de examen en los epígrafes 3, 4 y 5 de este estudio.

(6) En tal sentido, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 118, y análogamente el Code francés en su artículo 1.379. En el sistema del BGB el adquirente de buena fe viene obligado, caso de imposibilidad de restituir *in natura*, a entregar al *solvens* el valor de la cosa (*Wertersatz*), según el par. 818, 2. Tal responsabilidad del *accipiens* viene, sin embargo, subordinada, además de a su buena fe, al hecho de que aún exista enriquecimiento al tiempo de la demanda; en otro caso, nada debe entregar al *solvens* (par. 818, 3). Si, por el contrario, el adquirente es de mala fe está obligado en todo caso a resarcir el daño (acerca de la responsabilidad del *accipiens* de buena fe, vid., por todos, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo II, 1959, trad. de J. Santos Briz). En cuanto al adquirente de mala fe, vid. *infra* nota 34.

(7) Así, FLUME, *ob. cit.*, pág. 129, y P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 118. Más en general, para una crítica de la configuración de la *condictio*, en el caso de prestación de cosa específica, como pretensión con objeto variable, vid. G. ANDREOLI, *ob. cit.*, págs. 230 y ss.

(T-3.) (En relación con la nota T-2): Ahora sí: MOSCATI emplea, inequívocamente, la palabra *terzo*.

SISTEMA MIXTO ADOPTADO, EN RELACION CON LA BUENA FE DEL «ACCIPIENS», EN CASO DE PERDIDA O DETERIORO DE LA COSA. CONCEPCION «PATRIMONIAL» Y VALORACION DEL ENRIQUECIMIENTO LOGRADO POR EL ADQUIRENTE DE BUENA FE

Esta rigurosa acogida de la «concepción real» provocaría, como acabamos de ver, una serie de consecuencias no menos rigurosas. Consecuencias que, no obstante, resultan notablemente amortiguadas en los sucesivos apartados de los artículos 2.037 y 2.038. De la lectura de las normas en su contexto, y sobre todo sin perder de vista la normativa del tercer adquirente (T-3) que haya adquirido a título gratuito del *accipiens* (art. 2.038), se obtiene la impresión de que el legislador ha preferido seguir un sistema mixto, por así decirlo.

Evidentemente: si, por una parte, es cierto que el enriquecimiento es «real», visto desde el lado del adquirente de mala fe (obligado, en el peor de los casos, a restituir el equivalente de la cosa perdida o deteriorada) (8), no es menos cierto que la normativa legal del *accipiens* de buena fe se relaciona, al menos en parte, con la concepción «patrimonial» (9). Dicho con otras palabras: mientras que el adquirente de mala fe viene obligado al pago del valor de la cosa perdida, o a una indemnización equivalente a la disminución del valor de la cosa, cuando existe deterioro (siempre que el *solvens*, en este último caso, no prefiera recibir el equivalente del valor del bien, en lugar de la restitución *in natura*) (10),

(8) FLUME (*ob. cit.*, págs. 129 a 131) entiende que el *desplazamiento* de la obligación del adquirente de mala fe, en caso de imposibilidad de restituir *in natura*, no supone abandono de la concepción «real» del enriquecimiento, toda vez que, incluso en tal caso, la *condictio* sigue orientada hacia la prestación del *solvens* desde el momento en que el valor no representa sino una simple subrogación de la cosa que había de ser restituida.

(9) *Vid.*, al respecto, las agudas observaciones de P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, páginas 119 y ss.

(10) Así opinan, en la doctrina, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milán, 1958, pág. 512, y BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Turín, 1962, pág. 804. RESCIGNO en su epígrafe *Ripetizione...*, cit., pág. 1235, hace notar que el deber de entregar el equivalente es, al mismo tiempo, una deuda de indemnización y una deuda de valor. En la jurisprudencia, *vid.* la S. del Tribunal de Forlì, 17 de mayo de 1947, en la que se precisa que el valor de la cosa a restituir viene determinado sobre la base de los precios corrientes al tiempo de la conversión de la obligación originaria y de la *solutio* efectiva del equivalente. Bajo el imperio del anterior Codice se pensaba, por el contrario, que el equivalente vendría determinado por el mayor valor resultante entre dos momentos: cumplimiento de la prestación por parte del *solvens*, o momento de restitución de la cosa (así, PACCHIONI, *Dei quasi-contratti*, Padua, 1938, pág. 109), o, en fin, valor corriente al tiempo de su desaparición, salvo variaciones de poder adquisitivo de la moneda (en este último sentido, *vid.* G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'in-*

por el contrario, el *accipiens* de buena fe responde, como máximo, dentro de los límites de su propio enriquecimiento. Más concretamente: aun cuando el adquirente de buena fe resulta liberado de todo tipo de responsabilidad hacia el *solvens* por pérdida o deterioro de la cosa, y por más que éste o aquélla le sean imputables, si, pese a todo, el bien ha desaparecido por su consumo o por su transformación económico-física, el adquirente de buena fe ha de restituir al *solvens* el enriquecimiento obtenido por su consumo o transformación (11). La situación es análoga en caso de deterioro: la cosa ha de ser devuelta en el estado en que se halla (12).

A este respecto, resulta evidente que si la exoneración de responsabilidad del adquirente de buena fe, en sus relaciones con el *solvens*, por pérdida o deterioro de la cosa, tiene mucho de concepción «real», por cuanto (teniendo la *condictio* como objeto propio el bien materialmente entregado, y no su valor abstracto) (13), el deterioro, total o parcial, de la cosa a restituir ha de comportar, en esos mismos límites, la extinción de la pretensión del *solvens*, resulta igualmente claro que la obligación de restituir el enriquecimiento (aunque la cosa se haya perdido o deteriorado) se inspira en la concepción «patrimonial», a tenor de la cual hay que tener en cuenta no tanto el bien indebidamente pagado y sus ulteriores vicisitudes, sino también las posibles repercusiones del pago en el total patrimonio del adquirente, así como los gastos eventualmente realizados o, en general, ligados, en cualquier forma, con el hecho productor del enriquecimiento (14). Evidentemente: si el legislador hubiera

debito, Padua, 1940, págs. 206 y ss.). En torno al artículo 2037, 2, como hipótesis de obligación alternativa, con derecho de elección a favor del acreedor, *vid. infra* nota 24.

(11) En tal caso asistiríamos a la extinción de la pretensión originaria de restituir *in natura*, surgiendo, en su lugar, una nueva pretensión cuyo objeto sería el valor del enriquecimiento. (Tal piensa P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, págs. 126 y 148; igualmente ANDREOLI, *ob. cit.*, págs. 183 y ss.)

(12) *Vid.* BARASSI, *ob. cit.*, II, pág. 375, en tesis que suscribe P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 148.

(13) La actual configuración de la institución ha venido a «retroceder» al Derecho romano, cuyo sistema de *condictiones* tenía una base «real». (Así, DERNBURG, *Pandette, Diritto delle obbligazioni*, II, traducción de F. B. CICALA, Turín, 1903, pág. 602.) Para un amplio tratamiento histórico del problema, *vid.* el muy citado trabajo de FLUME, págs. 130 y ss. A este respecto se ha hecho notar que el mismo BGB viene generosamente inspirado por el modelo romanístico. (En tal sentido, ESSER, *Schuldrecht*, II, *Besonderer Teil*, Karlsruhe, 1971, pág. 376.)

