

# La acción general de enriquecimiento sin causa: Situación actual y perspectivas futuras<sup>1</sup>

Pietro Sirena.

Profesor Ordinario de Instituciones de Derecho Privado en la Universidad de Siena.

*Sumario: 1. Premisa: consideraciones históricas; 2. Continuación: consideraciones sistemáticas; 3. El fundamento jurídico; 4. El objeto; 5. La concurrencia de la acción general de enriquecimiento sin causa con otros remedios; 6. El supuesto de hecho: el enriquecimiento del sujeto responsable y el empobrecimiento del sujeto tutelado; 7. Continúa: El nexo de conexión entre los dos eventos; 8. Los hechos impeditivos: la "justa causa" del enriquecimiento; 9. Continúa: la imposición del enriquecimiento; 10. Continua: la contrariedad del enriquecimiento a las buenas costumbres; 11. Los hechos extintivos: la cesación del enriquecimiento; 12. La obligación pecuniaria de indemnización. 13. La carga probatoria y la prescripción.*

## 1. Premisa: consideraciones históricas.

En la experiencia jurídica italiana es aún claramente advertible la desconfianza en relación a la acción general de enriquecimiento sin causa y resulta, por otra parte, de su absoluta marginalidad en el derecho jurisprudencial efectivo: de hecho, en los reportes son poquísimas las máximas que demuestran la aplicación, y casi todos conciernen a la relación (privada) entre un ciudadano y la Administración Pública.

Tal fenómeno, que no solo es peculiar del derecho italiano, sino que se remonta a todos los ordenamientos jurídicos neolatinos, y marcadamente en el francés, es debido antes que

nada a razones históricas, puesto que el instituto del que estamos hablando, como es notorio, era desconocido en el derecho romano: algunos de los remedios elaborados por los *prudentes* del período clásico (*actiones negotiorum gestorum, actio de in rem verso, condiciones*) cumplían sí una función homóloga a aquél de la actual acción general de enriquecimiento sin causa, pero ellos se basaban específicamente sobre presupuestos muy rígidos y eran advertidos como acciones distintas y heterogéneas.

En la compilación justiniana *las actiones negotiorum gestorum* y la *condictio indebiti* fueron consideradas como un único tipo de fuentes de la obligación: el *quasi contractus*.<sup>3</sup> Por otro lado, es

1 En el derecho italiano la acción general de enriquecimiento sin causa está regulada por los artículos 2041 y 2042 del código civil, los que son equivalentes a los artículos 1954 y 1955 del código civil peruano del 1984. Para una mejor comprensión del texto, se detalla el tenor literal. Art. 2041: "Acción General de Enriquecimiento. -Quien, sin justa causa, se ha enriquecido en perjuicio de otra persona está obligado a, dentro de los límites del enriquecimiento, indemnizar a esta última por la correlativa disminución patrimonial. [punto y aparte] En caso que el enriquecimiento tenga por objeto una cosa determinada, aquél que la ha recibido está obligado a restituirla en especie, si subsiste al momento de la demanda"; art. 2042: "Carácter subsidiario de la acción. -La acción de enriquecimiento no es disponible cuando el afectado puede ejercitar otra acción para obtener indemnización por el perjuicio sufrido".

2 La traducción ha sido realizada por Enrique M. Chávez Bardales. Abogado PUCP. PG Universidad de Bologna, Máster en Derecho Empresarial, Universidad de Liverpool.

3 El quasi-contrato está ubicado en la célebre cuatripartición justiniana de las fuentes (I, 3, 13, 2); en cambio, no figura (además que en los dos notorios pasajes de Gaio sobre el tema) en la clasificación expuesta por Modestino en D. 44, 7, 52, 1-8 (sobre los cuales, v. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico (I parte)*, en *Materiali per una storia della cultura giurídica*, 1974, p. 53 ss.; MAYER-MALY, *Obligamur necessitate*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Bd. 83, 1966, p. 47 ss.; TALAMANCA, voz "Obbligazioni (diritto romano)", en *Enc. der., XXIX*, Milano, 1979, p. 39; TONDO, *Classificazione delle fonti d'obbligazione* en *Labeo*, 1995, p. 384 s.).

probable que los compiladores no atribuyesen sustancial valor a esta fórmula lingüística, cuya reconstrucción como clase de actos jurídicos homogéneos se presentó solo en la escolástica bizantina (probablemente a partir de la *Parafrases* de Teófilo)<sup>4</sup>

Al mismo tiempo, los *Digesta* justinianos transmitieron la máxima del jurista Pomponio, según la cual *aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem*.<sup>5</sup> Puesto que tal prohibición, como ya se ha dicho, resultaba solo indirectamente sancionada por el derecho anterior, los compiladores, con la finalidad de darle una más completa actuación, tuvieron que ampliar notablemente (y a veces desnaturalizar) el ámbito de actuación de las *acciones negotiorum gestorum*, del *actio de un rem verso* y de las *condiciones*,<sup>6</sup> encaminando así una evolución histórica compleja y muchas veces oscura de tales institutos.

En el período medieval, la prohibición del enriquecimiento sin causa, del cual ya se percibían, también en virtud del derecho canónico, fuertes connotaciones morales, encontró una aplicación siempre mas amplia.<sup>7</sup> Indudablemente, la *actio in rem verso (utilis)* desempeñó un rol preponderante,<sup>8</sup> tanto que fue finalmente recogida en las codificaciones que mayormente sufrieron el

influjo del derecho común, en una enunciación formal, si bien fuertemente estilizada respecto del modelo romanístico originario:<sup>9</sup> nos referimos al *Allgemeines Landrecht der Prebischen Staaten* (I, 13, 262 ss) y al *ABGB* austriaco (1041).

Viceversa, en el ambiente jurídico francés la perdurable fidelidad a la construcción conceptual del *quasi contractus* determinó un rechazo general de la *actio de in rem verso (utilis)*; mas bien, a los fines de elaborar un remedio restitutorio análogo, los escritores del *Ancien Régime* elaboraron una extensión de las *acciones negotiorum gestorum* a las hipótesis en las cuales el negocio fuese estado gestionado sin *animus aliena negotia gerendi* (llamada gestión de negocios anormal)<sup>10</sup>

Tal opinión doctrinal, sobretodo gracias a la autoridad de Pothier,<sup>11</sup> determinó la no introducción de una autónoma acción general de enriquecimiento sin causa en el *Code Napoleón*, el cual, en cambio se atuvo al cuadro conceptual perpetuado por el *Corpus Iuris Civilis*: disciplinó *gestion d'affaires* (artículos 1372-1375) y *payment de l'indu* (artículos 1376-1381) y los recondujo al concepto general de *quasi-contrat* (artículo 1371). Esta elección fue después seguida por las sucesivas codificaciones del '800 de la Europa mediterránea<sup>12</sup>, y marcadamente por el

4 En correspondencia a I. 3, 27 e I. 4, 5 pr. Se lee dos veces (en caracteres latinos) "quasi contráctor" (THEOPHILUS, *Institutionum Graeca paraphrasis*, a cargo de Ferrini, Pars posterior, Berolini, 1897, Lib. III, tit. 27, *De obligationibus quasi ex contractu*, p. 371 ss.; *Ius graecoromanum*, ed. Zepos, 3, *Theophili antecessoris Institutiones*, Editio altera, Athens, 1931 (rist. Aalen, 1962), p. 204 s.). Al respecto, v. TONDO, *op. cit.*, p. 386; CANNATA, *op. cit.*, p. 77 ss., nota 88; PACCHIONI, I quasi contratti e l'azione di arricchimento, Padova, 1927, p. 4 s.; ALBERTARIO, *Le fonti delle obligación e la genesi dell'art. 1097 del cod. civ.*, en *Riv. dir. comm.*, 1923, I, p. 508; MAYER-MALY, *Divisio obligationum*, en *The Irish Jurist*, vol. 2, 1967, p. 377; FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1917, p. 332, nota 1.

5 D. 12, 6, 14.

6 S. RICCOBONO sen., *La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno*, en *Riv. dir. comm.*, 1917, I, p. 393 ss.; ASTUTI, voz "Arricchimento (azione di) (premessa storica)", en *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 53 ss.

7 KUPISCH, "Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno", en *Dig. discipl. priv.*, I, *Sez. Civ.*, Torino, 1987, p. 436 s.; BARBIERA, L'ingiustificato arricchimento, Napoli, 1964, p. 61.

8 ASTUTI, *op. ult. cit.*, p. 59 ss.; KUPISCH, *op. cit.*, p. 439 ss.; BARBIERA, *op. cit.*, p. 56 s

9 V. la reconstrucción histórico-comparativa di VECCHI, L'azione diretta, 1990, p. 200 ss.

10 V., entre los otros, CUJACII *Ad Africanum tractatus VIII*, *Ad L. ult. de negot. gest.*, en CUJACII *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem*, Tomus quartus, Prati, 1837, c. 273 ss.; MOLINAEI *Commentarii in Piores tres titulos Consuetudinis Parisiensis*, Titulus primus, *De fiefs*, § 1, glo. V, *In ver. le fief*, n. 103 ss., in MOLINAEI *Opera quae extant omnia*, I, Parisii, 1658, c. 175 ss. Fundamental en tal sentido se demostró el fragmento de Ulpiano en D. 3, 5, 5, 5 (6, 3) (al respecto, v. RICCOBONO, *op. cit.*, p. 399, así como VECCHI, *op. cit.*, p. 203 s., nota 108).

11 POTHIER, *Du quasi-contrat negotiorum gestorum*, *Appendice au Traité du contrat de mandat*, en *Oeuvres de Pothier*, par Bugnet, tome 5ème, Paris, 1847 (rist. Bad Feilnbach, 1993), n. 189 ss., p. 248 ss.; Id., *Traité du contrat de prêt de consomption*, Troisième Partie, *Traité du quasi-contrat appellé promutuum et de l'action condicatio indebiti*, en *Oeuvres de Pothier*, par Bugnet, tome 5ème, cit., n. 21.

