DERECHO CIVIL

DE LAS OBLIGACIONES

TRATADO SOBRE LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO O SIN CAUSA EN EL DERECHO CIVIL DE LAS OBLIGACIONES:

HISTORIA, LEGISLACIÓN, DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y DERECHO COMPARADO

AUTOR:

HUGO FERNANDO AGUIAR LOZANO

Dedicatoria:

A MIS PADRES

Agradecimientos:

A Dios por la fuerza, paciencia y sabiduría.
Asimismo, deseo expresar mi más sincero agradecimiento a todas aquellas personas que permitieron la finalización exitosa de este trabajo:
En especial a mi padre y a mi madre por su apoyo incondicional en todo sentido, a mi hermano y hermana por su ejemplo y ánimo.

LEGES SINE MORIBUS VANAE

ABSTRACT

La institución del enriquecimiento injustificado o sin causa es, sin lugar a dudas, uno de los aspectos más delicados dentro de la teoría general de las obligaciones y los temas de la responsabilidad civil. Pero, de la misma forma, es uno de los que marcan la tendencia más acentuada hacia la realización jurídica de los principios y valores fundamentales del Derecho. Es por esto que en este libro se ha investigado y se ha analizado de manera sistemática y profunda el alcance, naturaleza, limitaciones de esta figura y sus relaciones con otras instituciones y figuras del derecho civil.

La importancia que está ganando el análisis doctrinario y jurisprudencial sobre la teoría del enriquecimiento sin causa en los ordenamientos jurídicos de mayor madurez, y por otro lado, la falta de desarrollo académico que este tema tiene en nuestro país, son razones que han motivado la realización de esta obra, que parte desde la posición del derecho civil ecuatoriano, para desde ahí contrastarlo y diferenciarlo con posiciones, legales, doctrinarias y jurisprudenciales provenientes de ordenamientos jurídicos extranjeros, logrando, de esta manera, obtener respuestas claras a temas complejos.

En este tratado jurídico se ha realizado un análisis crítico sobre la teoría del enriquecimiento injustificado dentro del derecho civil de las obligaciones, para lo cual se ha utilizado una metodología dogmática-exegética, en la que se estudia de manera sistemática el tema escogido desde varias perspectivas: histórica, doctrinaria, normativa, jurisprudencial y de Derecho comparado.

Al final de este trabajo doctrinario se concluye que el enriquecimiento injustificado o sin causa es una fuente autónoma de las obligaciones y por lo tanto no debe considerarse solamente como un principio de derecho universal, ni como una simple aplicación de la equidad. Por el contrario, al ser una fuente autónoma de obligaciones posee ciertas características y elementos que la configuran y que deben concurrir para generar las obligaciones civiles y que, a su vez, la diferencian de las demás fuentes como el contrato, la ley, los delitos, los cuasidelitos y las demás fuentes singulares, que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano están contenidas dentro de la errónea figura del cuasicontrato.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 1

Tratado sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa en el derecho civil de las obligaciones: Historia, legislación, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. 1

1.- Proemio 1

2.- Preisiones sobre el alcance de este tratado 4

3.- Objetivos generales 6

4.- Justificación 7

5.- Anotaciones metodológicas y señalamiento sumario de los capítulos 10

CAPÍTULO I: 17

HISTORIA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO 17

I.1.- Historia de esta institución en el Derecho romano 17

I.1.1.- Antecedentes.- Derecho Romano 17

I.1.1.1.- El sistema formulario y la *condictio* 17

I.2.- El sistema de fuentes de las obligaciones.- El sistema Gayano-Justinianeo 20

I.2.1.- De las obligaciones.- *Actio* y *Obligatio* 20

I.2.2.- El sistema de las *IUSTINIANI INSTITUTIONES* 23

I.2.3.- **El enriquecimiento injustificado o sin causa** 23

I.2.3.1.- La *condictio sine causa* 25

I.2.4.- Análisis sobre la evolución histórica de la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa hasta la instauración del Derecho de Justiniano 27

I.2.5.- Las Estipulaciones y la *Actio certi* en la institución del enriquecimiento injustificado 37

I.2.5.1.- La *stipulatio* 37

I.2.5.2.- La función de las estipulaciones 39

I.2.5.3.- La causa de la estipulación y el enriquecimiento sin causa 40

I.2.5.4.- El enriquecimiento injustificado en la estipulación con causa mutuaria 48

I.2.5.4.- *Stipulatio (promissio) ob rem* y la *condictio sine causa* 51

I.2.6.- El Enriquecimiento injusto en los contratos innominados 52

I.2.7.- Los Cuasicontratos. 56

I.2.8.- La *actio in rem verso* 57

CAPÍTULO II: 60

DEFINICIÓN DE OBLIGACIÓN 60

II.1.- Introducción 60

II.2.- Obligación en el sentido estricto.- 61

II.3.-Obligación, vínculo obligacional o relaciones obligatorias.- 65

CAPÍTULO III: 69

ANÁLISIS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE OBLIGACIÓN Y ACCIÓN 69

III.1.- Introducción 69

III.2.-Acción 69

III.3.- Obligación y acción 70

III.3.1.- Concepto Histórico del término "acción" 72

III.3.2.- El vínculo entre la obligación y la acción desde una perspectiva comparativa histórica 75

CAPÍTULO IV: 88

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES 88

IV.1.- Consideraciones previas 88

IV.2.- Nociones actuales sobre la responsabilidad civil 88

IV.3.-Las fuentes de las obligaciones o fuentes de la responsabilidad civil 95

IV.3.1.- Consideraciones preliminares 95

IV.3.2.- Nociones sobre la clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones 96

IV.3.3.- Las fuentes de las obligaciones en las legislaciones modernas y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. 98

IV.3.4.- Crítica a la clasificación de las fuentes de las obligaciones que hace el Código Civil del Ecuador 105

IV.3.5.- Clasificaciones de las fuentes de las obligaciones en la legislación comparada 108

CAPÍTULO V: 109

LA TEORÍA DEL CUASICONTRATO Y EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO 109

V.1.-Crítica rotunda de la doctrina moderna a la figura del cuasicontrato como fuente de las obligaciones 109

V.2.-El enriquecimiento injustificado o sin causa como fuente de las obligaciones 116

CAPÍTULO VI 122

LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO O SIN CAUSA COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES 122

VI.1.- Generalidades sobre el enriquecimiento sin causa o injustificado 122

VI.2.-La equidad, los principios generales del Derecho y el enriquecimiento injustificado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano 126

VI.3.- Concepto sobre el Enriquecimiento injustificado o sin causa 131

VI.4.- Concepto del enriquecimiento injustificado o sin causa en diversos ordenamientos jurídicos 142

VI.5.- Precisiones sobre la denominación de enriquecimiento sin causa, injusto, ilegítimo o injustificado 145

CAPÍTULO VII 153

ELEMENTOS, REQUISITOS O CONDICIONES DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO O SIN CAUSA 153

VII.1.- Cuestiones preliminares 153

VII.2.- Elementos del enriquecimiento sin causa 155

VII.2.1.- Primer elemento: Enriquecimiento 160

VII.2.1.1.-Formas en las que puede producirse el enriquecimiento 163

VII.2.2.- Segundo elemento: El empobrecimiento 166

VII.2.2.1.- Clases de empobrecimientos 168

VII.2.2.2.-Formas resultantes del empobrecimiento 169

VII.2.3.- Tercer elemento: Empobrecimiento y enriquecimiento correlativos 172

VII.2.3.1.- Formas de la relación de causalidad 175

VII.2.3.2.-La causalidad 176

VII.2.3.3.- La prueba de la causalidad 177

VII.2.4.-Cuarto elemento: Falta de causa o que el enriquecimiento sea injustificado 178

VII.2.5.- Quinto elemento: Ausencia de responsabilidad (culpabilidad) del empobrecido 184

VII.2.6.- Sexto elemento: Ausencia de interés personal del empobrecido 186

VII.2.7.- Séptimo elemento: Ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley detenidamente para el efecto 187

VII.2.7.1.- La acción cambiaria de enriquecimiento injusto 193

VII.2.7.1.1.- La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 198

VII.2.7.2.- La acción por enriquecimiento es una acción personal y subsidiaria 210

VII.2.8.- Octavo elemento: Que no puede emplearse esta acción de enriquecimiento injusto para violar disposiciones imperativas de la ley 212

CAPÍTULO VIII 215

DERECHO DE DAÑOS Y DERECHO DE ENRIQUECIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO 215

VIII.1.- Análisis Comparativo entre la acción de daños y la acción de enriquecimiento sin causa 215

VIII.1.1.- Primera diferencia 216

VIII.1.2.- Segunda diferencia 218

VIII.1.3.- Tercera diferencia 219

VIII.1.4.- Cuarta diferencia 219

VIII.1.5.- Quinta diferencia: 222

VIII.2.- El derecho de daños y el enriquecimiento injustificado en el Derecho comparado 225

VIII.2.1.- Preámbulo al análisis comparativo de los sistemas jurídicos 225

VIII.2.2.- Análisis comparativo 227

VIII.2.3.- Discusiones sobre la delimitación del enriquecimiento injustificado 239

VIII.2.3.1.- El enriquecimiento injustificado y la responsabilidad contractual 243

VIII.2.3.2.- El enriquecimiento injustificado y la responsabilidad extracontractual: Análisis aplicado al caso de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno. 256

VIII.2.3.3.- Los daños punitivos (*punitive damages*) y el enriquecimiento injustificado 270

VIII.2.3.3.1.- Consideraciones previas 270

VIII.2.3.3.2.- Análisis comparativo 272

CAPÍTULO IX 287

OTRAS FIGURAS JURÍDICAS RELACIONADAS CON EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO 287

IX.1.- Introducción 287

IX.1.- Del pago de lo no debido o pago de lo indebido 288

IX.1.1.- Elementos o requisitos esenciales que configuran el pago de lo no debido o pago de lo indebido 292

IX.1.2.- Consideraciones finales sobre la relación entre el enriquecimiento injustificado y el pago de lo no debido 296

IX.2.- De la Gestión de Negocios 298

IX.1.3.- Algunas consideraciones sobre las obligaciones naturales y la promesa de compraventa de bien inmueble otorgada a través de documento privado y su relación con la teoría del enriquecimiento injustificado 302

CONCLUSIONES 319

Conclusión final 366

Bibliografía 370

Palabras finales 390

INTRODUCCIÓN

TRATADO SOBRE LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO O SIN CAUSA EN EL DERECHO CIVIL DE LAS OBLIGACIONES: HISTORIA, LEGISLACIÓN, DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y DERECHO COMPARADO.

1.- PROEMIO

La institución del enriquecimiento sin causa o injustificado es, sin lugar a dudas, uno de los aspectos más delicados dentro de los temas de la responsabilidad civil y la teoría general de las obligaciones. Pero, de la misma forma, es uno de los que marcan la tendencia más acentuada hacia la realización jurídica de los principios y valores fundamentales del Derecho. Las legislaciones que lo han adoptado, han procedido con el mejor acierto ya que en los tiempos actuales se impone la necesidad de legislar sobre aspectos tan importantes que permitan hacer efectivos principios generales del Derecho como son la justicia y la equidad. La idea actual es la de no sacrificar la justicia por las simples formalidades o falta de ley; es por eso que, en el plano de la eficiencia de las normas jurídicas es imperioso que se legisle expresamente sobre temas como el enriquecimiento injustificado; y, de esta manera, evitar situaciones que contravengan los axiomas fundamentales del Derecho.

En años recientes, la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa ha sido una de las áreas intelectualmente más relevantes dentro del derecho privado. Sin embargo, no existe todavía unanimidad, ni en los sistemas legales del derecho civil romanista ni en los del *common law*, sobre la forma de estructurar esta importante rama de la teoría general de las obligaciones. Consecuentemente, algunos aspectos claves de esta figura deberán ser considerados comparativamente, y de esta manera permitan dilucidar soluciones, ya sean teóricas o prácticas, sobre la naturaleza y elementos de la institución del enriquecimiento sin causa.

Existen asuntos fundamentales que la doctrina ha desarrollado acerca de la figura que ocupa nuestro estudio; consecuentemente, por una parte se ha discutido acerca de la naturaleza de la figura del enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de obligaciones, luego se han abordado aspectos como son: los elementos constitutivos del enriquecimiento injustificado o sin causa, las bases para la recuperación del enriquecimiento, forma de ejercer el derecho de acción específico y directo, su relación con otras fuentes de las obligaciones, sin dejar de lado cuestiones específicas del tema principal y otras relativas a distintas áreas del derecho de obligaciones; tampoco se ha descuidado la revisión de la historia del Derecho romano, en la que se originó la figura del enriquecimiento injustificado; asimismo, y en menor medida, se han realizado anotaciones en las que se ha tomado en cuenta los aspectos relacionados con el derecho de propiedad.

Por su parte, estamos conscientes que nuestra legislación civil, producto neto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas, elaborada hace más de un siglo, cuando dominaba, todavía, en el campo económico la pequeña industria y en el campo jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto muy deficiente para poder regir a satisfacción todas las relaciones surgidas en la actualidad, entre los individuos o entre éstos y el Estado, una de esas falencias es, precisamente, las relacionadas con el enriquecimiento sin causa.

En este sentido, debemos añadir que, es completamente infundada la opinión de los que sostienen que el Derecho Civil debe ocuparse exclusivamente de las relaciones entre particulares que no afecten directamente a la sociedad y que por lo tanto, dichas relaciones deben ser reguladas únicamente en interés de quienes las contraen. Desde luego que son poquísimas las relaciones entre particulares que no tienen repercusión en el interés social; por lo tanto, las relaciones jurídicas deben reglamentarse armónicamente, considerando, además, que el Derecho, de ninguna manera puede prescindir de su fin social.

Consecuentemente, la importancia de la teoría del enriquecimiento injustificado como un medio efectivo para asegurar el equilibrio de las relaciones civiles es aceptada por muchos autores y eruditos del Derecho; y, además, es reconocida en muchas legislaciones de manera expresa y directa. A propósito de esta importancia, debemos tomar en cuenta los

evidentes y muy antiguos orígenes históricos de la figura del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones.

Recordemos, entonces, que el antiguo Derecho Romano tenía principios consagrados que nos muestran claramente la intención positiva de que en ningún concepto se irrogará daño a nadie; son conocidísimos aquellos célebres aforismos romanos: "*honeste vivere, alterum non laedere, suum unicuique tribuere"* , que sirvieron como base para la formulación de las célebres "*condictiones"* del Derecho de Justiniano, así como para la creación posterior de la institución del "enriquecimiento injustificado o sin causa", adoptado hoy en día por muchas legislaciones modernas como: la suiza, la alemana, la mexicana, la peruana, la brasileña, la italiana, entre otras.

En la actualidad, la teoría más aceptada sobre el origen de la institución del enriquecimiento sin causa sostiene que, el sistema romano clásico perfiló una serie de acciones tendientes a procurar que, en ningún caso, se produjeran situaciones de enriquecimiento patrimonial que se encontraran privadas de causa y fundamento. Por otro lado, algunos historiadores sostienen la existencia de una acción común para todas las situaciones de enriquecimiento injustificado, en este sentido atribuyen a Pomponio la frase del Digesto que dice: "*IURE NATURAE AEQUUM EST, NEMINEM CUM ALTERIUS DETRIMENTO ET INIURIA FIERI LOCUPLETIOREM"*, que quiere decir: "Es conforme a la equidad del derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro".

Siguiendo esta tradición, en nuestra legislación histórica, la profunda inspiración romanista de las Partidas hace que aparezca expresamente la condición de que "ninguno debe enriquecerse torticeramente con daño de otro"; sin embargo, llegado el momento de la codificación, no se reguló expresamente una acción de enriquecimiento, ni se dedicó artículo alguno a la erradicación del enriquecimiento injustificado.

El fundamento de la obligación dimanante del enriquecimiento injustificado o sin causa ha sido discutidísimo en la doctrina mundial. La jurisprudencia existente, tanto extranjera como de la Corte Suprema ecuatoriana, en la mayoría de los casos parece cimentarse sobre todo en razones de equidad. No obstante, dado que la equidad requiere en nuestro sistema

una norma expresa y habilitante en cada caso, la mayor parte de las sentencias suelen argumentar trayendo a colación la idea del principio general del Derecho.

Asimismo, la doctrina, una vez admitido el principio general, pone de manifiesto que la obligación de resarcimiento del que se ha enriquecido injustificadamente a costa de otro constituye el fundamento último de numerosas disposiciones del Código Civil.

No obstante, la entrada en juego del enriquecimiento injustificado o sin causa exige inexcusablemente, según los diversos tratados jurídicos, la concurrencia de varios requisitos, dicho sea de paso, muy discutidos algunos de ellos, y que es nuestro interés dilucidar y analizarlos en esta obra. Además, los elementos constitutivos de la citada institución deberán ser determinados de manera clara, ya que del cumplimiento de éstos depende la correcta aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa a los casos individuales que se presenten en la realidad fáctica.

En conclusión, es evidente, según lo dicho hasta ahora, que las consecuencias propias de las situaciones de enriquecimiento injustificado radican en procurar el reequilibrio patrimonial de los sujetos afectados por las situaciones de enriquecimiento sin causa. Por tanto, el empobrecido, demandante, reclamará al enriquecido ora los bienes que se hayan podido incorporar a su patrimonio, ora una cifra dineraria. Convirtiéndose el uno en deudor y el otro en acreedor, en base a un vínculo jurídico que los une y les permite reclamar una determinada prestación de pedir lo que, en estricto Derecho, les corresponde.

2.- PRECISIONES SOBRE EL ALCANCE DE ESTE TRATADO

Para comenzar, es importante señalar que el derecho comparado, especialmente entre sistemas jurídicos de la misma tradición histórica, como de distintos orígenes como son: el sistema civil de tradición escrita romana y el sistema del *common law* o derecho anglosajón, pueden servir para formular una mejor alternativa en cuanto a determinar las razones que llevan a éstos sistemas y ordenamientos jurídicos a calificar de tal o cual naturaleza a la figura del enriquecimiento injustificado o sin causa. Se espera que este análisis sea válido no solamente en el campo académico sino que, en último término, sirva

para que su aplicación sea viable como un mecanismo basado en principios fundamentales del Derecho y, sobre todo, en base a figuras específicas del derecho civil de las obligaciones.

Desde mi punto de vista, una de las razones principales que me ha motivado a realizar esta obra es la necesidad de incluir la acción de enriquecimiento sin causa como una acción principal, autónoma y directa, no accesoria y tampoco residual, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para el efecto, es imprescindible realizar el trabajo de diferenciación de la acción por enriquecimiento sin causa de las diversas acciones e instituciones legales que puedan presentar aparentes similitudes, tanto en su uso como en los resultados que genere su aplicación.

De la misma manera, se deberá entender también, al enriquecimiento injustificado o sin causa, dentro del derecho civil, y más específicamente dentro de la teoría general de las obligaciones y de la responsabilidad civil; es decir, como fuente de obligaciones, que se suma a las otras fuentes típicas establecidas por los códigos civiles de tradición francesa. Asimismo, es necesario realizar una comparación entre el derecho de enriquecimiento y el derecho de daños, se deberá estudiar la aplicación práctica de la institución del enriquecimiento injustificado o sin causa como una alternativa a la imposibilidad de incluir en nuestro ordenamiento jurídico la institución de los daños punitivos.

Otro aspecto esencial que va ligado a este tipo de investigaciones teóricas, se basa en el análisis histórico y la evolución de la teoría del enriquecimiento sin causa, de tal manera que se logre entender la situación actual de esta institución, sobre todo tomando como referencia a la legislación ecuatoriana. Por otro lado, no debemos descartar los aspectos iusfilosóficos o de principios generales del derecho que están relacionados con la teoría del enriquecimiento sin causa; por este motivo, es necesario analizar principios y valores fundamentales del Derecho como son la justicia y la equidad, que nos permitirán entender de manera más clara las razones que envuelven la falta de reconocimiento legal de esta figura en distintas legislaciones.

Para mejor entendimiento y mejor exposición de las ideas, será necesario la proposición de ejemplos de casos reales que hayan sido resueltos bajo estos conceptos, sobre todo se

buscará utilizar jurisprudencia ecuatoriana, sin perjuicio que se use determinada jurisprudencia comparada, cuando sea relevante.

Antes de finalizar, creo conveniente señalar que se ha delimitado el alcance de este libro y se ha previsto el contenido de la misma de forma panorámica. Además, es evidente que el alcance analítico ha quedado establecido, así como su contenido, explicados dentro de las clasificaciones teóricas específicas. Igualmente, queda definido el espacio de aplicación del análisis crítico, que parte en referencia al ordenamiento jurídico ecuatoriano, pero que, en último término, busca el análisis del Derecho comparado.

3.- OBJETIVOS GENERALES

De las razones que sustentan la realización de este trabajo investigativo han surgido los objetivos principales que son la base para el desarrollo del mismo, y son los siguientes:

1.- Determinar, de manera clara y precisa, luego de un análisis jurídico crítico, suficientemente razonado, la naturaleza de la institución del enriquecimiento injustificado dentro del derecho civil de las obligaciones.

2.- Investigar y analizar el contexto jurídico histórico en el que surge la teoría del enriquecimiento sin causa.

3.- Definir y delimitar conceptos y teorías dentro de los cuales se desenvuelve la figura del enriquecimiento injustificado o sin causa, como son: la obligación civil, la relación de la acción con la obligación, el cuasicontrato, las fuentes de las obligaciones, la responsabilidad civil, etc.

4.- Delimitar y precisar la definición que más se adapte a la naturaleza del enriquecimiento injustificado o sin causa y concretar las diversas denominaciones y calificativos que sobre esta figura ha utilizado la doctrina especializada.

4.- Establecer y analizar, taxativamente, los elementos constitutivos fundamentales del enriquecimiento injustificado o sin causa como fuente autónoma de obligaciones.

5.- Realizar un análisis comparativo entre el derecho de daños y el derecho de enriquecimiento, desde el punto de vista de la acción de daños y la acción de restitución por enriquecimiento injustificado.

6.- Comparar el tratamiento que han dado a la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa, tanto los ordenamientos jurídicos pertenecientes al derecho civil escrito de tradición romana, así como los ordenamientos pertenecientes al *common law* o derecho anglosajón.

7.- Diferenciar y contrastar la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa de otras figuras como la responsabilidad contractual, la responsabilidad extracontractual, los daños punitivos, el pago de lo no debido, la agencia oficiosa y las obligaciones naturales.

4.- JUSTIFICACIÓN

Sin lugar a dudas uno de los aspectos que me motivó a la realización de este trabajo investigativo y analítico es el interés personal que ha despertado el estudio del derecho civil, más específicamente la teoría general de las obligaciones. En mi mente, durante los años de estudio en la facultad de jurisprudencia, surgieron varias interrogantes, sobre todo, en cuanto tiene que ver con aspectos poco difundidos dentro de nuestra realidad jurídica; tal es el caso de la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa, que además de no estar reconocido expresamente por la legislación vigente, es poco, muy escaso, casi nulo, lo que se ha escrito sobre el tema en nuestro país, y en general en Latinoamérica.

En este sentido, el interés personal se basa en la búsqueda del conocimiento y en la necesidad de proponer una alternativa a diferentes situaciones, que desde mi perspectiva, no tienen una vía lo suficientemente clara o efectiva para resolverse en la actualidad. Sobre todo, movido por los principios fundamentales sobre los que se sostiene la ciencia del Derecho, entendida ésta como necesaria para el funcionamiento organizado y pacífico de las sociedades y que de esta manera se permita el desarrollo y el progreso deseado por los miembros de la misma. El Derecho entendido como una herramienta que sirva a la sociedad para sus mejores fines, desde mi punto de vista, muchas veces ha sido olvidado y se han acudido a creaciones modernas, pero sin sustento axiológico suficiente. Debemos hacer

hincapié en los principios fundamentales para poder ejercer el Derecho propendiendo a la justicia que es el bien supremo que debe ser protegido sobre todos los demás.

La elección del tema de esta obra ha sido fruto de la meditación y no de la improvisación. En primer lugar, porque los problemas que de cuyo planteamiento brotan en el ámbito de la ciencia del Derecho, ofrecen gran variedad de formas y de riqueza de contenido, de suerte que sus resoluciones son, por lo general, discutibles y por tanto el aporte analítico y crítico son viables y necesarios. Y, en segundo término, porque no es raro que el abogado que pretende realizar un tratado jurídico, se haya dejado cautivar por determinadas cuestiones que, en el curso de la carrera, le hayan despertado un interés personal.

Consecuentemente, la relevancia del tema radica en la aplicación de principios generales del Derecho como son: la justicia y la equidad, y la discusión estricta a temas de derecho de civil de las obligaciones, precisamente, a través de la institución del enriquecimiento injustificado, entendida como fuente autónoma de obligaciones, que sirvan para dar solución a casos que, aparentemente, no podrían resolverse, de manera clara o suficiente, por otras vías.

Además, se busca explicar a través del análisis histórico, doctrinario, normativo, jurisprudencial y de Derecho comparado, la necesidad latente de aplicar ese principio específico del derecho de las obligaciones, para hacer efectivas las responsabilidades civiles derivadas de situaciones que no encajen en las otras figuras como son: el contrato, el delito, el cuasidelito, la ley, y las demás figuras como el pago indebido, la agencia oficiosa y las obligaciones naturales.

Por lo tanto, lo que se intenta en esta obra, es relacionar estas concepciones teóricas, que hasta cierto punto han sido menospreciadas y olvidadas, con los problemas que se presentan en la práctica jurídica moderna. Este punto quedará explicado cuando en el trabajo se analice la posibilidad de aplicar la institución del enriquecimiento indebido como acción directa, autónoma e independiente en el sistema legal ecuatoriano, basada, ya sea en valores axiológicos como la justicia y la equidad, entendidos como principios generales del derecho, así como también, basados en concepciones teóricas derivadas del derecho de las obligaciones civiles.

Consecuentemente, la posibilidad real de aplicar los contenidos de la concepción teórica en el objeto de investigación planteado, supera los límites jurídicos y llega a los sociales, políticos, económicos y culturales que se presentan en este momento histórico. Por lo tanto, es muy probable que esta nueva concepción sobre principio teóricos clásicos, se convierta en guía para la acción en la práctica material, venciendo los límites conceptuales e irreales que atan la evolución del ordenamiento jurídico ecuatoriano y en último término de la administración de justicia.

En este trabajo propongo una nueva forma de analizar la teoría clásica, compatibilizarla con nuevas tendencias del Derecho, complementarla con instituciones que han funcionado en otros sistemas jurídicos y otras legislaciones, para que, de esta manera, sea efectiva su aplicación a los casos reales que se presentan en las cortes y juzgados.

Es indudable, que lo que trataré de hacer, está fuera de lo convencional en cuanto se refiere a variar la concepción limitada que se ha tenido sobre este tema. Aparentemente se ha olvidado la importancia y la eficacia que puede representar la aplicación de una teoría ya existente, como es la del enriquecimiento sin causa, pero que, lamentablemente, no se la ha adaptado lo suficiente a los cambios sociales, económicos, culturales y jurídicos. Por lo tanto, se busca fortalecer, en base a la teoría general de las obligaciones, esta institución del enriquecimiento injustificado que ha sido hasta cierto punto olvidada y menospreciada por el legislador ecuatoriano, pero que tiene elementos que sirven muchísimo para resolver situaciones aparentemente complicadas bajo la perspectiva de otras teorías.

Muchas veces nos hemos olvidado de lo fundamental y nos hemos distraído por lo artificioso. Entonces, debe existir la suficiente justificación teórica, para luego proponerse un cambio normativo viable que permita obtener los objetivos planteados, en cuanto a la viabilidad y eficacia de las normas relativas al enriquecimiento injustificado en la práctica.

La complejidad de la existencia social y de la aplicación de las leyes no siempre lleva a la justicia. Sin embargo, el filósofo griego Aristóteles, en su Etica Nicomaquea, llegó a recomendar que, no permitamos que nos gobierne el ser humano, sino la ley, porque el ser humano ejerce el poder para sí mismo y acaba por hacerse tirano. No obstante, la propia ley requiere a veces ajustes a través del empleo de la equidad.

En conclusión, cinco son las razones que me han movido para realizar este trabajo investigativo: 1) La primera tiene que ver con el gusto por la materia, es decir, por la teoría general de las obligaciones; 2) La segunda razón está relacionada con el interés de ampliar los conocimientos con respecto al tema del enriquecimiento injustificado, ya que poco se lo trata en los programas de clase de las diversas facultades de jurisprudencia; 3) El tercer motivo tiene que ver con la falta de análisis doctrinario que sobre el tema existen en nuestro país, así como el limitado trabajo doctrinario que se ha generado en Latinoamérica al respecto; 4) La cuarta razón, está relacionada con la creciente aceptación de la institución del enriquecimiento injustificado en ordenamientos jurídicos del *common law*, sobre todo en los últimos 20 años, y el inusitado trabajo académico, doctrinario y jurisprudencial que sobre este tema se ha generado en la actualidad; y, 5) Finalmente, una razón importante, tiene que ver con el interés personal en profundizar en un análisis crítico sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa como una fuente autónoma de las obligaciones y en la necesidad de implementar esta posición en la obsoleta clasificación que hace nuestro Código Civil sobre las fuentes de las obligaciones, y de esta manera propender a obtener soluciones legales, eficientes, justas y que permitan administrar justicia de una manera más expedita, en beneficio de todos.

5.- ANOTACIONES METODOLÓGICAS Y SEÑALAMIENTO SUMARIO DE LOS CAPÍTULOS

En este punto seré breve, pues las explicaciones que se pueda dar, están contenidas de manera explícita en los puntos tratados anteriormente en esta introducción. Sin embargo, aquí cabe precisar los puntos básicos que permitan un mejor entendimiento del problema investigativo que se trabajará.

De esta manera, de acuerdo a lo mencionado anteriormente, el desafío jurídico que se quiere resolver, tienen una incidencia directa en la aplicación del Derecho a la práctica material. En este sentido, es importante señalar que la posibilidad de aplicación depende de la implementación normativa de variantes y reformas legislativas sobre el ordenamiento

jurídico nacional. Claro está el fundamento doctrinario estará suficientemente sustentado y analizado.

En este orden de ideas, es evidente que las posibilidades de solución son planteadas desde una perspectiva teórica y por otro lado desde una perspectiva de experiencias en otros países y sistema jurídicos que han brindado buenos resultados. Sin embargo, la posibilidad de soluciones reales se deberá observar ya al momento de su aplicación real, no se puede simular los posibles efectos; no obstante, se puede esperar ciertos resultados en base a los conceptos teóricos y las interpretaciones lógicas que se hagan a su debido momento.

El tema, como se ha explicado en líneas anteriores, tiene una relevancia y trascendencia legal, ética, deontológica, social y económica dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La importancia ha sido reconocida por otras legislaciones y recogida en normas legales. En el Ecuador, a pesar de la influencia que ha tenido el derecho Romano en la conformación de nuestro derecho civil, se ha dejado de lado esta teoría jurídica y ha aplicado otras variantes más apegadas al derecho de daños en su concepción actual, que, también, tiene una relación cercana a la que plantean los ordenamientos jurídicos del *common law*, y a teorías derivadas de axiomas económicos y que tienen otras perspectivas con respecto de los principios universales de la equidad y la justicia.

Este libri, por otro lado, también trata de complementar el espectro de protección a los derechos patrimoniales en el evento de que el daño patrimonial o moral no existiera; y por otro lado cuando la responsabilidad subjetiva no sea necesariamente la aplicada, sino una responsabilidad objetiva.

Para poder desarrollar este tema se abordan, principalmente, ramas del Derecho como: la teoría general de las obligaciones, el derecho de daños, la responsabilidad civil contractual y extracontractual; además, este trabajo requiere un importante ejercicio de derecho comparado. En consecuencia, se tomarán en cuenta las legislaciones en las que se ha reconocido legalmente esta teoría y las que no lo reconocen, sin discriminarlas, simplemente por el hecho de pertenecer, ya sea al sistema jurídico romanista o al sistema jurídico del *common law*.

En conclusión, respecto de la metodología, tres son los métodos principales escogidos para estudiar la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa: el primero es el analítico, el que nos servirá para determinar el orden del pensamiento en este trabajo; el segundo es axiológico, se usará en menor grado, pero servirá para tratar el tema relacionado con la justicia y equidad como valores principales dentro de la figura del enriquecimiento sin causa; y, el tercer método y más importante es el dogmático-normativo o dogmático-exegético, en base a este analizaremos la historia del Derecho relacionado al caso, las normas legales, doctrina nacional y extranjera, el Derecho comparado y, la jurisprudencia que nos permitan cumplir los objetivos planteados. Conforme a los precitados métodos, la presente obra se ha dividido en nueve capítulos o marcos básicos, que describo brevemente a continuación:

En el primer capítulo sobre la historia del enriquecimiento injustificado, se narra, describe, sistematiza y analiza los antecedentes de Derecho romano en torno a la figura del enriquecimiento injustificado, para el efecto detallan los aspectos relacionados con el sistema formulario, las *condictios*, el sistema Gayano-Justinieaneo, la *obligatio* y la *actio*, el sistema de las *Iustiniani Institutiones* y centra su atención en la figura de la *condictio sine causa*. Finalmente se hace un análisis sobre la evolución histórica de la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa hasta la instauración del Derecho de Justiniano, para lo cual se toman como base el análisis de las *stipulatios*, el *mutuum*, los contratos innominados, la figura de los *cuasi ex contractum* y la *actio in rem verso.* Es importante tomar en cuenta que lo que se presenta en este capítulo sirve como base de conocimiento para entender de mejor manera la concepción actual del enriquecimiento sin causa.

En el segundo capítulo definiremos el término obligación civil, ya que como sabemos, el tema de este tratado recae dentro de la rama del Derecho de obligaciones, por lo tanto, se iniciará la conceptualización desde su significado más general y usual, hasta llegar a la definición en sentido estricto; también se realizará el análisis respectivo con relación al vínculo obligacional.

Siguiendo este orden de ideas, en el capítulo tercero, realizaremos un estudio sobre la relación entre la obligación y la acción, desde una perspectiva comparativa histórica;

debemos recalcar que a la acción la consideramos desde una perspectiva civilista, mas no procesalista, por obvias razones. Todo lo que quede establecido en estos dos capítulos nos servirán para entender de mejor manera el ámbito de aplicación de la figura del enriquecimiento injustificado dentro de la teoría general de las obligaciones.

Siguiendo un proceso ordenado y sistemático, y en concordancia con los capítulos precedentes, el capítulo cuarto topa el tema de la responsabilidad civil y las fuentes de las obligaciones desde una perspectiva actual. Además, el análisis se hace sobre temas que están concatenados con la responsabilidad civil, es decir, se determina la relación que existe entre las fuentes de las obligaciones y la responsabilidad civil. Es importante determinar esa división que ha hecho la técnica jurídica, en su afán de facilitar el estudio del Derecho Civil de las Obligaciones, la que ha sido categórica al afirmar que para un cabal entendimiento del fenómeno obligacional, es fundamental el estudio de las fuentes de las obligaciones, no sólo para determinar el origen de las mismas, sino también por un evidente sentido práctico, ya que no existe otra forma de probar una obligación sino es por la causa o el hecho que la ha generado. En este capítulo haremos una crítica a la clasificación de las fuentes de las obligaciones que hace el Código Civil ecuatoriano y finalmente haremos una referencia a la clasificación que se hace en la legislación comparada. Dentro de este capítulo, notamos la gran importancia que ha ido ganando la figura del enriquecimiento sin causa en la doctrina y legislación moderna.

En el capítulo quinto, realizaremos una crítica a la figura del cuasicontrato como fuente de las obligaciones; igualmente, sobre consideraciones teóricas, demostraremos por qué su uso debe ser erradicado de la legislación vigente, sobre todo porque se trata de un término confuso que debe su utilización solamente a una equivocada tradición jurídica de algunos ordenamientos. Finalmente, y previo a definir y determinar los elementos fundamentales y las consideraciones teóricas que sustentan la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa, lo cual lo haremos en los inmediatos posteriores capítulos, se analiza la razón por la cual la figura que tratamos como tema central de este tratado se ha convertido en una fuente de las obligaciones autónoma, independiente y distinta a cualquier otra denominación.

Al llegar al capítulo seis de este libro, tratamos de lleno la noción de la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa como fuente de las obligaciones, partimos de las generalidades de esta figura, lo que nos lleva a analizar a la equidad y los principios generales del derecho como posibilidad de aplicar esta institución en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Se define en estricto sentido el concepto sobre el enriquecimiento sin causa o injustificado; luego se realiza un breve estudio sobre el tratamiento que sobre esta fuente de las obligaciones se tiene en diversos ordenamientos jurídicos. Finalmente se dan precisiones sobre la correcta denominación y calificativos que se debe dar a esta figura, ya sea: injustificado, sin causa, injusto, ilegítimo, torticero, o ilegal.

En el capítulo siete, una vez que se han establecido las precisiones conceptuales necesarias, procedemos a diseccionar a la figura del enriquecimiento injustificado o sin causa, consecuentemente concretamos los elementos constitutivos de esta institución lo que nos facilita el proceso mental de aquilatamiento de la misma; es más, al analizar los elementos básicos o requisitos objetivos y subjetivos del enriquecimiento injustificado podremos tener una visión clara de la naturaleza misma de esta fuente de las obligaciones. Este es un capítulo central en este tratado, ya que nos permitirá abordar temas como el de la relación entre el derecho de enriquecimiento y el derecho de daños y entre otras figuras que las desarrollamos en los siguientes dos capítulos. Igualmente, se discutirán y analizarán de manera crítica estos requisitos, acudiendo a doctrina comparada y a jurisprudencia nacional.

Consecuentemente, para efectos de este trabajo, los ocho requisitos a ser analizados son los siguientes: 1) enriquecimiento, 2) empobrecimiento, 3) empobrecimiento y enriquecimiento correlativos, es decir, una relación de causalidad entre el empobrecimiento y enriquecimiento; 4) falta de causa o que el enriquecimiento sea ilegítimo, 5) ausencia de responsabilidad (culpabilidad) del empobrecido; 6) ausencia de interés personal del empobrecido; 7) ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley detenidamente para el efecto; y, 8) que no puede emplearse esta acción de enriquecimiento injusto para violar disposiciones imperativas de la ley. Antes de finalizar, es preciso señalar que analizaremos de manera especial en este capítulo, la pertinencia de dos requisitos, es decir, el que supone que la acción de enriquecimiento sin causa es una acción subsidiaria y dentro

de este punto dedicaremos especial atención sobre la acción cambiaria de enriquecimiento injusto en el Ecuador, en base, a la legislación vigente y a la jurisprudencia nacional; además, el otro requisito a ser profundizados el relativo a la ausencia de causa jurídica.

El octavo capítulo de este trabajo, se fundamenta en los conceptos y teoría expuesta en las secciones precedentes. Es preciso señalar que este capítulo así como el capítulo siete, forman la base principal de este trabajo académico. En este apartado se empieza con un análisis comparativo entre la acción de enriquecimiento sin causa o injustificado y la acción de daños, en el que se establecen cinco diferencias fundamentales. Se prosigue con un análisis del derecho de daños y el derecho de enriquecimiento en el derecho comparado, en el que se hace especial énfasis en la contrastación que se da sobre el tema en el sistema civilista de tradición romanista y el sistema del *common law*. Dentro de este subtítulo se analiza el proceso de delimitación de la figura del enriquecimiento injustificado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada. Luego, se analiza de manera concreta las relaciones que existen entre la responsabilidad contractual y el enriquecimiento sin causa; posteriormente se analiza, desde la perspectiva del enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno, la relación existente entre la teoría que nos ocupa y la responsabilidad extracontractual. Finalmente, se analiza y se compara la acción de enriquecimiento sin causa con la figura de los daños punitivos o *punitive damages*, en donde buscamos delimitar sus campos de actuación y aclarar ciertas confusiones que sobre éstos aspectos han incurrido algunos tratadistas y cierta jurisprudencia.

Para finalizar este tratado, en el capítulo nueve, nos ha parecido importante analizar y comparar, de forma concreta y entendible, algunas figuras jurídicas que están directamente relacionadas con la teoría del enriquecimiento injustificado, como son: el pago de lo no debido y la gestión de negocios. Asimismo, analizaremos la cuestión sobre las obligaciones naturales y la promesa de compraventa de bien inmueble otorgada a través de documento privado y su relación con la teoría del enriquecimiento injustificado, para lo que utilizaremos como referencia la jurisprudencia nacional. El estudio de las mencionadas figuras nos sirve para delimitar el campo de ejercicio de la institución y teoría del enriquecimiento injustificado tanto dentro de nuestro ordenamiento jurídico como de otros similares al nuestro.

Finalmente, se establecerán las conclusiones más importantes que se hayan obtenido de la presente investigación y análisis crítico sobre la figura del enriquecimiento injustificado o sin causa. Para efectos didácticos, las conclusiones estarán numeradas en orden ascendente y en relación con el ordenamiento temático planteado para este libro, además, se presentará una conclusión final, lo que permitirá una comprensión más clara del asunto tratado.

CAPÍTULO I:

HISTORIA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

I.1.- Historia de esta institución en el Derecho romano

I.1.1.- Antecedentes.- Derecho Romano

I.1.1.1.- El sistema formulario y la *condictio*

En medio de todas las instituciones jurídicas del Derecho romano, se ha podido apreciar que la acción del enriquecimiento injustificado se fue creando y desarrollando de acuerdo a las exigencias prácticas que le imponían los cambios sociales, económicos, políticos y jurídicos de la época. Por esta razón, no se elevó a esta institución a una perfecta sistematización, sino que se fueron creando más bien las denominadas *Condictiones*[1]*;* de las que cada una se refería a un caso específico.

Evidentemente este sistema sufrió los primeros estragos que necesariamente acarrea consigo toda experiencia jurídica. En virtud de lo cual fueron reemplazadas por el sistema formulario que, en síntesis, consistía en que el Magistrado después de haber oído a las partes les entregaba una instrucción escrita, una *fórmula*, en la que las partes tenían que consignar las pretensiones (o todo cuanto se reclamaba) ya de hecho, ya de derecho. Esas

[1] Ferdinand Mackeldey, *"Elementos del Derecho Romano"*, segunda edición, Imprenta de la Sociedad Literaria topográfica, Madrid, España, 1845, p. 118. (Indica este autor, que las acciones personales, que en el derecho nuevo (romano) también se llaman *condictiones*, son aquellas que tienen por objeto pedir la ejecución de una obligación, y que no pueden por consiguiente ser dirigidas sino contra la persona (el deudor) especialmente obligada. Estas acciones son tan varias como las obligaciones cuya ejecución tiene por objeto, y como ellas también descansan sobre un contrato o sobre un cuasicontrato, o sobre un delito o sobre un cuasidelito o sobre una disposición de la ley. Así nacen las *condictio*, que en realidad eran acciones personales de restitución, en ciertas situaciones particulares en los que se consideraba que el enriquecimiento era injusto, y como veremos luego, son tan diversas como sus causas.)

pretensiones después de ser estudiadas por el Magistrado pasaban a manos del juez nombrado por él, para que estudie y falle.[2] Ordinariamente la fórmula contenía seis partes[3]:

1.- La llamada *Demostratio*, que consistía en el objeto mismo que el demandante reclamaba y que constituía la base de la demanda. Esta parte no era esencial y podía perfectamente omitirse, ya que podía estar comprendida en la segunda parte. Indicaba qué objeto tenía la acción y expresaba los hechos.

2.- La segunda se conocía como *Intentio* y contenía un resumen de la pretensión del demandante, venía a ser la cuestión de derecho (*juriscontentio)*. Señalaba las pretensiones del actor con respecto del demandado.

3.- La *condemnatio*, era la tercera parte de la fórmula. Otorgaba al juez el poder para decidir la causa. La condena era pecuniaria, cualquiera que haya sido el objeto del proceso.

4.- La cuarta se conocía como *Adjudicatio* y consistía en la facultad, además de la de absolver y condenar, en la que el magistrado daba al juez para dar a las partes la propiedad del objeto materia del litigio. En otras palabras la facultad del juez para trasladar la propiedad de bienes. Esta era generalmente usada en las acciones de partición de herencia, la partición de una cosa indivisa y la de arreglo de límites y linderos.

5.- Conocida como *Praescriptio*, limitaba los efectos del juicio. Estas *praescriptiones* podían ser a favor del actor encaminándose a dar precisión a la demanda o a favor del demandado, es decir, advertencias sobre cuestiones de resolución previa que habían sido alegadas por el reo.

6.- La última parte llamada *Exceptio*, otorgaba al demandado la posibilidad de alegar hechos que limitaran al juez su facultad de condenar. Podían referirse tanto a las pretensiones del actor como a los poderes del juez otorgados por el magistrado. El actor

---

[2] Julio Bastidas Aguirre, *"El enriquecimiento injustificado"*, Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador, 1940, p.6.

[3] *Vid*. Carlos García Torres, *"Cuestiones introductorias al Derecho Romano",* primera edición, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, Ecuador, 2004, pp.94-95.

podía oponer a la *exceptio* una nueva excepción llamada *replicatio* a esta el demandado podía oponer otra excepción (*duplicatio*) y el actor otra *(triplicatio)*. No estaban previstos límites para esta guerra de excepciones. La gran ventaja de la *exceptio* es que permitía al juzgador determinar si el actor había probado sus afirmaciones o el demandado había probado sus excepciones y decidir en consecuencia.[4]

En base a esta descripción, bastante sistemática, acerca del sistema formulario, pretendo ilustrar la transición que se produjo entre las primitivas *condictiones* y las que posteriormente llevaron el mismo nombre y que sirvieron de fundamento remoto de la institución del enriquecimiento injustificado.

Es así que, luego de 200 años aproximadamente, el sistema formulario había alcanzado casi su pleno vigor y de esta manera llegaba su ocaso; debido, principalmente, a la imperiosa necesidad de la vida social que exigía de modo inmediato una manera de corregir los abusos que al amparo de este sistema se cometían.

De esta manera, entonces, surge la figura conocida como *condictio*[5], que es la acepción más propia a lo que nos compete en este trabajo investigativo; y que puede definirse de la siguiente manera:

> La *condictio* en su definición etimológica tiene un significado de intimación, porque viene de la palabra *condicere* que en latín significa: intimar. Ahora, considerando a la *condictio* bajo el concepto propio del derecho de las obligaciones, significada una intimación que el actor hacía al demandado sin solemnidad especial para que comparezca ante el magistrado.[6]

---

[4] Es un sistema procesal muy similar al ordinario civil actual, que comienza con una demanda, que contiene la designación del juez, nombres y singularización de las partes, tanto actor como demandado, fundamentos de hecho y de derecho, pretensión, trámite, cuantía. Además de la contestación, excepciones, traba de la litis, etc. Las similitudes son evidentes, lo que hace más comprensible esta *formulatio* romana. Pero debemos recalcar que este sistema formulario al no establecer límites en cuanto a la proposición de excepciones y "contra-excepciones" de ambas partes, se traducía en un procedimiento muy largo, incluso interminable, a veces las *exceptios* llegaban *ad infinitum, r*azón principal por la cual fue sustituido por el sistema de las *condictios.*

[5] Resulta obvio no confundir, en Derecho romano, la *condictio* con la *condicio* (condición), correspondiendo ésta actualmente a los negocios jurídicos modales.

[6] Julio Bastidas Aguirre, *Op. Cit.*, p. 8.

Pomponio hace notar que *condicere* es sinónimo de *denuntiare*. Así en el pasaje del Digesto, en el que define a la *condictio* dice: "Intimar y denunciar son lo mismo en el lenguaje antiguo". Por lo tanto, esta acción propiamente se llama *condictio*, pues el actor intimaba al reo o adversario para que comparezca ante el juez en el plazo de treinta días.

Como era de esperarse, la *condictio* no tardó en ser empleada para designar toda acción personal de estricto derecho. El procedimiento *per condictionem* era más sumario que los otros procesos que subsistían en ese momento, conforme lo requería la misma naturaleza de la causa. La acción concedida a la *condictio* con el fin de reclamar un objeto o una dación (*dare oportere*), es decir, la transferencia de un derecho real, tomaba el nombre de *condictio* en su sentido más restringido. Usándola, en cambio, en su sentido lato cuando se trataba de significar cualquier acción personal.[7]

I.2.- El sistema de fuentes de las obligaciones.- El sistema Gayano-Justinianeo

I.2.1.- De las obligaciones.- *Actio* y *Obligatio*

"En el derecho romano clásico el momento decisivo de la existencia de una obligación estaba determinado por la de una acción ora civil, ora pretoria. Puede decirse entonces que alguien estaba en verdad obligado si aparecía sujeto a una acción."[8] Además, quien creía tener esta acción con respecto a alguien debía alegar ante el pretor unos hechos anteriores y, bien se haya dejado o no constancia de ellos en la *intentio* de la fórmula,[9] según haya sido o no ésta causal, o en la *demonstratio*, en todo caso el actor tenía la carga de probarlos ante el juez.

---

[7] Julio Bastidas Aguirre, *Op. Cit*., pp.7-10.

[8] Alejandro Guzmán Brito, *"Derecho Romano Privado",* Tomo I, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p.701.

[9] Según hemos explicado *supra* el sistema formulario.