(14) En tal sentido, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, págs. 118 y ss. A tal respecto, opina este autor que cuando la cosa haya perecido, sufrido deterioro o sido objeto de expropiación, y el adquirente haya obtenido una suma de dinero como resarcimiento del daño o indemnización, esta suma sería la base sobre la cual se calcularía su enriquecimiento, por más que haya de tenerse en cuenta los gastos llevados a cabo para conseguirla; tal sería el caso de las costas procesales (páginas 127 y ss.), pero no de los premios derivados de un previo contrato de se-

seguido con todo rigor la concepción «real» del enriquecimiento, el riesgo por pérdida o deterioro de la cosa hubiera corrido íntegramente a cargo del *solvens*, sin imponer al adquirente de buena fe obligación alguna de restituir, ni siquiera en los límites de su enriquecimiento (15). Por otra parte, incluso cuando prevalece la concepción «real» (tal es el caso de la restitución *in natura*, en cuyo supuesto no existen grandes diferencias de trato entre el *accipiens* de buena o de mala fe, salvo en lo tocante al régimen de los frutos en el acto de la restitución), siempre se da una cierta conmixtión de ambos criterios (real y patrimonial). Así, todo adquirente tiene derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2.040, al reembolso de gastos y mejoras (16).

Como confirmación de todo lo hasta ahora expuesto, séanos permitido llamar la atención del lector sobre la importancia del hecho de que el «*accipiens*» de buena fe viene obligado en los límites de su enriquecimiento (subrayado del traductor). Esto significa, sobre todo, que tal enriquecimiento no representa, *sic et simpliciter*, subrogación del objeto originario de la pretensión del *solvens*, por cuanto el adquirente no viene obligado a restituir el enriquecimiento que supere el valor de la cosa (17) (nuevo subrayado del traductor, por entender que en esta frase radica la clave del arco del pensamiento moscatiano).

La concepción «patrimonial» del enriquecimiento supone la obligación del *accipiens* de restituir a la esfera del *solvens* no el total enriquecimiento logrado a través del consumo o transformación de la cosa indebidamente recibida, sino, por el contrario, la menor suma resultante de la comparación entre el enriquecimiento y un segundo término de re-

guro, los cuales, por el contrario, vendrían a equipararse, en disciplina jurídica, a las reparaciones ordinarias, dentro de la normativa general de la normal gestión de la cosa (págs. 157 y ss.).

(15) Para una aplicación de tal criterio a la repetición de lo indebido subjetivo ex artículo 2.036, *vid.* el citado trabajo de P. TRIMARCHI, págs. 120 y ss.

(16) G. ANDREOLI (*ob. cit.*, pág. 230) hace notar que esta contrapretensión del adquirente es, precisamente, la que ha llevado a la doctrina alemana a configurar la acción de enriquecimiento, en el caso que nos ocupa, como una pretensión cuyo objeto sea la restitución del incremento de valor, y, precisamente, el enriquecimiento como valor correspondiente a la diferencia entre la cuantía actual del patrimonio y la que hubiera tenido éste si no hubiera ocurrido el hecho productor del enriquecimiento.

En términos más generales, acerca de la problemática conectada al reembolso de gastos en la restitución de cosa determinada, séanos permitido remitirnos a nuestra obra *Pagamento dell'indebito*, cit., sobre todo, al analizar el artículo 2.040.

(17) *Vid.*, en tal sentido, BARASSI, *ob. cit.*, II, pág. 372; MORI-CHECCUCCI, *L'arricchimento senza causa*, Florencia, 1943, pág. 132, y G. ANDREOLI, *ob. cit.*, página 56. En contra, y en la doctrina menos reciente, DERNBURG, *ob. cit.*, II, página 602. Para este autor el adquirente podría ser llamado a responder en medida ciertamente muy superior al enriquecimiento logrado.

ferencia (18). La pretensión del *solvens*, en efecto, ha de venir enmarcada, de una parte, por el importe de la pérdida sufrida (valor de la cosa entregada), y, de otra, por las ventajas obtenidas por el adquirente como consecuencia del pago (enriquecimiento neto, deducidos los gastos y otros elementos pasivos) (19).

Con otras palabras: dado que la ley habla de restitución «en los límites» y no «en la medida» del enriquecimiento (20), el *accipiens* vendrá obligado a restituir el enriquecimiento, pero sólo cuando éste sea inferior al valor de la cosa perecida o transformada. En caso contrario, el *solvens* podrá solicitar, simplemente, el valor de la cosa. La opinión contraria, a cuyo tenor el adquirente de buena fe respondería siempre y en todo caso por el valor del enriquecimiento, aparece en abierto contraste no sólo con el tenor literal del artículo 2.037, 3 («en los límites de su propio enriquecimiento»), sino también con el sistema de los artículos 2.037 y 2.038, caracterizados por un tratamiento mucho más favorable hacia el adquirente de buena fe. Semejante tesis expondría a este último, cuando el enriquecimiento superase al valor de la cosa, a una responsabilidad más grave que la del adquirente de mala fe, obligado, en el peor de los casos, a restituir el equivalente del valor del bien perecido (21).

(18) Tal opina BARASSI, *ob. cit.*, II, pág. 372. Aun cuando la formulación del artículo 2.037, 3, es diversa de la del 2.041, 1, al faltar una explícita alusión a la pérdida experimentada por el *solvens*, es de destacar que el enriquecimiento logrado por el *accipiens* de buena fe representa solamente el límite máximo de la restitución y no el objeto de la pretensión del empobrecido. (*Vid.*, al respecto, MORI-CHECCUCCI, *ob. cit.*, pág. 132.) En contra, SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Turín, 1959, pág. 96. Para este autor, si se confrontan el artículo 2.038, 1, y el 2.037, se llega al principio opuesto: el receptor de buena fe debe restituir el total enriquecimiento obtenido del consumo total o parcial de la cosa.

(19) *Vid.*, acerca de este punto, BARASSI, *ob. cit.*, II, pág. 372; MORI-CHECCUCCI, *ob. cit.*, pág. 132. Para este último autor se deduce muy fácilmente de la comparación entre los apartados 2 y 3 del artículo 2.037 que el enriquecimiento obtenido por el adquirente de buena fe es algo conceptualmente distinto al valor de la cosa indebidamente recibida.

(20) Para una crítica del diverso contenido conceptual de los términos «medida» y «límite», *vid.* MORI-CHECCUCCI, *ob. cit.*, pág. 149.