12 En área germánica, un fenómeno análogo se verificó solo por el *Landrecht für das Großherzogthum Baden* de 1809 (sin perjuicio que, hasta la entrada en vigor del *BGB*, el *Code Napoléon* continuó a ser directamente aplicado en los territorios del *Rheinland*); la expresión "quasi-contrato", en particular, fue traducida al alemán con el neologismo *Halbvertrag* ("semi-contrato") (art. 1371 ss.). Además, la categoría conceptual del quasi-contrato fue empleada por el código sajón de 1863, pero con exclusiva consideración a la gestión de negocios ajenos (*Forderungen aus vertragsähnlichen Verhältnissen*, *Dritter Theil, Zweite Abtheilung, Erster Abschnitt*, § 1339 ss.); las varias *condiciones sine causa* (o sea, *Rückforderung wegen Leistung einer Nichtschuld*, *Rückforderung des unter Voraussetzung eines künftigen Ereignisses Geleisteten*, *Rückforderung wegen*



Código Civil Italiano de 1865 y el Código Civil Español<sup>13</sup>.

La exigencia de disponer de un remedio más general de restitución del enriquecimiento sin causa continuó a ser satisfecha por la doctrina mediante la construcción de *la gestum d'affaires anormale*, la cual, casi unánimemente acogida por los escritores de la escuela exegética<sup>14</sup>, halló entonces una formalización completa en la obra de Demolombe<sup>15</sup>. La disciplina de tal instituto no era aún aplicable a cualquier supuesto de enriquecimiento sin causa, ya que presuponía que fuese estado determinado por una injerencia del mismo sujeto empobrecido en la esfera jurídica de otros.

Fue solo a finales del siglo XIX que, también a continuación de la progresiva destrucción doctrinal

del concepto de *quasi contrato*<sup>16</sup>, la jurisprudencia se decidió a superar tal limitación, formalizando la acción general de enriquecimiento sin causa en la célebre sentencia concerniente al *affaire Boudier* (llamada *arrêt du marchand d'engraïs*)<sup>17</sup>: en efecto se decidió que, luego de la falta de pago del precio de abonos comprados a un agricultor, el vendedor tuviese el derecho de ser indemnizado por el propietario del fundo en el cual se había empleado, puesto que él había obtenido precisamente, un enriquecimiento sin causa. Las soluciones elaboradas en el derecho jurisprudencial francés fueron sucesivamente recepcionadas por el código civil italiano de 1942, actualmente vigente.

La acción general de enriquecimiento sin causa, en su forma moderna, nace entonces de la disolución de la categoría conceptual romanística del *cuasi-contrato*.

*unsittlichen oder unrechtlischen Grundes, Rückforderung wegen Mangels jedes Grundes*), en cambio, fueron disciplinadas en la división residual relativa a las fuentes no calificadas de otra manera (*Forderungen aus verschiedenen Gründen*, § 1519 ss.), correspondientes a las *variae causarum figurae* del derecho romano (al respecto v. SIEBENHAAR, SIEGMANN, *Commentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen*2, II, Leipzig, 1869, pp. 325 ss. e 390 ss.).

13 Conforme al planteamiento sistemático del código napoleónico además aparecen los códigos italianos preunitarios (v. CANNATA, *op. cit.*, p. 109 ss.).

14 LAROMBIÈRE, *Théorie & pratique des obligations ou Commentaire des titres III & IV, livre III, du code Napoléon* (art. 1101 à 1386), tome 5ème, Paris, 1857, sub art. 1375, p. 602 s.; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*5, tome 5ème, Paris, 1859, sub art. 1375, p. 252 s.; DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*4, t. XIII, trad. it. de Parente, Napoli, 1854-1855, § 647 ss.; LAURENT, *Principes de droit civil français*3, tome 20ème, Bruxelles-Paris, 1878, n. 333 ss., p. 361 ss. Un tentativo diverso de suplir la falta de la *actio de in rem verso* en el derecho francés se debe a ZACHARIÄ, *Handbuch des Französischen Civilrechts*4, Bd. II, Heidelberg, 1837, § 440, p. 429 ss. (la primera edición es de 1808), quien, reconstruyendo varias reglas esparsas en el *Code*, construyó la acción como *vindicatio rerum singularium* relativa a las cosas no consideradas en sí, sino en su calidad de componentes del patrimonio (v. VECCHI, *op. cit.*, pp. 208, nota 117, 213; KUPISCH, *Die Versionsklage*, Heidelberg, 1965, p. 117 s.). Esta teoría conocida en Francia sobretodo gracias a la traducción de Aubry e Rau (la primera edición fue publicada entre 1839 y 1844), se apartaba en realidad netamente de la *actio de in rem verso* del derecho común, precisamente porque prescindía de una *versio* (o sea, de una intervención gestora beneficiosa) (v. KUPISCH, voz "Arrichtamento", cit., p. 442): en las sucesivas ediciones del *Cours de Aubry e Rau* la *action de in rem verso* sí apostó definitivamente como acción de enriquecimiento sin causa en el significado actual (v. Id., *Die Versionsklage*, cit., p. 120 s.; GRAUER, *Die ungerechtfertigte Bereicherung im französischen Privatrecht*, Heidelberg, 1930, p. 10 s.).

15 DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, en *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, Paris, 1882, n. 48 s., p. 44 ss. Para indicaciones ulteriores sobre la literatura francesa del periodo, v. GRAUER, *op. cit.*, p. 11 ss.

16 A partir de los últimos decenios del siglo XIX, se difundió largamente en la literatura jurídica continental la tesis según la cual el cuasi-contrato habría representado una figura sin validez teórica (VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat*, Bordeaux, 1912; RAMM, *Der Quasicontract nach den Quellen und sein Werth für Wissenschaft und Gesetzgebung*, Leipzig, 1882); la doctrina dominante, salvo algunas aisladas voces en contrario (RICCOBONO, *op. cit.*, p. 379; V. SCIALOJA, *In difesa dei termini giuridici d'uso*, en *Studio di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, II, Roma, 1931, p. 235 ss.), se pronunciaba resolutamente por la abrogación de las normas que se referían, así como por su abandono en sede de discusión científica (en la literatura italiana, v. A. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, en *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 524 ss.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto italiano moderno*7, V, Firenze, 1909, p. 17 s.; ARE, *Le obbligazioni ex lege dal punto di vista della sistematica delle fonti delle obbligazioni*, Napoli, 1915, pp. 118, 122; ROTONDI, *Fonti delle obbligazioni* (schema di lavoro), en Id., *Scritti giuridici*, III, *Studi vari di diritto romano e attuale*, a cargo de De Francisci, Milano, 1922, p. 491; SCUTO, *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, en *Riv. dir. civ.*, 1917, p. 46; ALBERTARIO, *op. cit.*, p. 511; PACCHIONI, *De la gestione degli affari altrui*3, Padova, 1935, p. 37; Id., *I quasi contratti e l'azione di arrichtamento*, cit., pp. 3, 9 s.; en la literatura francesa, v. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français* II, *Théorie générale des obligations*3, Paris, 1939, n. 10, p. 7, según el cual el quasi-contrato es "une sorte de monstre légendaire, qu'il faut se décider à bannir du vocabulaire juridique"; directamente GOUBLET, *La notion du quasi-contrat*, Thèse Paris, 1904, p. 51 se adelantó a afirmar que "[...] les dispositions du code civil qui tendent à établir la distinction entre les obligations légales et quasi-contractuelles doivent être tenues par l'interprète pour nulles et non avenues"; en la literatura alemana, v. La exclamación de RAMM, *op. cit.*, p. 100: "Fort mit dem Quasicontract aus Wissenschaft und Gesetzgebung"). Por otro lado, tal orientamiento ya se había manifestado esporádicamente en la literatura iusnaturalista.

17 Req., 15 junio 1892, S. 93.I.281, con nota de Labbé (la sentencia se puede leer también en H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, CHABAS, *op. cit.*, p. 836 ss.).

Una situación evolutiva análoga se ha delineado en el ambiente jurídico anglosajón, en el cual el concepto de *quasi-contract*, originalmente concebido como acuerdo implícito o ficticio (*implied contract*)<sup>18</sup>, es hoy prevalentemente reconducido a la prohibición general de enriquecimiento injustificado (*unjust enrichment*)<sup>19</sup>; este último, ya enunciado por la doctrina jusnaturalística de Lord Mansfield en el célebre precedente *Moses v. Macferlan*<sup>20</sup>, aparece hoy elaborado sobre el correspondiente modelo dogmático continental, marcadamente alemán<sup>21</sup>.

## 2. Continúa: consideraciones sistemáticas.

Al margen de las razones históricas (tardanza de su elaboración y formalización conceptual), la escasa relevancia sistemática de la acción general de enriquecimiento sin causa en los ordenamientos jurídicos neolatinos es debida a un dato del derecho positivo, o sea a la regla de su subsidiariedad, la cual, elaborada por la jurisprudencia francesa, ha sido expresamente consagrada por el código civil italiano (artículo 2042). Sin embargo, como se verá mejor en el desarrollo, tal regla se ha justificado históricamente en base a la concepción del instituto que estamos tratando como remedio equitativo excepcional, potencialmente idóneo a contravenir el derecho positivo en nombre de la justicia<sup>22</sup>; a continuación de la eliminación de esta impostación teórica<sup>23</sup>, no hay más, en realidad, ninguna razón formal o sustancial que pueda justificar la subsidiariedad de la acción general de enriquecimiento sin causa<sup>24</sup>. Es necesario, en cambio, tener en cuenta que en los ordenamientos

jurídicos neolatinos se verifica una fisiológica compresión de la acción de repetición de lo indebido (que también está fundada, como la acción general que estamos tratando, sobre el principio de restitución del enriquecimiento sin causa)<sup>25</sup>. En el derecho romano, el contrato traslativo (*titulus acquirendi*) producía exclusivamente efectos obligatorios y la propiedad se transfería mediante un acto jurídico distinto (*modus acquirendi*), típicamente constituido por la entrega del bien: con tal que este último subsistiese, la nulidad o inexistencia del contrato traslativo (típicamente de *emptio-venditio*) no perjudicaban la transferencia de la propiedad al *a v ente causa*, y el único remedio que el *dante causa* podía ejercitar era aquél (*in personam*) de la *condictio*. Viceversa, el derecho italiano, sobre el modelo francés, ha repudiado la distinción romanística entre *titulus* y *modus acquirendi*, recepcionando el llamado principio consensualístico (artículo 1376 del Código Civil): el contrato traslativo no solo es justa causa del desplazamiento patrimonial, sino también, salvo casos particulares, la fuente del efecto traslativo (o sea produce efectos reales). Resulta que, en caso que el contrato traslativo sea nulo o inexistente, el dante causa permanece propietario del bien y puede por tanto pretender la restitución del *a v ente causa* mediante la acción de reivindicación: los remedios restitutorios personales continúan si a ser utilizables, puesto que la posesión o tenencia ilegítima del *a v ente causa* constituyen un enriquecimiento sin causa, pero pierden gran parte de su importancia, al menos si la carga probatoria del demandante en reivindicación no es excesivamente gravosa.

