

LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO: PAUTAS PARA SALIR DE UN ATOLLADERO¹

Xabier Basozabal Arrue

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Navarra

TITLE: *The subsidiarity of the unjustified enrichment action: guide to get out of a predicament.*

RESUMEN: Hay sentencias que afirman la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado y otras que lo niegan. Hay opiniones doctrinales que exigen la subsidiariedad como requisito de la mencionada acción y otras que la omiten. El presente trabajo se propone deshacer esta contradicción. Para ello, parte de la necesidad de distinguir los diferentes conflictos que se plantean en torno a la subsidiariedad y de darles un tratamiento autónomo en función del asunto que se trata de resolver: un concurso de normas, un concurso de pretensiones, la necesidad de integrar el ordenamiento jurídico mediante la analogía o la búsqueda de soluciones a los problemas de enriquecimiento indirecto, lo que afecta a principios centrales de la teoría general de las obligaciones, como la relatividad de los contratos o la prelación de créditos. El estudio concluye con una propuesta para prescindir de la subsidiariedad como requisito de la acción, así como para abandonar la idea de un principio general de enriquecimiento injustificado entendido como principio apto para resolver coherentemente todos los problemas de restitución que puedan plantearse, con independencia del conflicto de intereses que tenga lugar en cada uno.

ABSTRACT: *Some court decisions affirm the subsidiarity of the unjustified enrichment action, but some others deny it. Likewise, some legal writers think that subsidiarity is a requirement of those actions, but others do not. The present paper tries to solve this contradiction. For this purpose, it emphasizes that there are different conflicts that arise around subsidiarity and that, depending on the issue that is to be solved in each case, each of them deserves an independent treatment: A concurrence of rules, a concurrence of claims, the need to integrate the legal system through analogy or, in the fourth place, the search for solutions to the problems of indirect enrichment taking into account that it implies central principles of the general theory of obligations (relativity of contracts, preference of credits). The paper insists on the idea that it is better to dispense once for all with the general principle of unjustified enrichment understood as a principle suitable for coherently solving all restitution problems that may arise regardless of the conflict of interests that takes place in each case. Therefore, the paper concludes that it is also preferable to dispense with subsidiarity as a requirement of the unjustified enrichment action.*

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de investigación «Las fronteras del Derecho de Enriquecimiento Injustificado en el Derecho Privado» (DER2017-85594-C2-2-P, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad), del que es Investigador Principal el autor, proyecto que se encuentra coordinado con otro del mismo nombre a cargo del profesor Pedro del Olmo en la Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco a los profesores Fernando Pantaleón y Pedro del Olmo que tuvieron la amabilidad de leer la versión original y realizar comentarios que han redundado en provecho del trabajo. Mi deuda con ellos sigue creciendo.

PALABRAS CLAVE: subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado, concurso de normas, concurso de pretensiones, analogía, integración de lagunas, principio general de enriquecimiento injustificado, derecho de restituciones

KEY WORDS: *subsidiarity of the action on unjustified enrichment, concurrence of rules, concurrence of claims, analogy, integration of legal gaps, general principle of unjustified enrichment, law of restitution*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DESBROZANDO LA MATERIA. 2.1. *Soluciones posibles en la Jurisprudencia*. 2.2. *Cuatro escenarios de conflicto*. 2.2.1. Concurso de normas fundamentadoras de una pretensión única. 2.2.2. Concurso acumulativo o alternativo de pretensiones. 2.2.3. Relaciones triangulares. 2.2.4. Derecho de contratos. 2.3. *El «régimen de aplicación» de las acciones de restitución*. 2.4. *Última tendencia en la Jurisprudencia*. 3. ORDENANDO LAS CUESTIONES IMPLICADAS. 3.1. *El orden en las fuentes: principio de jerarquía*. 3.2. *El orden en las normas: principio de especialidad*. 3.3. *La compatibilidad entre las pretensiones: concurso acumulativo y alternativo*. 3.3.1. Acción de daño extracontractual y acción de enriquecimiento injustificado. 3.3.2. Acción reivindicatoria y acción de enriquecimiento injustificado. 3.4. *Algunos conflictos triangulares*. 3.5. *El recurso a la analogía*. 3.5.1. Doctrina. 3.5.2. Jurisprudencia. a) Referencias expresas. b) Ejemplos de confusión. c) Consideraciones generales. d) Un caso concreto: enajenación forzosa del suelo sin tener en cuenta la edificación. e) Consideraciones sobre el caso. 4. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA. TABLA DE SENTENCIAS.

1. INTRODUCCIÓN

Según la fórmula clásica de AUBRY y RAU, que la Corte de Casación francesa hizo suya, la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado significa que, para poder acudir a ésta, *el demandante no debe tener a su disposición una acción derivada de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito*, para obtener lo que obtendría con aquélla. Esta regla, afirma DESCHEEMAER en su comentario a la reforma del *Code civil* francés en materia de enriquecimiento injustificado, «es difícil de entender y más difícil aún de explicar. No está claro qué significa, no está claro hasta qué punto los tribunales la aplican realmente ni tampoco si, rectamente entendida, es una regla admisible para el Derecho actual»². En otro comentario a la reforma mencionada, MORALES MORENO señala que la jurisprudencia francesa ha aplicado el principio de subsidiariedad de la acción «según criterios de prudencia. Podemos encontrar casos en los que la existencia de una acción especial, cuyo ejercicio resulta inviable, no excluye la utilización de la acción general del enriquecimiento sin causa. Esa flexibilidad [...] resulta peligrosa y puede llegar a perturbar el orden jurídico establecido»³.

² DESCHEEMAER, Eric, «El nuevo derecho francés del enriquecimiento injustificado», en DEL OLMO, Pedro y BASOZABAL, Xabier (dir.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 147.

³ MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Tradición e innovación en la nueva regulación del enriquecimiento injustificado del Código civil francés», en EMBID IRUJO, José Miguel, MIQUEL GONZÁLEZ, José María y MORALES

Para el Derecho español, PASQUAU denunciaba hace ya veinte años que convenía «depurar dogmáticamente» el problema de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado, pues se había convertido en lo que él consideraba una «variable de ajuste» de la acción, «es decir, eso que le permite ser unas veces una cosa y otras veces otra muy distinta, sin que nada chirríe aparentemente»⁴. Mas recientemente, en una tesis doctoral defendida en 2017, su autora destacaba que «el elemento de la subsidiariedad tan solo ha contribuido a oscurecer la teoría del enriquecimiento sin causa» [...]; «la diversidad de opiniones, unida a la disparidad en los enfoques desde los que se aborda la cuestión, ha llevado a que la elaboración doctrinal del enriquecimiento sin causa alcance, en este punto, un elevado grado de complejidad. Quienes lo han estudiado antes que nosotros señalan que no es claro el significado que se asigna a la subsidiariedad en nuestra doctrina, o que las divergencias arrancan de referirse los autores a cosas distintas»⁵.

El problema terminológico es, por tanto, importante y, desde luego, resulta inútil plantear la cuestión en términos de «argumentos «a favor» o «en contra» de la subsidiariedad» si previamente no se ha llegado a un acuerdo sobre qué entender por tal. Pero parece aún más decisiva la cuestión metodológica: MIQUEL acierta plenamente al afirmar que, «aunque a primera vista parezca un problema de equidad, [el enriquecimiento injustificado] es antes que nada un problema de gran envergadura

MORENO, Antonio Manuel (dir.), *Estudios Jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017, p. 609.

⁴ PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario a la STS de 19 de febrero de 1999», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, nº 50, p. 891. Las cosas no han cambiado mucho desde entonces: OROZCO MUÑOZ, Martín, *El enriquecimiento injustificado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 339: «constituye una cuestión arduamente debatida, a nivel doctrinal y jurisprudencial, si la acción de enriquecimiento es o no subsidiaria». VENDRELL CERVANTES, Carles, «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en DEL OLMO, Pedro y BASOZABAL, Xabier (dir.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 291: «el mantenimiento del requisito de la subsidiariedad carece de consecuencias prácticas precisas o constantes. De hecho, es habitual que este requisito se omita en algunos casos en los que su apreciación determinaría la desestimación de la acción de enriquecimiento, como sucede en el caso de la STS 28.10.2015».

⁵ FARIÑA FARIÑA, Rebeca, Tesis doctoral: *Estudio sobre el enriquecimiento sin causa en España desde una perspectiva comparada con el Derecho alemán. Entre la tesis unitaria y el planteamiento tipológico*, Universidad de Navarra, septiembre de 2017, pp. 263 y 264; 276 y 277; 294. Algunas referencias a la dificultad del tema en obras generales de diversa índole: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, «Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa», en DE LA CÁMARA, Manuel y DíEZ-PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 191 y ss. REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la administración pública*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 38. BECH SERRAT, Josep Maria, *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 520.

metodológica para cuya solución debe tomarse en cuenta un buen número de reglas»⁶. En efecto, cualquiera que se asome al asunto descubrirá sin dificultad que bajo el paraguas común de la subsidiariedad se cobijan una variedad nada desdeñable de problemas distintos, de manera que no siempre se sabe cuál de ellos está implicado al tratar de ésta. Distinguir cuál o –mejor- cuáles son los conflictos que suelen abordarse en torno a la subsidiariedad, comprobar si ésta es un buen instrumento para resolverlos y, en su caso, determinar los cometidos que resulta razonable encomendarle no es una tarea fácil⁷; precisamente por ello, la pretensión de resolverlos todos con una regla única (a favor o en contra de un concepto que engloba no pocas cosas distintas) resulta inapropiada.

2. DESBROZANDO LA MATERIA

2.1. *Soluciones posibles en la Jurisprudencia*

CARRASCO trata el asunto a propósito del comentario a una sentencia sobre las mejoras que un hijo había incorporado a lo largo de los años en la vivienda de su madre; al concluir la convivencia, reclamaba su valor (STS 25 noviembre 1985, RJ 1985\5898, Serena Velloso)⁸. En el caso los preceptos implicados eran el 361 CC, sobre accesión, y por remisión, el art. 453 CC, sobre mejoras en la liquidación del estado posesorio, y no podían aplicarse directamente, porque el que mejoraba conocía la ajenidad del bien mejorado –no era «de buena fe»- y el propietario de éste consentía las mejoras, circunstancias ambas que no encajan en la hipótesis normativa de los artículos mencionados. Las posibilidades de solución que se planteaban eran, por lo tanto, tres: 1) aplicar los preceptos por analogía; 2) descartar la concesión de una acción de restitución fuera de los supuestos normativos contemplados por éstos; 3) acudir al principio general de enriquecimiento injustificado para obtener compensación. El comentario escoge a continuación tres sentencias, una por cada posible solución:

- La STS 9 julio 1984 (RJ 1984\3804, Albácar López) trata de unos precaristas a los que se condena a desalojar el inmueble propiedad de los demandantes. Ninguna de las instancias puso en duda que los actores estaban obligados «a abonar a los demandados el importe de las obras útiles realizadas por los mismos en la casa antes referida a excepción de aquellas que no estuviesen previstas en el proyecto técnico o que

⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, José María, voz «Enriquecimiento injustificado», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Madrid, Civitas, 1995, p. 2806.

⁷ DESCHEEMAER, «El nuevo derecho...», cit., pp. 147 a 150, sobre el Derecho francés.

⁸ CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario a la STS de 25 noviembre 1985», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1986, nº 10, pp. 3215 a 1226.

estándolo difieran del mismo»; la existencia de un proyecto técnico de reforma conocido por las partes implicadas deja entrever que existía un acuerdo por el que los propietarios asumían los gastos realizados por las mejoras que los poseedores/precaristas no pudieran amortizar. Desde esta perspectiva, el derecho a las mejoras no se justifica en los arts. 361 y 453 CC (por analogía), ni en un principio general, sino en que, al consentir las obras proyectadas, el propietario se hacía responsable del gasto realizado por el precarista. Ahora bien, si la analogía con el art. 453 CC no es motivo para conceder la pretensión, la falta de analogía con dicho precepto sí es el argumento para denegar el derecho de retención al precarista. En efecto, el conflicto surge en torno a si los precaristas están legitimados para ejercitar el derecho de retención que concede el art. 453 CC a los poseedores de buena fe que han mejorado la cosa que han de restituir, lo que se niega por entender que son poseedores sin título.

- La STS 31 octubre 1985 (RJ 1985\5139, De la Vega Benayas) resuelve un conflicto similar al anterior. La sociedad anónima demandante había reconstruido una casa vieja, perteneciente a la demandada, durante el tiempo que duró la relación que unía a ésta con el socio representante de aquélla. En las instancias se puso de relieve que en realidad quien había reconstruido la vivienda no era la sociedad, sino el socio que convivió con la demandada en el edificio restaurado. La sentencia entiende que el que mejora un bien sabiéndolo ajeno no puede equipararse a un tercero que construye de buena fe en suelo ajeno (por lo que no es aplicable el art. 361 CC) y que, como persona ligada a la demandada por relaciones íntimas de convivencia, solo podía ser titular de derechos personales no determinados (en virtud de un presunto acuerdo, etc.). Concluye que no pueden aplicarse las reglas de la accesión (se pedía la aplicación del art. 364 CC, pues uno sabía que enriquecía un patrimonio ajeno y el enriquecido era consciente y lo aceptaba), y tampoco el principio de enriquecimiento injusto, puesto que «sólo cabe alegarlo en ausencia de norma aplicable (art. 364 CC), pero no cuando la que sería en su caso aplicable no puede ser tenida en cuenta por falta de prueba o por error en el enfoque o dirección jurídica dada a la pretensión que se actúa en la demanda». CARRASCO interpreta que, para la sentencia comentada, «el supuesto normativo [el conjunto de los arts. 361-453 CC] agota el círculo de hipótesis de reembolsos por obra en cosa ajena», esto es, el legislador habría querido que los supuestos normativos de los arts. 361 y 453 CC sean los únicos en los que se reconozca la acción de reembolso por mejoras en cosa ajena, excluyendo por tanto que otras hipótesis no contempladas en ellos merezcan una pretensión de compensación por las mejoras; pero reconoce que la jurisprudencia, salvo en este caso, ha seguido otro

camino, preferentemente el recurso al principio general de enriquecimiento injustificado⁹.

- Finalmente, la sentencia comentada (STS 25 noviembre 1985) afirma que «la acción por enriquecimiento injusto es subsidiaria de las expresamente concedidas por el ordenamiento jurídico, figurando entre éstas las pertinentes a la accesión y a la posesión, institutos a que corresponden los arts. 361 y 453 en cuya aplicación estriba (...) y no en el enriquecimiento injusto, la sentencia impugnada». De este modo parece dar a entender que la sentencia de la Audiencia había aplicado los preceptos específicos y no el principio general, y que la aplicación de esos preceptos excluía la del principio general. Pero añade a continuación que, aunque fuese cierto que los artículos mencionados no eran aplicables (por tratarse de mejoras consentidas por el dueño del suelo –respecto del art. 361- y por no concurrir ningún supuesto de sucesión de poseedores distintos –respecto del art. 453-), «es de señalar que aplicando el principio del enriquecimiento injusto o sin causa, se llegaría al mismo resultado alcanzado por la sentencia impugnada de expresar la indemnización correspondiente en el importe de las obras de edificación», puesto que la acción de enriquecimiento tiene el doble límite del beneficio efectivamente obtenido por el deudor y del correlativo empobrecimiento del actor, como había aclarado la STS 5 octubre 1985 (RJ 1985\4840, Serena Velloso)¹⁰. De este modo viene a sostener que tanto la aplicación de los preceptos mencionados¹¹

⁹ CARRASCO, «Comentario...» cit., p. 3221. El autor opina que los artículos 361 y 453 CC agotan las hipótesis de reembolso, de manera que la solución que proponen no es aplicable por analogía; el legislador ha querido que fuera de los supuestos normativos no se conceda acción de reembolso por los gastos realizados para mejorar cosa ajena. Pero el autor no justifica que en el caso se den las condiciones para construir un argumento *a contrario* de ese tenor; y en todo caso, hay importantes preguntas que quedan sin responder: ¿no es posible la existencia de supuestos de hecho análogos en los que quepa apreciar identidad de razón con el supuesto normativo regulado? ¿los preceptos excluyen la analogía *legis* y el recurso al principio general o solo el segundo? ¿la sentencia debió denegar la acción de enriquecimiento sin causa y dejar al demandante sin compensación? Me parece claro que los preceptos sobre accesión y posesión no permiten una lectura «excluyente» como la propuesta por el autor.

¹⁰ El propio Tribunal Supremo había explicado sobre esta doctrina (STS 5 octubre 1985, RJ 1985\4840, Serena Velloso) que «la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el beneficio efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda excederlo, pero tiene también otro límite, infranqueable igualmente, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor debiendo regirse por la cifra inferior». Aunque no podamos detenernos ahora en esta regla ni en su crítica, el autor del comentario acierta al señalar que el «doble límite» de la acción puede ser una medida razonable para supuestos de enriquecimiento impuesto, pero no encaja en supuestos de uso o consumo de cosa ajena (arts. 455 o 360 CC): CARRASCO, «Comentario...» cit., pp. 3225, 3226 y 3223.

¹¹ Art. 361 CC: «El dueño del terreno en que se edificar, sembrar o plantar de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente». Art. 453 CC: «(I) Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan. (II) Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión

(lo que hubiese sido posible por analogía, aunque la sentencia no se pronuncie expresamente sobre este punto) como la del principio general (con su doctrina del doble límite) conducen a la misma solución: el alcance de la responsabilidad quedaría limitado bien por el aumento de valor experimentado por la cosa mejorada, bien por el gasto realizado en ésta. De hecho, es el propio codificador el que utiliza el doble límite en los casos de enriquecimiento impuesto al dueño del suelo (art. 361, 453 CC), lo que permite deducir que no tiene sentido generalizar esta regla fuera del ámbito en el que se ha previsto¹². En el caso, tanto los artículos mencionados como la doctrina del doble límite conducen al mismo resultado, y de este modo el Tribunal Supremo evita tomar partido sobre qué hubiera sido preferible: aplicar por analogía la normativa sobre accesión/liquidación del estado posesorio o recurrir al principio general con la doctrina del doble límite.

Ciertamente, las sentencias elegidas no son las mejores representantes de cada una de esas posibles soluciones al problema, pero sí parece acertado comenzar la exposición advirtiendo desde el principio que en la jurisprudencia es posible encontrar soluciones diferentes, que éstas no siempre se excluyen entre sí, y que no se ofrece una explicación sobre cuándo se tomará uno u otro camino y por qué.

2.2. Cuatro escenarios de conflicto

PASQUAU se ocupa del asunto al comentar la STS 19 febrero 1999 (RJ 1999\1055, Gullón Ballesteros), sobre un local de negocio hipotecado y vendido como libre de cargas, cuando el comprador que pierde el bien (al ser éste ejecutado) acude a la acción de enriquecimiento injustificado tras haber dejado prescribir los plazos de reclamación establecidos en el art. 1483 CC para el saneamiento por gravámenes ocultos. El supuesto es distinto al anterior (mejora de cosa ajena), pues aquí se trata de la responsabilidad de un vendedor por los gravámenes ocultos en la cosa vendida: ¿es posible acudir a la acción de enriquecimiento, una vez transcurridos los plazos señalados en el art. 1483 CC?¹³ En su intento por poner orden en torno al concepto de subsidiariedad, el autor entiende que si lo que quiere decirse con el término es que el

por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa».

¹² CARRASCO, «Comentario...» cit., pp. 3222 y 3223: Para medir el enriquecimiento habría que «distinguir el provecho definitivo de la mejora aplicada, que queda para el propietario, y el provecho de uso propiciado por dicha mejora, que beneficia al poseedor. De la cifra de aquél debe ser restado éste», y habría que considerar la «realizabilidad» de la mejora por el dueño de la cosa. En todo caso, se trataría de factores a tener en cuenta para determinar el enriquecimiento (el «aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa» del art. 453 CC) que, como en el caso, no habrá que determinar si la compensación se limita al gasto realizado por el poseedor, a elección del enriquecido.

¹³ PASQUAU, «Comentario...» cit., p. 889.

principio general debe quedar excluido cuando existan preceptos específicos encargados de regular la correspondiente pretensión restitutoria, sería mejor prescindir de la subsidiariedad –que facilita que sigan sin definirse los contornos de la acción de enriquecimiento- y decir sencillamente que se debe respetar el principio de especialidad: en el concurso de normas que conceden la misma pretensión, la específica se antepone siempre a la genérica. Desde esta perspectiva, concluye que cuando decimos que la acción de enriquecimiento es subsidiaria «queremos decir que no podemos acudir a ella para conseguir lo que no podríamos obtener mediante el remedio específico»¹⁴. Con todo, es consciente de que no siempre es éste el significado que suele darse a la subsidiariedad, y acierta al plantear su estudio en torno a la distinción de cuatro escenarios diferentes relacionados con el concepto:

2.2.1. Concurso de normas fundamentadoras de una pretensión única¹⁵

El primer escenario, que coincide con el de la sentencia comentada por PASQUAU, sería aquél en el que resulta aplicable un precepto que, para el supuesto normativo, decide acerca de la restitución de un enriquecimiento injustificado: otorga o niega la pretensión, limita –en su caso- el alcance de la responsabilidad, etc. Estamos, por tanto, ante un «remedio específico». Por ejemplo, si el art. 362 CC establece que el propietario del terreno en el que se edifica de mala fe puede quedarse con lo edificado sin pagar por ello (salvo que prefiera la remoción de lo construido de ese modo), *a costa del que edificó*, le permite enriquecerse *con causa* –la decisión legislada- y no tiene sentido plantear la posibilidad de conceder a éste la acción general de enriquecimiento; podría plantearse –*lege ferenda*- la conveniencia de mantener una norma así (que no es la de otros Códigos de nuestro entorno), pero mientras siga vigente es la que hay que aplicar. Podría concluirse que en este caso de pluralidad de fundamentos de la pretensión (art. 362 CC vs. principio general que prohíbe el enriquecimiento injustificado), se aplica la fuente preferente por su jerarquía (el art. 362 CC), o si se trata de varios preceptos del mismo rango, por su especialidad, o como en el caso, por ambos motivos.

Si los hechos no encajan en el supuesto de hecho normativo (por ejemplo, porque se construye en suelo propio, aunque luego se extinga el título por el que se adquirió la propiedad y se tenga que restituir el bien), el autor se muestra partidario de acudir a la

¹⁴ PASQUAU, «Comentario...» cit., p. 893.

¹⁵ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, Voz «Concurso de pretensiones (Derecho Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Madrid, Civitas, 1995, I, pp. 1369 a 1371.

acción general¹⁶. No parece contemplar –con carácter previo- el recurso a la analogía *legis* para supuestos de hecho que compartan identidad de razón con el supuesto normativo; si el supuesto fáctico no encaja en éste no habría posible conflicto entre norma (no aplicable) y principio, por lo que queda libre la vía para acudir a éste.

2.2.2. Concurso acumulativo o alternativo de pretensiones¹⁷

Un segundo escenario es el protagonizado por la concurrencia, a partir de los mismos hechos, de acciones diferentes y, en concreto, de las acciones de responsabilidad civil extracontractual y enriquecimiento injustificado. En opinión del autor, esta concurrencia no tiene por qué plantear un problema de subsidiariedad: «dándose eventualmente los presupuestos de una y de otra, el demandante puede elegir la que le resulte más favorable (eso sí, con todas las consecuencias y sin poder saltar de una a otra a lo largo del procedimiento: cfr. STS 5.X.85, con argumentación cuidada)»¹⁸. En efecto, el concurso de pretensiones no plantea una controversia que haya de resolverse con la subsidiariedad; no hay un problema de jerarquía o especialidad. Ahora bien, el concurso puede ser «acumulativo» o «alternativo». En el primer caso ambas pretensiones pueden ejercerse simultáneamente; en el segundo, hay que optar por una de ellas, a elección del actor y, por tanto, sin orden de prioridad. El autor parece entender el concurso de las acciones de daño y enriquecimiento como alternativo (el ejercicio de una excluye la otra), pero en mi opinión no es así como debe explicarse la relación entre ambas. El punto de partida no puede ser otro que afirmar que se trata de pretensiones acumulables (más adelante se volverá sobre este punto), porque cada una posee su propia autonomía, requisitos, función, alcance, plazo de prescripción, etc.; ciertamente, es posible que compartan la pretensión material y, en la medida en que lo hagan (y solo en esa medida), la opción por una de ellas excluirá la otra; pero al margen de esa «intersección material», son pretensiones diferentes, autónomas e independientes, como defiende con acierto la jurisprudencia, por lo que no tiene sentido que el ejercicio de una excluya la otra.