(21) El sistema del artículo 2.037, 3, puede conducir a resultados inicuos cuando se trata de prestación de cosa determinada, entregada como ejecución de un contrato traslativo inválido, toda vez que en caso tal el vendedor-*solvens* vendría obligado a restituir la totalidad del precio recibido, sin poder recuperar del comprador-*accipiens* la cosa a éste entregada. Acoger integralmente la posibilidad de este riesgo resulta particularmente inicuo siempre que la imposibilidad de la restitución *in natura* se conecte a un hecho producido por el adquirente de buena fe. En cuanto a la doctrina alemana y en sus intentos de obviar estos inconvenientes, al menos en parte, reconduciendo el caso a la teoría del «saldo», *vid.* FLUME, *Der Wegfall...*, cit., págs. 148 y ss., y VON CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, en *Feistschrift für E. Rabel*, I, Tubinga, 1954, págs. 384 y ss.

ULTERIORES VICISITUDES DE LA COSA: ENAJENACION A TITULO ONEROSO. OBLIGACION DEL «ACCIPIENS» DE MALA FE DE RESTITUIR LA COSA «IN NATURA», Y RESTITUCION DE SU EQUIVALENTE. PODER DEL «SOLVENS» DE EXIGIR LO OBTENIDO A CAMBIO DE LA ENAJENACION

Al pasar al examen de la hipótesis de enajenación de la cosa indebidamente pagada, no creemos necesario modificar las conclusiones a que hemos creído llegar, toda vez que la disciplina adoptada por el artículo 2.038 no difiere, a grandes rasgos, del sistema del artículo 2.037. También aquí está presente la concepción «real» del enriquecimiento en la responsabilidad del adquirente de mala fe (o del que haya dispuesto del bien una vez conocida la obligación de restituirlo) (22), desde el momento en que la obligación de reembolsar al *solvens* el valor de la cosa enajenada toma cuerpo. Es decir: desde el momento en que resulte materialmente imposible la restitución *in natura* (23).

Con otras palabras: *el «accipiens» de mala fe viene obligado, sin distinción entre actos a título oneroso o gratuito, a recuperar el bien de manos del tercer adquirente, de forma que solamente en caso de que ello resultare imposible, vendría a quedar libre en relación con el «solvens», pagándole el valor de la cosa* (subrayados del traductor). La opinión contraria de una parte de la doctrina que, haciendo especial hincapié en el tenor literal de la norma («... está obligado a restituirla *in natura* o a restituir el valor...»), habla de obligación alternativa (24), aparece en abierto contraste con el espíritu del sistema.

(22) Acerca de la equiparación de responsabilidad, por enajenación de la cosa indebidamente recibida, entre mala fe inicial o sobrevenida, *vid.* MOSCATI, *Pagamento...*, cit., en su glosa de los artículos 2.037 y 2.038.

(23) *Vid.* en idéntico sentido, G. ANDREOLI, *ob. cit.*, págs. 195 y ss.; ANICHINI, *ob. cit.*, pág. 197; MESSINEO, *Manuale...*, cit., V. pág. 513, y, en jurisprudencia, la S. de Casación de 17 de diciembre de 1968. En contra, y en la huella de la *Relazione al Re*, BARASSI, *ob. cit.*, II, pág. 378 (para el cual el adquirente de mala fe tiene la facultad de liberarse con cualquiera de los dos modos indicados en el artículo 2.038, 2); FALQUI-MASSIDA y JACCHIA, *Promesse unilaterali. Gestioni d'affari. Ripetizione dell'indebito. «Solutiretentio». Arricchimento senza causa*, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dirigida por Bigavi, Turín, 1968, página 589.

(24) Así, textualmente, RESCIGNO, epígrafe *Ripetizione...*, cit., pág. 1236. De obligación alternativa se habla igualmente en la doctrina, a propósito de la facultad del *solvens* de pretender, frente al adquirente de mala fe, en caso de deterioro de la cosa, o bien el equivalente, o bien la restitución *in natura*, con indemnización por la disminución de valor (art. 2.037, 2). Nos hallaríamos así ante un caso de alternativa *ex lege*, en la que el poder de elección se atribuye excepcionalmente al acreedor (*rectius*: al *solvens*). *Vid.*, sobre este punto, SMIROLDO, epígrafe «Obligación alternativa y facultativa», en el *Noviss. Dig. it.*, XI, Turín, 1965, págs. 623 y ss., especialmente pág. 625, nota 11.

Evidentemente: si es exacta la doble premisa de que la ley tiende a la restitución *in natura* de la cosa indebidamente recibida (art. 2.037, 1), y de que la pérdida de la disponibilidad material del bien, como consecuencia de un acto de disposición, produce, en cierto modo, los mismos efectos que la pérdida de la cosa (imposibilidad de restituir *in natura*)... es evidente que, mientras esa recuperación no resulte imposible, el adquirente de mala fe no queda liberado de responsabilidad si se limita a restituir al *solvens* el equivalente pecuniario del valor del bien (25). En el caso que contemplamos, no se atribuye al *accipiens*-deudor derecho alguno de elección entre una y otra prestación, al modo del artículo 1.285

(A cuyo tenor: «El deudor de una obligación alternativa se libera ejecutando una de las dos prestaciones previstas (*dedotte*) en la obligación, pero no puede obligar al acreedor a recibir parte de una y parte de otra».) (T-4.)

... toda vez que en la obligación se contempla una sola de ellas; precisamente la de restituir *in natura*.

Por otra parte, tampoco se puede decir que exista un fenómeno de subrogación real, en el sentido de que el objeto originario de la pretensión del *solvens* sería sustituido por el valor de la cosa enajenada. Ciertamente: aun cuando la concepción «real» del enriquecimiento comporte la extinción de la pretensión del *solvens* siempre que resulte imposible la restitución *in natura* (26), no existe, en el caso contemplado, liberación del deudor-*accipiens*. La mala fe del adquirente, o, en su caso, la *scientia* sobrevenida de hallarse obligado a restituir, cualifican el acto de disposición como un verdadero y auténtico acto ilícito, por más que la ley resuelva el caso en un simple débito de valor (27). Consecuencia, ésta, común a la hipótesis de pérdida de la cosa (art. 2.037, 2), en la que, sin embargo, es difícilmente sostenible la tesis de una actividad antijurídica por parte del *accipiens*. Dejando aparte, en esta materia, el aspecto de resarcimiento de daños a cargo del adquirente de mala fe (28), hay que

(25) En sentido contrario, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 97, centrando sus argumentos en relación al tercer adquirente, a título gratuito, de un *accipiens* de mala fe.

(T-4.) El precepto transcrito se halla en el Libro IV, Título I (de las obligaciones en general), Capítulo VII (de algunas especies de obligaciones), Sección II (de las obligaciones alternativas). La solución italiana, como se ve, no puede ser más *tradicional* ni más parecida a la que nos brinda nuestro Código en su artículo 1.131. Con todo, y a título puramente personal, debo confesar que me entusiasma la puntualización legal *prestazioni dedotte in obbligazione*.

(26) Así, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 126.

(27) Tal es, en efecto, la obligación de restituir el equivalente. Sobre este punto, *vid.* RESCIGNO, *ob. cit.*, pág. 1235.