18 En tal sentido fue determinante el aporte doctrinal de los *Commentaries* de Blackstone (v. BIRKS, McLEOD, *The Implied Contract Theory of Quasi-Contract*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1986, p. 46 ss.; GOFF, JONES, *The Law of Restitution*, London, 1993, p. 5 ss.; HEEMANN, *Action for money had and received*, Berlin, 1996, p. 187 ss.; BARBIERA, *op. cit.*, p. 72 s., nota 109).

19 V. sobretodo GOFF, JONES, *op. cit.*, p. 12 ss.; BURROWS, *The Law of Restitution*, London-Dublin-Edinburgh, 1993, p. 1 ss.; cfr. BIRKS, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford, 1985, p. 22 ss., el cual duda fuertemente sobre la utilidad de enunciar al respecto un principio general. Para un análisis sintético de los planteamientos teóricos alternativos de la *law of restitution*, v. BURROWS, *op. cit.*, p. 3 ss.

20 Moses v. Macferlan (1760) 2 Burr. 1005, 1012: "the gist of this kind of action [for money had and received] is, that the defendant, upon the circumstances of the case, is obliged by the ties of natural justice and equity to refund the money".

21 V. al respecto P. GALLO, L'arrichimento senza causa, Padova, 1990, p. 81 ss.; ZWEIGERT, KÖTZ, *Einführung en die Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1996, § 38 IV, p. 556. En tal sentido, particularmente significativa es la reforma legislativa que en 1995 el Estado de Louisiana ha realizado al libro III, título V del propio código civil, remontado a 1870: en efecto, por un lado ha sido eliminada cualquier referencia a la categoría del quasi-contrato, por otro lado ha sido introducida la acción general de enriquecimiento sin causa, cuya disciplina ha sido ubicada contiguamente a la gestión de negocios ajenos y la repetición de lo indebido (v. El comentario de BIRKS, *Obbligations Arising without Agreement under the Louisiana Civil Code*, in *Restitution Law Review*, vol. 5, 1997, p. 222 ss.).

22 V. *infra*, n. 5.

23 V. *infra*, n. 3.

24 V. *infra*, n. 5.

25 Al respecto puede remitirse a SIRENA, *La repetizione dell'indebito*, en *Manuale di diritto civile e commerciale*, a cargo de Angelici, Lipari e P. Rescigno, próxima publicación.



### 3. El fundamento jurídico

La expresa previsión de la acción general de enriquecimiento sin causa en el código civil italiano (artículos 2041-2042) ha reconducido definitivamente el fundamento al derecho positivo, superando así la tendencia a recurrir a motivaciones genéricas de carácter metajurídico (en particular, los principios de la equidad y justicia)<sup>26</sup>.

Resulta así facilitada la revisión crítica de la tesis según la cual el instituto se basaría sobre la justicia distributiva, en cuanto estaría dirigido a garantizar que cada uno se enriquezca en proporción a los propios méritos o a las propias necesidades. En realidad, el contenido preceptivo de los artículos 2041-2042 del Código civil no está constituido por la "prohibición" de obtener enriquecimientos que, en sí considerados, sean inmerecedores, sino por el deber de reintegrar el patrimonio ajeno de los beneficios que, sin título, hayan afluido en el propio. Por tanto, la acción general de enriquecimiento sin causa constituye el remedio a cambios injustificados de riqueza entre los patrimonios de dos sujetos y esa, por tanto, es una manifestación de la justicia comutativa.

Puede considerarse ya superada la postura conceptual que reconocía el fundamento del instituto en la violación de un derecho del sujeto tutelado (teoría de la antijuridicidad)<sup>27</sup>. En tal sentido, se afirma comúnmente que la disciplina de la acción general de enriquecimiento sin causa prescinde del requisito subjetivo del dolo o de la culpa, apartándose así de la norma general sobre hechos ilícitos (artículo 2043)<sup>28</sup>; la observación, aunque comparable, no puede todavía considerarse decisiva, no solo porque la diversidad de los respectivos supuestos no excluye que los dos institutos se basen sobre el mismo fundamento jurídico, sino sobretodo porque, como es evidente, la culpa no constituye el único criterio de imputación de la responsabilidad extra-contratual. Antes bien, es necesario poner en evidencia que el supuesto previsto en el artículo 2041 del código civil

no formaliza del todo un comportamiento (eventualmente antijurídico) del sujeto responsable, en cuanto sus presupuestos, además que de tal acto jurídico, pueden estar indiferentemente integrados también por un comportamiento del sujeto tutelado, y directamente por un evento natural determinado por caso fortuito o fuerza mayor (por ejemplo de la separación de una porción considerable y reconocible de un fondo por parte de un río o torrente contiguo, en el sentido del artículo 944 del código civil): en estos últimos casos, es evidente que al sujeto responsable no le es imputable ninguna violación de los derechos del sujeto titulado.

*«La restitución del enriquecimiento sin causa constituye el fundamento no solo de la acción general (...) sino también de otros fenómenos normativos; de hecho se trata de un principio general del ordenamiento jurídico.»*

Por tanto, el enriquecimiento sin causa está propiamente determinado en razón de que un sujeto (responsable), sin estar legitimado, goza de un beneficio que el ordenamiento jurídico ha atribuido exclusivamente a otro sujeto (tutelado); el consiguiente remedio restitutorio reestablece en la situación de hecho la misma atribución del beneficio previsto por el derecho, garantizando así la integridad patrimonial del sujeto tutelado bajo el perfil cualitativo o bien, en caso que ello no sea posible, cuantitativo (teoría de la atribución). Ello asume particular consideración en caso que, a causa de la actividad de hecho del sujeto responsable, el sujeto tutelado pierda el derecho de propiedad sobre la cosa (por ejemplo porque haya sido consumido sin causa por el sujeto responsable, o bien porque este último o un tercero hayan adquirido sin causa la propiedad a título originario): la acción general de enriquecimiento sin causa se sustituye entonces a la de la reivindicación, realizando así sobre el plano cuantitativo del patrimonio la función atributiva del derecho tutelado<sup>29</sup>.

La restitución del enriquecimiento sin causa constituye el fundamento no solo de la acción general prevista por los artículos 2041-2042 del código civil, sino también de otros fenómenos normativos<sup>30</sup>; de hecho se trata de un principio general del ordenamiento jurídico.

26 MOSCATI, *Fonti legali e fonti private delle obbligazioni*, Padova, 1999, p. 248

27 GRAZIANI, *L'azione di ingiustificato arricchimento* en *Riv. dir. civ.*, 1922, p. 1 ss

28 ASTONE, *L'ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA*, Milano, 1999, p. 17

29 V. *infra*, n. 8.

30 BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 810

#### 4. El objeto

Como se puede deducir del artículo 2041 párrafo 2º del código civil, el objeto primario de la acción general de enriquecimiento sin causa está constituido por el beneficio injustificadamente aprovechado por el sujeto responsable (restitución en forma específica); la opinión contraria, netamente prevalente en doctrina, se basa sobre una superficial desvaloración sistemática de tal norma, que es considerada inidónea para precisar el fundamento genético de la obligación restitutoria<sup>31</sup>.

En virtud de la aplicación analógica del artículo 2040 del código civil, el sujeto responsable, junto a la restitución en forma específica, tiene derecho a las indemnizaciones y a los reembolsos previstos por la disciplina de la posesión (ilegítima) a la reparación y el mejoramiento de la cosa ajena (artículo 1149-1151 del código civil): en tal sentido afirma, desde el punto de vista funcional, la exigencia de evitar que el sujeto consiga a su vez un enriquecimiento sin causa en relación al sujeto responsable.

Cuando sea imposible la restitución en forma específica, sea por la naturaleza misma del beneficio (por ejemplo prestación profesional), que a causa de hechos sobrevenidos (por ejemplo, consumo de la cosa), el enriquecimiento sin causa debe ser restituído por equivalente, o sea en su valor pecuniario. Por lo que respecta a la imposibilidad no imputable al deudor, tal regla constituye una particular derogación de los artículos 1256 y ss del código civil; su fundamento jurídico se encuentra en la naturaleza remedial de la obligación restitutoria y encuentra efectivamente comparación en la disciplina de la acción de reparación del daño (artículo 2058 primer párrafo, 2056, 1223 del código civil).

Por otro lado, las dos formas de restitución no se excluyen recíprocamente. Cuando luego de la restitución en forma específica subsista un

enriquecimiento sin causa del sujeto responsable, en particular, debe ser restituido por equivalente (quien se apropió sin causa de una cosa ajena está obligado no solo a restituirla sino también a pagar una indemnización equivalente a su valor de uso).<sup>32</sup>

#### 5. La concurrencia de la acción general de enriquecimiento sin causa con otros remedios.

En el sentido del artículo 2042 del código civil, se piensa generalmente que la acción general de enriquecimiento sin causa sea inadmisible todas las veces que al sujeto empobrecido le corresponda otro remedio, si bien este último haya eventualmente caído en prescripción o caducidad<sup>33</sup>, o bien resulte infundado en el fondo (llamada subsidiariedad en abstracto)<sup>34</sup>. Esta solución es constantemente reiterada por la jurisprudencia<sup>35</sup>, también en el caso en que el sujeto que puede ser demandado mediante el ejercicio de otro remedio sea diverso de aquel que ha obtenido el enriquecimiento sin causa<sup>36</sup>; se admite también que la parte cumplidora, cuando el remedio contractual sea inútil por la insolvencia de la contraparte, pueda ejercitar la acción general de enriquecimiento sin causa en relación del tercero que se haya enriquecido de la prestación (llamada subsidiariedad en concreto)<sup>37</sup>.