¹⁶ PASQUAU, «Comentario...» cit., pp. 894 y 895. Se plantea también el caso de unos hechos que sí encajan en un supuesto normativo concreto (por ejemplo, el del art. 361 CC), pero por los que el demandante haya acudido a la acción general de enriquecimiento, en lugar de al precepto específico. El autor entiende que el demandado no podría oponerse a la demanda con éxito invocando la excepción de subsidiariedad, sino que debería defenderse en los términos en que le permita hacerlo el artículo aplicable, esto es, el 361 CC, con el límite de la indefensión: si se hubiera invocado la acción legal típica (el art. 361 CC) en lugar de la de enriquecimiento, y el demandado hubiera tenido a su disposición otras vías de defensa no esgrimidas precisamente por los términos jurídicos en los que se planteó y desarrolló el debate, estaríamos en un caso de indefensión.

¹⁷ PANTALEÓN, Voz «Concurso...», cit., pp. 1369 a 1371.

¹⁸ PASQUAU, «Comentario...» cit., p. 896.

PASQUAU continúa afirmando que pueden hacerse consideraciones similares (está pensando en un concurso alternativo) respecto de la concurrencia de las acciones reivindicatoria y de enriquecimiento, y en este caso estoy de acuerdo, porque este concurso sí es alternativo, y lo es porque a pesar de tratarse de acciones netamente distintas (una *real* para recuperar la cosa; otra *personal* para recuperar el valor de la cosa), ambas comparten función jurídica, la reintegración del derecho usurpado, de manera que el ejercicio de una implica la exclusión de la otra: *condictio* y *vindicatio* deben ejercitarse alternativamente, a elección del actor y sin orden preestablecido. El autor añade que no hay argumentos convincentes «para negar la *condictio* al despojado que tenga la reivindicatoria si la posesión ha pasado a un tercero distinto del demandado»¹⁹, y al hacerlo surgen importantes interrogantes: ¿procede la *condictio* solo si la *vindicatio* fracasa por estar protegido el tercer adquirente? ¿y si el tercero no está protegido en su adquisición (por ser de mala fe o adquirir a título gratuito)? ¿y si una de las acciones ha prescrito y la otra no? Y si la cosa sigue en manos de aquel a quien se entregó, ¿procede solo la acción personal para la restitución en especie? ¿cómo se relaciona ésta con la reivindicación?, etc. Más adelante se volverá sobre ello.

2.2.3. Relaciones triangulares

Un tercer escenario de supuestos lo protagonizan los problemas triangulares, también llamados supuestos de «enriquecimiento indirecto». El autor vuelve a acertar al señalar este otro grupo de casos en el que resulta habitual que se invoque la acción de enriquecimiento para resolver conflictos surgidos en torno a tres sujetos: se plantea si el (finalmente) «empobrecido» podría exigir restitución del (finalmente) «enriquecido», aunque entre ellos no haya una relación previa, cuando tanto el empobrecimiento de uno como el enriquecimiento del otro acontecen en la relación jurídica (generalmente contractual) que une a cada uno de ellos con un tercero. Un supuesto de enriquecimiento indirecto típico sería el del contratista que contrata con el arrendatario la mejora del bien arrendado; el arrendatario no paga al contratista y éste demanda a un arrendador que recupera un bien mejorado sin pagar por ello, y quizá incluso «sin acreditar previamente la insolvencia» de su contratante. El finalmente empobrecido (contratista) demanda por enriquecimiento injustificado contra el finalmente enriquecido (arrendador), aunque entre ellos no medie relación alguna, y tanto el empobrecimiento como el enriquecimiento se expliquen dentro de las relaciones contractuales que cada uno mantiene con el arrendatario. El autor propone que el contratista debe demandar primero al arrendatario, y solo si éste es insolvente

¹⁹ PASQUAU, «Comentario...» cit., p. 896.

podría acudir contra el arrendador, no por el precio, sino por el enriquecimiento experimentado por la cosa, y solo si éste tuviera que abonar ese valor a su contratante (lo que resulta sumamente difícil en el caso del arrendamiento *ex arts. 1573 y 487 CC*, salvo que se haya pactado); e incluso en tal caso –agrego yo- habría que valorar si no es suficiente con que el contratista espere a que el arrendatario haga valer ese derecho, o en su caso –ante la pasividad de éste- a que ejercite la acción subrogatoria, en lugar de acudir a una acción directa contra el arrendador. Del orden de requisitos y prelación que demos a estas acciones dependerá la atribución del riesgo de insolvencia del arrendatario, pues con la acción de enriquecimiento se da al contratista la posibilidad de «saltar» por encima del concurso de éste.

2.2.4. Derecho de contratos

El último escenario es una variante del primero, en el que el «remedio específico» pertenece al ámbito contractual, lo que hace que el conflicto se plantee a menudo. Así, cuando el Derecho de contratos prevé una acción restitutoria (por ejemplo, en la sentencia comentada por el autor –de 19 febrero 1999-, tan citada como adalid del principio de subsidiariedad, el precepto aplicable era el art. 1483 CC), la concesión de la acción general de enriquecimiento injustificado convertiría ésta en «un medio de destrucción de todo el sistema jurídico positivo» (en palabras del Magistrado Ponente, Gullón Ballesteros), pues serviría para «dar la vuelta» a cualquier precepto con cuyo contenido no se estuviese conforme (sea el mencionado art. 1483, el 1074, el 487 CC, o el que fuere)²⁰.

Este distinguir escenarios pone de relieve que los problemas implicados son muy diferentes y que no pueden ser resueltos con el expediente, nunca del todo aclarado, de la subsidiariedad. Una cosa es el concurso de normas fundamentadoras de la misma pretensión en el que una (la ley) excluye a otra (el principio general) por el principio de jerarquía, o el precepto específico al genérico por el principio de especialidad; otra, el concurso de pretensiones, que puede ser acumulativo (se pueden ejercitar ambas) o alternativo (hay que optar entre una u otra); otra, interpretar un precepto de manera que quede excluida la posibilidad de conceder la misma consecuencia jurídica fuera del supuesto normativo; y otra, la complejidad de ciertos supuestos triangulares en los que acontece un enriquecimiento indirecto. En algunos casos hay que tener en cuenta que el enriquecimiento se ha impuesto al demandado²¹. Además, imbricado en todo ello se encuentra el problema de la fuente o norma aplicable, cuando el supuesto real no se

²⁰ PASQUAU, «Comentario...» cit., pp. 897, 898 y 899.

²¹ PASQUAU, «Comentario...» cit., p. 901.

ajuste a ningún supuesto normativo: cómo integrar las lagunas que surjan o cómo combinar la aplicación analógica de los preceptos concretos a supuestos cercanos frente al recurso al principio general de enriquecimiento injustificado.

2.3. El «régimen de aplicación» de las acciones de restitución

OROZCO distingue hasta cuatro acepciones o sentidos que la jurisprudencia llega a otorgar al término subsidiariedad: 1) la subsidiariedad propia de un principio (el de enriquecimiento injusto) entendido como mera apertura al sentido de la equidad o la justicia; 2) la subsidiariedad como modo de decir que el enriquecimiento –en el caso– está justificado por un contrato, una ley, una sentencia, etc., de manera que la acción perece porque no hay «falta de causa» y no por la ulterior exigencia de la subsidiariedad; 3) la subsidiariedad como herramienta para indicar que si el demandante es aún propietario y tiene la reivindicatoria no se ha empobrecido, por lo que el que puede acudir a la reivindicatoria no puede acudir a la *condictio*; 4) finalmente, la subsidiariedad como modo de evitar que la acción general se convierta en un instrumento con el que «burlar» la acción específica que el ordenamiento prevé para obtener la restitución del enriquecimiento, la cual, como es lógico, de existir, es la que debe ejercitarse con carácter prevalente y excluyente²². El autor concluye: «La subsidiariedad se predica, por tanto, de la acción de enriquecimiento general o subsidiaria o atípica, que opera exclusivamente en defecto de otra acción específica y típica, también de enriquecimiento, tendente a obtener la restitución». Estas últimas son también acciones de enriquecimiento, y a nadie se le ocurre plantear que sean subsidiarias, pues la subsidiariedad no es algo propio de las acciones de restitución, sino de una acción de cierre de sistema y perfiles difusos.

Nos detenemos ahora precisamente en el «régimen de aplicación» de las acciones. Si el supuesto de hecho está previsto por una norma que concede una acción de enriquecimiento específica, habrá que estar a lo que ésta diga: no cabe invocar ningún principio general. Si el supuesto no está previsto, pero se aprecia «identidad de razón» con un supuesto específico previsto en una norma, procede la aplicación de ésta por analogía *legis*. Cuando no sea posible acudir a la analogía *legis*, quizá proceda fundamentar la acción en el principio general del Derecho que obliga a la restitución de enriquecimientos injustificados obtenidos a costa de un tercero, principio éste que habría que inducir a partir de diferentes supuestos típicos mediante la analogía *iuris*²³. Una acción de enriquecimiento general o residual así entendida estaría supeditada a las

²² OROZCO, *El enriquecimiento...* cit., pp. 339 y 340.

²³ Más adelante, en el apartado 3.5., trataré con mayor detenimiento de la analogía.

reglas de prelación normativa: el principio de jerarquía de fuentes y el de especialidad entre normas del mismo rango. Solo si no hay acción típica ni posibilidad de acudir a la analogía *legis* procede apelar a lo que la doctrina denomina acción general de enriquecimiento, como remedio residual²⁴. El autor defiende con claridad la necesidad de acudir a la analogía *legis* de las normas restitutorias existentes en preceptos concretos *con preferencia al recurso al principio general*, algo que forma parte de la ortodoxia de la integración jurídica, pero que no había tenido un reconocimiento expreso y tajante en la materia.

La cuestión había sido tratada previamente por algunos autores. DE LA CÁMARA comprueba que a lo largo del Código hay numerosos preceptos que responden de manera más o menos directa al principio general de interdicción del enriquecimiento injusto y entiende que, por «el carácter extremadamente casuístico de tales normas, no parece posible, ni siquiera recurriendo a la analogía *legis*, extraer de ellos soluciones que permitan corregir otros casos en que el enriquecimiento sin causa es patente». Los casos que le llevan a afirmar esto son algunos supuestos de intromisión planteados a la jurisprudencia (uso de cosa ajena, consumo de cosa ajena, usurpaciones ilegítimas en tiempos de guerra, enajenación de cosa ajena, mejoras en cosa ajena) que, en opinión del mencionado autor, no podrían resolverse recurriendo a la aplicación directa o analógica de normas positivas²⁵.

Para DÍEZ-PICAZO el diagnóstico es muy distinto, puesto que entre la casuística de los preceptos y la generalidad de un único principio se abre la vía tipológica: el Derecho español debería construir no uno sino varios «principios» de enriquecimiento injustificado (no una, sino varias *conditiones* o pretensiones de restitución), cada uno de los cuales sirva a un «tipo» distinto de conflicto (según el enriquecimiento provenga de prestación, intromisión o mejora), de manera que sean los preceptos que en el texto codificado se ocupan de cada conflicto «típico» los que informen el principio por el que deberían regirse los que se les parezcan²⁶. Desde esta perspectiva, entre la analogía *legis* y el recurso a un principio único, la distinción de «tipos» de conflicto y de su

²⁴ OROZCO, *El enriquecimiento...* cit., pp. 341 y 342.

²⁵ DE LA CÁMARA, «Enriquecimiento injusto...», cit., pp. 178 a 180. El autor concede que, «a lo sumo, las normas que han sido citadas pueden ser utilizadas para resolver negativamente la posibilidad de subsumir determinados supuestos dentro de la doctrina del enriquecimiento sin causa». Así, por ejemplo, el supuesto de ocupación usurpatoria de una vivienda no podría resolverse con el art. 455 CC y, «por consiguiente, o se concluye que no hay acción del propietario contra los ocupantes o será necesario para llenar la laguna legal admitir el juego de la acción de enriquecimiento que ya no podría fundarse en la analogía» (pp. 181 y 182).

²⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CÁMARA, Manuel y DÍEZ-PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 94 y ss.

correspondiente acción restitutoria abriría la vía de la analogía *iuris* no para llegar a un principio único que fuese aplicable a toda la fenomenología del enriquecimiento injustificado en su generalidad, sino para tipos o situaciones típicas de conflicto. Por ejemplo, los preceptos que en el Código tratan de intromisiones en derecho ajeno (sobre todo, arts. 451 a 455 CC, sobre liquidación del estado posesorio y arts. 360 a 383 CC, sobre accesión) deberían informar el contenido de la *condictio* por intromisión, de manera que la solución provenga, por analogía *iuris*, de la *ratio* construida a partir de aquéllos²⁷. El recurso a un principio general sería, por tanto, el resultado de un proceso de analogía *iuris* que permite inducir dicho principio a partir de un grupo de supuestos que reciben tratamiento homogéneo por presentar identidad de razón. De este modo, la analogía *iuris* nos lleva no a un principio general único, sino al principio que se encarga de un conflicto típico que reclama una solución distinta según el enriquecimiento provenga de prestación, intromisión o mejora. Esto podría parecer una complejidad añadida (e innecesaria) en el contexto de una cultura jurídica – digámoslo así- de «principio único», pero en realidad es solo una consecuencia lógica de habernos tomado en serio la tipología de enriquecimientos injustificados. Hay que decir –volveremos sobre ello- que en los últimos años nuestra jurisprudencia se ha hecho eco tanto de la distinción de tipos de *condictio* como del recurso a la analogía, pero lo cierto es que ni una ni otra han tenido un papel decisivo en el discurso sobre la subsidiariedad, tampoco en las sentencias más recientes que han tratado de «actualizar» la doctrina sobre ésta²⁸.

2.4. Última tendencia en la Jurisprudencia

Son precisamente estas sentencias las que tienen un interés especial para nuestro estudio. La primera en expresar lo que ha devenido en verdadera «cláusula de estilo» es la STS 19 julio 2012 (RJ 2012\10118, Orduña Moreno; posteriormente utilizada por las SSTS 29 junio 2015, RJ 2015\4486, O'Callaghan Muñoz; 19 febrero 2016, RJ 2016\710, Orduña Moreno). En ella se desestima la acción de enriquecimiento porque los preceptos aplicables –por analogía- eran los arts. 1359 y 1360 CC, sobre mejoras de un cónyuge en bienes privativos del otro cónyuge, con los que no se hubiese obtenido derecho alguno de compensación; conceder la acción general hubiese supuesto «revertir» la decisión tomada por éstos. La sentencia realiza algunas consideraciones generales y abstractas sobre la pretensión de enriquecimiento: su función de cláusula

²⁷ Esto es lo que proponía el autor de estas líneas en su tesis doctoral para la *condictio* por intromisión (incorporación, consumo o disposición de cosa ajena) y la *condictio* por enriquecimiento impuesto: BASOZABAL ARRUE, Xabier, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 292 y ss., 321 y ss.

²⁸ VENDRELL, «El enriquecimiento...», cit., pp. 283 y ss.

general de cierre, su valor jurídico como auténtico principio general del Derecho, etc. También se afirma su carácter subsidiario, «en la medida en que dicha caracterización puede inferirse directamente del carácter supletorio como fuente que comporta necesariamente la aplicación de los referidos principios generales del Derecho». Se defiende que esta afirmación es compatible con que algunas sentencias nieguen la subsidiariedad (sobre todo, las de 12 abril 1955 y 28 enero 1956), porque lo que éstas persiguen al hacerlo, es defender la concurrencia de la pretensión restitutoria de enriquecimiento injustificado junto a la pretensión indemnizatoria de daño extracontractual, asunto ajeno al caso enjuiciado en el que «el demandante opta por acumular la pretensión del enriquecimiento injustificado, de forma indiscriminada, en un contexto en donde hay normas concretas y preferentes de aplicación solicitando, además, un idéntico resultado petitorio para todas las pretensiones formuladas». Respetada, por tanto, la posible concurrencia de acciones, la sentencia reflexiona sobre qué aspectos de la pretensión de enriquecimiento injustificado habría que tener en cuenta para valorar si es –como se le pide– subsidiaria:

- «- Si con la pretensión del enriquecimiento injustificado se pide lo mismo o no que otra acción al servicio del actor.
- Si la pretensión de fondo del enriquecimiento injustificado viene ya regulada por normas concretas o por la previsión normativa.
- Si la norma preferente de aplicación elimina, expresa o indirectamente, cualquier otra vía que teniendo idéntico o distinto fundamento persiga un mismo resultado u otro parecido.
- Si el otorgamiento jurídico al señalar una acción específica y preferente otorga un plazo de prescripción con el que ha pretendido cerrar la cuestión ante cualquier otra posibilidad de reclamación referida al mismo objeto, a sus subrogados o parte de él.
- Si la acción específica y preferente ha perdido la viabilidad del éxito por defecto de prueba o interacción de alguna causa imputable al actor.»

Son consideraciones que recuerdan mucho la posición de LACRUZ, cuando afirma que «la acción [general] de enriquecimiento no puede admitirse cuando su ejercicio suponga, con otro nombre, el de otra acción [específica] caducada o prescrita»; y para poder indagarlo propone: 1) comprobar si se pide exactamente lo mismo; 2) comprobar si al conceder esa acción el Derecho elimina expresa o implícitamente cualquier otra que tenga idéntico fundamento o persiga el mismo resultado u otro parecido; 3) y comprobar si al señalar para esa acción un plazo de prescripción el legislador ha querido que, una vez prescrita, quede excluida cualquier posibilidad de reclamación referida al mismo objeto, sus subrogados o parte de él²⁹. Hay que

²⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, II-3º, *Derecho de Obligaciones Contratos y Cuasicontratos*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1986, p. 634. La síntesis la propone en los términos del cuerpo del texto DE LA CÁMARA, «El enriquecimiento...», cit., p. 195. Véase también OROZCO, *El enriquecimiento...*

preguntarse por tanto si la pretensión específica excluye la general (podría surgir la duda, por ejemplo, de si la primera es de restitución o de indemnización), y si la primera es de *restitución* o *reintegración* deberá excluir la segunda: el asunto está regulado por una norma específica que se ha de respetar. En el caso de la sentencia comentada, el actor «tiene un cauce específico y preferente de aplicación a dilucidar autónomamente en el curso de la pertinente liquidación del régimen conyugal, por aplicación analógica de los artículos 1359 y 1360 del Código civil». La pretensión que conceden estos preceptos y la que concedería el principio general es la misma, luego aquéllos excluyen a éste. Parece un planteamiento general adecuado. El problema es si estas consideraciones sirven para distinguir los casos en los que se hace uso de la subsidiariedad para negar la acción y los casos en que, pudiendo igualmente invocarse, no se hace, de manera que se posibilita la concesión de la acción general.

Este recorrido por las opiniones doctrinales más significativas parece suficiente para comprobar que los autores y la jurisprudencia tratan del asunto desde diferentes perspectivas y, a la vez, que un buen número de asuntos importantes merecen una atención que no puede prestarse desde la subsidiariedad. Ahora bien, ¿cómo poner orden entre los asuntos implicados teniendo en cuenta que, aunque todos ellos se relacionen con la subsidiariedad, muchas veces no se encuentran en el mismo «plano de razonamiento»?

3. ORDENANDO LAS CUESTIONES IMPLICADAS

3.1. *El orden entre las fuentes: principio de jerarquía*

Cuando la jurisprudencia acude a una acción para la restitución de enriquecimientos injustificados, la fuente material de Derecho que aplica es un principio general que, como fuente subsidiaria de segundo grado, resulta aplicable en defecto de ley y costumbre (art. 1.1 CC)³⁰. Desde esta perspectiva, cuando existe un precepto que

cit., pp. 343 y ss. Sobre la subsidiariedad y el texto de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, véase GARCÍA RUBIO, María Paz, «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», en DEL OLMO, Pedro y BASOZABAL, Xabier (dir.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derechos comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 261 y 262.

³⁰ Por ejemplo, la STS 13 enero 2015 (RJ 2015\267, Sancho Gargallo) se mantiene en la línea clásica cuando afirma que «el enriquecimiento injusto tiene en nuestro ordenamiento no sólo la significación de un principio de Derecho aplicable como fuente de carácter subsidiario, sino muy acusadamente la de una institución jurídica recogida en numerosos preceptos legales aunque de forma inconexa» (con cita de las sentencias de 1 diciembre 1980 y 12 enero 1943). «Como principio general del derecho (...), se aplica de forma subsidiaria, en defecto de ley y de costumbre (...). Como institución jurídica autónoma (enriquecimiento sin causa), y sin perjuicio de las eventuales previsiones legales, su aplicación descansa

otorga o deniega la pretensión de restitución, esto es, cuando hay una ley que es «realización» o «actualización» del principio general de enriquecimiento injustificado en el caso concreto, deberá preferirse siempre y excluirá el recurso a éste. Son muchas y terminantes, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, las declaraciones en tal sentido; la jurisprudencia insiste, por ejemplo, en que esa es la única manera de entender correctamente la subsidiariedad: «la acción de enriquecimiento debe entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley concede acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento»³¹.

Hay que constatar que en la mayoría de los casos en que un demandante invoca la acción (general) de enriquecimiento injusto, ésta suele denegarse porque existe un precepto (específico) que se encarga de regular la procedencia y, en su caso, el alcance de la mencionada pretensión³². Así ocurre en innumerables sentencias, que anteponen la aplicación de preceptos concretos al principio general³³.

sobre...» los requisitos de la acción de enriquecimiento, tal y como suelen aparecer en las sentencias. Así, la institución autónoma consiste en la doctrina jurisprudencial que «articula» el modo concreto de aplicación del principio general, por lo que no altera el sistema de fuentes, aunque sí añade el valor que aporta el que exista jurisprudencia en la materia.

³¹ Esta cláusula de estilo se encuentra en la STS 19 febrero 1999 y con posterioridad ha sido mencionada en muchas sentencias posteriores (como las de 25 noviembre 1985 –RJ 1985\5898–, 12 marzo 1987 –RJ 1987\1434–, 3 marzo 1990 –RJ 1990\1664– o la de 17 mayo 2012 –RJ 2012\7404–, aunque podrían sumarse muchas más). La STS 23 noviembre 1989 (RJ 1989\7902, Malpica González-Elipa) entiende que si la acción se aplica a todo desequilibrio económico que se produzca en la ejecución de los contratos que «perjudican» a una parte, socavaría los principios de la institución y de la seguridad jurídica.

³² En la mayoría de sentencias que mencionan la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento ésta no suele constituir la *ratio decidendi*. Suele existir un precepto, un negocio jurídico, una sentencia o un acto indubitado de aquel a cuya costa se obtiene el enriquecimiento, que se encargan de «regular» la posible restitución de éste. En tales casos, no se puede tolerar que la acción general venga a trastocar el orden de decisiones que ya se ha tomado en cualquiera de esas instancias preferentes. Cuando el enriquecimiento está avalado por un precepto concreto, un contrato, la voluntad de aquel a cuya costa se obtiene el enriquecimiento o una sentencia, puede decirse que «tiene causa» y que no debería poder «revisarse» acudiendo a la acción general de enriquecimiento. Son cada una de esas instancias las que determinan cuándo, cómo y con qué alcance procede –o no– la concesión de la pretensión de restitución. Si el ordenamiento ya se ha pronunciado –ley– o avala el respeto a las otras fuentes –autonomía de la voluntad, voluntad del legitimado para permitir la acción del enriquecido, voluntad judicial–, no cabe después subvertir ese orden invocando el principio general.

³³ La STS 12 marzo 1987 (RJ 1987\1434, Latour Bretons), el art. 1302 CC; la STS 15 noviembre 1990 (RJ 1990\8712, López Vilas), el art. 361 por analogía (sin embargo, en un supuesto similar, la de 4 junio 1993 [RJ 1993\5261, Morales Morales] excluye la analogía *legis* y acude al principio general, cuyos requisitos entiende que concurren; otras sentencias, como la comentada de 25 noviembre 1985 [RJ 1985\5898, Serena Velloso], entienden que la aplicación por analogía de los preceptos afectados hubiese conducido al mismo resultado al que conducía la aplicación del principio general); las SSTs 13 diciembre 1993 (RJ 1993\9614, Villagómez Rodil) y 14 noviembre 2000 (RJ 2000\8986, Almagro Nosete), los arts. 487 y 1573 CC; en la STS 5 mayo 1996 (RJ 1996\3672, Villagómez Rodil) el Tribunal Supremo antepone al principio el

Entre el precepto y el principio que regulan el mismo asunto, la jerarquía normativa no ofrece lugar a dudas³⁴. La STS 30 abril 2007 (RJ 2007\2396, Roca) entiende que resulta aplicable el art. 453 y lo interpreta en el sentido de que solo son reembolsables los gastos ya realizados por el poseedor, no las deudas que tuviera con motivo de las mejoras y que no hubiera satisfecho al reclamar el reembolso; el comentario es elocuente: «A ello no se opone el principio de enriquecimiento sin causa, porque si bien se ha considerado que la razón última del art. 453 CC es precisamente evitar el enriquecimiento, este principio solo puede aplicarse cuando no hay norma que directamente solucione la cuestión planteada, en virtud del sistema de jerarquía de las fuentes establecido en el art. 1 CC, de modo que esta Sala ha venido declarando (...) que es de aplicación subsidiaria». Es la subsidiariedad impuesta por la jerarquía de fuentes.