Desde el punto de vista sustancial, actualmente a esos hechos nosotros podemos denominarlos fuentes de las obligaciones. Sin embargo, los juristas clásicos, así como los romanos, solían llamarlos "causas" (*causae),* palabra ésta que tiene aquí el sentido de causa eficiente. Esta importancia de la acción determinó que los juristas llegaran propiamente a formular un sistema expositivo de tales fuentes o causas, en cuanto actos o hechos que generaban las obligaciones, porque estudiaban primordialmente las acciones, y sólo como consecuencia de ello es que se ocupaban en determinar las condiciones de hecho; es decir, las causas o fuentes, que pueden estar o no reconocidas por el *ius civile*, que hacían procedentes las acciones.

Estas acciones, consecutivamente, arrastraban sus causas. A su vez, las acciones ofrecidas por el edicto tenían un orden preestablecido, en éste aparecían, según su orden o prelación. "Por lo tanto, está muy claro que los juristas no llegaron a conocer propiamente un sistema de fuentes o causas de las obligaciones, sino un sistema de acciones obligacionales."[10]

Esto que se ha manifestado es primordial para entender la postura de este trabajo cuando se habla de una acción de enriquecimiento injustificado y no sólo del enriquecimiento injustificado o sin causa como una fuente autónoma de las obligaciones. Asimismo, es importante explicar brevemente, cómo es que se ha llegado a la concepción de las obligaciones como separadas de las acciones, veamos:

Gayo abandonó la visión procesal de la jurisprudencia metropolitana y adoptó en sus *Institutas* otra visión que puede denominarse causalista,[11] debido al uso que se daba ahí a la tricotomía de todo el Derecho en: *personae, res personae, res*[12] y *actiones*, y a la

---

[10] Alejandro Guzmán Brito, *Op. Cit.*, p. 702

[11] Vicente Arangio-Ruiz, (Traducción deFrancisco de Pelmaeker e Ivañez), *"Historia del Derecho Romano"*, Reus, Madrid, España, 1943, p. 465. (Mientras se estaba realizando la compilación del Digesto, Justiniano dio la orden a Triboniano, Teófilo y Doroteo de compilar, para uso de los escolares, un pequeño tratado elemental que sustituyese las Insituciones de Gayo, según había sido ya anunciado en la Constitución *Deo Auctore.* El encargo se cumplió rápidamente y con la constitución *Imperatoriam* de 21 de noviembre de 533 se publican, dedicadas a la *cupida legum inventus*, las nuevas Institutiones Justinianeas. Tanto en el sistema adoptado, como en la división en cuatro libros, esta obra se inspiró en el célebre modelo gayano…)

[12] Los romanos comenzaron a conocer y a legislar sobre la propiedad con la palabra *res*, y es necesaria no la traducción simple, sino la inteligencia histórica del uso y de la aplicación de esa palabra, *Res*, cosa. Desde el momento en que hubo una palabra que significase una tierra, un bien, un interés, un fruto, un valor cualquiera,

inclusión de la *obligationes* en la parte concerniente a las *res* en cuanto *incorporales;* por lo tanto, las obligaciones fueron drásticamente separadas de sus acciones; éstas, a su vez, también resultaron tratadas en sí con independencia de su función típica.

Ello condujo a Gayo a la necesidad de intentar una clasificación o sistematización de las fuentes o causas, desconectada de las acciones. Es así que con Gayo, podemos decir que nace propiamente un sistema de fuentes, el cual es usado actualmente por casi todos los autores que pertenecen al derecho civil occidental moderno, derivado del sistema civilista romano, como lo hacen por ejemplo: Ospina Fernández, Alessandri, Valencia Zea, Tamayo Lombana, Fueyo, Claro Solar, Planiol, Pothier, Von Tuhr, Couture, Borda, Giorgi, Capitant, Meza Barros, entre otros.

Esta mencionada tendencia es más alejada de la visión de los juristas del sistema del *Common Law*, quienes con respecto a las obligaciones derivadas del enriquecimiento injustificado tienen una visión muy cercana entre la acción y la obligación, similar a la del Derecho romano clásico, como lo hacen autores como: Zimmerman, Johnston, Birks, etc.

Sin embargo, la visión de Gayo terminó por predominar, a través de las *Institutas* de Justiniano[13], en todo el derecho posterior. [14] Aquí, es necesario mencionar que actualmente

---

y que esta palabra fuese generalizada a la acción de los hombres sobre los diversos objetos materiales, desde ese mismo momento se clasificaron a quién y cómo debían pertenecer esa diversidad de cosas que los romanos señalaban con la simple y sencilla palabra *res*.

[13] Las Institutas de Justiniano, son consideradas por muchos autores como la última palabra y piedra angular del Derecho civil romano, sin embargo se ha visto que no es precisamente algo absoluto sino solamente una etapa de la vasta historia del derecho romano, por lo tanto su validez es histórica y temporal. No se puede sin embargo, quitarle la importancia y la influencia que tuvo y tiene en los sistemas occidentales del derecho civil. Hablar de las *Instituciones* de Justiniano es hablar del *Corpus Iuris Civilis*, pues son parte de éste, como también lo son el *Digesto*, el *Código* –primera parte del *Corpus Iuris* en promulgarse (529 d.C.)-, y las *Novelas.* Vid: el trabajo de la Dra. Aurelia Vargas Valencia, *"La etimología en las Instituciones de Justiniano, una característica del lenguaje introductorio al conocimiento del Derecho"*, XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Buenos Aires, Argentina, 15 a 17 de septiembre de 2004, *passim.*

[14] Alejandro Guzmán Brito, *Op. Cit.*, pp.701-702

es casi imposible prescindir de una visión causalista, y por ello el presente trabajo está construido con base en el mismo criterio.[15]

I.2.2.- El sistema de las *IUSTINIANI INSTITUTIONES*

Como es conocido por todos nosotros, Justiniano fue quien desarrolló los conceptos contenidos en las *res cottidianae* hasta llegar a una cuatripartición de fuentes, en sustitución de la división tripartita de esta última obra. Además, el nuevo sistema aparece en sus propias *Institutiones.*

Precisamente, Justiniano fue quien adoptó la nomenclatura de "modos" por los cuales se contrae *re* una obligación. Así al menos se ve en la rúbrica 3.14 que literalmente dice: "De qué modos se contrae *re* una obligación" (*quibus modis re contrahitur obligatio).*

De esta manera, Justiniano dice haber cuatro especies de obligaciones, ya que éstas son: "desde un contrato, o como desde un contrato, o desde un maleficio, o como desde un maleficio" (*aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contratu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio.* Aquellas que provienen "desde un contrato" son de cuatro especies, pues se contraen *re, verbis, litteris* o *consensu."(Inst. 3.13.2).*[16]

I.2.3.- **El enriquecimiento injustificado o sin causa**

Se consideraba que había enriquecimiento injustificado o sin causa cuando una persona lucraba a costa de otra sin estar asistido por una causa jurídica, es decir, cuando el aumento patrimonial se fundaba en una relación jurídica injustificada. Esto podía suceder porque la causa próxima de la adquisición estaba unida a otra remota inexistente o ineficaz para el derecho. En tales supuestos, aún reconociendo la adquisición del derecho real o del crédito,

[15] En el Capítulo 7 de este trabajo se tratará sobre la "causa" dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa, es decir, la causa como un elemento configurador de esta acción.

[16] Alejandro Guzmán Brito, *"Op. Cit.*, p. 707

se concedía acción al damnificado para obtener de la otra parte la restitución del aumento patrimonial indebido.

El antiguo *ius civile* no otorgaba medio alguno para evitar el "injusto" enriquecimiento patrimonial, porque fiel a su carácter formalista, exigió, para que el negocio jurídico quedara perfeccionado, el cumplimiento de las solemnidades prescriptas por la ley, sin atender al perjuicio que podía acarrear tal enriquecimiento indebido.

Esto se debe a que en esos tiempos la causa carecía de relevancia porque los negocios tenían el carácter de abstractos. En la época republicana y particularmente en el período clásico se reconoció la obligación de restituir los aumentos patrimoniales injustificados; pero, el Derecho romano no sentó un principio general al respecto ni creó una acción comprensiva de todos los supuestos en que se diese esta circunstancia.

En los casos concretos en que se hubiera recibido una cosa sin causa o por una causa sin justificación jurídica, la legislación romana concedió acciones que se iban designando con indicaciones diversas, expresivas de las hipótesis a las cuales se referían.

Estas acciones constituían aplicaciones de aquella acción abstracta, de derecho estricto, modelo de *actio in personam*: la *condictio*. Las *condictiones,* cuyo ejercicio suponía sendos casos de enriquecimiento injustificado y que, por ende, pudieron considerarse otros tantos cuasicontratos, fueron:

> 1.- La *condictio indebiti,* que se concedía siempre que se pagaba por error -sólo error de hecho- una deuda en realidad inexistente, ya por carecer de existencia o porque habiendo existido hubiera sido cancelada por el obligado. Aunque en el caso no había acuerdo de voluntades ni, por tanto, contrato, la situación se asemejaba a la que era consecuencia del mutuo.
>
> 2.- La *condictio ob causam doratum* o, en el lenguaje justinianeo, *causa data causa non secuta,* por la que se reclamaba la devolución de lo que una persona hubiese recibido en atención a una *condictio,* se aplicaba al supuesto del que había recibido una cosa como dote y el matrimonio no se celebraba y a la donación *sub modo,* cuando el donatario no cumplía con el cargo impuesto por el donante.

3.- La *condictio ob turpem vel iniustam causam*, ejercitable para reclamar lo entregado a otro por una causa desaprobada por la ley, o bien para que realizara un acto contrario a la moral o el derecho, o para que se abstuviese de cumplirlo mediante una compensación. En cualquier caso se exigía que la "torpeza" (entendida la torpeza como la actitud inmoral o antijurídica) se diera de parte de quien recibía en vista de tales fines.

4.- La *condictio ex causa finita,* por la cual se repetía lo que se hubiera dado o solamente prometido, al menos en el derecho justinianeo (*condictio liberationis),* sobre la base de una relación cualquiera que no había existido o que había cesado.

5.- La *condictio sine causa,* aplicable a todos los casos de enriquecimiento que carecieran de una propia acción o que no entraran en ninguna de las anteriores *condictiones.*[17]

I.2.3.1.- La *condictio sine causa*

Sobre la *condictio sine causa* es preciso hacer una mejor aclaración. Como primer punto, sabemos que fue admitida por Justiniano para aquellos casos en que debiéndose acordar a la persona empobrecida en beneficio de otra, una acción para repetir el enriquecimiento, la situación no encuadrara, precisamente, en ninguna de las otras 4 hipótesis anteriormente analizadas.

En el sentido estricto que le atribuyó el emperador Justiniano, la *condictio sine causa* procedía en los casos de prestaciones cumplidas sin causa o por una causa errónea, y en aquellos otros en que la causa que justificaba la existencia de la obligación había dejado de existir. Es decir, esta *condictio* se aplicaba, a diferencia de las otras 4 *condictios,* en los casos de falta de causa, sea que ésta hubiese faltado desde el principio, sea que ella hubiese llegado a faltar más tarde. Al respecto José Carames Ferro, indica los siguientes casos:

a) Como primer punto, una prestación se consideraba cumplida sin causa, cuando se había verificado en atención a un fin que de hecho no se realizaba, como ocurría

[17] Luis Rodolfo Arguello, "*Manual de derecho romano. Historia e instituciones",* tercera edición corregido, octava reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2002, pp.348-349

cuando se donaban objetos preciosos ante el temor de una muerte inminente (*donatio mortis causa*) y el peligro pasaba o cuando se daba algo para dotar a una joven y el matrimonio fracasaba, como así también cuando la realizaba una persona incapaz de enajenar. En este último caso, si el *accipiens* hubiera consumido de *buena fe* las cosas entregadas por el incapaz, había un enriquecimiento injustificado, cuya repetición podía obtenerse por medio de la *condictio sine causa*. Mientras la cosa no hubiera sido consumida, podía obtenerse su restitución por medio de la *reivindicatio.* Otro ejemplo de la obligación contraída sin causa podría ser el de una persona que, con el fin de obtener crédito, se hacía pasar por acreedora de otra que le suscribía un documento; si luego se negaba a devolverlo, el firmante podría obligarle a hacerlo por medio de la *condictio sine causa.*

b) Como segundo punto, en el Derecho romano se presentaba la posibilidad de aplicar una *condictio sine causa*, si la prestación se cumplía por causa errónea cuando las partes no estaban de acuerdo sobre el fin perseguido con ella, como si el *tradens* creyera realizar un *mutuo* y el *accipiens* entendiera recibir una *donación*. En este caso, la propiedad se transformaría igualmente al *accipiens*, pero el *tradens* podría repetir su prestación mediante la *condictio sine causa.*

c) Asimismo, cuando la prestación podía haber obedecido también a una causa que hubiera dejado de existir, en cuyo caso procedía, también, la *condictio sine causa*.[18]

[18] Ulpiano nos brinda un ejemplo claro (Digesto, XII, VII, 2): "Si un batanero hubiera tomado en arriendo el lavado de unos vestidos, y después, habiéndolos perdido, demandado por la acción de locación hubiere pagado al dueño su precio, y luego el dueño hubiere encontrado los vestidos ¿por qué acción deberá recobrar el precio que dio? Y dice Cassio, que no solamente puede ejercitar la acción de conducción, sino intentar la condicción contra el dueño; yo opino, que de todos modos tiene él la acción de conducción. Pero se preguntó, ¿podrá intentar también la condicción, porque no dio cosa no debida? Si acaso se considera como dada sin causa, opinamos que de este modo puede intentarse la condicción; porque habiéndose encontrado los vestidos, parece como que se dio sin causa" (A esto aclaramos que la acción de locación (*locatio*) y la acción de conducción (*conductio*), surgen de los contratos consensuales que el Digesto recogió bajo el epígrafe de *Locatio et conductio*, allí se dice textualmente que la locación y la conducción es semejante a la compraventa y se poya en las mismas reglas de derecho. La *conductio*, constituye una fase del contrato de arrendamiento romano, desde el punto de vista del arrendatario o locatario denominado *conductor*. Más precisamente, se aplica en esta cita de Ulpiano la *locatio conductio operarum*, o arrendamiento de servicio, hoy contrato de trabajo.)

d) Finalmente, otro supuesto, en el Derecho romano sería el del acreedor que después de haber recibido el pago íntegro, retuviera en su poder el título de la deuda, en cuyo caso podía ser obligado a restituirlo mediante la *condictio sine causa*.[19]

En fin, el tratadista Eugene Petit, es claro al afirmar que la *condictio sine causa*, cuyos precedentes no son más que variedades, "…ha terminado por ser dada en un gran número de casos en que ha habido una prestación sin causa, o por una causa que, ulteriormente, ha cesado de existir, y en donde, por consiguiente, el *accipiens* se encuentra enriquecido a costa ajena."[20]

Por lo tanto, esta acción, puede ser ejercida por un deudor obligado sin causa, para obtener su liberación; por el propietario de una cosa contra el que la ha consumido de buena fe, y en otras varias hipótesis.

I.2.4.- Análisis sobre la evolución histórica de la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa hasta la instauración del Derecho de Justiniano

En este punto, es importante señalar que existe una controversia doctrinaria en cuanto a la razón por la cual los romanos admitieron el principio del enriquecimiento injustificado o sin causa. Por un lado, está la tesis de Savigny, que señala que lo que los romanos hicieron fue darle una extensión a las reglas del contrato de *mutuum*, como veremos luego, a los casos análogos del pago de lo no debido y otros del enriquecimiento.

Por el otro lado, el tratadista francés Girard, sostiene que los romanos aceptaron el principio de que "aquel que sin causa retiene una cosa, está obligado a su restitución", precisamente,

---

[19] José M. Carames Ferro, *"Curso de Derecho Romano; Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones y Sucesiones",* séptima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1953, pp. 400- 401.

[20] Eugene Petit, *"Tratado Elemental de Derecho Romano"*, Editorial Albatros, Buenos Aires, Argentina, 1958, p. 579

en virtud de una detentación sin causa. Según el tratadista ecuatoriano Alfonso Oramas Gross, esta última teoría es la que goza de mayor aceptación.[21]

Continuado con el análisis, y en la línea del tratadista francés Girard, el autor italiano Bonfante manifiesta que: "…se llama enriquecimiento sin causa, el aumento patrimonial que se funda sobre una causa o relación jurídica injustificada, es decir, no reconocida por el derecho"[22]. De la misma manera, Voci lo define como "un aumento patrimonial no justificado por alguna norma jurídica" [23].

Tal aumento patrimonial constituye al que lo experimenta, en deudor, por un importe igual al beneficio por él obtenido, y es en tal sentido que se dice que el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligación.

Para entender mejor el origen de la teoría del enriquecimiento injustificado, veamos lo que manifiesta al respecto el tratadista Huvelin:

> Es, en Roma, una idea muy antigua que aquel que se ha enriquecido sin causa en detrimento de otra persona, debe cuenta a esta última de aquello con que se ha enriquecido. Hay en ello una obligación de equidad. Esta obligación estaba particularmente desenvuelta por los principios de la religión romana.
>
> Se sabe que, para los romanos, todo hombre recibía, al nacer, un lote de manos del Destino. Este lote comportaba una proporción fija de felicidad y desgracia, de elementos positivos y negativos. Cuando uno de estos elementos variaba, el otro debía variar en sentido inverso. Quienquiera que se enriquecía sin causa, a expensas de otro, aumentaba el elemento positivo de su lote, sin disminución equivalente, y debía cuenta de todo lo que excediera del lote que le había sido atribuido.

---

[21] *Cfr*. Alfonso Oramas Gross, *"El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones"*, Edino, Guayaquil, Ecuador, 1988, p. 56.

[22] Pedro Bonfante, (Luis Bacci y Andrés Larrosa. Traductores),*"Instituciones de derecho romano"*, quinta edición, REUS, Madrid, España, 2002, p. 210.

[23] Voci, citado por: José M. Carames Ferro, Op. Cit, p.386.

> La ley de partición (*Némesis*, de partir) sancionaba esta concepción fatalista de la existencia. Sanciones religiosas, luego civiles, vinieron a agregarse a esta sanción moral. El sistema de la venganza privada, el de la *damnatio*, no es más que aplicación de la ley de *Némesis* en ciertos casos determinados, especialmente en el caso en que había delito, hecho ilícito.[24]

Debemos observar, sin embargo, que no todo enriquecimiento de una persona a expensas de otra daba, en Roma, lugar a un crédito a favor de esta última contra aquella. Era necesario, para que ello sucediera, que concurrieran circunstancias especiales que hicieran que el enriquecimiento se considerase injusto, lo que equivale a decir, como se vio *supra* y en el mismo sentido que manifiesta el autor italiano Pacchioni[25], que el Derecho romano no conoció una acción genérica de enriquecimiento, sino tantas acciones como situaciones diversas pudieran presentarse: *condictio indebiti; condictio ob rem data,* que el Derecho Justinianeo llama *causa data causa non secuta; condictio ob turpem causam; condictio ob iniustam causam; condictio sine causa.* Todas estas acciones tendían al mismo fin, que consistía en impedir un enriquecimiento injusto, pero cada una de ellas ofrecía un fundamento y perseguía un objeto propio, lo que produjo que se las estudie separadamente, por el momento, lo que más nos interesa es la *condictio sine causa*.

Asimismo, no faltan intérpretes que, fundándose en un pasaje que el Digesto atribuye a Pomponio (Lib. L, tít. XVII, fr. 206), hayan manifestado la existencia de una acción común para todas las situaciones de enriquecimiento injustificado.

En el mencionado pasaje del Digesto se dice: "*IURE NATURAE AEQUUM EST, NEMINEM CUM ALTERIUS DETRIMENTO ET INIURIA FIERI LOCUPLETIOREM"* (**Es conforme a la equidad del derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro)**, esta frase ha servido a muchos autores para que hayan admitido la existencia de una *actio in factum* para el enriquecimiento, con un amplísimo

---

[24] Huvelin citado por: José M. Carames Ferro, *Op. Cit*, pp. 386-387

[25] Giovanni Pacchioni, *"Trattato della gestione degli affari affari altrui: secondo il diritto romano e civile"*, segunda edición, Biblioteca giuridica contemporánea, Milano, Italia, 1915, p. 113.

campo de aplicación; pero la más reciente doctrina de los romanistas se manifiesta decididamente contraria a tal generalización.

Debemos recalcar en el hecho que el Derecho romano, como se ha manifestado antes, "…ni sentó el principio general de que toda persona si tuviese en su patrimonio un aumento sin causa justificativa, debiera desprenderse de él a favor de quien sufrió la merma, ni señaló una acción general para todas las hipótesis posibles en las que se diese esta circunstancia."[26]

Por lo tanto, fiel a su peculiar manera de proceder, el Derecho Romano fue concediendo a figuras concretas, acciones que se iban designando con una denominación distinta, expresiva de la hipótesis a que se refería. Todas ellas, sin embargo, constituían meras aplicaciones de aquel tipo de acción abstracta y de derecho estricto que también, como se manifestó, algunos suponen que nace de la *stipulatio* y del mutuo.[27]

En este orden de ideas, expresa Bonfante que:

> El enriquecimiento sin causa tiene lugar cuando la *causa próxima* de la adquisición está vinculada a una *causa remota* inexistente o ineficaz para el derecho, y que en tales casos, aun reconociendo la adquisición del derecho real o del crédito, se concede acción al damnificado para obtener la restitución del aumento patrimonial experimentado por la otra parte.[28]

Dicha acción fue la *condictio*, que en el derecho clásico constituyó una acción *personal* y de *derecho estricto*, cuyo rasgo más saliente era su *carácter abstracto*, ya que en su fórmula no se expresaba la causa en cuya virtud ella se intentaba. Variaba según el objeto del crédito que sancionaba, y es así como se distinguió la *condictio certae pecuniae*, creada por la Ley Silia durante la época de la *legis actionis;* la *condictio certae rei*, creada en la misma época por la ley Calpurnia; y la *condictio incerti*, reconocida en la época del

---

[26] José M. Carames Ferro, Op. Cit., p. 387.

[27] Más adelante, en este mismo capítulo verificaremos esta hipótesis.

[28] Pedro Bonfante, Op. Cit., p. 223.

procedimiento formulario.[29] Procedía la primera cuando se reclamaba una *suma determinada de dinero*, la segunda cuando la deuda consistía en una *cosa cierta* y la última cuando lo adeudado era algo *incierto.*

La *condictio sine causa* podía derivar, durante la época clásica, sea del *mutuo*, del contrato *litteris* o de la *estipulación*, contratos todos ellos de *derecho estricto*, sea de una adquisición sin causa realizada por una persona a expensas de otra, en cuyo caso podía funcionar, ya como *condictio certa rei* o como *condictio incerti*[30].

Se ha discutido, sin embargo, la época desde que la *condictio certae pecuniae* de la *lex Silia* y la *condictio certae rei* de la *lex Calpurnia*, aplicaciones ambas de la *legis actio per condictionem,* pudieron utilizarse para los casos de enriquecimiento sin causa.

Fundándose en los términos de un pasaje de Cicerón (*Pro Roscio Comoedo*[31]*;* 4, 13), según los cuales sería necesario que hubiera una dación, inscripción literal o estipulación de dinero (*pecunia data aut expensilata aut stipulata*) para que la *condictio* intentada por *Roscio* fuera admitida, sostienen algunos que aquella no era acordada, en esa época, más que en caso de *mutuo*, contrato *litteratis* o *estipulación,* quedando, en consecuencia excluido el caso del pago de lo indebido.

Pero contra tal razonamiento puede observarse, por una parte, que no es presumible que el mencionado texto se propusiese enumerar taxativamente las *condictiones*, y por la otra, que el *mutuum* no es el único caso de obligación *re*, ya que el pago de lo indebido también lo es. En este sentido, Carames Ferro manifiesta que:

> […] Justiniano concluyó por entender la *condictio* en sentido general y, en consecuencia, la acordó *ex omni contractu, ex omni obligatione, ex qua certum petitum,* es decir, para cualquier pretensión referida a un objeto determinado; además, aparte de la *condictio certae*

---

[29] José M. Carames Ferro, Op. Cit., p. 388.

[30] Ibid.

[31] Discurso de Cicerón en defensa del actor Roscio. Véase: Marcus Tulios Cicero, John Henry Freese, *"Pro Publio Quinctio; Pro Sexto Roscio Amerino; Pro Quinto Roscio comoedo; De lege agrarian I, II, III",* Harvard University Press; Cambridge, Mass, USA, 1984.

> *rei,* concedió la *condictio incerti* para cualquier otro objeto, y llamó *condictio ex lege* a la acción concedida por la ley, cuando ésta no estaba relacionada con una acción típica y nominada.[32]

Así mismo, dice Paulo (Dig. XIII, II, 1): "Si por una nueva ley se hubiera introducido una obligación, y no se previno en la misma ley de qué género de acción hayamos de usar, se ha de intentar la que nace de la ley".

Por otro lado, el francés Eugene Petit, manifiesta que, el principio de equidad, que había hecho sancionar muy pronto la obligación nacida del pago de lo indebido recibió otras aplicaciones, y en la época clásica se admite frecuentemente la existencia de una obligación, a cargo de la persona que se ha enriquecido sin causa a costa de otro. Pero además añade: "Esta obligación está sancionada por una *condictio* cuyo nombre varía según los casos. *"*[33]

Ahora bien, es indudable que la *condictio* que sancionaba el enriquecimiento sin causa, de acuerdo a todo lo visto, funcionaba normalmente como *condictio incerti* ya que con ella no se reclamaba un objeto determinado, sino el aumento patrimonial que injustificadamente experimentara la persona contra quien se intentaba. En el Derecho romano, si se la promovía, *verbi gratia*, para la repetición de un esclavo entregado sin causa, podía exigirse, aparte del esclavo, cualquier otro beneficio obtenido por quien lo hubiera tenido en su poder, como sería una herencia recibida por el siervo.

Afirma Girard, que los romanos han admitido desde una época muy antigua que quien retiene sin causa una cosa perteneciente a otro, es deudor de su restitución y está obligado a ello *re*, lo han admitido, dice Girard[34]; y en el mismo sentido, añade Carames Ferro:

> […] no como lo pretende una doctrina conocida, en virtud de una extensión de las reglas del contrato de *mutuo* a los casos análogos de pago de lo indebido y otros de enriquecimientos,

---

[32]José M. Carames Ferro, Op. Cit., 389.

[33] Eugene Petit, *Op. Cit.*, pp. 578- 579.

[34] Paul Frederic Girard, *"Histoire de l´organisation judiciare des romains: les six premiers siècles de Rome"*, Rousseau Editeur, París, Francia, 1901, p 89.

> en que el deudor estaría obligado *quasi ex contractu*, como si hubiera en ellos un *mutuo* sino, por el contrario, en virtud de un principio superior e independiente, del que la obligación del mutuario es una simple aplicación concreta en lugar de ser su origen; **en virtud del principio según el cual aquel que ha adquirido o que retiene sin causa el bien de otro, está obligado por equidad a devolverlo, no en base a una idea de contrato, sino en virtud de una idea de *adquisición*, o mejor aún, de *conservación sin causa*.**[35](Las negrillas son mías.)

Por lo tanto, la acción concedida al empobrecido contra quien retenía un valor suyo, sea que lo hubiera recibido como consecuencia de una convención realizada, como en el caso de *mutuo*, o de una convención de cambio o permuta que no se hubiera cumplido, sea como consecuencia de un hurto o de cualquier otra causa que hiciera ilegítima su conservación, remonta, según el autor citado a un pasado lejano, posiblemente a una época en que se intentaba *per sacramentum*[36], lo que equivale a decir que es anterior a la introducción de la *condictio.*

La prueba de la antigüedad de la acción nos está dada por un testimonio del jurista romano Sabino, quien refiere, a comienzos del Imperio, que la acción era ya reconocida por los *veteres*, es decir, por los jurisconsultos de la época de transición entre la República y el Imperio. Dice, en efecto, Ulpiano (Digesto, XII, V, C): "Constantemente aprobó Sabino la opinión de los antiguos, que juzgaban que puede ser reclamado por condicción lo que por una causa injusta esté en el poder de alguien; de cuya opinión es también Celso*"*[37].

---

[35] José M. Carames Ferro, *Op. Cit.*, p. 389. (Según este autor, la teoría del enriquecimiento sin causa fue, según parece, ampliamente admitida por los jurisconsultos del fin de la República romana, los llamados *veteres*, contemporáneos de Quintus Micius Scaevola, probablemente bajo la influencia de las enseñanzas de la filosofía griega. Su opinión fue aprobada, por Sabino, Celso y Ulpiano, y para Marciano la obligación de restituir las cosas que se ponen en virtud de una causa injusta descansa sobre el *ius gentium*, lo que equivale a decir que es una obligación *legal*, no contractual ni cuasi contractual.)

[36] Fernando Betancourt, *"Derecho Romano Clásico",* tercera edición, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, España, 2007, p. 137. *(*Se refiere al procedimiento arcaico, a las acciones de la ley (*legis actiones*), declarativas, como la *legis actio per sacramentum in rem*, es decir, una acción de la ley por apuesta sacramental.)

[37] Ulpiano, citado por: José M. Carames Ferro, *Op. Cit.*, p.390.

De la misma manera, una disposición de la ley Calpurnia, del año 605 de Roma (149 a.C.), que permite la repetición por medio del *sacramentum* de las sumas ilegalmente recibidas por los magistrados (*repetundae*), nos suministra otra prueba de que la *legis actio per sacramentum inpersonam* pudo aplicarse, en esa época, a la restitución de un enriquecimiento ilegítimo.

Después de la ley Silia la acción de repetición pudo intentarse, según hemos visto, por la *condictio certae creditae pecuniae* cuando el valor injustamente retenido consistiere en una suma de dinero, y a partir de la ley Calpurnia por la *condictio certae rei*, cuando dicho valor consistiere en una cosa cierta.[38]

Los jurisconsultos de la época imperial, más o menos por el tiempo de Adriano o de Trajano (especialmente Celso y Aristón), habrían completado el sistema, haciendo reconocer para el caso en que el enriquecimiento hubiera consistido en algo *incierto*, como sería un *hecho* realizado en beneficio de otro, la *remisión de una deuda* o la *constitución de un derecho real*, una medida análoga a las anteriores, a la que se dio el nombre de *condictio incerti*[39].

Pero al mismo tiempo los jurisconsultos romanos se dedicaron, ya desde fines de la República, a construir la teoría de esta acción de repetición. Dejaron aparte el supuesto en

---

[38] Joseph-Louis Elzéar Ortolán, *"Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano"*, tomo segundo, Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, España, 1847, p. 381. (La Ley Silia (250 a.C. (aprox) creó la nueva acción de la ley, sin quitar con ella a la acción *sacramenti* más que las obligaciones determinadas, que presentaban el caso más sencillo, al cual todo estaba irrevocablemente reducido, las obligaciones *certae pecuniae*. Algunos años después, la ley Calpurnia añadió las obligaciones de toda cosa cierta (*de moni certa re*), esto es, todo lo que había restado en esta materia á la acción *sacramenti*, la cual por consiguiente no conservó, tocante a las obligaciones, sino ciertas causas especiales que retuvo por excepción, perdiendo también algunas cosas la acción *peer judicis postulationem.)*

[39] Se daba esta *condictio*, por ejemplo, en los casos en que había una *promissio* hecha sin causa o por una causa inmoral o ilícita, en cuyo caso se la llamaba *"condictio liberationis"* y su objeto consistía en obtener la remisión de la deuda por *aceptilatio* o de otra manera (Digesto. XII, VII, 3; XVI, I, 8, 8; XII, V, 4 y 10), *condictio* cuyo fin consistiría en la restitución del documento que acreditara la *obligatio sine causa*. También se la acordaba cuando la posesión de una cosa hubiera sido transferida sin causa o en virtud de una causa que hubiera dejado de existir, caso en que la *condictio incerti* cuyo objeto consistía en la restitución de la posesión se calificaba de *condictio possessionis*, de la cual encontramos una aplicación en la revocación de un *precario*. Por último, cuando el que enajenaba un fundo había omitido sin causa retener una servidumbre sobre el mismo la *condictio* le era concedida bajo el nombre de *condictio servitutis* (Digesto XI, VI, 22 y 65, 7).

que ésta nacía del *mutuo*, desenvolviendo más o menos completamente la idea de contrato que en ella se encontraba en potencia, y para los demás casos fraccionaron la antigua *condictio* en cierto número de *condictiones*, con caracteres propios, como la *condictio ob rem data, la condictio furtiva, la condictio indebiti*, etc., como vimos *supra.*

De esta manera, Celso y Aristón[40] y otros jurisconsultos romanos de la época, reaccionaron contra las reglas de la antigua *condictio*, extendiéndola en cierto sentido y restringiéndola, sobre todo, en otro. Lo que puede tenerse por cierto es que no llegaron, antes de Justiniano, a construir un sistema fijo e invariable.

Por lo que, es recién Justiniano quien, inspirándose probablemente en ellos, aunque subsanando sus deficiencias, hizo en sus compilaciones una clasificación de las *condictiones* derivadas de un enriquecimiento injusto (*condictiones sine causa, lato sensu*) distinguiendo la *condictio furtiva* (Digesto, XIII, I; Cód. IV, VIII), la *condictio causa data causa non secuta* (Digesto, XII, IV; Cód. V, 6), *la condictio ob turpem causam* (Digesto, XII, V; Cód. IV, 7-9), la *condictio ob iniustam causam* (ídem), la *condictio indebiti* (Digesto, XII, VI; Cód. IV, 5) y la *condictio sine causa, stricto sensu* (Digesto, XII, VII; Cód. IV, 9).[41]

De esta manera, las innovaciones introducidas por Justiniano en esta materia recayeron, en definitiva, sobre dos puntos principales: Primero, en la extensión del área de la *condictio*; y, segundo, en la clasificación y separación de los distintos casos de *condictiones* que sancionan el enriquecimiento injusto.

a) La primera se llevó a cabo mediante la creación de la *condictio generalis* y de la *condictio ex lege*. La *condictio* se había limitado, hasta entonces, a sancionar ciertos contratos (estipulación, contrato *litteris*, mutuo). Justiniano decidió que ella

---

[40] Leopoldo August Warnkönig, *"Historia externa del derecho romano para el uso de los estudiantes de jurisprudencia"*, Editorial Imprenta del Faro Industrial, La Habana, Cuba, 1849p. 233. (Aristón, uno de los más célebres jurisconsultos del tiempo de Trajano. En su juventud oyó las lecciones de Casio Longino, que había llegado ya a una edad avanzada. Plinio hace, en una de sus cartas, el retrato de este jurisconsulto en términos muy lisonjeros.)

[41] José M. Carames Ferro, *Op. Cit.*, p.390.

serviría de sanción, en adelante, para todos los créditos establecidos por una ley, sin indicación de acción: fue la *condictio ex lege*. Resolvió, además, que la *condictio* pudiera reemplazar a todas las acciones personales, si el demandante prefiriera servirse de ella. Por ejemplo, a un vendedor se le debía el precio de venta; en lugar de demandarlo por la acción *venditi*, de buena fe, podía, si así lo prefería, valerse de una *condictio certae creditae pecuniae.* Pero para ello era necesario que él estimara, por su cuenta y riesgo, el monto de la demanda, con el peligro de incurrir en *plus petitio*, y el juez debía, como en todas las acciones de *derecho estricto*, concederle todo lo que reclamaba, o nada. Es a la *condictio* así aplicada que califican los intérpretes de *condictio generalis.*

b) La segunda reforma de Justiniano consistió, según dijimos, en clasificar y separar los diferentes casos de *condictiones* que sancionaban un enriquecimiento injusto, con lo que se limitó a consagrar y acentuar la evolución que antes de él comenzaría a hacerlo la jurisprudencia. Esas *condictiones fueron*, como lo adelantamos 1°, la *condictio furtiva;* 2°, la *causa data causa non secuta;* 3°, la *ob turpem causam;* 4°, la *ob iniustam causam;* 5°, la *indebiti;* 6°, la *sine causa* en sentido estricto.[42]

Con todo, quedaron aún, algunos casos de enriquecimiento sin causa en que no se concedió al empobrecido acción de repetición alguna. Fue lo que aconteció, *verbi gratia*, en el caso de las mejoras efectuadas por el poseedor de buena fe sobre la cosa de otro, contemplado en el Digesto. Libro XII, título VI, fragmento 33, donde dice Juliano: "*Si yo hubiese edificado en un solar tuyo, y tú poseyeras las casas, no tendrá lugar la condicción, porque no se contrataría negocio alguno entre nosotros…"*[43], en el caso de pérdida de la propiedad como consecuencia de la avulsión, etc., soluciones todas ellas evidentemente en contraste, como lo observa Mori Checcucci[44], con la existencia de una supuesta prohibición general del enriquecimiento injustificado. Para estos casos existían acciones específicas, incluso en la actualidad los códigos civiles derivados de la tradición romana, como el Código Civil

---

[42] José M. Carames Ferro, *Op. Cit.*, pp.390-391.

[43] Ibid., p.391.

[44]Ulrico Mori-Checcucci, *"L´arricchimento senza causa",* Cya editore, Firenze, Italia, 1943, p. 271.

ecuatoriano, recogen para estos casos normas específicas, recogidas en el libro de los bienes, no en el libro de las obligaciones, por razones evidentes.

Enseña Cuq en su libro *"Manuel des insitutions juridiques des romains",* que, para que la obligación de restituir existiera durante la época clásica, en los casos en que ella se admitía, debían concurrir las siguientes condiciones:

1- Que el enriquecimiento se produjera a expensas de otro, pues si procedía de aumentos producidos por obra de la naturaleza, nadie tendría derecho a quejarse.
2- Que tuviera lugar sin el concurso de la voluntad de la persona que sufría el empobrecimiento, pues de lo contrario no habría precisamente enriquecimiento sin causa, sino donación.
3- Que el enriquecimiento no fuera justificado. [45]

I.2.5.- Las Estipulaciones y la *Actio certi* en la institución del enriquecimiento injustificado

I.2.5.1.- La *stipulatio*

En esta subtema trataremos sobre la *stipulatio* y su relación con la formación de la teoría del enriquecimiento sin causa, por lo tanto, en primer lugar determinaremos brevemente su naturaleza y analizaremos esta figura, sobre todo, en lo que respecta con la causa.

El nombre genérico de *stipulatio*[46] se daba a un negocio entre dos partes, consistente en que una dirija oralmente una pregunta formal o solemne a la otra, en el sentido de si está

[45] Edouard Cuq, *"Manuel des institutions juridiques des romains"*, Librairie Plon, París, Francia, 1917, p. 570. Citado por: José M. Carames Ferro, *Op. Cit.*, p. 392.

[46] José Luis Murga Gener, Arnaldo Biscardi, Javier Patricio Serrano, Javier Paricio, *"Derecho Romano de Obligaciones: Homenaje al profesor José Luis Murga Gener"*, Editorial Ramón Areces, Madrid, España, 1994, pp. 439-440. (Nos dicen estos autores que el sistema crediticio romano se explica, y se explica muy bien, desde la presencia en el mismo de la *stipulatio*: el desarrollo jurídico del crédito, su contacto y tolerancia con otros modos de negociar encuentran en la *stipulatio* la razón misma de su existencia; esta figura crea un eje central alrededor del cual trabaja el genio jurídico romano, hasta construir un derecho de obligaciones y contratos accesible al mundo no romano. De ahí que toda la doctrina romanística haya reconocido la

dispuesta a dar, hacer o no hacer algo, que esta última respondía oral, inmediata, afirmativa, congruente y adhesivamente. El que preguntaba se llamaba "estipulante" y el que respondía "promitente".

Su efecto era crear una obligación civil y convertir al promitente en deudor del estipulante. Por lo que la estipulación es esencialmente una forma de obligarse. Toda estipulación suponía una negociación concluida entre las partes, un acuerdo, que después venía reducido a la forma estipulatoria. La estipulación, si bien poseía una estructura bilateral, por ser acto de partes, era obligacionalmente unilateral, de ella solo resultaba deudor el promitente, sin que el estipulante contraiga obligación.[47]

"Si también se desea obligar al estipulante, era necesario celebrar una estipulación distinta entre las mismas partes, en la que dicho estipulante figure como promitente y el promitente de la anterior como estipulante."[48]Por lo tanto hay dos estipulaciones cruzadas e independientes una de otra.

Por medio de una estipulación, por ejemplo, se podía promover una prestación de dar, hacer o no hacer, con efecto obligacional civil a cargo del promitente. El estipulante, en consecuencia, disponía de una acción civil para reclamarla.

"Si la promesa fue de "ser dada" (*dari*) una cantidad de dinero o de otros fungibles o una especie o cuerpo cierto, en otras palabras, si fue de un *dari certum*, entonces procedía la *actio certi*, que no es otra que la misma *condictio"*[49].

No se promete "dar" (*dare*) sino "ser dado" (*dari*); la diferencia es ésta: en el primer caso no otro podría dar, sino solamente el promitente; en el segundo, éste pero también un

---

trascendencia de la *stipulatio* en el derecho romano y se haya interesado, vivamente además, por tratar de explicar su origen y su historia… la *stipulatio* es sin duda , una suerte de cajón de sastre que sirve tanto al origen de la *obligatio* como a la aparición de ciertas figuras de crédito y a la consolidación del sistema contractual en el derecho romano; pero también la *stipulatio* conforma las garantías personales de la obligación y otorga tutela jurisdiccional a comportamientos o prestaciones civilmente desprotegidas.)

[47] Alejandro Guzmán Brito, *Op. Cit.*, pp.9, 10, 11.

[48] Ibid., p.11.

[49] Ibid., p.12.

tercero; tal forma impersonal permite, pues, que la obligación sea pagada por cualquiera, incluso sin la voluntad del promitente y aun en contra de ella.

El carácter abstracto de la fórmula propia de la *condictio*, que sólo se remite a la verificación de un *dare oportere*, es el que la hace procedente también respecto de obligaciones de dar nacidas de estipulación, igual que respecto de similares obligaciones nacidas de mutuo o *dare ob rem.*

Cuando lo prometido fue un *incertum*, es dedir un *facere* (o *nom facere*) o *dari* una cantidad incierta, procedía la *actio incerti* o "de lo estipulado" (*actio ex extipulatu*). [50]

I.2.5.2.- La función de las estipulaciones

> Debido a que la estipulación era una forma de obligarse, carecía de cualquier contenido material típico, es decir, de prestaciones constantes e invariables; no sólo pueden éstas consistir indiferentemente en dar, hacer o no hacer, mas también cualquiera de tales prestaciones pueden recaer en modo indistinto sobre todo aquello en que consiste el tráfico jurídico: *corpora, iura* y *facta*[51].

Por lo tanto, cual fuese la prestación concreta y cual el objeto de ésta que debían ser llevados al interior de la forma estipulatoria, eso dependía del acuerdo de las partes, o por otro lado, dependían de una decisión del magistrado en el caso de las estipulaciones pretorias.

En ese orden de ideas, la estipulación ofrecía la genérica y al mismo tiempo simple función de establecer la obligación. Si aquella tenía como causa a un negocio ya obligatorio, su función específica era reforzar la obligación preexistente con otra superpuesta, siempre que

[50] Alejandro Guzmán Brito, *Op. Cit*., pp.11-12.

[51] Ibid., p. 13.

sea abstracta la estipulación, o bien sustituirla por otra (novación), cuando aquella era concreta.

Asimismo, otra función era la de agregarle una obligación anexa garantizadora (similar a la fianza), o convertir en indivisible la prestación divisible (solidaridad). En caso de no ser obligatorio el negocio causante, la estipulación cumplía la función de crear directamente la obligación; de ese modo, cualquier convenio consensual no tipificado materialmente como contrato era convertido en obligatorio a través de su deducción en la forma estipulatoria, y tal es el caso del convenio de donación, de dote, de pago de una renta temporal o vitalicia, etc.

Por lo mismo, era también la manera de preparar un futuro negocio, tal como lo son el moderno "precontrato" o "promesa de contrato"; como si se estipula dar una cantidad en mutuo o se promete constituir en fianza, o se promete en dar en venta algo. De igual modo servía para agregar una obligación a las relaciones reales que por sí mismas no podían producirla, como ocurría a través de la *cautio usufructuaria."*[52]

I.2.5.3.- La causa de la estipulación y el enriquecimiento sin causa

"Los juristas suelen hablar de una *causa estipulationis*. En efecto, este negocio es esencialmente causal o, por mejor decir, causado."[53] Como vimos, la estipulación es tan sólo una forma de obligarse, y por lo tanto supone un acto previo que justifique o explique por qué las partes la han celebrado. Ese acto pudo haber generado ya por sí mismo una obligación o no.

En el primer caso la estipulación refleja un previo compromiso obligatorio del promitente; y en el segundo, un compromiso que carece de sanción jurídica. En ambos casos, el acto

[52] Alejandro Guzmán Brito, *Op. Cit*., p. 13.

[53] Ibid., *p*. 17.

constituido por el o los compromisos, obligatorios o no, es la *causa* de la estipulación. En este sentido, como dice el tratadista Guzmán Brito:

> A falta de otro término mejor, se usa aquí la palabra "compromiso", no en el sentido técnico del *compromissum* arbitral, por cierto, y tampoco en el de acto que contenga una explícita declaración de dar o hacer algo en el futuro, sino en el vago sentido de vincularse voluntariamente por un acto; el francés dispone del término *engagement*. Así, por ejemplo, en el mutuo podemos ver un compromiso del mutuario consistente en restituir la cantidad recibida, aunque nada expreso diga, e incluso aunque calle. Y en el acuerdo de permitir gratuitamente a otra la extracción de agua de un fundo suyo, hay un compromiso de permitirla, aunque no obligue.[54]

Por lo tanto, como podemos apreciar, la causa límite es un acuerdo o pacto de donar, que envuelve el compromiso de dar el donante, pero que no crea la respectiva obligación a su cargo; si las mismas partes de ese acuerdo celebran una estipulación, el promitente resulta obligado ahora, y entonces se dice que esa estipulación es *donandi causa.* En vez de un acuerdo donatorio pudo tratarse de una dote, y la estipulación es *dotis causa.*

A partir de este modelo límite, la causa puede estar constituida por cualquier acuerdo entre las partes, futuros estipulante y promitente, de carácter consensual (dé o no lugar a un contrato consensual), sea unilateral o bilateral en cuanto a que sólo una de las partes o ambas prevean una prestación a su cargo; y sea gratuito u oneroso, es decir, sin precio o con él. Incluso puede ser un *dare ob rem*[55] la causa en tanto se incluya en la estipulación la no obligatoria contraprestación esperada de parte de quien recibió algo de otro.

---

[54]Alejandro Guzmán Brito, *Op. Cit*., p. 17.

[55] Fernando Betancourt, *Op. Cit*., p. 327. (Cabe resaltar, en este punto que la expresión "justo título" se origina en el derecho romano postclásico y es el término que prevalece en el derecho moderno. Con dicha expresión se hacía referencia en el derecho romano postclásico al texto legal que los abogados debían señalar al juez al invocar la "justa causa" de la *traditio* o de la *usucupatio*. No son justas causas independientes de la *traditio* sino que se subsumen en algunas otras (*Credere (creditum), Solvere (solutio), Emere (Emptio), Donare (donatio), Dotem dare (dos))*, el *iudicatum* clásico, que consiste en dar una suma de dinero, es decir, en una *solutio*. En la *restitutio* determinada por la cláusula arbitraria no hay propiamente *traditio* sino una *usucupatio pro uso*. Tampoco implica una *traditio* la *transactio*, pues la *datio (ob rem)*, que se realiza por el legitimado, pasivamente es un *credere (creditum*), y cuando las dationes *ob rem* de los que transigen se hacen por cumplir sus estipulaciones, tienen por causa la *solutio* de las obligaciones nacidas de tales estipulaciones.)

Finalmente, podemos manifestar, que en ese caso, hasta puede ser un negocio real en el que ya se ha perfeccionado la causa, si es que la obligación nacida de aquel es de nuevo incluida en una estipulación.

Además, debemos señalar, según lo establecido por el profesor español Fernando Betancourt, que si faltaren alguna de las justas causas, como son: *Credere (creditum), Solvere (solutio), Emere (Emptio), Donare (donatio), Dotem dare (dos*); o la tradición o entrega se efectúa por una causa diferente a las anteriores y en relación con un bien (*res*) *nec mancipi*[56], no se produce el efecto adquisitivo de dominio o de propiedad civil, sino que el *accipiens* sólo adquiere la posesión civil de buena fe (*possesio ex bonna fide*), por lo que el *tradens* no pierde la *reivindicatio* si era efectivamente propietario civil de la cosa.

Y añade que, si existiendo la causa próxima (*iusta causa traditionis*), falta, en cambio la causa remota (por ejemplo, falla el matrimonio, causa remota de la dote), la *datio*, es decir, el efecto adquisitivo del dominio o propiedad civil, se produce realmente; en otras palabras, hubo *causa adquirendi* (justa causa o causa próxima de la *traditio* o entrega), pero al fallar la causa remota viene a fallar la causa de retención (*causa retinendi*) de la propiedad adquirida; por lo tanto concluye este autor, que: "…produce el ejercicio no de la *reivindicatio*, pues la propiedad civil fue adquirida por el *accipiens*, sino de la *condictio*."[57]

Por lo que es importante tener en cuenta todas estas consideraciones antes de poder emitir una conclusión que se base simplemente en un análisis superficial del asunto. En lo recogido anteriormente por los diversos autores, se nota la importancia de la *condictio*, tanto en el Derecho romano clásico, como en el postclásico. Con ésta último cita, entendemos mejor el significado de la justa causa y su relación con la *condictio sine causa*. Sin embargo, para entender mejor su uso, a continuación ejemplificamos, en base a las

---

[56] *Res Nec Mancipi*.- eran aquellos bienes cuyo dominio podía ser adquirido mediante la simple tradición (*traditio*) (IG.2.19). Gayo (IG.2.20) señalaba como ejemplo el siguiente: "Así, si a ti te hago tradición de un vestido, o de oro, o de plata, sea a título de venta o de donación o por cualquier otra causa, la cosa es inmediatamente tuya, siempre y cuando que yo sea el dueño de ella".