Así, al margen de las dudas sobre el fundamento general de esta última solución<sup>38</sup>, la acción general de enriquecimiento resulta estrechamente residual<sup>39</sup>. Esta posición parte de la exigencia de evitar que ella, concebida como un remedio *extra ordinem* fundado sobre la equidad, contravenga la solución de intereses sancionados por la regulación de los singulares supuestos; sin embargo, luego de la “positivización” integral del instituto del que se está tratando<sup>40</sup>, todavía ahora tal diferencia parece difícilmente aceptable. Efectivamente, las normas dictadas por los artículos 2041-2042 del código civil no pueden considerarse potencialmente eliminadas del ordenamiento jurídico, del que individualizan, en cambio, un principio general<sup>41</sup>.

31 BARBIERA, *op. cit.*, p. 262.

32 Cass., 30 mayo 2000, n. 7194.

33 Cass., 5 abril 2001, n. 5072

34 SCHLESINGER, voz *Arrichimento (Acción de)*, en Noviss. Dig. it., I, 2, Torino, 1958, 1004, p. 1008; TRABUCCHI, voz *Arrichimento b) Diritto Civile*, en Enc. dir., III, Milano, 1958, p. 74.

35 Cass., 9 mayo 2002, n. 6647

36 Cass., 27 junio 1998, n. 6355

37 En sentido favorable, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*9, Napoli, 2001, p. 689; TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 75; en sentido contrario, SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 1008

38 V. *infra*, n. 7.

39 BIANCA, *op. cit.*, p. 821.

40 V. *supra*, n. 3.

41 V. *supra*, n. 3



En realidad la razón sustancial del artículo 2042 del código civil esta constituida por la exigencia de evitar que, en el caso que sean integrados los presupuestos tanto de la acción prevista por el artículo 2041, cuanto de otros remedios restitutorios o bien resarcitorios, el sujeto empobrecido obtenga en múltiples ocasiones, a título diverso, la reparación del mismo perjuicio, obteniendo así paradógicamente un injustificado enriquecimiento. En caso que el poseedor ilegítimo, por ejemplo, obtenga el reembolso de los gastos por la producción y recolección de frutos en el sentido del artículo 1149 del código civil él no puede posteriormente demandarlo mediante la acción general de enriquecimiento sin causa.

Sobre la base de tal “intención del legislador”, se hace necesario realizar, en el sentido del artículo 12 primer párrafo, disposiciones preliminares, una reducción teleológica del artículo 2042, en el sentido que él impida la acción general de enriquecimiento sin causa solo si en cuanto el sujeto empobrecido haya obtenido la reparación del perjuicio sufrido mediante el ejercicio de otro remedio. No se trata de una prohibición autónoma dirigida a contener extrínsecamente el ámbito de aplicación de la acción general de enriquecimiento sin causa, sino de una característica intrínseca de tal instituto que resulta de su naturaleza remedial: como está sugerido en los trabajos preparatorios<sup>42</sup>, la reparación del perjuicio sufrido, cualquiera que sea su título, elimina correspondientemente la disminución patrimonial del sujeto tutelado, o sea uno de los presupuestos del artículo 2041.

Por tanto, en el sentido del artículo 2042, el ordenamiento jurídico sí prohíbe la concurrencia de la acción general de enriquecimiento sin causa con otros remedios (restitutorios o bien resarcitorios) pero solo en tanto sea acumulativa. En cambio, no hay razón para negar que el sujeto tutelado pueda elegir ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa no solo en alternativa de otro remedio igualmente disponible a él (concurso alternativo), sino también

complementario al ejercicio de este último, en el caso en que la reparación del perjuicio patrimonial sufrido no haya sido integral (concurso integrativo).

Contrariamente a la opinión común<sup>43</sup>, en particular, es admisible la concurrencia (alternativa o bien integrativa, pero no acumulativa) de la acción general de enriquecimiento sin causa con el resarcimiento del daño; en el caso en que este último pueda ser probado solo en medida inferior al valor objetivo del beneficio que el sujeto responsable se ha apropiado sin causa, por ejemplo el sujeto tutelado podrá demandar la restitución de la diferencia en base a la acción general de enriquecimiento sin causa, integrando así el remedio resarcitorio ya empleado. Una indicación sistemática en tal sentido puede encontrarse en los artículos 935 primer párrafo, 936 tercer párrafo, 937 tercer párrafo, 939 tercer párrafo del código civil, según los cuales la adquisición a título originario de la propiedad a consecuencia de accesión o bien unión o mezcla obliga al sujeto responsable no solo a restituir el valor objetivo de los materiales empleados, conformemente a la disciplina de la acción general de enriquecimiento sin causa, sino también a resarcir el daño ocasionado al anterior propietario.

*«...Por tanto, en el sentido del artículo 2042, el ordenamiento jurídico sí prohíbe la concurrencia de la acción general de enriquecimiento sin causa con otros remedios (restitutorios o bien resarcitorios) pero solo en tanto sea acumulativa...»*

## 6. El supuesto de hecho: el enriquecimiento del sujeto responsable y el empobrecimiento del sujeto tutelado

Puesto que la acción general de enriquecimiento sin causa realiza sobre el plano de la consistencia patrimonial la atribución exclusiva de un beneficio por parte del ordenamiento jurídico<sup>44</sup>, ella concierne exclusivamente a beneficios susceptibles de valoración económica; por tanto, contrariamente a una opinión doctrinal creciente, se excluye que sus presupuestos puedan también ser integrados por la adquisición de ventajas morales<sup>45</sup>.

Más precisamente, la atribución exclusiva de un beneficio por parte del ordenamiento jurídico, puede ser determinada tanto por la imputación de un derecho subjetivo correspondiente, cuanto por

42 Relazione al código civil, n. 72

43 BIANCA, op. cit., p. 821, nota 42; GAZZONI, op. cit., p. 689; SCHLESINGER, op. cit., p. 1006; TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 41

44 V. supra, n. 3

45 SCHLESINGER, op. cit., p. 1007

una tutela meramente objetiva (por ejemplo, en materia de competencia desleal)<sup>46</sup>.

En base a esta última consideración, se debe sin duda excluir, contrariamente a un orientamiento jurisprudencial<sup>47</sup>, que el plagio de obras del ingenio no tuteladas por la ley del derecho de autor integre los presupuestos de la acción general de enriquecimiento si causa<sup>48</sup>. También la tesis según la cual tal remedio sería utilizable en caso de falsificación de una invención no patentada (pero patentable) o bien de una marca de hecho<sup>49</sup> no parece compatible en absoluto, sino solo si se trata de un acto de concurrencia desleal, puesto que esto último, como ya se ha señalado, da lugar a la sustracción de un beneficio atribuido por el ordenamiento jurídico en forma exclusiva (artículo 2598 del código civil).

Para que la apropiación injustificada de tal beneficio determine, en el sentido del artículo 2041, una "disminución patrimonial correlativa" del sujeto tutelado, es necesario además, en línea de principio, que el ordenamiento jurídico le reconozca la legitimación a disponer en relación con los demás.

Por tanto, no puede ejercitarse la acción de enriquecimiento sin causa quien ha efectuado una prestación de servicios intelectuales sin estar inscrito en los registros o en las listas previstas por la ley, precisamente porque él no estaba legitimado a obtener el valor de intercambio (artículo 2231 primer párrafo código civil<sup>50</sup>).

Merece una consideración particular el disfrute abusivo de la personalidad ajena. A fin que sea disponible la acción general de enriquecimiento sin causa, no es suficiente que se trate de un aspecto de la personalidad tutelado por el ordenamiento mediante una atribución exclusiva (integridad psico-física, integridad moral, intimidad privada, etc.) sino que es además necesario que el sujeto tutelado este jurídicamente legitimado a disponer en relación a terceros, mediante actos traslativos (por ejemplo, cabellos) o bien autorizativos (ejemplo, imagen). A este último propósito, la existencia de un mercado de hecho no es decisivo,

puesto que si bien ella determina la patrimonialidad objetiva de un beneficio, no determina su comercialidad jurídica (piénsese por ejemplo en el mercado de órganos destinado al trasplante).

En primer lugar, el enriquecimiento sin causa puede concretizarse en un incremento patrimonial del sujeto responsable (enriquecimiento positivo).

Se sostiene además, contrariamente a una tesis doctrinal bastante creciente<sup>51</sup>, que el enriquecimiento sin causa pueda adicionalmente estar constituido por un ahorro de gastos del sujeto responsable (llamado enriquecimiento negativo)<sup>52</sup>; Por otro lado, en tal caso se admite la restitución en el sentido del artículo 2041 solo si se trata de gastos ordinarios o necesarios, mientras que aquellos voluntarios o superfluos no se repararían directamente, sino en la medida en la cual hayan significado un incremento patrimonial<sup>53</sup>.

Tal impostación conceptual ha sido elaborada considerando a los beneficios que, por su naturaleza, son insusceptibles de restitución en forma específica (piénsese no solo en los bienes inmateriales, sino también en las prestaciones profesionales o en los servicios). Según los datos del derecho positivo, aún no parece que tal circunstancia cambie el objeto primario de la obligación restitutoria, el cual también está siempre constituido por el beneficio que el sujeto responsable ha conseguido injustificadamente: es precisamente esto último (y no el correspondiente ahorro de gastos) que, también desde el punto de vista económico, constituye el enriquecimiento sin causa. Es más, la imposibilidad de restitución en forma específica del beneficio hace que deba ser restituido por el equivalente, según su valor objetivo (el cual, si se quiere, puede también estar constituido conceptualmente como ahorro de gastos).

De esta afirmación resulta, entre otras cosas, que la necesidad, beneficio o bien superfluidad del gasto resultan irrelevantes en el sentido del artículo 2041, sin perjuicio que, según la regla general<sup>54</sup>, el sujeto enriquecido de buena fe responda de la consiguiente

46 En sentido contrario, cfr. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 18 s

47 Cass., 27 octubre 1977, n. 4625, Cass., 4 febrero 1980, n. 773

48 Cass., 1º octubre 1975, n. 3097

49 Cass., 12 abril 1999, n. 3599; BIANCA, *op. cit.*, p. 814, nt. 18; GALLO, *op. cit.*, p. 389 s

50 Cass., 2 octubre 1999, n. 10937; cfr. Sin embargo ASTONE, *op. cit.*, p. 168.

51 MORI-CHECCUCCI, *l'arrichimento senza causa*, Firenze, 1943, p. 203

52 SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 1007

53 BIANCA, *op. cit.*, p. 813, nota 15

54 V. *infra*, n. 11



restitución dentro de los límites de su actual incremento patrimonial.