3.2. *El orden entre las normas: el principio de especialidad*

Otras veces, el conflicto se presenta bajo la modalidad de un concurso de normas fundamentadoras de una pretensión única: un supuesto de hecho fáctico encaja en varios supuestos de hecho normativos de manera que, teóricamente, le resultan

contenido de una sentencia firme; STS 6 junio 2002 (RJ 2002\5892, Corbal Fernández), las normas sobre liquidación del estado posesorio; STS 4 noviembre 2004 (RJ 2004\6484, O'Callaghan Muñoz), la acción directa del art. 1597 CC; STS 21 octubre 2005 (RJ 2005\7707, Montés Penadés), el art. 1074; STS 30 noviembre 2005 (RJ 2006\82, Sierra Gil de la Cuesta), los preceptos sobre compensación; STS 27 marzo 2006 (RJ 2006\1817, Gullón Ballesteros), el art. 1706 CC; STS 22 febrero 2007 (RJ 2007\2233, Montés Penadés), la doctrina del levantamiento del velo (aunque entiende que con el principio de enriquecimiento injustificado se hubiese llegado al mismo resultado); STS 30 abril 2007 (RJ 2007\2396, Roca Trías), el art. 453 CC; STS 5 noviembre 2007 (RJ 2007\8101, Corbal Fernández), los preceptos sobre interpretación del contrato; STS 28 junio 2010 (RJ 2010\5417, Xiol Ríos), el art. 1158 CC; STS de 19 julio 2012 (RJ 2012\10118, Orduña Moreno), los arts. 1359 y 1360 CC por analogía. En un buen número de supuestos son las relaciones contractuales las encargadas de regular la restitución, de manera que no puede invocarse la acción de enriquecimiento para burlar lo establecido en el contrato: así, entre muchas, las SSTs 23 noviembre 1989 (RJ 1989\7902, Malpica González-Elípe), 3 marzo 1990 (RJ 1990\1664, González Alegre y Bernardo), 19 abril 1990 (RJ 1990\2731, Morales Morales), 20 mayo 1993 (RJ 1993\3809, Villagómez Rodil), 8 junio 1995 (RJ 1995\4908, Villagómez Rodil), 28 diciembre 2001 (RJ 2002\1650, Marín Castán), 15 diciembre 2005 (RJ 2006\1223, Ferrándiz Gabriel; en la que se reprocha al actor que debió invocar la acción de cumplimiento, no la de enriquecimiento), 8 mayo 2006 (RJ 2006\2341, O'Callaghan Muñoz), 6 marzo 2008 (RJ 2008\4462, Marín Castán), 30 octubre 2009 (RJ 2010\845, Corbal Fernández), 24 junio 2010 (RJ 2010\4908, O'Callaghan Muñoz), 27 diciembre 2012 (RJ 2013\1625, O'Callaghan Muñoz), 27 febrero 2014 (RJ 2014\1418, Salas Carceller) o 29 junio 2015 (RJ 2015\4486, O'Callaghan Muñoz; sobre un contrato que había previsto las consecuencias de la resolución), etc.

³⁴ FARIÑA, Tesis doctoral, cit., pp. 288 y 289: «en un porcentaje muy elevado de casos, la desestimación de la pretensión restitutoria no se fundamenta en la existencia de una vía legal para canalizarla que lleva a invocar el requisito de la subsidiariedad, sino en la concurrencia de una causa que justifica la ventaja que se reclama. Es decir, la *ratio decidendi* de la mayor parte de los fallos que desestiman la acción de enriquecimiento radica en el requisito de la falta de causa».

aplicables varios preceptos o grupos de preceptos. Para que se trate de un concurso de normas y no de pretensiones, deberá ocurrir que normas diferentes concedan –cada cual a su modo- la misma pretensión (en nuestro caso, una pretensión restitutoria). Así puede suceder con los arts. 1895 y ss. CC para los pagos indebidos y los arts. 1303 ss. CC para la liquidación de contratos inválidos: tratándose de un contrato nulo, cabe plantearse si a la restitución de las prestaciones realizadas debe aplicarse bien la normativa de la *condictio indebiti* (se pagó lo que no se debía porque el contrato era nulo), bien la de la liquidación contractual prevista en el segundo bloque de normas mencionado. Aunque la cuestión ha sido debatida, y hay quien ha propuesto que se interpreten conjuntamente³⁵, hoy la doctrina jurisprudencial entiende que debe aplicarse la regulación de los arts. 1303 y ss., por ser especial (y tener la perspectiva bilateral propia del contrato) respecto de los pagos indebidos (con su perspectiva unilateral)³⁶ o de la liquidación de estados posesorios³⁷. La solución del concurso de normas estará, por tanto, en encontrar la que se ajuste mejor al supuesto enjuiciado por ser especial o específica para él. Este es el ámbito propio del principio de especialidad y, una vez más, parece innecesario acudir a la subsidiariedad. Ambas regulaciones o bloques de normas se encuentran igualmente vigentes, cada una con su propio ámbito de aplicación. La pretensión material que conceden es la misma (se trata de pretensiones restitutorias de lo que se entregó sin ser debido, en un caso por error, en el otro por nulidad del contrato), por lo que se excluyen mutuamente. La jerarquía de fuentes (mencionada en el epígrafe anterior) o la especialidad entre normas del mismo rango hace que no sea posible la elección por parte del actor, sino que éste tenga que acudir necesariamente a una: la fuente prioritaria, la fuente especial³⁸.

³⁵ Sobre ese debate y sobre la necesidad de distinguir el tratamiento dado a los frutos en los supuestos de «liquidación de un contrato nulo o anulado», «liquidación del estado posesorio» y «cobro de lo indebido», véase BASOZABAL, *Enriquecimiento...* cit., pp. 207 y ss.

³⁶ La STS 8 enero 2007 (RJ 2007\812, Montés Penadés) afirma de la restitución de las prestaciones derivadas de un contrato nulo o anulado que «por razones históricas, la mayor parte de los casos quedan embebidos en las reglas de restitución, en este caso contenidas en los arts. 1303 a 1308 del Código civil, dado los estrictos términos en que está concebida en nuestro Derecho la *condictio indebiti* (cobro de lo indebido, artículos 1895 y siguientes, especialmente 1900 y 1901, del Código civil)».

³⁷ La STS 23 noviembre 2011 (RJ 2012\569, Ferrándiz Gabriel) es clara al afirmar que las mencionadas normas (arts. 1303 y ss. CC) «se anteponen a las reglas generales que, sobre liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 del Código civil», y esto le sirve para mantener que tanto el precio como los intereses se deben por la declaración de nulidad, aunque no se hubiesen reclamado, algo que no ocurriría en el ámbito de las relaciones entre propietario y poseedor. En cuanto al régimen de los gastos, mejoras y deterioros, como los artículos 1303 y ss. carecen de previsiones paralelas, la doctrina ha propuesto que han de aplicarse las normas contenidas en la liquidación del estado posesorio, y de esa manera la buena o mala fe del deudor de la cosa –que el art. 1303 no menciona- terminan por influir en la solución final.

³⁸ La STS 13 octubre 1995 (RJ 1995\7080, Burgos Pérez de Andrade) es un mal ejemplo de aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa, pero se plantea el problema de qué normas son aplicables a la liquidación de un contrato que se resuelve por incumplimiento del comprador, cuando éste restituye un

En la STS 6 junio 2002 (RJ 2002\5892, Corbal Fernández) una usufructuaria arrienda el inmueble usufructuado sin estar legitimada para ello, cosa que es conocida por la arrendataria. Ésta realiza algunas obras de reforma en el inmueble y, cuando debe desalojar la vivienda, reclama los gastos necesarios e impensas útiles a la nuda propietaria. La sentencia entiende que no se puede invocar el principio de enriquecimiento sin causa para solicitar la compensación, porque la normativa aplicable es la de la liquidación del estado posesorio (la demandante es una poseedora de mala fe sin derecho a las impensas útiles), y que el contrato entre usufructuaria-arrendadora y arrendataria es nulo por causa ilícita, por lo que puede aplicarse el principio «nemo auditur» para negar la acción a quien sabe que lleva a cabo una acción ilícita o contraria a Derecho. En la fundamentación argumenta que «no cabe acudir a dicha doctrina [del enriquecimiento sin causa] cuando existe normativa específica que regula el supuesto concreto (s. 19 febrero 1999), que en el presente caso son las normas relativas a la liquidación del estado posesorio y la regla del «nemo auditur». De entenderlo de otro modo se vulneraría el principio de especialidad y se abriría un portillo al fraude de ley. Y tampoco lo es en cuanto a la nuda propietaria porque, además de lo argumentado en la sentencia de instancia respecto de la carencia de utilidad, esta Sala viene reiterando la necesidad de que el enriquecimiento no haya sido impuesto, dado que no cabe proteger a quien enriquece a otro contra su voluntad (ss. 27 abril 1999 y 1 marzo 2000)». Antes que de especialidad (entre preceptos del mismo rango), hay un problema de jerarquía (entre un precepto y un principio general), pero el hecho de que se mencione aquél expresamente en la sentencia resulta significativo. En nuestra materia, resulta inevitable que el problema de jerarquía se mezcle con el de especialidad, puesto que un precepto será siempre especial –además de fuente preferente- respecto de un principio general del Derecho.

bien en el que había invertido más dinero que el que le había costado adquirirlo. En este punto concreto, la sentencia entiende «que se ha de disentir de la sentencia recurrida, pues existiendo normas específicas que regulan los efectos de la resolución de un contrato traslativo por incumplimiento de lo pactado [se refiere a los arts. 1123.2º, 1122.6º y 487 CC], no pueden ser de aplicación las normas que regulan la liquidación de un estado posesorio, o las consecuencias de los litigios sobre posesión en general, que es la normativa aplicada en la sentencia que se combate». El supuesto es difícil, pues el asunto sobre cuál es la normativa aplicable en la resolución del contrato que provoca la restitución de un bien más valioso que el que se entregó es oscuro y no hay unanimidad. Véase el acertado comentario de MARSAL GUILLAMET, Joan, «Comentario a la STS de 13 de octubre de 1995», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 40, 1996, pp. 260 y ss. El autor entiende que el caso podía haberse resuelto mediante la aplicación analógica de los arts. 1518.2º y 1652.1º CC, que sí conceden un derecho al abono de las mejoras, lo que hacía innecesario acudir al principio de enriquecimiento injusto, y menos después de haber afirmado cuáles eran los preceptos aplicables.

3.3. *La compatibilidad entre las pretensiones: concurso acumulativo y alternativo*

En tercer lugar, podemos encontrar que, ante un mismo supuesto fáctico, se produce un concurso de pretensiones. En este caso los hechos se subsumen en el supuesto normativo de varias normas de pretensión; por ejemplo, la intromisión en un derecho ajeno causa al titular de éste un daño y le obtiene al intromisor un beneficio al que no tenía derecho. El titular del derecho usurpado tiene a su disposición las acciones de daño y enriquecimiento. Unas líneas más arriba se ha afirmado que estas acciones protagonizan un concurso de pretensiones acumulativo; es el momento de detenernos sobre ello. Es significativo que tanto DÍEZ-PICAZO como LACRUZ coincidan en que el problema de la subsidiariedad se plantea primordialmente en los casos de intromisión, esto es, en aquellos en los que resulta frecuente la confluencia de acciones de daños y enriquecimiento, o de ésta y la reivindicatoria, y ello porque, si en la mayoría de sentencias –como hemos visto– la subsidiariedad se invoca como argumento que no constituye *ratio decidendi*, cuando se plantea un concurso de pretensiones decidir sobre la relación entre ellas –subsidiaria o no– resulta vital. Esto contrasta con la opinión jurisprudencial más reciente, que entiende compatibles la subsidiariedad y el concurso de las acciones de daños y enriquecimiento. Los autores que han estudiado con mayor profundidad el enriquecimiento injustificado se han pronunciado con especial cautela al dar su opinión sobre la subsidiariedad y, en concreto, se han mostrado abiertamente contrarios a admitirla si al hacerlo se pone en tela de juicio la línea jurisprudencial favorable a la *compatibilidad* entre las acciones de daños y enriquecimiento: la posibilidad de acudir a la primera no excluye el ejercicio de la segunda, tampoco cuando aquélla hubiera prescrito.

3.3.1. La acción de daño extracontractual y la acción de enriquecimiento injustificado

La jurisprudencia española ha sostenido desde la lúcida sentencia de D. Celestino VALLEDOR, de 12 abril 1955 (RJ 1955\1126), que las acciones de daños y enriquecimiento tienen su propia fisonomía, independencia, función y plazo de prescripción. Si la subsidiariedad –entiéndase como se quiera– fuese incompatible con esta conclusión, habría que defender que la acción de enriquecimiento no es subsidiaria. Así lo afirma expresamente la mencionada sentencia³⁹, y así lo dicen autores –como DÍEZ-PICAZO– que

³⁹ Se trata de la STS 12 abril 1955 (RJ 1955\1126) que resolvía un supuesto de intrusión minera en el que la acción de responsabilidad civil extracontractual había prescrito, pero se había concedido la acción de enriquecimiento. El recurrente alegaba que no se había tenido en cuenta la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, puesto que siendo posible acudir a la de daños y habiendo prescrito ésta, se debió haber rechazado la de enriquecimiento. La sentencia defiende la sustantividad propia de ésta y destaca como notas diferenciales que no debe ser subjetivamente imputada (no hace falta culpa o dolo del

abordan el problema de la subsidiariedad desde la óptica de la *compatibilidad* de las acciones: «en términos generales no existe en nuestro Derecho ninguna razón de fondo que determine la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento y que ésta sea compatible con otras acciones que puedan coincidir en los resultados que con ella se pretenden obtener. Puede darse, por consiguiente, un concurso de acciones, en el que tampoco hay nada en nuestro Derecho que obligue a los interesados a optar por una u otra, de forma que la regla general debe ser la posibilidad de acumular acciones»⁴⁰. Significativamente, el discurso sobre la compatibilidad de las acciones de daños y enriquecimiento ha sido respetado íntegramente por las sentencias del Tribunal Supremo que han vuelto a defender la subsidiariedad como una de las notas que definen la acción de enriquecimiento (SSTS 19 junio 2012 RJ 2012\10118, Orduña Moreno; 29 junio 2015, 2015\4486, O'Callaghan Muñoz; 19 febrero 2016, RJ 2016\710, Orduña Moreno). Sin embargo, si se lee con detenimiento la sentencia de VALLEDOR resulta innegable lo intrínsecamente unidas que están en su argumentación la negación de la subsidiariedad y la compatibilidad entre ambas acciones. De hecho, quien se toma en serio la subsidiariedad –como le ocurre a DE LA CÁMARA- encuentra dificultades para aceptar la independencia de la acción de enriquecimiento.

DE LA CÁMARA afirma que «probablemente, la posibilidad de ejercitar la acción de enriquecimiento no obstante haber existido la de reclamar daños y perjuicios ejercitando la acción del artículo 1902 nos sitúa ante la situación más peculiarmente conflictiva»⁴¹; y opina que «si la ley ha querido que la acción a que se refiere el artículo 1902 prescriba por el transcurso de un año –sean cualesquiera las razones que hayan movido al legislador para señalar un plazo tan corto-, parece claro que *se fuerza* la previsión legislativa si, habiendo intervenido culpa o negligencia por parte del causante del daño que a consecuencia del mismo resultó enriquecido, *se permita al perjudicado,*

demandado) y que gira en torno al enriquecimiento del demandado, no en torno al daño del demandante. Dice sobre la subsidiariedad que «muy nutrida doctrina científica repudia la tesis de que la «condictio» funcione siempre como norma subsidiaria de derecho, y aunque así no fuera el resultado práctico sería el mismo, ya que a pesar de las múltiples manifestaciones que el Código civil contiene en punto al enriquecimiento ilícito, no hay norma legal ni consuetudinaria que en forma sistemática, general o específica gobierne la acción de enriquecimiento indebido, y así pasa a primer plano de fuente jurídica el principio de que a nadie es lícito enriquecerse a costa de otro...»; y sobre el concurso de pretensiones, que «en el caso de que el hecho de la intrusión minera pudiera ser determinante del ejercicio de diferentes acciones, como la interdictal para retener o recobrar la posesión, reivindicatoria para obtener la devolución del mineral extraído o la sustitutoria del equivalente pecuniario, y la declarativa de culpa, se estaría en presencia de *conurrencia de acciones* que no tienen orden preestablecido de preferencia y exclusión, por lo que el titular del derecho lesionado podrá ejercitar la que juzgue más adecuada».

⁴⁰ Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, Civitas, 4ª ed., 1993, pp. 104 y 105.

⁴¹ DE LA CÁMARA, «Enriquecimiento...», cit., p. 196.

aunque sea dentro de los límites del enriquecimiento, resarcirse del daño a pesar de haber prescrito la acción específica prevista para el supuesto de los daños causados interviniendo culpa o negligencia»⁴². Una opinión así está de hecho entendiendo la acción de enriquecimiento como una modalidad de la indemnizatoria (limitada en su alcance al enriquecimiento del causante del daño⁴³) y, desde esta perspectiva, se entiende que plantea problemas la compatibilidad entre ambas; por ese mismo motivo, si se parte de la «subsidiariedad», resulta difícil entender la sustantividad e independencia propias de la acción de enriquecimiento por intromisión que, recordémoslo, es acción que no *resarce ningún daño* porque su función es la de *reintegrar* el derecho usurpado con la restitución de su valor a quien está atribuido por el ordenamiento jurídico. Es también probable que pueda haber influido el prejuicio de que una acción proveniente de ley no convive en un plano de igualdad con otra proveniente de principio general, por lo que ésta debería subordinarse a aquélla; pero para quien entiende bien la autonomía y funciones diferentes de ambas acciones no hay dificultad en aceptar su concurso en pie de igualdad.

En otro lugar en el que pude desarrollar estas ideas con mayor detenimiento⁴⁴, concluí que «resulta indudable la independencia y sustantividad propia de cada una de estas acciones, si bien el ámbito de sus pretensiones materiales puede coincidir parcialmente, por lo que debe reconocerse la existencia de determinados límites a la regla general de compatibilidad»⁴⁵. Baste ahora con la conclusión de que protagonizan

⁴² DE LA CÁMARA, «Enriquecimiento...», cit., p. 200.

⁴³ BASOZABAL, *Enriquecimiento...* cit., p. 39: «Una acción de enriquecimiento supeditada a la existencia y a la cuantía de un daño (como sostiene aún hoy en nuestro ámbito jurídico una buena parte de la doctrina), por mucho que se declare conceptualmente distinta de la acción indemnizatoria, no puede entenderse sino como un subtipo de ésta, cuya peculiaridad consiste en que la presencia de un enriquecimiento por parte del causante del daño hace innecesaria la imputación subjetiva de su conducta (la culpa) y limita en la medida de aquél la cuantía «indemnizatoria». Resultaría falso afirmar la independencia de esta peculiar acción siendo su fundamento y finalidad de carácter indemnizatorio»; véanse también las pp. 100 y ss.

⁴⁴ BASOZABAL, *Enriquecimiento...cit.*, p. 104: «Como punto de partida puede afirmarse que no hay ninguna razón para defender la incompatibilidad entre las acciones por daños y por enriquecimiento, o bien la subsidiariedad de ésta respecto de aquélla, puesto que se trata de pretensiones con función, fundamento, presupuestos fácticos, requisitos y plazos de prescripción distintos».

⁴⁵ BASOZABAL, *Enriquecimiento...cit.*, pp. 106 y ss., donde se propone un ejemplo que puede ayudar a comprender esa máxima general: «Si A toma el coche de B sin el consentimiento de éste, B cuenta con varias acciones que defienden cumulativamente las diversas facetas de su posición jurídica: la reivindicatoria para recuperar la posesión; la acción indemnizatoria para el resarcimiento del daño emergente (que cubre los daños/pérdida, daños/desperfecto y daños/gasto sustitutorio) así como del lucro cesante; y la acción de enriquecimiento para la restitución del valor de goce del objeto usurpado» (dejemos de lado los interdictos posesorios o la posible concurrencia de la pretensión de remoción). La cuestión es «en qué medida los diversos módulos indemnizatorios son compatibles con la restitución del valor de uso del bien usurpado que provoca la *condictio* por intromisión (el valor de alquiler del coche durante el tiempo que hubiese durado la usurpación). En principio no parece despertar ningún recelo la

un concurso acumulativo. Ciertamente, es posible que ambas acciones compartan su pretensión material –a continuación, se explicará cuándo- y, en ese caso y en dicha medida, la pretensión material compartida podrá pedirse como daño (a indemnizar) o como enriquecimiento (a restituir), pero no ambas cosas de manera acumulada.

Por ejemplo, si no he podido alquilar mi balcón con vistas al encierro durante las fiestas de San Fermín porque fue ocupado desde los balcones vecinos (pertenecientes a mis familiares), y eso me ha impedido obtener este año lo que suelo ingresar por ese concepto, podría acudir a una pretensión de daño (contra quien me lo impidió) para obtener como lucro cesante lo que hubiese obtenido por su alquiler, o a la acción de enriquecimiento por intromisión (contra quien obtuvo cierto enriquecimiento sin mi consentimiento) para reintegrar mi patrimonio con el valor de uso del balcón en esos días. Si coincide plenamente la cuantía (no hay más daño que ese lucro cesante y se corresponde con el valor de reintegración de mi derecho, según el mercado), parece claro que podré pedir el daño o el enriquecimiento, pero no ambos; luego, en esa medida de intersección (confluencia de la pretensión material de ambas acciones), las acciones se excluyen (lo que no debería chocar en absoluto puesto que la manera de medir tanto el daño como el enriquecimiento es la misma).

Sin embargo, no hay inconveniente para que la acción de enriquecimiento se acompañe de la acción de indemnización en la que se pida la reparación de los desperfectos causados al balcón, o con la acción de remoción de la pancarta que allí pusieron mis parientes, etc. Hay supuestos en los que no podrá apreciarse daño; por ejemplo, si yo no hubiese alquilado el balcón bajo ningún concepto (pues así lo había declarado en innumerables ocasiones), no podría alegar como daño la renta de alquiler, pero nadie me podría negar la medida de reintegración de mi derecho usurpado. También podría darse el caso de que los usurpadores lo sean de buena fe (unos extranjeros ocupan el balcón engañados por uno de mis parientes, a quien entregan

compatibilidad de la restitución de éste junto a la indemnización del daño/pérdida o del daño/desperfecto. Por el contrario, uno se plantea si la indemnización del daño/gasto sustitutorio (por ejemplo, el alquiler de otro coche para suplir la ausencia del usurpado) es compatible con aquél». Entonces concluí que «se trata de una cantidad [la del gasto sustitutorio] independiente de la representada por la restitución de la licencia que hubiera sido exigible, y por lo tanto, sus montantes ni se excluyen ni se limitan mutuamente»; y «lo mismo puede afirmarse del lucro cesante, siempre que éste no consista en lo que hubiese podido previsiblemente esperarse por la cesión onerosa del bien usurpado, ya que en este punto el daño indemnizable por la privación del goce equivale al valor de goce restituible a través de la *condictio*. Se trata de una misma pretensión material articulada de dos maneras diferentes, una de las cuales facilita la restitución del valor (objetivo) de uso del bien usurpado, la otra, la indemnización del daño patrimonial (concreto y subjetivo) sufrido por el titular de éste. La identidad de las pretensiones es clara en estos casos puesto que la operación de determinación del hipotético lucro cesante equivale al mecanismo de reintegración típico de la *condictio* por intromisión, correspondiendo ambos al precio por cesión onerosa del bien usurpado».

una renta por el uso), en cuyo caso no habría –presumiblemente- culpa ni por tanto posibilidad de acudir a la acción de daños (sí contra mi pariente), pero se podría ejercitar la de enriquecimiento bien contra ellos (intromisores en el uso), bien contra el pariente que lo alquiló sin mi consentimiento (intromisor en el poder de disposición), pero en ningún caso contra ambos simultáneamente⁴⁶. A los usurpadores sin culpa no se les puede pedir la reparación del desperfecto en el balcón, pero sí la reintegración del derecho usurpado mediante la restitución de su valor de uso en los días y horas ocupados. Cada acción tiene sus propios requisitos y distinto plazo de prescripción; y que la acción de daño haya prescrito no es motivo para rechazar la acción de enriquecimiento, como ha tenido claro nuestra jurisprudencia desde la STS 12 abril 1955 (RJ 1955\1126, Valledor)⁴⁷. Ambas acciones protegen el derecho usurpado de modos diferentes y compatibles, sin que el hecho de que una provenga de una fuente subsidiaria (principio general) le impida concurrir con otras acciones en pie de igualdad.