(28) El profesor MOSCATI, al igual que hiciera en la nota 1, se remite, para el futuro, a su *Pagamento dell'indebito*.

destacar que *la obligación de restituir el equivalente de valor de la cosa enajenada aparece como una obligación secundaria y de carácter punitivo, y, en todo caso, autónoma respecto a la primitiva de restitución «in natura», que ha devenido imposible* (29) (subrayado del traductor).

Tampoco cabe considerar como subrogación del objeto originario de la pretensión del *solvens* lo obtenido por el *accipiens* como consecuencia de la enajenación de la cosa (30). La obligación es siempre la de hacer que el *solvens* readquiera la propiedad del bien (31), y, caso de resultar esto imposible, la de pagarle su valor. Tanto más cuanto que, si el precio establecido aún no ha sido entregado, el *solvens* puede actuar directamente contra el tercero, subrogándose de esta forma en los derechos del enajenante (32). *Este poder del «solvens» para exigir del «accipiens» o de un tercero el importe de la enajenación se añade, pero no sustituye, a la pretensión originaria*, o sea: la restitución de la cosa en sí, o, *de ser ello imposible*, la entrega de su equivalente pecuniario (subrayado del traductor).

El caso que acabamos de contemplar (acción directa del *solvens* frente al tercero, cuando éste aún no ha entregado el precio o la cosa pactada a cambio de la enajenación) tampoco constituye un caso de obligación alternativa, en la que el derecho de elección corresponda al acreedor-*solvens* (art. 1.286, 1, que—adición del traductor—atribuye inicialmente al deudor la elección, a menos que previamente se haya atribuido al acreedor o a un tercero). Nos hallaríamos, más bien, ante un caso de

(29) En tal sentido, ESSER, *Schuldrecht*, cit., II, pág. 376, para quien, a menos que otra cosa no se haya pactado, el deudor-*accipiens* no puede elegir entre restitución *in natura* y pago del valor de la cosa.

(30) ESSER, *ob. cit.*, II, pág. 370, entiende que la pretensión del *solvens* a la entrega del total importe de la enajenación no supone un simple fenómeno de subrogación real, toda vez que el objetivo de la norma es el de que el *solvens* recabe en su favor todo tipo de ventajas conseguidas por el adquirente de mala fe en su acto de disposición. Igualmente FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlín, 1969, página 633.

(31) Por comodidad de investigación se presupone en el texto que el *solvens* es al mismo tiempo propietario de la cosa. En torno al concreto problema de la readquisición de la propiedad por parte del *solvens*, es de destacar que la disciplina de los artículos 2.037 y 2.038 se presenta como incompatible, ya con la tesis de la eficacia traslativa del pago de lo indebido, ya con aquella que afirma que lo transmitido es, simplemente, la posesión. *Vid.*, en tal sentido, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 126.

(32) Henos aquí, al igual que en el caso previsto por el artículo 2.038, 1, ante un típico ejemplo de subrogación *legal* (subrayado del traductor), en la línea del artículo 1.203, 5. (Textualmente, RESCIGNO, *ob. cit.*, pág. 1235. En idéntico sentido, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 90.) *Adición del traductor*: el artículo 1.203 viene inordinado en el Libro IV, Título I, Capítulo II (del cumplimiento de las obligaciones), Sección II (del pago con subrogación). El apartado 5 (dentro de la rúbrica general «subrogación legal») no hace sino remitirse a «otros casos establecidos por las leyes».

obligación facultativa, dado que la prestación contemplada en la relación obligatoria es siempre la de restituir *in natura*. En efecto: el *solvens* tiene la mera facultad de pretender la entrega del precio (33), aunque exista la posibilidad de recuperar la cosa o el *accipiens* declare su voluntad de pagar el valor de la misma. Con ello, la ley trata de impedir que el adquirente de mala fe obtenga el más mínimo beneficio de un acto propio ilícito, si el precio obtenido (o pactado) fuera superior en valor al de la cosa misma (34). Ello apareja una consecuencia: si el *solvens* no utiliza esta facultad de exigir el total importe de la enajenación (lo que ocurrirá, con toda probabilidad, siempre que el precio sea inferior al valor de la cosa), continúa a cargo del *accipiens* de mala fe la obligación de restituir la cosa, *in natura* o en su valor económico.

ULTERIORES VICISITUDES DE LA COSA: ENAJENACION A TITULO ONEROSO (CONT.). ENAJENACION POR PARTE DEL ADQUIRENTE DE BUENA FE. SUSTITUCION DE LA COSA POR LO OBTENIDO A CAMBIO. POSIBILIDAD DE DETRAER LOS GASTOS LLEVADOS A CABO PARA LA CONCLUSION Y EJECUCION DEL CONTRATO

Solamente en el caso de enajenación de la cosa por parte del adquirente de buena fe la contraprestación representa, en cierto sentido, una subrogación del bien primitivo, dado que la ley sustituye al objeto ori-

(33) Acerca de la admisibilidad de una obligación facultativa, con elección en favor del acreedor, *vid.*, por todos, ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Turín, 1958, pág. 538. A él se remite SMIRLOLDI en su citada obra, pág. 630.

(34) Esta es la razón por la cual el enajenante de mala fe está obligado a entregar la mayor suma resultante de la comparación entre el valor de la cosa y el precio conseguido, y así piensan, entre otros, PACCHIONI, *ob. cit.*, pág. 109; SACCO, *ob. cit.*, pág. 110; P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 63; VON CAEMMERER, *ob. cit.*, página 368. En el derecho anglosajón, *vid. Restatement of the law of restitution, quasi contracts and constructive trusts*, St. Paul, 1937, págs. 818 y ss., en especial a partir de la pág. 828. Por lo que al derecho alemán respecta, el BGB prevé una responsabilidad aún más gravosa a cargo del adquirente de mala fe, dado que la doctrina entiende aplicables al caso las normas sobre restitución y resarcimiento de daño general (parágrafos 291, 292 y 987 del BGB) y no ya las disposiciones, más benignas, de la *condictio*. En tal sentido, *vid.* ESSER, *ob. cit.*, pág. 386 del tomo II. Dicho con otras palabras: a las relaciones entre *solvens* y adquirente de mala fe le son perfectamente aplicables las normas dictadas para el propietario y el poseedor, y, más concretamente: la obligación, para el adquirente de mala fe, de resarcir el daño aun cuando la cosa haya sido enajenada a título gratuito. Tal es la opinión de LARENZ, en el tomo II de su *Derecho de obligaciones*, e igualmente de FIKENTSCHER, *ob. cit.*, pág. 633. Según este último autor, el *solvens* puede elegir, a su gusto, entre la restitución *in natura*, el pago del valor de la cosa, o, en fin, el resarcimiento del daño.

ginario de la pretensión del *solvens* el precio de la enajenación (35). Más concretamente: si el pago ya ha tenido lugar, el *accipiens* viene obligado a entregárselo al *solvens*. Si es aún debido, el *solvens* puede actuar directamente contra el tercero, subrogándose (*subentrando*) así en los derechos del enajenante (art. 2.038, apartado 1) (36).