[57] Fernando Betancourt, *Op. Cit*., pp. 327-328.

stipulatios, algunas circunstancias en las que el uso de la *condictio* es eminentemente necesario.

Examinemos unos ejemplos:

Se acuerda que A permitiría extraer agua de su predio gratuitamente a B. El mero pacto de esta prestación sólo permite a B excepcionarse si es que A pretende demandarlo por haber extraído agua; pero no le sirve para exigirle continuar permitiéndole la extracción de agua en el futuro, en el caso que A decida prohibirla. Si las partes, en vez de dejar el asunto en el mero estado de pacto, lo llevan a una estipulación, y A promete a B no hacer nada para impedirle extraer agua, entonces cualquier obstáculo a ello que venga del promitente, legitima al estipulante para la *actio ex stipulatu*. Ahora bien, esa estipulación sólo se explica en virtud de haber previamente acordado las partes el permiso gratuito, y entonces ese acuerdo es su causa.

Si ahora suponemos que el acuerdo consistió en dejar A extraer agua a B y en pagar éste una suma de dinero a cambio, mientras nada real operen las partes, es decir, mientras B no extraiga agua ni pague el dinero, esos es un mero pacto que no obliga ni a dejar extraer agua ni a pagar; si en ese estado las partes hacen una estipulación por la que A promete no hacer nada para impedir extraer el agua, la causa de tal estipulación es ahora el acuerdo oneroso antes descrito; si A impide la extracción, B tiene la *actio ex stipulatu;* pero si este último no paga el precio, A sólo dispone la acción penal *de dolo*.

Lo importante de estos ejemplos es que nos permiten entender el uso de la *condictio*. Ya que en este caso último, por ejemplo, A tendrá a su favor la *condictio* si es que, junto con la promesa estipulatoria suya de dejar extraer agua, se hizo otra estipulación por la que B le prometió pagarle la cantidad. Hipótesis en la cual la causa de tal estipulación es el mismo acuerdo que sirvió de causa a la estipulación de dejar extraer agua. Ambas estipulaciones reflejan sendas compromisos no obligatorios de cada parte.

Estos ejemplos son importantes para poder entender el verdadero alcance de la causa, dentro de la teoría del enriquecimiento injustificado y su evolución desde el Derecho romano hasta la actualidad.

Propongamos ahora, por ejemplo, que tuvo lugar el mismo acuerdo antes descrito, pero que B pagó el precio exigido por A para dejarle extraer agua; en tal caso ha operado un *dare ob rem* (se da algo para que otro no impida extraer agua). En este estado del negocio, si A impide la extracción, B dispone de la *condictio* para recuperar el dinero entregado. Pero si en vez de dejarlo en tal estado, las partes hacen estipulación, de modo que A aparezca prometiendo nada hacer para impedir extraer agua a B, entonces ese *dare ob rem* es causa de tal estipulación, la cual no hace más que también reflejar un compromiso no obligatorio de A.

Supongamos ahora que ciertas partes han acordado una compraventa, de la cual, en consecuencia, ambas resulten obligadas a dar el precio la una, y a entregar la cosa vendida la otra; si alguna no cumple, la contraparte dispone de la acción de la compra o de la venta, según el caso, para reclamar el cumplimiento. Pudo ocurrir, sin embargo, que ellas hayan dispuesto en el mismo contrato de promesa que en caso de incumplimiento de una de las partes se pague una multa pecuniaria a través de una cláusula penal, sin perjuicio de las demás acciones por daños y perjuicios y por incumplimiento de contrato.

Generalmente en estos casos la parte que compra ha pagado la totalidad del precio y por lo tanto cumplido su obligación, esperando que se le entregue la cosa prometida en venta y es ésta la que promueve las acciones correspondientes para obtener el cumplimiento o la resolución más los daños y perjuicios.

Pudo ocurrir que las partes, hayan dispuesto celebrar dos estipulaciones cruzadas, con una de las cuales el vendedor promete entregar cierta cosa al comprador y éste promete dar una cantidad de dinero al vendedor con la otra. Aunque ambas estipulaciones aparezcan como independientes entre sí y además sin relación alguna con la compraventa, en realidad cada una refleja los compromisos ya obligatorios adquiridos en virtud de ella, y entonces decimos que esa compraventa es causa de cada estipulación.

Algo semejante tiene lugar si dos partes acuerdan celebrar un mutuo, y el mutuante entrega efectivamente la cantidad acordada; cuando el mutuario caiga en mora, su contraparte dispone de la *condictio*. Si, no contentas con la tradición del dinero, de la cual ya nace una obligación de restituir, las partes celebran estipulación, por la que el mutuario promete dar

una cantidad (equivalente a la mutuanza) al estipulante, en tal hipótesis es el mutuo mismo ya celebrado el que constituye la causa de la estipulación, y ésta, por ende, refleja un compromiso obligatorio previo del mutuario.[58]

Por lo tanto podemos concluir, en relación con lo que dice Guzmán Brito, que: "Cuando no hubo un acuerdo de donar al menos, que justifique la estipulación que envuelva un compromiso, obligatorio o no, reflejable y reflejado por la estipulación, entonces ésta contiene una promesa de lo indebido, y decimos que carece da causa (*sine causa*)."[59]

Asimismo, supongamos que aparece un testamento por el cual se impone al heredero pagar la suma de un millón a B (legado *per damnationem*[60]); y que el heredero, en virtud del mismo, promete dar un millón a B; pero que después se descubre un segundo testamento que revoca el legado; como en fuerza de esto el millón no era debido por el heredero que lo prometió a B mediante estipulación, ésta carece de causa: la promesa ahí contenida no refleja ningún compromiso previo.

"Puede ocurrir que la estipulación tenga causa al comienzo, pero que después la pierda porque el negocio causante resulta invalidado; se dice entonces que la causa "finaliza" (*causa finita*)."[61]Como cuando se promete a una persona el precio de una compraventa, que después es rescindida mediante *restitutio in integrum*[62]; inicialmente hubo causa: la

---

[58] Todos estos ejemplos se han tomado de las explicaciones realizadas por el tratadista Alejandro Guzmán Brito, *Op. Cit.,* p. 18.

[59] Alejandro Guzmán Brito, *Op. Cit.*, p.18.

[60] Pascual Marzal Rodríguez, *"El Derecho de Suceciones en la Valencia Foral y su Tránsito a la Nueva Planta"*, Editor Universtitat de València, Valencia, España, 1998, p. 219. (En la doctrina de derecho común, permanece vigente la clasificación romana de los legados en cuatro grandes tipos: *legado per vindicationem, per damnationem, sinendi modo* y *per praeceptionem.* El legado *per dammationem*, se obliga al heredero a realizar una prestación a favor del legatario; en este legado no se trasmite el dominio de la cosa legada y en consecuencia, al legatario no le compete la acción reivindicatoria, sino sólo la *actio ex testamento*.)

[61] Alejandro Guzmán Brito, *Op. Cit* ., p. 19.

[62] *Cfr.* Ángela Cattán Atala, *"La RESTITUTIO IN INTEGRUM en el Derecho Indiano*", p. 209-211. En: www.bibliojurídica.org. (accedido el 15 de febrero del 2009, 14 horas) (Esta *restitutio in integrum*, se refiere a la doctrina legal sobre el derecho de rescisión de un contrato. Esta figura tiene sus orígenes probables en el derecho romano arcaico, pero es en el período clásico donde logra su mayor desarrollo y en esta época se presenta como un remedio de carácter extraordinario, que el magistrado, en virtud de su imperio concede a ciertas personas que realizan un acto o contrato conforme a derecho, pero que es contrario a la equidad. Los

compraventa, pero después desapareció, aunque civilmente el promitente queda aun obligado, solo que ahora sin causa.

Si bien la estipulación no debe carecer de causa, eso no significa que ésta deba necesariamente aparecer indicada en la formulación misma del negocio. Por lo ordinario no aparece, y entonces se dice que la estipulación es "abstracta" (o "no causal", o "incausal" o "no titulada"); cuando, en cambio, la causa figura expresada en la estipulación, se la llama "concreta" (o "causal" o "titulada"). En este sentido añade Guzmán Brito:

> Que la estipulación sea abstracta, pues, no significa "sin causa" sino "sin causa expresada". Las expresiones "titulada" o "no titulada" y "causal", "no causal" o "incausal" son peligrosamente ambiguas: dan a entender que igualmente la estipulación puede o no tener causa, como modalidades normales. Por ello es preferible hablar de estipulación abstracta y concreta, aunque esta última denominación suene algo bizarra.
>
> Los medievales hablan de *cautio* (o *stipulatio*) *discreta* (con causa expresada) e *indiscreta* (no expresada), inspirados en Digesto. 22.3.25.4 ITP. de Paulo, que se refiere a que un documento (*cautio*) "hable indiscretamente" (*indiscrete loquitur)*, en oposición a que se hayan "explicado las causas" *(causas explanavit)*[63].

Supóngase que ha tenido lugar una compraventa, y que enseguida las partes deciden estipular el precio, mediante un acto en que el comprador aparece como promitente del valor acordado como precio. La estipulación puede entonces concebirse de una de estas dos maneras:

> Lo que me debes por compra, ¿prometes que ha de serme dado?" (*Quod ex empto mihi debes, dari spondesne?*). Como aquí la causa de la estipulación, es decir la compra, figura expresamente indicada, se trata de un acto concreto. Es formulada abstractamente, por el contrario, cuando se pregunta: "¿Prometes que han de serme dados 10.000

---

requisitos de concesión de este recurso eran los siguientes: Que se haya causado daño, que no exista otro recurso para la reparación del daño, que se solicite dentro de un plazo determinado, que exista una causa que justifique la concesión del recurso. Y la *restitutio in integrum* ya en el Derecho Castellano, es un beneficio legal, por el cual una persona que ha padecido lesión en algún acto o contrato, logra que se reponga las cosas al estado que tenían antes del daño.)

[63] Alejandro Guzmán Brito, *Op.Cit.*, p. 19.

> sertercios?"*(Sertertium X milia mihi dai spondesne?)*, en el entendido tácito de que los 10.000 son el precio del contrato de compraventa, que es por ende la causa no expresada de la estipulación.[64]

La importancia de expresar o no la causa radicaba en esto: si era abstracta la estipulación y en verdad carecía de causa, como vimos, en el ejemplo anterior, si compraventa no hubo, o fue declarada nula, el promitente necesitaba incluir en la fórmula una *exceptio doli*[65] contra la *intentio* de la acción entablada por el estipulante con que éste exige el cumplimiento de la obligación, asumiendo la carga de probar la existencia de la causa.

Cuando, en cambio, la causa figuraba expresada, pero era inexistente, y el estipulante accionaba, no era necesario que el promitente oponga una excepción, porque la carga de probar la causa *apud iudicem* correspondía al actor, de modo que el demandado había de resultar absuelto si el contrincante no conseguía demostrarla.

Por supuesto, la prueba de la causa seguía la misma suerte que la de la propia estipulación; si había, por ejemplo, un documento en que ésta figuraba con expresión de causa, y se confería valor probatorio al documento, con ello se daban por probados el hecho de la estipulación y el hecho de haber habido causa.

En las fuentes aparece, además, otro recurso procesal en favor del deudor para atacar una estipulación sin causa: la *condictio liberationis*, que también figuraba como *condictio incerti*. Mediante ella el promitente pedía que el estipulante lo libere de la obligación civil nacida de la estipulación, a través de un acto formal de cancelación (*acceptilatio)*, bajo el concepto de que se trataba de una prestación de hacer (la liberación) a cargo del acreedor.

De lo dicho, podemos concluir que la ventaja sería ésta: para defenderse con la *exceptio doli*, el promitente necesitaba esperar que el estipulante lo demande; entretanto figura como

---

[64] Alejandro Guzmán Brito, *Op.Cit.*, p. 19.

[65] Recordamos que la *exceptio doli*, tiene su origen en una defensa procesal introducida por obra de los pretores en Roma, en tiempos de la república, para que el demandado pudiera oponerse válidamente a la pretensión del actor, aduciendo el empleo de dolo por parte de éste último, en la concertación del negocio o en la exigencia del cumplimiento inequitativo.

deudor civil; por otro lado, a través de la *condictio liberationis* se adelantaba y conseguía extinguir civilmente la deuda.

De haber sido clásica esta acción, tuvo que tener carácter extraordinario y no formulario, porque no se ve con base en qué criterio habría de fijarse la condena pecuniaria del acreedor, cuando no quería liberar al promitente. Si se supone que tal condena es al valor de la deuda, resulta ostensible que entonces se produciría un enriquecimiento a favor del deudor, por recibir una cantidad que él no ha pagado. Esta acción, en cambio, mejor suponía un procedimiento que permita condenar al acreedor a liberar, y que, de no hacerlo, autorizaba al juez para dar por liberado al deudor. Pero ello sólo era posible en el procedimiento extraordinario romano.[66]

I.2.5.4.- El enriquecimiento injustificado en la estipulación con causa mutuaria

En el Derecho romano, se practicaba ordinariamente recubrir los mutuos[67] con interés mediante una única estipulación abstracta por el capital y aquellos, que el promitente-mutuante, caso en el cual los juristas dicen que la obligación nacía *re* (por la *numeratio*[68] o tradición del dinero mutuado) y *verbis*[69] (por la estipulación). El mutuo era entonces la causa de esta última. El tratadista chileno Alejandro Guzmán Brito, en este sentido sostiene:

---

[66] Alejandro Guzmán Brito, *Op. Cit.*, p. 20.

[67] José Marín Ordóñez, *"Biblioteca manual del estudiante de jurisprudencia y administración: prolegómeno del derecho: historia e instituciones del Derecho Romano"*, Editor Lib. De León Pablo Villaverde, Madrid, España, 1864, p. 155. (En el Derecho romano, todo contrato real es necesariamente consecuencia de un hecho que ya se ha realizado. Puede ser definido, aquel que ni tiene origen ni produce obligación sin la entrega de la cosa, o la prestación de un hecho. Existían algunos contratos reales nominados, entre ellos: el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda. El mutuo (*mutuum*) *à mutui datione*, era el contrato por el que uno trasfiere a otro cierta o ciertas cosas que se estiman en el comercio por su peso, número o medida, con la obligación de que le devuelva otro tanto del mismo género.)

[68] *Numeratio*, se refiere a la entrega material de las monedas o dinero.

[69] *Verbis* a diferencia del contraído *litteris.*

> La ventaja de este negocio complejo radica en poderse cobrar los intereses, ya que de su mero pacto no nace acción, y de cobrar el total del capital más los intereses con una sola acción: la *condictio*, sin necesidad de tener que demandar dos veces: una por el capital y otra por los intereses, si es que éstos fueron estipulados por separado. Además permite reservarse la *condictio* al menos por el capital, fundándola en la *numeratio* mutuaria, si es que por cualquier razón no prospera la *condictio* basada en la estipulación. La contraposición *re-verbis* sirvió de base a Gayo para construir su cuatripartición de obligaciones nacidas, *re, verbis, litteris* y *consensu*[70].

Asimismo, el mutuario-promitente dispone de una *exceptio doli* en contra del mutuante-estipulante si es que éste, una vez cobrada la deuda mediante la *condictio* (estipulatoria), pretende volver a cobrarla a través de una nueva *condictio* (mutuaria esta vez), o viceversa.

El tratadista José Manuel Ordóñez, explica que el mutuo, como contrato unilateral, "…producía solo una acción, que es la que competía al mutuante contra el mutuario, para que le dé igual cantidad de cosas y del mismo género y calidad que las que recibió. Esta acción era personal y se denominaba *condictio certi*."[71]

Podía ocurrir que las partes tenían acordado un mutuo, y que, retrasando la entrega del dinero el futuro mutuante al que iba a ser mutuario, celebraban de antemano la estipulación (de que se dejaba constancia en una *cautio*), en el entendido de que la cantidad sería entregada poco después. Si esto realmente acaecía, el negocio se desenvolvería en forma normal; pero si el estipulante no llegaba a entregar el dinero, la estipulación carecía de causa. Para el evento en que aquél pretendía exigir el cumplimiento de la estipulación, el promitente debía oponer la habitual *exceptio doli* y probar que no hubo *numeratio,* mutuaria a fin de resultar absuelto.

Sin embargo, el emperador Caracalla reformó profundamente este régimen del negocio *re et verbis*, para cuando fuera previsto así por las partes y resultara ejecutado sólo *verbis*. Entonces, concedió al deudor una "excepción de dinero no entregado" *(exceptio non*

---

[70] Alejandro Guzmán Brito, *Op. Cit.*, p. 21.

[71] José Marín Ordóñez, *Op. Cit*., p. 156.

numeratae pecuniae) en contra de la acción del estipulante como alternativa a la de dolo. En virtud de aquélla resultaba invertido el peso de la prueba, pues en este caso correspondía al estipulante que demandaba probar haber habido *numeratio,* en defecto de esa prueba se absolvía al promitente demandado.

Esta medida fue complementada con una *querela non numeratae pecuniae,* o acción que se concedía *extra ordinem* al promitente para permitirle adelantarse a la demanda del estipulante y así obligarlo a probar haber habido entrega del dinero, de modo de obtener una suerte de absolución preventiva, cuando efectivamente entrega no hubo. Dicha *querela* se justificaba porque la excepción sólo podía ser entablada dentro de un plazo de caducidad, de forma que le bastaría al estipulante esperar a que se cumpliera éste para entablar su acción, sin el temor de verse enfrentado a la carga de probar la *numeratio.*

La única manera de evitar esta burla, en consecuencia, fue conceder al deudor la iniciativa del juicio, y tal es la función de la *querela*. Inicialmente ese plazo fue de un año (bajo Alejandro Severo); Diocleciano lo aumentó a cinco y Justiniano lo disminuyó a dos.[72]

La *exceptio* y sobre todo la *querela* suponían un documento en que constaba la estipulación (*cautio*), porque en la época de Caracalla la tendencia a ver la fuerza obligacional de la estipulación en el documento estaba muy avanzada.

> Con la querella, pues, se trata de forzar al tenedor del documento estipulatorio a que lo exhiba y pruebe su correspondencia con el acto real de la entrega del dinero, y a que lo devuelva si es que no consigue probarlo. Como pasado el plazo de caducidad el documento se torna en inobjetable por la excepción y en inacatable por la acción, Justiniano consideró que entonces el deudor queda obligado por él en cuanto documento, con independencia del acto causante, y vio en ello un caso de obligación nacida *litteris* en sustitución del caso original ofrecido por Gayo, ya caído en desuso (*transcriptio nominum*).[73]

---

[72] Alejandro Guzmán Brito, *Op. Cit.*, pp. 21-22.

[73] Ibid., p. 22.

I.2.5.4.- *Stipulatio (promissio) ob rem* y la *condictio sine causa*

Continuando con el análisis histórico de la institución del enriquecimiento injustificado el autor chileno Alejandro Guzmán indica que: "En las fuentes (de las obligaciones) quedan rastros de haber existido la figura de una *stipulatio (promissio) ob rem,* que debió de ser paralela y equivalente al *dare ob rem*. Consiste aquélla en prometer por un fin que se espera, al cual no sigue."[74]

Aquí, en la *promissio ob rem*, debemos distinguir el acuerdo consensual previo entre las partes, que contiene el compromiso de dar, hacer o no hacer de una de ellas (como vimos anteriormente), y que después es trasladado abstractamente a una estipulación; y el compromiso de la otra, que no es trasladado. El cumplimiento del compromiso de esta otra parte es la *res* esperada por el prominente; si este último es cumplido, la estipulación queda perfecta; en caso contrario, el promitente permanece obligado por una finalidad que no se cumplió.[75]

"Las estipulaciones *ob rem* debieron ser muy raras, precisamente por la posibilidad que existe de introducir el fin en la formulación misma del acto […] Por lo demás, esta forma de estipulación, una vez cumplida, es decir pagada, se transforma en un *dare ob rem* (si lo prometido fue un *dare*)."[76]

Si el fin no sigue y se hubiese tratado de un *dare ob rem*, el *dans* podría repetir lo dado mediante una *condictio*; pero como aquí se trata de una obligación, estrictamente ella no puede ser repetida, y el remedio es o una *exceptio doli* a favor del promitente contra la acción del estipulante que exige el cumplimiento de la obligación, o una acción en favor del promitente destinada a obtener su liberación de la deuda estipulatoria.

---

[74] Alejandro Guzmán Brito, *Op. Cit.*, p.22.

[75] Un ejemplo vine en el Digesto (39.5.19.6) de Ulpiano: se promete dar 100 para que el estipulante jure adoptar el nombre del promitente, el jurista dice que no hay donación porque fue hecha *ob rem* (la estipulación) y la *res* siguió (*res secuta est).* En fin no debe ser expresado en la fórmula de la estipulación, porque entonces actuaría como condición.

[76] Alejandro Guzmán Brito, *Op. cit., pp.* 22-23.

Esta última es la acción antes recordada que en las fuentes aparece como *condictio liberationis* o *condictio incerti*, que, según se dijo, debió ser conferida *extra ordinem*.

Pero, como efectivamente hay un paralelo entre la *condictio* dirigida a repetir lo dado *ob rem re non secuta* y esta acción extraordinaria para conseguir la liberación de lo prometido *ob rem re non secuta*, es posible que haya recibido el nombre de *condictio liberationis*, como si se repitiera la obligación, en el entendido de que ella de común con la verdadera *condictio* no pudo tener más que el nombre (si es que dicho nombre es clásico).[77]

De lo dicho anteriormente se colige que, en este caso no se trata de una estipulación sin causa, aunque la apariencia sea contraria y el efecto el mismo en cuanto al remedio a favor del promitente. La causa de una *stipulatio ob rem* es el acuerdo previo entre las partes, uno de cuyos compromisos es reflejado por la estipulación; pero ese acuerdo causante no desaparece al resultar incumplido por la contraparte, de modo que la estipulación no pierde la causa, es únicamente la frustración del fin esperado el que induce a defender al promitente. En este sentido, Guzmán Brito finaliza, manifestando lo siguiente:

> Al igual que en el caso del *dare ob rem*, los postclásicos ven una *causa* en la *res* esperada, y la *stipulatio ob rem* es transformada en una *stipulatio ob causam*, de modo que si la *causa* no sigue, proceda una *condictio causa non secuta* (Digesto, 12.7.1.2), que es asimilada a la *condictio sine causa*.[78]

I.2.6.- El Enriquecimiento injusto en los contratos innominados

Como hemos visto anteriormente, se sabe que integraban el sistema contractual romano, además de las cuatro categorías típicas del sistema contractual romano que son estudiadas generalmente, otras convenciones que los intérpretes han denominado contratos innominados, que se pueden definir diciendo que son relaciones, no sancionadas por el

[77] Alejandro Guzmán Brito, *Op. cit.*, p. 23.

[78] Ibid.

derecho civil, en las que una de las partes ha entregado a la otra una cosa o ha realizado a su favor una prestación de distinta índole, y ésta a su vez, se ha obligado a realizar, en cambio, otra prestación convenida[79].

Vale decirse que, estos atípicos contratos innominados eran convenciones que producían obligaciones y se transformaban en contratos cuando una de las partes había cumplido la prestación a la cual se había obligado, momento en que el otro contratante tenía que cumplir su respectiva contraprestación. Esto aproximaba los contratos innominados a los que se perfeccionaban *re,* en los cuales la obligación nacía de la prestación ejecutada por un sujeto; pero se diferenciaban de ellos, no sólo por su origen histórico, sino especialmente porque tenían por fin obtener una cosa distinta de la entregada y hasta otra prestación de cualquier naturaleza.

Por otro lado, la calificación de contratos innominados no quiere decir que algunos de ellos, al menos, no tuvieran una denominación particular, como sucedía con la permuta y el precario. Ocurrió que no fueron reconocidos como figuras típicas, es decir, como institución contrapuesta a los clásicos contratos nominados del derecho romano que estuvieron provistos de una acción especial para cada relación, la que, a diferencia de la acción general que engendraban los contratos innominados, tenía su propio nombre (*proprium nomen o propia apellatio).* De lo que se desprende que: "La designación de "innominados" deriva, pues, de la falta de nombre particular de la acción que tutelaba a cada contrato innominado."[80]

Las innumerables hipótesis de estos contratos fueron reunidas en un fragmento del Digesto atribuido al jurisconsulto Paulo (Dig, 19, 5, 5) en cuatro grupos, atendiendo al diferente contenido de las recíprocas prestaciones a que podían obligarse las partes: "doy para que des"(*do ut des)*, que se presentaba cuando se transmitía una cosa para recibir otra: "doy para que hagas (*do ut facsias)*, si se transmitía una cosa a cambio de una actividad; "hago

---

[79] Luis Rodolfo Arguello, "*Manual de derecho romano. Historia e instituciones",* tercera edición corregida, octava reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2002, p.332.

[80] Ibid. p.333.

para que des" (*fascio ut des)*, en la que inversamente a la anterior se realizaba una actividad para obtener la transmisión de una cosa y "hago para que hagas (*fascio ut fascias)*, cuando ambas prestaciones consistían en un hacer. [81]

Es importante mencionar, que por mucho tiempo los acuerdos de voluntades que no ensamblaban como figuras típicas reconocidas por el Derecho romano no tenían el carácter de *contractus*. De ahí que no naciera una *actio* mediante la cual la parte que hubiera satisfecho la prestación convenida pudiera exigir a la otra el cumplimiento de su correspondiente contraprestación, en espera y como compensación de la cual había realizado la primera. Como tal situación llevaba a un enriquecimiento injusto del contratante incumpliente, violando así la más estricta equidad, la legislación romana arbitró remedios que fueron modificando tales principios.

Veamos, entonces, cómo es que se aplicaba la teoría del enriquecimiento injusto cuando el negocio tenía pendiente un *datio*, esto es, la entrega de una cosa. Fue posible, en este caso, constreñir a la parte que había dejado de cumplir la prestación debida, a restituir la cosa mediante la *condictio ob causam datorum*[82] que el *Corpus Iuris* llamó después, *condictio causa data causa non secuta*.

Por otro lado, si la prestación consistía en un *facere*, no habiendo modo de restituir un hecho ya realizado, se pudo obtener el resarcimiento del perjuicio causado por el incumplimiento mediante el ejercicio de la *actio doli.* Se dio todavía otra defensa a la parte cumplidora, la *condictio expoenitentia*, que la autorizaba a desistir unilateralmente de la convención y a reclamar su prestación, cuando la otra parte no hubiera cumplido la suya, aunque no mediara culpa.

---

[81] Paulo citado por: Luis Rodolfo Arguello, Op. Cit., pp.333.

[82] Héctor Martínez Flores, *"El Enriquecimiento Injustificado: ¿Indemnización o Restitución?"*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú, s/a., en www.derechoycambiosocial.com, Accedido 20 de marzo del 2009, 18 horas).- (Recordemos que la *condictio ob causam datorum*: Se reclamaba la devolución de lo que una persona hubiese recibido en atención a una causa lícita que se esperaba y que no había tenido lugar, como en el caso del matrimonio no celebrado.)

"Estos medios jurídicos, si bien evitaban que la parte incumpliente obtuviera una injusta ventaja patrimonial, tenían el inconveniente de que no daban eficacia a la convención realizada, pues retrotraían las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración."[83] Con ello no se satisfacía el interés del contratante que había cumplido su prestación y que, seguramente, celebraba el contrato movido por los beneficios que había de reportarle la contraprestación prometida. Por esta razón, en la época postclásica o, más probablemente, en la compilación justinianea, se dotó a los contratos innominados de una acción general encaminada a obtener la contraprestación debida o a procurar la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios, cuando el cumplimiento de la obligación fuera imposible.

Esta acción genérica nacida para la tutela de los contratos innominados recibió el nombre de *actio praescriptis verbis*, pero en las fuentes justinianeas se la denomina también *actio civilis incerti*. La variedad de designaciones viene a confirmar la idea de que existió una amplia manipulación de manos de juristas romanos origen postclásico y bizantino, sobre este tema, y que habrían intervenido en la creación de la acción tuteladora de las relaciones nacidas de los contratos innominados, cuya denominación *praescriptis verbis* obedecía al hecho de que en la fórmula, dada la configuración anómala del negocio que se trataba proteger, se suplía la falta de un nombre específico, por una breve descripción inicial (*praescriptio).* En este sentido, Luis Rodolfo Arguello, para finalizar, argumenta lo siguiente:

> A partir del otorgamiento de esta acción, que hizo que los contratos innominados integraran el sistema contractual romano, la parte que había cumplido la prestación tenía la posibilidad de elegir entre la ejecución y la resolución del vínculo obligacional, alternativa que no se ofrecía en los contratos nominados. Podía, de la *condictio causa data causa non secuta* o, por fin, desistir unilateralmente de la convención por el ejercicio de la *condictio exponitentia.*[84]

---

[83] Luis Rodolfo Arguello, Op. Cit., p. 334.

[84] Ibid. p. 335.

De lo que podemos manifestar que se usaba, como base fundamental de la acción dada a estos contratos innominados, la teoría del enriquecimiento injustificado en su variante *ob causam datorum*, y en general se aplicaba el principio de la *condictio causa data causa non secuta*. Es importante entender esta diferencia, en cuanto esta *condictio* y sus otras variedades que son precedentes o antecedentes de la *condictio sine causa.*

I.2.7.- Los Cuasicontratos.

Justiniano consideró en las Institutas que la categoría gayana de las fuentes de las obligaciones designada con la expresión *variae causarum figurae*, podía ser diversificada en dos especies autónomas, la de los cuasicontratos y la de los cuasidelitos. Dentro de la primera de estas formas las fuentes justinianeas comprendieron diversas figuras de obligaciones que derivaban de actos ilícitos que podían asimilarse a algunos contratos. De ellas se decía que nacían *quasi ex contratu*, y los intérpretes terminaron por designarlas con el nombre de cuasicontratos.

Es importante decir que la noción clásica del cuasicontrato ha sido objeto de fuertes críticas por la doctrina moderna, posición a la que nos unimos en este trabajo. Pero, en el Derecho romano y con el propósito de sistematizar algunas figuras que no eran ni contrato ni delito, se aludía a las obligaciones que debían ser consideradas como si resultaran de un contrato o *quasi ex contractu*, o como si resultaran de un delito, *quasi ex delicto*[85].

En este mismo orden de ideas, Arguello menciona que:

> La denominación de cuasicontrato, nada explica sobre la estructura de las relaciones que se comprenden en la especie, a la par que tal calificación sólo sirve para agrupar las más

[85] José Luis Murga Gener, Arnaldo Biscardi, Javier Patricio Serrano, Javier Paricio, *Op. Cit.*, p.60.

> heterogéneas hipótesis que únicamente tienen de común el no revestir el carácter de contrato, porque carecen del acuerdo de voluntades.[86]

Por ello, llegar a un concepto definido del cuasicontrato es tarea que presenta no pocas dificultades, dada la variedad de tipos que pueden incluirse dentro de él. De ahí que, siguiendo los lineamientos de las Institutas de Justiniano se estudia las obligaciones nacidas de actos lícitos no contractuales, pero que en alguna medida provienen de un negocio afín al contrato, o lo que es lo mismo, de un cuasicontrato.

Caen dentro de esta especial fuente de las obligaciones diversas especies particulares de relaciones no contractuales que tienen la virtualidad de generar una *obligatio*. Entre ellas nos referimos al *legatum per dammationem* y al *sinendi modo*, a la *pollicitatio* y el *votum*, y sobresalen la gestión de negocios y casos afines (tutela, curatela, gastos funerarios), además, según muchos estudiosos del Derecho romano, aunque equivocadamente, consideraban al enriquecimiento injusto como un caso más de cuasicontrato, así también a la figura de la comunidad incidental.[87]Aunque actualmente la doctrina considera al enriquecimiento injustificado como una fuente autónoma de las obligaciones y no lo clasifican dentro de los cuasicontratos, pero sobre este tema trataremos a profundidad en los siguientes capítulos.

I.2.8.- La *actio in rem verso*

Antes de concluir este capítulo sobre la Historia del Derecho romano, es preciso realizar la siguiente aclaración en cuanto a la acción de enriquecimiento sin causa o *condictio sine causa* y la denominada *actio in rem verso.* Sobre todo para fines de este trabajo, en el que consideramos, de acuerdo a la doctrina moderna, que son dos denominaciones que, en la actualidad se pueden usar, tanto la una como la otra para referirse a los mismos casos; sin

[86] Luis Rodolfo Arguello, *Op. Cit*., p. 344.

[87] Ibid. pp.344-345

embargo, en el Derecho romano existió una pequeña diferencia que poco a poco se fue diluyendo.

Es así que la acción *in rem verso*, estaba "particularizada al caso en que el *filius* o *servus* realizara un negocio con intención de obligar al padre o dueño, y que redundase en utilidad para aquéllos; siendo el negocio inválido, el tercero tenía derecho a reclamar por el beneficio que hubiera resultado en el patrimonio de éste"[88].

Pero, como manifiesta el profesor peruano, Héctor Martínez, "En puridad, cabe subrayar que en Roma, si bien es cierto que la acción *in rem verso* se restringía al supuesto acotado, en la actualidad la doctrina prefiere emplearla para todos los casos de enriquecimiento injustificado..."[89]Posición con la que concordamos nosotros, y en base a la que denominaremos indistintamente en este trabajo a las dos acciones.

Pero, para otros autores, como el ecuatoriano Alfonso Oramas Gross, mantienen una posición contraria, y en este sentido afirman:

> Es necesario hacer una advertencia sobre el mal empleo del término *actio in rem verso* por parte de la doctrina, ya que generalmente se la señala como la acción correspondiente a todos los casos del enriquecimiento sin causa cuando en realidad se refiere a aquellos supuestos en los cuales ha existido un desplazamiento patrimonial y en el cual interviene también la figura de un tercer patrimonio […][90]

Pero a esta posición de Oramas Gross, debemos añadir que, es importante diferenciar esta acción, a la que nos hemos referido (*in rem verso*), de otra muy parecida, casi del mismo nombre que es la acción *in rem verso utilis*, creada también por los romanos, y que al parecer, es con la que ha confundido este autor ecuatoriano.

---

[88]Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana, *"Derecho de obligaciones civiles y comerciales."*, Editorial Abeledo - Perrot, 1era edición, 3era reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 726.

[89] Héctor Martínez Flores, *Op. Cit., s/p. #4.*

[90] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.,* p. 98.

Por lo tanto, como dice Aguirre, otro autor ecuatoriano, refiriéndose a la *actio in rem verso utilis:* "… esta es una acción pretoria de equidad para el caso de que alguien se hubiera enriquecido por efecto de un contrato celebrado entre dos personas *sui juris*, o sea en el caso de un enriquecimiento indirecto." [91] Por lo tanto, tal legislación, que por cierto ha sido negada por algunos romanistas, sobre todo antes de la compilación de Justiniano, ha quedado en la legislación moderna absorbida dentro de la gestión de negocios, como veremos oportunamente en el desarrollo de este trabajo.

Consecuentemente, sea que de un lado se tome en cuenta la *actio in rem verso* o la *actio in rem verso utilis*, ya no se pueden aplicar en las condiciones actuales, sino en base a la doctrina del enriquecimiento injustificado o sin causa, por lo que se encuadra dentro de la acción de restitución por enriquecimiento sin otra distinción.

[91] Julio Bastidas Aguirre, *Op. Cit.*, p. 16.

CAPÍTULO II:

DEFINICIÓN DE OBLIGACIÓN

II.1.- Introducción

Como es natural, el tema de este libro recae dentro de la rama del Derecho de obligaciones, por lo tanto, es preciso definir el término obligación, comenzando desde su significado más general y usual, hasta llegar a la definición en sentido estricto; además de realizar el análisis respectivo cuando sea necesario. También es preciso señalar que aquí no se tocará la definición relacionada con el Derecho mercantil y comercial, en la que obligación tiene el significado de título de crédito. Tampoco discutiremos a profundidad el tema de filosofía jurídica en cuanto a obligación en relación a derecho en sentido abstracto. Por lo dicho, nuestro afán es el de definir a la obligación civil como tal, más que en otro sentido.

Así, el Diccionario de la Lengua Española señala que una obligación es "una exigencia establecida por la moral, la ley o la autoridad", más adelante define a la obligación como "cosa que se debe hacer". De estas simples definiciones nos quedan las cosas claras. Es evidente, que una obligación es una exigencia de una acción o abstención específicas.

Este término puede tener diversas definiciones, algunas no muy relativas al tema que tratamos en esta obra; sin embargo, dentro del ámbito jurídico, Guillermo Cabanellas de Torres, en su Diccionario Jurídico Elemental señala que: "Derecho y obligación, términos a la vez antitéticos y complementarios, resumen en sí todas las relaciones y aspectos jurídicos; de ahí la complejidad de su concepto…"[92]

[92] Guillermo Cabanellas de Torres, *"Diccionario Jurídico Elemental"*, Editorial Heliasta, Argentina, 2001, p.276.

Juan Carlos Smith, en su artículo de la Enciclopedia Jurídica Omeba, indica que:

> Desde el punto de vista iusfilosófico denomínase *obligación* al deber jurídico, normativamente establecido, de realizar u omitir determinado acto y a cuyo incumplimiento por parte del obligado, es imputada, como consecuencia, una sanción coactiva, es decir, un castigo traducible en un acto de fuerza física organizada.[93]

La etimología de este término nos servirá para orientar la noción de esta voz; esta palabra se origina del latín *ob* que significa delante o por causa de, y del latín *ligare*, que significa atar, sujetar, de donde proviene el sentido material de ligadura; y según Cabanellas, en lo jurídico: "es el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión."[94]

Acercándonos a lo que nos interesa, el mismo Cabanellas emite un concepto más preciso sobre obligación y dice sobre ésta, que es: "el vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa."[95] Esta última definición es la más cercana a nuestro interés y en este sentido desarrollaré este concepto dentro de la rama del Derecho civil de las obligaciones, en el siguiente apartado.

II.2.- Obligación en el sentido estricto.-

Ya en las Institutas de Justiniano se define a la obligación como un vínculo jurídico que constreñía a una persona a pagar alguna cosa según las leyes de la ciudad.[96] Tal concepto

---

[93] Juan Carlos Smith, *"Obligación"*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskil Editores, Tomo XX, Buenos Aires Argentina, 1996, p.616.

[94] Guillermo Cabanellas de Torres, Op.Cit., p.276.

[95] Ibid.

[96] La definición en latín es la siguiente: *"Obligatio est iuris vinculum, quo necesítate adstringimur alicuius solvandae rei, secundum nostra civitas iura"* (Instituta III, Tít 13, pr).

de obligación ha venido evolucionando desde esas épocas hasta llegar a las actuales concepciones, que dicho sea de paso, no difieren mucho de las originales.[97]

Como señala Luis Parraguez Ruiz: "Al Derecho Civil no competen, en estricto rigor, las obligaciones situadas en el Derecho Público, de donde asoma una nueva restricción en la noción de obligación […] En consecuencia nos estamos quedando con las "*obligaciones de Derecho Privado.*"[98] En este sentido la forma obligacional por antonomasia, a la que este autor denomina "obligación típica", es aquella que nace como contrapartida del derecho personal o de crédito.

Para llegar a determinar un concepto de obligación, se hace necesario diferenciar lo que se entiende por derechos personales o de crédito y derechos reales, aquí lo haremos de manera concisa y sin alargarnos.

Siguiendo este mismo orden de ideas, es necesario señalar algunas cuestiones sobre los derechos que generan las obligaciones sobre las que tratamos aquí. Así, según Andreas Von Tuhr: "Los créditos son, con los derechos reales, la parte más importante de cuantos derechos integran el patrimonio de una persona. La diferencia fundamental que separa estas dos categorías –los créditos y los derechos reales- estriba en el objeto sobre que recaen."[99]

Así, los créditos son dirigidos contra la persona del deudor, a quien imponen el deber de realizar un acto (la prestación); de aquí que, a veces, se los distinga también con el nombre de "derechos personales". En cambio, los derechos de cosas o derechos reales se constituyen sobre un objeto material, sin respecto a determinada persona[100], asignando a su titular facultades de imperio, unas veces ilimitadas y otras restringidas.

---

[97] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.* p. 12.

[98] Luis Parraguez Ruiz, *"Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones",* volumen I, primera edición, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, Ecuador, 2000, pp. 19-20.

[99] A. Von Tuhr, *"Tratado de las obligaciones"*, Editorial Comares, Granada, España, 2007, p. 1.

[100] Artículo 595 Código Civil ecuatoriano.

El alemán Von Tuhr añade que: "Los derechos reales hállanse enclavados en la zona de los derechos *absolutos*, pues permiten al sujeto ejercer su imperio contra cualesquiera terceras personas que los perturben; por el contrario, los créditos son derechos *relativos*: el acreedor, generalmente, sólo puede dirigirse contra su deudor, sin deducir derecho alguno contra tercero."[101]

Una vez que ha quedado claro este punto, vamos a revisar algunas definiciones de diferentes tratadistas, en cuanto al término obligación:

Los autores Colin y Capitant la conceptúan como "una necesidad jurídica por efecto de la cual una persona está sujeta respecto de otra a una prestación, ya positiva, ya negativa, es decir, a un hecho o a una obligación."[102]

Alessandri la considera así: "Vínculo jurídico que coloca a una determinada persona en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa, con respecto de otra también determinada."[103]

Luis Claro Solar, define a obligación como: "Un vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de procurar a otra el beneficio de un hecho o de una abstención determinada y susceptible generalmente de apreciaciones pecuniarias."[104]

El chileno René Abeliuk la define en términos muy similares a los anteriores como: "un vínculo jurídico entre personas determinadas en virtud de la cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, o no hacer algo."[105]

---

[101] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, pp. 1-2.

[102] Colin y Capitant citados en: Fernando Eduardo León Quinde, *"Elementos del incumplimiento de las obligaciones"*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2002, p. 14.

[103] Alessandri citado en: Fernando Eduardo León Quinde, *Op. Cit*, p.14.

[104] Luis Claro solar citado en: Fernando Eduardo León Quinde, *Op. Cit*, p.14

[105] René Abeliuk Manosevich, "*Las obligaciones y sus principales fuentes en el derecho civil chileno",* Editores Lopez-Vianco, Santiago de Chile, 1971, p. 21.

El gran tratadista Pothier define a la obligación en el mismo sentido que los anteriores y dice que: "es un lazo de derecho, que restringe a dar alguna cosa, o bien, a hacer o no hacer tal cosa."[106]

Mazeaud dice de las obligaciones que: "son un vínculo de derecho entre personas, en virtud del cual, el acreedor tienen derecho a una prestación valorable en dinero efectuada por otro que está obligado a ella"[107].

Sin el ánimo de ser repetitivos, manifestamos que otros tratadistas, como Planiol, Ennecerus, Aubry y Rau, entre otros, se refieren en los mismos términos cuando definen obligación. La anterior lista de definiciones sirve para comprender que se ha llegado a un punto en el que existe casi total unanimidad en cuanto a los caracteres básicos de la obligación civil.

De todas las definiciones investigadas, la que más nos ha gustado, por su alcance y claridad es la que forja Luis Parraguez Ruiz, quien define a la obligación, en sentido estricto, como:

> *Un vínculo jurídico en virtud del cual una persona llamada deudor queda en la necesidad de realizar una determinada prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer, a favor de otra denominada acreedor, de tal manera que compromete todo su patrimonio embargable en garantía de cumplimiento.*[108]

Esta definición nos ha parecido lo bastante clara y suficiente, aunque no perfecta. Es así que de esta definición, claramente se pueden extraer los elementos más característicos y fundamentales de la obligación, los cuales, por el momento, no los vamos a analizar pormenorizadamente, ya que no son objeto de análisis dentro de los objetivos de este trabajo académico.

---

[106] Pothier citado en: Luis María Boffi Boggero, *"Obligaciones"*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskil Editores, Tomo XX, Buenos Aires Argentina, 1996, p.641.

[107] Mazeaud citado en: Luis María Boffi Boggero, *Op. Cit.*, p. 641.

[108] Luis Parraguez Ruiz, *"Op. Cit.,* p. 21.

Ahora, en cuanto a la naturaleza y estructura de la obligación, como vemos, se da el nombre de obligación a la relación jurídica establecida entre dos o más personas, por virtud de la cual una de ellas, el deudor, *debitor*, se constituye en el deber de entregar a la otra, acreedor, *creditor*, una prestación. Enfocada desde el punto de vista del acreedor, la obligación implica un crédito; para el deudor, supone una deuda. Aunque existen relaciones que implican tanto una deuda como un crédito al mismo tiempo, a su vez, tanto al deudor como al acreedor, por lo que esta calidad es relativa de la relación obligacional.

II.3.-Obligación, vínculo obligacional o relaciones obligatorias.-

Andreas Von Tuhr señala que la palabra obligación tiene dos sentidos o acepciones diferentes, la primera, como vimos anteriormente, en sentido estricto, se entiende por obligación un determinado crédito. Pero, en sentido amplio, "se designa con la palabra obligación la relación existente entre dos personas, cualquiera que sea el fundamento a que responda, y de la que nacen uno o varios créditos."[109] Esas son las relaciones derivadas de un contrato, ya sea de compraventa, de arrendamiento, de sociedad, y esas relaciones se presentan, como es lógico, entre las partes contratantes, sin embargo también pueden existir relaciones con terceros. En este orden de ideas, dice Von Tuhr, que más que de obligación, debiera hablarse de "relación obligatoria".

El maestro Rafael Rojina Villegas, define a la obligación como una "relación jurídica"[110] . Cabe aclarar, como lo dice el mexicano Pérez Bautista, que "…el apoyo a la virtud de este tipo de descripciones se debe a que, de aceptar la asimilación de la obligación con la relación jurídica, ésta, en vez de ser un elemento de la obligación, sería la obligación, lo cual haría incurrir en el error de definir lo definido."[111]

---

[109] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 2.

[110] Rafael Rojina Villegas, *"Derecho civil mexicano. Obligaciones"*, tomo V, vol I, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 12.

[111] Miguel Ángel Pérez Bautista, *"Obligaciones"*, Iure editores, México DF, México, 2006, p. 5.

Por su parte, el jurista argentino Horacio Pedro Guillén, recalca en la idea de la obligación como un vínculo jurídico. "Sin ese vínculo jurídico la obligación no existe como tal."[112] Esto se hace más evidente en el caso de las obligaciones naturales.

Sin embargo, lo natural es que en una relación jurídica no se engendre solamente un crédito, como en el resarcimiento de daños por acto ilícito; al contrario, lo normal es que se generen varios créditos, como ocurre sobre todo con las obligaciones bilaterales.

En este sentido, sostiene Von Tuhr, que: "La relación obligatoria siempre y cuando que no se establezca en ella condición ni término brota al cerrarse el contrato. El crédito puede nacer a la par que la obligación."[113] Como ocurre, por ejemplo, en la compra en firme, o puede surgir en un momento ulterior, como es el caso de los créditos que versan sobre los alquileres o créditos vencidos.

Continúa manifestando Von Tuhr, que: "Por regla general, los créditos son susceptibles de cesión. Más la relación obligatoria perdura entre las mismas personas para quienes se creó."[114] Esto se explica, por ejemplo, en el caso que un arrendador ceda los derechos a percibir los alquileres a otra persona, sin embargo, la calidad de arrendador es la misma y no pierde los derechos que pertenecen a esta posición jurídica.

Dentro de esta concepción de las obligaciones, entendidas éstas como simples créditos, se sabe que se extinguen, en todo o en parte, tal como lo señala nuestro Código Civil en el artículo 1610, por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo; por la solución o pago efectivo; por la novación; por la transacción; por la remisión; por la compensación; por la confusión; por la pérdida de la cosa que se debe; por la declaración de nulidad o por la rescisión; por el evento de la condición resolutoria; y, por la prescripción.

---

[112] Horacio Pedro Guillén, *"Obligaciones manual",* editorial B de f, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 2.

[113] A. Von Tuhr, Op. Cit., p. 3.

[114] Ibid.

Por otro lado, para la extinción de las relaciones obligatorias, rigen causas muy distintas, Von Tuhr señala: "transcurso del tiempo, desistimiento o finalización del contrato, liquidación mediante el cumplimiento de todos los créditos nacidos de la relación obligatoria"[115] . Es por eso que, muchas veces, un crédito sobreviva a la obligación de la que brotó.

Esta concepción sobre el crédito, la de Von Tuhr, es una concepción subjetiva, ya que se ve desde el punto de vista de una potestad del acreedor. De la misma forma, en el Código Civil argentino, en el artículo 496 se define el crédito de la siguiente manera: "El derecho de exigir la cosa que es objeto de la obligación, es un crédito, y la obligación de hacer o no hacer, o de dar una cosa, es una deuda".