3.3.2. La acción reivindicatoria y la acción de enriquecimiento injustificado

Al contrario de lo que ocurre en el concurso de las acciones de daños y enriquecimiento, el concurso que protagonizan la acción de enriquecimiento y la reivindicatoria es típicamente alternativo. ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ explica que se puede elegir entre una u otra, a elección del demandante; si se demanda con la *condictio* a quien tenga la cosa en su poder, éste podrá oponerse a la pretensión restituyendo la cosa *in natura*. El autor entiende que a menudo hay buenos motivos para preferir la *condictio*, pues no son pocas las dificultades que existen para que prospere la reivindicatoria, y que no hay razones de peso para negársela⁴⁸, esto es, para obligarle a acudir a la reivindicatoria si aún estuviese viva. Se apoya en el discurso de LACRUZ quien, para resolver un supuesto de intromisión en el que concurren las acciones reivindicatoria y de enriquecimiento, dice compartir, con COLIN y CAPITANT, que «la hipótesis del concurso de acciones es la clásica en el procedimiento civil, y la solución

⁴⁶ BASOZABAL, *Enriquecimiento...* cit., p. 148 (con un ejemplo análogo).

⁴⁷ Para defender la posibilidad de acumular las acciones de daños y enriquecimiento, esta sentencia argumentó que si una vez prescrita la acción de daños el demandado por la acción de enriquecimiento pudiera alegar la subsidiariedad de la acción (si se pudo ejercitar la acción de daños y ha prescrito, no se puede luego ejercitar la de enriquecimiento), correría mejor suerte el intromisor doloso o culposo que el de buena fe, pues éste no podría ser demandado con la acción de daños ni, por tanto, alegar la prescripción de la acción, algo que, para los que defienden la subsidiariedad, sí podría alegar el intromisor doloso o culposo vulnerable a la acción de daños. LACRUZ se hace eco de este argumento («Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 470, 1969, p. 601), que sin embargo no convence a DE LA CÁMARA («Enriquecimiento...», cit., p. 200); lo significativo es que a este autor la lógica de la subsidiariedad le impide aceptar la sustantividad propia de la pretensión de enriquecimiento.

⁴⁸ ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa*, Granada, Comares, 1989, p. 111.

de principio es que el titular de diferentes acciones tiene derecho a ejercerlas sucesivamente o a escoger entre ellas. [...] [S]e ha de admitir, en suma, la acción de enriquecimiento, en tanto su ejercicio no suponga, con otro nombre, el de otra acción distinta, negada o prescrita»⁴⁹ (esa otra acción distinta sería la misma acción de enriquecimiento positivizada por el legislador de modo concreto y excluyente). Desde esta perspectiva, las acciones mencionadas protagonizan un «concurso» de pretensiones en el que el actor es libre de optar de manera alternativa⁵⁰, lo que tiene todo el sentido pues, aunque se trate de pretensiones diferentes⁵¹, persiguen la misma función: la reintegración del derecho usurpado.

Las relaciones entre *condictio* y *vindicatio*, a falta de un estudio más detenido sobre el asunto, resultan hasta ahora poco claras. Hemos visto que los autores que han tratado del asunto con mayor detenimiento admiten la concurrencia alternativa de ambas acciones, a elección del demandante. Con todo, se plantean –especialmente LACRUZ- si el fracaso de la *vindicatio* debería afectar a la *condictio*, y si los motivos por los que la *vindicatio* no ha llegado a prosperar (el bien ha pasado a un tercero protegido; la acción no prospera por falta de prueba; la acción ha prescrito) deberían influir en la respuesta que se dé sobre la *condictio*⁵². Si el punto de partida es que el titular del derecho usurpado puede optar por reivindicar o por ejercitar la *condictio*, resulta obvio que, aunque la reivindicatoria fracase por dificultades en la prueba del dominio o por la existencia de terceros protegidos, debe poder recurrir a la *condictio*, que prosperará cuando se cumplan sus requisitos. Con todo, podría plantearse si resulta necesario que la *vindicatio* fracase para que se abra la vía de la *condictio*, y la respuesta es que no es esta la dinámica de un concurso alternativo⁵³.

⁴⁹ LACRUZ, *Elementos...*, II-3º, cit., pp. 632 a 634.

⁵⁰ LACRUZ, *Elementos...*, II-3º, cit., pp. 632 y ss.

⁵¹ LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte General*, Madrid, Edersa, 1978 (de la 3ª ed. alemana original, München: Beck, 1975), p. 350. El autor entiende que la acción reivindicatoria y la restitutoria del enriquecimiento protagonizan una «concurrencia de pretensiones»: «Así, la función de la pretensión real es realizar el derecho real que figura tras ella. Por tanto, no cabe admitir una identidad de pretensión entre la pretensión real de restitución y una pretensión obligacional de devolución. (...) Cada una de estas pretensiones sigue sus propias reglas y no coinciden en el contenido».

⁵² ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, *El enriquecimiento...*cit., p. 111. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., pp. 104 y 105. LACRUZ, *Elementos...*, II-3º, cit., pp. 633 y 634. PASQUAU, «Comentario...» cit., p. 896.

⁵³ DíEZ-PICAZO, «La doctrina...», cit., p. 127: «En nuestro Derecho es discutible si a la misma solución [la de obligar a restituir lo obtenido con la disposición de una cosa ajena] se puede llegar en aquellos casos en que aún siendo inicialmente la disposición del no titular ineficaz y pudiendo, por ende, el *versus dominus* reclamar la declaración de ineficacia de la disposición y reivindicar la cosa, prefiere convalidarla y se contenta con el valor. A mi juicio, nada se opone a esta solución, que si se admite, conduciría a la solución opcional, en manos del *versus dominus* entre la acción reivindicatoria y la acción de reclamación del valor».

Sin embargo, la prescripción extintiva de las acciones plantea un problema que cuestiona su independencia, pues no parece fácil mantener que el poseedor que puede defenderse frente a la *vindicatio* con la excepción de prescripción siga a merced de la *condictio* –por el valor de la cosa- hasta que ésta prescriba. Parece que la coherencia valorativa entre los diversos modos de proteger el derecho del poseedor adquirente exige que, si está protegido frente a la acción real por el transcurso del tiempo de prescripción extintiva, lo esté igualmente frente a la acción personal en ese mismo tiempo y no en otro superior: si la reivindicatoria de muebles prescribe a los 6 años (art. 1962 CC), no parece razonable que sea posible acudir a la *condictio* durante 9 años más (si hay que aplicar el art. 1964 CC en su versión derogada, de 15 años; su versión actual de 5 años reduce o elimina el posible conflicto). LACRUZ da como motivo que, «al limitar la pretensión más fuerte, implícitamente se aprecia la voluntad del legislador opuesta a que siga viva la más débil, estando ambas fundadas en una misma idea de evitar el enriquecimiento»⁵⁴. En todo caso, parece claro que el codificador no pudo tener en cuenta la necesidad de armonizar la prescripción de la reivindicatoria con la de la *condictio*, puesto que ésta no formaba parte de las medidas generales de protección de la propiedad que tuvo en mente, más allá de algunos supuestos tipificados de disposición de cosa ajena pensados, precisamente, para cuando la reivindicatoria falla porque el tercer adquirente resulta protegido.

Claro que tampoco es ésta la visión sobre la relación entre ambas acciones que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Para OROZCO, una de las acepciones de «subsidiariedad» en nuestro Tribunal Supremo podría desprenderse de la idea de que, quien sigue siendo propietario del bien y tiene la reivindicatoria *no se ha empobrecido*, por lo que no puede acudir a la *condictio*. El autor apoya su afirmación en las SSTs de 3 enero 2006 y 9 febrero 2012. En la primera de ellas (3 enero 2006, RJ 2006\258, Gullón Ballesteros), los demandantes habían sido arrendatarios de un local de negocio y al concluir el contrato devolvieron el local, en el que habían realizado importantes mejoras y donde quedaron un conjunto de muebles y enseres que habían servido para desarrollar el negocio. Demandan por enriquecimiento injusto al arrendador para recuperar el valor de las mejoras, los muebles y los enseres. El punto de partida es que la regulación arrendaticia protege al arrendador frente a la reclamación del arrendatario por las *mejoras* que no puedan separarse, precisamente para evitar que tenga que compensar por un enriquecimiento impuesto en el marco de una relación en la que hubiese debido pactarse para ser compensable. Los *muebles y enseres* planteaban un problema distinto, pues podían separarse sin detrimento del inmueble. Es perfectamente razonable que no se permita al arrendatario exigir

⁵⁴ LACRUZ, *Elementos...*, II-3º, cit., p. 634.

compensación *por aquello que pudo llevarse*, y después de haber usado el argumento – más convincente- de que hacerlo supondría imponer al arrendador la compra de esos enseres, la Sala insiste en la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento:

«[L]a jurisprudencia de esta Sala ha afirmado reiteradamente que la acción de enriquecimiento injusto no es dinamitadora del sistema jurídico, de modo que no puede acudirse a ella más que cuando no exista una acción que concreta y específicamente se otorgue por el legislador para remedio de un hipotético enriquecimiento sin causa. En el caso litigioso, los juzgadores de instancia apreciaron con acierto que la acción a disposición de la parte actora, hoy recurrente, era la reivindicatoria, si quería recuperar los bienes muebles que al finalizar el arrendamiento dejó en el local arrendado. Negaron la viabilidad, en su lugar, de la de enriquecimiento, elegida a su conveniencia por el actor. En efecto, nada le impedía jurídicamente reivindicarlos, y su mero interés no es óbice para dejar de hacerlo. No puede obligar al arrendador a que pague por ellos el precio de una compraventa». A continuación, y para reforzar su decisión, insiste en que «si no quiere devolverlos [el demandado], a ello se le obligará por el juzgador si prospera la acción. Lo que de ningún modo procede es sustituirla por otra acción de naturaleza distinta como la de enriquecimiento injusto, que es personal y con plazo de ejercicio diferente al de la acción real reivindicatoria».

Se entiende la decisión de no proteger a quien ha provocado el enriquecimiento del demandado, pero hay que reconocer que algunas afirmaciones llegan mucho más allá de lo que hubiera sido razonable, no solo porque el argumento de la subsidiariedad resulta superficial, sino porque parece excluir el concurso alternativo entre la *condictio* y la *vindicatio* en cualquier otro caso. Ciertamente, resulta absurdo que al contratante que no tiene obligación de compensar a su contraparte por las mejoras no separables, se le pueda exigir compensación por los muebles y enseres que sí lo son. Es cierto que deben poder retirarse en cualquier momento, a costa del arrendatario; y también, que lo que no pueda retirarse quedará en beneficio del propietario/arrendador sin compensación. El arrendatario no puede pretender el valor de lo que dejó; si no quería que quedara en beneficio del arrendador, debió llevárselo. Lo que puede hacer es retirar esos muebles y enseres separables. Si el arrendador se lo impide, podrá reivindicarlos, pues parece claro que el arrendador carece de título para retenerlos. En cuanto al ejercicio de la *condictio*, si el arrendador le impide llevárselos no hay argumento razonable para negársela, ni el motivo por el que debería fracasar es la subsidiariedad de ésta respecto de la *vindicatio*. En su caso, el arrendador demandado con la *condictio* podrá oponerse a ella permitiendo la retirada de lo que ni es suyo ni se ha incorporado por accesión al inmueble. El demandante que no esté dispuesto a costear su retirada tampoco puede exigir su valor del demandado enriquecido a la fuerza. Solo el arrendador que se niegue a entregar las cosas estará obligado a restituirlas, si es demandado con una *vindicatio*, o a restituir su valor, si es demandado con una *condictio*, por habérselas apropiado.

La sentencia se hace eco de otras decisiones en las que puede apreciarse este mismo principio de negar la *condictio* al que ha impuesto el enriquecimiento, pero hay que reconocer que los supuestos no son equiparables⁵⁵: el primero es un caso de beneficio incidental, el segundo y el tercero tratan de la liquidación de una relación arrendaticia (en el primero, la arrendadora se había comprometido a pagar parte del gasto realizado por el arrendatario, pero éste no podía obligarle a pagar la totalidad con el argumento de que en caso contrario se enriquecía sin causa; en el segundo al arrendatario se le aplica la misma norma que al poseedor de mala fe –art. 455 CC- y no podía pretender dar la vuelta a la situación invocando el principio general de enriquecimiento injustificado). En síntesis, el arrendatario no puede pretender tener otro derecho sobre los muebles y enseres, sin haber llegado a un acuerdo con el arrendador, que el de retirarlos a su propia costa. Esta es la solución adecuada. Sin embargo, tal y como ha quedado defendida y argumentada en la sentencia, podría parecer que la posibilidad de acudir a la reivindicatoria cierra el paso a la *condictio*, por ser esta subsidiaria, lo que contradice las mejores opiniones doctrinales sobre la concurrencia alternativa de ambas acciones.

⁵⁵ La STS 27 abril 1999 (RJ 1999\3421, García Varela) trata de un supuesto de beneficio incidental. Los dueños del predio sirviente de una servidumbre de paso que hace posible el acceso a un garaje demandan a los propietarios del predio dominante para que contribuyan a los gastos de mantenimiento y seguridad del garaje: «no cabe la presencia de esta situación [de enriquecimiento injusto] cuando el supuesto enriquecido no la ha querido e, incluso, la rechaza, y, además, le es impuesta por conveniencia o interés de un tercero, con la indicación de que, a virtud de la normativa de la Ley de Propiedad Horizontal, si un integrante de la propia comunidad mostrara negativa a un acuerdo similar al que aquí se trata, no estaría obligado a abonar su parte en los gastos, lo que es extrapolable analógicamente al caso del pleito; tampoco se ha producido el empobrecimiento de una de las partes, pues la existencia del garaje de los demandados fue indiferente para la contratación del personal de seguridad y vigilancia por la actora, que igual hubiera sido efectuada con la concurrencia de ésta o sin ella; y, por último, la servidumbre de paso y sus condiciones de no abono de cantidad alguna por gastos afectantes a la demandante, que se encuentran establecidas en el título constitutivo, constituyen sin duda razón justificante del supuesto enriquecimiento». En la STS 1 marzo 2000 (RJ 2000\1357, Gullón Ballesteros), la arrendataria demandante solicitaba el valor de unas construcciones levantadas sobre la finca arrendada por enriquecimiento injusto, pero la sentencia entiende que «de ningún modo puede protegerse a quien enriquece a otro contra su voluntad. Si la prueba ha dado como resultado que no consta probado que la arrendadora se obligó por el importe total de las obras, no tiene justificación que bajo la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento sin causa se le obligue a lo que no aparece probado que quiso». En la STS 3 marzo 2003 (RJ 2003\2536, Gullón Ballesteros), se trataba también de unos gastos de rehabilitación llevados a cabo por el arrendatario y la sentencia entiende que «además de que la doctrina invocada [relativa al enriquecimiento injusto] no es de aplicación cuando el enriquecimiento es impuesto al enriquecido, y reúne este calificativo cuando es hecho por quien sabe que ha de restituir la cosa porque así lo ha querido. Por otra parte, la susodicha doctrina en modo alguna es sustitutiva de las normas jurídicas dictadas precisamente para evitar enriquecimientos injustos, como es en concreto la del art. 455 CC. No es razonable pretender obtener por la vía de la prohibición del enriquecimiento injusto lo que dicho artículo le niega en razón de su mala fe».

La otra sentencia que menciona OROZCO es la de 9 febrero 2012 (RJ 2012\3786, Roca Trías), que no trata de un supuesto de enriquecimiento impuesto, sino de enriquecimiento por intromisión y, más concretamente, por disposición de bien ajeno: «en el presente litigio, se trata de determinar si los vendedores de una finca, una parte de la cual había sido expropiada por Renfe, deben indemnizar a ésta por haber dispuesto de la totalidad como si aún fueran titulares de la parcela expropiada, a favor de tercero que adquiere protegido por el art. 34 LH y, por tanto, es mantenido en su adquisición frente al propietario real, Renfe, que en consecuencia, pierde su derecho a formar parte de la Junta de compensación». La cuestión es la determinación del derecho que corresponde en tal caso a Renfe, y de «las reglas que deben aplicarse a aquella acción, es decir, si coinciden exactamente o no con las que la jurisprudencia ha atribuido a la acción de enriquecimiento sin causa». Se explica a continuación que «cuando alguien vende una cosa ajena a un tercero de buena fe, que la adquiere de manera irreivindicable, el propietario que no puede recuperar la cosa, puede dirigirse contra el vendedor reclamándole la medida de su enriquecimiento. Se trata de una acción personal que corresponde al empobrecido contra quien ha obtenido un beneficio que no le corresponde al carecer de causa»; y más concretamente, «nos hallamos ante la denominada *condictio* por intromisión y supone que la disposición sea eficaz porque deban aplicarse las reglas de protección del adquirente de buena fe y en este caso, «el disponente *non dominus* debe al *verus dominus* el valor obtenido con la disposición». Este es el supuesto de enriquecimiento injusto que se produce en el presente litigio». Y continúa: «En los casos como el que nos ocupa, es una acción que viene a sustituir el objeto de la reclamación y que se coloca en el lugar del bien irreivindicable, por lo que el perjudicado tiene derecho a conseguir aquello que el disponente obtuvo con la disposición». La Audiencia Provincial había denegado la acción porque le pareció que no se cumplía el requisito de la subsidiariedad; el Tribunal Supremo añade que, «a pesar de que se esté de acuerdo en exigir la concurrencia de este requisito, de modo que sólo puede ejercitarse esta acción cuando de otra forma no pueda recuperarse aquello en que se ha empobrecido el demandante, en el supuesto en que la cosa sea irreivindicable, este requisito se cumple. La acción de enriquecimiento va dirigida en este caso a la recuperación del equivalente, ya que la cosa ha salido definitivamente del patrimonio de quien ha sufrido el empobrecimiento, sin posible reivindicación y la única acción que le queda al perjudicado para recuperarlo es la de enriquecimiento [...] frente a los disponentes, la única acción que ostenta es la de enriquecimiento sin causa».

En el caso estaba clara la procedencia de la acción, y es impecable su caracterización como *condictio* por intromisión/disposición de bien ajeno. La solución no dependía de la subsidiariedad por la sencilla razón de que la reivindicatoria no podía prosperar, pero

ni se afirma que se hubiese podido optar por elegir cualquiera de las dos, ni se distingue en virtud del motivo por el que no hubiese prosperado la *vindicatio*. Es cierto que la sentencia deja entrever que no está claro que la acción sea subsidiaria, pero, aunque no lo dice expresamente, permite deducir que el recurrente no hubiera tenido a su disposición la *condictio* de haber contado con la *vindicatio*. En todo caso, no parece que pueda hablarse de una doctrina jurisprudencial consolidada sobre el modo de relacionarse de ambas acciones. Ahora bien, la tendencia parece ser que la posibilidad de acudir a la reivindicatoria cierra el paso a la *condictio*, lo que convendría rectificar, como hemos aprendido de la mejor doctrina.

3.4. Algunos conflictos triangulares

Un supuesto triangular típico es el del arrendatario que contrata una reforma en la vivienda arrendada y, sin pagar aún al contratista, restituye la vivienda al arrendador que resuelve por incumplimiento. Parece claro que el contratista tendrá una acción de cumplimiento contra el arrendatario y que, a su vez, éste no podrá exigir al arrendador –salvo que lo haya pactado– el mayor valor que tiene ahora la vivienda o el gasto realizado para mejorarla (*ex arts. 1573 y 487 CC*). El arrendador habrá obtenido un enriquecimiento «con causa» a costa de su arrendatario y, como éste tampoco ha pagado al contratista, podría decirse –no en sentido técnico– que también a costa del contratista, por lo que surge la tentación de conceder a éste (empobrecido) una acción de enriquecimiento contra aquél (enriquecido) cuando el arrendatario sea insolvente y el arrendador obtenga una cierta utilidad de ese enriquecimiento impuesto. Entre el propietario que recupera un bien mejorado sin pagar por el mayor valor que recibe y el contratista que no cobra por la mejora procurada resulta fácil dejarse llevar por cierta equidad del «resultado injusto» y ponerse a favor de éste. Sin embargo, resulta desconcertante que el contratista (un tercero para el arrendador) tenga una acción para exigir al arrendador lo que su contratante, el arrendatario, no podría exigirle. Si el legislador se ha pronunciado en los arts. 1573 y 487 CC sobre la «imposición» de un enriquecimiento al arrendador al término del arrendamiento, ¿no sería una contradicción permitir que la acción de enriquecimiento debilite la posición del arrendador, no para favorecer al arrendatario sino a un tercero (lo que resulta más chocante aún)? ¿no supone esto una vulneración del principio de relatividad del contrato? Además, pongamos que el arrendatario insolvente adquiere con posterioridad patrimonio suficiente para afrontar la deuda y que la acción de cumplimiento no ha prescrito, ¿podría el contratista cobrarle la deuda? ¿podría el arrendador que pagó al contratista pedir ahora ese importe al arrendatario? Desde la perspectiva del contratista, ¿cómo concurren la acción contractual de cumplimiento

contra el arrendatario y la acción cuasicontractual de enriquecimiento contra el arrendador?⁵⁶

Pongamos que se concede al contratista una acción de enriquecimiento contra el arrendador. Si éste paga a aquél, parece claro que no se trata del pago de una deuda ajena (pago de tercero), sino del pago de su propia deuda por enriquecimiento injustificado; y si paga una deuda propia, aunque más adelante el arrendatario venga a mejor fortuna, no podrá repetir de éste lo que pagó a aquél. Ahora bien, de esta manera se termina por revertir la valoración inicial y parece legítimo preguntarse: ¿realmente se ha querido esto? ¿es legítimo abrir una vía para las acciones «directas» (por enriquecimiento indirecto) fuera de los casos permitidos por la ley, como ocurre – por ejemplo- en el art. 1597 CC? ¿no es algo tan disparatado como cuando se pretende que la acción general *revierta* el contenido de alguno de los preceptos concretos que reconoce una acción específica de enriquecimiento? Aunque el discurso del trabajo no puede detenerse ahora aquí, sobre la conveniencia de la acción directa⁵⁷, sí podría apuntarse que la diferencia del caso mencionado –el art. 1597 CC- con el nuestro es bien clara, pues en aquél a los subcontratados se les concede una acción directa contra el dueño *que encargó la obra al contratista*, por lo que se puede contar con la utilidad del enriquecimiento, mientras que en el caso del arrendamiento del que nosotros hablamos no hay nada que permita deducir que el propietario arrendador hubiese querido realizar tales obras, aunque eventualmente les pueda sacar alguna utilidad⁵⁸. No hay posibilidad de justificar aquí la analogía, luego no parece legítima la concesión de esa acción directa no prevista en norma alguna. También reconoce una acción directa el art. 365 CC al dueño de los materiales contra el dueño del suelo, pero lo hace en el contexto de un edificante de mala fe que, sin relación contractual ni con el dueño

⁵⁶ BASOZABAL, *Enriquecimiento...* cit., p. 292: «No sería aceptable –por ejemplo- que lo que el propietario no deba abonar al arrendatario como mejora por el contrato de arrendamiento pudiera ser exigido por un tercero con el que no está ligado por ningún tipo de relación jurídica. La causa de la adquisición descansa en la regulación del arrendamiento (o del usufructo, o de la liquidación del estado posesorio, o de la accesión, para otros supuestos), y el responsable de la usurpación (o compra *a non domino*, siempre que fuera atacable) debe ser el arrendatario, sin poder trasladar los riesgos de la misma al arrendador que nada ha tenido que ver con ella».

⁵⁷ Sobre el tema, véase PASQUAU LIAÑO, Miguel, *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, Editora general de Derecho, 1989, pp. 106 y ss.; en concreto sobre las relaciones entre la acción directa y el principio de enriquecimiento injustificado, pp. 111 y 112.

⁵⁸ Tampoco concurre la *ratio* que, según PASQUAU, se encuentra detrás del reconocimiento de las acciones directas en el derecho codificado (*La acción...* cit., p. 119): «puede observarse que precisamente todos los supuestos de acción directa reconocidos en nuestro ordenamiento positivo van en la línea de otorgar una relevancia jurídica al hecho de la imbricación o conexión de relaciones jurídicas, de donde podemos deducir que justamente ésta es la «ratio» común de las acciones directas desde la que podemos considerarlas no tanto que contradictorias con un principio general (art. 1257.1), sino en tanto que expresiones de un principio distinto».

de los materiales ni con el dueño del suelo, incorpora los materiales de uno al suelo del otro, cuando éste opta por quedarse con el enriquecimiento sin tener que pagar por él (art. 362 CC)⁵⁹. Parece claro que tampoco en este caso es posible un juicio por analogía.