Bajo un primer y somero examen, la disciplina del Codice aparece como inspirada por la concepción «real» del enriquecimiento, dado que la suma obtenida como consecuencia de la enajenación sustituye a la cosa que había de ser restituida, con lo cual se da una subrogación real en favor del acreedor (37). En realidad, y a poco que penetremos más allá de las apariencias del fenómeno, no es aventurado constatar que, en este punto, la concepción «real» se combina, por así decirlo, con la «patrimonial», por cuanto *lo obtenido a cambio*, pese a la dicción literal de la ley, *no es debido por entero, sino con deducción previa de una serie de elementos pasivos* (38) (subrayado del traductor).

Una serie de argumentos de tipo sistemático nos llevan a la conclusión que acabamos de formular. En primer término: si el *accipiens* de buena fe viniera obligado a restituir, en todo caso, el exacto equivalente de la enajenación, se crearía una situación de inadmisibles disparidad respecto al caso de pérdida o deterioro de la cosa, donde, como vimos, el adquirente responde, ante el *solvens*, en los límites de su propio enriquecimiento (art. 2.037, 3). Añádase una segunda consideración: si lo obtenido a cambio tuviese un valor superior al de la cosa enajenada, el *accipiens* de buena fe quedaría expuesto a una responsabilidad muy superior a la de su propio enriquecimiento. Es más: sería tratado con mucho más rigor que el adquirente de mala fe, que, como ya vimos, solamente queda obligado a restituir la cosa *in se* o su valor económico... a menos que el *solvens* se acoja a la facultad de exigir la totalidad de la contraprestación.

No vale replicar a estos argumentos haciendo notar que el artículo 2.038, 1, regula una situación totalmente distinta a las de pérdida o deterioro de la cosa, y que, por tanto, queda plenamente justificada la

(35) Así, textualmente, RESCIGNO, *ob. cit.*, pág. 1235. *Vid.*, igualmente, G. ANDREOLI, *ob. cit.*, págs. 182 y ss., y, por lo que al derecho justinianeo respecta, FLUME, *Der Wegfall...*, cit., pág. 129.

(36) *Vid.*, al respecto, *supra*, nota 32.

(37) Así, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 118. *Vid.*, igualmente, las conclusiones de la investigación histórica de FLUME, *ob. cit.*, pág. 131.

(38) En idéntico sentido, SACCO, *ob. cit.*, págs. 204 y ss., especialmente página 230, y P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 126. Análogas conclusiones, en la doctrina alemana, vemos en la citada obra de FLUME, pág. 175. Advierte este autor que en el BGB predomina ahora la concepción «patrimonial» del enriquecimiento, toda vez que, aun cuando la ley ordena la restitución *in natura*, se trataría siempre de una pretensión al incremento producido en la esfera del *accipiens*.

responsabilidad más gravosa del *accipiens* de buena fe, toda vez que la redacción de la norma parece dar a entender que la ley considera el importe de la enajenación como el equivalente al enriquecimiento logrado (39). Y, sin duda, *tal equivalencia no existe cuando el «accipiens» ha debido soportar los gastos de la enajenación* (subrayado del traductor).

Siendo exactas las premisas que acabamos de exponer, resulta evidente que el total importe de la enajenación no constituye, *sic et simpliciter*, la cuantía de la subrogación de la cosa originaria, sino solamente un elemento (no el único) para calcular el importe del enriquecimiento obtenido por el adquirente de buena fe (40). Con otras palabras: el *solvens* tendrá derecho a la íntegra restitución del precio pagado por tercero, solamente cuando el enajenante no haya sufragado gasto alguno por el contrato, y *siempre y cuando lo obtenido a cambio no supere al valor de la cosa enajenada* (subrayado del traductor). En caso contrario, y teniendo en cuenta las repercusiones que el hecho de la enajenación ha producido en la esfera del *accipiens*, este último vendría obligado, respecto al *solvens* (por las razones indicadas, y por analogía con lo dis-

(39) Esto significa que el adquirente de buena fe responda solamente por lo obtenido a cambio aunque resulte inferior al valor de la cosa. En tal sentido, *vid.*, por todos, MESSINEO, *Manuale...*, cit., V, pág. 513; en la doctrina extranjera, DEMOGUE, *Traité des obligations*, I, *Sources des obligations*, tomo 3, París, 1923, página 182, y ESSER, *ob. cit.*, págs. 368 y ss., tomo II. En jurisprudencia, *vid.* Sentencia de Apelación, Trieste, 25 de marzo de 1949.

La solución aparece controvertida cuando lo obtenido a cambio supere en valor a la cosa primitiva; bajo el imperio del anterior Codice se pensaba que el querer limitar la restitución a la parte de precio que no excediera del valor de la cosa suponía atacar directamente al artículo 1.149. A idéntica conclusión se llegaba en el Derecho alemán en base a la formulación del parágrafo 816 del BGB, en el sentido de que el *accipiens* respondería, frente al *solvens*, en la *medida* (subrayado del autor) de lo conseguido por efecto del acto de disposición, con la ulterior consecuencia de que ninguna limitación de responsabilidad sería posible, aun cuando el valor de lo recibido fuera muy superior al de la cosa. (*Vid.*, en tal sentido, ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, edición española, Barcelona, Ed. Bosch—traducción y notas de PÉREZ Y ALGUER—, el tomo de «Derecho de obligaciones». En idéntico sentido, DEMOGUE, loc. últ. cit.). La solución expuesta ha suscitado, sin embargo, no poca perplejidad en los autores italianos y extranjeros más sensibles a las nuevas exigencias del tráfico jurídico: se ha dicho, al respecto, que si el enajenante de buena fe consigue, con su habilidad y trabajo, obtener una contraprestación muy superior al valor de la cosa, podrá limitarse a restituir esto último. Con otras palabras: el provecho corresponde al autor de la iniciativa, y dado que el artículo 2.038, 1, representa una limitación, en favor del enajenante de buena fe, de la obligación de restituir, el adquirente estará obligado a pagar la suma menor resultante de comparar el importe de la enajenación y el de la cosa. (Así, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 71; BARBIERA, *ob. cit.*, pág. 140, y en la jurisprudencia las SS. de Casación de 26 de julio de 1947 y de Apelación de Florencia de 9 de diciembre de 1959. En la doctrina alemana, VON CAEMMERER, *ob. cit.*, pág. 357; ESSER, no obstante, sostiene—*ob. cit.*, II, pág. 369—que la solución aparece en contraste con la letra del parágrafo 816, 1, del BGB).

(40) En tal sentido, *vid.* P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, págs. 65 y 126.

puesto para el poseedor de buena fe en el art. 1.150, 3) (41), a la entrega de lo obtenido a cambio, dentro de los límites del valor de la cosa, por más que el artículo 2.038, 1, no haga mención, a diferencia del 2.041, 1, al empobrecimiento del *solvens* (42).

Transcribimos, para el lector español, los preceptos legales citados por el autor:

Art. 1.150, 3 (inmerso en el Libro III, *de la propiedad*; Título VIII, *De la posesión*; Capítulo II, *De los efectos de la posesión*, y bajo la concretísima rúbrica de *Reparaciones, mejoras y adiciones*):

«La indemnización (al poseedor, por las mejoras que subsistan al tiempo de la restitución) ha de corresponder a la medida del aumento de valor de la cosa como efecto de las mejoras, si el poseedor es de buena fe. En caso contrario (la indemnización) corresponderá a la menor suma entre el importe de los gastos y el aumento del valor.»