Se nota la diferencia en la concepción, cuando nosotros, en el Código Civil ecuatoriano, encontramos una definición cercana a la de obligación, en el artículo 1454, aunque en realidad se defina al convenio, erróneamente, desde el punto de vista de los tratadistas. Este artículo dice: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa." Concepto este confuso y nada estricto, desde ningún punto de vista, sin embargo podemos rescatar que el concepto de relación obligacional está presente, al referirse al acuerdo entre dos o más partes, se refiere a un vínculo.

Al contrario de esta definición subjetiva, algunos tratadistas desde el punto de vista de una concepción objetiva, sostienen que la obligación es un título a una prestación, pues, en palabras de Horacio Pedro Guillén, "estaríamos ante una relación de patrimonios"[116]. Desde esta perspectiva promovida en sus inicios por von Ihering, el crédito sería, entonces, el título que permite perseguir esa prestación, más allá de que sea o no cumplida por el deudor.

---

[115] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 3.

[116] Horacio Pedro Guillén, *Op. Cit.* p. 4.

Luego de haber analizado detenidamente las posibilidades distintas de definir a la obligación, no podemos dejar escapar la estrecha o inherente relación de ésta con el patrimonio, es así que cuando nos referimos a las obligaciones, en este trabajo, es más, dentro del derecho de las obligaciones, hacemos alusión también a los derechos patrimoniales que tienen todas las personas, no a los extrapatrimoniales que, como sabemos, en estricto sentido, carecen de carácter pecuniario y están fuera del comercio.

Por lo tanto, los derechos patrimoniales son los que integran el patrimonio de las personas, concibiendo al patrimonio como el conjunto de bienes y de obligaciones de un sujeto del derecho, es una universalidad de derecho, una abstracción, un continente más allá de su contenido. "Se presenta así la obligación o derecho personal o de crédito, como uno de los derechos que integran el patrimonio. Es un activo en el patrimonio del acreedor y un pasivo en el patrimonio del deudor."[117]

De tal guisa que si sistematizamos todas las definiciones, llegamos a entender, claramente, que la obligación, en las palabras más sencillas posibles, es un vínculo jurídico que sitúa a una persona determinada, respecto de otra, en la necesidad de cumplir una prestación. Al respecto, no debemos olvidar la diferencia entre obligación y prestación, entendida esta última como: "Objeto y contenido de las obligaciones, consistentes en dar, hacer o no hacer alguna cosa."[118]

---

[117] Alberto Tamayo Lombana, *"Manual de obligaciones"*, quinta edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, p. 5.

[118] Guillermo Cabanellas de Torres, *Op.Cit*., p.319.

CAPÍTULO III:

ANÁLISIS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE OBLIGACIÓN Y ACCIÓN

III.1.- Introducción

Ya vimos en el capítulo anterior, el significado exacto del término "obligación", que para efectos de este trabajo es importante, como seguiremos viendo según avanzamos en la exposición de nuestras ideas. Por otro lado, es necesario realizar el respectivo análisis entre la figura de la obligación y de la acción dentro del derecho civil de las obligaciones, para el efecto, primero deberemos definir los términos a analizarse, según lo hacemos a continuación:

III.2.-Acción

Acción, término proveniente del latín *agere*, que significa hacer obrar. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su significado más lato, se define como: "actividad o movimiento".

El autor Eduardo B. Carlos, al respecto del vocablo "acción" señala que: "indagar sobre el significado jurídico de la voz acción equivale tanto como enfrentarse con uno de los problemas más complejos y fundamentales […] porque se enraíza, indudablemente, en el más vasto terreno de la ciencia del Derecho y de la Filosofía jurídica."[119]

En el mismo sentido, Guillermo Cabanellas de Torres, señala que la amplitud de la palabra acción, es superada difícilmente por otra alguna. "En sus significados generales, acción

[119] Eduardo B. Carlos, *"Acción"*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskil Editores, Tomo I, Buenos Aires Argentina, 1996, p.206.

equivale a ejercicio de una potencia o facultad."[120] Ahora, en el sentido jurídico, acción "denota el derecho que se tiene a pedir alguna cosa o la forma legal de ejercitar éste."[121]

Como podemos ver, este último concepto tiene dos aristas, la primera, que considera a la acción como un derecho, según Cabanellas se regula por leyes sustantivas; y la segunda que considera a la acción en cuanto modo de ejercicio y se regula por leyes adjetivas.

Finalmente, y el concepto que más nos interesa dentro de esta obra, es precisamente, cuando se habla de acción civil de la siguiente manera: "La que compete a uno para reclamar en juicio sus bienes o intereses pecuniarios. Nace del derecho sobre las cosas y de las mismas fuentes que las obligaciones; es decir, de la ley, de los contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos."[122], a esto debemos añadir como fuente al enriquecimiento injustificado. En consecuencia tenemos, por ejemplo la acción de daños y perjuicios, la acción de enriquecimiento injustificado, etc.

Como acabamos de mencionar, el interés del término acción, en esta obra, es aquel referido al Derecho Civil; es más, un concepto histórico relacionado directamente con el derecho de las obligaciones. No nos interesa mucho, por lo tanto, las definiciones que se hagan de este término (acción), por la rama del Derecho procesal, pero sí haremos notar históricamente, cuándo es que se divide un concepto que había permanecido ligado al de obligación y se lo toma como un concepto exclusivo del Derecho procesal, como veremos posteriormente dentro de este mismo capítulo.

III.3.- Obligación y acción

El autor colombiano Antonio de la Vega manifiesta claramente que:

> Todo derecho de crédito está garantizado por una acción, por un medio de coerción que asegura su eficacia, y que, en síntesis, ofrece una doble posibilidad al sujeto activo de la

[120] Guillermo Cabanellas de Torres, *Op. Cit.*, p.17.

[121] Ibid.

[122] Ibid., pp.17-18.

> obligación: exigir y compeler al deudor a ejecutar directamente la prestación a que esté sujeto, o agredir su patrimonio en caso de incumplimiento, en busca de una satisfacción indirecta.[123]

Echando de menos este factor, algunos autores, con excesivo rigor lógico, le desconocen a la situación excepcional que crean las llamadas obligaciones naturales[124], el carácter de obligaciones propiamente dichas. Está claro que el concepto del vocablo acción va más allá del concepto perteneciente al Derecho procesal, sin embargo, es en esta rama del Derecho en donde se desarrolla esta institución y se fundamentan sus principios y características más importantes. Por otro lado, no podemos desconocer que las acepciones, tanto en su significado común, como en su significado estricto, pueden resultar divergentes e incluso contradictorias.

Dentro de la estructura de este trabajo investigativo, y para este capítulo específicamente, me he propuesto establecer la relación, tanto histórica como conceptual de la institución jurídica de la acción, directamente ligada con el concepto de obligación. Por lo tanto, ahora, *lato sensu*, acción, "denota o exterioriza un obrar material, un estado de movimiento, que en su origen, ha sido el único medio idóneo de realización del derecho, etapa histórica que podría calificarse con el nombre de "justicia individual"."[125]

Pero, acción en su significado jurídico es también motivo de varias acepciones, como se mencionó previamente. Así, un significado aquí y ahora no relevante, tiene que ver con el título representativo de una cuota o parte del capital en las sociedades comerciales.

Asimismo, se alude con la misma expresión (acción), a la demanda, o sea al acto jurídico procesal que incoa el proceso y que es el acto procesal por medio del cual se ejercita.

---

[123] Antonio de la Vega, "*Derecho de obligaciones",* cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1986, p. 9.

[124] Vid: Georgi, *Teoría de las obligaciones,* tomo I, pp. 28-29. (Sobre el tema de las obligaciones naturales trataremos en su debido momento en posterior capítulo.)

[125] Eduardo B. Carlos, *Op. Cit.,* p.207.

También se indica con esta locución, la existencia de un derecho subjetivo privado, que es el que se hace valer en la demanda, concepto éste, que más se acerca o relaciona históricamente con el desarrollo del término obligación. No olvidamos tampoco la acepción de "acción", en el sentido técnico procesal, como "el derecho, facultad o poder jurídico acordado al individuo para provocar la actividad jurisdiccional del Estado".[126]

III.3.1.- Concepto Histórico del término "acción"

El término "acción" viene del vocablo latino *actio*, y este de *agere*, "puesto que en el derecho primitivo el actor debía actuar, esto es, reproducir mímicamente, ante el tribunal, el hecho fundamental de su reclamación"[127].

De la noción de actividad, este vocablo evolucionó al concepto del derecho a ejercer esa actividad, en general, muchos autores citan a Celso, texto que sirvió durante muchos siglos de definición a la acción: *"hijil aliud est actio quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur* (la acción no es sino el derecho a perseguir en juicio lo que se nos debe)"[128].

De ahí el apotegma jurídico conocidísimo de que "el que tiene derecho tiene acción". Lo cual según Véscovi significa "que la acción aparece como un elemento del derecho"[129]. Concepción aceptada, también, por el derecho positivo español; el derecho positivo francés y aún la doctrina de los procesalistas, que sin excepción están ligados a esta postura.[130]

---

[126] Eduardo B. Carlos, *Op. Cit*., p.207.

[127] Enrique Véscovi, *"Teoría General del Proceso"*, Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2006, pp.63-64.

[128] Celso, citado por: Enrique Véscovi, *Op. Cit*., p. 64.

[129] Ibid.

[130] Gonzalo Acosta, *"La acción en el derecho civil"*, Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador, 1942, p.1.

No es difícil advertir aquel estrecho paralelismo que se ha señalado. Por eso durante casi todo el siglo XIX que marca el primado del Derecho civil, toda elaboración conceptual debía estar informada de la teoría o técnica del Derecho privado. "En tales circunstancias, no podía existir el Derecho procesal civil sino como un apéndice del Derecho material; de ahí que la acción se la definiera como un derecho subjetivo privado"[131], es decir, un elemento dinámico del mismo derecho, reaccionando ante la violación sufrida.

Ese concepto tradicional actualmente ha sido superado por la doctrina procesal moderna, especialmente en Alemania, Italia y España. La evolución del nuevo concepto de acción, más apegado al Derecho público, parte del estudio de Windcheid, sobre la *actio* romana y su polémica con Teodoro Muther, "así se llega a la diferenciación entre el derecho a la prestación en su dirección personal y el derecho de acción como derecho autónomo, encaminado a la realización de la ley por la vía del proceso"[132].

Esta división conceptual surge con la creación de nuevas concepciones sobre el Estado y el Derecho, que evolutivamente fueron ampliando la órbita del Derecho público y estrechando la del Derecho material. Esto ocurrió aproximadamente en el último tercio del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX. "La acción queda configurada entonces, como un derecho- concreto según unos, abstracto según otros-, como un poder jurídico, como una facultad o finalmente como un Derecho cívico inherente al ciudadano y para que, con su ejercicio, el Estado le preste la tutela jurídica"[133].

En este mismo sentido dice Véscovi: "no es el mismo derecho reclamado, sino más bien un derecho (o poder) abstracto de reclamar ante el juez (el órgano jurisdiccional del Estado) un determinado derecho, concreto este sí, que se llama pretensión."[134]

---

[131] Eduardo B. Carlos, *Op. Cit.,* p.208.

[132] Gonzalo Acosta, *Op. Cit.,* p.1.

[133] Eduardo B. Carlos, *Op. Cit.,* p.208.

[134] Enrique Véscovi, *Op. Cit.,* p.64.

Sin embargo, como vemos, esa diferenciación y autonomía de la acción, según los procesalistas, es simplemente una demarcación conceptual, que sirve de base para reconocer la autonomía del derecho procesal, antes considerado como un apéndice del derecho sustancial, ya sea civil, penal, etc.

En concordancia con lo manifestado, el procesalista Teodoro Von Muther es mucho más claro al señalar que si bien es cierto existe una cierta independencia entre la acción con el derecho subjetivo, esta es condicionada a la existencia del derecho subjetivo mismo, o sea el derecho concreto de acción, quien tiene un derecho insatisfecho, tiene también el derecho de obtener una sentencia favorable[135].

Es más, el alemán Adolfo Wach, en su "Manual de Derecho Procesal Civil", es también bastante claro, al afirmar que el derecho de acción se lo ejerce frente al Estado pero contra el adversario, al reclamar de éste último que cumpla con la obligación que el accionante supone le pertenece.

A pesar que la discusión sobre la definición y delimitación de la acción sea un tema muy interesante y sobre el mismo podamos discutir largo y tendido, no proseguiremos con la misma, ni alargaremos más las disquisiciones; más bien, creo que hemos dejado claro cuándo se produce la división, entre el concepto civilista privado y el concepto procesalista público, que es uno de los objetivos de este capítulo.

Además, prosiguiendo con el tema, entendemos que entre acción y obligación existe sin lugar a dudas un nexo intrínseco, de esta manera una obligación sólo existe en el Derecho cuando es posible reclamarla por medio de una acción específica. En otras palabras, la obligación depende de la acción para poder efectivizarse en caso de controversia. Por lo tanto el concepto procesal de acción, no es otra cosa, que un medio instrumental para ejercer el derecho sustancial obligacional.

En este sentido, cuando hablamos en este trabajo investigativo de acción y de obligación de enriquecimiento injusto, nos estamos refiriendo, sin lugar a dudas, desde la perspectiva

---

[135] *Cfr*. Teodoro Von Muther citado por: Gonzalo Acosta, *Op. Cit.* p.1.

civilista privada y entendemos a los dos términos unidos, es más la acción como una faz del derecho de obligación. Recordemos que este trabajo no está direccionado hacia el derecho procesal sino que parte del Derecho civil de las obligaciones y desde ese punto referencial se dirige a cumplir sus objetivos investigativos precisos.

III.3.2.- El vínculo entre la obligación y la acción desde una perspectiva comparativa histórica

Sostiene Emilio Betti que, si analizamos el nexo entre obligación y acción de condena, primero en el Derecho moderno y luego en el Derecho romano clásico, se advierte una profunda diferencia:

> Así, en el Derecho moderno, tanto en el derecho de las obligaciones como en el derecho real, la garantía que crea la ley a favor de un interés sobre un determinado bien, hace surgir, eventualmente, en el titular la expectativa, y, en otra persona, la obligación de realizar voluntariamente esa expectativa. La diferencia esencial es que la persona frente a la que surge la expectativa está determinada allí desde el principio, y aquí se determina por primera vez la violación del derecho; pero en ambas categorías de derechos se descubre igualmente el elemento de la expectativa y el de la obligación.[136]

De lo dicho se puede concluir que, si el valor patrimonial que representa la prestación que es objeto de la obligación es criterio diferenciador suficiente para distinguir éstas de las otras obligaciones, sería vano erigir las tenues diferencias que se encuentran en el elemento de la obligación como carácter distintivo y diferenciador entre una y otra categoría de derechos.

[136] Emilio Betti, *"Teoría General de las obligaciones",* Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1969, p. 225.

Sin embargo, existe una diferencia esencial, pero antes, debe encontrarse en el diferente problema práctico, en especial en el carácter de la expectativa preconstituida a la violación, es decir, en la modalidad de la relación entre el derecho habiente y el bien.

El titular del derecho de la obligación se halla con este bien en relación mediante la cooperación del obligado (debe tener); por el contrario, el titular del derecho real está con el bien en una relación inmediata (tener), y sólo a través del bien entra eventualmente en relación con terceras personas que están excluidas de ese bien.[137]

En este orden de ideas, Emilio Betti señala que: "En el Derecho moderno, por consiguiente, la acción cualquiera que sea el derecho subjetivo patrimonial, real o de obligación, o cualquiera que sea, en general, la situación de derecho sustantiva a que está coordinada, presenta una homogeneidad y uniformidad de carácter."[138]

Esto ha hecho posible a los procesalistas civiles afirmar la perfecta independencia dogmática respecto a la obligación, tal como vimos anteriormente, división entendida ésta en el sentido genérico de expectativa de prestación a la que, por lo general, da lugar el derecho subjetivo privado.

Por otro lado, dentro de la acción debemos recordar un elemento importante, que es el de la pretensión del actor, en este sentido Véscovi añade que: "La pretensión es la declaración de voluntad hecha ante el juez y frente al adversario. Es un acto por el cual se busca que el juez reconozca algo, con respecto a una cierta relación jurídica".[139]

Es así, entonces, que esa tal independencia, entre acción y obligación, no debe entenderse en el sentido de una independencia absoluta, como la entienden, por ejemplo, aquellos que construyen la acción como derecho abstracto del ciudadano frente al Estado, o del individuo privado como persona, tal como lo vimos anteriormente.

---

[137] Emilio Betti, *Op. Cit.,* p. 226.

[138] Ibid., p. 227.

[139] Enrique Véscovi, *Op. Cit.*, p.65.

En consecuencia, la acción sigue siendo también hoy un derecho coordinado a una razón que puede hacerse valer contra el adversario; por lo tanto, no es un derecho abstracto, sino causal. En este mismo sentido, Goldschmidt, quien define a la acción como un derecho público subjetivo "dirigido contra el Estado", manifiesta este procesalista una visión que separa la acción procesal de la pretensión.[140]

Adicionalmente, afirma Emilio Betti que:

> Basta observar aquí si es verdad que en el proceso se actúa el derecho objetivo, y que, obligación (derecho subjetivo sustancial), y acción, únicamente *unidas entre sí* expresan *plenamente* el derecho objetivo como precepto concreto legal, no se puede admitir (con Rocco) que aquello que se actúa en el proceso de ejecución sea un *tertium quid,* algo diverso de la obligación (derecho subjetivo sustancial) y de la acción ejecutiva. Lo que en ese proceso se actúa no podrá ser más que o la obligación, o la acción.[141]

En esto orden de ideas, entonces, si la acción ejecutiva, por ejemplo, es el poder jurídico de poner en actividad las condiciones para la actuación o realización ulterior del derecho objetivo comprobado en el caso específico, no podrá ser ella misma aquello cuya actuación es provocada por ella. No podrá ser al mismo tiempo el actuante y el actuado, el poder de actuar y la razón de actuar.

Sería del todo forzoso reconocer, por tanto, que lo que está destinado a ser realizado en la ejecución forzosa no es la acción, sino más bien la obligación, "…obligación –bien entendido- no como expectativa de prestación, sino como expectativa de satisfacción (es decir, de garantía sobre el patrimonio del deudor)"[142].

Una vez explicadas las diferencias respectivas, se puede afirmar, sin temor a equivocarse que tanto la obligación, entendida ésta cuanto expectativa de prestación, como la acción, se refieren al mismo precepto concreto legal que garantiza a alguien un bien determinado y

---

[140] James Goldschmidt, *"Derecho Procesal Civil",* editorial Labor, Buenos Aires, Argentina, 1936, p.96.

[141] Emilio Betti, *Op. Cit., pp*. 227-228.

[142] Ibid, p. 228.

tienden al conseguimiento de este mismo bien, aún cuando por vías diversas y con diferentes medios. En este sentido, según Betti: "Es el mismo precepto legal el que en el Derecho moderno proporciona la base, al mismo tiempo, a la obligación de prestación y a la acción siempre que la acción esté –como acción de condena y ejecutiva- coordinada a una obligación de prestación"[143].

Por lo tanto, la obligación, entendida en el sentido lato de obligación cuyo incumplimiento supone una responsabilidad jurídica, y la acción de condena[144] y ejecutiva[145] tienen en suma una base jurídica común y están ligadas, sobre todo por una fundamental identidad de finalidad económico-social , y no tanto de objeto jurídico.

Todo esto por lo que respecta al Derecho moderno. Pero también es indudable para nosotros que en Derecho romano la obligación y la acción deben ser conceptualmente distintas. Es cierto que, por otra parte, al menos en el Derecho clásico, el presupuesto constante y necesario de toda *actio in personam civilis* (Gayo: IV.2; III, 180; IV, 106. Ulp. D44, 7, 25 pr.; I. 4, 6, 1). Y en esto las cosas son muy diferentes al Derecho moderno.

El nexo que en Derecho romano clásico liga la obligación a la acción, prescindiendo del nexo histórico-genético por el que aquélla se injerta sobre ésta, es mucho más íntimo y profundo que en Derecho moderno. Ante todo debe advertirse que en Derecho romano el término *obligatio* no se entiende nunca en sentido genérico, de modo que comprenda toda relación de obligación que represente un valor patrimonial, sino más bien se extendía en un sentido técnico y específico; es decir, que expresaba no tanto un concepto dogmático como un concepto, sobre todo, histórico. Para explicar mejor esta concepción histórica sobre la obligación romana, veamos lo que dice Betti al respecto:

---

[143] Emilio Betti, *Op. Cit.*, p. 230.

[144] Las acciones de condena son aquellas que pretenden del demandado una prestación de dar, hacer o no hacer. Con ellas se pretende la ejecución inmediata del derecho declarado por la sentencia judicial; su fin esencial es la ejecución del fallo.

[145] Las acciones ejecutivas son aquellas que derivan de un documento con cualidades específicas que permite, desde que se ejercitan, antes de la sentencia definitiva, afectar provisionalmente el patrimonio del deudor.

> *Obligatio* designa una categoría de relaciones jurídicas típicas que, según el *ius civile* romano constituyen un vínculo de responsabilidad entre persona y persona; categoría que, por el elemento de la *responsabilidad* personal y por el carácter *civil* de esta responsabilidad, está netamente circunscrita y separada de otras categorías de relaciones de apariencia semejante.[146]

Consecuentemente, en el sistema romano se tomó una división de las acciones en base a la naturaleza de los derechos que las acciones buscan hacer valer frente a la justicia. "Así consideraban acción real a la que se dirigía a la reclamación de un derecho real; y personal a la que tendía al cumplimiento de una obligación"[147].

También se puede considerar acción real a la que el demandante afirma que tiene, con exclusión de cualquier otra persona. La acción personal es aquella por la que el demandante sostiene que el demandado está obligado para con él, y persigue el cumplimiento de esta obligación.

Una vez establecido esto, comparemos las obligaciones con la otra categoría de derechos privados que tienen su fuente en el *ius civile*, los derechos reales. Éstos, aún después de violados, no pierden el carácter que tienen, según la concepción romana, de relaciones de pertenencia de una cosa, jamás asumen, como en el Derecho moderno, una orientación personal; es decir, no se acomodan a relaciones de obligación. El Derecho romano ignora precisamente el concepto elaborado por los modernos de pretensión real y el correlativo de obligación real.

El derecho real era concebido exclusivamente como un poder, el cual, aún constituyendo para el titular una posición de libertad, frente a los demás, sólo tiene un objeto que es la cosa. El derecho real es concebido como un poder sobre la cosa, no susceptible, ni aún de modo eventual y previamente indeterminado, de convertirse en fuente de obligaciones para otras personas extrañas.

---

[146] Emilio Betti, *Op. Cit.*, p. 231.

[147] Gonzalo Acosta, *Op Cit.*, p.23.

Esta comprobación nos abre el camino para otra comprobación, que es, también, de importancia en nuestra investigación. Como vamos a ver a continuación:

Es importante señalar que, el nexo jurídico entre el derecho subjetivo privado y la acción no es en Derecho romano clásico, un nexo homogéneo y uniforme como lo es en el Derecho moderno, sino más bien profundamente diferente según la naturaleza del derecho subjetivo al que está coordinada la acción.

Así, una cosa es el nexo entre obligación y acción personal (*actio in personam*), y otra el nexo entre derecho real y acción real (*actio in rem)*. Así resulta ante todo de la misma dirección de una y otra acción; entonces, la *in personam* es acción *contra la persona*; la *in rem,* es *contra la cosa.* De lo visto, podemos intuir las profundas diferencias de estructura. Veamos lo que dice Acosta al respecto:

> A la acción se la llama también, derecho sancionador, contraponiéndole al derecho mismo violado, al que se dice generador. El derecho de propiedad y de usufructo, por ejemplo, son derechos generadores de la acción reivindicatoria y de la confesoria, son derechos sancionadores del propietario desposeído, y del usufructuario, respectivamente.[148]

De la misma manera, en el Derecho romano clásico, la obligación siempre es una relación de Derecho civil y la acción personal coordinada a la obligación siempre es, de igual modo, como ya se ha dicho, una *actio civilis* (*ex lege*) (Gaio, Iv, 2; Ulp. D. 44, 7, 25 pr.), mientras el proceso en que se hace valer la obligación y se ejerce la acción puede ser tanto un proceso regulado por la ley (por el *ius civile*), como un proceso dirigido por el poder del magistrado.

De igual modo, la ejecución forzosa a que conduce la acción personal puede ser también, tanto civil como pretoria; por lo general, más bien en el Derecho romano clásico, es pretoria, es decir, la ejecución sobre el patrimonio.

Pero, si la acción ejecutiva (*actio iudicati*) que se ejercía en el Derecho romano ha nacido de una condena en un proceso regulado por la ley, queda siendo siempre civil, aún cuando

---

[148] Gonzalo Acosta, *Op. Cit.*, p.19.

el proceso de ejecución que con ella se promueve sea pretorio. Si la acción ejecutiva es de Derecho pretorio, por haber nacido de una condena en un proceso dirigido por el poder del magistrado, entonces la responsabilidad que con ella se quiere hacer valer es, en último análisis una responsabilidad de Derecho civil (*obligatio*).

Además, debemos recalcar, a este propósito, que es necesario distinguir netamente, en el Derecho moderno, así como en el Derecho romano, entre acción y proceso, "entre *razón* que se hace valer y *acción* con la que se hace valer."[149] El colombiano Ospina Fernández manifiesta, sobre esto, que:

> Si el deudor no cumple su obligación en la forma y tiempo debidos, el acreedor puede impetrar al auxilio del Estado para que, mediante el empleo de la fuerza pública, se satisfaga su derecho coaccionando al deudor renuente. Es decir, que el derecho del acreedor se hace valer mediante la *ejecución coactiva o forzada* de la obligación del deudor, la que el acreedor obtiene ejerciendo una acción judicial genéricamente denominada *acción ejecutiva* en razón del fin que persigue.[150]

Sin embargo, sería demasiado largo discurrir aquí sobre el poder de comprometer al obligado al proceso. Basta observar por ahora que en Derecho romano, usando una gráfica expresión, la obligación y la acción no discurren siguiendo dos líneas de desarrollo que, engendradas en un mismo punto (precepto concreto de ley), se conviertan en paralelas y se conservan así para converger, al final, ambas en un punto común, que es la consecución del mismo bien, como sucede en Derecho moderno.

Por lo tanto, antes del proceso, en el Derecho romano, es verdad que la acción personal que se presenta por el lado activo como poder para llevar a juicio al obligado y de obligarle a comprometerse en el proceso, o como *ius persequem di iudicio quod sibi debetur*, y, oír el lado pasivo, se presenta como sometimiento a ese poder (*actio teneri*), es decir, va paralela a la obligación. Pero con el proceso o durante el mismo, ya no sigue así; apenas se

---

[149] Emilio Betti, *Op. Cit.*, pp.234-235

[150] Guillermo Ospina Fernández, *"Régimen General de las Obligaciones"*, séptima edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2001, p. 47.

convierte la acción con la *litis contestatio,* de derecho a perseguir judicialmente en derecho a la condena de acción *teneri* en acción *condemnari oportere*, es decir, tal como se expresan los juristas romanos –*el dare oportere*- y ésta ya no existe por sí misma.

Por tanto, iniciando el proceso la acción como *condemnare oportere* absorbe la obligación, y luego, sabemos que el *dare oportere*, la absorbe y la continúa. En adelante, puede decirse que ella es la que prosigue la línea de desarrollo de la obligación, aunque tendiendo inmediatamente, a conseguir un bien que es siempre diverso que aquél a que tendría la obligación.[151]

Se dice, entonces, en el Derecho moderno, que dos derechos concurren entre sí cuando ambos tienden al mismo resultado, el maestro A. Von Tuhr indica, sin embargo, que: "La concurrencia se da principalmente entre *acciones*, cuando presentan idéntico contenido, es decir, cuando una persona puede reclamar por dos conceptos jurídicos la misma prestación"[152]. En este sentido, si se da el caso que las dos acciones se dirigen contra dos deudores, estamos ante un caso de solidaridad. Pero, por otro lado, puede suceder que el deudor sea el mismo, como el acreedor. Y en este sentido A. Von Tuhr añade:

> Así, cabe que concurran una acción real y otra de crédito, versando ambas sobre la entrega de la cosa, como, por ejemplo, pueden coincidir la acción reivindicatoria y la acción de restitución del arrendador, si éste es a la par propietario. Asimismo pueden concurrir varias acciones de carácter obligatorio, como cuando, por ejemplo, el vendedor lega en su testamento al comprador la cosa vendida, o cuando el comprador puede reclamar contra el vendedor por adolecer la cosa de varios vicios a la vez; tal es también el caso que se da cuando se crea un crédito cambiario sobre una deuda ya existente, puesto que la deuda no destruye ésta, sino que se le acumula. Cabe, además, que concurran la pena convencional y el derecho a exigir una indemnización, como pueden también concurrir el crédito que del

---

[151] Emilio Betti, *Op. Cit.,* p. 236.

[152] A. Von Tuhr, *Op. Cit.,* p. 22. (También se da concurrencia entre el crédito y el derecho pignoraticio con cuya ejecución el acreedor obtiene lo mismo que le correspondía por razón del crédito. Derechos concurrentes son también dos o más derechos pignoraticios que respondan del mismo crédito.)

> acreedor pasa al fiador y el derecho a reembolso que éste tiene contra el deudor principal por virtud de su posición jurídica.[153]

Al contrario, respondiendo, en lo que se refiere al Derecho romano, se puede sostener lo siguiente: Aunque en Derecho romano se distingue conceptualmente la obligación de la acción, no se debe deducir de esa distinción lógica e ideal entre ambas una "separabilidad" práctica y real. Más bien, si la acción es posible sin obligación, en Derecho romano como en Derecho moderno, no sucede igual a la inversa, es decir, no existe obligación sin acción.

A lo dicho debemos añadir que, a menudo en Derecho romano clásico existe una acción (*in personam*) *teneri* de una persona respecto a otra sin que haya entre ellas obligación. "Pero nunca se encuentra el caso inverso: jamás hay una *obligatio* verdadera sin que exista la concomitante acción *teneri*; y el término *obligatio* es en las fuentes esenciales equivalente a una acción *teneri: la teneri civili actione (in personam)."*[154]

Y esto es lo único que explica que los mismos juristas romanos puedan equiparar a veces, a ciertos efectos, el puro y simple *teneri praetoria actione* al *tenieri civili actione,* sobre la base de una *obligatio ex contractu o ex delictu,* y puedan decir quién está vinculado por una simple obligación pretoria *actione tenetur-quasi ex contractu (o cuasi ex delicto) obligatus.* Tal es el estado del Derecho clásico.

En efecto, si en Derecho clásico se acude al Derecho más antiguo, no se encuentra el menor rasgo de acciones pretorias y de obligaciones pretorias, sino sólo de acciones civiles y de obligaciones.

Por ahora, dejaremos a un lado en este capítulo, el analizar ciertas figuras anormales que se dan tanto en Derecho romano como en Derecho moderno, las denominadas obligaciones naturales, las que se tratarán a su debido momento; adelantando, sin embargo, nuestra concepción que, para ellas es ciertamente impropia la designación de obligaciones, ya que,

---

[153] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 23. (Es decir, se da concurrencia de acciones de indemnización nacidas de contrato y de delito; por otro lado, existe también concurrencia de acciones de indemnización y de enriquecimiento.

[154] Emilio Betti, *Op. Cit.*, p. 237.

aunque provistas bajo determinadas condiciones de una limitada sanción jurídica, no están coordinadas con una acción[155]. Pero no es difícil ver cómo se explica tal denominación impropia.

En base a lo dicho anteriormente, "…debe decirse que la obligación separada de la acción, ya no es obligación, a menos que se entienda por "obligación" la parte por el todo"[156]; por lo tanto, no debe confundirse, la deuda abstracta por la responsabilidad, la expectativa de prestación abstracta por la expectativa de satisfacción.

Está claro, entonces, que sin la acción, la obligación no sería ya capaz de actuar como palanca, eventualmente, de la voluntad del obligado; ya no habría responsabilidad realizable en el mundo de los hechos.

De todo lo dicho se colige que, la obligación no es, por tanto, en la realidad del Derecho, más separable de la propia acción de lo que es separable la premisa lógica (en cuanto premisa lógica) de la consecuencia que de ella se deriva. En este sentido kelseniano, se puede decir que: "Premisa y consecuencia, obligación y acción de condena, forman una *síntesis*, fuera de la cual, la premisa perdería su valor lógico de premisa, y la obligación perdería *su valor jurídico de razón de la acción*."[157]

Lo dicho, es un corolario de la concepción de derecho subjetivo como posible razón de la acción y de la sanción como parte esencial del mismo derecho subjetivo. Visión, como se manifestó cuando se analizó el concepto histórico de la acción, totalmente desde la perspectiva del Derecho civil, es más, visión que pretende este trabajo investigativo.

Por lo tanto, esa sanción (de ejecución forzosa) no ha menester de ser amenazada en ninguna norma específica; puede estar, y lo está en general, inmanente y latente en el aparato orgánico del ordenamiento jurídico, considerado en su conjunto. Bien lejos de ser

---

[155] Sobre el tema de las obligaciones naturales y su verdadera naturaleza hablaremos en el capítulo final y realizaremos un breve análisis de cómo se las ha catalogado sobre todo en la jurisprudencia ecuatoriana, pero con relación a la teoría del enriquecimiento injustificado.

[156] Emilio Betti, *Op. Cit.*, p. 239.

[157] Ibid., p. 239.

complemento, accesorio a las normas concretas de derecho sustantivo, constituye un momento que lógicamente le precede, la base sobre la que se funda.

Ya desde hace mucho tiempo atrás, el maestro Kelsen había observado que la obligación del súbdito de observar una conducta conforme al derecho y la obligación del Estado de dar lugar a las consecuencias del daño (igual a la sanción) en el caso de violación del derecho deben concebirse *"no como estatuidas por dos normas autónomas"*, independientes la una de la otra, y sin nexo entre sí, *"sino más bien como estatuidas por una sola norma jurídica"*; en otros términos, el establecimiento de la sanción está unido a la misma norma que crea la obligación de una conducta que lleva consigo la sanción.[158] Estas consideraciones de lógica jurídica nos dan los elementos necesarios para entender mejor la concepción que aquí estamos analizando con relación a la obligación y a su íntima relación con la acción.

Del análisis que hemos realizado, podemos decir, con total certeza, que, tanto en Derecho romano clásico, como en Derecho moderno, entre la obligación de un lado y la acción de condena y de ejecución forzosa del otro, corre un nexo no puramente extrínseco, sino más bien intrínseco, no accidental sino necesario. Por lo tanto: "La aptitud para la ejecución, la idoneidad para llegar a ser realidad –en una palabra, la *realizabilidad*- no es algo de puro hecho, indiferente a la obligación "en sí", como la concebía Windscheid."[159]

Por el contrario, y no sólo la posibilidad de realización en vía de ejecución voluntaria (espontánea o impuesta), sino también, y sobre todo, la posibilidad de realización en vía de ejecución forzosa verdadera y propiamente dicha, es inmanente a la obligación como tal.

La ejecución forzosa (entiéndase en este sentido a la acción como tal), cualquiera que sea su forma bien puramente privada, como en los primero orígenes, bien dirigida por la

---

[158] Carlos Santiago Nino, *"Introducción al análisis del derecho"*, Editorial Astrea, segunda edición, décimo primera reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 2001, pp. 78-88. (Este autor hace un excelente análisis sobre la teoría de Kelsen sobre las normas jurídica y enfatiza el tema de la sanción como parte inherente de toda norma jurídica, bajo una perspectiva lógica.)

[159] Emilio Betti, *Op. Cit.*, p. 241.

autoridad pública, bien ejercida exclusivamente por el Estado, no se añade a la obligación desde fuera, no se le sobrepone por una adecuada disposición especial del legislador.

Es así que, la idoneidad para la ejecución forzosa proviene, por el contrario, de su mismo interior, es decir, del mismo organismo de la obligación, en cuanto que ésta, no se agota en el débito y en la expectativa de prestación que le es correlativa, sino más bien es, además, responsabilidad y garantía es decir, igual a expectativa de satisfacción en cuanto que está preconstituida para el cumplimiento[160].

A la luz de este modo de ver la realidad, adquiere su pleno significado la fórmula legislativa según la cual el "deudor responde del cumplimiento con todos sus bienes": responde de él, es decir, lo garantiza, incluso antes de ser llamado a responder por un eventual incumplimiento. En este mismo sentido, afirma Emilio Betti lo siguiente:

> Toda relación de obligación, en general, crea *desde el momento en que surge,* por el lado activo una expectativa de satisfacción, bajo la forma de garantía sobre la persona o sobre el patrimonio del deudor; y por el lado pasivo, una responsabilidad. Y precisamente, como expectativa de satisfacción, por un lado, y como responsabilidad del otro lado, la obligación constituye –de conformidad con cuanto el actor afirma en juicio- la *razón* (activa y pasiva) de la acción de condena y de ejecución forzosa.[161]

Una vez reconocido que el nexo que liga la obligación a la acción es un nexo teleológico intrínseco, que responde al concepto mismo de la obligación, no se puede dejar de reconocer que también los medios de ejecución reflejan aquel concepto y son un índice de gran importancia del mismo.

Por lo que, si las medidas con las que un ordenamiento jurídico históricamente determinado provee a la realización forzosa de la obligación difieren radicalmente de las medidas con las que ha proveído a ella otro ordenamiento jurídico históricamente anterior, es innegable

---

[160] Emilio Betti, *Op. Cit*., pp. 242-243.

[161] Ibid., p. 243.

que la institución misma de la obligación ha sufrido, en la evolución de uno a otro ordenamiento, una mutación íntima y profunda en su misma estructura jurídica.

Finalmente, manifestamos que no seremos nosotros los que neguemos que entre la posibilidad de realización, es decir, la idoneidad del derecho sustancial para ser realizado, y los medios procesales de realización, debe hacerse una neta distinción conceptual, y que tal distinción sea, a veces, no sólo oportuna, sino indispensable. Pero también aquí se debe advertir que una separación real entre las figuras de la acción y la obligación sería absurda y en este sentido compartimos las ideas del jurista italiano Emilio Betti[162]; añadiendo, que tanto en el Derecho romano clásico como en el Derecho moderno, no puede existir, nunca, una obligación civil sin acción.

[162] Emilio Betti, *Op. Cit.*, p.244-247.

CAPÍTULO IV:

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

IV.1.- Consideraciones previas

Empezaré diciendo que este capítulo debe entenderse, sobre todo, tomando en cuenta lo tratado sobre las obligaciones y su concepto. Es en este sentido, entonces, es preciso señalar también que "la teoría dualista de las obligaciones, derivada de la escuela Pandectista alemana del siglo XIX, establece que existen en la obligación dos momentos distintos. El momento de la deuda (*schuld*), y el momento de la garantía o responsabilidad (*haftung* o *veranwortung*)."[163]

Ese primer momento se encuentra entre el día en que la obligación nace y el día de vencimiento. En ese período, el acreedor tiene, solamente, la expectativa del cobro de su crédito, y sólo excepcionalmente podría intentar alguna medida conservatoria para preservar esa posibilidad al cobro. Mientras que el segundo momento se abre el día siguiente al vencimiento, en que se produce también para el acreedor la posibilidad de "agredir" el patrimonio de su deudor por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su alcance. Por lo tanto, el acreedor, en la etapa de responsabilidad, puede accionar contra los bienes que integran el patrimonio del deudor, también inhibirlo para que se desprenda de ellos.[164]

IV.2.- Nociones actuales sobre la responsabilidad civil

[163] Horacio Pedro Guillén, *"Op. Cit.* p. 5.

[164] Ibid.

Con la misma metodología que hemos usado para definir las diversas acepciones que nos interesan en este tratado jurídico, entonces comenzaremos haciendo una brevísima interpretación del término responsabilidad, primero desde su significado lato hasta llegar al significado estricto.

Así, el Diccionario de la Lengua Española dice de la responsabilidad que: "es una obligación que hay que cumplir"; y más estrictamente que "es una obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro una deuda o un daño", concepto este, muy apegado al que nos interesa dentro de lo que es el Derecho Civil de las Obligaciones.

En el mismo sentido lo define el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas de Torres, pero con un poco más de rigor, conceptúa a la responsabilidad civil, así: "El talión económicojurídico: la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello."[165]

Con el rigor que estamos presentando este trabajo investigativo y prescindiendo de las diversas acepciones que generalmente se dan al término responsabilidad en el léxico jurídico, que por cierto son diversas algunas y otras más complejas, podemos decir, sin lugar a equivocarnos, y coincidiendo con el concepto del tratadista Philippe Le Tourneau, que la responsabilidad civil "es la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima."[166]

Añadiremos a esto, en palabras de los Mazeaud y de Tunc, que: "Si existe un tema que se sienta uno tentado de abordarlo sin definirlo, es desde luego el de la responsabilidad civil."[167]Sin embargo estos tratadistas, posteriormente, manifiestan que es imprescindible determinar su contenido conceptual, sobre todo para aclarar ciertas dudas que han surgido de las diversas concepciones del mismo.

---

[165] Guillermo Cabanellas de Torres, *Op. Cit.*, p.352.

[166] Philippe Le Tourneau, *"La responsabilidad civil",* Legis editores, Bogotá, Colombia, 2004, p. 21.

[167] Henri Mazeaud, León Mazeaud, André Tunc, *"Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil",* tomo I, volumen I, EJEA, Buenos Aires, Argentina, 1961, p. 1.

Ahora, visto el concepto que nos interesa, podemos destacar que un elemento importante es el daño, pero ¿significa esto que siempre que hablemos de responsabilidad esté, indefectiblemente, presente un daño cometido en contra de alguien? Pues, aparentemente, y en una concepción superficial podríamos decir que "cabe decir que una persona es responsable siempre que debe reparar un daño; tal es, desde luego, el sentido etimológico de la palabra: el responsable es el que responde."[168] Por lo tanto, al concepto de Philippe Le Tourneau, añadiremos que toda definición de responsabilidad debe enfrentar a dos personas, supone necesariamente un conflicto que se alza entre ellas.

En un análisis lógico nos preguntaremos, sin embargo, ¿siempre que existe un daño, existe un responsable? Pues la respuesta más racional supone que no. Pero, como consecuencia, de esta última interrogante, surge otra, la cual también es importante dentro del análisis que realizamos: ¿puede ser responsable un tercero, del daño producido a la víctima? Aquí hay dos posibilidades; una respuesta negativa, la cual parece muy estricta y nada razonable; y otra afirmativa, que parece más plausible, pero en esta última posibilidad hay varios matices, si es posible que un tercero sea responsable, entonces deberá determinarse el grado de responsabilidad, es decir, en qué medida responde el tercero sobre el daño cometido y con qué derecho se le puede reclamar; además deberá fundamentarse los motivos que lo hacen responsable.

Por lo tanto, la responsabilidad implica un conflicto entre víctima y autor del daño o perjuicio; aquí añadimos otro aspecto que es el daño, y éste entendido como perjuicio en el patrimonio de una persona y por lo tanto, también se lo puede considerar como un menoscabo en sus bienes, es decir, una disminución de su patrimonio. Pero, además, la responsabilidad no solamente surge del daño, sino de cada fuente de la obligación, dicho en otras palabras, surge una responsabilidad cuando se debe cumplir una obligación, y que si no se la cumple causa un perjuicio efectivo en el patrimonio del acreedor. Así, existe responsabilidad civil cuando un sujeto se ha enriquecido injustificadamente afectando el patrimonio de otro; generando una obligación del enriquecido injustamente frente al empobrecido.

---

[168] Henri Mazeaud, León Mazeaud, André Tunc, *Op. Cit.*, p. 2.

En este orden de ideas, la responsabilidad civil se traduce, invariablemente, en el deber de indemnización y restitución a cargo del autor del perjuicio y, por otro lado, la pretensión de indemnización que asiste al perjudicado. En palabra de Larenz, citado por Dino Samper: "la obligación de indemnización tiende a proporcionar una compensación a aquel que en virtud de ciertos hechos ha sufrido un daño o un menoscabo en sus bienes".[169]

Antes de proseguir en otros aspectos, es preciso señalar que los requisitos objetivos básicos de la responsabilidad civil son tres: "un perjuicio, una culpa, un vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio. Debe existir un perjuicio o daño, aún cuando se trate de responsabilidad contractual."[170] Con estos tres básicos se configura una responsabilidad civil de cualquier tipo, los tres son suficientes y necesarios.

Por su parte, los requisitos subjetivos son dos: un deudor y un acreedor, o en otras palabras un perjudicado y un responsable, claro tomando en cuenta que tanto el perjudicado como el responsable pueden ser varios sujetos y su responsabilidad como su derecho de reclamar resarcimiento pueden ser conjuntos, es decir, terceros pueden estar vinculados a esta relación, sea directa o indirectamente.

Dentro de lo que nos interesa en este trabajo investigativo, cuyo tema central es la teoría del enriquecimiento injustificado, la responsabilidad se deriva, en lo que denomina la ciencia jurídica, desde el Derecho Romano, como el "*Neminem laedere",* o lo que significa, en otras palabras, que nadie puede perjudicar a otro injustamente.

Para ser más exactos, el enriquecimiento sin causa, actualmente, basa su origen en el Derecho romano, que lo fundamentó en un importante principio de derecho natural: "Nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro" (*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem*[171]*).*

---

[169] Larenz citado por: Dino Alfredo Samper Cortés, *"Requisitos y fundamentos de la responsabilidad civil",* Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1983, p.12.

[170] Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *"Lecciones de Derecho Civil",* tomo II, volumen II, EJEA editores, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 12.

[171] Pomponio, *Digesto*, 50-17.206.

Todo esto se traduce, y en conceptos similares a los expresados por el profesor Ospina Fernández, en el "deber que pesa sobre toda persona, por el hecho de vivir en sociedad, de observar una conducta prudente y cuidadosa para que en el ejercicio de sus numerosas actividades y de sus derechos, no lesione injustamente a otro, deber que incluye el leal y diligente cumplimiento de las obligaciones concretas, voluntariamente contraídas o impuestas por la ley."[172]

"Así, también, no debe sufrirse un perjuicio sino en casos excepcionales y por motivos claramente estipulados en la ley".[173] Por lo tanto, es el fundamento de equidad en que se apoya toda la institución de la responsabilidad civil y que es uno sólo universalmente aceptado a lo largo y ancho de las fronteras humanas y a través del tiempo y que ha perdurado para permitir la convivencia civilizada.

En consecuencia, vemos aquí que la responsabilidad tiene un objetivo principal, el cual es la reparación, que consiste, simplemente, en restablecer el equilibrio que había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima; pero también tiene una faceta preventiva, que conduce a los ciudadanos a actuar con prudencia. Finalmente, tiene un aspecto punitivo "especialmente cuando una indemnización es concedida a la víctima de un daño moral, pese a que el dolor no es apreciable en dinero."[174]

De todo lo visto, puede decirse que en el Derecho moderno, gracias a la elasticidad de los medios de ejecución forzosa, los dos aspectos de la obligación: débito y responsabilidad, como dice Emilio Betti: "…tienden a corresponderse, a conjugarse orgánicamente y a adecuarse perfectamente"[175].

Por lo tanto, la responsabilidad tiende a ser, hasta donde sea posible, medida, proporcional y adecuada al débito, no excesiva, ni deficiente. La finalidad y la razón de ser de la

---

[172] Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit.*, p. 85.

[173] Sandra Ivette Calderón Ramos y Hermes Fernando Díaz Sánchez, *"El factor extraño en la responsabilidad civil"*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1988, p.3.

[174] Philippe Le Tourneau, *Op. Cit.*, p. 21.

[175] Emilio Betti, *Op. Cit.*, p. 355.

obligación moderna es la expectativa de una utilidad típica que el deudor debe conferir al acreedor, y que éste puede, siempre que la prestación sea fungible, alcanzar directamente por la vía independiente de la cooperación del deudor.

"La obligación, la responsabilidad, mira, pues, y recubre la persona del obligado, ante todo *como titular de un patrimonio*, y, *eventualmente* –a falta de un patrimonio- *como persona física*."[176] Como vemos, las dos grandes garantías de la obligación, son el patrimonio o la persona física, sobre estas se puede satisfacer el acreedor, son los únicos objetos que están destinados a servir de compensación al acreedor por la falta de pago de la suma de dinero que se le debe, al final, la forma de cuantificar un patrimonio es en términos monetarios.

Esta garantía patrimonial es universal, es decir, el patrimonio entero como garantía y no sólo la cosa debida, no una porción ideal del patrimonio equivalente a la prestación. Por lo tanto, se ha objetivado la prestación, en el Derecho Civil de las Obligaciones, se ha separado de la persona del deudor confiriéndole un valor por sí misma, como dice Betti: "…en haber considerado un cumplimiento, dentro de los límites de lo posible, como acto impersonal que no precisa necesariamente del concurso del deudor, y que puede tener lugar prescindiendo de su cooperación"[177].

De esto se colige que la acción civil es patrimonial, aún en el caso del daño moral se impone una indemnización pecuniaria. La responsabilidad civil, es generalmente una respuesta pecuniaria a los daños causados a otro, mediante una indemnización de perjuicios, es decir, generalmente se traduce en un pago de dinero, sin embargo, a través de una estipulación se puede obtener un objeto diferente, tal como, la realización o destrucción de un hecho[178].

---

[176] Emilio Betti, *Op. Cit.*, p. 356.

[177] Ibid.

[178] Sandra Ivette Calderón Ramos y Hermes Fernando Díaz Sánchez, *Op. Cit.*, p.6.