El art. 1573 CC, con su remisión al 487 CC, es una de esas decisiones que provoca la tentación de juzgar conforme a un sentido de la equidad «distinto» al codificado. Algunas sentencias no pueden «tolerar» que el arrendador se enriquezca a costa del arrendatario al concluir el contrato, aunque sea con causa (es cierto que aquél puede prever la duración del contrato y no realizar las mejoras que no vaya a amortizar antes de que concluya), y terminan por conceder un derecho a compensar las mejoras, de espaldas a los mencionados preceptos⁶⁰. Si el principio de «no imposición del enriquecimiento» puede resultar en ocasiones difícil de aceptar en la relación contractual, las cosas se complican más con la llegada de otro sujeto, el contratista, que

⁵⁹ BASOZABAL, *Enriquecimiento...* cit., pp. 323 y ss.: «La obligación del dueño del suelo no se justifica ni como pago de deuda ajena, ni como ejercicio de una acción subrogatoria concedida contra él al dueño de los materiales; sólo se explica considerando el hecho de que no tenga que pagar nada por el enriquecimiento con el que ha decidido quedarse» (p. 328); «[l]a concesión de una acción directa es una solución de carácter excepcional que cuestiona el principio de relatividad de los contratos, de ahí que no parezca conveniente que su interpretación se extienda a supuestos no expresamente previstos por la ley o que, aunque cercanos a los que sí lo están, difieren en alguno de sus presupuestos básicos [como que haya una relación contractual entre el edificante y el dueño de los materiales]» (p. 330). PASQUAU matiza de otro modo («Comentario...» cit., p. 898): el arrendador no deberá el precio de lo que encargó el arrendatario al contratista, en su caso solo el plusvalor experimentado por el bien, y solo si se debe algo por éste al arrendatario. Cuando éste es insolvente y tampoco cobra ese crédito del arrendador, por pasividad, el contratista podría acudir a la subrogatoria, por lo que tampoco haría falta acudir a la acción directa. Véase también, ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento...* cit., pp. 108 y ss. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «Comentario a la STS 14 diciembre 1994», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 38, 1995, pp. 613 y ss.

⁶⁰ En la STS 12 noviembre 1958 (RJ 1958\3447, Murga Castro), el arrendatario había transformado la huerta arrendada en un negocio de jardinería y venta de flores. Tras el desahucio pide el valor de las plantas que han quedado en la finca, y el arrendador se opone argumentando que no le suponen ningún provecho. La sentencia estima la acción de enriquecimiento sin causa entendiendo que concurren sus requisitos sin mencionar la regulación sobre las mejoras en el arrendamiento. Algo similar se repite en la STS 6 diciembre 1985 (RJ 1985\6520, Sánchez Jáuregui), aunque aquí se trata de un local de negocio en el que el arrendatario había instalado una industria-bar a la vista del arrendador. Para justificar la compensación que se exige al arrendador al término del contrato, la sentencia acudió a la buena fe del arrendatario y a que en materia de accesión el dueño de la cosa principal hace suyo lo accesorio *mediante compensación*, lo que implica el pago del valor de los elementos e instalaciones de la industria según dictamen pericial (la perspectiva de la sentencia es precisamente la de qué debe hacer el dueño de la cosa principal para hacerse propietario por accesión de la cosa secundaria). Con posterioridad a éstas, hay otras SSTS que aplican los arts. 1573 y 487 CC en su literalidad, aunque supongan un enriquecimiento para el propietario/arrendador. Así ocurre, por ejemplo, en la STS 13 diciembre 1993 (RJ 1993\9614, Villagómez Rodil), sobre cinco naves construidas en una granja arrendada, o en la STS 14 noviembre 2000 (RJ 2000\8986, Almagro Nosete), sobre mejoras en la finca arrendada. La contradicción entre unas y otras es palmaria, y aunque es seguro que en cada caso la solución se adapta al conflicto planteado, el modo de proceder constituye —con palabras de MORALES MORENO— causa de perturbación.

no ha cobrado del arrendatario y ve cómo su trabajo termina por beneficiar al arrendador sin que haya pagado nada por ello. Aunque el principio de relatividad de los contratos imponga que cada parte se arregle con su contraparte, y el de igualdad de los acreedores (del arrendatario) que los privilegios sean los conocidos y establecidos por la normativa (imperativa) concursal, la tentación de saltarse ambos principios y reconocer un derecho autónomo del contratista frente al arrendador es especialmente fuerte cuando éste se aprovecha de la mejora.

Quizá parezca mejor solución *lege ferenda* la de dar al arrendatario frente al arrendador un derecho de compensación en la medida de la utilidad (lo que habría que valorar con suma cautela, pues el arrendamiento es el cauce en el que la mejora hubiera debido pactarse, no imponerse), de manera que sea el arrendatario el que responda con su patrimonio (en el que se habrá integrado ese derecho) conforme a las reglas generales (el contratista será un acreedor con privilegio refaccionario); pero mientras sigan vigentes los arts. 1573 y 487 CC, resultará inevitable la tentación de acudir a la acción de enriquecimiento injustificado. Curiosamente, en los casos en que se admite la acción de enriquecimiento injustificado no se menciona que el enriquecimiento viene amparado por una norma, ni que la concesión de la acción vulnera ciertamente la subsidiariedad de ésta, puesto que el demandante tiene otra acción. En tal caso, la posibilidad de acudir a la acción de enriquecimiento sí sería *subsidiaria* –en sentido estricto- respecto de la acción de cumplimiento.

Hay otros supuestos triangulares que plantean problemas diferentes, pero coinciden en poner de relieve la debilidad de la subsidiariedad como criterio para darles solución. Más arriba se ha hecho referencia a la STS 6 junio 2002 (RJ 5892, Corbal Fernández), sobre una usufructuaria que arrienda el inmueble usufructuado sin estar legitimada para hacerlo, lo que era conocido por la arrendataria, que había mejorado la cosa. La sentencia entiende aplicables las normas de la liquidación del estado posesorio (considerando a la arrendataria como poseedora de mala fe) y la regla «*nemo auditur*» (que niega acción a quien lleva a cabo una acción ilegítima o contraria a derecho a sabiendas), y añade que, desde la perspectiva de la nuda propietaria, no ha habido utilidad y que no cabe exigir la restitución del enriquecimiento que se ha impuesto, pues no cabe proteger a quien enriquece a otro contra su voluntad (con cita de las SSTS 27 abril 1999 [RJ 1999\3421, García Varela] y 1 marzo 2000 [RJ 2000\1357, Gullón Ballesteros], ya comentadas). Resulta sorprendente que no se mencione el art. 487 CC, que sería ciertamente la «causa» del enriquecimiento de la nuda propietaria, y que se acuda a la –más genérica- liquidación de la posesión de mala fe (lo mismo ocurre en la posterior STS 3 marzo 2003, ya citada), lo que revela hasta qué punto cada conflicto se

resuelve sin un sistema. Sí parece claro que no procedía el recurso al principio general, pues había preceptos especiales aplicables.

La STS 14 diciembre 1994 (RJ 1994\10111, Morales Morales) trata igualmente de un supuesto triangular. La arrendataria encarga unas obras que no llega a pagar al contratista y restituye el bien al arrendador. El contratista demanda al arrendador por enriquecimiento injustificado, por haber recibido el bien sin haber pagado nada por la mejora. En las instancias se defiende que las dos acciones acumuladas (la de cumplimiento contra el arrendatario y la de enriquecimiento contra el arrendador) son incompatibles, porque el éxito de una haría ineficaz la otra. El Tribunal Supremo parte de que la acción de enriquecimiento no es subsidiaria, por lo que puede concurrir con otras acciones, pero entiende que en este caso el contratista podía y debía acudir contra su contratante, el arrendatario, y en tanto la acción contractual no hubiese fracasado no podía considerarse que el demandante se hubiese empobrecido, ni que hubiese un nexo causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. De este modo, y aunque no se afirme expresamente, se deja abierta la puerta a que, si la acción de cumplimiento hubiese sido previa e infructuosamente ejercitada, pueda acudirse a la acción de enriquecimiento injustificado contra el propietario, a pesar de la regulación arrendaticia y del principio de relatividad de los contratos.

Otro conflicto triangular a tener en cuenta es el planteado en la resolución contractual por impago del precio aplazado, cuando el comprador restituye un bien que ha mejorado gracias a la relación contractual con un tercero, al que tampoco ha pagado. El contratista acude aquí a la acción de enriquecimiento injustificado contra el vendedor que recibe, tras la resolución, un bien mejorado sin haber pagado por ello. Es el supuesto de las SSTS 23 julio 1996 (RJ 1996\5567, Marina Martínez-Pardo), 12 julio 2000 (RJ 2000\6686, Vázquez Sandes), 22 octubre 2002 (RJ 2002\8774, Ortega Torres), 25 junio 2009 (RJ 2009\6454, Montes Penades) y 30 diciembre 2015 (RJ 2015\5897, Seijas Quintana), que han sido comentadas por la doctrina con acierto⁶¹. En la más importante de ellas (STS 12 julio 2000), Pescanova S.A., vende un buque arrastrero a Comarfol S.A., con precio aplazado y reserva de dominio. La compradora contrata con Montajes Folgar la transformación del navío en buque palangrero. El coste de la transformación es superior al valor de venta del buque. La compradora incumple en el pago del precio y Pescanova resuelve el contrato, lo que determina la restitución del buque; una vez recuperado, la vendedora lo destina a su nuevo destino como buque

⁶¹ VENDRELL, «El enriquecimiento...», cit., pp. 295 y ss. GARCÍA VICENTE, José Ramón, «Enriquecimiento por impensas y contratos de compraventa resueltos por incumplimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Civil*, 2018-III, pp. 677 y ss.

palangrero. Comarfol incumple también con Montajes Folgar, y ésta demanda tanto a aquélla como a Pescanova para que, solidariamente, sean condenadas al pago del servicio prestado y, subsidiariamente, para el caso de insolvencia de la primera, se condene a su pago a la segunda. Aunque en las instancias se denegó la pretensión contra Pescanova, el Tribunal Supremo entendió que concurrían los requisitos de la pretensión de enriquecimiento injustificado y la concedió, con carácter subsidiario y una vez comprobada la insolvencia de la otra demandada, pues el enriquecimiento también puede producirse «a través de una atribución patrimonial indirecta».

VENDRELL destaca que la sentencia mereció opiniones muy distintas por parte de la doctrina. Al fin y al cabo, el caso nos enfrenta a una cuestión que resulta «de una gran oscuridad» en nuestro Derecho⁶², la de la liquidación de las mejoras en la cosa comprada cuando la compraventa se resuelve por incumplimiento del comprador⁶³. Como sintetiza GARCÍA VICENTE, y su opinión podría servir como verdadera ortodoxia en la materia, «[e]l riesgo de insolvencia de relaciones o vínculos contractuales recae en el contratante que fuera acreedor y, salvo en los casos en que se admita (y por las razones de política jurídica que lo sustentan) una acción directa, no puede desplazarse o asignarse a un tercero «extraño» al vínculo contractual (art. 1257 CC). El título contractual es «excluyente»: esto es, no cabe recurrir a un título distinto (el enriquecimiento) cuando el empobrecimiento del contratista deriva causalmente del «impago» del contrato que celebró y no de la conducta o aprovechamiento del tercero. (...) Una regla distinta a la de la propia del Derecho de contratos (cada contratante soporta el riesgo de insolvencia de aquel con quien contrató) supone consagrar, en relaciones triangulares de esta clase, una suerte de posición de garante (o fiador) del vendedor respecto a la insolvencia de su contraparte en sus relaciones con terceros, cuando el contrato celebrado le atribuya finalmente una ventaja, aunque ésta pueda considerarse para él un enriquecimiento impuesto»⁶⁴.

VENDRELL concluye que «la configuración tradicional de la acción de enriquecimiento se revela, a nuestro juicio, insuficiente para solucionar adecuadamente los conflictos planteados. Esta solución [la del caso Pescanova] a este grupo de casos no puede

⁶² PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993-IV, p. 1735.

⁶³ VENDRELL, «El enriquecimiento...», cit., pp. 301 y 302: Por un lado, estaría la solución que ofrecen los arts. 487, 488, 1122.6 y 1573 CC, por la que el contratante empobrecido solo tendría derecho a retirar las mejoras si ello es posible sin detrimento del bien, o a compensarlas con la indemnización de los desperfectos. Por otro lado, estaría la solución que ofrecen los arts. 453, 1518 y 1652 CC, que atribuyen al contratante empobrecido el derecho al abono del incremento del valor que las mejoras hayan producido.

⁶⁴ GARCÍA VICENTE, «Enriquecimiento...», cit., pp. 694 y ss.

extraerse del análisis de los presupuestos de la acción, ni siquiera solamente de un razonamiento dogmático relativo al Derecho de enriquecimiento. Exige, antes bien, reparar en las consideraciones de política jurídica implicadas en este ámbito del Derecho privado –que poco o nada tienen que ver con la equidad- y, en concreto, en los grupos de casos relativos a las relaciones triangulares descritas; y ello, de modo que estas consideraciones guíen con mayor claridad y determinación su solución y, en suma, identifiquen una regla adecuada y coherente con los principios y normas generales del Derecho civil patrimonial español»⁶⁵.

Finalmente, un supuesto triangular distinto es el planteado en la STS 7 febrero 1997 (RJ 1997\685, O'Callaghan Muñoz): la usufructuaria de un inmueble entiende que ha adquirido la nuda propiedad por usucapión, lo enajena y entrega el precio obtenido a su hija como donación. Los titulares de la nuda propiedad ejercitan la acción de enriquecimiento contra la hija. En esta ocasión nos encontramos con un adquirente a título gratuito que recibe aquello que el donante no tenía derecho a disponer, tratándose por tanto de un supuesto de disposición de cosa ajena (en este caso, el derecho de nuda propiedad sobre un inmueble). La posición del adquirente a título gratuito es siempre débil (al menos tan débil como la de su transmitente), por lo que no hay dificultad para dejarle sin aquello que su causante no le pudo transmitir por carecer de la facultad de disposición. La sentencia no se preocupa por buscar alguna analogía para fundamentar la falta de protección del adquirente a título gratuito⁶⁶; entiende que se dan los requisitos de la acción de enriquecimiento injustificado y la concede.

En definitiva, los conflictos triangulares plantean retos complejos en los que hay que conjugar diferentes piezas, como la imposición de un enriquecimiento y la eventual responsabilidad en la medida de la utilidad obtenida, la relatividad de la eficacia de los contratos, la regla *par conditio creditorum*, la falta de protección del adquirente a título gratuito, etc., que merecen ser abordadas con un tratamiento específico que no puede

⁶⁵ VENDRELL, «El enriquecimiento...», cit., pp. 298 a 303.

⁶⁶ Por ejemplo, es doctrina común, dentro del cobro de lo indebido, que el que adquiere a título gratuito del *accipiens* no se encuentra protegido frente a la acción del *solvens*: BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, «Comentario al artículo 1987 del Código civil», en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, 2ª ed., II, p. 1962. BASOZABAL ARRUE, Xabier, «Comentario al artículo 1897 del Código civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 2043. CLEMENTE MEORO, Mario, *El acreedor de dominio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 191 a 193. Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, II, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1995, p. 587. LACRUZ, *Elementos...*, II-3º, cit., p. 617; RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión. (Estudio de los artículos 464 y 1987 del Código civil y 35 de la Ley Hipotecaria)», *Anuario de Derecho Civil*, 2004-III, p. 1051.

quedar satisfecho con la subsidiariedad. Nos han bastado dos ejemplos para apreciar hasta qué punto esta afirmación resulta cierta: 1) La regla contractual –inter partes– sobre la no imposición de enriquecimiento (arts. 487 y 1573 CC), ¿podría verse vulnerada por la acción directa de un tercero relacionado contractualmente con uno de los contratantes? O si se prefiere, ¿son los arts. 1573 y 487 CC causa para adquirir las mejoras impuestas, también frente al contratista que las ha incorporado y no ha cobrado por insolvencia del usufructuario o arrendatario? 2) En la resolución del contrato por la que el vendedor recupera un bien mejorado, cuando quien contrató la mejora con el comprador no ha cobrado de éste, ¿qué normas deberían aplicarse? ¿las normas sobre restitución en las obligaciones condicionales (los arts. 1122 y 1123 CC se entienden aplicables por su cercanía sistemática con el 1124, sobre resolución, pero no parece necesario insistir en que la ubicación sistemática de ésta en sede de obligaciones condicionales es inadecuada) son causa para la adquisición de las mejoras incorporadas a la cosa, o debería el comprador poder exigir compensación por ellas, al menos si hay aprovechamiento por parte del vendedor (como concede, por ejemplo, el texto del Anteproyecto de modernización del Código civil en materia de obligaciones⁶⁷)? El indudable interés y la complejidad que encierran estas preguntas no puede resolverse invocando la subsidiariedad.

Como señala VENDRELL en la cita ofrecida algo más arriba, los conflictos planteados ponen de relieve diferentes opciones de política jurídica, pues las decisiones que se tomen afectarán a cuestiones tan sensibles como la eficacia de los contratos o los principios del derecho concursal. El autor llama la atención, como posible ejemplo de otro modo de enfocar los conflictos de enriquecimiento indirecto, sobre el art. VII.-2:102 DCFR. Sin embargo, recientemente he podido detenerme en los aspectos menos positivos de este precepto y, en general, de la regulación que el DCFR dedica al «enriquecimiento injustificado», por lo que preferiría destacar otro modelo de regulación que aporta mayor sensatez⁶⁸. Me refiero a la reforma proyectada en 1981 para el Derecho alemán de obligaciones por el Prof. Detlef KÖNIG, que también he

⁶⁷ En el párrafo tercero del art. 1203 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Comisión de Codificación (enero de 2009) se propone que el que restituye (como efecto de la resolución del contrato) «tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución. Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquel a quien se restituye».

⁶⁸ BASOZABAL ARRUE, Xabier, «Propuestas unitarias v. propuestas tipológicas en la modernización del Derecho de enriquecimiento: DCFR v. Prof. König», en DEL OLMO, Pedro y BASOZABAL, Xabier (dir.), *Enriquecimiento injustificado en el encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 224 y ss.; «Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado», *InDret*, 2018, pp. 16 a 18.

comentado recientemente⁶⁹. Aunque su propuesta se refiere a los casos triangulares más conflictivos en el contexto del Derecho alemán de su época, es un ejemplo notablemente más imitable sobre cómo debería proponerse una reforma en la materia, tanto del supuesto de hecho como de la consecuencia jurídica: cada supuesto triangular relevante recibe su propio precepto en el que se explicita el supuesto de hecho y se reconoce con claridad quién puede acudir y con qué pretensión frente a quién⁷⁰. Si, como describe VENDRELL, en la actual jurisprudencia española los casos que han provocado conflictos de enriquecimiento indirecto han sido fundamentalmente dos (la subcontratación y la resolución de compraventas con el bien mejorado; aunque podrían sumarse otros, de los que se ha dado noticia más arriba), la regulación debería tenerlos en cuenta y proponer reglas específicas para cada uno (como hace el Código civil español con ciertos conflictos triangulares, como los de los arts. 365 o 1597), sin esperar a que sea la dogmática de los principios generales la que logre deducir soluciones para cada conflicto triangular.

3.5. *El recurso a la analogía*

Finalmente, el último de los escenarios de conflicto es el protagonizado por la posibilidad de acudir a la analogía con los preceptos que reconocen soluciones específicas: parece claro que si el supuesto enjuiciado encaja en alguno o algunos supuestos normativos habrá que aplicar los correspondientes preceptos (bien en concurso de normas a resolver con los principios de jerarquía o especialidad, bien en concurso de pretensiones, acumulativo o alternativo). Lo que nos planteamos ahora es qué ocurre precisamente cuando no se encuentra en el ordenamiento el supuesto de hecho normativo en el que subsumir el supuesto real: ¿queda excluida la restitución? ¿podría acudirse directamente al principio general de enriquecimiento injustificado, tal y como tiende a hacer actualmente la jurisprudencia? ¿sería preferible intentar primero el recurso a la analogía *legis* y, cuando esta no fuera posible, acudir a la analogía *iuris* para construir un principio, o mejor, tantos principios como «tipos» diferentes de conflicto de enriquecimiento injustificado?

3.5.1. Doctrina

Hemos visto que, en materia de mejoras en patrimonio ajeno, CARRASCO observa tres modos de proceder en la jurisprudencia: posible aplicación –directa o analógica– de los preceptos aplicables al caso; exclusión de toda pretensión de restitución, si cabe

⁶⁹ BASOZABAL, «Propuestas unitarias...», cit., pp. 224 y ss.; «Tres modelos...», cit., pp. 16 a 18.

⁷⁰ BASOZABAL, «Propuestas unitarias...», cit., pp. 229 y ss.; «Tres modelos...» cit., pp. 34 a 36.

deducir de las normas existentes que el legislador ha querido limitar los supuestos de reconocimiento de la pretensión a los supuestos normativos; y finalmente, el recurso al principio general de enriquecimiento injustificado. En su reflexión, PASQUAU da a entender que, si el hecho no encaja en algún supuesto normativo específico, queda expedita la posibilidad de acudir al principio general de enriquecimiento injustificado. A su vez, OROZCO plantea diferentes hipótesis y las ordena: después de la aplicación directa de las normas hay que acudir a la analogía *legis* y, si no fuese posible el recurso a esta, a la analogía *iuris*, con la construcción de uno o varios principios a partir de los supuestos normativos y las soluciones legisladas más cercanas. Esta es la explicación clásica en materia de integración del ordenamiento jurídico, por lo que parece lógico partir de ella⁷¹.

Como explica GULLÓN, lo primero que hay que hacer es determinar la existencia de una verdadera laguna, pues no basta el mero silencio del legislador, que podría interpretarse como voluntad de omitir deliberadamente una regulación para otros supuestos distintos a los normativos. Es por tanto «necesario que exista una necesidad de dar respuesta jurídica». Esta necesidad puede deducirse del hecho de que el legislador haya dado una respuesta determinada a un caso semejante: si para el caso regulado se ha querido esa respuesta, puede ser que el otro –el semejante- también la merezca. Claro que «es una tarea difícil apreciar cuándo existe esa semejanza. (...) El elemento de identidad no debe ser uno cualquiera, sino el que el legislador tomó en consideración para establecer determinada norma concerniente a la relación prevista, con la que se quiere parangonar la no considerada», de manera que, si el elemento que lleva a establecer una norma es común a ambos supuestos, los dos merecen la aplicación de esa norma. Esto es lo que quiere decirse con «identidad de razón»⁷².

La analogía permitida en el art. 4.1 CC sería la analogía *legis*, esto es, la que postula aplicar una norma singular al caso no contemplado en ella, procediendo así *de lo*

⁷¹ BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, «Comentario del artículo 4 del Código civil», en ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, I, Madrid, Edersa, 1978, p. 90. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentario del artículo 4 del Código civil», en CAÑIZARES, Ana, DE PABLO, Pedro, ORDUÑA, Javier y VALPUESTA, Rosario (dir.), *Código civil comentado*, I, Cizur Menor, Thomson Reuters Civitas, 2011, pp. 66 y ss. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Comentario del artículo 4 del Código civil», en *Comentario al Código civil*, 2ª ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, 2ª ed., pp. 29 y ss. ROCA TRÍAS, Encarna, «Comentario del artículo 4 del Código civil», en ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, I-1, Madrid, Edersa, 1992, 2ª ed., pp. 583 y ss.

⁷² GULLÓN, «Comentario...» cit., p. 29: «Precisamente porque hay que retornar a los fines de la regulación legal (*ratio iuris*), la analogía es un proceso de pensamiento valorativo y no únicamente una operación lógico-formal». LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994 (traducción de la 4ª ed. alemana, definitiva, de 1980), pp. 374 y 375. Véase también ROCA, «Comentario...», cit., pp. 105 y 106.

particular a lo particular. Siendo la ley la fuente primordial, corresponde aplicarla – también por analogía- antes de acudir a las otras fuentes, esto es, a la costumbre o a los principios generales del Derecho. Por su parte, la llamada analogía *iuris* toma en cuenta no una norma concreta sino un conjunto de ellas que permitan deducir una *ratio* común o principio general que resulte aplicable a los supuestos no regulados; procede, por lo tanto, *de lo particular a lo general, para descender de nuevo a lo particular*. Entraría en juego cuando se necesite construir un principio general, un principio positivizado en normas que lo desarrollan o explicitan, y a partir de las cuales se habría llegado a inducir aquél. La analogía *iuris* implica la aplicación directa de un principio general del Derecho, por lo que el recurso a la misma «no es admisible más que en último extremo, en razón de los postulados de la seguridad jurídica»⁷³.