### 7. Continúa: el nexo de conexión entre los dos eventos.

El nexo de conexión entre el enriquecimiento del sujeto responsable y el empobrecimiento de aquél tutelado esta comúnmente formalizado como un elemento autónomo constitutivo del supuesto disciplinado por los artículos 2041-2042.

Según la tesis más restrictiva que ya se ha firmemente afirmado en la jurisprudencia<sup>55</sup>, tal presupuesto estaría integrado solo cuando el enriquecimiento y el empobrecimiento hayan sido causados por el mismo hecho<sup>56</sup>; sería necesario entonces, análogamente a cuanto previsto por el legislador en relación a los hechos ilícitos, que subsista un nexo de causalidad directo e inmediato<sup>57</sup>. Un orientamiento doctrinal minoritario, en cambio, considera admisible también una causalidad indirecta, a condición que entre los dos eventos se presente una relación de necesidad histórica, en el sentido que se pueda demostrar que el uno no se habría verificado sin el manifestarse del otro<sup>58</sup>.

En realidad, ambas posiciones parecen derivar, sea con resultados diferentes, de la reconducción forzada del instituto al esquema dogmático de los hechos ilícitos, en el cual el nexo de causalidad, como se observa claramente de los datos del derecho positivo, asume precisamente una específica relevancia formal<sup>59</sup>. No obstante, considerando la disciplina dictada por los artículos 2041-2042 la correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento asume una relevancia meramente descriptiva, porque ellos, desde el punto de vista formal, aparecen como un único elemento esencial, constituido por el cambio de riqueza entre el patrimonio de dos sujetos.

En línea de principios, no constituyen cambios patrimoniales las externalidades positivas (o efectos

reflejos) de un acto cumplido por un sujeto en interés propio; por tanto, este último no puede pretender la restitución mediante la acción general de enriquecimiento sin causa<sup>60</sup>. Por ejemplo, el propietario de un fundo que, a los fines de obtener la licencia municipal, realice obras de urbanización, no puede pues pretender ser indemnizado por los demás propietarios de la zona<sup>61</sup>.

En cambio, particularmente enredada se presenta la problemática del enriquecimiento sin causa en el ámbito de las relaciones trilaterales. Al respecto, es necesario antes que nada considerar que, en caso que el sujeto intermediario no se haya convertido propietario de la cosa, el cambio patrimonial que se indica en el artículo 2041 se verifica directamente entre el primer y último eslabón de la cadena, entre quien era jurídicamente legitimado a disponer del beneficio en cuestión y quien goza sin estar legitimado (por ejemplo, A enajena sin causa materias primas a B, el cual los usa para construir obras sobre el fundo de C). Según el fundamento del remedio que estamos tratando<sup>62</sup>, efectivamente el enriquecimiento sin causa no se verifica en daño del sujeto que, de hecho, precedentemente gozaba del beneficio, sino de aquel a quien era atribuida en forma exclusiva por parte del ordenamiento jurídico.

En base a tal planteamiento conceptual, la regla dictada por el artículo 2038 del código, según el cual, en caso de enajenación a título gratuito por parte de quien ha recibido indebidamente una cosa, el adquirente responde del enriquecimiento sin causa en relación con el *solvens*, no determina de hecho la (excepcional) restitución de un enriquecimiento indirecto: el empobrecimiento correlativo, en efecto, ha sido soportado ya no por el *accipiens* enajenante (que no habiendo adquirido la propiedad de la cosa, no la ha siquiera perdido), sino por el *solvens*, el cual tiene precisamente derecho a la restitución en relación al adquirente mismo. Desde el punto de vista conceptual, el contenido preceptivo de la norma no concierne a la temática del nexo de correlación, sino, como se verá<sup>63</sup>, a aquella de la "causa justa".

55 Cass., 10 febrero 1993, n. 1686; Cass., ses. un., 2 febrero 1963, n. 183

56 SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 1008.

57 ANDREOLI, *l'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, p. 167

58 TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 72; BARBIERA, *op. cit.*, p. 248

59 BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, en *Tratatto di diritto privato*, dirigido por P. Rescigno, 9, *Obbligazioni e contratti*2, Tomo primero, Torino, 1999, p. 1007.

60 TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 20 s

61 Cass., 3 Junio 1995, n. 6289

62 V. *supra*, n. 3

63 V. *infra*, n. 8.

Precisamente porque tal norma no puede considerarse excepcional (respecto a la supuesta prohibición de restitución del enriquecimiento indirecto) ella resulta analógicamente aplicable, en línea de principio, a cualquier supuesto de adquisición gratuita *a non domino*<sup>64</sup>, así como de ejecución por tercero de una prestación de *facere* bajo encargo de un intermediario que actúe a título gratuito en relación con el beneficiario<sup>65</sup>.

En el caso que la cosa haya sido enajenada por el intermediario a título oneroso, se ha sostenido, en base al artículo 2038, que el primer sujeto se puede subrogar en el derecho del intermediario de demandar el pago aún adeudado por el beneficiario final, con tal que se trate de una prestación de dar (sustento: artículo 1031. quiebras). Una confirmación de tal solución ha sido reconocida en el artículo 937 párrafo 3<sup>66</sup>.

La responsabilidad restitutoria del beneficiario final no excluye obviamente que también el intermediario responda del enriquecimiento sin causa; sin embargo, puesto que este último ha disminuido su patrimonio, según la regla general, estará obligado a restituir solo lo que ha conseguido de mala fe<sup>67</sup>. Además, en este último caso si la cosa ha sido enajenada a título oneroso, el sujeto tutelado puede pretender del intermediario la restitución del pago (artículo 2038 primer párrafo).

Soluciones análogas son aún aplicables en caso que, a causa del incumplimiento del mandatario sin representación, se resuelva el contrato con el cual él ha adquirido un bien por cuenta del mandante: este último, en el caso en que se convierta en propietario, está obligado en relación al tercero vendedor a pagarle el precio adeudado aún al mandatario o bien a restituir el enriquecimiento sin causa, según que su adquisición se haya dado, respectivamente, a título oneroso o bien a título gratuito. Queda firme la obligación del mandatario de restituir el pago de la enajenación que el mandante ya le haya dado<sup>68</sup>.

A mayor razón, la acción general de enriquecimiento sin causa resulta admisible en los casos en donde la reversión material de la prestación por parte del intermediario provenga (no ya en base a un título, sino) sin causa. Si A, por ejemplo, entrega sin causa un bien a B y este último lo da sin causa a C, A puede ejercitar en relación a C la acción general de enriquecimiento sin causa. Sin embargo, la doctrina ha manifestado su perplejidad en relación a tal solución, sosteniendo que ella inexplicablemente sustraería al sujeto tutelado a la concurrencia con los demás acreedores del intermediario, atribuyéndole integralmente el objeto de la restitución<sup>69</sup>; tal opinión viene del presupuesto que se trate de una acción directa o bien de una subrogación en el ejercicio de las demandas restitutorias concernientes al intermediario (artículo 2038)<sup>70</sup>. En realidad, se debe observar que al primer sujeto le corresponde la acción general de enriquecimiento sin causa en relación al beneficiario final: por tanto, tratándose de una relación obligatoria intercurrente entre tales sujetos, no se pone problema alguno de concurrencia con los acreedores del intermediario (sin perjuicio que el eventual conflicto con estos últimos en sede de ejecución forzada estará disciplinado por las reglas generales del artículo 2915).

El perfil estructural del instituto que se constituye conceptualmente mediante el mencionado nexo de correlación puede asumir, en cambio, una específica relevancia teórica-práctica en el caso en que el intermediario que obtiene el enriquecimiento sin causa adquiera además la legitimación exclusiva de gozar y disponer del beneficio, el cual es sucesivamente enajenado a un tercero (por ejemplo A mejora sin causa la cosa de B y este último, sucesivamente, la vende o la dona a C; o bien, B adquiere por especificación la propiedad de materias primas que eran de A y sucesivamente transfiere la cosa resultante a C). En este caso hay duda de si el primer sujeto pueda ejercitar la acción general de enriquecimiento sin causa en relación con el beneficiario final.

64 BIANCA, *op. cit.*, p. 816; TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 94; NICOLUSSI, *Lessione del potere di disposizione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998, pp. 222, 452, quien por otro lado manifiesta algunas dudas en relación a las adquisiciones *a non domino* que dependen de la interposición tardía de la demanda judicial de petición de herencia (art. 2652, n. 7, e 2690, n. 4, c.c.).

65 Cass. 18 agosto 1993, n. 8751; TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 95 s.

66 TRIMARCHI, *op. cit.*, pp. 90, 92.

67 V. *infra*, n. 11.

68 BIANCA, *op. cit.*, p. 817; TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 110 s.

69 BRECCIA, *op. cit.*, p. 1009

70 TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 104

71 TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 95



También considerando tales supuestos, se tiende a admitir la aplicabilidad de las reglas inferidas del artículo 2038<sup>71</sup>; esta solución resulta todavía incompatible con el fundamento atributivo del remedio de que estamos tratando<sup>72</sup>. En efecto, consiguientemente a la atribución exclusiva del beneficio al intermediario las adquisiciones de los sucesivos avenientes causa no determinan cambio patrimonial alguno “en daño” del primer sujeto, el cual por consiguiente no está legitimado a ejercitarse frente a ellos la acción general de enriquecimiento sin causa<sup>73</sup>.