De todo lo arriba expresado y como corolario lógico de lo demostrado antes, hemos visto que sería un error separar en la obligación el débito de la responsabilidad y considerarlo algo que es independiente de ésta.

En Derecho moderno, a diferencia del Derecho romano, la responsabilidad, en su función principal no está destinada a procurar al acreedor un simple resarcimiento, sino una satisfacción precisamente diversa de la prestación. En este sentido, no es hoy una frase vacía la de que el deudor está obligado al exacto cumplimiento de la prestación, tampoco carece de razón que el objeto de la demanda judicial y de la condena, sea hoy, en líneas generales, la misma prestación debida desde el primer momento.

Consiguientemente, para concretar la idea, decimos que, dada la adecuación entre débito y responsabilidad, la obligación, tal como la entendemos actualmente, ha venido a tener neto relieve, sobre todo en el contenido o destino económico-social de la misma.

Así, entonces, tiene total sentido la definición de la obligación como aquella relación jurídica de vínculo o de tensión que está orientada, como medio jurídico, al logro de una finalidad (económico-social), es decir, a la finalidad de que el acreedor consiga la satisfacción de un determinado interés privado suyo, particularmente patrimonial.

Luego, está claro que la responsabilidad como consecuencia de la obligación, está orientada totalmente hacia el crédito, es decir, hacia la expectativa de prestación del acreedor, la prestación en sí misma, en su consistencia objetiva, aunque de posible cumplimiento por otro, un tercero; es decir, una responsabilidad conjunta, considerada como idónea para conferir una típica utilidad de la vida de la relación jurídica.

Aclarando más las cosas, decimos que en la responsabilidad, entendida aquí en los términos expresados, no es tan importante el deber de prestación del deudor cuanto la expectativa del acreedor que es lo que constituye la finalidad fundamental en la que se centra y sobre la que gira la relación de obligación en el Derecho actual.

En este punto vale precisar que, en este trabajo académico, no nos interesa discutir las diversas clasificaciones de la responsabilidad civil, tampoco discutiremos sobre sus concepciones, sean subjetivas u objetivas, asimismo, no tenemos el deseo de desmenuzar su

contenido y analizar detalladamente todos sus elementos en este momento, lo haremos indirectamente cuando tratemos específicamente sobre los elementos del enriquecimiento injustificado.

Para concluir, indicamos que lo que nos interesa, verdaderamente, y lo que ha quedado demostrado en este capítulo, es la relación absoluta entre la obligación y la responsabilidad, es más, habiendo visto en qué consiste la responsabilidad civil, nos corresponde tratar, ahora, el origen de la obligación de reparación, sobre la circunstancia que propicia su existencia, en otras palabras, en el siguiente punto trataremos sobre las fuentes de las obligaciones y sobre todo determinaremos la posición del enriquecimiento injusto dentro de esta clasificación.

IV.3.-Las fuentes de las obligaciones o fuentes de la responsabilidad civil

IV.3.1.- Consideraciones preliminares

La técnica jurídica, en su afán de facilitar el estudio del Derecho Civil de las Obligaciones ha sido categórica al afirmar que para un cabal entendimiento del fenómeno obligacional, es fundamental el estudio de las fuentes de las obligaciones, "no sólo para determinar el origen de las mismas, sino también por un evidente sentido práctico: no existe otra forma de probar una obligación sino es por la causa o el hecho que la ha generado."[179]

Es común, que cuando un estudiante se inicia en la estudio del derecho, en sus primeras incursiones al universo conformado por la ciencia jurídica, tenga una la perspectiva acerca de que toda obligación nace de la ley, una norma general y abstracta, y esta concepción desde un punto de vista del sentido común no está muy alejada de la verdad. Sin embargo, debemos entender que esto puede constituirse en un error conceptual dentro de la ciencia del Derecho, ya que la norma jurídica sólo prevé supuestos que se actualizan al momento que el legislador les atribuye determinados efectos jurídicos.

[179] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 12

Es por esto, que para efectos del estudio de esta rama del Derecho se haya hecho tanto énfasis en clasificar fuentes específicas de las obligaciones. Si bien es cierto que la ley determina el marco general, no es menos cierto que son las formas específicas las que permiten el desarrollo doctrinario del Derecho Civil de las Obligaciones.

Igualmente, como manifiesta el profesor colombiano Guillermo Ospina Fernández: "La técnica legislativa moderna se opone a que en el texto de la ley se incluyan disposiciones didácticas, definiciones, enumeraciones, etc., cuya elaboración corresponden privativamente a la doctrina y no al legislador."[180]

Está muy claro, entonces, cuando nosotros afirmamos que esta división de las fuentes de las obligaciones pertenece más a un ámbito académico, y por lo tanto, va más allá de una verdadera y tajante división taxativa e inmutable de las fuentes de las obligaciones dentro de un ordenamiento jurídico.

Y es por eso, según sostiene el jurista colombiano Ospina, que actualmente las legislaciones más modernas se abstienen de catalogar fuentes, es decir, ya no se enumeran taxativamente, "*numerus clausus"* los hechos y situaciones jurídicas de donde se derivan.

Dicho esto, realizaremos esta exposición de ideas, basados en los parámetros que nos caracterizan, pero además con la idea fundamental que es determinar cómo la teoría del enriquecimiento injustificado calza dentro de la clasificación de las fuentes y por otro lado determinar su alcance en el Derecho moderno y la concepción que la doctrina más actual le otorga dentro del Derecho Civil de las Obligaciones.

IV.3.2.- Nociones sobre la clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones

La palabra fuente, en su sentido natural y común, significa origen, principio, fundamento. El Diccionario de uso común la define como: "origen o principio de una cosa". En este

[180] Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit.*, p. 31.

sentido, no tenemos reparo y más bien, en el mismo orden de ideas, Cabanellas define a las fuentes de las obligaciones como: "Origen o procedencia de las mismas en su aspecto vincular. La denominación figurada de "manantial" de los vínculos jurídicos consistentes en dar, hacer o no hacer alguna cosa…"[181]

Sabemos, como se ha tratado en el capítulo sobre la historia del Derecho romano[182] en este libro, que esta denominación de fuente de las obligaciones surge de la tradición romanista justinianea, que establecía la típica clasificación cuatripartita en: contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. Posteriormente, doctrinariamente se agregaría a la ley como otra fuente, claro está que esta determinación no es definitiva y existen algunas consideraciones al respecto. Añadimos a esto que la falta de uniformidad existente en el campo de las fuentes de las obligaciones es muy marcada, tanto en la doctrina como en la legislación comparada.

Desde otra perspectiva, dice A. Von Tuhr que: "En la sistemática del Derecho civil es fundamental la clasificación romana de la obligación en dos grupos principales: *obligationes ex contractu* y *obligationes ex delicto."*[183]

Esta división sería completada más tarde por otras dos categorías accesorias, como ya se dijo, *obligationes quasi ex contractu*, semejantes por su contenido a las obligaciones contractuales, aunque entre sus hechos constitutivos faltase el elemento esencial del contrato, que es, como todos sabemos, el acuerdo de voluntades; y por otro lado tenemos las *obligationes quasi ex delicto*, o sea los deberes de indemnización que no tenían por fundamento el requisito esencial del delito, la culpa[184].

Pero, como dice, con toda razón A. Von Tuhr: "Mas, ni aun con esto quedaban agotadas todas las posibilidades, pues existían obligaciones que no podían ser asimiladas a los

---

[181] Guillermo Cabanellas de Torres, *Op. Cit.,* p. 173.

[182] Ver *supra* el tema sobre *El sistema de las IUSTINIANI INSTITUTIONES.*

[183] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, 2007, p. 25.

[184] (Queda claro que culpa se entiende en su sentido dentro del Derecho civil, no se confunde con el Derecho penal.)

contratos ni a los delitos: surge así la categoría de *obligationes ex varius causarum figuris.*"[185]

Recordemos también que la ley de las XII Tablas sólo contenía la enunciación de dos fuentes: el contrato y el delito. Posteriormente en el Digesto se agregaron los cuasicontratos y los cuasidelitos. Mucho después los glosadores mencionaron la ley como fuente del derecho. Modernamente Marcel Planiol indicó que las fuentes de las obligaciones eran la voluntad y la ley, en tanto Demogue mencionó sólo la ley.[186]

Siguiendo esta línea de exposición, generalmente se ha expresado que la fuente de la obligación es la causa eficiente, la razón jurídica, el antecedente del derecho, el fundamento de la obligación, estableciéndose así una relación de causa efecto. De esta manera, en muchos ordenamientos jurídicos se cataloga a esos sucesos en apego a la teoría francesa del acto jurídico.

Precisamente, por ejemplo, en el derecho positivo mexicano se cataloga a esos sucesos en apego a la teoría francesa, la que determina "que las principales fuentes de las obligaciones derivan del hecho jurídico *lato sensu*, que se divide en el hecho jurídico en estricto sentido y en el acto jurídico propiamente."[187]

IV.3.3.- Las fuentes de las obligaciones en las legislaciones modernas y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Las leyes modernas, han asimilado la típica clasificación proveniente del Derecho romano, y suelen distinguir en dos grupos de obligaciones, que son las nacidas del contrato y las que tienen su fuente en un acto ilícito, si bien hay algunos Códigos que al lado de estas dos categorías, proponen otras fuentes específicas.

---

[185] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, 2007, p. 25.

[186] Horacio Pedro Guillén, *Op. Cit., p.* 20.

[187] Miguel Ángel Pérez Bautista, *Op. Cit.*, p. 56.

Sabemos que muchos códigos civiles latinoamericanos siguen la doctrina clásica en la cual se inspiró el Código Civil Francés, el que dividió las obligaciones en dos grandes grupos:

a) Las que surgen del acuerdo de las partes –convencionales.; y,
b) Las que nacen sin convención.

"A las obligaciones del primer grupo se las llama *Obligation* y a las del segundo grupo se las denomina *Engagement.* La fuente de las primeras obligaciones era el contrato, de las segundas los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley."[188]

Para el Derecho Argentino "las obligaciones nacen siempre de un hecho generador al que la voluntad de las partes, o su obrar voluntario o involuntario, la ley encuadra en tipos, que la doctrina italiana denomina *farrispeci*, a los que asigna consecuencias jurídicas"[189].

Por ejemplo, el artículo 910 del Código Civil argentino establece que nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto. En caso de que alguien se haya constituido en acreedor de otro, entonces tendrá el derecho de exigir la prestación pactada.

Es más, el artículo 499 del Código Civil argentino establece el siguiente principio: "No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles".

Por su parte, Horacio Pedro Guillén señala como fuentes de las obligaciones en el ordenamiento jurídico argentino al contrato, cuasicontrato, al delito civil, el cuasidelito y, además sostiene que:

> Se consideran fuentes nominadas el abuso del derecho (art. 1071 C.Civ.) y el enriquecimiento sin causa. También la equidad (art. 907 C. Civ.), mencionada por algunos autores. Todas ellas encuentran, en realidad, su razón en la ley. Se suele agregar, también,

---

[188] Fernando Eduardo León Quinde, *Op. Cit.,* p. 15.

[189] Horacio Pedro Guillén, *Op. Cit.,* p. 20.

> la gestión de negocios, ya mencionada dentro de los cuasicontratos, así como la voluntad unilateral.[190]

De la misma manera, en el derecho civil mexicano, como ya se dijo anteriormente, la primera fuente de las obligaciones se subdivide en el hecho jurídico, y de los actos jurídicos, que pueden ser lícitos o ilícitos.

En este orden de ideas, los hechos voluntario lícitos son identificados por la doctrina mexicana como cuasicontratos y abarcan 3 fuentes que son: la gestión de negocios, el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa justificada.[191]

Por consiguiente, vemos que a diferencia de la clasificación argentina, algunos de estos tipos de fuentes, como el enriquecimiento sin causa, son considerados como cuasicontratos, mientras que en la concepción argentina son considerados como unas fuentes peculiares o distintas de los cuasicontratos.

La clasificación mexicana indica que respecto a los hechos voluntarios ilícitos se contempla a las fuentes de: "el hecho ilícito, el riesgo creado, la responsabilidad civil por hechos ajenos, por hechos de los animales o a causa de las cosas, así como el daño moral."[192] Clasificación, como vemos, algo confusa, no es clara; en cuanto en la doctrina dominante se consideraría como cuasidelitos a estas fuentes que en México son denominadas como hechos voluntarios ilícitos.

Los mexicanos, "en cuanto al acto jurídico como fuente de las obligaciones, como categoría crea dos figuras: el contrato y la declaración unilateral de la voluntad."[193] Como podemos observar, de nuevo, esta clasificación es diferente con la que hace el Derecho argentino y es diferente también de lo que se ha hecho en Colombia, Ecuador y Chile, como veremos posteriormente en este mismo capítulo.

---

[190] Horacio Pedro Guillén, *Op. Cit.*, p. 20.

[191] Miguel Ángel Pérez Bautista, *Op. Cit.*, p. 56.

[192] Ibid.

[193] Ibid.

Debemos señalar que esta clasificación hecha por el ordenamiento jurídico mexicano puede ser algo confusa y está más apegada a la clasificación proveniente del derecho de los Negocios Jurídicos y, por lo tanto, no nace, precisamente, de una clasificación propia del Derecho Civil de las obligaciones.

Además, no podemos dejar de mencionar, sin embargo, que esta enunciación de fuentes de obligaciones civiles no es limitativa, ya que en palabras del tratadista mexicano Pérez Bautista: "…existen otras instituciones (como el testamento, la sentencia judicial, los laudos arbitrales, los acuerdos corporativos, entre otras) que también generan obligaciones pero que la ley no les ha dado ese carácter en forma expresa…"[194]

Por otro lado, otro análisis sobre esta clasificación que hace el Código Civil de México, nos lleva a la conclusión que éste se ha hecho de acuerdo a las teorías más actuales, y por lo tanto es un avance conceptual en cuanto a lo que hacen especialmente los códigos civiles chileno, colombiano y ecuatoriano; y que por lo demás, es distinto a la clasificación del Derecho Civil argentino.

Como hemos observado, todas estas clasificaciones son interesantes, pero no profundizaremos en todos los elementos de las mismas, sino que esperaremos el momento adecuado para profundizar y analizar en lo que respecta a la clasificación del enriquecimiento injustificado como fuente de las obligaciones, lo que se hará luego de tener una perspectiva general del asunto en las distintas legislaciones que trataremos aquí.

Por otro lado, y continuando con nuestro análisis, sabemos que el Código Civil Chileno fue base de la legislación civil ecuatoriana[195] y por lo tanto la división de las fuentes de las obligaciones tiende a ser casi exactamente la misma. Así, el tratadista venezolano-

---

[194] Miguel Ángel Pérez Bautista, *Op. Cit.*, p. 56.

[195] Sobre la historia relacionada con la adopción del Código Civil de Andrés Bello *Vid.* José Reig Satorres y Juan Larrea Holguín, *"Manual de Historia del Derecho en el Ecuador"*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2000, p.p. 262-263.

chileno[196] Andrés Bello, en los artículos 1437[197] y 2287[198] del Código Civil Chileno decía que:

> […] las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones- ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos- ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos. Ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.[199]

Antes de analizar lo antes mencionado, cabe señalarse que el artículo 1437 del Código Civil Chileno es muy similar al artículo 1453 del Código Civil Ecuatoriano.

Dicho esto, entonces, de lo citado podemos entender claramente que: primero, las obligaciones que se contraen sin convención nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes; segundo, que las que nacen de la ley se expresan en ella; tercero, que si el hecho de que nacen es lícito constituye un cuasicontrato; y finalmente, si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito; ya que si es cometido con intención de irrogar perjuicio se trata de un delito.

Todo lo que aquí ha quedado establecido es de total claridad para una persona que ha estudiado Derecho y ha tomado la clase de obligaciones; por lo tanto, no existe discusión en este sentido y no es de nuestro interés generar más amplitud y discurrir en otras consideraciones que solamente tienden a alargar el texto y nos distraen de nuestro fin principal en este trabajo académico.

---

[196] Andrés Bello es venezolano por nacimiento y chileno por naturalización.

[197] Art. 1437 Código Civil Chileno: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad."

[198] Art. 2287 Código Civil Chileno: "Las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario."

[199] Andrés Bello citado por: Fernando Eduardo León Quinde, *Op. Cit.*, p. 16.

Continuando con nuestro análisis, Andrés Bello, entonces, clasifica las fuentes de las obligaciones en:

1.- En las obligaciones con acuerdo de voluntades, el contrato.

2.- En las que se contraen sin que medie convención si es lícito, los cuasicontratos, si es ilícito los delitos y cuasidelitos; y,

3.- La ley.

Esa es la concepción clásica usada en los Códigos civiles que se derivan de las concepciones del Código Civil Chileno de Andrés Bello, pero, por otra parte, debemos mencionar que:

> La doctrina moderna ha cuestionado la clasificación anterior de las obligaciones y en este sentido los autores manifiestan que éstas nacen:
>
> a) Del acto jurídico;
> b) Del acto ilícito,
> c) Del enriquecimiento sin causa; y,
> d) De la ley.[200]

"Para el Derecho Civil Colombiano son cinco las fuentes de las obligaciones a saber: El contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley, según se desprende del artículo 1494 del C.C."[201]

En el Código Civil Colombiano el artículo 1494 expresa lo siguiente:

> "Art. 1494.- FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria

---

[200] Fernando Eduardo León Quinde, *Op. Cit.*, p. 16.

[201] Luis Fernando Arango Duque, *"La responsabilidad Civil en la Legislación Colombiana"*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1974.p. 41.

> o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia."

Ospina Fernández al respecto sostiene, que el Código Civil Colombiano, "a imitación del francés y, en general, de los del siglo pasado, dedica varios de sus artículos a la relación y definición de las diversas fuentes de las obligaciones por él recogidas."[202] Cabe decir aquí que el artículo 1494 del Código Civil colombiano es prácticamente idéntico al artículo 1453 del Código Civil ecuatoriano en actual vigencia.

Analizando el artículo 1494, Ospina asegura que esa enumeración de las fuentes de las obligaciones implica que el Código Civil colombiano ha consagrado la teoría clásica elaborada por los intérpretes del derecho romano, prohibida por Pothier y, en general por los civilistas de los siglos XVIII y XIX. Lo mismo se aplica, entonces, al artículo 1453 del Código Civil ecuatoriano. Por otro lado, el autor colombiano manifiesta que desde entonces, ha existido un intenso movimiento y actividad doctrinal al respecto y por lo tanto, certeras críticas se han formulado contra esta clasificación de las fuentes de las obligaciones; por lo tanto, es evidente que hayan surgido diversas teorías para reemplazarla.

Pero, antes de analizar más detenidamente estas nuevas tendencias en cuanto a la clasificación de las obligaciones, veamos primero las fuentes de las obligaciones en Derecho Civil ecuatoriano.

Sobre la clasificación que hace el Código Civil ecuatoriano no entraremos a una profunda discusión, sin embargo, al final del presente capítulo presentaremos nuestro análisis correspondiente y nuestras críticas, en general y proponiendo ideas, sobre todo en lo que tiene que ver con la consideración del enriquecimiento injustificado como una posible fuente de las obligaciones, esto servirá de arranque para entrar definitivamente al tema central de la presente obra.

---

[202] Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit.*, p. 31.

Dice Luis Parraguez Ruiz: "El Art. 1480 (actual artículo 1453) del Código Civil del Ecuador reconoce cinco fuentes obligacionales: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley."[203] Nuestro Código Civil, en el libro IV artículo 1453, establece:

> Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los **contratos** o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los **cuasicontratos**; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los **delitos** y **cuasidelitos**; ya por disposición de la **ley**, como entre los padres y los hijos de familia. (Las negrillas son mías.)

No nos queda más que decir sobre esta clasificación que no se haya dicho antes de la clasificación colombiana y de la chilena que son prácticamente las mismas. Sin embargo, debemos señalar, que antes de realizar la crítica y análisis de esta clasificación, que las cinco fuentes antes mencionadas no se profundizarán aquí, sino en lo que concierne en relación al enriquecimiento injustificado como fuente de las obligaciones.

Para concluir este análisis, es importante hacer notar que tanto para el Código Civil ecuatoriano, como para el colombiano y el chileno, no existe una norma que establezca al enriquecimiento injustificado como fuente de las obligaciones. Algunos autores la han clasificado dentro de los cuasicontratos[204], aunque tampoco existe ninguna norma expresa que determine al enriquecimiento injustificado o sin causa, ni siquiera como principio en las codificaciones civiles de estos países, a diferencia de otras legislaciones de Latinoamérica, como la peruana, boliviana y también la legislación mexicana y argentina.

IV.3.4.- Crítica a la clasificación de las fuentes de las obligaciones que hace el Código Civil del Ecuador

Alessandri[205], comentador del Código Civil chileno, critica la clasificación típica de las fuentes de las obligaciones en cinco categorías: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y

---

[203] Luis Parraguez Ruiz, *Op. Cit*., p. 66.

[204] Sobre este tema del cuasicontrato y el enriquecimiento injustificado daremos un parágrafo especial en el siguiente capítulo, antes debemos hacer una pequeña crítica sobre la clasificación de las fuentes de las obligaciones.

[205] Alessandri, citado por: Fernando Eduardo León Quinde, *Op. Cit.*, p. 17.

ley, que como sabemos es la misma clasificación que la que tiene del Código Civil ecuatoriano, y la critica desde dos puntos de vista:

1.- Primero, dice que se le puede reducir a dos grandes categorías, las que son: contratos y la ley. Considerando a las obligaciones nacidas de los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos como verdaderamente legales; lo dicho se sustenta también en lo que invocan las disposiciones del Código Civil ecuatoriano, que en el artículo 596[206] define al Derecho personal como aquel que se vuelve exigible en determinada persona que ha contraído la obligación sea que provenga de un hecho suyo o por disposición de la ley, reduciéndose de esta manera a sólo dos fuentes de las obligaciones.

2.- Segundo, Alessandri manifiesta que esta clasificación (refiriéndose a las fuentes de las obligaciones chilenas, que son las mismas que en la clasificación ecuatoriana), no contempla nuevas fuentes que recaen en el vasto campo del Derecho, en la que, por ejemplo, puede estar manifestada la voluntad unilateral de las partes, como en el caso del enriquecimiento sin causa.

Por su parte, Ospina Fernández, en su obra "Régimen General de las Obligaciones", hace una síntesis de las más importantes clasificaciones[207], distintas de las cinco fuentes del Derecho Civil colombiano, chileno y ecuatoriano. En todas estas nuevas concepciones, como en la teoría de Colin y Capitant, el enriquecimiento injusto es una fuente autónoma de las obligaciones, ya que además se rechaza al cuasicontrato al considerarlo como un error de los intérpretes del derecho romano.

Por otro lado, aciertan, estos autores, en que la concepción de los cuasicontratos es errónea, en el mismo sentido se ha expresado Planiol. Otra teoría, como la de Louis Josserand,

---

[206] Código Civil ecuatoriano.- Art. 596.- Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.

[207] *Vid*. Guillermo Ospina Fernández, Op. Cit., pp. 32-38.

coincide con la crítica al cuasicontrato y pone, de nuevo, al enriquecimiento sin causa como una fuente autónoma conjuntamente con otras tres figuras.

René Demogue, por su parte, tiene una concepción bastante interesante sobre la clasificación de las fuentes de las obligaciones y dice que, además del contrato, el delito y el cuasidelito, el cuasicontrato, existe la fuente que él la cataloga como "*el simple hecho que engendra la obligación*"[208], en donde la ley ya no se preocupa de la voluntad, no existe problema de capacidad que examinar y solamente ciertos hechos generarían una obligación. Tal es el caso de la pensión alimenticia entre parientes y también el de ciertas situaciones que se califican de cuasicontratos, como son: el pago de lo no debido, la *in rem verso* o acción de enriquecimiento injustificado, que derivan de un hecho, sin preocuparse de que este sea voluntario o no.

Sobre estas concepciones Ospina comenta: "la breve revista que acabamos de pasar a las opiniones de algunos de los más autorizados expositores modernos del derecho civil, solamente se encaminan a demostrar el desconcierto que reina en el campo de la doctrina en cuanto a la clasificación de las fuentes de las obligaciones."[209]

Anota finalmente que, con fundamento en las observaciones realizadas, el problema de las fuentes de las obligaciones quedaría en el campo filosófico general del funcionamiento de la ley mediante el acto jurídico y el hecho jurídico.

Antes de finalizar este capítulo y pasar al análisis del enriquecimiento injustificado como fuente de las obligaciones, es preciso establecer que la clasificación que mantiene hasta ahora nuestro Código Civil respecto a las fuentes de las obligaciones, casi ha desaparecido en otras legislaciones más modernas, dejando más bien a la doctrina que se encargue de su análisis.

---

[208] René Demogue citado por: Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit*., p.34.

[209] Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit*., p. 34.

Parece que la corriente actual de mayor fuerza es la que establece que sólo constituyen fuentes de las obligaciones, el hecho humano y la ley, esto no significa que las cinco fuentes (contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley), desaparezcan sino que pasen a formar parte de estos dos grandes grupos de fuentes.

Como se ha visto, la tendencia actual de la doctrina es simplificar y aclarar los conceptos, no se trata de crear falsas diferencias y tampoco de utilizar clasificaciones que han surgido de errores conceptuales, como es, el mal usado y ampliamente generalizado concepto del cuasicontrato. Todo esto se entenderá mejor con la explicación que se hará en el siguiente capítulo.

IV.3.5.- Clasificaciones de las fuentes de las obligaciones en la legislación comparada

Antes de finalizar este capítulo, es importante señalar que la mayor parte de los Códigos de los países de América Latina, debido a la influencia del Código Francés, han adoptado la clasificación clásica: contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y ley.

Pero, por su parte, algunos países han tomado vías distintas, así, el Código de Brasil, de 1916, enumera como fuentes de las obligaciones únicamente los hechos jurídicos y los contratos.

Así mismo, el Código Civil italiano de 1948 se refiere a las fuentes de las obligaciones expresando que estas nacen del *contrato*, del *hecho ilícito* y de cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlas, de conformidad con el ordenamiento jurídico (art. 1173).

Por otro lado, el Código Civil alemán de 1900 contempla como fuentes de las obligaciones el negocio jurídico, los hechos ilícitos, el enriquecimiento injustificado y la ley.[210]

[210] Alberto Tamayo Lombana, *Op.Cit.*, p. 30.

CAPÍTULO V:

LA TEORÍA DEL CUASICONTRATO Y EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

V.1.-Crítica rotunda de la doctrina moderna a la figura del cuasicontrato como fuente de las obligaciones

Para este capítulo, he considerado necesario hacer un análisis sobre la tradicional clasificación de los cuasicontratos como fuente de las obligaciones y la diferencia con el enriquecimiento injustificado como fuente autónoma, ya que generalmente a esta última se la suele incluir, erróneamente, dentro de la primera clasificación.

Luego de haber revisado varios autores, la mayoría y casi por unanimidad, están de acuerdo en que la noción del cuasicontrato es una de las categorías jurídicas que debe ser abolida, y por lo tanto es la más discutida, generando que se presenten nuevas alternativas para sustituirla, estas figuras deberán estar de acuerdo a la proyección y desarrollo actual del Derecho. Precisamente, una de las nuevas corrientes, sobre todo en la doctrina y jurisprudencia occidental europea y con en concordancia con la doctrina los sistemas del *common law*, es la del enriquecimiento injustificado o sin causa.

Hay que añadir, antes de continuar, que algunas posiciones doctrinarias sugieren que, si bien el concepto de cuasicontrato lleva aparejado una aberración terminológica, no es menos cierto que este concepto responde a un tradicionalismo que ha permanecido incluso en la realidad actual del Derecho, por lo menos desde el punto de vista práctico, es decir, brinda una solución aceptable en apariencia al problema de definir las fuentes inmediatas de las obligaciones.

Valencia Zea sostiene que: "La expresión cuasicontrato debe desecharse."[211] Si atendemos al origen histórico, como lo hemos ya analizado anteriormente en previos capítulos, los juristas romanos construyeron esta figura jurídica al lado de los contratos, empleando para ello cierta analogía, a pesar de las diferencias acentuadas entre el contrato, que supone un acuerdo de voluntades, y el cuasicontrato, que no lo supone.

Por el momento, y a la vista de un profano, esta única diferenciación, es decir la falta de acuerdo de voluntades, sería razón suficiente para crear una nueva clasificación, pero como dice el mismo Valencia Zea: "… existían situaciones jurídicas que engendraban obligaciones al margen de todo acuerdo de voluntades, situaciones que se formaban de la misma manera como se forman ciertos contratos."[212] Los contratos que en Derecho romano daban lugar a relaciones jurídicas como si fueran contratos eran el mandato, el depósito, el préstamo, la sociedad y la novación.

Consecuentemente, esta figura equívoca, proviene de la clasificación justinianea de las fuentes que aludía, como vimos, a las generadas *cuasi ex contractu*, con lo que sin definir exactamente la fuente, se pretendía expresar "la circunstancia negativa de que no derivan (tales obligaciones) ni de contrato ni de delito".[213] De ahí, entonces viene ese nombre de cuasicontrato que ninguna relación tiene, y tampoco ninguna semejanza esencial con el contrato.

Veamos algunos conceptos que sobre el cuasicontrato dan algunos tratadistas, por ejemplo:

Luis Parraguez Ruiz define al cuasicontrato como "un hecho voluntario y lícito del hombre, que genera obligaciones independientemente de la intención de su autor."[214]

---

[211] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *"Derecho Civil. De las Obligaciones"*, novena edición, tomo III, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, p. 44.

[212] Ibid.

[213] Juan Iglesias, *"Derecho Romano",* Editorial Ariel, Barcelona, España, 1972, p.399.

[214] Luis Parraguez Ruiz, *Op. Cit.*, p. 76.

Así también, el chileno Claro Solar dice que el cuasicontrato es: "El hecho voluntario de una persona, que lo obliga respecto de otra persona, o que puede obligar a ésta sin que haya prestado su consentimiento."[215]

En el mismo sentido Ramón Meza Barros, sostiene: "Que el cuasicontrato es un hecho lícito no convencional que genera obligaciones"[216].

Conceptos, los mencionados antes, que aparentemente no conllevan dificultades evidentes y que por lo tanto no parecerían problemáticos, pero en un análisis más profundo, como veremos enseguida, generan algunas complicaciones lógicas de aplicación.

Así, nuestro Código Civil, en el mismo sentido, manifiesta en el artículo 2184 inciso segundo: "Si el hecho de que nacen es lícito constituye un cuasicontrato", esta frase, sin embargo, no puede ser tomada como una definición, sino como una simple anotación cuando se habla de las fuentes de las obligaciones.

Esta anotación toma una característica simple e incompleta, ya que esta manifestación carece de los elementos importantes para determinar suficientemente esta figura jurídica, que vienen a ser el hecho voluntario de una de las partes y la licitud.

Conjuntamente, para el tratadista chileno Rebé Abeliuk y en el mismo orden de ideas, tomando en cuenta los conceptos que dan los Arts. 1437 y 2284 C.C. Chile, que se refieren expresamente a los cuasicontratos como fuentes de las obligaciones, se les define habitualmente como el acto lícito, voluntario y no convencional que genera obligaciones; dice este autor chileno que: "La verdad es que semejante definición nada dice y es meramente excluyente señalando las características que diferencian a los cuasicontratos de las demás fuentes de las obligaciones."[217]

---

[215] Claro Solar citado en: Fernando Eduardo León Quinde, *Op. Cit.*, p. 19.

[216] Ramón Meza Barros citado en: Fernando Eduardo León Quinde, Op. Cit., p. 19.

[217] René Abeliuk Manosevich, Op. Cit., p. 121.

Lo que podemos deducir de lo dicho anteriormente es que el cuasicontrato no es un acto, sino un hecho, y así el cuasicontrato es un hecho voluntario lícito no convencional que genera obligaciones.

Además, añadimos a esto que, dentro del Código Civil ecuatoriano los principales cuasicontratos son, según el artículo 2185: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y el de comunidad, por ser los que reunirían los elementos básicos de esta categorización jurídica.

Si bien es cierto, estas figuras no provienen de un concurso de voluntades concordantes, están más bien "reglamentados por el gran principio de equidad y de justicia que prohíbe a una persona enriquecerse a expensas de otra y le compromete a indemnizar a quien le ha beneficiado por un acto unilateral de voluntad."[218]

Igualmente, y en la misma línea que en el Derecho Civil ecuatoriano, el Código Civil colombiano dedica el Título 33 del Libro 4° (arts. 2302 a 2340) a los cuasicontratos, y aún no los define suficientemente, y se indican sus especies principales, que son: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad.

Debe advertirse, por otro lado, y esto es de trascendental importancia, como dice Valencia Zea: "…que las obligaciones del agenciado en la agencia oficiosa y el pago de lo no debido son variedades del principio que prohíbe a una persona enriquecerse a expensas de otra; las obligaciones del agente oficioso o gestor, nacen del negocio jurídico univoluntario o unilateral."[219]

Por lo tanto, existiendo, como existe en las legislaciones actuales el principio de enriquecimiento sin causa, ninguna necesidad existiría para forzar las nociones o crear ficciones reñidas con la realidad y la buena lógica.[220] En consecuencia, la desueta figura del

---

[218] Antonio de la Vega, *Op. Cit.,* p. 16.

[219] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.,* p. 44.

[220]Al respecto, en Colombia, en 1939 se propuso la reforma del Código Civil; el punto 8° de las reformas propuso que debía: "eliminarse la noción de cuasicontrato, que no responde a ninguna concepción técnica.

cuasicontrato queda absorbida en el Derecho moderno por dos figuras vigorosamente eficaces: el acto jurídico y el enriquecimiento sin causa.

Ahora bien, con las definiciones establecidas, al decir éstas que el cuasicontrato es un acto voluntario se le distingue de las obligaciones legales *stricto sensu*, pero el elemento no es siempre efectivo, porque en los cuasicontratos o mejor dicho, en los que de tales son calificados, como los tres principales reconocidos, resultaría entonces obligada una persona sin que su voluntad haya intervenido para nada, o se haya incluso manifestado en contrario.

Y así, por ejemplo, en la agencia oficiosa puede resultar obligado el dueño del negocio, aun cuando haya prohibido la actuación del gestor, si la agencia le ha sido efectivamente útil.

En este orden de ideas, el chileno René Abeliuk manifiesta que: "Tan poco papel juega en realidad la voluntad, que la capacidad se toma mucho menos en cuenta en los cuasicontratos que en otras situaciones."[221]

Por otro lado, estas definiciones, al establecer que el cuasicontrato supone un acto lícito se pretende diferenciarlo de los delitos y cuasidelitos en los que existe acto voluntario del deudor, pero culpable o doloso. Siguiendo esta línea de pensamiento, es evidente que el cuasicontrato es lícito, "…pero esta expresión da la idea de legitimidad, en circunstancias de que no es muy plausible, por cierto, la actitud del que ha recibido un pago no debido a sabiendas."[222]

Finalmente, la doctrina que sustenta la figura del cuasicontrato ha intentado, con la expresión "no convencional" establecer esta definición para separar los cuasicontratos de los contratos, a los cuales se les estimó tan parecidos, que se les denominó así.

Esta concepción de que sólo les faltaría a los cuasicontratos el acuerdo de las voluntades para ser contrato; como no lo hubo, entonces es casi un contrato poco menos que éste, es un

---

Los autores nacionales (colombianos) estuvieron conformes con el que el Código debía tecnificarse borrando de él la noción de cuasicontrato. Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.* p. 45.

[221] René Abeliuk Manosevich, *Op. Cit.*, p. 121.

[222] Ibid.

razonamiento apresurado que basado en las aparentes diferencias artificiales ha buscado darle un nombre a una categoría que no tiene solidez lógica, el término cuasicontrato se refiere, más o menos, a una categoría híbrida o a una categoría jurídica indefinida entre las figuras específicas y una falsa asimilación a los contratos, la verdad es que a los contratos poco se parece; sostiene, en este mismo sentido Antonio de la Vega, tomando palabras de Josserand, que: "…el cuasicontrato debe su nombre a una aberrante contradicción del lenguaje, pues el contrato es por definición un acuerdo de voluntades que existe del todo o no existe, sin que sea dable concebir que pueda cuasiexistir."[223]

Los autores chilenos Alessandri, Somarriva y Vodanovic, coinciden en que el cuasicontrato, por regla general, está basado en el principio del enriquecimiento sin causa, y que en la actualidad está siendo suprimido como fuente de obligaciones en los códigos modernos.[224]

En el mismo sentido, Guillermo Ospina, manifiesta que uno de los errores del cuasicontrato ha sido el de haber amalgamado en una sola categoría dos figuras distintas y dotadas independientemente de eficacia jurídica como lo son el enriquecimiento sin causa y el acto jurídico unipersonal.

En concordancia con lo expresado por otros autores, Raimundo Emiliani, citado por Alfonso Oramas señala que: "las corrientes fecundas del derecho obligacional no se agotan con la supresión nominal del cuasicontrato porque van a engrosar el caudal de otra fuentes como la ley, y el de otros nuevos que deben ser reconocidos, tales como el enriquecimiento sin causa y el acto de formación unilateral."[225]

Sin alargar más esta discusión, ya que ha quedado clara la inutilidad lógica de la figura del cuasicontrato al tratarse de una "noción negativa que define un contenido por lo que no es,

---

[223] Antonio de la Vega, *"Op. Cit.,* p. 16.

[224] Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *"Tratado de las Obligaciones",* (De las obligaciones en general y sus diversas clases), segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001, p.61-63.

[225] Raimundo Emiliani, citado en: Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 24.

y además inconsistente, ya que alberga en su seno un conjunto de figuras que sólo tienen en común el no ser contratos"[226]; y además, como lo han reconocido los civilistas modernos, siendo sólo un nombre vacío, que sólo por la fuerza de la tradición se ha seguido usando y que según el francés Jean Carbonier "el cuasicontrato es una figura históricamente falsa, irracional e inútil." Es más, según Louis Josserand, el cuasicontrato es una "especie de monstruo legendario que es indispensable borrar del léxico jurídico"[227].

Por lo tanto, y sin más, hemos demostrado con suficiencia lógica; asimismo, que con el soporte teórico de grandes civilistas con los que coincidimos, que hoy por hoy, la técnica jurídica requiere revisar las nuevas clasificaciones de las fuentes de las obligaciones y reformular opciones sobre todo basadas en principios de lógica jurídica universal y que le brinden una mayor practicidad a los ordenamientos jurídicos nacionales, tal como ha sido y sigue siendo el actual interés en los países desarrollados.

Adicionalmente, como señala René Abeliuk, los códigos redactados en el siglo XX y XXI ya no contienen la clasificación de los cuasicontratos. Esto demuestra que la búsqueda de soluciones dentro del Derecho Civil de la Obligaciones ha promovido nuevas alternativas; y vale decir aquí, que la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa ha logrado una aceptación generalizada, aunque no absoluta, tanto en la doctrina especializada, en la jurisprudencia de categoría y en las legislaciones más modernas.

En consecuencia, lo más sensato es que el ordenamiento jurídico ecuatoriano se coloque a la par de las nuevas corrientes teóricas, jurisprudenciales y legislativas por lo tanto, busque proponer un cambio que beneficie, sobre todo, en la aplicación práctica de resolución de problemas a través de figuras jurídicas solventes, como es la del enriquecimiento injustificado, que además sustenta sus preceptos en consideraciones de universal aceptación, como son la justicia y la equidad.

---

[226] Jesús Vallejo Mejía, *"Manual de obligaciones"*, primera edición, Editorial Dike, Medellín, Colombia, 1991, p.30.

[227] Louis Josserand citado por: Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit.*, p. 33.

En conclusión, a lo dicho se debe añadir que muchos autores modernos, como el chileno Ramón Meza Barros, Hernán Salamanca, los colombianos Arturo Valencia Zea, Ospina Fernández, Antonio de la Vega, Vallejo Mejía; ecuatorianos como Velasco Célleri, León Quinde; Luis Parraguez Ruiz; otros juristas como René Abeliuk, Claro Solar, A. Von Tuhr, Alessandri, Somarriva, Vodanovic, Tamayo Lombana, el mexicano Pérez Bautista, el argentino Horacio Guillén, entre muchos otros, como los académicos del derecho anglosajón de las obligaciones entre ellos el más representativo David Johnston, además de los autores italianos, como Betti y españoles como Luis Díez-Picazo, Clemente de Diego; franceses como Josserand y Carbonnier, los hermanos Mazeaud, mexicanos como Raimundo Emiliani, y la lista sigue; es decir, la corriente dominante, todos ellos son severos críticos de la teoría del cuasicontrato, quienes a su vez han sugerido diversas alternativas, entre una de ellas, y tomando fuerza en la doctrina moderna, es precisamente la del enriquecimiento injustificado o sin causa, como veremos más detalladamente a continuación.

V.2.-El enriquecimiento injustificado o sin causa como fuente de las obligaciones

Antes de definir y determinar los elementos fundamentales y las consideraciones teóricas que sustentan la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa, lo cual lo haremos en los inmediatos posteriores capítulos, hoy, en este acápite, analizaremos la razón por la que la figura que tratamos, como tema central de este trabajo investigativo, se ha convertido en una fuente de las obligaciones autónoma, independiente y distinta a cualquier otra denominación.

Señalo además, que no es el propósito fundamental de este libro, el de implementar o proponer un nuevo ordenamiento de las fuentes de las obligaciones, es decir, no trataremos de redefinir aquí todas las posibilidades y reconstrucciones que sobre este aspecto se puedan hacer, ya que nos desviarían de nuestros parámetros investigativos y por otro lado, una digresión de tal magnitud no tiene la relevancia suficiente dentro de los planes de esta obra.

Por lo tanto, prescindiremos de una nueva categorización completa y nos centraremos, como ya manifestamos, en determinar al enriquecimiento injustificado o sin causa como una fuente de las obligaciones que reúne los aspectos lógicos y jurídicos como para reemplazar, en cierto sentido y en el ámbito que le corresponde, a la errónea clasificación de los cuasicontratos. Por ejemplo, el proyecto de Nuevo Código Civil Colombiano en el Art. 427 recoge la doctrina moderna al señalar como fuente de las obligaciones los contratos, las declaraciones unilaterales de voluntad, los hechos dolosos y los no culposos en los casos señalados por la ley; el enriquecimiento sin causa y aquellas situaciones idóneas para producirla de acuerdo con la ley."[228]

Como hemos visto hasta aquí, y desde un comienzo, por lo menos eso entendieron muchos tratadistas, la elaboración de la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa, se vio relacionada o subsumida a la del cuasicontrato, lo que, como explicamos supra, es erróneo y por lo tanto su naturaleza jurídica estaba en aparente indeterminación. Es más, en su desarrollo inicial se la consideró un cuasicontrato ya que se producía por un acto voluntario, lícito, en el sentido de no constituir delito ni cuasidelito civil, y no convencional.

Además, a la figura del enriquecimiento injustificado en algún momento se lo confundió con la gestión de negocios, o en otros casos se consideró solamente como un pago de lo no debido, noción que limita la amplia constitución del enriquecimiento sin causa que desborda esta figura y, es más, hasta la contiene. René Abeliuk, manifiesta que "en una etapa posterior, opinión que aún se mantiene, se invirtió la situación y se sostuvo que a la inversa la noción del enriquecimiento sin causa es más amplia que el cuasicontrato, y éstos encuentran precisamente su explicación en el principio señalado."[229]

Por otro lado, y antes de continuar, hay que resaltar un hecho que para algunos autores suele ser un tema de discusión, es decir, la ley como fuente de las obligaciones; nosotros opinamos, sin embargo, que es criticable indicar la ley como fuente de obligaciones, ya

---

[228]Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit*., p. 46.

[229] René Abeliuk Manosevich, *Op. Cit*., p. 128.

que, como acabamos de advertir, cuando hablamos de las fuentes de las obligaciones nos referimos a los hechos directos, actuales o próximos que pueden engendrar una obligación. Según manifiesta Valencia Zea: "La ley es fuente remota de cualquier obligación: tanto de las que nacen de contrato como de las que nacen del acto ilícito. Lo mismo cabe decir de las fuentes de los derechos reales, de los derechos familiares, etc."[230] Por lo tanto queda aclarado este punto, antes de que pueda generar alguna duda al respecto en los lectores.

Consecuentemente, en el caso de que un patrimonio se enriquezca a expensas de otro sin causa justificativa, por ejemplo, en este caso la ley, en general, estima que estos enriquecimientos indebidos deben evitarse, y para ello establece la obligación a cargo del titular del patrimonio enriquecido, de indemnizar al titular del patrimonio empobrecido el valor del empobrecimiento. Aquí la fuente de la obligación es el hecho del enriquecimiento sin causa, como fuente inmediata y la ley, claro está como fuente lejana, pero lo que nos interesa es la causa eficiente, es decir, la fuente próxima, como en este caso tratándose del enriquecimiento injustificado.

En este orden de ideas, es importante reconocer que:

> La doctrina actual de las fuentes de las obligaciones señala como hechos generadores de obligaciones 1) los negocios jurídicos plurivoluntarios (como los contratos) y los univoluntarios o unilaterales; 2) los hechos ilícitos; 3) ciertos estados o situaciones de derecho o de hecho que, unidos a determinadas circunstancias o supuestos, son susceptibles de engendrar una obligación.[231]

Esta tercera fuente obedece a estados especiales que toma en consideración la ley para convertirlos en fuentes de obligaciones, como en el ejemplo citado de la situación de riqueza y pobreza entre las personas. Desde esta perspectiva, el enriquecimiento sin causa sería un mero estado de riqueza y pobreza entre ellas y por lo tanto un simple estado de hecho, o sea el desplazamiento de una ventaja patrimonial de un patrimonio a otro, sin

---

[230] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.,* p. 45.

[231] Ibid. (En este sentido, el art. 1173 del Código italiano de 1942 dice: "Las obligaciones nacen del contrato, del hecho ilícito o de cualquiera otro acto o hecho idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico.)

causa que explique semejante desplazamiento. Lo mismo sucede con el estado de comunidad y los gastos que alguien asume para evitar que se cause un daño en un patrimonio ajeno.

Guillermo Ospina Fernández es claro al opinar que:

> La teoría sobre la clasificación de las fuentes de las obligaciones en determinado sistema positivo no necesita hacer mención especial de la ley, porque esta es factor constante y necesario en la producción de cualquier efecto jurídico. Dicha teoría debe concretarse a la clasificación de las varias situaciones jurídicas establecidas por el sistema en cuestión para el nacimiento de las obligaciones, pero considerando que tales situaciones constituyen siempre manifestaciones particulares del acto jurídico y del hecho jurídico.[232]

Ahora bien, más allá de estas concepciones, podemos reconocer que la mayor parte de las obligaciones que hasta ahora se entienden cuasicontractuales, encuentran su inspiración en el enriquecimiento injustificado, pero no todas ellas, por ejemplo: si el dueño de un negocio jurídico resulta obligado con el gestor es por esta causa, pero la obligación de éste de continuar la gestión hasta que el interesado pueda tomarla o encargarla a otro, nada tiene que ver con el enriquecimiento sin causa; tampoco justifica las diferencias que en el pago de lo no debido se hacen entre quien recibió el pago de buena o mala fe.[233]

Según Ospina Fernández, el enriquecimiento sin causa y el acto jurídico unipersonal, que son dos fuentes distintas de las obligaciones, constituyeron, en conjunto, el contenido de la noción clásica del cuasicontrato, cuyo defecto capital consiste precisamente, en haber amalgamado en una sola estas dos figuras distintas y dotadas independientemente de eficacia jurídica.[234]

Por lo tanto, luego de lo que hemos visto, podemos decir, “que el enriquecimiento sin causa pertenece a la categoría del hecho jurídico lícito ya que la obligación que tiene el que se ha

---

[232] Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit*., p.39.

[233] René Abeliuk Manosevich, *Op. Cit*., p. 128.

[234] Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit*.,.p.42

enriquecido, no proviene de un acto ejecutado por éste con la intención precisa y directa de obligarse."[235] Se debe aclarar, sin embargo, que el enriquecimiento sin causa o injustificado tiene varias aplicaciones prácticas en nuestra ley, como veremos en los siguientes capítulos, pero esta teoría carece de una enunciación expresa en el ordenamiento jurídico.

Como ya se mencionó, esta teoría es acogida por la gran parte de la legislación moderna, la que le categoriza como fuente autónoma y por lo tanto, es necesario que en nuestra legislación se establezcan las reformas conducentes a que se acoja tan importante categoría jurídica en este sentido y que, sobretodo, se la reconozca expresamente en la ley, aunque sea como un principio general.

Para concluir, es evidente que otra fuente de las obligaciones, "además de los contratos y de los delitos, es el *enriquecimiento injusto* o *sine causa*"[236]; y esto supone, por otra parte que la tendencia actual es eliminar la denominación de cuasicontrato para establecer como fuentes autónomas de la obligación el pago de lo no debido, la agencia oficiosa y el enriquecimiento sin causa, sin dejar de reconocer, sin embargo, que existe una relación de esta institución con las dos primeras, lo que no significa su total asimilación. Todo esto supone que el enriquecimiento sin causa "da origen a la obligación de restituir lo adquirido ilegítimamente, o más precisamente, indemnizar el empobrecimiento ajeno."[237]

A esto debemos añadir, que si bien es cierto, en nuestro Código Civil no encontramos una norma expresa que consagre el principio general de que nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro, no es menos cierto que podemos encontrar disposiciones que tácitamente reconocen el principio, previniendo o reprimiendo el enriquecimiento torticero.