La secuencia parece teóricamente clara: la analogía *legis* antecede siempre al recurso al principio general (analogía *iuris*). Sin embargo, en la materia que nos ocupa no puede decirse que haya sido ésta la manera habitual de actuar del Tribunal Supremo, para el que resulta más fácil acudir a un principio general y a una acción sumamente flexibles y sin terminar de definir en los detalles, que tener que justificar la «identidad de razón» que permite la aplicación analógica de preceptos concretos a supuestos cercanos.

No existe laguna cuando, por la interpretación que se haga del precepto aplicable, pueda deducirse que el legislador ha querido excluir el derecho a la restitución en cualquier otro supuesto distinto del normativo. Ahora bien, esta es una conclusión a la que es difícil llegar: por ejemplo, si el artículo 361 CC reconoce un derecho de compensación al que edifica de buena fe (con los matices que se han señalado más arriba) y el art. 362 CC niega la compensación al que edifica de mala fe, parece lógico deducir que el que edifica de mala fe no debe poder acudir a un remedio general para obtener compensación, pues ambas soluciones se excluyen: el que edifica de mala fe no puede tener simultáneamente reconocida y denegada la pretensión. La pregunta ahora es qué ocurre con el edificante que, sin estar en el supuesto de hecho del art. 361 CC, tampoco encaja en el supuesto del art. 362 CC. No ser subsumible en el 361 no «empuja» a serlo en el 362, porque no se trata de las dos únicas posibles hipótesis de construcción en suelo ajeno, luego las soluciones propuestas por ambos no pueden interpretarse como recíprocamente excluidas, como ocurría en el razonamiento anterior (ante un mismo supuesto, se concede o no se concede la acción)⁷⁴.

⁷³ GULLÓN, «Comentario...» cit., pp. 29 y 30.

⁷⁴ El argumento *a contrario* es aceptable cuando la consecuencia C se haya querido *solo si* se cumple el supuesto A, de manera que en ningún otro caso –aunque sea similar a A- pueda plantearse la oportunidad de recibir la consecuencia C. Claro que demostrar que se ha querido ese «solo si» no es tarea fácil. LARENZ lo expresa así (*Metodología...*, cit., pp. 383-384): En el argumento *a contrario*,

Ciertamente, la interpretación de un precepto podría concluir que se ha querido excluir la pretensión de restitución en todos los supuestos distintos al normativo, pero para ello es necesario interpretar y concluir fundadamente que esos otros supuestos fueron tenidos en cuenta al dictar la norma y se decidió no concederles protección. No es fácil llegar a esa conclusión y, desde luego, en el caso planteado no se dan las condiciones para hacerlo. Durante años, la jurisprudencia ha hecho referencia a esta cuestión (la posibilidad de que el precepto legal excluya la pretensión general de enriquecimiento) enumerando entre los requisitos de la pretensión de enriquecimiento injustificado uno de carácter negativo: la *inexistencia de un precepto que excluya la pretensión*, lo que se entiende mejor que el recurso a la subsidiariedad⁷⁵. En cualquier caso, debería hacerse un esfuerzo por usar el argumento *a contrario* solo en el contexto de un juicio disyuntivo (ante un mismo supuesto, solo hay dos posibles respuestas y se excluye una)⁷⁶.

«precisamente porque la ley ha enlazado la consecuencia jurídica C (solo) al supuesto de hecho A, aquélla no vale para otros supuestos de hecho, aunque parezcan similares a A. Es obvio que este argumento está únicamente justificado cuando la regla legal contiene expresamente, o al menos según el sentido, la palabra «solo», puesta aquí entre paréntesis; es decir, si el legislador quiso claramente restringir la consecuencia jurídica C precisamente al supuesto de hecho A o así se desprende de manera obligada según la teleología de la ley. Para averiguar cuándo ocurre esto se ha de estar, en primer lugar, a la interpretación de la norma. No puede tratarse de una simple suposición; si la norma no se ha de entender en el sentido de que la consecuencia jurídica solo debe sobrevenir en los casos previstos en ella, el argumento *a contrario* es lógicamente defectuoso, como ha demostrado U. KLUG. Pero, si se acepta como bien aplicado el argumento *a contrario*, entonces se excluye, por regla general, no sólo la analogía, sino la existencia de una laguna legal. Pues las más de las veces no existe laguna de aquella norma que se opondría a la norma dada, o que se opondría a la teleología de la ley» (traducción libremente modificada por el autor).

⁷⁵ SSTS 19 mayo 1993 (RJ 1993\3803, Marina Martínez-Pardo); 4 junio 1993 (RJ 1993\5261, Morales Morales); 25 septiembre 1997 (RJ 1997\6440, Sierra Gil de la Cuesta); 15 diciembre 2005 (RJ 2006\1223, Ferrándiz Gabriel). Con posterioridad a esta fecha no he vuelto a encontrarme con la expresión (aunque no he realizado una búsqueda exhaustiva). Con excepción de la última sentencia mencionada, coinciden con el periodo en el que se sucedieron las sentencias del Tribunal Supremo que más claramente se pronunciaron en contra del requisito de subsidiariedad: SSTS 19 mayo 1993 (RJ 1993\3803, Marina Martínez-Pardo); 20 mayo 1993 (RJ 1993\3809, Villagómez Rodil); 14 diciembre 1994 (RJ 1994\10111, Morales Morales); 8 junio 1995 (RJ 1995\4908, Villagómez Rodil); 5 mayo 1996 (RJ 1997\3672, Villagómez Rodil).

⁷⁶ LACRUZ, en *Elementos de Derecho civil*, I-1, *Parte general del Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1988, pp. 299 y 300, entiende que «el argumento *a contrario*, pues, para ser lógicamente concluyente, exige que la regla restrinja la consecuencia a los casos enunciados en ella (presupuesto *necesario*): tal restricción no será siempre expresa, pero habrá de demostrarse: por ejemplo, por el carácter sancionador de la regla en cuestión, o por establecer una excepción a principios más generales, etc.»

3.5.2. Jurisprudencia

a) *Referencias explícitas*

No son muchos los casos en los que la jurisprudencia se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de acudir a la analogía como recurso distinto a la aplicación de un principio general.

- En la STS 15 noviembre 1990 (RJ 1990\8712, López Vilas), la finca del actor había sido subastada sin tener en cuenta la edificación elevada sobre ella, de manera que el adjudicatario adquirió en la subasta la finca e hizo suya la edificación por accesión sin haber pagado por ella. El Tribunal Supremo induce una *ratio* común –según el modo propio de la analogía *iuris*- a partir de diferentes preceptos que tratan del poseedor de buena fe en sede de posesión y accesión, y concluye que, en aplicación del principio general de enriquecimiento injustificado, no puede dejarse al dueño de la edificación sin una compensación. La reivindicatoria resultaba inviable pues el tercer adquirente de la finca estaba protegido en su adquisición, lo que obligaba «a una liquidación de la situación posesoria de la actora y adquirente inicial respecto del bien discutido y su sucesivo adquirente y poseedor», a quien se considera de buena fe:

“Y llegados a este punto conviene recordar que así como la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1) y en materia de contratación (art. 1258) aparece configurada por el legislador en el Código Civil con la generalidad propia de un principio que actúa o debe actuar como modelo de conducta o como referencia para extender la responsabilidad contractual a las derivaciones de lo expresamente pactado, la buena fe en la posesión aparece en cambio más definida, precisada y pormenorizada en nuestro Código (art. 433, 435, 1950...), funcionando dicha buena fe posesoria como hecho generador de determinados y concretos derechos, como la atribución de frutos (art. 451), el abono de los gastos necesarios y los útiles con el derecho de retención (art. 453), el de los de lujo y recreo con el «ius tollendi» (art. 454), la no responsabilidad por la pérdida o deterioro de la cosa, salvo el caso del dolo (art. 457), la adquisición «a non domino» de los bienes muebles (art. 464) etc.; consideraciones a las que debe añadir otras relativas a hipotecas y accesión, según las cuales resulta que los artículos 108 y siguientes de la Ley Hipotecaria regulan la extensión de la hipoteca y no la extienden a los edificios que se levantan sobre la finca gravada, o como los artículos relativos a la accesión de inmuebles contenidos en el Código civil (arts. 358 y siguientes) permiten atribuir al que edifica, siembra o planta de buena fe en terreno ajeno el derecho a ser compensado (art. 361 y concordantes), por lo que con mayor razón habrá de reconocerse tal derecho a quien construye convencida de ser propietaria aunque lo sea en virtud de título que ha decaído en aras de la seguridad jurídica sancionadora y proporcionada por el fundamental art. 34 L.H. al tercero de buena fe».

Esto le lleva a reconocer que se dan los requisitos del principio de interdicción del enriquecimiento injusto y, estimando el recurso, condena a pagar «la diferencia entre

el precio de adjudicación a dicha entidad y el valor real de la finca en dicha fecha como consecuencia de la edificación construida no tenida en cuenta al valorar aquélla». El valor del enriquecimiento se mide de manera objetiva (valor de mercado) y sin analogía con los arts. 361 y 453 CC, que establecen otros parámetros de valoración: la posibilidad de elegir entre «el importe de los gastos» y «el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa»; tampoco se menciona la doctrina del «doble límite» que, por ejemplo, aplicaba la primera sentencia comentada, de 25 noviembre 1985. La analogía parece limitarse a la necesidad de conceder una compensación, pues el alcance de la responsabilidad no se inspira en los preceptos sobre enriquecimiento impuesto mencionados; más bien, parece que se ha medido el daño sufrido por el demandante (lo que costaba la edificación en el momento en el que se ejecuta la finca), en lugar de medir el enriquecimiento experimentado por el demandado. La sentencia hace uso de la analogía *iuris* para remontarse a un principio general con el que solucionar el caso, pero no tiene en cuenta los pormenores de los preceptos que le han servido de parámetro, especialmente en su consecuencia jurídica.

- La STS 4 junio 1993 (RJ 1993\5261, Morales Morales) excluye la posibilidad de acudir a la analogía *legis* en un caso similar, lo que deja libre la vía para la aplicación del principio general. El supuesto es básicamente el mismo: en la subasta de un inmueble no se tuvo en cuenta, para la fijación del tipo, la existencia de una edificación sobre el mismo, de manera que el adjudicatario adquirió el suelo y, por accesión, el edificio, sin pagar nada por éste. Interesa especialmente el motivo segundo del recurso, pues se denuncia infracción del art. 4.1 CC –sobre analogía–, por no haber aplicado la Sala de apelación el artículo 361 CC por analogía para resolver el supuesto litigioso. La respuesta del Tribunal Supremo es que el motivo no puede estimarse, porque

«La aplicación analógica de un precepto a un supuesto de hecho no regulado en el mismo (analogía «legis»), requiere inexcusablemente que entre éste (el no regulado) y aquel que contempla la norma exista una « semejanza » o « identidad de razón » (« ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio »), semejanza o identidad de razón que, ni siquiera de manera remota, existe entre los supuestos de hecho que contemplan las normas reguladoras de la llamada accesión industrial inmobiliaria (arts. 360 a 365 del Código Civil), que presuponen una disparidad de personas entre el edificante dueño del terreno y el dueño de los materiales empleados por aquél (art. 360) o entre el dueño del terreno y el que edifica en el mismo –con materiales propios o pertenecientes a un tercero– (arts. 361 a 365), y el supuesto litigioso aquí contemplado, en el que la casa fue construida por el propio dueño del terreno con materiales propios, sin que el hecho de que en un procedimiento judicial de apremio se saque a pública subasta solamente el solar o terreno y no la casa que se halla construida sobre el mismo (...) pueda justificar la aplicación analógica de unos preceptos que, como acaba de decirse, contemplan y regulan unos supuestos de hecho que ni siquiera remotamente tienen « semejanza » o « identidad de razón » algunas con el que es objeto del presente litigio».

A continuación, la sentencia aprecia que concurren los requisitos de viabilidad de la doctrina del enriquecimiento injustificado. Ciertamente, resulta llamativa la facilidad con que se excluye la analogía *legis* a la vez que se acepta la admisibilidad del principio general, pues quien se asome a cualquier comentario al art. 361 CC encontrará sin dificultad la idea de que la *ratio* del precepto es precisamente impedir el enriquecimiento injustificado del propietario del suelo; y si es precisamente eso lo que se trata de impedir en el caso, ¿qué impide que se aprecie la «identidad de razón» entre ambos supuestos, el efectivo-real y el hipotético-normativo, si lo que ambos demandan es la compensación por un enriquecimiento injustificado? El Tribunal Supremo rechaza la identidad por la semejanza de los supuestos de hecho, pero la semejanza que hace merecer la misma *ratio* puede estar también en que ambos planteen, en lo esencial, el mismo conflicto de intereses⁷⁷; quizá dos supuestos distintos, uno regulado y otro no, presenten el mismo conflicto y merezcan razonablemente la misma solución, lo que podría constituir la identidad de razón que justifica la analogía. GULLÓN habla de que para determinar la «identidad de razón» hay que atender al elemento o elementos que llevan a establecer una determinada norma, de manera que si ese elemento es común a ambos supuestos, los hace merecedores del mismo tratamiento⁷⁸. Por definición, entre el supuesto de hecho legal hipotético y el real concreto existen diferencias que hacen que éste no pueda subsumirse en aquél, luego no parece adecuado negar –de entrada– la analogía *legis* por mera disimilitud. Lo más relevante es si el motivo principal («la razón suficiente de la disposición misma»

⁷⁷ LACRUZ, *Elementos...*, I-1, cit., p. 294.

⁷⁸ GULLÓN, «Comentario...» cit., p. 29. DE PABLO, «Comentario...» cit., p. 68: con cita de numerosas sentencias, el autor recoge las siguientes expresiones jurisprudenciales: «la *ratio legis* de la norma, o elemento de identidad, debe ser el que el legislador tomó en consideración para establecer la relación prevista, que es lo que se quiere parangonar con la situación no considerada»; ha de haber una «similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados». También cita la STC 148/1988, de 14 de julio (RTC 1988, 148), en la que puede apreciarse un cierto recelo frente al uso de la analogía (*legis*), por lo que «ha de exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica», el «mayor rigor y cuidadoso empleo». DE PABLO concluye que «cuando resulte imposible el recurso a la analogía (*legis*), si efectivamente existe una laguna en el *Derecho decidido* y no la cubre una norma consuetudinaria, será inevitable el recurso a los principios generales como fuente, en los que se inserta lo que se conoce como analogía *iuris*, esto es, que la norma a integrar forma «parte de un conjunto de preceptos de los que se extrae, por inducción, su principio inspirador y se aplica al caso no regulado» (STS 12 septiembre 2005, RJ 2005\7148)». Es significativo que en este caso no se nos prevenga del riesgo de inseguridad, como si la inducción de un principio a partir de varios preceptos fuese una operación más sencilla que el recurso a la analogía *legis*. Entre nosotros es más común el recelo hacia el uso de la analogía (*legis*) que hacia el uso de los principios generales (analogía *iuris*).

dice LACRUZ⁷⁹) por el que el caso regulado se resuelve del modo en que se hace (*ratio legis*) es el mismo motivo por el que el caso no regulado merecería el mismo trato.

También puede ocurrir que el hecho de que uno se haya previsto y el otro no se interprete en el sentido de que se ha querido excluir el derecho de compensación fuera del supuesto normativo pero, como se ha explicado, hay muchos preceptos –los arts. 361 y 362 CC nos brindaban un ejemplo– que no permiten una argumentación *a contrario* de ese tenor; además, la sentencia es ajena por completo a ese pensamiento, pues no tiene inconveniente en conceder la compensación acudiendo al principio general de enriquecimiento injustificado.

- La STS 19 julio 2012 (RJ 2012\10118, Orduña Moreno) es de estudio obligado por varios motivos pues, como se ha mencionado, es la pionera en intentar una formulación actualizada de la subsidiariedad, mas en lo que ahora atañe más directamente, resuelve el caso (en un escenario de crisis matrimonial) con la aplicación analógica de los arts. 1359 y 1360 CC. No se concede la acción de enriquecimiento porque la actora debió acudir a preceptos específicos que eran aplicables por analogía *legis* y con los que no hubiera obtenido compensación: Don Sergio y su mujer, Doña Antonia, habían optado por el régimen económico matrimonial de separación de bienes (conforme a los arts. 3 y 4 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares) y habían vivido de conformidad con su lógica patrimonial. D. Sergio era titular de varios inmuebles en la localidad de Sineu, que a su muerte heredaron sus sobrinos. D^a Antonia demandó para que se le reconociera el dominio de dichos inmuebles y, si no fuera posible, para que se le entregara su valor, por enriquecimiento injustificado, alegando como causa para la adquisición de dichos inmuebles la existencia de un patrimonio común o privativo de ella, por el trabajo aportado al «negocio familiar», negocio privativo de D. Sergio. Sin embargo, no se pudo probar que al adquirir los inmuebles mencionados D. Sergio hubiese pagado su precio con dinero procedente del patrimonio de D^a Antonia. Frente a la acción de enriquecimiento injustificado, invocada subsidiariamente por la demandante y recurrente, la sentencia razona que no resiste el «test» de la subsidiariedad, puesto que «la pretendida pretensión indemnizatoria del trabajo aportado por la recurrente al «negocio familiar», que en todo caso lo fue respecto de un bien privativo del otro cónyuge, tiene un cauce específico y preferente de aplicación a dilucidar autónomamente en el curso de la pertinente liquidación del régimen conyugal, por aplicación analógica de los artículos 1359 y 1360 CC». Además, las instancias consideraron acreditado «que dicha contribución al «negocio familiar», o al «ahorro de ambos cónyuges», resultó ya compensada con la titularidad compartida,

⁷⁹ LACRUZ, *Elementos...*, I-1º, cit., p. 294.

a partes iguales, respecto de determinadas cuentas y productos bancarios, así como de la casa y solar de Son Serra de Marina». Los preceptos mencionados se prevén para el régimen de gananciales, pero sirven también como *ratio* para decidir cómo debe «computarse» la actividad de un cónyuge que tenga como consecuencia el aumento de valor de bienes privativos del otro cónyuge, luego no podían ignorarse. En cualquier caso, el trabajo de la demandante ya se había tenido en cuenta al liquidar el patrimonio común; y la aplicación analógica de las normas previstas *ad hoc* para el supuesto impedía el recurso al principio general.

b) Ejemplos de confusión

- En la STS 13 octubre 1995 (RJ 1995\7080, Burgos Pérez de Andrade), los compradores incumplen el pago del precio aplazado y se ven obligados a restituir un inmueble en el que habían invertido más de lo que les costó comprarlo. Los vendedores recuperan un bien mejorado y vuelven a venderlo por el doble del precio inicial. Los compradores (del primer contrato) demandan a los vendedores para que les compensen por las mejoras útiles introducidas en el inmueble. El TS reprocha a la sentencia recurrida el haber aplicado preceptos de la liquidación del estado posesorio cuando existían normas específicas para los efectos de la resolución de un contrato por incumplimiento de lo pactado, refiriéndose a los arts. 1123.2º, 1122.6º y 487 CC; pero cuando todo parecía indicar que éstas eran las normas específicas que debían aplicarse, la sentencia requiebra con que «con esos antecedentes (entidad de las obras y posterior venta del bien) no es posible entender que no se dan los requisitos que jurisprudencialmente se exigen para la procedencia del enriquecimiento sin causa», y termina por conceder una compensación cuando parecía haber justificado que no había derecho a ella. Es cierto que poco más adelante se intenta justificar la decisión explicando que se llega al mismo resultado con la aplicación del art. 488 CC (algo bien discutible) pero, en todo caso, resulta un ejemplo de contradicción en el razonamiento jurídico⁸⁰.

- En la STS 30 diciembre 2015 (RJ 2015\5897, Seijas Quintana), una promotora (sociedad limitada de socio único) contrató con una constructora ciertas edificaciones que se levantaron sobre suelo perteneciente a los padres del socio; la sociedad impaga y el contratista demanda por incumplimiento contra la sociedad y contra los padres del

⁸⁰ BASOZABAL ARRUE, Xabier, «En diálogo con el Tribunal Supremo sobre la «*condictio* de inversión»», en DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, I, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 507: «Probablemente una contradicción tan patente solo sea comprensible si se piensa que el valor de las mejoras superaba el del bien, y que éste, una vez en manos del vendedor, se había vuelto a enajenar por el doble del precio originario. No es que la solución final cause sorpresa, lo que ocurre es que la argumentación es contradictoria».

socio único por enriquecimiento injustificado, ya que terminan haciéndose propietarios de lo edificado por accesión sin pagar por ello. La sentencia entiende que se dan los requisitos de la pretensión y condena a pagar *el importe de la deuda*. Se nos aclara que no hay motivo para levantar el velo a la situación patrimonial protagonizada por los padres y el hijo/socio único (hay un verdadero supuesto triangular), y se admite que la deuda de los padres (propietarios del suelo) es esencialmente distinta que la de la sociedad contratante, pero finalmente se trata a los padres (que reciben un enriquecimiento impuesto) como si fueran deudores subsidiarios de la deuda del hijo, y esto es algo que solo se entiende desde un sentido de equidad difuso y discutible, no desde la aplicación de los principios de relatividad del contrato, protección del enriquecimiento impuesto, etc., ni de las herramientas adecuadas para valorar esa equidad conforme a patrones doctrinalmente elaborados: las doctrinas del levantamiento del velo, fraude de ley, etc.

c) Consideraciones generales

Es significativo que algunas sentencias consideren que en su caso la solución sería la misma tanto si se elige la analogía con el precepto más cercano, como si se recurre al principio general, evitando pronunciarse sobre el orden entre ellas con el argumento de que el resultado práctico sería el mismo⁸¹. Si fuera cierto, y teniendo en cuenta que

⁸¹ Hemos comprobado que, al menos en dos de las sentencias comentadas, el Tribunal Supremo elude tener que pronunciarse sobre la opción entre acudir a la analogía *legis* o al principio general (analogía *iuris*) con el argumento de que ambos caminos llevan a la misma meta. En la STS 25 noviembre 1985 (RJ 1985\5898, Serena Velloso), ya comentada, el Tribunal Supremo afirma que la aplicación del principio del enriquecimiento injusto y la doctrina del «doble límite» obtienen el mismo resultado al que se llegaría con la aplicación de los arts. 361 y 453 CC, aplicados por analogía. No aclara en qué casos debe aplicarse la doctrina del «doble límite», ni si es precisamente la analogía con los mencionados preceptos la que avala una solución propia de «enriquecimientos impuestos». En la STS 15 noviembre 1990 (RJ 1990\8712, López Vilas) se trataba de un enriquecimiento obtenido en un procedimiento de ejecución hipotecaria: la finca hipotecada se subasta sin tener en cuenta que el propietario ejecutado –que no había inscrito– había edificado. Se enumeran las consecuencias beneficiosas que el Código civil reconoce al poseedor de buena fe en materia de posesión y accesión, y se concluye que «con mayor razón habrá de reconocerse tal derecho [de compensación] a quien construye convencida de ser la propietaria, aunque lo sea en virtud de título que ha decaído en aras de la seguridad jurídica». Todo parecía indicar que la resolución del caso recurriría a la aplicación analógica del art. 361 CC, o quizá al principio de enriquecimiento injustificado (con la doctrina del «doble límite», como en la sentencia anterior), pero finalmente no se hace referencia ni a una ni a otra y se concede «la diferencia entre el precio de adjudicación a la demandada y el valor real de la finca en dicha fecha como consecuencia de la edificación construida no tenida en cuenta al valorar aquélla», como se había solicitado en la demanda. «De este modo, elude la solución prevista por el Código para encontrar el difícil equilibrio planteado por los conflictos de enriquecimiento impuesto en el artículo 361 (conceder al enriquecido la posibilidad de optar por restituir la mejora como gasto o como utilidad, o de renunciar la cosa a cambio del precio del terreno), y se le obliga a pagar una cantidad que no sólo tiene en cuenta la edificación (la mejora), sino también el valor real del terreno en el momento en que enajenó, lo que resulta de especial relevancia en

en la actualidad la jurisprudencia tiende a aplicar el principio general frente el recurso a la analogía *legis*, ¿qué podría aportar el recurso a la analogía? Imaginemos el supuesto de una edificación realizada en suelo propio que finalmente se ha de entregar a otro, de manera que éste se hace con el edificio por accesión sin pagar por él. El supuesto no encaja la literalidad del art. 361 CC: ¿Qué hacer? ¿Es lo mismo acudir al precepto por analogía *legis* que al principio general de enriquecimiento injustificado?