Art. 2.041, 1 (sito en el Libro IV, *De las obligaciones*; Título VIII, *Del enriquecimiento sin causa*):

«El que, sin justa causa, se ha enriquecido en perjuicio de otra persona está obligado, en los límites de su enriquecimiento, a indemnizar a ésta de la consiguiente disminución patrimonial.»

Concretando: el adquirente de buena fe tiene derecho, según la concepción «patrimonial» del enriquecimiento, a detraer, de lo obtenido a cambio de la enajenación, los gastos de conclusión y ejecución del contrato, incluyendo en ellos lo pagado al agente, mediador o comisionista al que eventualmente se hubieran encomendado las partes (43). Por otra parte, hay que tener en cuenta, a efectos de cálculo del enriquecimiento,

(41) Así, BARBIERA, *ob. cit.*, pág. 141. Las razones que aducimos en el texto aparecen compatibles tanto con la tesis de la eficacia traslativa del pago indebido cuanto con la que patrocina que lo transmitido es solamente la posesión. Si, en efecto, la propiedad de la cosa sigue en manos del *solvens*, se comprende perfectamente la remisión al artículo 1.150, 3. Si, por el contrario, se entiende que el pago indebido puede también tener eficacia traslativa, con la consecuencia de que el *accipiens* sea, al menos formalmente, el nuevo titular del derecho sobre la cosa (*vid.*, al respecto, BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, en «Riv. trim.», 1965, pág. 34, y en los *Studi per Zingali*, III, Milán, 1965, pág. 95, y cuya tesis suscribe MOSCATI, epígrafe *Indebito...*, citado, pág. 94), no vemos razón para que el *adquirente* de buena fe deba ser tratado más rigurosamente que un *poseedor* de buena fe. (Los dos últimos subrayados son del traductor.)

(42) Si, por el contrario, no es posible probar el importe de lo pagado por el tercero, el *quantum* de la restitución vendría determinado por el precio corriente al tiempo de la enajenación, siendo éste el valor de la cosa (S. de Casación, 5 de julio de 1967).

(43) P. TRIMARCHI (*ob. cit.*, pág. 65) entiende que entre los gastos llevados a cabo para la conclusión del contrato cabe añadir los de preparación y conclusión de la venta cuando haya sido necesario el empleo de medios de una organización de ventas o la asistencia de un agente, comisionista o mediador. Como gastos de ejecución de contrato se mencionan los de transportes, impuestos, etc.

la actividad desplegada personalmente por el *accipiens*, cuando la misma pueda ser económicamente valorada (44).

Pues bien: este criterio de valoración del enriquecimiento no tiene por qué ser modificado cuando el *solvens* actúa directamente contra el adquirente para obtener el pago de lo que éste obtuvo a cambio de la enajenación. En caso tal, si bien es cierto que, una vez obtenido por el *solvens* el importe de la enajenación, no queda ninguna otra pretensión contra el *accipiens* de buena fe, no es menos cierto que viene obligado (el *solvens*) a reembolsar a este último los gastos de conclusión y ejecución del contrato. Bien entendido: dentro de los límites de lo recibido (45).

BREVE SINOPSIS DE LO HASTA AHORA EXPUESTO. (HABLA EL TRADUCTOR, CON PLENA CONCIENCIA DE SU TOTAL Y EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD.)

A) Planteamiento general del problema: *El Codice italiano (modélico en tantos conceptos, pero muy especialmente en este punto) regula, como institución autónoma, el pago de lo indebido, haciendo caso omiso: a) de la un tanto obsoleta institución de los cuasicontratos; b) del previo requisito de error, bienamado del Code y sus adláteres, entre los cuales hay que contar, para bien o para mal, a nuestro venerable Código.*

La postura del Codice (perfectamente coherente a lo largo de todo su articulado) no puede ser más clara, al menos en línea de principio: cuando se entrega una cosa concreta y específica sin que exista una previa, lícita y exigible obligación, perfectamente delimitada en todos y cada uno de sus elementos (subjetivo, en su doble vertiente activa y pasiva; objetivo o, simplemente, vinculatorio), surge, automáticamente, el derecho a pedir (y consiguiente obligación de restituir) la cosa misma, o su equivalente económico, si ésta ha perecido, o, en fin, la cosa y una indemnización, si ha habido deterioro. En consecuencia: se parte de la base del valor económico de la cosa, sin tener en cuenta para nada la repercusión del cobro de lo indebido en el patrimonio del que recibe. Tal sería, expuesta a grandes rasgos, la base de lo que MOSCATI llama «concepción real del enriquecimiento», aparente piedra angular del sistema. Y decimos aparente porque, sin duda alguna, existen importantes y cualificadas excepciones. Por ejemplo: las derivadas de la...

(44) Textualmente, autor y obra últ. cit.

(45) En tal sentido, *vid.* P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 127. A este respecto hace notar BARBIERA, *ob. cit.*, pág. 141, nota 6, que el enriquecimiento viene calculado en su valor neto sólo cuando lo recibido a cambio sea inferior al valor de la cosa.

B) Buena fe del adquirente: Supongamos que la cosa se pierde o deteriora: el accipiens de buena fe solamente responde, económicamente, si ha habido enriquecimiento en su favor, y solamente dentro de los límites de ese problemático enriquecimiento. Por el contrario, si ha habido mala fe, el adquirente viene obligado a indemnizar al solvens en la cuantía del valor de la cosa, o de su pérdida de valor, en caso de deterioro. Es evidente que aquella «concepción real» viene muy atemperada en caso de enriquecimiento por parte del adquirente de buena fe. La posibilidad de deducir, de su total enriquecimiento, una serie de elementos pasivos, autoriza sobradamente a hablar de una cierta orientación «patrimonial», que no estrictamente «real». Tengamos en cuenta que los gastos y mejoras son debidos (art. 2.040) a todo poseedor, con independencia de su buena o mala fe.

Pues bien: pese a la inicial claridad del planteamiento legislativo, queda en pie, al menos en principio, el problema de desentrañar el exacto significado de la expresión (un tanto hermética y, digámoslo claramente, un tanto indigna del Codice, modelo de claridad) «en los límites de su enriquecimiento». MOSCATI no vacila: esos «límites» vienen marcados, como máximo, por el valor económico de la cosa, y, como mínimo, por la cuantía del enriquecimiento, si es que éste ha tenido lugar. Opinar otra cosa supondría eliminar la barrera existente entre el que adquiere de buena fe y el que lo hace a ciencia y conciencia de serle indebido el pago...

Hemos examinado, hasta aquí, la hipótesis más elemental, a saber: que la cosa indebidamente pagada haya entrado en el patrimonio del «accipiens» sin entrar en el de un tercero. Demos, pues, un paso más, y veamos qué ocurre en caso de...