#### 8. Los hechos impeditivos: la “justa causa” del enriquecimiento

La ausencia de una causa justa del enriquecimiento es tradicionalmente considerado como un requisito del supuesto previsto por el artículo 2041<sup>74</sup>. En realidad se trata de un hecho impeditivo de la acción restitutoria, como puede deducirse no tanto de la formulación literal de la disposición<sup>75</sup>, cuanto del fundamento del remedio del que estamos tratando<sup>76</sup>: la restitución al sujeto del beneficio que está atribuido exclusivamente por el ordenamiento jurídico no presupone otra cosa que, como resulta de la disciplina de la acción de reivindicación (artículo 948), sea disfrutado por un sujeto diverso (este último tendrá eventualmente la carga de oponer un hecho impeditivo, y en particular, precisamente, la existencia de un título que lo legitime a gozar o disfrutar del beneficio ajeno).

La doctrina se ha esforzado en definir dogmáticamente el concepto de causa justa del enriquecimiento o de la atribución patrimonial; sin embargo, las formulaciones propuestas se han tornado repetidamente vagas o arbitrarias.

En realidad esta incertidumbre debe considerarse insuperable, dado que el concepto de “justa causa”, por su naturaleza, es *insusceptible* de

definiciones ontológicas o sustanciales, que puedan abstractamente delimitar el ámbito aplicativo del instituto<sup>77</sup>. Por otro lado, se debe excluir, contrariamente a una tendencia doctrinal más reciente<sup>78</sup>, que se trate de una cláusula general en sentido técnico, puesto que la referencia a la justicia no individualiza un modelo socialmente típico de comportamiento<sup>79</sup>.

En cambio, la ausencia de una “justa causa” del enriquecimiento depende de una específica valoración por parte del ordenamiento jurídico, que debe estar individualizada (ya no en el artículo 2041 en sí considerado, sino) en la disciplina sustancial de cada supuesto considerado. Resulta que el concepto de “justa causa” puede ser definido solo en sentido formal, como criterio que consiente exclusivamente juicios sintéticos *a posteriori*.

En línea de principio, el enriquecimiento debe considerarse obtenido sin causa cuando el sujeto (responsable) no está legitimado por el ordenamiento jurídico a gozar de un beneficio que es atribuido exclusivamente a otro sujeto (tutelado). Tal legitimación puede tener fuente convencional o bien legal<sup>80</sup>.

En primer lugar, el contrato eficaz, a menos que no sea anulado, rescindido o resuelto, es “justa causa” del enriquecimiento que las partes o bien los terceros obtienen de su ejecución<sup>81</sup>, también en el caso en que se hayan verificado variaciones de valor de las prestaciones pactadas.

En cambio, contrariamente a una consolidada máxima jurisprudencia<sup>82</sup>, la voluntariedad del empobrecimiento no justifica, en sí considerada, el correlativo de enriquecimiento ajeno<sup>83</sup>; se debe por tanto admitir el remedio restitutorio que está analizando en el caso en que A realice voluntariamente mejoras a la cosa de B (sin perjuicio de la tutela de este último en relación a una eventual imposición del enriquecimiento)<sup>84</sup>.

72 V. *supra*, n. 3

73 V. *supra*, n. 3.

74 Cass., 23 abril 1963, n. 1061; BIANCA, *op. cit.*, p. 817

75 NICOLUSSI, *op. cit.*, pp. 430, 448.

76 V. *supra*, n. 3

77 SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 1007.

78 BRECCIA, *op. cit.*, p. 983

79 NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 446

80 Cass., 27 febrero 1962, n. 375

81 Cass., 24 mayo 2002, n. 7627.

82 Cass., 21 noviembre 1996, n. 10251; Cass., 11 febrero 1989, n. 862

83 BRECCIA, *op. cit.*, p. 983

84 V. *infra*, n. 9.

El problema se ha presentado particularmente con las prestaciones ejecutadas *affectionis vel benevolentiae causa*: según los datos del derecho positivo, debe considerarse que esta última sea idónea a justificar el ahorro de gastos, pero no el incremento patrimonial del beneficiario. Por otro lado, considerando el trabajo productivo en ámbito familiar, el legislador, introduciendo el artículo 230-bis del código civil ha contravenido la tradicional presunción de gratuidad<sup>85</sup>: el título de cortesía o de solidariedad familiar subsiste solo si se trata de prestaciones esporádicas (con posterioridad a la separación de la familia de hecho), en particular, el conviviente que haya trabajado continuamente en la familia o en la empresa familiar puede ejercitar el remedio de que se está tratando en relación del otro.

En cambio, está seguramente justificado, como se deduce del artículo 2034, el enriquecimiento que el cumplimiento espontáneo de una obligación natural, siempre que no haya sido ejecutado por un incapaz, acarree al *accipiens*<sup>86</sup>. Análogamente debe decirse respecto a la libertad de uso (artículo 770 párrafo 2)<sup>87</sup>.

En el ámbito de la actividad pública del Estado, se puede destacar que el acto administrativo ilegítimo no constituye "justa causa" del enriquecimiento que resultante<sup>88</sup>; en el caso que se trate del pago de sanciones administrativas, el remedio de que se está tratando puede ser ejercitado solo luego de la anulación del mandato-resolución *ilegítimo* (la cual habiendo ya conseguido los propios efectos, no puede ser inaplicado automáticamente por el juez ordinario)<sup>89</sup>. Las resoluciones ejecutivas de la Autoridad Judicial, en suma, justifican el enriquecimiento resultante<sup>90</sup>.

En cambio, pueden presentarse dudas significativas en relación a las hipótesis en que la posesión del bien ajeno determine ex lege la adquisición de la propiedad (por ocupación, invención, accesión, especificación, mezcla o unión, usucapión o bien en base a la regla "la posesión vale título"); entonces es dudoso si el enriquecimiento del

nuevo propietario haya sido obtenido sin causa<sup>91</sup>. Según la impostación metodológica acá seguida, no es posible resolver el problema mediante la elaboración dogmática del concepto de "justa causa", sino que es necesario examinar la disciplina positiva de cada supuesto de adquisición a título originario, con la finalidad de establecer si ella legitima o no al sujeto a conservar el enriquecimiento resultante.

Por ejemplo, si se considera la disciplina de las adquisiciones a *non domino* de bienes muebles (artículo 1153) se puede deducir que, según la valoración del ordenamiento jurídico, una justa causa del enriquecimiento subsiste si "el título idóneo a la transferencia de la propiedad" era oneroso, no en cambio si era gratuito; en este último caso, efectivamente, en el sentido del artículo 2038, el nuevo propietario está obligado a restituir al precedente el enriquecimiento (que precisamente por ello, se debe considerar sin causa)

En general, es necesario considerar que, no obstante tienda a afirmarse la opinión opuesta<sup>92</sup>, una eventual responsabilidad restitutoria del adquirente a título originario contrabalancea el efecto atributivo de la norma y resulta por tanto incompatible, en línea de principio, con su misma razón sustancial; ella, por ende, puede admitirse solo donde esté expresamente previsto por el legislador (o bien se demuestre de cualquier manera excepcionalmente compatible con la razón sustancial de la norma atributiva)

De la aplicación de tales criterios resulta que el ordenamiento jurídico valora como "justa causa" del enriquecimiento la usucapión, la ocupación, la invención, los llamados incrementos fluviales salvo la separación; excepto esta última, dan en cambio lugar a un enriquecimiento sin causa la especificación, la accesión, la unión o mezcla.

En base a consideraciones análogas, se debe excluir que el titular de un crédito luego de la prescripción de este último, pueda ejercitar la acción general de enriquecimiento sin causa en relación al sujeto que se ha aprovechado<sup>93</sup>. Los artículos 671

85 C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia - Le successioni*, Milano, 2000, p. 28

86 BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 819

87 ASTONE, *op. cit.*, p. 141

88 Cfr. ASTONE, *op. cit.*, 146, el cual presupone que haya sido previamente anulado

89 Cass., 7 agosto 1997, n. 7297.

90 Cfr. ASTONE, *op. cit.*, p. 149, según el cual sería necesario que hayan pasado a calidad de sentencia firme.

91 TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 39.

92 BRECCIA, *op. cit.*, pp. 981, 987.

93 TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 40.



camb. y 59 l cheq., que establecen expresamente la solución opuesta, son por tanto excepcionales<sup>94</sup>.

#### 9. Continúa: la imposición del enriquecimiento.

Como ya se ha dicho<sup>95</sup>, el enriquecimiento sin causa puede ser determinado por un comportamiento del mismo sujeto tutelado; sin embargo, se presenta el problema de establecer si, en el sentido de los artículos 2041-2042, el sujeto que lo ha obtenido también responda en el caso en que ignorase tal comportamiento o lo hubiese directamente prohibido (artículo 2031 2 párrafo )

Si es verdad que efectivamente el enriquecimiento sin causa determina un cambio patrimonial injustificado también cuando haya sido impuesto, es necesario por otro lado evitar, en base al principio mismo de la libertad de autodeterminación, que el sujeto beneficiario sufra un cambio indeseado del propio patrimonio (originario).

Por ello, el problema no se presenta cuando la restitución del enriquecimiento sin causa pueda darse en forma específica, puesto que en este último caso, por definición, ella no cambia ni cuantitativamente, ni cualitativamente el patrimonio originario del sujeto responsable. Esto vale particularmente cuando el enriquecimiento sin causa esta constituido por una suma de dinero<sup>96</sup>.

Diversamente debe decirse cuando el enriquecimiento sin causa esta constituido por bienes fungibles o bien por una prestación de hacer (servicios, mejoras o reparaciones de la cosa de otros), puesto que la imposibilidad de restitución en forma específica obligaría eventualmente al sujeto responsable a pagar una suma de dinero equivalente; él soportaría así la imposición de un cambio (no cuantitativo, sino) cualitativo del propio patrimonio originario, marcadamente en el caso en que, no disponiendo de la liquidez necesaria, deba procurársela mediante la venta de bienes o bien el recurso al mercado crediticio.

Por ello se ha sostenido que, en los casos de que se trata, la acción general de enriquecimiento sin

causa sea admisible solo cuando el sujeto tutelado haya actuado de buena fe<sup>97</sup>; sin embargo, esta tesis ha sido considerada arbitraria<sup>98</sup>.