Comencemos por el precepto. El art. 361 CC cuenta con una consecuencia jurídica bien definida en la norma, que pondera un conflicto de intereses complejo, en el que procuran equilibrarse los intereses contrapuestos de los afectados, el constructor de buena fe y el dueño del terreno en el que aquél hubiere construido: «El dueño del terreno en el que se edifique, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente». Por el contrario, cuando la jurisprudencia aplica el principio general no suele determinar con detalle el alcance de la responsabilidad por «enriquecimiento injustificado». Es fácil encontrar soluciones dispares: algunas sentencias aplican la doctrina del «doble límite», aunque no es posible prever cuándo ocurrirá; otras aplican por analogía los arts. 361 y 453 CC; otras indican que procede compensar, pero no determinan la medida de la responsabilidad, o no explican el motivo por el que se elige una medida determinada, etc. En este contexto no parece arriesgado afirmar que el recurso a la analogía (que obliga a respetar la consecuencia jurídica prevista en la norma) reduce notablemente la dosis de incertidumbre. Es cierto que la recta aplicación del método analógico debe justificar la «identidad de razón» entre el supuesto contemplado en la norma y el supuesto real no subsumible en ésta. Pero parece razonable afirmar que el control de la «identidad de razón» entre el supuesto real y el supuesto legal hipotético es más transparente que el control en el uso de un principio general especialmente flexible y difuso en sus contornos. Por ello, tampoco puede sorprender que la jurisprudencia lo prefiera como remedio; la tentación de usar la acción de enriquecimiento injustificado como un instrumento de equidad es una constante que ha acompañado siempre a ésta.

En todo caso, parece claro que cuando el Tribunal Supremo aplica el principio general no se plantea la necesidad de armonizar su contenido (nada claro, por otra parte, sobre todo en relación con el alcance de la responsabilidad) con el de los preceptos que, en su caso, hubieran sido aplicados por analogía o, si se prefiere, con los preceptos en los que se ha debido inspirar el principio general (analogía *iuris*). Esto es, cuando se piensa

un caso en el que la finca había sido adjudicada en tercera subasta y sin sujeción a tipo» (BASOZABAL, «En diálogo...», cit., p. 506).

en la construcción de un principio general, no suele partirse de la necesidad de distinguir un principio para los casos de «enriquecimiento impuesto» que se inspire en los preceptos que lo tratan, otro principio para los «enriquecimientos por intromisión» que haga lo propio con los preceptos que se encargan de intromisiones, etc.; más bien, continúa vigente el espejismo de que la materia tratada permite recurrir a un principio general único como solución adecuada. Con lo que se ha ido aportado al Derecho de enriquecimiento español desde la propuesta metodológica que hiciera DÍEZ-PICAZO, parece llegado el momento de aceptar que en materia de enriquecimiento injustificado no existe un principio general único y apto para resolver todos los conflictos atípicos. Éstos son lo suficientemente distintos como para que no resulte razonable pretender resolverlos mediante una fórmula única o común⁸².

En la tarea de aplicar el principio general de enriquecimiento injustificado, la jurisprudencia española no ha desarrollado una doctrina o, al menos, unas pautas sobre el modo de determinar el alcance de la pretensión (más allá de la mención esporádica a la doctrina del “doble límite” que, como se ha visto, asoma de vez en cuando en alguna sentencia), en parte porque resulta verdaderamente difícil encontrar reglas que sirvan para todos los supuestos de enriquecimiento injustificado (sean por prestación, intromisión o mejora), en parte porque las sentencias que mencionan las diferentes *condictiones* no se han servido de éstas para distinguir diferentes consecuencias jurídicas a partir del grupo de preceptos que resuelven cierto conflicto típico conforme a una misma *ratio* (si es que de ellos puede inducirse tal principio mediante un procedimiento de analogía *iuris*). Esta perspectiva hubiera aclarado, por ejemplo, en qué casos resulta razonable reconocer la doctrina del “doble límite”. Pero ¿es realmente necesario pensar desde los diferentes «tipos» de enriquecimiento injustificado? ¿no supone esto una complejidad desproporcionada?

d) *Un caso concreto: ejecución hipotecaria del suelo sin tener en cuenta la edificación*

Hay un supuesto de hecho que se repite con cierta frecuencia ante nuestros tribunales y al que ya se ha prestado cierta atención, que ha generado una jurisprudencia de la que puede sacarse más de una enseñanza. Me refiero a las sentencias sobre ejecuciones hipotecarias en las que se subastan fincas registradas e hipotecadas como no edificadas, cuando con posterioridad se ha edificado sobre ellas y los adjudicatarios del suelo (que es lo único que se tasa y enajena) adquieren por accesión lo edificado sin haber pagado por ello. El supuesto aparece con cierta reiteración, por lo que nos

⁸² Sobre este lugar común del Derecho de enriquecimiento injustificado, véase BASOZABAL, «Propuestas unitarias...», cit., pp. 219 y ss.; «Tres modelos...», cit., pp. 1 y ss.

servirá para analizar cómo trata la jurisprudencia un supuesto que ha llegado a alcanzar cierta tipicidad en el foro. Se trata de una «disposición (eficaz) de cosa ajena» que el adjudicatario del bien subastado hace suya por accesión; desde la perspectiva de éste, se trata de un enriquecimiento impuesto. Las respuestas jurisprudenciales para el caso –el supuesto de hecho suele ser muy similar– han sido variadas, aunque la más habitual es el recurso a la acción general de enriquecimiento injustificado para conceder un derecho de compensación por el valor de la edificación al momento de subastar el suelo. Lo cierto es que no existe una polémica sobre si debería acudir a los preceptos más cercanos por analogía o al principio general. Desde luego, si se tratara de caminos diferentes para alcanzar la misma meta (el mismo alcance de la responsabilidad, prescripción de la acción, etc.), en buena medida el problema metodológico que aquí se plantea sería superfluo. Pero la diferencia resulta patente cuando se constata, como se ha señalado en páginas anteriores, que los preceptos se encuentran mucho más determinados que un principio general que se comporta de manera flexible e inesperada, y en esa medida otorgan un grado netamente superior de seguridad. En cualquier caso, se trata de una buena oportunidad para comprobar si la existencia de un supuesto «típico» de conflicto ha ayudado a elaborar un cuerpo de doctrina razonablemente predecible o si, más bien, la jurisprudencia se ha limitado a facilitar soluciones de equidad sin mayor empeño por lograr unas reglas de funcionamiento claras y una coherencia con el resto del ordenamiento jurídico. Veamos ese conjunto de sentencias (sin afán de exhaustividad):

- En la ya comentada STS 15 noviembre 1990 (RJ 1990\8712, López Vilas) se procede a una adecuada «liquidación posesoria» mediante la doctrina del enriquecimiento injusto y se condena a pagar «la diferencia entre el precio de adjudicación a dicha entidad y el valor real de la finca en dicha fecha como consecuencia de la edificación construida no tenida en cuenta al valorar aquélla». Como indicábamos en su lugar, el alcance de la responsabilidad no se inspira en los preceptos sobre enriquecimiento impuesto que se dicen aplicar por analogía; más bien parece que se ha medido el daño sufrido por el demandante: lo que valía la finca con la edificación, descontado el precio por el que se adjudicó la finca (solución que sin duda *corrige* en buena medida lo *injusto* que pudo ser el precio de adjudicación).

- La STS 4 junio 1993 (RJ 1993\5261, Morales Morales) considera inaplicable la analogía con los preceptos de la accesión, aplica la doctrina del enriquecimiento injustificado por considerar que se cumplen sus requisitos de viabilidad (la cesionaria del remate pagó solamente el precio correspondiente al terreno y, por ese mismo precio, había adquirido también la casa que se hallaba construida en el mismo) y condena a pagar al actor «el valor de la casa construida en la parcela o porción de terreno objeto de este

litigio, cuyo valor será el que dicha casa (sin incluir el solar de la misma) tenía el día en que se llevó a efecto la tasación pericial en el juicio ejecutivo, habiendo de ser valorada dicha casa en las mismas condiciones en que se hallaba el referido día».

- La STS 23 octubre 2003 (RJ 2003\7764, Auger Liñán) trataba igualmente de la adquisición por remate en pública subasta de una nave no embargada ni tasada junto a la parcela sobre la que estaba construida, que había sido subastada: «en el presente caso la atribución de propiedad de la nave no tiene causa alguna y el enriquecimiento injusto se ha producido (...), toda vez que la nave en cuestión no está embargada con la parcela, ni tasada a objeto de la subasta, en la que en virtud de la cesión de remate adquirió la propiedad la demandada». Aclara que «la teoría del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o acción culpable de ningún género, ni conducta ilícita por parte del enriquecido, sino simplemente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, es decir, sin causa y sin derecho, lo cual es compatible con la buena fe». Finalmente, se condena al pago de una cantidad determinada, sin explicar a qué medida o parámetro corresponde, esto es, si se trata del valor de la nave en el momento de la ejecución (lo que parece más probable) u otra medida.

- Conoce de un supuesto similar a los anteriores la STS 18 noviembre 2005 (RJ 2005\7733, Corbal Fernández), para la que «concurren los requisitos para la aplicación del enriquecimiento injustificado o sin causa», doctrina que «ha sido aplicada por este Tribunal a supuestos similares». Finalmente se condena a pagar cifra determinada, que coincide con lo solicitado en la demanda y corresponde al valor de lo edificado, en este caso un chalé.

- En la secuencia de sentencias que se está comentando resulta peculiar la de 29 octubre 2007 (RJ 2007\8641, Salas Carceller), pues es prácticamente la única que, a partir del mismo supuesto de hecho, niega la acción de enriquecimiento y cualquier derecho de compensación. El razonamiento es el siguiente: «Por otro lado, la doctrina del enriquecimiento injusto resulta inaplicable a supuestos como el presente en que, adjudicada una finca en subasta judicial como rústica, resulta ser urbana y contener una edificación pues, como tiene declarado esta Sala, *tal doctrina no es de aplicación cuando el enriquecimiento es impuesto al enriquecido* (sentencias de 1 marzo 2000 y 3 marzo 2003) y nadie se enriquece injustamente cuando procede en virtud de un contrato que no ha sido anulado o de una sentencia, y lo mismo cabe decir respecto de un proceso de ejecución que no se ha anulado, por obvias razones de semejanza». No hay manera de saber si en este caso el Tribunal Supremo tuvo por probado que la edificación no aprovechaba de ningún modo a la adjudicataria, pero ocurre que, al usar

como *ratio* del fallo el hecho de tratarse de un enriquecimiento impuesto al adquirente, dice algo que podía haberse apreciado en cualquiera de las anteriores sentencias, todas ellas con fallos en sentido contrario. A su favor menciona dos sentencias que se han convertido en «cita obligada» para la jurisprudencia que niega la acción en casos de enriquecimiento impuesto, sentencias que se refieren a supuestos diferentes al aquí enjuiciado por mediar un contrato de arrendamiento entre los implicados y a las que ya hemos hecho referencia.

- La STS 17 diciembre 2007 (RJ 2007\8937, Gullón Ballesteros) cita algunas de las anteriores para concluir que «cuando es sacado a subasta, previa tasación, únicamente la parcela, al incorporar el rematante y, en su caso el cesionario, el chalet existente sobre ella, no incluido en el precio pagado, se ha dado lugar a un incremento patrimonial a costa de su propietario, sin causa que justifique la desproporción económica producida», y se respeta la decisión de instancia de hacer pagar a la cesionaria la totalidad del valor del chalé.

- La STS 7 diciembre 2011 (RJ 2012\31, Marín Castán) merece una atención especial. En este caso el procedimiento ejecutivo adjudicó a una sociedad mercantil un terreno (único bien hipotecado) sobre el que se encontraban edificados unos apartamentos, que ésta hizo suyos por accesión y explotó turísticamente. La demanda, presentada muchos años después por quien decía haber sido ilegítimamente privado de la posesión de los apartamentos, solicitaba el pago de su valor y el del rendimiento de su explotación económica durante los años que habían transcurrido. La Audiencia Provincial concedió la acción de enriquecimiento injustificado y el demandado recurrió alegando que la sentencia de instancia había infringido la doctrina jurisprudencial sobre la subsidiariedad de la acción, porque el demandante pudo haber acudido a otras acciones específicas como la reivindicatoria (art. 348 CC), la acción de nulidad de las actuaciones del procedimiento judicial hipotecario (art. 132 LH en la redacción vigente entonces), las acciones de cancelación y modificación registral del art. 38 LH o las acciones sobre accesiones no objeto de la hipoteca del art. 113 LH. La Audiencia consideró que esas acciones no eran «susceptibles de ser ejercitadas con mínimas posibilidades de éxito», y como en el momento de interponerse la demanda «eran improsperables», la única posibilidad que le quedaba al actor era el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto, a pesar del retraso llamativo en ejercitarla, algo que la propia sentencia de apelación relacionó con el hecho de que el único beneficiario de su ejercicio hubiera sido el banco titular de la garantía hipotecaria y no el demandante. El Tribunal Supremo estima el recurso por entender que la Audiencia ha infringido la doctrina de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento. Le parece que no se podía afirmar que la reivindicatoria no tuviese posibilidades de éxito y, sobre todo,

considera que la «clave de la cuestión» está en que el demandante no había ejercitado antes su pretensión porque el beneficiado por ello hubiese sido su acreedor, de donde deduce que «puede que haya existido un enriquecimiento sin causa del demandado, pero este enriquecimiento no puede justificar que, a su vez, el demandante-recurrido se aproveche de su propia pasividad para enriquecerse sin causa a costa de su acreedor hipotecario, al que debía en el momento de promover este la ejecución judicial hipotecaria más de 60 millones de pesetas, lo que significa, en realidad, que además de faltar el requisito de la subsidiariedad de la acción por enriquecimiento falta el requisito de fondo del correlativo empobrecimiento del demandante-recurrido».

Me parece una muestra ejemplar de lo que no debería hacerse con la subsidiariedad. El propio Tribunal Supremo reconoce que se trata de un enriquecimiento injustificado; pero también juzga la conducta del demandante (a cuya costa se obtiene el enriquecimiento) conforme a parámetros de equidad que no hace explícitos y con los que concluye que no merece protección: si no ejercitó antes la acción para no beneficiar a su acreedor no podrá ejercitarla ahora (aunque no haya prescrito). Para vestir este razonamiento, que incorpora un desvalor de conducta sin utilizar alguna de las herramientas jurídicas que permiten valorarla conforme a patrones conocidos (abuso de derecho, contravención del principio de buena fe, regla «nemo auditur», etc.), se invoca la subsidiariedad (respecto de la reivindicatoria) y la inexistencia de empobrecimiento. A nadie se le escapa el peligro que encierra este modo de razonar, pues a la sentencia le basta con invocar la subsidiariedad para rechazar por motivos subjetivos una acción, la de enriquecimiento, que no requiere título de imputación subjetiva. Podría abrirse el debate sobre la posibilidad de que un demandado pueda enriquecerse a costa de un demandante que se ha comportado «ilícitamente», pero ello nos llevaría a valorar si éste ha incurrido en alguna de las figuras con las que el ordenamiento jurídico privado se ejercita en esa valoración (abuso de derecho, actuación contraria a las exigencias del principio de buena fe, etc.) y a respetar las consecuencias jurídicas propias de cada una de éstas.

Que la acción de enriquecimiento se encuentre en concurso alternativo con otras acciones, como la reivindicatoria o la de declaración de nulidad del procedimiento, habla en contra de que se considere subsidiaria respecto de éstas, precisamente porque si persiguen finalidades distintas no puede apreciarse jerarquía ni especialidad. Que éstas sean típicas y aquélla proceda de un principio general no impide que concurren como pretensiones diferentes –con la misma función en el caso de la reivindicatoria–, de manera que corresponde al titular del derecho protegido elegir el tipo de protección que prefiere, pues la ley no le impone un orden predeterminado. Por otra parte, la acción de enriquecimiento nunca ha tenido como requisito la

exigencia de buena fe en el demandante, ni mala fe (o culpa) en el demandado. Que el ejercicio de la acción constituya un fraude, un abuso, una actuación en contra de las exigencias del principio de buena fe, etc. es algo que deberá determinarse según la disciplina normativa de cada una de estas figuras, con su interpretación jurisprudencial. Pero, además, incluso si estuviéramos fuera de este contexto en el que no hace falta imputar subjetivamente la responsabilidad, resulta sorprendente que se reproche a un contratante –hasta el punto de negarle una pretensión– el haber perjudicado a su contraparte contractual, cuando ésta tenía a su disposición los remedios por incumplimiento, quizá incluso la acción subrogatoria (con la que hubiese podido ejercitar la acción de enriquecimiento de su deudor), o las garantías.

- Un efecto negativo de esta sentencia es que ya ha tenido alguna secuela, de manera que alguna decisión posterior se ha visto en la necesidad de aclarar que se puede otorgar la acción de enriquecimiento porque el demandante había sido suficientemente diligente. La STS 19 febrero 2016 (RJ 2016\710, Orduña Moreno) entiende que ha de justificar la aplicación del principio general y para ello se detiene en la subsidiariedad de la acción («los demandantes carecen de otra acción específica y preferente para remediar el empobrecimiento o perjuicio irrogado») y en que el demandante merece la protección, puesto que «tampoco se les puede imputar mala fe o negligencia con relación a otros medios de defensa que pudieran haber ejercitado» (alguna tercería de dominio u otra medida eficaz de defensa). En la línea de otras sentencias comentadas, se «indemniza» con el valor de lo efectivamente construido sin tener en cuenta que se trata de un enriquecimiento impuesto, sin distinguir si el propietario ha aprovechado la mejora o realizado su valor, etc. De este modo, la subsidiariedad (el rechazo de la acción de enriquecimiento por poder ejercitarse otra) se deja influir por la imputación subjetiva al demandante del perjuicio causado, discurso extraño en el contexto de una acción de enriquecimiento dirigida a la reintegración de un derecho mediante la restitución de aquello que el ordenamiento jurídico atribuye a su titular.

- En la STS 27 febrero 2012 (RJ 2012\5289, Salas Carceller) se habían embargado algunos derechos de marca de la deudora. Los embargos se habían levantado antes de subastar las marcas, pero la actora no había cancelado las inscripciones registrales de tales embargos antes de su venta forzosa, por lo que se adjudicaron como bienes embargados y, por tanto, obteniéndose un precio menor que el que hubiera podido obtenerse. La titular de las marcas vendidas demanda a los adjudicatarios, subsidiariamente, por enriquecimiento injustificado, y el Tribunal Supremo entiende que los únicos causantes de que las marcas se vendieran como embargadas eran los demandantes, por lo que nada podían pedir ahora, aunque fuese cierto que en el

momento de la venta lo inscrito no se correspondía con lo real. Es cierto que este no es un caso en el que pueda distinguirse el valor del suelo y el de la edificación, como en los otros, pero sí puede distinguirse el valor del bien tal y como fue subastado (con los embargos anotados) y el que ese mismo bien hubiese tenido de haberse enajenado libre de cargas; tanto en aquellos casos, como en este, se ejecuta y adjudica «algo» cuya situación registral ya no se corresponde con la situación real, en aquel caso por haberse edificado sin hacer publicidad de esa nueva situación, en este por estar los bienes libres de las cargas aún publicadas. Por desgracia, la sentencia no dice nada en torno a esta cuestión (la subasta de un bien cuyo valor «real» es superior al valor «inscrito»), sino que se centra en torno a quién es imputable que las cosas se enajenaran con unas cargas que podían haber sido canceladas; y esta no es una cuestión propia del Derecho de enriquecimiento, sino del Derecho de daños. La Audiencia Provincial afirma que la cuestión del posible enriquecimiento injusto carece del debido soporte, pues si la parte demandada adquirió las marcas por un precio inferior al que hubiera resultado de licitarlas sin la carga fue culpa exclusivamente imputable a la parte demandante, «quien desatendió las normas mínimas de diligenciamiento de los mandamientos librados por el Juzgado en orden a publicitar el alzamiento de la carga, pese a tener pleno conocimiento de lo acordado por dicho órgano jurisdiccional. De ahí que la causación del perjuicio cuyo resarcimiento reclama sólo a la misma resulta imputable, por lo que no procede la estimación de la dicha acción». Ciertamente, el razonamiento es correcto desde la perspectiva de una pretensión de daños (en la que parte de éste es imputable a la propia víctima), pero resulta extraño en el contexto de una acción de enriquecimiento y, al referirse a esta última, confunde la lógica propia de ambas acciones y constituye un paso atrás en la adecuada distinción de ambas.

Claro que esta tendencia a subjetivizar la responsabilidad por enriquecimiento injustificado es algo que se aprecia también en nuestro entorno, por ejemplo, en el caso francés. Sin embargo, en el Código civil francés reformado, a la culpa del empobrecido y del enriquecido se les da un papel en la posible moderación del alcance de la responsabilidad, de ningún modo condicionan el ejercicio de la acción: la culpa del demandante no priva de la acción, pero sí concede al juez la posibilidad de moderar la cuantía de la restitución (art. 1303-2 II)⁸³.

⁸³ MORALES MORENO, «Tradición e innovación...», cit., p. 601: «el deber de restitución fundado en el enriquecimiento injustificado tiene como función restablecer el equilibrio entre dos patrimonios. Surge del hecho de la ruptura del equilibrio. No necesita tomar en cuenta la culpa de los sujetos. Esto no significa, sin embargo, que en determinados casos pueda concurrir el supuesto del enriquecimiento injustificado con el de otra figura jurídica en la que tenga relevancia la culpa del acreedor o del deudor de restitución», como ocurre típicamente en la responsabilidad extracontractual. Con todo, el artículo

e) *Consideraciones sobre el caso*

¿Qué podemos concluir de este recorrido por el modo de resolver un caso concreto? ¿Han surgido problemas en torno a la aplicación del principio general de enriquecimiento injustificado? ¿Se ha elaborado una doctrina suficientemente satisfactoria?

En su mayoría, las sentencias estiman la demanda y condenan al demandado (adjudicatario del bien ejecutado) a restituir el valor de la edificación en el momento de tasación del suelo (para ejecución). Este valor es ajeno al procedimiento de ejecución (en el que solo se adjudicó la finca) y procede del mercado. Parece darse por supuesto que es esta la medida en que el adjudicatario se enriquece, aunque se trate de un enriquecimiento impuesto⁸⁴. Puntualmente, algunas sentencias discrepan de este planteamiento: en una ocasión se desestima la pretensión restitutoria y se da como motivo que no corresponde compensar el enriquecimiento que ha sido impuesto al demandado (algo que podría decirse en cualquiera de los supuestos enjuiciados); en otra, la condena es a pagar el valor del conjunto (suelo y edificación), una vez descontado el precio de adjudicación del suelo; en cualquier caso, ninguna de las sentencias aclara o da explicación alguna sobre el modo de valorar el enriquecimiento, tampoco cuando se concede lo solicitado en la demanda.

Da la impresión de que, de manera más o menos consciente, se valora *el perjuicio* sufrido por el demandante; apenas hay conciencia de que, desde la perspectiva del demandado, se trata de un enriquecimiento impuesto. Cuando el Código civil se plantea por el conflicto causado por un enriquecimiento impuesto (arts. 361 y 453 CC),

francés (art. 1303-2 II: «La indemnización puede ser moderada por el juez si el empobrecimiento procede de culpa del empobrecido») está pensando en los casos en los que la culpa del empobrecido es la causa del enriquecimiento, ese es el único motivo que impide la restitución (cosa que, como rápidamente se percibe, tiene poco que ver con el caso de la jurisprudencia española que hemos comentado). En cualquier caso, para MORALES MORENO «lo que hace el art. 1303-2 II CCf es crear una sanción atípica, caracterizada por: 1) la insuficiente determinación del supuesto de aplicación y 2) la aleatoriedad de su cuantía» (p. 604). Ver también DESCHEEMAER, «El nuevo derecho francés...», cit., p. 152: «el requisito de la ausencia de culpa debería de ser abandonado, colocando en su lugar requisitos diferenciados que solucionaran directamente las cuestiones que se plantean en realidad, evitando que sean los tribunales los que vayan identificándolos a través de lo que ellos perciban como justo en las circunstancias del caso (...)».

⁸⁴ Es cierto que no se trata de un enriquecimiento impuesto como el que tiene lugar dentro de una relación contractual (como el arrendamiento); que en este caso la imposición proviene de una combinación entre las reglas de la publicidad registral, del procedimiento de ejecución del bien y de la accesión; pero desde la perspectiva de las reglas de ésta, para el dueño del suelo resulta tan impuesto el edificio que otro realiza de buena fe, como el que recibe en el procedimiento de ejecución de un solar, aunque en el primer caso se haya edificado en suelo ajeno y en el segundo en suelo propio.

su decisión resulta bastante más matizada y considerada con el «enriquecido» que la solución adoptada por las sentencias referidas. Las preguntas surgen espontáneamente: ¿No hubiese sido más correcto y conforme al sistema aplicar analógicamente esos preceptos? ¿No son, al fin y al cabo, los que interpretan el principio general de enriquecimiento injusto para el supuesto específico de enriquecimiento impuesto? O al menos, ¿no era posible inducir de ellos por analogía *iuris* un principio para los casos de enriquecimiento impuesto, esto es, las bases para la construcción de la *condictio* por enriquecimiento impuesto? ¿Por qué no construir un principio para los enriquecimientos impuestos, que estuviese informado por las decisiones que el propio legislador ha tomado para ellos en preceptos concretos?⁸⁵ Muy probablemente, en los casos conocidos por los tribunales los inmuebles se enajenaban por un precio que beneficiaba al adjudicatario, de manera que la obligación de pagar el precio de mercado del edificio representaba una medida que paliaba, al menos parcialmente, *el perjuicio* irrogado al ejecutado. Pero obsérvese, en primer lugar, que lo que se está midiendo es *el perjuicio* del ejecutado y, en segundo lugar, que se trata de una justicia «de oportunidad» que podría volverse en sentido contrario si cambiaran las circunstancias en torno a las subastas y los procedimientos de adjudicación.