Por el momento, nos contentamos con declarar la autonomía del enriquecimiento sin causa o injustificado como una fuente autónoma de las obligaciones, sustentados en la lógica jurídica y en el desarrollo doctrinario, sobre todo. Esto desde el punto de vista de que todo

---

[235] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 42.

[236] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 239.

[237] René Abeliuk Manosevich, *Op. Cit.*, p. 129.

enriquecimiento, es decir, traslado de patrimonio de una persona hacia otra, sin causa justificable, genera una obligación que debe ser cumplida a favor del empobrecido, reuniendo, eso sí, elementos básicos que deberán configurar esta fuente de las obligaciones y diferenciarlas de otras, tal como veremos en los capítulos subsiguientes.

Lo que sí se puede afirmar, por el momento, y antes de entrar al análisis puro de la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa es que, como dice Ospina Fernández:

> El enriquecimiento sin causa entra en la categoría del hecho jurídico, por cuanto la obligación a cargo del que se ha enriquecido no proviene de acto ejecutado por este con la intención reflexiva y directa de obligarse, pues, aun en el caso de que el enriquecimiento provenga de un hecho voluntario suyo, como el de recibir el pago de lo no debido, mal puede decirse que al hacerlo haya tenido la intención de obligarse a restituir. De suerte que el acto en cuestión es un hecho jurídico respecto de la obligación que genera.[238]

[238] Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit*., p. 42.

CAPÍTULO VI

LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO O SIN CAUSA COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

VI.1.- Generalidades sobre el enriquecimiento sin causa o injustificado

Es evidente que la legislación civil ecuatoriana, es resultado directo de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas, ya que fue elaborada en tiempos en los que dominada en el campo económico la pequeña industria y en el campo jurídico un exagerado individualismo. [239] Por lo tanto, en muchos aspectos sus contenidos son deficientes para poder regir a satisfacción todas relaciones surgidas entre los individuos o entre éstos y el Estado. La realidad actual empuja a cambios indispensables en el campo civil, más aún en la rama de las obligaciones, según hemos visto en los capítulos previos.

Los cambios son ya evidentes en otros ordenamientos jurídicos de avanzada, como en los Estados Unidos y en países de la Unión Europea, las instituciones jurídicas se adaptan y se desarrollan a la par de los cambios sociales, económicos, comerciales, culturales y políticos.

Si bien, el concepto de Derecho suele llegar al conocimiento del profano en la forma de un simple conjunto de normas escritas, llamadas a reglar con cierto casuismo los actos de la vida social, este alcance es muy limitado y se expone a ser entendido como una creación arbitraria del legislador, como fruto discrecional de quienes tienen la potestad de crear normas; y es precisamente a causa de esta errónea concepción, que se cae en la confusión entre la normatividad instituida, que puede acaso ser lesiva, inconveniente, transitoria u obediente al consejo dudoso de los convencionalismos; y por otro lado con los dictados

[239] *Vid.* José Reig Satorres y Juan Larrea Holguín, *Op. Cit.*, pp. 262-263.

constantes del Derecho puro, que en cambio halla su origen prístino en fuentes de superior naturaleza. Como nos dice el profesor colombiano Antonio de la Vega, "el derecho, ciertamente, es otra cosa. Precisa entenderlo como una abstracción, cuya directriz nace en el ámbito de la razón, se nutre del perfecto pensamiento y vigoriza sus raíces con el limo equilibrado de lo perpetuamente justo."[240]

Ninguna rama del Derecho escapa a la necesidad de una adecuada evolución, Gaudemet dice: "nada hay inmutable en el derecho", en ese sentido, la justicia ejerce una función eminentemente crítica que permite valorar continuas mutaciones impuestas por la corriente renovada de los fenómenos sociales, a esta realidad no escapa el derecho civil de las obligaciones del que el maestro Savatier dice: "si el derecho civil es la más jurídicas de las ramas del derecho, la teoría de las obligaciones es la más jurídica de las partes del derecho civil."

Por consiguiente, es también, infundada la idea que el derecho civil debe ocuparse exclusivamente de las relaciones entre particulares que no afecten directamente a la sociedad y que por lo tanto dichas relaciones deben ser reguladas únicamente en interés de quienes las contraen, desde luego que el impacto de las relaciones humanas influencia directamente a la sociedad y por lo tanto, las relaciones jurídicas deben, necesariamente, reglamentarse armónicamente en el Derecho y sobre todo tomando en cuenta su fin social.

De lo visto, existe una tendencia actual a adoptar la institución del enriquecimiento injustificado como medio de protección amplio, que sirve para asegurar el equilibrio de las relaciones civiles. Como analizamos en el Capítulo I, ya en el antiguo Derecho romano, se establecieron principios que quedaron consagrados como muestras claras de la intensión positiva de que bajo ningún concepto se podía irrogar daño a nadie, así *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*[241], que con seguridad podemos decir, sirvieron de base para la formación de las *condictiones* del Derecho de Justiniano y para la posterior

---

[240] Antonio de la Vega, *Op. Cit.,* p. IX.

[241] Dig.1.1.10.1: "Ulpiano (*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum <ius> cuique tribuere."*) Que significa en palabras simples: Vivir honestamente, no hacer daño a los demás y dar a cada uno lo suyo.

creación de la institución del enriquecimiento injustificado y su adopción por numerosas legislaciones modernas como la alemana, la suiza, la mejicana, la peruana, la japonesa, etc.

Como manifiesta Bastidas Aguirre: "El aspecto del enriquecimiento injustificado es, a no dudarlo, uno de los más delicados del problema de la responsabilidad; pero, en la misma forma es uno de los que marca la tendencia más acentuada hacia la realización jurídica de las normas morales."[242] Por lo tanto, las legislaciones que la han adoptado han hecho bien y han acertado ya que en los tiempos actuales, se impone la necesidad de legislar sobre principios fundamentales de justicia y equidad.

De la misma manera, como es evidente, el ser humano puede tener entre sus principales aspiraciones, el enriquecimiento material, en este sentido, Oramas Gros señala que: "Más allá de la perspectiva moral, el enriquecimiento de una persona significa el aumento de su patrimonio…"[243] Así por ejemplo, si yo tengo un capital determinado y lo administro de manera adecuada, ya sea si lo invierto en una industria, comercio o lo coloco en un banco, lo más lógico es que luego de un tiempo mi capital inicial se haya incrementado. Y así hay muchos ejemplos que me permiten aumentar mi patrimonio.

En este sentido, el contrato es una noción predominantemente económica, ya que los contratos patrimoniales son los más comunes, como dice Abeliuk: "El contrato supone siempre un desplazamiento de valores apreciables en dinero de un patrimonio a otro."[244] Por consiguiente, es más bien muy raro en la práctica, aún en el más conmutativo de los contratos que resulte una equivalencia absoluta en las prestaciones, sino por el contrario, cada parte busca una ganancia o utilidad. Ahora bien, es evidente también, que los actos gratuitos siempre significan un enriquecimiento por adquisición o economía de su beneficiario.

---

[242] Julio Bastidas Aguirre, *Op. Cit.*, p.5.

[243] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 50.

[244] René Abeliuk Manosevich, *Op. Cit.*, p. 127.

Consecuentemente, en la vida comercial y jurídica, que cada vez se hace más dinámica y su incidencia se presenta en cada instante de nuestras vidas, hay un constante enriquecimiento de los patrimonios a costa de otros, pero esto no significa de ninguna manera, que el legislador está obligado a intervenir en todos estos casos, ya que si así lo hiciera, "se haría casi imposible la vida jurídica y todos los actos jurídicos podrían ser atacados por no haberse obtenido una exacta equivalencia entre lo que unos dan y otros reciben"[245].

De ese razonamiento lógico y racional se entiende que, si el enriquecimiento del sujeto tiene justificación jurídica, aun cuando moralmente puede ser objetable, el Derecho no interviene; por ello, en el mismo sentido que manifiesta René Abeliuk, el enriquecimiento del comerciante que vende sus mercaderías, del donatario en la donación, la indemnización que recibe la víctima de un hecho ilícito, son todos plenamente aceptados, porque hay un antecedente que puede justificar jurídicamente ese enriquecimiento.

Así, puede darse que incluso, el enriquecimiento de una persona pueda ser discutible desde el punto de vista moral, pero puede tener una justificación y fundamento legal. De la misma forma, puede ocurrir que en ese aumento patrimonial no exista un fundamento o ninguna causa o razón permitida por un ordenamiento jurídico, habiendo ocurrido además del enriquecimiento, que éste se haya producido a costa de otra persona. "Así se origina el hecho del enriquecimiento sin causa, el cual engendra obligaciones que tienen como fin evitar el enriquecimiento de una persona sin que exista una justificación jurídica para tal transformación."[246]

Asimismo, como vimos en el capítulo I sobre la historia del Derecho romano, ya en el siglo II de nuestra era el jurista romano Sexto Pomponio formulaba el principio que, expresamente declarado o no, late en todos los ordenamientos jurídicos que significa que nadie puede enriquecerse a costa de otro sin una causa legítima, este principio decía: "*Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem"*

---

[245] René Abeliuk Manosevich, Op. Cit., p. 127.

[246] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 51.

(Digesto, Libro 50, título 17, fragmento 206) lo que traducido significa: Es conforme a la equidad del derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro.

Adicionalmente, en los códigos modernos del siglo XX se establece formalmente que el sujeto que sin causa legítima se ha enriquecido a expensas de otro, está obligado a la restitución. Este principio aparece en dichos códigos en los mismos términos señalados o en otros semejantes (Código Civil alemán, artículo 812; Código Suizo de las Obligaciones, artículo 62; Código Civil mexicano, artículo 1882 y siguientes; Código Civil italiano de 1942, artículo 2041; Código Civil boliviano de 1975, artículo 961; Código Civil peruano, artículo 1954).[247]

Como colofón de lo dicho anteriormente, el principio de que nadie se puede enriquecer sin causa jurídica a expensas o en perjuicio de otro, no es solamente un dogma y principio del Derecho, sino que es uno de los principales postulados de la moral, incorporada en este caso al mundo jurídico. Y es por eso que, más allá de todo tipo de consideraciones, la doctrina moderna es unánime al expresar que la teoría del enriquecimiento sin causa constituye uno de los aciertos más notables y meritorios de la técnica jurídica, sobre todo, al ser aceptada como fuente autónoma de obligaciones.

VI.2.-La equidad, los principios generales del Derecho y el enriquecimiento injustificado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Como ya se ha repetido un sinnúmero de ocasiones, nuestro Código Civil, al igual que el francés y otros dictados en el siglo XIX y que siguen esa misma tendencia de pensamiento, no formula expresamente el principio del enriquecimiento injustificado o sin causa; "pero el hecho de que el legislador no haya establecido una disposición general, no significa que rechaza el principio"[248].

[247] Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Op. Cit.*, pp. 61-62.

[248] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit*, p. 108.

Es más, éste inspira varias disposiciones, podemos citar algunas a manera de ejemplificación, como por ejemplo: las que establecen las prestaciones que se deben el reivindicante de una cosa y el poseedor vencido; así, en el Código Civil ecuatoriano, artículos 948 y siguientes; tendientes a evitar el enriquecimiento injusto de aquél o de éste. Además, por el mismo principio está animada la regla que obliga al incapaz, en caso de nulidad del acto o contrato, a restituir aquello en que se hubiera hecho más rico como manifiesta el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1705.[249]

Todas las disposiciones anteriormente citadas y otras que no se han citado pero que en su contenido son semejantes en esencia, no pueden calificarse de excepcionales, sino por el contrario, representan manifestaciones indudables del espíritu general de la legislación que repudia el enriquecimiento a costa ajena no justificado por la ley o un acto jurídico.

Dicho repudio al enriquecimiento sin causa se funda en el principio de equidad y justicia, y como se sabe, a falta de ley que resuelve un caso dado, los jueces pueden fallar conforme a estos principios; en este sentido, se pronuncia el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano en su artículo 274[250]. Más claro aún es el artículo 18 en sus numerales 6 y 7 del Código Civil ecuatoriano que manifiesta:

> Art. 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: […]
>
> 6.- En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la **equidad natural**; y,
>
> 7. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los **principios de derecho universal**. (Las negrillas son mías.)

---

[249] Otros ejemplos, entre otros, de la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa en otras instituciones civiles recogidas por la ley son: casos de la sociedad conyugal, como los artículos 147, 171 núm. 3, art. 172 y 176 del Código Civil; sobre la accesión: artículos 673, 678, 684 y 685, del Código Civil.

[250] Código de Procedimiento Civil del Ecuador.- Art. 274.- En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal.

Para analizar estas disposiciones legales, debemos indicar que, como este tratado no se circunscribe dentro de la filosofía del Derecho, no discutiré a profundidad conceptos que hasta ahora generan diversas consideraciones, son términos abiertos y además dependientes de muchos factores; así justicia y equidad, pueden ser utilizados tanto para justificar guerras cuanto para salvar inocentes. Pero en esta ocasión vale el intento de anotar ciertas precisiones, con el objetivo simple de dotar al concepto de enriquecimiento injustificado, injusto o sin causa un contenido lo suficientemente fuerte, inclusive desde sus raíces epistemológicas y filosóficas, dentro del derecho civil de las obligaciones.

Por consiguiente, los principios de derecho universal que tienen su base en el derecho natural, el que no es sólo fundamento del derecho positivo en el sentido de que debe inspirar al legislador de la vida social; lo es también en el sentido de que debe informar la aplicación judicial de las normas jurídico-positivas. Por una parte, el derecho natural suple la falta de normas jurídico-positivas o permite llenar sus lagunas; por otra, sirve de criterio interpretativo de las mismas. Esta influencia del derecho natural sobre la actividad jurisprudencial se lleva a cabo mediante los principios generales del derecho y la equidad, los que son fuentes del Derecho[251] y se aplican, como vimos a falta de ley expresa.

No menos importante es la función de la equidad en la aplicación del derecho. La equidad, cuya teoría fue formulada de manera insuperable por Aristóteles[252], es la superación de la injusticia que puede resultar de la aplicación estricta de la norma jurídico-positiva, de carácter necesariamente más o menos general, a un caso concreto que formalmente abarca, pero no resuelve correctamente.

La equidad es muchas veces tomada o considerada como una acepción equivalente a justicia, en este sentido, se entiende por equidad lo fundamentalmente justo, como dice Luis Recaséns

---

[251] *Cfr*. Carlos Santiago Nino, "*Introducción al análisis del Derecho*", Editorial Astrea, Segunda edición, 2001, Buenos Aires, Argentina, p.148 y ss.

[252] Aristóteles. "*Ética Nicomaquea"*, Editorial Bedout, Medellín, Colombia, 1982. V, 10.

Sieches, “Al fin y al cabo la palabra equidad expresa una de las dimensiones de la idea de justicia, a saber, el principio de igualdad o proporcionalidad.”[253]

Por otro lado, la tensión existente siempre entre la generalidad abstracta de la norma y la singularidad irreductible de cada situación vital, se agudiza en ocasiones hasta exigir la llamada "solución de equidad", que implica una corrección de la ley en el sentido de adaptarla a la individualidad del caso, sacrificando su aplicación estricta al postulado de una mayor justicia.

Por eso comparaba Aristóteles la equidad a la famosa regla lesbia[254], que en su flexibilidad permitía medir las sinuosidades de las cosas. "La naturaleza propia de la equidad -escribe Aristóteles- consiste en corregir la ley en la medida en que esta se revela insuficiente, por causa de su carácter general", no se trata pues, de descartar, y menos aún de infringir la ley, sino cabalmente de que ésta cumpla auténticamente su función; porque el legislador mismo, de haber previsto el conflicto, lo hubiese prevenido debidamente.

En este orden de ideas, según manifiesta Cabanellas: “la equidad es la sombra del Derecho, si cuanto de ella se ha pensado y escrito desde los albores jurídicos de la humanidad nos la presentaron como su luz o complemento, ante la oscuridad o desamparo de la norma legal o frente a rigores y estragos de su aplicación estricta.”[255] Es evidente, entonces, que la equidad es de aplicación lógica para el juez, no sólo cuando el propio legislador lo establece expresamente, como ocurre en el Código Civil del Ecuador, en el cual la equidad figura junto a los "principios generales del derecho" como fuente subsidiara de la ley y la costumbre, sino cuando el peligro de que se verifique la fórmula "*summum ius, summa iniuria*[256]" lo aconseje.

---

[253] Luis Recaséns Siches, *“Equidad”* Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskil Editores, Tomo X, Buenos Aires Argentina, 1996, p. 427.

[254] (Referente a las reglas provenientes de la ciudad de Lesbos en Grecia.) Gilberto Gutiérrez López, *“La decisión moral: principios universales, reglas generales y casos particulares”*, Revista de Filosofía 3° época, Vol I, (1987-88), Editorial Complutense, Madrid, España, p. 148.

[255] Guillermo Cabanellas de Torres, *Op. Cit.*, p.148.

[256] Esta locución latina significa que el “exceso del derecho lleva a un exceso en el daño que se produce por la aplicación estricta de aquel”.

Asimismo, la equidad se confunde con la justicia natural, superior a la legal y que por eso le sirve de correctivo. Su función es especialmente relevante en la acción jurisprudencial inglesa, con el concepto de la "*justice between man and man*", la justicia que naturalmente se establece de hombre a hombre. El derecho mercantil le debe en gran parte la flexibilidad de sus instituciones, como se la debió en la Antigüedad el *Ius Gentium.* En la vida jurídica general, es la equidad la que informa instituciones como la amigable composición y en general toda modalidad privada de resolver los conflictos "por las buenas", sin recurrir a la vía judicial.

En este sentido, Recaséns Siches manifiesta que:

> Es necesario recordar una vez más que el contenido de una norma legislativa no es una proposición válida en sí y por sí, como lo son, por ejemplo, las proposiciones de la lógica o de la matemática. El contenido de una regla legislativa es una determinación de voluntad, encaminada a producir en la práctica, es decir, sobre la vida real, determinados efectos, efectos que son considerados justos por el autor de la ley.[257]

Además, el proceso de producción del Derecho continúa en la obra del juez, quien en lugar de valorar en términos generales tipos de situaciones, tiene que valorar en términos concretos situaciones individuales. Pero este trabajo no es tan sencillo, y la aplicación que hace el juez de la equidad por falta de ley expresa, por ejemplo en el caso de la aplicación de la teoría del enriquecimiento injustificado, puede ser complicada y no siempre es la adecuada, tal como lo demuestra la jurisprudencia ecuatoriana actual, esto lo analizaremos más adelanten con ejemplos claros en los que la mala o errónea aplicación de principios de equidad lleva a fallos equivocados y fundados en considerandos falaces.

Pero las razones antes mencionadas, nos permiten rescatar la importancia de trabajos como el presente, y además reconocer su pertinencia, ya que se busca determinar la diferencia entre la aplicación de un principio general de equidad y la equidad determinada particularmente en una institución jurídica definida y con elementos específicos, para la aplicación en casos concretos, como es el caso del principio de enriquecimiento injustificado.

---

[257] Luis Recaséns Siches, *Op. Cit*., p. 435.

Por lo tanto, una vez más aparece la necesidad de la existencia de normas expresas que establezcan al enriquecimiento injustificado o sin causa como una fuente autónoma de obligaciones y que permita acciones directas y legales que no supongan un elemento de arbitrariedad judicial tan marcado como hasta ahora ha existido en la jurisprudencia ecuatoriana, generado precisamente por la falta de ley positiva expresa en cuanto a la institución que aquí tratamos.

Finalmente, añadimos que el principio del enriquecimiento injustificado está recogido por el Derecho universal, esto es, la prohibición de enriquecerse injustamente a expensas de una persona; razón por la cual sí es posible la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa en los casos no legislados y a pesar de no estar enunciado el principio de manera concreta, específica y expresa.

VI.3.- Concepto sobre el Enriquecimiento injustificado o sin causa

Hasta el momento, en los capítulos anteriores se ha tratado del enriquecimiento injustificado o sin causa, sin habernos dedicado exclusivamente a definirlo, aunque se han hecho algunas aproximaciones muy acertadas al respecto, inclusive desde el capítulo uno; no obstante, en este acápite lo definiremos a profundidad.

Debemos añadir que, debido a que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contempla una definición legal de esta figura jurídica, intentaremos definirla desde la construcción doctrinaria, luego pasaremos a determinar sus elementos esenciales, los cuales serán ampliamente desarrollados en el siguiente capítulo. La metodología empleada para llegar a un concepto sobre el enriquecimiento injustificado se hará de acuerdo a un avance lógico progresivo, de menor a mayor, tal como lo hemos hecho para los otros términos definidos en este libro.

Previamente, es necesario mencionar que al enriquecimiento injustificado, generalmente se le atribuyen ciertos adjetivos como son: injusto, indebido, sin causa, torticero, sin justificación, ilícito, entre otras formas. Por esas consideraciones, es pertinente que se realice un análisis sobre estos calificativos y que se determine el adjetivo que se adapte

mejor a la institución que estamos tratando, de acuerdo a un razonamiento lo suficientemente fundado, como lo haremos en seguida:

Primero, iniciaremos con la definición de "enriquecimiento". El Diccionario de la Lengua Española define al enriquecimiento como la "obtención de riquezas por parte de una persona o grupo" o un "proceso mediante el cual se dota de mayor calidad o valor a una cosa mejorando sus propiedades y características". En este caso, nos es más útil el primer concepto, aunque el segundo puede tener algún tipo de importancia intrínseca, es decir, sobre todo en los casos de los derechos reales como el de accesión, pero que no se inscribe dentro del análisis de esta obra que gira en torno al derecho civil de las obligaciones.

De la misma manera, en el mismo sentido que la primera acepción común, Cabanellas define al enriquecimiento como la "acción o efecto de enriquecerse, de hacer fortuna o de aumentarla considerablemente"[258]. Como podemos apreciar, este concepto no es complicado, por el contrario es unívoco y directo en cuanto a su contenido, por lo que podemos sustraer que los elementos principales del enriquecimiento están ligados con el patrimonio, entendido este como el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica; un continente más allá de su contenido. Pero debemos hacer una precisión, en el sentido que nos interesa, enriquecerse no supone necesariamente un incremento excesivo del patrimonio de una persona, es decir, basta con el aumento patrimonial en términos positivos de cualquier magnitud, para que en derecho hablemos de la existencia de un enriquecimiento.

Por consiguiente, el enriquecimiento tiene que ver con los bienes, con los derechos de crédito, con los derechos económicos de las personas, es más, está claro que el concepto de enriquecimiento supone, necesariamente, una cuantificación numérica, significa una diferencia positiva de riqueza. Y por otro lado el enriquecimiento contempla, subjetivamente, la existencia de una acción, un acto humano de lograr incrementar su patrimonio a través de la adquisición de mayores riquezas, provenientes, desde luego, de otro patrimonio.

---

[258] Guillermo Cabanellas de Torres, *Op. Cit.*, p.147.

Señalamos, además, que el concepto de riqueza, dentro de la terminología jurídica difiere del significado vulgar que supone o conlleva la idea de la abundancia en bienes, objetos, cosas, dinero, o de elementos de alto valor económico; el sentido jurídico no necesariamente conlleva la idea de opulencia o exceso como lo hace este término en el lenguaje común. Así, jurídicamente hablando, existe enriquecimiento de un patrimonio aún cuando haya existido un incremento cuantitativo de un centavo de dólar en el total del acervo patrimonial de una persona.

De la misma manera, el empobrecimiento supone, jurídicamente, el menoscabo del acervo patrimonial en términos numéricos, a diferencia del uso del lenguaje común que supone un estado de pobreza entendido este como una situación de "falta o escasez de lo necesario para vivir". Por lo que, una persona, jurídicamente hablando, se empobrece aún cuando su patrimonio haya disminuido en un centavo de dólar y esa persona posea un acervo patrimonial de varios millones de dólares.

Una vez que se ha analizado la primera palabra del término del "enriquecimiento injustificado", nos queda la más complicada y la que en realidad produce una gran discusión, y es la determinación del adjetivo que hace del enriquecimiento una fuente de las obligaciones, para algunos es: injusto, para otros, injustificado, sin causa, torticero, indebido, ilícito, o a expensa ajena, etc.

Cabanellas nos dice que el enriquecimiento sin causa es el "aumento de un patrimonio con empobrecimiento del ajeno y sin amparo en las normas legales ni en los convenios o actos privados."[259] Esta aproximación, por cierto simple, pero nos permite un proceso de comprensión suficiente para la determinación que eleva al enriquecimiento sin causa como una fuente de las obligaciones. Lo primero que podemos observar es un el enriquecimiento sin causa jurídica justificada de ningún tipo, pero este concepto no nos indica los efectos de ese enriquecimiento.

En este sentido, podemos manifestar, que hasta no hace mucho tiempo no se había elaborado una doctrina acerca del enriquecimiento injustificado, si bien el Derecho romano

[259] Guillermo Cabanellas de Torres, *Op. Cit*., p. 147.

ya había logrado una aproximación hacia el mismo como un enriquecimiento injusto, tal como se vio en el capítulo uno sobre los orígenes históricos de esta figura.

La doctrina en general ha conceptuado que constituye el enriquecimiento injustificado, otra fuente de las obligaciones, además de los contratos y de los delitos. Por enriquecimiento se entiende, "todo incremento patrimonial; es por consiguiente –observa von Tuhr- el concepto inverso al de daño."[260]

Pero, del mismo modo que no todo daño engendra un derecho de indemnización, sino que tienen que concurrir circunstancias especiales que lo abonen, por ejemplo, el daño supone la existencia de culpa o por lo menos, tener su causa en el responsable, así también, manifiesta Goldstein, que: "para que el enriquecimiento origine un derecho de restitución es menester que ocurra a costa del patrimonio de otra persona, y que, además, no haya razón que lo justifique."[261]

Por su parte, Alessandri, Somarriva y Vodanovic manifiestan que:

> El enriquecimiento sin causa consiste en el desplazamiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo, sin que ello esté justificado por una operación jurídica (como la donación) o por la ley.[262]

Es por eso que, al empobrecido sin causa legítima se le reconoce una acción para remover el perjuicio sufrido, llamada acción de enriquecimiento, o para otros llamada también acción de *in rem verso*. Esta acción del empobrecido procede, generalmente, cuando no hay otra acción que pueda restablecer el equilibrio patrimonial roto sin una justificación legítima.

---

[260] Mateo Goldstein, *"Enriquecimiento sin causa"*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskil Editores, Tomo X, Buenos Aires Argentina, 1996, p. 362.

[261] Ibid.

[262] Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Op. Cit*., p. 61.

Antes de continuar, debemos aclarar que cuando se habla de la *causa* del enriquecimiento, la referencia no se hace a la causa como uno de los elementos del acto o contrato, es decir, no la causa como un significado dentro de la teoría del negocio jurídico, sino a la causa eficiente, o sea, la fuente (o acto jurídico o ley) que origina y justifica la prestación; si esa fuente no existe jurídicamente, el beneficiado se ha enriquecido sin causa[263].

Las legislaciones no pueden aceptar que se obtenga un enriquecimiento sin causa jurídica, esto permite que el uso de la teoría del enriquecimiento sin causa o injustificado, sea necesario parea evitar que una persona se enriquezca a costa de otra si no puede justificar jurídicamente ese enriquecimiento.

Es por eso que la falta de una definición legal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano dificulta en algún modo la concreción del alcance del enriquecimiento injustificado o sin causa. Pero, no es sencillo tampoco para autores como Colin y Capitant, Freitas, Jorge Americano, Torino, etc., quienes no establecen categóricamente un concepto de lo que es esta institución.

Por otro lado, Georgi ha tratado de establecer una definición del enriquecimiento injustificado así: "es el enriquecimiento conseguido sin tener derecho" y añade después "sin derecho debe llamarse a un enriquecimiento cuando falta voluntad o culpa de aquel a cuya costa se efectúa y cuando no hay obligación preexistente o texto de ley en qué fundarlo."[264]

De este concepto podemos decir que, si ha existido expresión de voluntad, es decir, libre albedrío de parte de quien sufre el empobrecimiento o daño, no se podría reclamar ninguna restitución. Según el aforismo romano existiría aquí *volente non fit injuria*, es decir, no se reputa haber daño para quien consintió en ello; no puede, por lo tanto, concederse ningún derecho de reclamación a quien, con plena conciencia, voluntad y capacidad hubiese renunciado, ya sea tácitamente o expresamente, a su derecho en favor de otro.

---

[263] Sobre la casusa, trataremos en el capítulo VII, y realizaremos el análisis respectivo.

[264] Georgi citado por: Julio Bastidas Aguirre, *Op. Cit.*, p.40.

Además, muchos son los casos en los que una persona con su simple liberalidad entrega, aparentemente sin contraprestación equivalente alguna, algo a otra persona; voluntariamente se ha empobrecido patrimonialmente, con la simple voluntad de hacerlo sin coerción o vicio alguno. Como son las donaciones entre vivos, la donación por causa de matrimonio, aunque en este último caso se lo hace con un la condición del cumplimiento de la obligación de contraer matrimonio, siendo una obligación no del tipo pecuniario.

El otro elemento que vemos en este concepto, es el de culpa, es decir, cualquier falta, voluntaria o no, de una persona que produce un mal o daño; si se encuentra que un daño podría imputarse al mismo que lo ha sufrido, mal podría pretender éste, ninguna reclamación o compensación.

Así, en nuestra legislación se ha adoptado el conocido aforismo romano, como pauta para varias circunstancias, que dice: *qui culpa sua damnum sentint, non inteligitur damnum sentire*, es decir, aquel que por su culpa ha experimentado un daño no se reputa que lo siente. Es decir, si por culpa o negligencia atribuible a mi propia persona, no cumplo con ciertas condiciones de un contrato y eso genera una pérdida patrimonial a favor de otro, no puedo reclamar falta de causa o justificación en el enriquecimiento del otro y en mi empobrecimiento.

Finalmente, otro aspecto a tomarse en consideración es la falta de obligación preexistente o texto de ley en que se funde el enriquecimiento; es decir, no puede aceptarse que el mismo derecho contemple la posibilidad de la falta de justicia o equidad en las relaciones jurídicas.

Como ya se manifestó *supra*, según Andreas Von Tuhr, quien sostiene que otra fuente de las obligaciones, además de los contratos, delitos y de los cuasidelitos, es el enriquecimiento injusto o *sine causa*; y que para el efecto debemos entender que: "por *enriquecimiento* se entiende todo incremento patrimonial; es por consiguiente, el concepto inverso al daño."[265] Es decir, en términos cuantitativos y de tasación monetaria del patrimonio, en el que el primero se obtiene un resultado favorable o de suma y en el

[265] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 239.

segundo uno desfavorable o de sustracción o resta del *quantum*[266] del acervo. Sin embargo, la forma de entender al enriquecimiento como algo inverso al daño tal vez no sea la más adecuada, la lógica nos dice que el enriquecimiento es inverso al empobrecimiento, y nada más simple que eso.

No obstante, como podemos observar, este autor alemán, no confunde al enriquecimiento con el daño, él realiza una distinción, pero a su vez indica que de la misma manera en que no todo daño genera un derecho de indemnización, sino sólo cuando concurren ciertas circunstancias especiales que lo abonen, como manifestamos *supra*, como son: que el daño ha de suponer culpa, o por lo menos, la existencia de un nexo de causalidad con el responsable; además que el enriquecimiento sea a costa del patrimonio de otra persona y que, de igual forma no haya razón e eximente legal o jurídico que justifique ese enriquecimiento.[267]

De esto surgen algunas consideraciones, por ejemplo, si tomamos en cuenta que el enriquecimiento debe ser "a costa del patrimonio de otra persona", entonces ¿qué sucede cuando el enriquecimiento no se genera directamente del patrimonio, sino de una prestación derivada de servicios? Pues, el Código Civil alemán en su artículo 812 se manifiesta en términos más generales diciendo "a costa de otro" y no necesariamente diciendo "a costa del patrimonio de otro", lo que permite por ejemplo, que siempre y cuando una persona deje de obtener el ingreso que le supondría dar a sus servicios otro destino, es decir, el costo de oportunidad generado, puede considerarse a esa falta de entrega de la asignación debida por prestación de servicios como un enriquecimiento a costa del patrimonio de otro y por lo tanto generar una obligación de restitución.

Von Tuhr, en este sentido, manifiesta: "que no haya razón que lo justifique", en el mismo sentido que Enneccerus, significaría que la pérdida de uno debe guardar una relación causal

---

[266] El término *quantum*, desde el punto de vista legal, lo entendemos como un valor monetario determinado, "cuantía" , monto o cantidad específica sobre un acervo patrimonial. Dentro del derecho civil de las obligaciones se usa para referirse a la "cuantía" o "*quantum"* indemnizatorio o resarcitorio, que se pide y que es otorgado en sentencia.

[267] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 239.

con el enriquecimiento de otro. En este sentido el derecho de restitución o repetición tiene su fundamento, como la indemnización, en una pérdida sufrida por el demandante y no puede exceder de ella.

No obstante, para Von Tuhr, la cuantía del enriquecimiento "no se mide precisamente por esta pérdida (refiriéndose al empobrecimiento), sino por el incremento patrimonial que experimenta la otra parte; a diferencia de la indemnización, que no se calcula por los beneficios que suponga el hecho para el responsable."[268] Visión ésta, interesante, inclusive cercana a lo que se conoce en el derecho anglosajón como indemnizaciones por daños punitivos[269], en las que se calcula un valor más allá del daño causado, sino del posible beneficio que ha obtenido el causante del daño, a causa directa del mismo. Sin embargo, otros autores no consideran esta posición, sino una contraria, como, por ejemplo, Tamayo Lombana.[270] Es decir, el monto reclamado válidamente por el perjudicado o empobrecido sería igual al *quantum* de su empobrecimiento, no al *quantum* del enriquecimiento del enriquecido injustificadamente.

Como podemos ver, Von Tuhr, toma en cuenta al derecho de repetición por enriquecimiento injusto que conceden las leyes modernas, como muy semejante a la *condictio sine causa* del Derecho común, o como se la conoce en la doctrina moderna como *condición*. Recordemos (como vimos más detenidamente en el capítulo uno, cuando se vieron todos los casos de enriquecimiento injustificado) que "la *condictio sine causa* procedía en los casos de prestaciones cumplidas sin causa o por una causa errónea, y en aquellos otros en que la causa que justificaba la existencia de la obligación había dejado de existir."[271]

---

[268] A. Von Tuhr, *Op. Cit.,* p. 239.

[269] Sobre los daños punitivos y su relación con el enriquecimiento injustificado trataremos en el capítulo VIII.

[270] Sobre la distinción entre el derecho de daños y derechos de enriquecimiento trataremos en el capítulo VIII sobre derecho de enriquecimiento y derecho de daños.

[271] José M. Carames Ferro, *Op. Cit.,* p. 400.

Por otro lado, para algunos autores, la figura del enriquecimiento injustificado o sin causa es análoga a la del pago de lo no debido[272], sin embargo su campo de aplicación es más amplio. "Además hay diferencias en cuanto a los efectos, pues el enriquecimiento debe subsistir al momento de la demanda y la acción se limita al empobrecimiento sufrido por el interesado."[273] Su objeto, dice Antonio de la Vega, "es restituir, mas no indemnizar"[274]. Por otro lado, en el pago de lo no debido el *accipiens* de mala fe puede quedar obligado a restituir aun por encima de su enriquecimiento.[275]

Jesús Vallejo, Tamayo Lombana, Ospina Fernández, Valencia Zea, manifiestan al contrario que Von Tuhr, que la acción del enriquecimiento injustificado se limita al empobrecimiento, es decir, no al *quantum* del enriquecimiento. Esto lo veremos más detalladamente cuando tratemos sobre los elementos de esta institución, en el capítulo siguiente.

Por otro lado, y en el mismo sentido que los chilenos Alessandri, Somarriva y Vodanovic, Ospina Fernández indica que el enriquecimiento sin causa "se presenta en todas aquellas hipótesis de acrecentamiento del patrimonio de una persona a expensas del patrimonio de otra, sin que este desplazamiento de valores obedezca a un causa jurídica justificativa."[276]

Añade, el prominente jurisconsulto colombiano, que tal situación está condenada por el derecho y la equidad (*nemo cum alterio detrimento locupletiorem fieri potest*); pero, además indica que esta circunstancia no autoriza, en manera alguna, la confusión del enriquecimiento sin causa con el delito o el cuasidelito, en el mismo sentido que hemos manifestado anteriormente.

---

[272] Sobre la relación entre el enriquecimiento injustificado y la figura del pago de lo no debido ampliaremos en el capítulo final.

[273] Jesús Vallejo Mejía, *Op. Cit.,* p.242.

[274] Antonio de la Vega, *"Bases del derecho de obligaciones",* Universidad de Cartagena, Cartagena, Colombia, 1966, p. 135.

[275] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p. 284.

[276] Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit*., p.42

En consecuencia, las definiciones que presentan los diversos autores consultados coinciden y son casi similares, por ejemplo, Alejandro Álvarez Faggioni define a esta institución como: "todo incremento que experimenta el patrimonio de una persona en detrimento del de otra, sin que haya una causa legítima."[277]

Emilio Velazco Célleri, por su parte indica, que el enriquecimiento injusto como una situación de enriquecimiento "esto es que una persona recibe a costa del patrimonio de otra, un beneficio pecuniariamente apreciable sin causa jurídica, que lo motive."[278]

Dice Tamayo Lombana que: "hay enriquecimiento sin causa cuando una persona –disminuyendo su propio patrimonio- incrementa el de otra y la enriquece, por lo tanto, sin que ese movimiento de valores que se presenta en los dos patrimonios encuentre justificación ni en una convención ni en una disposición legal."[279]

Sostiene el mexicano Miguel Ángel Pérez Bautista, sobre el enriquecimiento ilegítimo, como lo conocen más en su país, que tal como lo concibe el artículo 1882 del Código Civil del Distrito Federal mexicano, "es el acrecentamiento que registra un individuo en su patrimonio, sin que medie alguna causa justificada, en detrimento económico de otra persona."[280]

Luego de todos los conceptos presentados, intentaremos dar un concepto que surja de nuestro intelecto, el que se establece de la siguiente manera: El enriquecimiento injustificado o sin causa es una fuente autónoma de obligaciones que surge por el incremento injustificado de un patrimonio frente al empobrecimiento correlativo de otro, sin que medie causa eficiente reconocida por el Derecho que lo justifique. Asimismo, no deberá existir liberalidad o la voluntad del empobrecido de enriquecer a otra persona, como

---

[277] Alejandro Álvarez Faggioni, *"Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano"*, tomo I, Imprenta de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador, 1982, p.13.

[278] Emilio Velasco Célleri, *"Sistema de Práctica Procesal Civil"*, tomo 7, PUDELECO editores, Quito, Ecuador, 2005, p. 132.

[279] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p. 289.

[280] Miguel Ángel Pérez Bautista, *Op. Cit*., p. 76.

en la donación, etc., tampoco supone que haya existido culpa del empobrecido, ni dolo del enriquecido. Por lo que no se trata de un delito ni de un cuasidelito, sino de una situación de hecho en donde lo importante es la transferencia patrimonial injustificada de un patrimonio hacia otro. Esa transferencia patrimonial genera un vínculo obligacional entre el que la recibe y el que la pierde, es decir, entre el enriquecido, que se convierte en deudor, y por lo tanto debe devolver el *quantum* del empobrecimiento, y el acreedor, es decir, el empobrecido, ya que no existe causa jurídica eficiente que justifique tal incremento patrimonial a costa del empobrecimiento correlativo. Finalmente, añadimos que no deberá existir una mejor vía o acción judicial que permita al empobrecido recobrar o pedir el resarcimiento patrimonial que ha sufrido.

En contraposición a todas las definiciones que se dan sobre esta el enriquecimiento injustificado o sin causa como fuente de las obligaciones, otros autores prefieren no dar un concepto de esta figura jurídica, es decir, a pesar que describen y analizan sus elementos y tipos no generan un significado o definición específico, por ejemplo, el colombiano Valencia Zea y en el mismo sentido Horacio Pedro Guillén, éste último cuando da su concepto sobre el enriquecimiento sin causa dice lo siguiente:

> Concepto.- El enriquecimiento sin causa es una fuente autónoma de obligaciones. El Código (argentino) no ha realizado una sistematización de sus principios, pero en el articulado se pueden encontrar normas aisladas que implican aplicaciones de la figura, por lo que no cabe duda alguna de su vigencia en nuestro derecho.[281]

Como vemos no lo define, no da un concepto, sino que se refiere a que de su análisis y de los principios que presente el ordenamiento jurídico se puede determinarlo y así lo hace también cuando se refiere a sus elementos. Es por eso que en el siguiente capítulo analizaremos los elementos del enriquecimiento sin causa o injustificado y de esa manera entenderemos mejor el concepto brindado por nosotros en este trabajo; pero antes anotaremos algunas definiciones legales de distintos ordenamientos jurídicos de diversos países sobre el enriquecimiento injustificado o sin causa.

---

[281] Horacio Pedro Guillén, *Op. Cit.*, p. 251.

VI.4.- Concepto del enriquecimiento injustificado o sin causa en diversos ordenamientos jurídicos

Este acápite tiene como objetivo el de ejemplificar las definiciones que en los códigos modernos del siglo XX se establecen, estos, en general indican formalmente que el sujeto que sin causa legítima se ha enriquecido a expensas de otro, está obligado a la restitución. Este principio aparece en dichos códigos en los mismos términos señalados o en otros semejantes, tal como veremos a continuación:

El artículo 1882 del Código Civil Del Distrito Federal Mexicano señala que: "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida en que él se ha enriquecido."

El Código Suizo de las Obligaciones, artículo 62 manifiesta que:

> 1.- Quien sin causa legítima, se enriqueció a costa de otros, se atiene a la restitución.
>
> 2. - Se debe la restitución, en particular, de lo que se ha recibido sin causa válida, en virtud de una causa que no se realizó, o de una causa que dejó de existir[282].

El Código Civil italiano de 1942, artículo 2041 dice:

> Acción General de enriquecimiento.- Quien, sin justa causa, se ha enriquecido en desmedro de otra persona, debe indemnizarla, en los límites del enriquecimiento, a ésta última en su respectiva disminución patrimonial.
>
> En caso de que el enriquecimiento haya tenido por objeto una cosa determinada, quien la ha recibido está obligado a restituirá en especie si subsiste la cosa al momento de la demanda.[283]

---

[282] *Art. 62 A. Conditions I. En general 1.- Celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution. 2.- La restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister.*

El Código Civil alemán, artículo 812 manifiesta que:

> Quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro o de cualquier forma a costa del mismo, está obligado para con él a la restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desparece después o si no se produce el resultado perseguido con una prestación según el contenido del negocio jurídico. [284]

Por su parte el Código Civil boliviano de 1975, Título IV Del enriquecimiento ilegítimo**,** artículo 961, manifiesta que: "Quien, sin justo motivo, se enriquece en detrimento de otro está obligado, en proporción a su enriquecimiento, a indemnizar a éste por la correspondiente disminución patrimonial."

Asimismo, el Código Civil peruano, artículo 1954 en la Sección Cuarta dice: "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo."

El Código Civil brasileño en el artículo 884 expresa que:

> Quien, sin justa causa, se enriquece a costa de otro, será obligado a restituir lo indebidamente obtenido, la restitución será actualizada a los valores monetarios. Si el enriquecimiento tiene por objeto una cosa determinada, quien ha recibido está obligado a restituir la cosa, y si la cosa no subsiste al momento de la demanda, la restitución se hará de acuerdo al valor de la cosa al momento de la demanda. [285]

---

[283] *TITOLO VIII.- DELL'ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA Art. 2041 Azione generale di arricchimento Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale.*
Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda.

[284] *§ 812 Herausgabeanspruch (1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. (2) Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.*

[285] *Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.*

Además, El artículo 886 del mismo Código Civil brasileño manifiesta que "La restitución debe hacerse no sólo cuando no ha existido causa que justifique el enriquecimiento, sino también cuando esta causa ha dejado de existir.

Como se ha podido observar en esta recopilación de disposiciones legales sobre el enriquecimiento sin causa, injustificado o ilegítimo, según cada denominación nacional, nos demuestra que se trata de una institución jurídica basada en un principio universal y por lo tanto no existen variaciones fundamentales, sino diferencias formales mínimas, en el planteamiento de esta teoría jurídica del enriquecimiento sin causa o injustificado. Inclusive algunas definiciones legales de los distintos códigos son prácticamente las mismas y coinciden con los conceptos doctrinarios tratados anteriormente.

Además, la salvedad, por ejemplo la clasificación del derecho alemán, que indica que la causa puede faltar al comienzo o ésta puede ser posterior, se hace en el mismo sentido que la concepción suiza y brasileña; y por su lado, el derecho brasileño, añade otros elementos, como la forma de la restitución, cuando se debe hacer en cuerpo cierto, en género o en dinero, y la forma en la que se hace; algo parecido hace la ley italiana.

Concluimos que, las legislaciones más modernas han acuñado una concepción más completa de esta institución jurídica del enriquecimiento injustificado, mientras que otras legislaciones intermedias, como la peruana, boliviana y mexicana, solamente han proclamado un principio general de enriquecimiento como fuente de obligaciones.

Para finalizar, añadimos que no es necesario y no es nuestro interés desmenuzar una por una cada disposición, más bien, más adelante, en otro capítulo, se realizará un análisis de derecho comparado entre legislaciones escogidas, ya que de esta manera podemos tener una visualización más amplia de las diversas perspectivas sobre el enriquecimiento injustificado o sin causa. Ese análisis comparativo enfatizará, sobre todo, esta institución en el derecho de las obligaciones anglosajón o del *common law*, en comparación con la consideración que tiene de la misma figura el derecho civil continental de origen y tradición romanista.

VI.5.- Precisiones sobre la denominación de enriquecimiento sin causa, injusto, ilegítimo o injustificado

Antes de terminar este capítulo y proseguir al capítulo sobre los elementos del enriquecimiento sin causa o injustificado, tal como nos propusimos anteriormente, nos ha parecido importante dejar sentadas ciertas precisiones sobre cuáles son los adjetivos, calificativos o apelativos que mejor se adapten a la precisión conceptual de la institución que ocupa nuestro estudio, y que no generen una confusión en su naturaleza.

Alfonso Oramas Gross, sobre el calificativo que se le da a esta teoría jurídica, sostiene que: "lo que inicialmente podría parecer como una preocupación académica superficial, es realmente motivo de serias discrepancias doctrinarias…"[286] Pero, sobre todo es que el calificativo de "sin causa" o "injustificado" unido al enriquecimiento es de tal importancia para ciertos tratadistas, quienes sostienen que el cambio de calificativo podría conllevar esenciales reformas en los aspectos jurídicos de la institución.

Como habíamos manifestado, el principio jurídico que nos ocupa en este trabajo investigativo, ha merecido diversos calificativos; así se habla de enriquecimiento sin causa, injustificado, torticero, ilegítimo, ilícito, etc. De esos adjetivos se utilizan algunos en la actualidad aún para señalar conocidos delitos e infracciones penales, como el de enriquecimiento ilícito; sin embargo, cabe considerar aquí que todo delito contra el patrimonio supone de alguna manera un enriquecimiento injustificado y contra la ley, ya sea el robo, el hurto, la estafa, tal como manifiesta el profesor Arturo Donoso.[287]

El delito de enriquecimiento ilícito según los artículos innumerados después del 296 del Código Penal ecuatoriano[288], se produce cuando un funcionario público obtiene para sí o

---

[286] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.,* p. 62.

[287] *Cfr*. Arturo Donoso, *"Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública"*, Editora Jurídica Cevallos, Quito, Ecuador, 2008, pp. 158-163.

[288] Código Penal ecuatoriano.- Art. (296.1).- Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes, y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos.

para un tercero un incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio de su cargo; es decir, que la actuación ilícita de una persona, en este caso un empleado público, quebranta una norma jurídica haciéndose acreedor de una sanción de carácter eventualmente punitiva.

Según Arturo Donoso, en este delito: "El verbo rector es enriquecerse y el elemento objetivo se constituye por la acción ilícita, esto es obtener ganancias injustificadas y contrarias a derecho valiéndose del desempeño de una función pública."[289] Hay que resaltar aquí que en la sanción para estos delitos supone la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, además de una pena de privación de la libertad. Por lo que la diferencia con la figura civil, radica en que el delito penal supone un agravio al Estado a través de medios fraudulentos a que producen un desmedro de los recursos del Estado frente a un enriquecimiento sin causa lícita del funcionario.

Es así que, la ley penal ecuatoriana expresa que constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes y que en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos.

Como es lógico, en este delito, las referencias de antijuridicidad están dadas por la no justificación del enriquecimiento. Por otro lado, es importante señalar que en el delito del enriquecimiento ilícito el sujeto activo debe tener la calidad de funcionario público, debiendo la conducta de tal sujeto quebrantar o poner en peligro el bien jurídico de la administración pública.

Entonces, debemos entender que esta calificación de delito viene dada por la necesidad de regular y sancionar de una manera más fuerte la posibilidad de que un funcionario público se enriquezca ilegítimamente de los recursos estatales en desmedro del patrimonio del Estado. Por lo tanto, como método disuasivo y punitivo ha elevado esta figura inicialmente civil, a penal en los casos en que se cumplan las condiciones que determina la ley; y tanto

---

Art. (296.2).- El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de uno a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.