Al respecto, es necesario considerar que, según el principio de restitución del enriquecimiento sin causa, el poseedor de mala fe tiene derecho a ser indemnizado de los gastos realizados por las mejoras realizadas a la cosa ajena (sin el consentimiento del propietario) (artículo 1150 2º párrafo); se deduce que, en caso que el enriquecimiento impuesto en mala fe este constituido por un incremento patrimonial del sujeto que la ha obtenido, el ordenamiento jurídico, no excluye ni limita la responsabilidad restitutoria de este último. Una confirmación en tal sentido puede obtenerse además en la disciplina de las mejoras efectuadas a la cosa ajena por el usufructuario (artículo 975) y del enfiteuta (artículo 985).

A sustento de la tesis propuesta, se ha invocado el artículo 1592 primer párrafo, en virtud del cual el arrendatario, salvo disposiciones particulares de la ley o de los usos, no tiene derecho a indemnización alguna por las mejoras aportadas a la cosa alquilada sin el consenso del arrendador<sup>99</sup>.

Tal regla, sin embargo, no resulta de la aplicación de la disciplina de la acción general de enriquecimiento sin causa, sino corresponde a un específico efecto jurídico del contrato de alquiler<sup>100</sup>; ella, si bien esta dirigida precisamente a tutelar al arrendador de la imposición de un enriquecimiento, se funda sobre la particular solución de intereses que constituye la justificación causal del mismo contrato ( contrario del artículo 1615)

En cambio, un posterior y mas significativo argumento se presenta en el artículo 936 párrafo 4, según el cual el propietario no puede obligar al tercero a retirar las plantaciones, construcciones u obras que hayan sido hechas de buena fe o bien a su producción y sin oposición: se deduce de hecho y contrario que el tercero de mala fe sin duda no tiene derecho a ser indemnizado por las adiciones, porque antes bien el propietario del fondo puede pretender que las adiciones sean retiradas (artículo 936 párrafo 1)<sup>101</sup>

94 TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 67.

95 V. *supra*, n. 3

96 TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 12

97 TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 17.

98 BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 814

99 TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 12

100 BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 814, nota 18; BARBIERA, *op. cit.*, p. 117

101 TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 15

Sin embargo, también en este caso no parece que la mala fe del sujeto que se ha empobrecido precluya la restitución del enriquecimiento sin causa constituido por un incremento patrimonial ajeno, puesto que el ejercicio del derecho de hacer retirar las adiciones importa propiamente las restituciones en especie de la obra o cuanto menos, de los materiales empleados al tercero. En cambio, permanece excluida la remuneración de la prestación laborativa realizada: como evidencia efectivamente del la solución dispuesta por los párrafos 2 y 4 del artículo 936, el propietario está obligado a pagar el justo precio de la mano de obra solo cuando haya tolerado la adición o bien el tercero fuese de buena fe.

Se debe entonces sostener, sobre la base de una interpretación sistemática de las disposiciones consideradas, que la imposición del enriquecimiento por parte de un tercero de mala fe precluye la restitución de un eventual ahorro de gastos del sujeto enriquecido (salvo que este último sucesivamente ratifique o de cualquier modo tolere tal iniciativa), pero no de su eventual incremento patrimonial.

#### 10. Continúa: El enriquecimiento contrario a las buenas costumbres

En el caso en que haya sido efectuada una prestación por un fin que, también por parte del *solvens*, es contrario a las buenas costumbres, se retiene que el artículo 2035 precluye no solo la repetición de lo indebido, sino también la acción general de enriquecimiento sin causa<sup>102</sup>; tal solución se justifica en base a la aplicación analógica de la norma, en tanto los dos remedios se basan sobre el mismo fundamento<sup>103</sup>.

#### 11. Los hechos extintivos: La desaparición del enriquecimiento

Según la opinión tradicional, la obligación de restituir el enriquecimiento sin causa presupondría que este último persista en el patrimonio del sujeto responsable hasta el momento de la demanda (*non est versum, si non durat versum*)<sup>104</sup>.

*«Se debe entonces sostener (...) , que la imposición del enriquecimiento por parte de un tercero de mala fe precluye la restitución de un eventual ahorro de gastos del sujeto enriquecido (...), pero no de su eventual incremento patrimonial...»*

En sentido contrario se ha sostenido, incluso en relación a los trabajos preparatorios del código civil, que la enajenación, destrucción o deterioro de la cosa no pueden no interrumpir el nexo de causalidad entre el enriquecimiento sin causa y su hecho generador<sup>105</sup>. Tal observación no parece sin embargo resolutiva, puesto que, al margen de la dudosa relevancia formal del nexo de causalidad en la disciplina establecida por los artículos 2041-2042<sup>106</sup>, el problema acá

considerado no atiene a la determinación cuantitativa del enriquecimiento sin causa en el momento genético de la obligación restitutoria, sino a la (eventual) oponibilidad por parte del sujeto responsable de los hechos ulteriores que, en todo o en parte, tal enriquecimiento hayan desaparecido<sup>107</sup>: se trata por tanto, en hipótesis, de hechos que no relevarían en el ámbito de los elementos constitutivos del supuesto, sino en cambio extinguirían los efectos jurídicos.

Una indicación en el sentido que la desaparición del enriquecimiento sin causa antes de la demanda extinga la responsabilidad restitutoria se ha encontrado generalmente en el artículo 2041 2º párrafo del código; Sin embargo, en rigor, tal norma excluye que, en caso que la cosa no subsista más al momento de la demanda, el sujeto responsable esté

102 Cass., 10 marzo 1995, n. 2801; Cass., 21 julio 1979, n. 4398; GAZZONI, *op. cit.*, p. 688; MOSCATI 1981, 366; TRABUCCHI, 70; *en contra*: PANZA, 1187.

103 Al respecto consultar SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, cit.

104 D'ONOFRIO, *Dell'arricchimento senza causa*2, en *Comm. cod. civ.*, a cargo de A. Scialoja e Branca, Libro cuarto, *Delle obbligazioni*, Art. 2028-2042, Bologna-Roma, 1981, p. 289 s.; TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 73.

105 BARBIERA, *op. cit.*, pp. 301-306

106 V. *supra*, n. 7.

107 SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 1008.



obligado a la restitución en forma específica, pero además, no lo exonera expresamente de la restitución por equivalente<sup>108</sup>.

En efecto, desde los datos del derecho positivo se deduce precisamente que, en el supuesto previsto en el artículo 2041 párrafo 2º, el sujeto responsable (de mala fe) está de cualquier manera obligado a pagar el valor de la cosa destruida (sustento artículo 2037 2º párrafo del código) o enajenada (sustento artículo 2038 párrafo 2º del código): por tanto, se confirma la regla general según la cual, en caso que la restitución específica sea imposible, el enriquecimiento sin causa debe ser restituído por equivalente<sup>109</sup>. Pero desde los datos del derecho positivo se desprende además que, en caso que el sujeto responsable sea de buena fe, puede oponer al sujeto tutelado la desaparición de la cosa en su patrimonio, también en caso que dependa de hecho propio y está por tanto obligado a restituir solo el valor del (eventual) enriquecimiento residuo (sustento artículos 2037 párrafo 3º y 2038 párrafo 1º)

La generalización de esta última regla se basa sustancialmente en la exigencia de tutelar la confianza sobre la conclusividad del enriquecimiento (sin causa) por parte del sujeto que lo ha obtenido y que, propio en base a tal presupuesto, ha realizado el valor de uso y/o de intercambio. En cambio, en caso que el sujeto responsable fuese de mala fe, no hay razón para limitar su responsabilidad al enriquecimiento residuo: dado que conocía la falta de una "justa causa", él estaba en condición de elegir entre conservar el beneficio que había conseguido sin causa (restituirla, preservando así la integridad del patrimonio originario) o realizar el valor de uso y/o de intercambio (y extraer en resumidas cuentas del patrimonio originario lo necesario para la restitución). Ello sin perjuicio que en caso que la desaparición del enriquecimiento no sea imputable al sujeto responsable de buena fe, la extinción de la obligación restitutoria resulte ya de las reglas generales de los artículos 1256 y 1258 del código (que en cambio no son aplicables en razón de su mala fe)<sup>110</sup>.

Por tanto, si el enriquecimiento sin causa ha sido obtenido de buena fe su desaparición (sea o no imputable al sujeto responsable) extingue correspondientemente la obligación restitutoria: por tanto, en tal caso solo es debida la restitución del enriquecimiento (eventualmente) residuo<sup>111</sup>.

El enriquecimiento residuo puede estar constituido no solo por un incremento del patrimonio, sino también por un ahorro de gastos del sujeto responsable: en particular, este segundo tipo de enriquecimiento está constituido por la suma de dinero que él habría razonablemente gastado para procurarse el beneficio correspondiente al sujeto tutelado. En concreto, se puede descartar que el sujeto responsable habría afrontado un gasto voluntario, por ejemplo para adquirir un bien de lujo.

Esta última consideración asume una particular importancia en consideración a las prestaciones de hacer, las cuales, por su naturaleza, no son susceptibles de restitución en forma específica, "desaparecen" en el mismo momento en que son ejecutadas: por tanto, en caso que sean obtenidas de buena fe, el sujeto responsable está obligado a restituir (no su valor objetivo de mercado, sino) el enriquecimiento que reste en su patrimonio, o bien el ahorro de gastos correspondientes o bien el valor del incremento patrimonial resultante de la reparación o la mejora de una cosa. Análogamente, el criterio del ahorro de gasto es aplicable al disfrute del valor de uso de una cosa<sup>112</sup>.

Como ya se ha señalado, en la hipótesis de venta de la cosa recibida sin causa el sujeto responsable (de buena fe) está obligado solo a la restitución del pago recibido (artículo 2038 código)<sup>113</sup>.

En todas las hipótesis en las que la cosa ya no pueda ser restituida en especie, los gastos incurridos por el sujeto responsable (de buena fe) por las reparaciones o mejoras son deducibles de la suma de dinero debida (a título de restitución del valor o bien del pago recibido) dentro de los límites establecidos por los artículos 1149-1151 del código; el valor de las mejoras

108 SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 1008.

109 *V. supra*, n. 2.

110 *V. supra*, n. 2

111 Así, en definitiva, BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 814

112 Cfr. Sin embargo TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 129, según el cual el poseedor de buena fe, en el sentido del artículo 1148 c.c., estaría exonerado de su restitución

113 Al respecto consultar SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, cit.

dad. Implica, por lo tanto, el desarrollo de una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad en interés de la comunidad y el Estado de derecho. De aquí que así mismo se predique su carácter de pública y popular, en la medida en que la preservación del ordenamiento jurídico no puede ser exclusivamente del interés de unos pocos o una carga funcional privativa de las autoridades.