Alguna sentencia significativa desestima la acción porque entiende que el demandante no es merecedor de protección. Se argumenta con la subsidiariedad de la acción (si pudo acudir a la *vindicatio* no debe poder acudir ahora a la *condictio*) y la inexistencia de empobrecimiento por el demandante, cuando en realidad se reprocha a éste no haber ejercitado antes la acción de enriquecimiento (para no beneficiar a su acreedor), pero sin acreditar que dicha conducta constituya un supuesto de abuso, fraude, actuación en contra de las exigencias del principio de buena fe, etc. Esta sentencia ha influido en alguna posterior, con lo que empieza a abrirse paso la idea de que el demandante ha de ser «de buena fe» para que prospere la acción.

Por último, podría parecer que el recurso a un principio único facilita una «solución única», pero el análisis de las sentencias demuestra que eso no es cierto, aunque pueda apreciarse una cierta tendencia general que, por estar poco fundamentada y desarrollada en sus detalles, es más un modo de proceder (rectificable en cualquier momento) que una auténtica doctrina jurisprudencial. Tampoco se aclara en qué

⁸⁵ En otro lugar (BASOZABAL, *Enriquecimiento...* cit., pp. 300 y ss.) propuse –hace ya algún tiempo– las bases para la construcción de una *condictio* por enriquecimiento impuesto para el Derecho español. Sobre la necesidad de distinguir diferentes principios de enriquecimiento injustificado, evitando el recurso a un principio único, véase BASOZABAL, «Tres modelos...» cit., p. 48 y ss.

medida esta solución se relaciona con el resto del ordenamiento jurídico. El derecho de enriquecimiento queda así relegado a un papel de «isla de equidad» sin especial relación con el Derecho que se encarga de regular los supuestos análogos, lo que no parece una situación deseable. En efecto, aunque falte finura sobre los pormenores de la medida de la restitución y otros aspectos, no puede decirse que exista una polémica en la resolución de estos casos; eso sí, resulta patente que la situación es notablemente mejorable.

4. CONCLUSIÓN

Hemos podido comprobar que el recurso al principio general de enriquecimiento injustificado consigue soluciones equitativas con una dosis no pequeña de incertidumbre o indefinición, especialmente en la cuestión del alcance de la restitución. El requisito de subsidiariedad contribuye sin duda a dar al principio un aura de indefinición notable. Por una parte, es necesario evitar que la acción de enriquecimiento se convierta en una herramienta para revertir la decisión tomada por un precepto específico, y la subsidiariedad se pone en ocasiones al servicio de esta idea; sin embargo, también ha sido utilizada para denegar la acción al contratante que tuvo otra pretensión (aunque fuese en concurso acumulativo con la de enriquecimiento), por entender que su conducta no es digna de protección por vulnerar un criterio de equidad no explicado y distinto al reflejado por los principios de buena fe, abuso de derecho, fraude de ley, etc.; finalmente, suele omitirse en supuestos triangulares en los que el demandante cuenta con una acción contractual, aunque sea contra un contratante insolvente. Esta es una síntesis esquemática y los esquemas adolecen siempre de cierta simplificación, pero parece claro que esta situación no es en absoluto deseable.

Por ello considero llegado el momento de prescindir del mencionado requisito de subsidiariedad, o si se quiere, de reducirlo a la idea sensata (en la que todos –doctrina y jurisprudencia- están de acuerdo) de que la existencia de un precepto específico excluye el recurso al principio general. En realidad, es la visión del principio de enriquecimiento injustificado como principio general único, y la propia aceptación de que existe un pretendido principio por el que los enriquecimientos deben restituirse – como punto de partida- salvo que haya motivos serios para retenerlos⁸⁶, las que

⁸⁶ DíEZ-PICAZO, «La doctrina...», cit., p. 43: «La obligación de restituir los enriquecimientos injustificados o sin causa, por más que se la tilde como principio general del Derecho posee un marcado carácter de excepcionalidad: la excepcionalidad misma de todas las obligaciones restitutorias. Creo que la regla general es la permanencia de los lucros en los patrimonios en que se producen, a lo que de algún modo llegan y en los que se encuentran. Ello es así en razón a que todo el ordenamiento jurídico presenta una

deberían abandonarse para aceptar, con la mejor doctrina, que la fenomenología de «enriquecimientos injustificados» presenta tantas variables y conflictos que resulta inadecuado pretender que un principio único pueda solucionarlos. Los principales conflictos típicos demandan su propio principio o *ratio*, y a cada principio corresponde una acción restitutoria o *condictio* cuyo contenido estaría inducido de los preceptos concretos que el Código Civil dedica a ese conflicto. Además, como el planteamiento tipológico no evita ni resuelve por sí las relaciones triangulares en las que se plantea la oportunidad de conceder una acción por enriquecimiento «indirecto», parece razonable que esas relaciones –al menos, las que hayan generado verdaderos conflictos socialmente típicos- se consideren aparte y se les dé un tratamiento *ad hoc* adecuado.

Desde esta perspectiva, ¿en qué debería transformarse el principio de interdicción de enriquecimientos injustificados y su acción general? La primacía de la ley obliga a solucionar los problemas de «enriquecimiento injustificado» con los preceptos específicos que prevén y regulan la pretensión restitutoria aplicable al caso: arts. 360 y ss., 451 y ss., 1303 y ss., 1895 y ss., 1158, etc., todos ellos del Código civil. Bien podría ocurrir que nos encontremos con un concurso de normas –de distintos preceptos o bloques de preceptos, o de un precepto y un principio general-, o con un concurso de pretensiones –acumulativo o alternativo-, o con que un precepto excluye la acción para cualquier otro supuesto que no sea el previsto en la norma. Cuando los preceptos no sean aplicables directamente (tampoco en su labor «negativa» de exclusión) y nos encontremos, por tanto, ante una verdadera laguna, la primera solución para integrarla será acudir a la analogía *legis* con preceptos concretos, procediendo de lo particular a lo particular entre casos que presenten una misma *ratio legis*. Solo después de descartar razonablemente esta posibilidad, procedería acudir a la analogía *iuris*, con la que se induce un principio a partir de la *ratio* común apreciable en ciertos preceptos encargados de la resolución de un supuesto típico; esto es, no se trataría de buscar un principio general único para todos los supuestos de enriquecimiento injustificado no contemplados por normas, sino un principio para el grupo de casos que merezcan el mismo trato por compartir el mismo conflicto. Así, podríamos llegar a un principio de enriquecimiento injustificado por intromisión que se informe de los arts. 451 y 455 (intromisión en el goce de cosa ajena), 360, 375, 379.II y 383.I CC (intromisión por incorporación, consumo o disposición de cosa ajena)⁸⁷; un principio de enriquecimiento injustificado por impensas en patrimonio ajeno construido a partir del tratamiento de

inevitable línea de tendencia a la defensa y conservación del *status quo* y de la paz jurídica. En este sentido me parece que no se puede hablar con rigor de una causa o fundamento de conservación de los lucros o de los enriquecimientos. Sólo se puede demandar la alteración del *status quo* cuando existe para ello una prescripción jurídica».

⁸⁷ BASOZABAL, *Enriquecimiento...* cit., pp. 262 y ss., 292 y ss.

las mejoras (principalmente en torno al derecho de accesión y de la liquidación del estado posesorio)⁸⁸; un principio por enriquecimiento impuesto conforme a lo extraído de los arts. 361 (con su remisión a los arts. 453 y 454), 375, 383. II⁸⁹, etc. Se evita de este modo el recurso a un principio que en su excesiva generalidad solo puede encubrir soluciones de equidad al margen de los límites fijados para ésta (art. 3.2 CC), y se promueve el recurso a principios elaborados –mediante analogía *iuris*- para cada tipo de conflicto que tenga una fisonomía propia⁹⁰.

La conclusión es, por tanto, que la analogía –entendida en dos fases, como se acaba de explicar- es preferible al recurso a una acción general única, pues permite una aproximación más segura a la estructura de la norma –supuesto de hecho y consecuencia jurídica- que la que proporciona ésta. La acción general abarca demasiados supuestos y carece de una doctrina suficientemente matizada y predecible sobre los supuestos amparados (especialmente en las relaciones triangulares) y sobre el alcance de la restitución. Debería reconocerse que los problemas de enriquecimiento injustificado no pueden ser abarcados desde una perspectiva unitaria, de manera que habría que prescindir del espejismo de una acción general para dar solución a todos los casos no subsumibles en preceptos⁹¹. En el proceso de construcción por inducción propio de la analogía *iuris* debería llegarse a varios principios, por «tipos», lo que permitiría una mejor determinación del supuesto de hecho (prestación-intromisión-mejora) y de la respuesta jurídica (alcance de la responsabilidad, con un tratamiento diferenciado para cada tipo). Aunque el Tribunal Supremo se haya hecho eco de la tipología de las *condictiones* en no pocas ocasiones, no debe interpretarse que haya dado a ésta un papel importante en el modo de enfocar las cuestiones debatidas. Aunque se mencionan los tipos, por ahora no sirven para dar la perspectiva decisiva en la toma de decisiones⁹². Lo ocurrido con la subsidiariedad es paradigma de que la

⁸⁸ BASOZABAL, *Enriquecimiento...* cit., pp. 300 y ss.

⁸⁹ BASOZABAL, *Enriquecimiento...* cit., pp. 321 y ss.

⁹⁰ BASOZABAL, «Tres modelos...», cit., pp. 48 y ss.

⁹¹ Reflexiona sobre «la invención del derecho de enriquecimiento injustificado» JANSEN, Nils, «Farewell to Unjustified Enrichment?», *The Edinburgh Law Review*, 20.2 (2016), pp. 123-148, sobre todo en pp. 130 y ss.

⁹² VENDRELL, «El enriquecimiento injustificado...», cit., pp. 307 y ss. En opinión de este autor, «modernizar el Derecho del enriquecimiento equivale a adoptar una aproximación tipológica o diferenciadora, que permita desprenderse de la concepción unitaria, tradicional y, en ocasiones, vulgar o meramente fundada en la equidad (...) [E]l repaso de la jurisprudencia del TS de los últimos años permite identificar señas o indicios claros y relevantes de la introducción de la aproximación tipológica o diferenciada. Conviene, con todo, no sobredimensionar estos indicios: como se verá, responden esencialmente a la asunción –más bien puntual- de un determinado planteamiento doctrinal, que no suele condicionar la solución al caso y que, de todos modos –y esto es lo verdaderamente relevante-, no ha impedido que se mantengan los rasgos fundamentales de la aproximación tradicional y unitaria».

jurisprudencia no ha asumido la novedad que supone la propuesta metodológica de DÍEZ-PICAZO.

A los problemas planteados por PASQUAU al comienzo de este trabajo les han sugerido soluciones. La variedad y complejidad de los supuestos planteados obligan al intérprete a empezar por distinguir el tipo de conflicto al que se enfrenta. Estrictamente, en ninguno de los conflictos ha hecho falta acudir a la subsidiariedad como requisito de la acción⁹³. La subsidiariedad ha servido bien como expediente para resolver las relaciones entre una acción «general» de origen jurisprudencial y las acciones «específicas» previstas en preceptos; pero ni se ha limitado a ello (se le hacen jugar otros papeles que debería rechazar), ni lo ha llevado a cabo siempre que debería haberlo hecho (por ejemplo, en algunas relaciones triangulares). Por este motivo, y porque de alguna manera entorpece una mejor visión de esa realidad compleja que se oculta en torno a ella, resulta preferible prescindir de ella. Para lograr aquella meta que parece a todos razonable, bastaría con decir que el precepto que actualiza la decisión tomada por el legislador no puede vaciarse invocando un principio general con el que el juez arropa su propia decisión. Sería subversivo. Además, prescindir del requisito de subsidiariedad ayuda a analizar con mayor claridad las relaciones entre las acciones de daño y enriquecimiento, reivindicatoria y de enriquecimiento. En cualquier caso, y para concluir, parece conveniente enumerar las principales tareas que quedan por acometer:

- Pensar desde los «tipos de enriquecimiento injustificado»: la distinción de tipos de *condictio* según sea la procedencia del enriquecimiento injustificado (prestación, intromisión, mejora...) no es una mera cuestión doctrinal para arropar las decisiones con argumentos más o menos eruditos. Tiene consecuencias prácticas de primer orden, pues ya no es posible el recurso a un principio general único, sino al principio construido en torno a cierto supuesto típico, al que corresponde una *condictio* o pretensión restitutoria que delimita de manera notablemente más satisfactoria tanto el supuesto de hecho (sea intromisión, mejora, enriquecimiento impuesto, etc.) como la consecuencia jurídica (alcance de la restitución, posibles defensas).

- Clarificar los concursos de pretensiones: la jurisprudencia que sostiene la distinción y compatibilidad de las acciones de daño y enriquecimiento debe seguir avanzando para

⁹³ En puridad, solo ha hecho falta en alguna hipótesis de relación triangular para explicar la relación entre la responsabilidad del contratante incumplidor (pretensión de cumplimiento) y la del arrendador o vendedor que recibe el bien mejorado sin pagar por la mejora (pretensión de enriquecimiento), pero creo haber aclarado que en nuestro sistema no deberían admitirse dichas acciones directas y que, en su caso, corresponde al legislador introducir la que le parezca conveniente.

terminar de aclarar las situaciones de concurso de pretensiones. La relación entre las acciones de enriquecimiento y daño es la de un concurso acumulativo; puede ocurrir que compartan su pretensión material y, en tal caso y en esa medida, se excluyen (haciendo en tal punto el concurso alternativo). La relación entre las acciones de enriquecimiento y reivindicatoria es la de un concurso alternativo de pretensiones; la función que persiguen ambas es la reintegración del derecho usurpado, lo que se produce con una devolución en especie (*vindicatio*) o con la restitución del valor pecuniario de aquello que el intromisor se apropió sin título adecuado (*condictio*).

- No interferir en las reglas generales aplicables a las relaciones triangulares: lo ocurrido en el ámbito de las relaciones triangulares es un ejemplo claro del peligro de hacer de la acción de enriquecimiento injustificado un instrumento de equidad «aislado» del resto del ordenamiento jurídico. Sorprendentemente, aquí la existencia de otra acción reconocida al demandante (la de cumplimiento contra un contratante insolvente) no es obstáculo para la concesión de la acción de enriquecimiento, precisamente cuando resulta razonable y conforme al sistema que no se conceda ninguna otra acción, salvo en algunos casos excepcionales de acción directa contemplados en preceptos concretos. Fuera de esas previsiones legales, deben aplicarse los principios y remedios generales (relatividad de los contratos, prelación de créditos, acción subrogatoria, etc.) sin excepción. Por último, debe abandonarse la tentación de hacer justicia *sui generis* (al amparo de la casación) introduciendo novedades perniciosas, como exigir buena fe al demandante según la libre apreciación del tribunal y sin sujeción a los parámetros «típicos» de control de conductas en el ámbito civil (desarrollados en las cláusulas generales de fraude, abuso, buena fe, etc.)⁹⁴.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa*, Granada, Comares, 1989.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, «Comentario al artículo 1987 del Código civil», en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, II, 2ª ed., 1993.

BASOZABAL ARRUE, Xabier:

- *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998.

⁹⁴ Sobre posibles medidas *lege ferenda* para una modernización del Derecho español de enriquecimiento injustificado, véase BASOZABAL, «Tres modelos...», cit., pp. 46 a 50.

- «Comentario al artículo 1897 del Código civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010.

- «En diálogo con el Tribunal Supremo sobre la «*condictio* de inversión»», en DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, I, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 487 a 524.

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

- «Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado», *InDret*, 2018, pp. 1 a 54.

BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, «Comentario del artículo 4 del Código civil», en ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, I, Madrid, Edersa, 1978.

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

CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario a la STS de 15 noviembre 1985», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1986, nº 10, p. 3215 a 3226.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, «Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa», en DE LA CÁMARA, Manuel y DÍEZ-PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 135 a 208.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentario del artículo 4 del Código civil», en CAÑIZARES, Ana, DE PABLO, Pedro, ORDUÑA, Javier y VALPUESTA, Rosario (dir.), *Código civil comentado*, I, Cizur Menor, Thomson Reuters Civitas, 2011.

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

DÍEZ-PICAZO, Luis:

- «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CÁMARA, Manuel y DÍEZ-PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 13 a 133.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, Civitas, 4ª ed., 1993.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, II, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

FARIÑA FARIÑA, Rebeca, Tesis doctoral: *Estudio sobre el enriquecimiento sin causa en España desde una perspectiva comparada con el Derecho alemán. Entre la tesis unitaria y el planteamiento tipológico*, Universidad de Navarra, septiembre de 2017.

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

GARCÍA VICENTE, José Ramón, «Enriquecimiento por impensas y contratos de compraventa resueltos por incumplimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Civil*, 2018-III, pp. 677 a 697.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Comentario del artículo 4 del Código civil», en *Comentario al Código civil*, 2ª ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 2ª ed., 1993.

JANSEN, Nils, «Farewell to Unjustified Enrichment?», *The Edinburgh Law Review*, 20.2 (2016), pp. 123 a 148.

LACRUZ BERDEJO, José Luis:

- *Elementos de Derecho civil*, II-3º, *Derecho de Obligaciones Contratos y Cuasicontratos*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1986.

- «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 470, 1969, pp. 569 a 604

- *Elementos de Derecho civil*, I-1º, *Parte General del Derecho Civil. Introducción*, Barcelona, Bosch, 1988.

LARENZ, Karl:

- *Derecho civil. Parte General*, Madrid, Edersa, 1978 (de la 3ª ed. alemana original, München: Beck, 1975).

- *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994 (traducción de la 4ª ed. alemana, definitiva, de 1980).

MARSAL GUILLAMET, Joan, «Comentario a la STS de 13 de octubre de 1995», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 40, 1996, pp. 255 a 264.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «Comentario a la STS 14 diciembre 1994», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 38, 1995, pp. 613 a 629.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, voz «Enriquecimiento injustificado», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Madrid, Civitas, 1995.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Tradición e innovación en la nueva regulación del enriquecimiento injustificado del Código civil francés», en EMBID IRUJO, José Miguel, MIQUEL GONZÁLEZ, José María y MORALES MORENO, Antonio Manuel (dir.), *Estudios Jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017, pp. 583 a 611.

OROZCO MUÑOZ, Martín, *El enriquecimiento injustificado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando:

- «Concurso de pretensiones (Derecho Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, I, Madrid, Civitas, 1995.

- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993-IV, pp. 1719 a 1745.

PASQUAU LIAÑO, Miguel:

- *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, Editora general de Derecho, 1989.

- «Comentario a la STS de 19 de febrero de 1999», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, nº 50, pp. 885 a 904.

REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la administración pública*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

ROCA TRÍAS, Encarna, «Comentario del artículo 4 del Código civil», en ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ-ALABART, Silvia (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, I-1, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1992.

RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión. (Estudio de los artículos 464 y 1987 del Código civil y 35 de la Ley Hipotecaria)», *Anuario de Derecho Civil*, 2004-III, pp. 1003 a 1104.

VENDRELL CERVANTES, Carles, «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en DEL OLMO, Pedro y BASOZABAL, Xabier (dir.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y*

propuestas de modernización, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 283 a 337.

TABLA DE SENTENCIAS.

Todas las sentencias son de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

- STS 12 abril 1955, RJ 1955\1126, Valledor
- STS 12 noviembre 1958, RJ 1958\3447, Murga Castro
- STS 9 julio 1984, RJ 1984\3804, Albácar López
- STS 5 octubre 1985, RJ 1985\4840, Serena Velloso
- STS 31 octubre 1985, RJ 1985\5139, De la Vega Benayas
- STS 25 noviembre 1985, RJ 1985\5898, Serena Velloso
- STS 6 diciembre 1985, RJ 1985\6520, Sánchez Jáuregui
- STS 12 marzo 1987, RJ 1987\1434, Latour Bretons
- STS 23 noviembre 1989, RJ 1989\7902, Malpica González-Elipa
- STS 3 marzo 1990, RJ 1990\1664, González Alegre y Bernardo
- STS 19 abril 1990, RJ 1990\2731, Morales Morales
- STS 15 noviembre 1990, RJ 1990\8712, López Vilas
- STS 20 mayo 1993, RJ 1993\3809, Villagómez Rodil
- STS 4 junio 1993, RJ 1993\5261, Morales Morales
- STS 13 diciembre 1993, RJ 1993\9614, Villagómez Rodil
- STS 14 diciembre 1994, RJ 1994\10111, Morales Morales
- STS 8 junio 1995, RJ 1995\4908, Villagómez Rodil
- STS 13 octubre 1995, RJ 1995\7080, Burgos Pérez de Andrade
- STS 5 mayo 1996, RJ 1996\3672, Villagómez Rodil
- STS 23 julio 1996, RJ 1996\5567, Marina Martínez-Pardo
- STS 7 febrero 1997, RJ 1997\685, O'Callaghan Muñoz
- STS 19 febrero 1999, RJ 1999\1055, Gullón Ballesteros
- STS 27 abril 1999, RJ 1999\3421, García Varela
- STS 1 marzo 2000, RJ 2000\1357, Gullón Ballesteros
- STS 12 julio 2000, RJ 2000\6686, Vázquez Sandes
- STS 14 noviembre 2000, RJ 2000\8986, Almagro Nosete
- STS 28 diciembre 2001, RJ 2002\1650, Marín Castán
- STS 6 junio 2002, RJ 2002\5892, Corbal Fernández
- STS 22 octubre 2002, RJ 2002\8774, Ortega Torres
- STS 3 marzo 2003, RJ 2003\2536, Gullón Ballesteros
- STS 23 octubre 2003, RJ 2003\7764, Auger Liñán

- STS 4 noviembre 2004, RJ 2004\6484, O'Callaghan Muñoz
- STS 21 octubre 2005, RJ 2005\7707, Montés Penadés
- STS 18 noviembre 2005, RJ 2005\7733, Corbal Fernández
- STS 30 noviembre 2005, RJ 2006\82, Sierra Gil de la Cuesta
- STS 15 diciembre 2005, RJ 2006\1223, Ferrándiz Gabriel
- STS 3 enero 2006, RJ 2006\258, Gullón Ballesteros
- STS 27 marzo 2006, RJ 2006\1817, Gullón Ballesteros
- STS 8 mayo 2006, RJ 2006\2341, O'Callaghan Muñoz
- STS 8 enero 2007, RJ 2007\812, Montés Penadés
- STS 22 febrero 2007, RJ 2007\2233, Montés Penadés
- STS 30 abril 2007, RJ 2007\2396, Roca Trías
- STS 29 octubre 2007, RJ 2007\8641, Salas Carceller
- STS 5 noviembre 2007, RJ 2007\8101, Corbal Fernández
- STS 17 diciembre 2007, RJ 2007\8937, Gullón Ballesteros
- STS 6 marzo 2008, RJ 2008\4462, Marín Castán
- STS 25 junio 2009, RJ 2009\6454, Montés Penadés
- STS 30 octubre 2009, RJ 2010\845, Corbal Fernández
- STS 24 junio 2010, RJ 2010\4908, O'Callaghan Muñoz
- STS 28 junio 2010, RJ 2010\5417, Xiol Ríos
- STS 23 noviembre 2011, RJ 2012\569, Ferrándiz Gabriel
- STS 7 diciembre 2011, RJ 2012\31, Marín Castán
- STS 9 febrero 2012, RJ 2012\3786, Roca Trías
- STS 27 febrero 2012, RJ 2012\5289, Salas Carceller
- STS 19 julio 2012, RJ 2012\10118, Orduña Moreno
- STS 27 diciembre 2012, RJ 2013\1625, O'Callaghan Muñoz
- STS 27 febrero 2014, RJ 2014\1418, Salas Carceller
- STS 13 enero 2015, RJ 2015\267, Sancho Gargallo
- STS 29 junio 2015, RJ 2015\4486, O'Callaghan Muñoz
- STS 30 diciembre 2015, RJ 2015\5897, Seijas Quintana
- STS 19 febrero 2016, RJ 2016\710, Orduña Moreno

Fecha de recepción: 26.04.2019

Fecha de aceptación: 12.06.2019