[289] Arturo Donoso, *Op. Cit.,* p. 159.

la calidad del sujeto activo de la infracción, como la calidad del sujeto pasivo, es decir, funcionario público, contra patrimonio del Estado, se enmarque dentro de la hipótesis de no poder justificar ingresos o enriquecimiento por otros medios que no sean los legalmente establecidos.

Valía hacerse esta aclaración ya que inclusive en este delito penal, la sanción contempla la restitución de lo ilícitamente obtenido más el doble y una pena privativa de libertad y no solamente cubre la cantidad del empobrecimiento del Estado o del enriquecimiento del servidor público.

Continuando con nuestra exposición de ideas, Oramas Gross sostiene que: "de todos los calificativos empleados, son dos los usados con más frecuencia para identificar a la institución; la gran mayoría de la doctrina la llama como "enriquecimiento sin causa", mientras que otros prefieren llamarla como enriquecimiento injusto"[290]. Así mismo, según las investigaciones realizadas para este trabajo, hemos encontrado que comúnmente los autores usan la denominación de enriquecimiento injustificado, que para nosotros es la más adecuada, según explicaremos enseguida.

Por su parte, René Abeliuk expresa que la denominación de "enriquecimiento sin causa" es la correcta, ya que la expresión enriquecimiento injusto no es recomendable, pues es un "concepto moral de difícil precisión, y así el que obtiene una persona que vende muy caro un artículo de escaso valor, no carece de causa; lo justifica la compraventa, pero puede considerarse injusta, no obstante lo cual el legislador sólo interviene en caso de lesión o estafa."[291]

Debemos manifestar que estamos de acuerdo con la proposición que hace Abeliuk, sobre todo desde el punto de vista de la técnica jurídica. No obstante, en términos más amplios y abstractos el calificativo de injusto tiene su razón de ser, ya que sin lugar a dudas, esta institución se basa en principios de equidad y justicia y por lo tanto, aunque no equivocado

---

[290] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*. p. 63.

[291] René Abeliuk Manosevich, *Op. Cit.*, p. 127.

su uso, no es preciso ni técnico, jurídicamente hablando es un calificativo que puede ser vago y muy extenso.

Sin embargo, los defensores del adjetivo "injusto" expresan que la eficacia jurídica del principio del enriquecimiento no está en la falta de causa, sino en la presencia de un perjuicio que está en contra de los parámetros de la justicia y de la moral y que lesiona además intereses patrimoniales. Por lo tanto, esta denominación abarcaría la totalidad de situaciones que suponen un enriquecimiento injustificado o sin causa, en todas las dimensiones que se presente.

En tanto que otros autores sustentan que es preferible utilizar el calificativo de "sin causa" para mantener una mayor fidelidad con la denominación prevaleciente en la doctrina francesa y que es el "*enrichissement sans cause*". Otra parte de la doctrina insinúa que la esencia de la institución radica en el tránsito de valor sin causa de un patrimonio a otro, resaltando en el aspecto de la falta de la causa o fundamento jurídico.

En este orden de ideas, según manifiesta Oramas Gross: "otros autores en cambio expresan que al aplicar el calificativo de "sin causa" lo que se hace es relacionar a la institución con la teoría de la causa, la cual es motivo de severas críticas en la actualidad"[292]. Por consiguiente, al expresar que el enriquecimiento es sin causa, lo que se estaría aseverando es que no existe razón de orden legal o jurídico para justificar el enriquecimiento; pero prosigue tal corriente doctrinaria expresando que el enriquecimiento que surge del quebranto de una disposición legal es fácil de equilibrar al amparo de la misma norma, la cual se encarga de establecer los mecanismos necesarios para remediar el desequilibrio surgido.

Con todo, desde nuestra perspectiva nos parece correcto el uso del calificativo de "sin causa", sin embargo, el adjetivo "injustificado" llena más el concepto de esta institución jurídica, e incluso supone un acierto en el uso del lenguaje castellano, ya que al ser una palabra compuesta del prefijo "in", que supone la ausencia o la falta de una calidad, sumado a ésta, la palabra "justificado", que significa la calidad de una cosa o acción

[292] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 63.

proveniente de un ejercicio de justificación, es decir, de la explicación de la causa o del motivo razonable de una cosa, logran un mejor objetivo conceptual en cuanto a la figura del "enriquecimiento injustificado".

Es por este motivo de adecuación lingüística que se prefiere usar una palabra compuesta para designar una cosa, aunque sea admisible también el uso de dos palabras separadas que indican lo mismo. La Real Academia de la Lengua Española prefiere el uso de lo que se denomina eficiencia comunicacional que supone precisión al momento de emitir un mensaje. Aunque las dos denominaciones en último término nos lleven al mismo significado, es preciso adecuarse a las normas establecidas para cada lengua.

Pero, como se manifestó, el uso del calificativo de "injustificado", logra brindar una mejor concepción de la naturaleza de la institución del enriquecimiento; es más, tiene la ventaja sobre el calificativo de "sin causa", ya que no es tan impreciso al poder ser confundido con la falta de causa del negocio jurídico, es decir, aparentemente habría una contradicción en términos de la doctrina del negocio jurídico y la teoría general de las obligaciones.

Por consiguiente, el calificativo de "injustificado" supone la falta de justificación jurídica en el enriquecimiento, esto es, la ausencia de una fuente, ya sea legal, contractual, delictual, cuasidelictual, es decir, que se genere del cumplimiento de la ley o del incumplimiento de la misma. Además, en cuanto tiene que ver con un principio general del derecho, supone también la falta de justificación en términos de justicia y equidad.

Sin embargo, si acudimos al concepto desde una perspectiva histórica, podemos determinar, como lo hicimos en el capítulo 1, que desde el origen de esta institución se ha preferido el uso del calificativo de "*sine causa*"; no obstante, muchos tratadistas modernos utilizan con cierta frecuencia el adjetivo de "injustificado" sin hacer ninguna distinción con el calificativo de "sin causa". Por otro lado, al momento de determinar los elementos de esta figura del enriquecimiento, proponen como uno de ellos, el de la falta de causa jurídica o causa eficiente que justifique el enriquecimiento de un patrimonio con respecto a otro, lo que, también, estaría explicando, de alguna manera, el uso de esta denominación sobre otros calificativos.

Finalmente, una vez que hemos analizado el uso de los calificativos: injusto, ilícito, sin causa e injustificado; debemos analizar, de manera sucinta y breve, el uso de los adjetivo "ilegítimo" y "torticero", para referirse a la institución que tratamos en esta obra.

La doctrina mexicana, así como la jurisprudencia de ese país utilizan la denominación de "ilegítimo" para referirse al enriquecimiento[293], pero éste término, ya sea desde el punto de vista de su concepto común o su término jurídico, dista de la naturaleza de la institución del enriquecimiento injustificado y puede generar confusión. Así, según el Diccionario de la Lengua Española, ilegítimo es sinónimo de "ilegal e ilícito". De la misma manera Cabanellas dice de ilegítimo que es: "Ilegal; contrario a lo dispuesto en la ley o no conforme con ella."[294]

Consecuentemente, la denominación de "ilegítimo", puede crear confusión en cuanto a la naturaleza de la figura del enriquecimiento injustificado o sin causa, ya que da la idea de que el enriquecimiento se produce por una violación de norma legal, tal como se general el delito o el cuasidelito. Cosa, que como vimos cuando definimos la institución del enriquecimiento sin causa, no es así.

Ahora, el término "torticero", que fue usado en la doctrina española por algunos años, sobre todo en el siglo XIII, pero que actualmente ha entrado en desuso en el campo jurídico, sin embargo, el uso común del adjetivo ha aumentado las últimas décadas, sobre todo el uso por periodistas o políticos quienes la utilizan con el significado de "torcido".

Este término, tiene sus fallas en cuanto al concepto y a la confusión que podría generar. Es más, esta palabra, según el Diccionario de la Lengua Española significa: "Injusto, o que no se arregla a las leyes o a la razón." Y proviene del latín *tortus*, que se traduce como torcido o tuerto. Por lo que cuando los autores se referían al "enriquecimiento torticero" lo hacían en relación con el que, obtenido con injusticia y en daño de otro, se considera ilícito e ineficaz en derecho.

---

[293] *Cfr*. Miguel Ángel Pérez Bautista, Op. Cit., pp. 76-82.

[294] Guillermo Cabanellas de Torres, Op. Cit., p. 194.

Pero, la palabra torticero, que en su acepción actual se refiere a algo tramposo, engañoso, o de mala fe, o proveniente de alguien que con intenciones sinuosas, deliberadamente retuerce los argumentos para crear confusión y aprovecharse de la misma, es más bien de uso despectivo; por lo que usarla para referirnos a la institución que tratamos en este trabajo investigativo puede ser un error.

Además, el vocablo latino *tortus*, ha evolucionado hacia la doctrina jurídica de los *torts*[295], que en el derecho del *common law*, se refiere a la responsabilidad civil derivada de daños extracontractuales. Por lo que al hablar de enriquecimiento torticero podríamos estar refiriéndonos al enriquecimiento que se ha producido por un daño que no sea contractual. Es más, en el *common law*, como veremos en los siguientes capítulos, tampoco confunden este término, ya que ellos se refieren al enriquecimiento injustificado como *"unjust, unjustifiable or unjustified enrichment".* Por lo que concluimos que el uso de este término "torticero", al referirse desde una perspectiva histórica tiene razón de ser, sin embargo, en la actualidad ha perdido su alcance y se ha convertido en un término ambiguo.

Para concluir, y en base a todas las consideraciones presentadas *supra*, en la redacción de este trabajo investigativo hemos preferido usar indistintamente los términos de "enriquecimiento injustificado o sin causa"; ya que como explicamos antes, los dos son admisibles desde todo punto de vista.

Además, muchos autores utilizan la denominación de "sin causa" y otros la de "injustificado" para referirse al enriquecimiento, por lo que para generar una mejor comprensión en el lector, se ha optado por el uso de los dos términos conjuntamente y también indistintamente. Es decir, generalmente nos referimos a la institución que nos

---

[295]Torts are civil wrongs recognized by law as grounds for a lawsuit. These wrongs result in an injury or harm constituting the basis for a claim by the injured party. While some torts are also crimes punishable with imprisonment, the primary aim of tort law is to provide relief for the damages incurred and deter others from committingthe same harms. The injured person may sue for an injunction to prevent the continuation of the tortious conduct or for monetary damages. (Legal Information Institute, Cornell University Law School, en: http://topics.law.cornell.edu/wex/tort. Revisado: (14-04.2009, 14h00)

"Tort" is the Norman word for a "wrong." As traditionally used, this kind of wrong is distinct from a contractual or criminal wrong. *Vid.* G. Edward White, "*Tort Law in America: An Intellectual History"*, Oxford University Press, New York, USA, 2003, p. xxiii.

ocupa como “enriquecimiento injustificado o sin causa”, y en otras ocasiones utilizamos solamente la una o la otra adjetivación. En consecuencia, al usar, los dos términos “injustificado” y “sin causa”, jurídicamente estamos siendo estrictos con la naturaleza de la institución del enriquecimiento y denotamos su dimensión jurídica concreta como fuente autónoma de obligaciones y no creamos confusión en cuanto a la naturaleza y alcance de la misma.

CAPÍTULO VII

ELEMENTOS, REQUISITOS O CONDICIONES DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO O SIN CAUSA

VII.1.- Cuestiones preliminares

A pesar de las precisiones establecidas en el capítulo anterior, el "enriquecimiento injustificado", para algunos la expresión todavía sigue siendo misteriosa, así como lo son las otras denominaciones usadas frecuentemente para el mismo tema, como son el "enriquecimiento injusto", "enriquecimiento sin causa", "ilegítimo", e inclusive, para algunas concepciones, "restitución".

La pregunta clave es entonces ¿Qué es un enriquecimiento y cuándo es injustificado? Afirmar que algo se asemeja a un enriquecimiento injustificado, es meramente una conclusión, eso porque el enriquecimiento es injustificado y debe ser devuelto, reparado y realizado sobre el patrimonio de la persona debida.

Esa conclusión necesita del apoyo de una discusión más profunda que tome en cuenta los elementos propios de la figura, ya que de esa manera se facilita el proceso mental de aquilatamiento de la misma; es más, al analizar los elementos básicos o requisitos objetivos y subjetivos del enriquecimiento injustificado podremos tener una visión clara antes de entrar a tratar temas como el de la relación entre el derecho de enriquecimiento y el derecho de daños.

Una vez establecidos los diversos conceptos doctrinarios y legales sobre la figura del enriquecimiento injustificado, es hora de determinar los requisitos o elementos objetivos y subjetivos principales del enriquecimiento injustificado como fuente de las obligaciones, según veremos a continuación:

Como vimos *supra*, ya hace varios siglos el jurista romano Pomponio escribió las hoy famosas palabras: "*nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem",* que significan: "por la ley de la naturaleza no es correcto que nadie

enriquezca injustamente a expensas de otro". La máxima de Pomponio encapsula los elementos claves de la responsabilidad que surge del enriquecimiento que son: 1) enriquecimiento; 2) que sea injustificado; y, 3) que se haya producido a expensas de otro.

Como veremos, estos tres requisitos han evolucionado y ahora se consideran otros, así, es básico que exista el enriquecimiento, pero también un empobrecimiento correlativo; por otro lado ese enriquecimiento debe ser injustificado o sin causa justa; y además un nexo de causalidad. Pero esta determinación de los elementos subjetivos significa un problema que también hace frente a ordenamientos jurídicos modernos: formular los principios de una ley sobre el enriquecimiento injustificado de una manera que sea clara pero no excesivamente amplia.

Entonces, no hay duda que la formulación de Pomponio es, como toda materia de derecho romano clásico, muy amplia y hasta cierto punto vasta e indeterminada. Por ejemplo, había muchos casos en los cuales el enriquecimiento injustificado fue simplemente permitido a permanecer donde se produjo. Un caso claro es la demanda de un poseedor de buena fe quién mejoró la tierra de la cual el dueño verdadero lo expulsó posteriormente.

El poseedor tenía una defensa (*exceptio doli*) contra la demanda del dueño verdadero, siempre y cuando el poseedor permanezca en la posesión, pero una vez fuera de la posesión, éste no tenía ningún derecho en absoluto.[296] Sin embargo, no se discute en derecho actual que la adquisición de la posesión de una cosa es enriquecimiento y puede dar base para una acción de reparación (*condictio possessionis*). Aunque parte de la doctrina considera a la posesión como un hecho que genera derechos; la doctrina moderna entiende a la posesión como un derecho real provisional y por ello representa un aumento del patrimonio; pero aún los que niegan que es un derecho, "tienen que admitir, sin embargo, la *condictio possessionis*, pues indudablemente el adquiriente de la posesión obtiene algo, mejora su posesión jurídica" [297].

---

[296] David Johnston (Editor), *"Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective."*, Cambridge University Press, West Nyack, NY, USA, 2002, p. 3. (traducción por el autor).

[297] Enneccerus-Lehman, citado por Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve. *Op. Cit.*, p. 310.

Pero más allá de esas discusiones, todavía la doctrina moderna no se pone de total acuerdo en cuanto a los elementos del enriquecimiento injustificado o sin causa, es por eso que hoy veremos las dos posiciones, la primera que supone la existencia solamente de 3 elementos, mientras que la otra le otorga 5 elementos al enriquecimiento injustificado o sin causa. Nosotros haremos una compilación de todos los elementos y los propondremos en su totalidad, es decir, sumados todos, debido a la importancia que suponen en la determinación de la figura del enriquecimiento injustificado o sin causa.

VII.2.- Elementos del enriquecimiento sin causa

Según Valencia Zea y Álvaro Ortiz, los elementos del enriquecimiento injustificado se reducen a tres: "a) un enriquecimiento o aumento en un patrimonio: b) un empobrecimiento correlativo; c) que el enriquecimiento se haya realizado ilegítimamente, es decir, sin fundamento jurídico."[298]

Y por otro lado, manifiestan estos autores, que la Corte Suprema Colombiana ha acogido la doctrina de Josserand,[299] este autor francés exige cinco elementos para configurar el principio de que se habla, agregando a los tres elementos enunciados, estos dos: "que el empobrecido carezca de otra acción para obtener el restablecimiento y que la *actio de in rem verso* no puede emplearse para violar disposiciones imperativas de la ley."[300]

Estos autores colombianos señalan, además, que el demandante debe carecer de cualquier otra acción y no pretender violar normas imperativas; pero anotan claramente que: "las dos últimas condiciones son requisitos para ejercer la acción ante la justicia y no elementos del principio."[301] Y es muy válida esta distinción que se hace, si bien es cierto que como tal, los

[298] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve. *Op. Cit.,* p. 309.

[299] *Vid*. Gaceta Judicial Colombia, tomo. XLIV, p. 474

[300] Josserand citado por: Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve. *Op. Cit.,* p. 309.

[301] Ibid.

primeros tres elementos son los elementos *sine qua non* de esta figura, pero nosotros opinamos que los otros dos, no solamente sirven para ejercer la acción ante la justicia sino que en sí también la configuran y la determinan, como veremos más adelante.

De la misma manera, los tribunales chilenos han reconocido en forma amplia la reparación del enriquecimiento sin causa. Así, una sentencia declara que "nadie puede beneficiarse injustamente a costa de otro[302]; En otra sentencia más explícita se dice:

> Los requisitos de esta acción (refiriéndose a la acción de enriquecimiento sin causa) son los siguientes:
>
> a) Que una persona experimente un enriquecimiento.
> b) Que la otra persona sufra un empobrecimiento.
> c) Que el enriquecimiento sea ilegítimo.[303]

Como podemos apreciar, la Corte de Apelaciones de Santiago reconoce tres elementos básicos, pero la doctrina chilena, en general agrega dos circunstancias. Así Alessandri, Somarriva y Vodanovic sostienen que: "a estos requisitos se agregan dos condiciones: que la persona que sufre el empobrecimiento no tenga otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio y que la acción no viole un texto legislativo expreso."[304] Como vemos, se manifiestan en el mismo sentido que Josserand, aunque en palabras no exactamente iguales.

En ese orden de ideas, añade la Corte de Apelaciones de Santiago que: "Si se declara legítimo el acto que ha sido la causa o motivo del pleito, no puede pretenderse que se habría producido un enriquecimiento injusto."[305]

---

[302] "En consecuencia, empleados en ciertas obras de desagües que estaban a cargo fiscal, usaron materiales suministrados por un tercero, el Fisco debe su valor" (Corte de Apelaciones de Santiago, 12 junio 1931, Revista de Derecho y Jurisprudencia 30, sec.1ª, p. 137.).

[303] Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de septiembre de 1983, *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* tomo 80, sec. 2ª, p.96.

[304] Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Op. Cit.* p. 63.

[305]Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de septiembre de 1983, *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* tomo 80, sec. 2ª, p.96.

Por su parte, Emilio Velasco Célleri indica que los requisitos necesarios para que se dé la situación de enriquecimiento injustificado son tres: 1) un enriquecimiento, 2) un empobrecimiento; y, 3) ausencia de causa.[306]

Tamayo Lombana es más claro en afirmar, sin discusión previa, que:

> Cinco son las condiciones que han exigido la jurisprudencia y la doctrina para la estructuración del enriquecimiento sin causa y para la procedencia de la acción de *in rem verso* 1°) un enriquecimiento; 2°) un empobrecimiento; 3°) una relación de causalidad entre los dos; 4°) la ausencia de causa; y 5°) la ausencia de cualquier otra acción.[307]

En el mismo sentido, según la construcción elaborada por la jurisprudencia francesa, cinco son los requisitos para que el enriquecimiento sin causa sea fuente de obligaciones: a) empobrecimiento y enriquecimiento correlativos; b) ausencia de culpa del empobrecido; c) ausencia de interés personal del empobrecido; d) falta de causa; y, e) ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley.[308]

Por otro lado, una posición interesante sobre los presupuestos para que se configure el enriquecimiento sin causa son los que plantea el autor argentino Horacio Pedro Guillén, él manifiesta además, que los elementos del mismo, en nada difieren de los que presuponen la responsabilidad civil, entonces se colige que:

a) La acción antijurídica consiste en el enriquecimiento de una parte, la que será el deudor de la obligación, y el correlativo empobrecimiento de la otra parte, que será luego el acreedor de la obligación. La carencia de justificación legítima en el enriquecimiento es lo que lo convierte en ilícito.

b) El daño, que reside en la magnitud del enriquecimiento, y del correlativo empobrecimiento, ya aludidos.

---

[306] Emilio Velasco Célleri, *Op. Cit.*, pp. 132-133.

[307] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p, 300.

[308] Gonzalo Figueroa Yáñez, *"El patrimonio",* segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1997, p. 344.

c) El nexo causal, que indica la vinculación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, que deben ser correlativos.

d) Cabe preguntarse entonces cuál es el factor de atribución: evidentemente se trata de un factor más, como los determinados por los arts. 907, 1071 y 2618, C. Civil (argentino).[309]

Cuando se refiere al factor de atribución, se refiere a los factores de la responsabilidad, es más a los factores subjetivos de la responsabilidad como son el dolo y la culpa. El factor de atribución es, como se sabe, el fundamento de la obligación de responder. En la doctrina se ha aceptado generalmente la existencia de factores de atribución subjetivos y objetivos.

Entre los primeros, el dolo y la culpa; y como formando parte del segundo grupo, el riesgo, la obligación de seguridad o garantía, la equidad y otros factores que se fueron sumando, como el abuso del derecho y la normal tolerancia entre vecinos, la solidaridad, la igualdad ante las cargas públicas, etc., que no hacen sino confirmar que se trata en este último caso, de un catálogo que permanece abierto y en expansión. Nos dice Alterini que "se ha evolucionado dese un sistema de responsabilidad estructurado sobre el deber de reparar asociado al reproche de conducta, propio de la legislación decimonónica, a un sistema donde se fueron incorporando gradualmente los factores de atribución."[310]

Ahora, también es importante señalar que en la legislación argentina cuando se trata de reparación por daños causados por hechos involuntarios tiene una visión distinta que la de los Códigos Civiles de países que contemplan la figura del enriquecimiento injustificado, así el artículo 907 del Código Civil Argentino manifiesta:

> Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido.

---

[309] Horacio Pedro Guillén, *Op. Cit.*, p. 252.

[310] Atilio Anibal Alterini, Roberto López Cabana, *"Temas de responsabilidad Civil"*, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 14.

> Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.

Estas consideraciones nos indican que el factor de atribución para ejercer la acción por enriquecimiento sin causa es la culpa y no el dolo, pero cuando el enriquecimiento se produce como resultado del daño provocado por un acto ilícito involuntario. Además, en este caso cuando el enriquecimiento se ha producido por culpa del enriquecido, existe la aplicación de la equidad, y es una acción directa y no subsidiaria. Cabe señalar que, esta figura es muy parecida a los daños punitivos, mas sin embargo, la obligación se produce por la responsabilidad provocada por el enriquecimiento injustificado y está limitada a ser indemnizada solamente en el *quantum* del enriquecimiento.

En consecuencia, de todas las posiciones presentadas, en cuanto a los elementos del enriquecimiento sin causa o injustificado, hemos de analizar los ocho elementos que, desde nuestra perspectiva, recogen la esencia de ésta figura y nos permitan su mejor comprensión.

Entonces, para efectos de este trabajo, los ocho requisitos son: 1) enriquecimiento, 2) empobrecimiento, 3) empobrecimiento y enriquecimiento correlativos, es decir, una relación de causalidad entre el empobrecimiento y enriquecimiento; 4) falta de causa o que el enriquecimiento sea injustificado, 5) ausencia de responsabilidad (culpabilidad) del empobrecido; 6) ausencia de interés personal del empobrecido; 7) ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley detenidamente para el efecto; y, 8) que no puede emplearse esta acción de enriquecimiento injusto para violar disposiciones imperativas de la ley.[311]

[311] Analizaremos de manera especial en este capítulo, la pertinencia de dos requisitos, es decir, el que supone que la acción de enriquecimiento sin causa es una acción subsidiaria, y el otro requisito sobre la ausencia de causa jurídica.

VII.2.1.- Primer elemento: Enriquecimiento

Von Tuhr señala que: "el enriquecimiento consiste, como el daño en la diferencia que existe entre el estado actual del patrimonio y el que se presentaría si no hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores."[312]

Está claro, entonces, que todo enriquecimiento implica que el enriquecido haya obtenido un provecho o ventaja que haya mejorado su patrimonio; pero "la ventaja puede ser positiva, si consiste en una adición patrimonial; o puede ser negativa, si evita el menoscabo de un patrimonio."[313]

Como dice Tamayo Lombana, en el sentido que el término enriquecimiento es muy comprensivo en este caso, pues es posible hablar de él no solo cuando se aumenta el activo del patrimonio en forma tangible por el hecho de que un nuevo bien entre en él o que los bienes existentes se valoricen; "también podrá calificarse como enriquecimiento todo gasto ahorrado, toda pérdida evitada, en virtud del sacrificio hecho por el empobrecido."[314]

Y así, como cuando se produce un daño, se distingue entre la reducción efectiva de un patrimonio (*damnum emergens*) y la frustración de un aumento (*lucrum cessans*), el enriquecimiento puede ocurrir de dos modos: experimentado el patrimonio un aumento (*lucrum emergens*); y por otro lado haciendo que el patrimonio no disminuya (*danumm cessans*).

Por lo tanto, el enriquecimiento se convierte además en uno de los requisitos indispensables para el ejercicio de la pretensión del enriquecimiento sin causa o injustificado, ya que si no hay enriquecimiento, "es obvio que no existe razón para la pretensión ya que falta la legitimación pasiva para la acción."[315]

---

[312] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 240.

[313] Antonio de la Vega, *Op. Cit.*, p. 96.

[314] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p. 301.

[315] Alfonso Oramas Gross, *Op Cit.*, p. 72.

1.- Enriquecimiento positivo.- Valencia Zea y Álvaro Ortiz manifiestan que cuando existe provecho o ventaja que puede representarse a través de un aumento del activo del patrimonio, como sucede cuando se adquiere un derecho cualquiera, como la propiedad, un crédito, un derecho inmaterial, etc.; también puede consistir el enriquecimiento, "en el incremento o mayor valor que adquiere un derecho, como cuando el propietario de la finca pasa a serlo de lo edificado o construido por otro en ella". [316]

Es decir, se puede producir un enriquecimiento en forma positiva de dos formas:

a) El enriquecimiento afecta al activo patrimonial, haciendo entrar en el patrimonio del enriquecido un derecho nuevo, o incrementando el valor de los derechos que ya lo integran.
b) El enriquecimiento puede afectar al pasivo patrimonial, cuando se cancela sin fundamento jurídico las deudas que gravan sobre el patrimonio del enriquecido, por parte del empobrecido[317]; o simplemente en evitar a otra persona un gasto que estaría obligada a hacer, como cuando por equivocación transporto de un sitio a otro un objeto ajeno que su dueño precisamente debía transportar a ese mismo sitio[318].

1.1.-Enriquecimiento no pecuniario.- Ahora, debemos añadir, que si bien es cierto en la mayoría de los casos, el enriquecimiento es de tipo patrimonial, pero no es menos cierto que también podría ser de orden intelectual o moral. "Así un institutor a quien los parientes del alumno no cancelan los valores de la educación, tiene acción de reparación contra el alumno por haberlo enriquecido intelectual y moralmente."[319]

---

[316] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve. *Op. Cit.*, p. 310.

[317] A. Von Tuhr, *Op. Cit*, p. 240.

[318] Al respecto ha dicho la Corte Suprema Colombiana: "quien ayuda a conservar un patrimonio lo enriquece directamente con el ahorro de pérdida", como cuando alguien trabaja durante muchos años al servicio de otros (Gaceta Judicial Colombia, t.XLI, p. 195 y t. XLIV, p. 474). Igualmente enriquece a otro quien evita un acontecimiento "por cuyo efecto se destruiría un elemento activo de su patrimonio" (Andreas Von Tuhr, *"Derecho civil"*, t. III-1, editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1946, No. 71).

[319] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.*, p. 310.

No cabe duda que el ámbito de las obligaciones y del patrimonio rebase la esfera de los derechos pecuniarios; pero por otra parte, como manifiesta Oramas Gross: "no sería oportuno el admitir que toda ventaja de orden moral signifique un enriquecimiento, ya que en muchos casos esa valoración no podrá ser dada en términos pecuniarios imposibilitando a su vez delinear la acción de restitución."[320]

No obstante, podemos concluir que es viable que el enriquecimiento puede referirse tanto a ventajas de orden económico y además de beneficios de tipo extrapatrimonial, pero siempre y cuando éstos últimos trasciendan al patrimonio del enriquecido y lo hagan de forma pecuniaria.

2.- Enriquecimiento negativo.- Es decir, haciendo que el patrimonio no disminuya (*damnum cessans*). Como ejemplos, A. Von Tuhr indica que cuando se le evita un desembolso a alguien, que en circunstancias normales hubiera tenido que hacer; o cuando se le libera de asumir una obligación o de sujetar a gravamen una cosa determinada a alguien, entre otros ejemplos se produce este caso de enriquecimiento.

Algunos autores señalan como un caso típico de enriquecimiento negativo, la *Lex Rhodian de jactu*, (más conocida actualmente como "echazón) la cual se recoge en el Código de Comercio del Ecuador en los artículos 843 al 846.[321] Señalaremos que la "echazón", palabra proveniente del derecho marítimo, significa aligerar un barco de su carga ya sea para que éste no se hunda o pueda escapar de una persecución, en este caso, si bien el capitán es responsable de las pérdidas si se ha procedido con dolo, ignorancia o descuido.

La echazón[322] debe contarse según lo que se haya arrojado y el dueño de la carga debe contribuir por la mitad, es decir, por la mitad de lo que valga la nave. Más aún, si el dueño

---

[320] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.,* p. 73.

[321] Ibid., p. 77.

[322] Esta figura es una de las más antiguas del Derecho Marítimo y constituye el ejemplo clásico y típico de las averías gruesas o comunes. Ya fue regulada en las Leyes Rhodias de la antigua Grecia, siendo recogidas sus normas más tarde por los romanos en la Lex Rhodia de iactu incorporada al Digesto (Título II, Libro XIV). Cierta doctrina francesa, en particular, sostuvo esta teoría señalando que los propietarios de los bienes salvados se favorecerían con un enriquecimiento sin causa en perjuicio del titular de los bienes sacrificados para la salvación de la comunidad navegante. Cfr. Mariana Soledad García Valiñas y Martín Germán Adler, *Derecho de la Navegación*, num3. Encontrado en: www.legislaw.com.ar. Accedido (25-04-2009 (10h30)).

de la carga reclama los fletes, tanto de las mercancías echadas como de las salvadas, deben pagársele como si todas las mercancías se hubieran salvado, precisamente por tratarse de un enriquecimiento negativo.

Como pudimos apreciar, existe una diferencia sutil entre el enriquecimiento positivo y negativo, pero que a nosotros nos ha parecido necesario anotarla. Además, como hemos visto, también se puede calificar como enriquecimiento todo gasto ahorrado, toda pérdida evitada, en virtud del sacrificio hecho por el empobrecido.

En conclusión, el enriquecimiento presupone una ventaja pecuniaria en el patrimonio del enriquecido. Pero, puede haber ocasiones, en efecto, en que el empobrecido evita que se afecte el activo patrimonial del enriquecido, haciendo un desembolso que en otras circunstancias hubiere tenido que hacer éste, por ejemplo: "Sería el hecho de educar o sostener a un menor (en ausencia de contrato), evitando tales gastos a los padres."[323]

VII.2.1.1.-Formas en las que puede producirse el enriquecimiento

Ya hemos visto cuáles son las calidades en la que presenta el enriquecimiento. Ahora bien, debemos manifestar también las formas que lo originan y que tienen a su vez relevancia jurídica, en este sentido Von Tuhr manifiesta de manera muy clara que:

> El desplazamiento de valores patrimoniales que determina el enriquecimiento injusto puede ocurrir de diversas maneras. Lo normal es que medie un *acto de disposición* directo o indirecto, a favor del Enriquecido. Mas puede realizarse también por medio de un acto de la persona favorecida o por virtud de sucesos que no provengan de ninguna de las dos partes.[324]

[323] Andreas Von Tuhr, *"Derecho civil"*, t. III-1, editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1946, p. 300.

[324] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 240.

Es decir, que el enriquecimiento puede realizarse de cuatro modos:

1.- En primer lugar, mediante el traspaso voluntario que una persona hace a otra de una ventaja o provecho, que sería la forma más evidente y corriente en que la acción de enriquecerse se lleva a cabo. Aquí se ponen en relación directa las dos masas patrimoniales, la del empobrecido y la del enriquecido, mediante sus propias declaraciones o manifestaciones de voluntad. Esta clase de enriquecimientos, que son conocidas como voluntarios directos o inmediatos[325], pueden comprender los siguientes casos; según Valencia Zea y Álvaro Ortiz son tres a saber:

a) Todos los que se realizan mediante negocio jurídico de disposición o negocios de enajenación, como son: la transmisión de la propiedad, de la posesión, o de créditos, etc.; así también los que implican constitución de derechos reales desmembrados de la propiedad, que son: usufructo, servidumbres, prenda e hipoteca;
b) Todos los casos que implican la renuncia de derechos o acciones que redundan en beneficio de la otra persona;
c) Finalmente, los beneficios que alguien proporciona a otro, ya sea por intermedio de sus cosas o derechos, o mediante sus propias fuerzas; *verbi gracia*, se permite a otro usar una cosa, se le entrega un crédito para que lo pueda dar en garantía; o mediante su trabajo le ahorra gastos o le mejora cosas de su patrimonio.[326]

Sin embargo, debemos indicar que: "como los actos de disposición se verifican, por regla general, en virtud de una causa jurídica convenida por ambas partes o escogida por el disponente, es muy raro que engendren enriquecimiento injusto."[327]

2.- En segundo lugar, el enriquecimiento puede producirse sin que exista ningún tipo de consentimiento, es decir, cuando se procura a otro un provecho sin que medien recíprocas

---

[325] Todos estos enriquecimientos que se realizan mediante negocio jurídico, o mejor, en forma voluntaria, y reciben una denominación precisa en derecho alemán: *zuwendungen*, expresión que carece de equivalente en castellano.

[326] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.*, pp. 310-311.

[327] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 241.

declaraciones de voluntad del empobrecido y del enriquecido, por ejemplo, cuando se paga una deuda sin autorización del deudor, o cuando se hacen mejoras en su finca, se gestionan sus negocios, etc. Estos son, según Valencia Zea, "enriquecimientos inmediatos involuntarios, pues en todo caso se relacionan en forma directa las masas patrimoniales del empobrecido y del enriquecido, pero sin que haya intervenido un acuerdo de voluntades sobre el particular."[328]

3.- También, se puede dar un enriquecimiento a través de una persona diferente al empobrecido y al enriquecido. Es decir, se realiza el enriquecimiento cuando se proporciona a otro una ventaja en forma mediata o indirecta a través del patrimonio o del trabajo de una persona diferente del empobrecido y del enriquecido. Estos son los enriquecimientos mediatos o indirectos[329], que se presentan, por ejemplo, cuando alguien encarga a otro que procure una ventaja o provecho a un tercero, "o le transfiere un derecho, ejecuta un trabajo para él, asume una deuda suya, etc."[330]

Estos enriquecimientos mediatos o indirectos también pueden ser involuntarios, como cuando el arrendatario ha hecho mejoras en la finca arrendada, pero no puede reclamarlas del arrendador por haberse resuelto su derecho de propiedad."[331]

Pero, es importante señalar, como dice Oramas Gross, "que según parte de la doctrina, este tercero ha de intervenir sólo como instrumento ocasional de la transferencia, sin poner a contribución su patrimonio."[332]

4.- Por último, el agente provocador de un desplazamiento patrimonial puede ser un hecho de la naturaleza, es decir, un hecho jurídico no un acto jurídico, en el que no interviene la

---

[328] El enriquecimiento puede realizarse mediante acto del enriquecido, pero sin que intervenga la voluntad del empobrecido, como cuando un comerciante acredita un negocio en determinado sitio de una ciudad, y el dueño de los locales una vez terminado el contrato de arrendamiento, establece el mismo negocio y se aprovecha de la clientela del primero.

[329] Andreas von Tuhr, "*Derecho civil", Op. Cit.,* No. 71.I.

[330] Ibid.

[331] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.,* p. 311.

[332] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.,* p. 77.

voluntad o acción humana, por lo tanto se da en aquellas situaciones soluciones legales, sobre todo en lo que se refiere a derechos reales, como son la accesión, el aluvión, la avulsión, etc.

VII.2.2.- Segundo elemento: El empobrecimiento

Ya hemos visto en qué consiste el enriquecimiento, y como es lógico, existe un empobrecimiento correlativo, es decir, para que se configure el enriquecimiento sin causa o injustificado es indispensable que exista un empobrecimiento, "es necesario por lo tanto que a un enriquecimiento le corresponda cualitativamente no cuantitativamente, un empobrecimiento de otro patrimonio."[333]

Esta distinción entre el *quantum* y la equivalencia entre el empobrecimiento y enriquecimiento es de vital importancia, ya que no necesariamente el enriquecimiento es equivalente cuantitativamente al empobrecimiento, puede ser más o puede ser menos, pero sí deben estar relacionados, lo que se verá en el siguiente requisito, que supone el nexo causal entre el enriquecimiento y empobrecimiento, por ahora veamos en qué consiste el empobrecimiento.

Nos dice Tamayo Lombana que el empobrecimiento es un término que ha de entenderse también en forma amplia. Añade, que se requiere evidentemente que el demandante (el empobrecido) haya sufrido una pérdida pecuniaria "o de un bien avaluable en dinero", citando a Stark. "Pero habrá que entender por pérdida, no solo la salida real de un elemento del activo patrimonial, sino también cualquier servicio prestado sin remuneración, cualquier "gasto de actividad o de tiempo"[334].

Debemos añadir, que la persona que no se ha empobrecido, como es lógico, no tiene ningún interés por el cual reclamar, porque nada ha perdido, ningún derecho se le ha

[333] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 78.

[334] Carbonnier, citado por: Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p. 301.

conculcado o afectado; es por eso que se dice que "el derecho no concede acción a los envidiosos de la riqueza ajena, por escandaloso que sea su origen."[335]

Es preciso señalar que, el empobrecido no necesariamente debe ser el agente provocador de la transmisión del valor del patrimonio, ya que en muchas ocasiones, esas cualidades pueden recaer en dos personas distintas. En este sentido, Demogué indica que: "la acción pertenece a aquel cuyo bien ha sido la causa material (mirando la materia que ha creado el enriquecimiento) y no al que ha sido la causa eficiente, esto es, la persona cuya actividad ha creado el enriquecimiento."[336] Esta distinción es necesaria, precisamente, para determinar la capacidad que inviste al empobrecido para reclamar el restablecimiento de su patrimonio, como vemos, no es tan sencillo, como aparenta, realizar esa distinción.

Valencia Zea, por su lado, sostiene que es necesario que el enriquecimiento haya costado una desventaja o sacrificio que experimenta el empobrecido. Y añade, en el mismo orden de ideas de lo que hemos manifestado *supra* sobre el *quantum* y la equivalencia, que: "Por tanto, la ventaja o provecho del enriquecido tiene que derivar de la desventaja o sacrificio del empobrecido, siendo indiferente si la desventaja es causa de la ventaja o esta de aquella."[337]

A la sazón, el empobrecimiento, entendido en estos términos, es un elemento necesario para que se configure el enriquecimiento sin causa y es el que legitima al actor para pedir que el enriquecido le restituya o le pague el provecho, esto hay que entenderlo desde el punto de vista que la acción de enriquecimiento sin causa tiene la finalidad de restablecer el equilibrio entre los dos patrimonios.[338]

---

[335] Carlos Mascareñas, Buenaventura Pellisé Prats, *et al.*, editores, *"Nueva Enciclopedia Jurídica*", tomo VIII, Editorial Seix, Barcelona, España, 1950, p. 576.

[336] Demogué, citado por: Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 78.

[337] Enneccerus-Lehman y Andreas Von Tuhr, citados por: Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.*, p. 311.

[338] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p. 301.

Hay que añadir que la doctrina, en general, coincide en señalar que el empobrecimiento "consiste no sólo en la pérdida efectiva de bienes y derechos, sino también en la prestación de servicios cuando no es reconocido; en ese caso se pone al servicio del otro, no un patrimonio, sino la capacidad de trabajo física o intelectual."[339]

VII.2.2.1.- Clases de empobrecimientos

De la misma manera que sucede con el enriquecimiento, en el que existen formas o clases en que éste se puede presentar, pasa lo mismo con el empobrecimiento. En general, la doctrina coincide en que son dos las maneras en el empobrecimiento puede producirse:

1. La primera forma, o empobrecimiento positivo, haciendo una analogía con el caso del enriquecimiento, supone la pérdida de un bien, un valor o un derecho, que se traduce en un menoscabo patrimonial. Esta pérdida puede producirse ya sea por un desplazamiento del objeto del patrimonio empobrecido al del enriquecido; como por ejemplo: cuando existe incorporación al patrimonio de un tercero en pago de una obligación del enriquecido para con el tercero y por la destrucción de un bien del empobrecido para la conservación de una cosa o el aumento del patrimonio del enriquecido. Es decir, en el primer caso existe una transferencia directa y simple que produce un enriquecimiento asimismo directo; y en el segundo caso, un desmedro en el patrimonio del empobrecido que produce a su vez el enriquecimiento indirecto de otro.
2. Como una segunda forma, existe lo que se puede manifestar como empobrecimiento negativo, es decir, un "no aumento" del patrimonio del empobrecido. Esto se produce cuando, jurídicamente, era procedente un ingreso o un incremento pecuniario patrimonial. Ejemplifiquemos: supongamos el caso cuando a una persona se le priva de una ganancia que pudo haber obtenido de manera lícita y no lo obtuvo, merced al enriquecimiento de otro patrimonio. Este ejemplo nos permite también identificar dos características del empobrecimiento. En este caso sería que

[339] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.* p. 78.

el enriquecimiento debe ser actual, mientras que el empobrecimiento puede no serlo, sino que se puede presentar bajo la forma de una expectativa segura.[340]

VII.2.2.2.-Formas resultantes del empobrecimiento

Siguiendo la misma metodología que utilizamos en el caso del enriquecimiento, aplicada ahora al caso del empobrecimiento, podemos manifestar que, según la doctrina dominante son dos las formas resultantes de la relación entre enriquecimiento y empobrecimiento, para este análisis hemos tomado la versión de Valencia Zea que es la que nos parece la más adecuada, y a estas formas añadimos, como tercer punto, una consideración, veamos:

1.- La primera forma es la más simple y se produce cuando la ventaja del enriquecido puede obtenerse con el patrimonio del empobrecido, caso en el cual tendrá que aparecer una disminución en el patrimonio de este; es decir, es una relación directa y simple y que aparentemente no genera más consideraciones.

Pero, manifiesta Valencia Zea, que es posible que la ventaja obtenida produzca, no actual sino posteriormente, una desventaja en el patrimonio del empobrecido; tal como se manifestó *supra*, el enriquecimiento debe ser actual, mas el empobrecimiento no necesariamente, aunque sí debe presentarse bajo la forma de una expectativa segura, "como cuando alguien "utiliza una obra ajena" y luego es demandado para que entregue la ganancia obtenida a título de enriquecimiento injustificado. "Pues ha limitado al titular la posibilidad de obtener el valor de su derecho"."[341]

Además, añade este autor colombiano que, es evidente que, quien permite a otro el uso y goce de las cosas que posee se empobrece, pues los elementos patrimoniales de una persona han de producir determinados provechos o rentas, al menos ese es el objetivo natural de las cosas que están destinadas a la producción de rentas civiles.

---

[340] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.,* p. 79.

[341] Enneccerus-Lehman, citado por: Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.,* p. 312

Inversamente, se manifiesta que, el uso de cosas que no están destinadas a la producción de rentas no engendraría empobrecimiento; aquí cabe el ejemplo de cuando por equivocación se utiliza para la lectura obras clásicas ajenas, en este caso, siendo un bien que no pierde valor, por lo menos esencial, al ser leído por otra persona, ya que la utilidad que brinda tanto a un lector como a otro no difiere, y por lo tanto no lo empobrece al dueño; un caso contrario sería la destrucción material del libro, en el que efectivamente se produce un empobrecimiento de su dueño.

2.- Una segunda forma de producción del empobrecimiento sería cuando la ventaja del enriquecimiento tiene como causa elementos no patrimoniales del empobrecimiento, en este caso Valencia Zea pone el ejemplo de las prestaciones de trabajo, de buenos servicios, etc., aquí se pone al servicio de otro, no el patrimonio sino la capacidad de trabajo, que puede ser física o intelectual.

3.- Finalmente, en cuanto se refiere a las relaciones entre la ventaja del enriquecido y la desventaja o sacrificio del empobrecido, Andreas von Tuhr expresa que conviene tener en cuenta dos casos:

a) La desventaja del empobrecido coincide exactamente con la ventaja obtenida por el enriquecido; en este caso, el derecho transmitido se encontrará sin modificaciones en el patrimonio del enriquecido, como cuando se paga una deuda ajena, se cede un crédito, se trasmite la posesión, se contrae una obligación.
b) La desventaja del empobrecido puede producir una ventaja de naturaleza totalmente distinta, como en los casos de accesión, en los cuales la nueva cosa formada es diferente de las cosas que sirvieron para hacerla o constituirla, y también en la prestación de servicios a otro, etc. Suele denominarse inversión este caso de enriquecimiento[342].

De lo visto, podemos manifestar que la solución para el caso de resarcimiento en el primer caso es simple, de esta menera, cuando existe equivalencia en el *quantum* del enriquecimiento y del empobrecimiento, existe la obligación de indemnizar al primero en la medida del segundo, sin más ni menos.

---

[342] Andreas von Tuhr, *"Derecho civil"*, *Op. Cit.*, No. 71.II.

Por otro lado en el segundo caso existen dos posibilidades:

1) La primera que implica que el enriquecimiento sea mayor que el empobrecimiento, en esta situación la medida de la indemnización está dada por el monto del empobrecimiento ya que de lo contrario "lo que se estaría permitiendo es un enriquecimiento sin causa a favor del empobrecido […] Por lo tanto, cuando el enriquecimiento es mayor que el empobrecimiento, el beneficio que exceda, siempre quedará a favor de aquel que lo ha recibido."[343]
2) El segundo caso, si el enriquecimiento es menor que el empobrecimiento, existen dos posiciones doctrinales:

2.1.- La primera posibilidad indica que:

> Aquí la medida de la indemnización está dada por el monto del enriquecimiento […] De tal manera que en este caso sólo se debe restituir hasta el monto del enriquecimiento, puesto que en realidad la reparación patrimonial no tiene un carácter sancionador como ocurre con la indemnización de perjuicios.[344]

Esta posición nos parece equivocada por varias razones, entre ellas, que este autor confunde el uso de la terminología "indemnización", que se refiere a dejar indemne al perjudicado, es decir, sin daño, o devolverle al estado anterior al del empobrecimiento. Por otro lado, consideramos que está equivocado Oramas Gross al manifestar que la reparación patrimonial tenga un carácter sancionador en la reparación de perjuicios, puesto que en nuestra legislación, la indemnización por daños solamente es indemnizatoria en el sentido que cubre el daño, no como en legislaciones anglosajonas en que existe el concepto de "daños punitivos", en los que sí existe un efecto sancionador. No representa sanción alguna reponer el patrimonio del empobrecido al estado anterior a que se produzca el empobrecimiento. Por lo tanto la segunda opción es la más recomendable, veamos:

---

[343] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.,* p. 80.

[344] Ibid., pp. 80-81.

2.2) La segunda posición contraria a la anterior, indica que la reparación siempre debe darse de acuerdo al empobrecimiento producido, pues si bien el enriquecimiento es menor que el empobrecimiento, no se puede dejar recaer las pérdidas a cargo del empobrecido, por una razón de justicia y equidad. Además la razón de restitución del empobrecimiento es compensar el perjuicio patrimonial causado y nada más.

VII.2.3.- Tercer elemento: Empobrecimiento y enriquecimiento correlativos

Siguiendo la doctrina francesa, la que manifiesta que es necesario que un patrimonio se haya empobrecido y que otro se haya enriquecido como resultado del mismo acontecimiento y que entre la ventaja y la desventaja debe existir un nexo causal, o relación de causalidad, y ésta debe ser de naturaleza semejante a la que debe existir entre el daño y su imputabilidad material o culpa. Proponemos ahora el análisis de este tercer elemento importantísimo, enmarcado dentro de la responsabilidad civil. "Por esta razón es necesario acreditar que el aumento que ha experimentado un patrimonio tiene como causa determinante la disminución de otro patrimonio o un sacrificio de su titular."[345]

Indica, el tratadista chileno Gonzalo Figueroa Yánez, que no interesa a este respecto la naturaleza del empobrecimiento, que puede ser material, intelectual o moral; y además opina, en este sentido, que "tampoco importa si el empobrecimiento y enriquecimiento correlativos tienen lugar directamente de un patrimonio al otro o por intermedio de un tercer patrimonio; pero sí es indispensable que el enriquecimiento de uno sea consecuencia del empobrecimiento del otro, esto es, que exista un nexo de causalidad entre ambos." [346]

De la misma manera, según Messineo, falta el nexo de causalidad si el demandante en el juicio no es el empobrecido, aunque el demandado sea el que se enriqueció, así como en el

[345] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.*, p. 312.