Respecto del mantenimiento de las instituciones jurídicas, históricamente se ha considerado que es una responsabilidad pública, una legitimidad abierta en cabeza de cualquier persona que advierta las rupturas al sistema jurídico ocasionadas con la entrada en vigencia de un acto administrativo que lo desconozca. Desde esta perspectiva, la acción puede ser intentada por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho público, privado o internacional. Lo importante para las instituciones es que los conflictos suscitados entre un acto administrativo y el ordenamiento jurídico sean objeto de conocimiento por la Jurisdicción Especializada de lo Contencioso Administrativo y ésta produzca una decisión declarando lo que corresponda frente al litigio y resolviéndolo de manera tal que produzca su decisión efectos generales, esto es, *erga omnes*.

Lo objetivo de la acción implica así mismo una especial técnica de impugnación por parte del ciudadano interesado y de análisis jurídico por el juzgador. Se trata de la confrontación entre una norma superior que se argumenta transgredida o violentada y un acto administrativo al cual se le atribuye la infortunada virtud de ser el causante de la trasgresión o violación; confrontación de la cual debe salir una decisión declarativa de la existencia o no de violación al ordenamiento jurídico, en caso afirmativo, sancionando la manifestación de voluntad de la administración con nulidad. La acción de nulidad no conlleva pretensión diferente, por lo tanto, no le corresponde al juez contencioso administrativo hacer un pronunciamiento distinto, ni mucho menos producir declaración alguna respecto de la situación de las personas sobre las cuales el acto declarado nulo produjo efectos jurídicos<sup>31</sup>.

Las causales de nulidad se encuentran señaladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo

y se han edificado sobre la base del respeto a un complejo principio de legalidad, que se fundamenta ante todo en el respeto profundo al marco orientador de todo el sistema jurídico como lo es la Constitución Política del Estado Colombiano. El punto de partida del régimen de causales de nulidad de los actos administrativas es siempre la Constitución Política, es más, cada una de las causales de manera directa se relacionan de una u otra manera con los principios valores y normas constitucionales. En este sentido, referirse a la acción de nulidad en materia contenciosa administrativa es acercarse sin lugar a dudas a un importante juicio de constitucionalidad sobre los actos de quienes ejercen funciones administrativas. La primera de las causales de nulidad se relaciona con la *infracción a las normas en que debería haberse fundado el acto administrativo*, pero que fueron desconocidas o vulneradas por las autoridades al momento de su expedición, como se observa, la generalidad de la

redacción del legislador permite deducir sin mayores esfuerzos que se incorpora en esta descripción la totalidad de la base normativa y conceptual, de principios y valores aplicables a cada acto administrativo en el derecho colombiano, lo que implica necesariamente que dentro de ella queden incorporadas las normas consti-

tucionales que son la base y esencia del sistema. Luego todo juicio de nulidad de un acto administrativo implica en esta perspectiva lógica un acercamiento al texto constitucional y a sus bases sustentadoras, no se trata de un simple enjuiciamiento de legalidad sub-constitucional. El Consejo de Estado ha reconocido el alcance de esta causal en los términos expuestos, en providencia de 1995 señaló precisamente que:

**“...Para la Sala la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones no está llamada a prosperar. En efecto, como lo advirtió esta Corporación, y ahora lo reitera, la distinción que hace el excepcionante: que la declaratoria de nulidad se predica de los actos administrativos, mientras que la de inconstitucionalidad responde por una acción de inexequibilidad, aplicable para los actos de ley, es inadmisible ya que la acción de nulidad no sólo puede dar lugar a un juicio de legalidad sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos no solamente pueden violar la ley sino la Constitución y**

---

31) Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C, 1998, p. 536.

para hacer efectivo el control jurisdiccional frente a este último evento la Carta Política lo instituyó en cabeza de esta jurisdicción (arts. 237 numeral 2o. y 238).”<sup>32</sup>

La segunda causal de nulidad del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo se funda en la *incompetencia del funcionario o del organismo* que produjo el acto administrativo, sin limitarla al simple desconocimiento de normas de competencia simplemente legales, es decir, el análisis de las competencias administrativas para el juez contencioso administrativo involucra necesariamente las que el constituyente hubiere establecido para las autoridades en cada caso concreto, es más, el simple desconocimiento de una regla de competencia administrativa lleva de por sí una ruptura constitucional, si se tiene en cuenta que en los artículos 121 y 123 inciso 2 de la Carta, se ordena y obliga a todos los servidores públicos a ejercer sus funciones en los términos establecidos en la constitución, la ley o el reglamento.

La tercera causal es mucho más genérica que las anteriores, sancionando con la nulidad todo acto administrativo que sea *expedido en forma irregular*, irregularidad ésta que puede provenir del desconocimiento de los parámetros establecidos en la Constitución Política. Si se trata de la vulneración de las exigencias simplemente legales o administrativas, también se violaría la Constitución Política, en cuanto que como lo anotábamos a propósito de la causal anterior están de por medio los artículos 121 y 123 inc 2 de la Carta que son perentorios, en la determinación de que los poderes y funciones de las autoridades deben ejercerse en los estrictos términos señalados en las disposiciones constitucionales, legales o administrativas.

Las causales cuarta y quinta nos llevan al estudio del *debido proceso* como causal de nulidad de los actos administrativos en el derecho colombiano, causales que deben en consecuencia ser analizadas y entendidas conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, que obliga al respeto y acatamiento del concepto sustancial del debido proceso como presupuesto para la expedición de cualquier decisión por parte de quienes ejercen funciones administrativas. Las dos causales que enmarcamos dentro de este contexto señalan que los actos administrativos serán nulos por el *desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o por haber sido expedidos incurso en falsa motivación*. La sola referencia al artículo 29 de la Constitución impli-

ca que el juicio y análisis de estas dos causales deben llevar al juez contencioso administrativo necesariamente a un estricto control de constitucionalidad del acto administrativo y la decisión que adopte se fundara estrictamente en reflexiones en torno a la carta fundamental.

La quinta causal es por su propia naturaleza y esencia análisis de los principios constitucionales que determinan los propósitos y finalidades del orden constitucional del Estado. Según dispone el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos deberán ser declarados nulos por el juez contencioso administrativo cuando hubieren sido el producto de *la desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió*, esto es, nos encontramos en materia de causales de nulidad ante la institucionalización del abuso de poder en materia administrativa como mecanismo perturbador del orden jurídico, principalmente del orden constitucional del Estado, en cuanto atenta contra los propósitos y finalidades del mismo, que para el caso colombiano se encuentran perfectamente determinados en los artículos 2, 123 inc 2 y 209 de la Carta. El desvío o el abuso de poder implican actuaciones subjetivas de los servidores públicos en beneficio de sus propios intereses, luego significa desconocer la objetividad que debe reinar en toda actuación pública y el consecuente respeto al interés general.

### 5.3.- La acción electoral.

La acción electoral a que hacen referencia el Código Contencioso Administrativo y las Leyes 78 de 1986, 14 de 1988 y 446 de 1998 es una modalidad de la acción de nulidad desarrollada en el artículo 84 del mismo, por lo tanto de naturaleza objetiva, pública, popular, general, indesistible y, a diferencia de la de simple nulidad de carácter temporal, esto es, sujeta a un término de caducidad para su ejercicio, procede contra actos de elección o de nombramiento no sólo con fundamento en razones de inhabilidad o sino también previa configuración de alguna de las causales de nulidad de actas de escrutinio de los jurados de votación o de cualquier corporación electoral, según lo preceptuado en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto acción objetiva y general, la pretensión invocada con su ejercicio busca el restablecimiento del ordenamiento jurídico eleccionario, la pureza del sufragio y el sistema democrático y no propiamente la sa-

32) Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., Sentencia del tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco, C.P Doctor Miguel González Rodríguez, Expediente No. 2691.

correlativo enriquecimiento ajeno; dado que el empobrecimiento está constituido por la pérdida de un beneficio atribuido por el ordenamiento en forma exclusiva, el demandante, en particular, tiene la carga de probar los presupuestos del propio título (por ejemplo, la propiedad del bien sustraído, la paternidad de la obra literaria que ha sido objeto de plagio, etc.).

En cambio, contrariamente a una opinión doctrinal<sup>140</sup> le compete al demandado probar que subsiste una “justa causa”, puesto que esta última constituye un elemento impeditivo<sup>141</sup>.

Si se trata de enriquecimiento sin causa obtenido por parte de la Administración Pública, el actor tiene además la carga de probar que el ente competente ha reconocido el beneficio de la obra o de la prestación<sup>142</sup>.

La acción general de enriquecimiento sin causa está sujeta a la prescripción ordinaria de diez años

(artículo 2946 del código)<sup>143</sup>, la cual comienza a computarse desde el día en que se ha verificado el cambio patrimonial injustificado<sup>144</sup>. Sin embargo, en caso que el enriquecimiento sea obtenido por la Administración Pública se sostiene que la prescripción comienza a correr solo luego del reconocimiento de su beneficio<sup>145</sup>.

En relación a los títulos valores, está excepcionalmente establecido por el legislador que el término de prescripción sea anual y se inicie su cómputo desde la pérdida de la acción naciente del título (artículo 94, párrafo 4 l camb. Y 75, 3 párrafo 1 cheq. )

Contrariamente a una consolidada máxima jurisprudencial<sup>146</sup>, la prescripción se interrumpe no solo por la demanda judicial, sino también por un requerimiento de pago extrajudicial. En cambio, no se interrumpe por una demanda judicial distinta, si bien teniendo por objeto la misma situación de hecho<sup>147</sup>. 

140 TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 71

141 V. *supra*, n. 8.

142 Cass., 27 junio 2002, n. 9348

143 Cass., 9 noviembre 1993, n. 11061

144 Cass., 3 marzo 1997, n. 1863.

145 Cass., 15 enero 1985, n. 77

146 Cass., 14 junio 1988, n. 4031; Cass., 12 julio 1980, n. 4473.

147 Cass., ses. un., 4 febrero 1997, n. 1049