C) Reenajenación a título oneroso y con mala fe: Según MOSCATI, la regla general (es decir: la contenida en los artículos 2.033 y 2.037, 1) sigue invariable, al menos en principio: el accipiens ha de rescatar la cosa de manos del tercero, y solamente cuando esto no sea posible habrá de responder frente al solvens en la cuantía del valor de la cosa. No se trata, pues, de una obligación alternativa, sino de una obligación subsidiaria y de carácter netamente punitivo. Como punitiva es, con más razón todavía, la opción que se concede al solvens cuando la cosa haya sido enajenada y el precio (lato sensu) aún no ha sido satisfecho. Con ello, se trata de evitar (pero, eso sí: poniendo como árbitro al mismísimo solvens) que el accipiens-enajenante se enriquezca en lo más mínimo, como consecuencia de un acto propio evidentemente ilícito. Esta facultad, insiste MOSCATI, no supone elección alternativa, sino facultativa. Hay una sola prestación in obligatione (la restitución in natura), pero dos in solutione (la cosa en sí, o lo obtenido a cambio y aún no entregado).

D) Reenajenación a título oneroso por el adquirente de buena fe: *La norma del artículo 2.038, 1, aparece en principio clara y radiante: la cosa in natura abandona la escena, entrando en su lugar el precio lato sensu, ya sea pagado o simplemente debido, y teniendo lugar, paralelamente, un clarísimo caso de subrogación. Parece, por tanto, que (¡ahora sí!) el Codice acepta de plano la «concepción patrimonial» del enriquecimiento, y que tiene en cuenta la repercusión del pago de lo indebido en el patrimonio del accipiens...*

Pensar así sería engañarnos. O, lo que es aún peor: pensar así supondría situar al adquirente de buena fe en una postura harto más incómoda que la del que adquirió de mala fe. Porque (no lo olvidemos) este último responde, como máximo (subrayo deliberadamente estas palabras) por la cuantía del valor de la cosa enajenada. Por elemental justicia, la norma, aparentemente incuestionable, del artículo 2.038, 1, ha de ser interpretada con muchas, muchísimas restricciones. La primera y principal: del total importe del precio hay que deducir, siempre y en todo caso, los gastos de conclusión y ejecución del contrato, así como las mejoras, que son abonables a todo poseedor. Segunda y no menos principal consideración: la indemnización por mejoras difiere sustancialmente, en su cuantía, según la buena o mala fe del adquirente-enajenante. Si éste obró de buena fe, tiene derecho al importe del total aumento de valor de la cosa. En caso contrario, percibirá la menor cantidad que resulte de una elemental comparación: el importe estricto de los gastos (por ejemplo: los de instalación de agua, luz, gas y teléfono en una casa de campo), y el aumento de valor que la cosa experimente como consecuencia de esos gastos (que normalmente es muy superior al importe estricto de los mencionados gastos de instalación). Tercera y última consideración: hay que tener muy en cuenta la actividad personal del adquirente de buena fe, cuando de la misma resulte un claro aumento de valor de la cosa inicialmente «malpagada». Imaginemos, por seguir el ejemplo anterior, que el adquirente de buena fe ha transformado la primitiva casa de campo en un acogedor restaurante típico, de excelente cocina regional, en la que él pone, junto con su simpatía, su excelente hacer culinario. ¿Puede, en estricta justicia, reclamar esas ganancias actuales el primitivo solvens? La respuesta está en la mente de todos... Y el enriquecimiento injusto, aún más.

E) ¿Cabe «trasplantar» todo lo hasta ahora expuesto a la letra y al espíritu de nuestro Código Civil?: *Querido y ocupado lector español: perdóname que no te conteste hic et nunc. Concédeme un margen de tiempo (que te prometo no será demasiado largo) para madurar mi respuesta. Las tesis de MOSCATI exigen a voces, en razón a su propia bondad e in-*

dudable atracción, un lapso de intensa y serena meditación. Quedo emplazado contigo, si tu paciencia y tu interés así te lo aconsejan. Espero no defraudarte.

ULTERIORES VICISITUDES DE LA COSA (CONCLUSION): ENAJENACION A TITULO GRATUITO. RESPONSABILIDAD DEL TERCER ADQUIRENTE

Precisamente en razón de la especial responsabilidad del tercer adquirente (*rectius*: donatario) hemos dejado para el final, con toda intención, el estudio de la enajenación a título gratuito. Nos hallamos ante una de las novedades más significativas del derecho vigente en materia de pago indebido; con ella, se ha resuelto un problema al cual se había mostrado especialmente sensible la doctrina italiana de la época del anterior Codice, dado que la prohibición de enriquecerse a costa de otro no estaba aún sancionada en los cuerpos legales (46).

A diferencia de lo dispuesto en otros ordenamientos (47), el tercero no se subroga (*subentra*) en la misma posición deudora del enajenante (*rectius*: donante); no existe un fenómeno de sucesión en el lado pasivo de la relación obligatoria, toda vez que el tercero responde, frente al *solvens*, dentro de los límites de su enriquecimiento. Es de advertir, no obstante, que la posición del tercero es sin duda más ventajosa cuando adquiere de un *accipiens* de mala fe: su obligación es meramente subsidiaria (48), desde el momento en que el *solvens* solamente podrá actuar contra él después de haber hecho excusión, inútilmente, contra el que enajenó.

La diversidad de disciplina respecto a la hipótesis de una primera adquisición de buena fe radica en el hecho de que, en este caso, el único

(46) La doctrina imperante al tiempo de la vigencia del anterior Codice entendía que la formulación del artículo 1.149 constituía el principal obstáculo para la reconocibilidad de una acción del *solvens* contra el tercer adquirente a título gratuito. *Vid.*, por todos, PACCHIONI, *Dei quasi-contratti*, cit., págs. 110 y ss. Para una crítica de tal interpretación, *vid.* G. ANDREOLI, *ob. cit.*, pág. 70.

(47) El BGB, parágrafo 816, 1, parte segunda, establece una verdadera y auténtica igualdad de trato entre el *accipiens* de cosa específica y el adquirente de la misma a título gratuito. En efecto: el tercero de buena fe se subroga en la misma posición deudora que el donante y queda obligado, en relación con el *solvens*, a restituir *in natura*, o bien al pago del valor de la cosa (*vid.*, por todos, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II). El caso que nos ocupa no viene regulado ni por el Code francés ni por el Código suizo de las obligaciones. (*Adición del traductor: ni por nuestro Código. Pero sí por nuestra Ley Hipotecaria*—bien entendido: dentro de su natural radio de acción—. *El artículo 34 de nuestra L. H. no deja lugar a dudas.*)

(48) En el mismo camino, *vid.*, por todos, RESCIGNO, *ob. cit.*, pág. 1236.

medio de tutela dispensado al *solvens* es la acción de enriquecimiento frente a tercero (49), toda vez que el enajenante queda exento de toda responsabilidad (vid. art. 2.038, 1, *in fine*). Sólo así se explica este poder para actuar directamente contra el tercero. Si, por el contrario, la cosa ha sido enajenada por quien sabía (desde el primer momento, o con posterioridad) que la cosa le había sido entregada indebidamente, y habida cuenta que el *accipiens* de mala fe está obligado, aun en el caso de re-enajenación a título gratuito, a la restitución *in natura* y, subordinadamente, a la restitución del valor económico, en la misma medida en que el *solvens* obtiene satisfacción a sus pretensiones han de desaparecer o reducirse sus pretensiones frente a tercero (50).

Evidentemente: si el *solvens* pudiera actuar cumulativamente contra ambos, se crearía una situación injustísima (*abnorme*), toda vez que el *solvens* se enriquecería sin causa con daño del tercero, al haber conseguido, del enajenante de mala fe, el valor de la cosa (51).

Con otras palabras: el ejercicio de la acción de enriquecimiento contra el tercero que haya adquirido del perceptor de mala fe queda subordinada no tanto a la falta en abstracto de otros medios de tutela, cuanto a la imposibilidad práctica de ejercitar con éxito la *condictio* contra el enajenante (52). Más allá de estos límites, el interés del tercero por conservar la cosa ha de ser considerado prevalente al interés del *solvens* a recuperarla, y, en todo caso, al pago del valor (53).

La formulación del artículo 2.038, 2, parece indicar, además, que no se le atribuye al *solvens* derecho alguno de elección entre las dos acciones. De la lectura de la norma se infiere que, cuando el *solvens* esté a punto (*sia in grado*) de conseguir, del *accipiens* de mala fe, el valor de la cosa, no puede optar por la acción de enriquecimiento contra el tercero, aun cuando de este modo llegue a obtener la restitución *in natura* (54). Lo

(49) El tercer adquirente a título gratuito responde, frente al *solvens*, por el enriquecimiento logrado, sin limitación alguna, toda vez que no existe ningún tipo de obligación por parte del enajenante de buena fe, ni siquiera a título de enriquecimiento sin causa. Si este último ha dispuesto de la cosa a título gratuito, *es evidente que no existe enriquecimiento* (subrayado del traductor). Así piensa SACCO, *ob. cit.*, págs. 224 y ss., en su texto y en la nota 1. La acción de enriquecimiento, ciertamente, se dirige a tercero, toda vez que es éste, y no el enajenante de buena fe, quien se ha enriquecido como consecuencia del acto de disposición (MORI-CHECCUCCI, *ob. cit.*, pág. 249).

(50) *Vid.*, en tal sentido, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 97.

(51) Véase en este punto las consideraciones de SACCO, *ob. cit.*, pág. 110, y, sobre todo, P. TRIMARCHI, loc. últ. cit.

(52) Textualmente, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 24, nota 43. FALQUI-MASSIDA, *Promesse unilaterali...*, cit., pág. 589, entiende que tal prueba debe ser ofrecida por el *solvens*.

(53) Acerca de los intereses que están en la base del derecho subjetivo, *vid.* NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milán, 1962, págs. 11, 19 y ss.

(54) Así, P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 97.

cierto es que el *solvens* no se halla, frente al tercero, en la misma situación que hubiera podido tener frente al adquirente de mala fe en caso de enajenación a título oneroso (en la que, como antes veíamos, podía exigir el total importe de la enajenación, incluso cuando fuera posible la recuperación de la cosa, o el enajenante hubiera declarado su intención de entregar el equivalente).

Si este razonamiento es exacto, la acción del *solvens* contra el tercero precluiría incluso cuando el *accipiens* de buena fe se ofreciera espontáneamente a pagar el valor de la cosa, aun cuando tal ofrecimiento tuviera como objetivo evitar, para el adquirente, el peligro de la evicción (55). La razón es que, en caso tal, faltaría uno de los presupuestos en los que se funda la acción directa contra el tercero (la cual, recordémoslo una vez más, es una verdadera y auténtica acción de enriquecimiento sin causa) (56), más concretamente: la falta de otro medio a través del cual el perjudicado (*rectius*: el *solvens*) podría ser indemnizado por el perjuicio sufrido.

A la subsidiariedad de la obligación del tercero respecto a la del enajenante de mala fe se añade, al menos en parte, una diversidad de contenido de las respectivas prestaciones (57). En efecto: mientras que el *accipiens* ha de entregar exactamente la cosa recibida (o su equivalente, si resulta imposible la restitución *in natura*), el tercer adquirente viene obligado, por el contrario, dentro de los límites de su enriquecimiento. No obstante, y coordinando la norma que examinamos con lo dispuesto en el artículo 2.041, 2, se concreta el objeto de la obligación del tercero, deduciéndose que, si la cosa enajenada existe aún en su patrimonio, habrá de restituirla *in natura*, toda vez que su enriquecimiento coincide con la cosa misma (58). Solamente cuando la cosa ha sido consumida, en sentido económico-físico o económico-jurídico, habrá de ser tenida en cuenta la repercusión que la enajenación (gratuita) haya producido en su esfera jurídica, con la conclusión de venir obligado a pagar al *solvens* la menor cantidad resultante de la comparación entre su enriquecimiento y su empobrecimiento (59).

(55) En tal sentido, *vid.* autor y loc. últ. cit.

(56) Opinión muy difundida. En el mismo sentido del texto, *vid.* BARASSI, *ob. cit.*, II, pág. 375; MESSINEO, *Manuale...*, cit., V, pág. 226, texto y nota 2. Y en la doctrina alemana, LARENZ, tomo II de su citada obra.

(57) Así, RESCIGNO, *ob. cit.*, pág. 1236, y en idéntico sentido, SACCO, *ob. cit.*, página 225.

(58) En el sentido del texto, *vid.* BARASSI, *ob. cit.*, págs. 370 y ss. del tomo II, y P. TRIMARCHI, *ob. cit.*, pág. 118.

(59) Así, SACCO, *ob. cit.*, pág. 225, que deduce de tal hecho la existencia de una diversidad sustancial entre las dos acciones.

Sin embargo, y dado que el tercero no puede quedar expuesto a una responsabilidad más gravosa que la del adquirente de mala fe, tanto más cuanto que su enriquecimiento, en relación al *solvens*, es puramente indirecto (60), hay que admitir que se le reconozca la facultad de liberarse ofreciendo a este último el equivalente del valor de la cosa, incluso cuando esté en disposición de restituirla *in natura* (61).

ENRICO MOSCATI

Catedrático de la Universidad de Perugia

Traducción y notas de

TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI Y MARTÍN-
CÓRDOVA

Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad

(60) Sobre el enriquecimiento indirecto, *vid.* la cuidadísima investigación de P. TRIMARCHI, tantas veces citada, págs. 88 y ss. En contra, MORI-CHECCUCCI, *ob. cit.*, página 249. Para este autor se tendría, en el caso que nos ocupa, un desplazamiento patrimonial del *solvens* al tercero, dada la falta de causa en la atribución hecha al adquirente.

(61) Así, P. TRIMARCHI, *loc. últ. cit.* Con mayor razón aún llegan a la misma conclusión todos los autores alemanes que atribuyen al adquirente de buena fe la facultad de restituir la cosa o de corresponder con el valor de la misma (*vid.*, al respecto, LARENZ, *ob. cit.*, tomo II).