[346] Gonzalo Figueroa Yáñez, *Op. Cit.*, p. 345.

caso contrario, si el demandante se empobreció, pero la demanda se dirige contra quien no se haya enriquecido.[347]

Para aclarar más las cosas, este nexo causal entre el enriquecimiento y empobrecimiento, se dice, que es similar al que une la negligencia y el daño en los casos de la culpa aquiliana; por lo tanto este nexo causal es de sentido recíproco, es decir, "que cada uno de los elementos, el enriquecimiento y el empobrecimiento, son a su vez causa y efecto del otro."[348]

Si bien "la culpa es un elemento esencial en cualquiera de las especies de responsabilidad jurídica identificadas. Es así, como se requiere en la responsabilidad penal como en la civil, bien se trate de responsabilidad civil contractual o responsabilidad civil extracontractual."[349] Por otro lado, los exponentes de la teoría del riesgo niegan la culpa como elemento indispensable de responsabilidad, y por tanto, basta con acreditar el perjuicio y establecer una relación causal adecuada entre el hecho del demandado y el perjuicio de la víctima.

Recalcamos que en nuestro derecho, de manera general, no existe responsabilidad que no exija la presencia de una culpa real o presunta en el agente que ocasiona el perjuicio[350]. Pero bien cabe en otras legislaciones esta consideración objetiva para efectos de establecer responsabilidades derivadas del enriquecimiento injustificado. Es más, esta consideración facilitaría las cosas a los jueces al momento de establecer grados de responsabilidad, si se introduce una reforma en el Código Civil ecuatoriano, debería hacerse en este sentido, indudablemente, por lo menos en lo que respecta a la introducción de la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa como fuente de las obligaciones.

---

[347] Francesco Messineo, *"Manual de Derecho Civil y Comercial"*, tomo VI, traducción de Santiago Sentis Meleno, Buenos Aires, 1954, p.466.

[348] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 81.

[349] Sandra Ivette Calderón Ramos y Hermes Fernando Díaz Sánchez, *"El factor extraño en la responsabilidad civil"*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1988, p. 23.

[350] *Cfr*. José de Aguiar Días, *"Tratado de la responsabilidad* civil", Editorial J.M, Buenos Aires, Argentina 1989, p. 115. (Este autor dice encontrar en las presunciones de culpa las teorías de responsabilidad objetiva.)

Asimismo, debemos manifestar que la culpa, pese a haber perdido en parte su supremacía, continua siendo el principal fundamento de la obligación de reparar en un amplio sector de nuestro sistema de responsabilidad, ya que nuestro ordenamiento jurídico se enrola en un sistema subjetivo, es decir, de responsabilidad subjetiva, en el que resulta necesaria la culpa en sentido amplio. Esta culpa en sentido lato comprende el dolo y la culpa. El dolo implica la directa intención de producir el daño, mientras que la culpa se da cuando, sin intención de causar daño a otro, se omite el uso de la diligencia que habría consistido en calcular y evitar las consecuencias dañosas de una acción u omisión propias; tal como lo expresa nuestro Código Civil en su artículo 29.

En cuanto a la necesidad de que se dé un nexo causal entre la conducta del agente enriquecido y el empobrecimiento producido, en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño o perjuicio patrimonial, ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad, es más bien un problema de imputación; esto es que el empobrecimiento que se derive o fuere ocasionado por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tal empobrecimiento resulte consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hace dimanar.

Queda claro, entonces, que para fundamentar una acción de enriquecimiento sin causa, es lógico que exista una relación de causa a efecto entre el empobrecimiento y el enriquecimiento; es decir, que el enriquecimiento se presente como consecuencia del empobrecimiento del otro patrimonio.

Los tratadistas Enneccerus, Kipp y Wolff, precisan muy bien la necesidad de la correlación entre empobrecimiento de una parte y enriquecimiento de la otra, cuando expresan:

> Es menester que el enriquecimiento haya sido obtenido *a expensas* de otro; es menester que la obtención de la ventaja por parte de uno haya costado algo a otro, esto es, tiene que

causarle una desventaja o ser causada por tal desventaja. La ventaja del uno tiene que derivar de la desventaja del otro, o, a la inversa, esta de aquella.[351]

VII.2.3.1.- Formas de la relación de causalidad

Tamayo Lombana expresa que la doctrina ha propuesto una distinción, discutida por cierto, referida a la relación directa y la relación indirecta entre los dos fenómenos, el enriquecimiento y el empobrecimiento.

1.- La relación directa.- Parece que es una relación obvia; y se produce cuando el provecho recibido por el patrimonio del enriquecido se presenta como consecuencia del empobrecimiento de la otra persona. Tamayo Lombana propone el ejemplo de la accesión cuando se construye con materiales propios en suelo ajeno. En este caso "el vínculo de la causa a efecto es, entre los dos patrimonios, el del enriquecido y el del empobrecido." [352]

2.- La relación indirecta.- Ésta se da cuando en la producción del enriquecimiento interviene el patrimonio de una tercera persona. Muchos autores citan el caso clásico de Boudier, decidido por la jurisprudencia francesa el 15 de junio de 1892, en el que una comerciante había suministrado abonos a un agricultor, quien fue lanzado de la finca; el comerciante demandó al dueño del terreno alegando plusvalía que había recibido gracias a sus abonos. La jurisprudencia resolvió, deduciendo un enriquecimiento sin causa del dueño de la tierra, a pesar de haber entrado en juego el patrimonio de una tercera persona.[353]

Vistas estas dos formas de relación de causalidad, podemos manifestar que, es evidente que siempre que se reclame un enriquecimiento injustificado, el demandante debe probar el nexo causal entre el enriquecimiento del demandado y su empobrecimiento; la

[351] Ludwing Enneccerus, Theodore Kipp y Martin Wolff, *"Derecho de obligaciones"*, tomo II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1966, p. 955.

[352]Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.* p. 302.

[353] Ibid.

consideración de que el nexo causal es alterado por el desplazamiento patrimonial que no sea inmediato, es decir, que haya pasado por un tercero, deberá ser estudiado en cada caso práctico, en lógica coincidencia con los demás elementos de esta figura jurídica.

VII.2.3.2.-La causalidad

Como es evidente, el tema de la causalidad puede incluso a ser uno de carácter filosófico. En este sentido, los hechos de la naturaleza, así como los del mundo jurídico, se suceden encadenados unos a otros, de tal manera que un acontecer de la naturaleza o una acción humana producen resultados o cambios en uno u otro orden, los cuales a su vez se convierten en causa de otros efectos y así sucesivamente. "Un hecho (acto), produce determinados efectos considerados como consecuencia de aquel hecho o acto; el efecto está unido a la causa por un nexo, por una relación que determina que cierta causa produzca indefectiblemente cierto resultado."[354]

Es racional, entonces, que la responsabilidad civil suponga un nexo de causa a efecto entre el perjuicio y el hecho dañino, así como en este caso, entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; es decir, aquel debe haber sido la causa generadora del empobrecimiento, así como la cosa debe haber desempeñado un papel activo en la producción de ese empobrecimiento. Como expresa Philippe le Tourneau: "Solo el perjuicio directo podrá ser reparado, porque solo él está ligado por ese nexo de causa efecto al acto imputado al responsable, el hecho generador. Estas expresiones muestran al mismo tiempo que la causalidad es objetiva."[355]

En este mismo orden de ideas, manifiesta Oramas Gross que: "La relación del nexo causal es un elemento de sencilla apreciación; en realidad si es que el enriquecimiento no tienen relación alguna con el empobrecimiento, se origina en otro hecho jurídico, es evidente que

[354] Dino Alfredo Samper Cortés, *Op. Cit.,* p. 111.

[355] Philippe Le Tourneau, *Op. Cit.,* p. 75.

el empobrecido no podrá aspirar a la acción de restitución."[356] Queda claro, entonces, que la necesidad de establecer el nexo causal, es determinante al momento de establecer la legitimación pasiva y activa para ejercer la acción de enriquecimiento injustificado.

A lo dicho hay que añadir que existen dos acepciones de responsabilidad, que según Atilio Alterini, son: "… la de causalidad a nivel de *autoría*, que concierne a quién responde; y a nivel de *adecuación*, que atañe a determinar por cuáles consecuencias responde."[357] Estas consideraciones deben quedar claras al momento de determinar la relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento injustificado correlativos.

VII.2.3.3.- La prueba de la causalidad

Esta situación que estamos analizando nos lleva a otro punto, que es definir la prueba y la carga de la prueba de la causalidad, y en este sentido es lógico, según lo manifestado antes, que corresponde la carga de la prueba de la base fáctica, es decir, del nexo causal, y por ende las consecuencias desfavorables de su falta, al demandante o empobrecido.

En todo caso, es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción; siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse, pues el cómo y el porqué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso.

Resumiendo, se puede decir que, el nexo causal debe ser establecido por el demandante y constatado por los jueces, ante quienes se ha interpuesto la acción de reparación. Debemos añadir que "se trata de un elemento autónomo de la responsabilidad, independiente de la

[356] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 81.

[357] Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana, *"Temas de Responsabilidad Civil"*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1995, p.92.

culpa (o del hecho de la cosa) y del perjuicio […] La duda sobre la existencia del nexo de causalidad beneficia al demandado."[358]

Como conclusiones, podemos afirmar que la prueba de esta relación de causa a efecto es difícil y en algunos casos puede resultar casi imposible, es por eso que muchas legislaciones han optado por establecer presunciones legales y de derecho, para facilitar, precisamente, la labor de los jueces.

A estas dificultades prácticas, se deben añadir ciertas discusiones teóricas que todavía subsisten alrededor del nexo causal. Una posición se pregunta si es dable aceptar aquellos enriquecimientos que se verifican por conducto de un tercer patrimonio, es más, siendo este tercer patrimonio no sólo un simple conducto de desplazamiento, sino que también interviene en la producción del enriquecimiento. Pues, para nosotros es claro, en todo caso, que cuando se trate de varios enriquecidos, directos o indirectos, éstos deberán responder según el monto en que hayan perjudicado al empobrecido. El grado de responsabilidad deberá ser definido por el juez, según los factores de atribución.

VII.2.4.-Cuarto elemento: Falta de causa o que el enriquecimiento sea injustificado

Señala Tamayo Lombana, que: "la ausencia de causa o de la justificación del enriquecimiento es una condición estricta que determina la procedencia o improcedencia de la *actio in rem verso*."[359] Es decir, que para la procedencia de la acción por enriquecimiento sin causa se requiere no sólo que exista un enriquecimiento, un empobrecimiento correlativo y una relación de causalidad, elementos ya revisados, sino además que el enriquecimiento carezca de causa.

Como ya se manifestó con anterioridad, algunos autores han denominado a esta institución "enriquecimiento injusto"; pero preferimos la expresión "sin causa" o "injustificado", pues

[358] Philippe Le Tourneau, *Op. Cit.*, p. 75.

[359] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p. 302.

el problema planteado no dice estricta relación con la equidad, sino con la falta de fuente de la obligación, con la falta de "causa eficiente". Por ejemplo, si el vendedor de un bien raíz lo vende a más del doble de su valor, ese acto será injusto y podrá rescindirse por lesión enorme según los artículos del 1828 al 1836 del Código Civil ecuatoriano; pero el comprador no podrá intentar la acción por enriquecimiento injustificado, ya que el enriquecimiento del vendedor tiene causa eficiente, que es, precisamente, el contrato de compraventa.

Este requisito, es esencial para entender la institución en estudio, que se refiere, específicamente, a la "causa eficiente", esto es, la causa como la fuente de la obligación: contrato, delito, cuasidelito, o ley, en la acepción en que entendían esta palabra los romanos. No como causa final de la obligación, o causa objetiva, que es idéntica en un mismo tipo de contratos; tampoco como causa psicológica o causa subjetiva o causa del contrato.[360]

Añadimos a esto que "el término "causa" tiene aquí un sentido muy especial, como lo observa el profesor Boris Starck: "una causa significa *título jurídico, razón jurídica"*. O aún, *título justificativo*, como dice el profesor Carbonnier."[361]

Por su parte, Gonzalo Figueroa, sostiene que: "Si un enriquecimiento y un empobrecimiento correlativos tienen su fundamento, su origen, su "causa eficiente" en un contrato o en un delito, no cabe otorgar la acción *de in rem verso,* porque no estaremos en presencia de un enriquecimiento "sin causa"."[362] Por ejemplo, es evidente que, si un comerciante se enriquece mediante su comercio legítimo, no procederá la acción de enriquecimiento sin causa, que quisieren deducir sus clientes, porque su enriquecimiento no será "sin causa".

---

[360] *Cfr*. Gonzalo Figueroa Yáñez, *Op. Cit.*, p. 329.

[361] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.,* p. 302.

[362] Gonzalo Figueroa Yáñez, *Op. Cit.* p. 346.

De la misma manera, Valencia Zea, es muy claro al manifestar que el cumplimiento de las obligaciones contraídas constituye enriquecimiento para el acreedor, pero esto responde a la *causa solvendi*, pues se traba de extinguir una obligación. Igualmente, el que entrega a otro una suma de dinero en mutuo, lo enriquece; pero este enriquecimiento tiene su fundamento en la obligación que el mutuario adquiere de devolverla, esto es, en la *causa credendi.* Por último, la causa del enriquecimiento puede consistir en la voluntad de gratificar *como la causa donandi*.

Éstas son las causas más frecuentes de los enriquecimientos, sin embargo junto a éstas es posible distinguir otras, como la *causa novandi*, que se presenta cuando alguien se obliga para extinguir una obligación anterior, entre otras. "Todos estos enriquecimientos son causados, es decir, debidamente legitimados. En cambio, el enriquecimiento incausado lo es porque carece da causa."[363]

"Si el enriquecimiento producido en un patrimonio es resultado de un acto jurídico válido o es el efecto de la aplicación de una norma legal de acuerdo a ciertos estados de hecho, es evidente que la acción de restitución no tiene razón de ser."[364]

Por su parte, la jurisprudencia francesa ha señalado que:

> El enriquecimiento tiene una causa legítima cuando su fuente es regular, bien sea ella un acto jurídico, un delito o cuasidelito, o una regla legal o consuetudinaria, y en el caso de tratarse de un acto jurídico, incluso es aceptable que dicho acto se haya celebrado entre el enriquecido y un tercero: cualesquiera que sean los contratantes, un acto jurídico válido justifica el enriquecimiento que él procura a alguna de las partes.[365]

---

[363] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit*., p. 313.

[364] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 83.

[365]Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean, Mazeaud *"Lecciones de Derecho Civil",* tomo II, Ediciones Montchrestiean, París, Francia, 1956, pp. 640 y 641. En esta última página se encuentran algunos casos resueltos por la jurisprudencia francesa, en que se estimó causa eficiente (y, por consiguiente, se rechazó la acción de *in rem verso)* algún delito o cuasidelito o alguna disposición legal o consuetudinaria.

Como podemos deducir, este elemento de la falta de causa o fundamento jurídico, es un requisito esencial que justifica el principio que prohíbe a las personas enriquecerse a expensas de otro.

A esto debemos añadir, y en concordancia con lo que Gonzalo Figueroa manifiesta, que la circunstancia de que en esta institución jurídica, la palabra "causa" signifique causa eficiente, es decir, fuente de la obligación, como ya se vio *supra*; y en cambio en la "causa del acto jurídico" esa palabra signifique causa final o "causa psicológica", y sea tan sólo un requisito de una fuente autónoma de obligaciones, es una razón más para que no pueda confundirse "causa del acto jurídico" con "enriquecimiento sin causa", como algunos tienden a equivocar.[366]

Además, según lo visto anteriormente, y en concordancia con lo que sostiene Valencia Zea, cuando un patrimonio recibe un aumento y este no puede explicarse como cumplimiento de una obligación existente, es evidente que carece de *causa solvendi*; o, por otro lado, cuando el aumento no implica la creación de una obligación de restitución, entonces, falta la *causa credendi;* así también, cuando no es posible explicarlo como gratificación, está ausente la *causa donandi*[367]*;* y así por el estilo en las demás causas eficientes, es decir, como fuente de la obligación, si falta cada una específica, consiguientemente no existirá causa eficiente y el enriquecimiento podrá reclamarse como injustificado o sin causa.

En este orden de ideas, el hecho de que una persona se haya enriquecido a expensas de otra, tan solo demuestra eso, es decir, un enriquecimiento y un empobrecimiento correlativos. Pero, es inevitable ir más allá a fin de establecer si ese enriquecimiento se justifica. Si se justifica, entonces no podrá hablarse de enriquecimiento sin causa; habrá un "enriquecimiento con causa", que justifica o legitima a la persona para conservarlo.

Para hacer el razonamiento inverso al de Valencia Zea, y en el mismo sentido que Alberto Tamayo Lombana, quien recibe un bien o un servicio a título gratuito, lo mismo que el

---

[366] Gonzalo Figueroa Yáñez, *Op. Cit.*, p. 346.

[367] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.*, p. 313.

vendedor que vende a buen precio o el comprador que paga un precio exiguo, o el deudor que paga con moneda devaluada e inclusive el deudor que no paga la deuda por estar prescrita, son personas que se han enriquecido evidentemente y se han enriquecido "a expensas de otro". "¿Pero podrá hablarse de enriquecimiento *sin causa* en tales casos? De ninguna manera, pues existe un *título jurídico*, una *razón jurídica* que justifica tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento. Este título jurídico es el contrato o el ánimo de beneficencia o la ley."[368]

En este punto se debe aclarar que es muy frecuentemente que el enriquecido invoque un contrato como justificación de su enriquecimiento. En este caso, frente a un contrato, la causa será la contraprestación que ha sido pagada por el enriquecido al empobrecido, o por lo menos la esperanza de una contraprestación. "De donde resulta que no puede hablarse de enriquecimiento sin causa en las relaciones entre dos contratantes, pues no se enriquecen sin causa los vendedores que venden muy caro ni los compradores que compran muy barato."[369] De esto se deduce que, la legitimación del enriquecido puede provenir de la norma, sea ésta legal o contractual.

A esto añadimos, además, que, para que el enriquecimiento esté legitimado, se requiere que sea válida la fuente que dio origen a la obligación que pretende extinguirse o que sea válida la obligación que nace de restituir, o simplemente el ánimo de donar; y la invalidez de esa fuente o causa o su posterior inexistencia, hace que el enriquecimiento no esté justificado.

Además, habrá ocasiones en las que el enriquecimiento o la ventaja obtenida por una persona, tienen su justificación o su causa, en el interés particular de la persona que produjo la ventaja. Un ejemplo es el de un dueño de un predio que, a causa de una inminente inundación construye un dique, el cual además de beneficiarlo a él, beneficia a sus vecinos, por lo que éste no podrá decir que enriqueció sin causa a los demás, la causa sería su propio interés.

---

[368] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p. 303

[369] Ibid.

En consecuencia, y en palabras de Valencia Zea, podemos definir los enriquecimientos legitimados o justificados, diciendo que son: "aquellos que obedecen al cumplimiento de una obligación válida lícita, o que son fuente de una obligación igualmente válida y lícita, o que se fundamentan en una declaración válida de donar."[370]

De lo dicho, se puede concluir que los enriquecimientos injustificados son los que no pueden apoyarse en alguna de las causas mencionadas. Aclarando, de nuevo, que no cabe relacionar la falta de causa en el enriquecimiento con la teoría de la causa en los contratos o negocios jurídicos, la cual ha motivado arduos debates en el campo doctrinario, pero que para efectos del enriquecimiento injustificado o sin causa son inútiles, por lo que en este trabajo no se hará alusión a esas discusiones que nos llevarían a digresiones innecesarias.

Para concluir, citaré palabras de Alfonso Oramas Gross, quien es muy claro al afirmar que:

> El señalamiento de la falta de causa en el enriquecimiento se refiere por lo tanto a la falta de una razón eficiente jurídica; esa razón puede ser un contrato, una regla legal y en ciertos casos excepcionales en una regla consuetudinaria. Cuando el enriquecimiento no puede justificarse en derecho, por falta de convención entre las partes o señalamiento de la ley, cabe la aspiración de restitución. Finalmente, es necesario expresar que no cabe recoger como parte integrante del elemento, aquellos enriquecimientos originados sin amparo de una norma jurídica y quebrantando una disposición legal, ya que en ese caso el perjudicado puede iniciar las acciones que le correspondan de acuerdo a lo señalado en la norma legal infringida; en ese caso el enriquecimiento si bien no ha estado amparado por fundamento legal alguno, es sancionado directamente por un precepto legal. **El enriquecimiento que nos interesa es aquel que se genera sin causa jurídica y además sin infringir norma legal específica.**[371](Las negrillas son mías.)

Siguiendo esta línea de pensamiento, algunos autores han pensado que la aceptación de la doctrina finalista u objetiva del patrimonio puede ayudar a explicar en mejor forma el concepto de "causa" y el de "enriquecimiento sin causa". Así ha opinado Godofredo

---

[370] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.,* p. 313.

[371] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.,* p. 86.

Stutzin[372]. Si bien debe dejarse señalado que no es la aceptación de la doctrina finalista u objetiva del patrimonio la que permite explicar mejor estas dos instituciones, sino que es el abandono de la concepción subjetiva de la obligación (vínculo entre acreedor y deudor) y su subsecuente objetivación, concibiéndola ahora como un vínculo entre patrimonios, lo que permite entender mejor ambas figuras, como ya vimos al analizar los tres elementos anteriores.

VII.2.5.- Quinto elemento: Ausencia de responsabilidad (culpabilidad) del empobrecido

Este elemento o requisito fue establecido por la jurisprudencia francesa, y manifiesta que: "el empobrecimiento no debe ser una consecuencia de la culpa del propio empobrecido"[373]. Utilizando este razonamiento, la jurisprudencia francesa rechazó la acción de *in rem verso* en el caso de un empresario que efectúo trabajos de reparación para un arrendatario, sin informarse previamente si se trataba o no del dueño del barco reparado.[374]

Hay que añadir, que este requisito es muy similar a la excepción de la responsabilidad extracontractual por la culpa de la víctima. Es decir, este eximente, en materia de responsabilidad derivada del derecho de daños extracontractuales, tiene "la función de interrumpir el nexo de causalidad que une el perjuicio con el hecho imputado al llamado a responder.

Ab initio es razonable que desde el momento que la lesión se crea en la conducta negligente o imprudente del mismo afectado, no puede entonces éste aspirar a asignar el daño padecido sobre otro."[375] Es lógico entonces, haciendo una analogía con la responsabilidad

---

[372] *Cfr*. Godofredo Stutzin, *"Algunas consideraciones sobre la noción jurídica del patrimonio",* Memoria de Prueba, Imprenta Relámpago, Santiago, Chile, 1945, pp.90-91

[373] Gonzalo Figueroa Yáñez, *Op. Ci.,* p. 345.

[374] Sentencia de 22 de febrero de 1939, reproducida en: Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Op. Cit.*, p.647.

[375] Jaime Fernández Madero, *"Derecho de Daños. Nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales"*, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 238.

derivada del enriquecimiento sin causa o injustificado, que el enriquecido por culpa del empobrecido quedará imperiosamente exculpado, si se aplica este principio de manera directa; aunque, debemos manifestar que en la práctica es más complicado establecer los grados de responsabilidad subjetivos.

"Entendida en su sentido natural y obvio, la culpa de la víctima es la actividad desplegada por el perjudicado que concurre con la falta de voluntad e inteligencia del autor del daño en la producción del mismo."[376] Aplicando esto a la teoría del enriquecimiento sin causa, la ausencia de culpabilidad del empobrecido, significa que por la culpa de éste, entendida la culpa como "un error de conducta, que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias externas que el demandado, o sea el autor del daño"[377]; y aplicando esto al caso del enriquecimiento injustificado, significa que, el empobrecido debió desconocer y actuar con negligencia sobre una actividad o un acto que genere su empobrecimiento y el enriquecimiento correlativo del patrimonio de otra persona que no tenga ni la voluntad ni el conocimiento de esta acción ni del efecto de la misma.

Sin embargo, es evidente, que en casos muy excepcionales se podría pensar en la culpa exclusiva de la víctima en la causación del enriquecimiento, concretamente, en los eventos en que el empobrecido hubiese perseguido intencionalmente causarse a sí mismo ese perjuicio, utilizando para ello la actividad de un tercero.

Es por eso que, en los casos prácticos, en casi todos los casos, la culpa de la víctima concurre en diferentes grados con la del demandado o enriquecido, produciéndose aquí una división de las responsabilidades a que dan lugar según la gravedad de las culpas cometidas por uno y por otro. Para ser más exactos, los grados de responsabilidad deberán calcularse de acuerdo con la vinculación causal de cada una de las partes, en relación con el enriquecimiento injustificado.

---

[376] Dino Alfredo Samper Cortés, *Op. Cit.*, p. 117.

[377] Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *"Lecciones de Derecho Civil",* parte II, tomo II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina, 1962, p.123.

Nuestra legislación, en el artículo 2230 del Código Civil recoge un principio de la culpa de la víctima, para casos de los delitos y cuasidelitos, es decir, para la responsabilidad extracontractual o aquiliana, que si bien es cierto no contempla, como otras legislaciones, una causa eximente de responsabilidad, si propone una de atenuación de la culpa. Este artículo señala que: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente." Este principio bien podría aplicarse al caso del enriquecimiento sin causa o injustificado, de la misma manera que se ha hecho en la jurisprudencia francesa.

Podemos concluir, que en el caso de la existencia de culpabilidad del empobrecido, habría una eximente de responsabilidad para el demandado o enriquecido. Esta circunstancia, tiene por lo tanto, un efecto liberatorio, que se expresa a través de la interrupción del nexo de causalidad. Por lo tanto es un requisito importante el que no exista responsabilidad o culpabilidad del empobrecido en la producción del enriquecimiento injustificado o sin causa, como elemento indispensable para que surta efecto la acción de *in rem verso* y su aplicación se haga de una manera más expedita.

VII.2.6.- Sexto elemento: Ausencia de interés personal del empobrecido

Este elemento de la *falta de interés personal del empobrecido,* es propuesto por la jurisprudencia francesa; además, los hermanos Mazeaud señalan que en el caso que un propietario construya en su propio interés, por ejemplo, un dique que en definitiva proteja también a sus vecinos, de una posible inundación; o que un arrendatario introduzca mejoras en el inmueble arrendado, de las cuales espera obtener beneficio, ninguno de ellos podrá más tarde demandar en razón de su empobrecimiento a aquellos que se enriquecieron por tales actos, "puesto que *ellas se realizaron en el interés del empobrecido, y a su propio riesgo."*[378]

[378] Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Op. Cit., Ediciones* Montchrestiean, p.639.

A esto podemos añadir que, si bien es cierto, la persona que en su propio interés realiza un gasto o una inversión, ya sea para proteger su patrimonio de cualquier eventualidad, o para ganar o producir más ingresos a su patrimonio, y con esa actuación a su vez beneficia a otras personas, en realidad, no estaría produciéndose un enriquecimiento injustificado o sin causa, pues según las teorías modernas, estos efectos del enriquecimiento a terceros se denominan externalidades positivas, y son además difíciles de cuantificar en proporción a cuánto ascienden los beneficios que obtienen los terceros. Al ser externalidades, no generan directamente un empobrecimiento en el patrimonio del demandante, es decir, al realizar ese gasto o inversión, se lo hace en beneficio propio y por lo tanto se transforma el gasto o inversión en la cosa o acto que se haya realizado por él mismo.

Como conclusión, aunque en la teoría, este elemento parece necesario, se puede decir que queda subsumido en el elemento de la falta de la causa eficiente. Es decir, si bien es cierto que la falta o ausencia de interés personal del empobrecido es necesario para que se dé un enriquecimiento injustificado; no es menos cierto que de no ser así, es decir, si existe interés personal del que se cree empobrecido, en realidad no hay un verdadero empobrecimiento, aunque sí exista un enriquecimiento de terceros.

VII.2.7.- Séptimo elemento: Ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley detenidamente para el efecto

La doctrina conoce también a este elemento como, inexistencia de otro medio de derecho o ausencia de cualquier otra acción, pero al hablar de ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley, tanto la doctrina, como la jurisprudencia francesa y las legislaciones, italiana, peruana, mexicana, suiza, coinciden en darle a la acción “de in rem verso” el carácter de subsidiaria. Según Alberto Tamayo Lombana, el término, “subsidiaria”, está incorrectamente empleado, en relación con el significado que se le atribuye. Pero añade que

"de todas maneras, se quiere expresar que para ejercer la *actio in rem verso* el demandante debe carecer de cualquier otra acción".[379]

Para Guillermo Cabanellas, el término "subsidiario", se define así: "Lo que sirve como subsidio, auxilio o socorro. Secundario. Supletorio. Lo que suple o refuerza lo principal."[380]

De esta definición podemos concluir que el sentido que tiene el término "subsidiario" en Derecho, supone la idea del principio jurídico de subsidiariedad, es decir, que se puede plantear en situaciones jurídicas en las que se dan dos alternativas, de manera que a una de ellas sólo se podrá acudir en defecto de la otra.

No obstante, es preciso señalar, que este término se usa en la teoría de las obligaciones como contrario al de solidaridad, y además, tomando en cuenta que dentro de la responsabilidad civil, se puede establecer una división teórica entre la responsabilidad principal y la responsabilidad subsidiaria. En la que el responsable subsidiario sólo tendrá que responder del deber impuesto al responsable principal si éste no lo cumple, no lo puede cumplir, o sencillamente, no existe. Es así que, primero se actúa contra el sujeto que ostenta la responsabilidad principal y luego, sólo si este falla, se podrá actuar contra el responsable subsidiario.

Por consiguiente, el uso del término "subsidiario", para referirse a la acción de enriquecimiento injustificado, no debe tomarse en ese sentido; es decir, no contempla la posibilidad de ser, esta acción, un recurso supletorio, al que se pueda acudir si falla una acción principal. La idea de este calificativo no es esa; por eso, precisamente, es que algunos autores, como Tamayo Lombana, se oponen al uso de este calificativo para referirse a una de los presupuestos de la acción de enriquecimiento sin causa.

El término "subsidiario", en cuanto se refiere a una circunstancia de que no exista otra acción que pueda usarse para resarcir el empobrecimiento, supone, necesariamente que no

---

[379] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.,* p. 304.

[380] Guillermo Cabanellas de Torres, *Op. Cit.,* p. 372.

debe confundirse una acción de restitución de enriquecimiento, con otra posibilidad que otorgue el ordenamiento jurídico para proteger el patrimonio de un sujeto, frente al aprovechamiento del mismo por parte de otra persona. Como por ejemplo, que se pueda reclamar el exceso pagado por medio de la acción de lesión enorme, o que se pida la restitución de lo indebidamente pagado, o que las cosas se retrotraigan al momento de haberse producido un acto o contrato nulo, etc.

Además, se debe aclarar, que este requisito (la subsidiariedad) es algo discutido, ya que algunos autores, como manifestamos al inicio de este capítulo, sostienen que en realidad este elemento del enriquecimiento sin causa constituye una característica propia de la acción de restitución que le corresponde al empobrecido, es decir, como un aspecto procesal más que sustantivo.

Por su parte, Gonzalo Figueroa sostiene que si la ley ha concedido al empobrecido alguna acción específica, que conserve su eficacia jurídica, sea que esa acción emana de algún contrato, delito o cuasidelito, sea que emane de alguno de los cuasicontratos expresamente reglamentados, como la agencia oficiosa o el pago de lo no debido, "no tendrá derecho a ejercitar la acción de *in rem verso*, la cual tiene el carácter de subsidiaria."[381]

Éste carácter de subsidiariedad de la acción, significa que la misma "sólo podrá ser ejercida cuando no se tenga a disposición otra vía de Derecho por medio del cual se puede restablecer el equilibrio de los patrimonios."[382]En base a este razonamiento lógico, lo mismo sucedería si el empobrecido puede echar mano a alguna acción eficaz emanada de un derecho real. Entonces, si por alguna circunstancia de hecho, la acción a que tendría derecho normalmente el empobrecido se hubiese tornado ineficaz, podría recurrir extraordinariamente a la acción *de in rem verso.*

---

[381] Gonzalo Figueroa Yáñez, *Op. Cit.*, p. 348.

[382] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 86.

En este mismo sentido, la jurisprudencia francesa resolvió, en una ocasión, conceder esta acción al empresario que efectuó trabajos de reparación en un inmueble por cuenta de su comprador, el cual, al caer en insolvencia, no pudo pagar ni al vendedor ni al empresario. Este empresario habría contado normalmente de una acción contra el comprador, la que emana del contrato celebrado entre ellos; pero esta acción resultaba en el hecho ineficaz en razón de la insolvencia del comprador, por lo cual el tribunal estimó admisible la acción *de in rem verso* del empresario contra el vendedor, que en razón de la falta de pago del precio, había recuperado la propiedad del bien raíz vendido por haberse resuelto el contrato de compraventa.[383]

Los hermanos Mazeaud, señalan que: "Aubry y Rau habían llamado la atención sobre el peligro de darle al empobrecido la acción de *in rem verso* cuando el legislador había previsto otra acción, nacida del contrato, de un delito o de un cuasidelito o de uno de los cuasicontratos del Código Civil"[384]

Por lo tanto, otras decisiones tomadas por los tribunales franceses indican que la acción *de in rem verso* no puede ser acogida si la acción de que formalmente está provisto el empobrecido hubiere prescrito, o si la cosa que fue del empobrecido hubiere sido adquirida por otro por medio de la prescripción adquisitiva; resolver lo contrario sería dejar incumplidas las disposiciones que reglan la prescripción. [385] Además, es importante señalar, que cuando ha prescrito una acción para hacer efectiva una obligación civil, ésta deviene en obligación natural. "Las obligaciones civiles se extinguen por la prescripción y pasan a tener entonces el carácter de naturales."[386]

---

[383] Sentencia 11 de septiembre de 1940, reproducida por: Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Op. Cit.*, Ediciones Montchrestiean, p.648.

[384] Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Op. Cit.*, Ediciones Montchrestiean, p. 502.

[385] Sentencia de 11 de julio de 1899, citada por: Louis Josserand, *"Derecho Civil"*, tomo II, vol. 1°, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch Editores, Buenos Aires, Argentina, 1950, pp. 460, cita 20.

[386] Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Op. Cit.*, p. 91.

De la misma manera, Gonzalo Figueroa sostiene que: "también se ha resuelto que debe negarse la acción *de in rem verso* en el caso que el empobrecido haya perdido por su hecho o culpa la acción de que normalmente estaba provisto."[387]

Debemos añadir, que si alguien tiene otra acción, se deberá ejercer ésta otra acción; "y si tuvo otra acción y no la ejerció, o si se trata de una acción que la ley no ha concedido, no puede el empobrecido acudir a la *actio in rem verso* como medio indirecto para lograr la restitución de aquello que enriqueció a otro."[388]

Pongamos algunos ejemplos para entender mejor estas situaciones: si una de las partes del contrato de compraventa de un bien raíz ha sufrido lesión enorme, es, sin duda alguna, ésta acción rescisoria por lesión enorme la que debe ejercerse; o si una persona ha sido víctima de un robo, tiene contra el ladrón la acción de daños y perjuicios proveniente del delito penal; o si dejó prescribir la acción de reivindicación de un bien inmueble de su propiedad, no podrá intentar la de enriquecimiento sin causa. Finalmente, en el caso de una compraventa de bienes muebles, contrato al que la ley ha negado la acción de rescisión por lesión enorme, no podrá ejercerse la acción de enriquecimiento sin causa, ya que la causa eficiente será el contrato de compraventa del bien mueble, como vimos *supra.*

Por lo tanto, "la injusticia del desplazamiento patrimonial y la falta de fundamento jurídico del mismo, tendrá que ser reparada, una vez que no exista otro medio de derecho para hacerlo, por medio de una acción de enriquecimiento o restitución acogida a la vigencia de los principios infringidos."[389]

A pesar de todo lo que se ha manifestado sobre el carácter de subsidiariedad de la acción de restitución por enriquecimiento sin causa, existe parte de la doctrina que no acepta esta posición, y tampoco lo hacen algunas de las jurisprudencias europeas. En este sentido, por ejemplo, algunas sentencias del Tribunal Supremo de España llegan a estimar que el

---

[387] Gonzalo Figueroa Yáñez, *Op. Cit.*, pp. 344-348.

[388] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, .p. 304.

[389] Alfonso Oramas Gross, *"Op. Cit.,* p. 87.

carácter subsidiario de la acción del enriquecimiento sin causa es incompatible con la finalidad de la pretensión. Alfonso Oramas Gross cita parte de esta jurisprudencia:

> […] No otra cosa significa exigir la demostración de que el enriquecido se valiere de medios reprobados para aumentar su patrimonio. Emplear medios reprobados, vale tanto, observa Espriny, como infringir el Derecho; y si el Derecho se infringe, fórmulas depara él mismo para obtener reparación, sin necesidad de recurrir a la pretensión del enriquecimiento injusto.[390]

No debemos olvidar el caso de una obligación extinguida por la prescripción, dado que el acreedor tuvo la acción normal para cobrar su crédito, si no lo hizo y se produjo la prescripción, no podrá acudir a la acción de enriquecimiento sin causa. Sobre este punto, Tamayo Lombana da dos razones:

> Porque el enriquecimiento que se produjo en el patrimonio del deudor *tiene causa*: su causa es la ley, que estableció la prescripción. Y además, porque si se permitiera ejercer la acción de enriquecimiento sin acusa en tal supuesto, ello equivaldría a desconocer todo efecto a la ley, que estableció la prescripción.[391]

Si bien es cierto que las teorías que le dan el carácter de autónoma a la acción de enriquecimiento injustificado, actualmente, están descartadas en su mayoría, no es menos cierto que algunas legislaciones, incluida la ecuatoriana, de alguna manera han acogido estas posiciones, en cuanto a que el Código de Comercio ecuatoriano se apartó de la doctrina dominante en lo que tiene que ver con la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado y ha adoptado la posibilidad de que si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, aún conserva el acreedor la acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o la prescripción. Esta acción en derecho cambiario, tiene sus orígenes y motivos propios, especialmente en lo que se refiere a los títulos de crédito; lo que trataremos a continuación, para no dejar cabos sueltos en nuestra exposición.

---

[390] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 88.

[391] Alberto Tamayo Lombana, *Op, Cit.*, p. 305.

VII.2.7.1.- La acción cambiaria de enriquecimiento injusto

El artículo 461 del Código de Comercio ecuatoriano en actual vigencia, refiriéndose a la acción cambiaria y a la pérdida de derechos por falta de protesto, específicamente, en su inciso tercero manifiesta:

> Art. 461.- […] (Inciso tercero) Sin embargo, **en caso de caducidad o prescripción subsistirá la acción cambiaria** contra el girador que no haya hecho provisión o contra un girador o un endosante que se haya **enriquecido injustamente**; así como, en caso de prescripción, contra el aceptante que hubiere recibido provisión o se hubiere enriquecido injustamente, lo que se resolverá en el mismo proceso iniciado para el pago de la letra de cambio. (Las negrillas son mías.)

Como podemos observar, a pesar de toda la doctrina que sustenta la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado, el Código de comercio se apartó de esos principios tradicionales al establecer en su artículo 461, en relación con los títulos valores, que si el acreedor ha dejado caducar o prescribir el instrumento cambiario, la obligación originaria o fundamental se extinguirá asimismo, no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa o injustamente a consecuencia de esa caducidad o prescripción. A esto debemos añadir que el tiempo de prescripción de esta acción de enriquecimiento injustificado, en concordancia con el artículo 479 del Código de Comercio ecuatoriano, es de 2 años.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador (actualmente Corte Nacional de Justicia), es abundante en cuanto a la acción cambiaria de enriquecimiento injustificado, en breve analizaremos lo que dice la Corte, pero primero veamos lo que dice la doctrina sobre esta acción.

Por un lado, Santiago Andrade Ubidia sostiene que: "…si el aceptante hubiere recibido provisión o se hubiere enriquecido injustamente, subsistirá la acción cambiaria (por dos años más), lo que se resolverá en el mismo proceso iniciado para el pago de la letra de

cambio (art. 461)"[392]; la posibilidad de que sea resuelta en el mismo proceso se debe a la Resolución obligatoria dictada por la Corte Suprema de Justicia el 25 de mayo de 1959[393].

Sin embargo, todavía se debate si la acción que subsiste es o no cambiaria, existen varias razones para creer que no. En este sentido, una parte de la doctrina niega el que esta acción sea cambiaria, ya que el fundamento de la decisión serian hechos "extra-cambiarios", o sea que para que se produzca el enriquecimiento injustificado o " enriquecimiento injusto", en palabras del Código de Comercio, debe haber recibido provisión por el aceptante o la falta de provisión por el girador. Pero otra parte de la doctrina afirma que es de naturaleza cambiaria y en el Ecuador, la norma legal que se comenta dice que subsistirá la acción cambiaria, ya que éste fue el criterio predominante al adoptarse la Resolución Obligatoria por la Corte Suprema de Justicia.

Andrade Ubidia, sostiene sobre esta discusión, que: "…los Magistrados que salvaron su voto lo hicieron porque a su criterio, la acción de enriquecimiento injusto es de naturaleza civil, en ningún caso mercantil, y que debe sustanciarse por la vía ordinaria."[394]

Son varios los países, que contienen artículos similares al artículo 461 del Código de Comercio ecuatoriano, entre ellos, por ejemplo, Colombia e Italia; con la diferencia que este último país, también reconoce legal y expresamente la acción de enriquecimiento en su Código Civil, aunque esa ley expresamente manifieste que la acción de enriquecimiento injustificado es subsidiaria.

---

[392] Santiago Andrade Ubidia, *"Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano",* Ediciones Legales, fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, primera edición, Quito, Ecuador, 2002, p. 277.

[393] G. S. IX Nº- 15, pp. 1794-1795 y R.O. 845 de 17.06.1959. Véase también la sentencia de 3ª Instancia Nº 405, dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil dentro del proceso 427-91 (ex 4ª Sala), de 01.06.98, que declaró que la acción cambiaria de enriquecimiento injusto debe proponerse expresamente.

[394] Santiago Andrade Ubidia, *Op. Cit.,* p. 278. (Los Magistrados que salvaron su voto, por considerar que la acción de enriquecimiento injusto no es cambiaria sino civil, fueron los Doctores Manuel Elicio Flor, J.M. Villagómez R., C. Montenegro Aguilar y Julio Tobar Donoso. Puede consultarse el debate en la G.J. S. IX N°15, pp. 1757-1794.)

Igualmente, el artículo 67 de la Ley Cambiaria italiana prevé la acción de enriquecimiento, considerada como otra acción, que no se debe confundirla con la acción causal, según palabras del autor Vittorio Salandra, quien además afirma que esta acción de enriquecimiento fue introducida aprovechando una reserva consentida por la Ley Uniforme de Ginebra[395], específicamente, "para reparar injusticias a que pueda dar lugar la rigurosa aplicación del derecho cambiario, especialmente en el caso de caducidad de la acción de regreso o de aplicación de la breve prescripción prevista para las acciones cambiarias en general."[396]

Desde nuestro punto de vista, es mucho más preciso este autor italiano al calificar a esta acción como "*postcambiaria"*, ya que manifiesta que su fundamento está constituido tanto por la preexistencia de una acción cambiaria perdida, como por la imposibilidad de remediar esta pérdida con el ejercicio de la acción causal, "lo que ocasionaría que hubiera un *enriquecimiento injustificado* a favor de una persona que, además, quedaría libre de toda obligación aunque hubiera ciertamente recibido el pago previsto para la asunción de tal obligación."[397]

En el mismo orden de ideas, el tratadista Gómez Leo sostiene que esta acción extracambiaria, tiene por fundamento la equidad "…pues permite que el portador de una letra de cambio que carezca ya de acciones cambiarias, por caducidad o prescripción de ellas, y, que no cuenta con acción causal contra su garante inmediato, puede accionar contra el integrante del nexo cambiario."[398] *Verbi gratia*, librador, aceptante, endosante, o avalista, que se hubiera enriquecido, injustamente, en su perjuicio.

---

[395] El art. 87 de la Ley Uniforme de Ginebra dispone: "Aunque la obligación cambiaria del librador o del aceptante se haya extinguido por haberse perjudicado la letra, **quedarán ambos obligados respecto del tenedor en tanto en cuanto se hayan enriquecido en su perjuicio**. La acción de enriquecimiento a favor del tenedor prescribe a los tres años de haberse extinguido la obligación cambiaria. Contra los endosantes cuya obligación cambiaria se haya extinguido no tienen lugar tales acciones de enriquecimiento. (Las negrillas son mías.)

[396] Vittorio Salandra, *"Curso de Derecho Mercantil",* Editorial Jus, México DF, México, 1949, p. 320.

[397] Ibid.

[398] Osvaldo Gómez Leo, *"La letra de cambio y el pagaré en la doctrina y la jurisprudencia"*, segunda parte, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1982, p. 161.

Vittorio Salandra, sostiene que esta acción tiene naturaleza mercantil, no tiene por lo tanto naturaleza civil, ya que su presupuesto principal es la existencia de la cambial; pero, sin embargo, no está asistida de los especiales privilegios procesales que tiene la acción cambiaria principal.

Por otro lado, Antonio Vásquez Bonone coloca a esta acción, junto a la acción causal, entre las acciones extra-cambiarias y señala: "Esta acción de enriquecimiento no es cambiaria y viene a ser como la última posibilidad de cobrar la letra, cuando se hubiera perdido todas las demás acciones."[399]

En igual sentido se pronuncia Vásquez Iruzubieta, refiriéndose al Art. 65 de la Ley española que trata de la acción de enriquecimiento injusto:

> Esta acción es extracurricular y, por tanto, excluida del procedimiento cambiario que establece la Ley Cambiaria para el ejercicio de las acciones de su régimen. Ha de ser intentada de conformidad a las normas que gobiernan el procedimiento común y bajo la disciplina del juicio ordinario que corresponda en razón de su cuantía.[400]

Por su parte, Gómez Leo señala que la consagración positiva de la acción cambiaria de enriquecimiento injusto, "si bien no coincide con los valores esenciales de la circulación y los principios que informan el rígido, formal y objetivo sistema cambiario, ya que más bien se contrapone a ellos, importa una saludable y hasta necesaria norma de justicia."[401] Tanto es así, respecto del sujeto que se quedó con la letra perjudicada y no pudo satisfacer su derecho, como respecto de aquel integrante del nexo cambiario que, correlativamente, se ha visto favorecido al no tener que atender su obligación cambiaria. De lo dicho, se colige que sería justo que quien se ha empobrecido, pueda resarcirse de quien se ha enriquecido con ese perjuicio. Aplicando entonces el principio general de la equidad y el principio del enriquecimiento injustificado o sin causa como fuente de las obligaciones.

---

[399] Antonio Vázquez Bonone, *"Tratado de Derecho Cambiario, letra pagaré y cheque"*, Dikison, segunda edición, Madrid, España, 1993, p. 297.

[400] Carlos Vásquez Iruzubieta, p. 333, citado por: Santiago Andrade Ubidia, *Op. Cit.*, p. 278

[401] Osvaldo Gómez Leo, *Op. Cit.*, p. 161.

De lo revisado anteriormente, podemos concluir que, si bien es cierto, parte de la doctrina sostiene que la acción de enriquecimiento injusto, reconocida por los Códigos de Comercio, es una acción de naturaleza cambiaria; y muchos otros autores la catalogan de extracambiaria en tanto su otorgamiento y el inicio del término de prescripción, presuponen la pérdida de las acciones cambiarias por parte del tenedor del título. Nos parece más adecuado catalogarla de "*acción postcambiaria"*, debido al simple hecho de que esta acción de enriquecimiento injustificado supone la existencia previa de un título que tenga los caracteres de una cambial regular, con fundamento en la cual el poseedor habría podido ejercitar la acción cambiaria.

Además, opinamos, en el mismo sentido que el autor italiano Vittorio Salandra, que el fundamento de esta acción es una acción cambiaria perdida, ya sea por caducidad o prescripción, y más importante aún, por la imposibilidad de sustituir la acción cambiaria perdida, por la acción causal, "ya sea porque ésta no proceda (por ejemplo, en las relaciones entre personas que no han entrado en relaciones directas entre sí), o porque no existiera relación causal, o por último, porque ésta se hubiera extinguido por novación."[402]

Para Williams, al igual que para la mayoría de autores, esta es en definitiva una acción que deriva del derecho de cambio, este autor concluye, citando a Dabin, que: "…cuando se trata de remediar las consecuencias inequitativas de la abstracción o del formulismo cambiario, los sistemas alemán y francés consagran un mismo principio bajo formas diferentes: el enriquecimiento y la provisión."[403] Entonces, la acción de enriquecimiento dirigida contra el librador y contra el aceptante, y fundada en la provisión es de naturaleza cambiaria, lo que demuestra el carácter relativo de la abstracción, es decir, se trata de una acción de naturaleza comercial y ordinaria. Williams añade finalmente: "Que de existir varios coobligados –colibradores o coaceptantes- cada uno responde por su propio

[402] Vittorio Salandra, *Op. Cit.*, p. 321.

[403] Jorge Williams, *"Títulos de Crédito. La letra de cambio y el pagaré."*, Abeledo Perrot, segunda edición, tomo II, Buenos Aires, Argentina, 1981, p.576

enriquecimiento y no solidariamente, ya que constituye una acción exorbitante del derecho cambiario."[404]

Finalmente, debemos manifestar que la acción cambiaria de enriquecimiento injusto está justificada sólo en cuanto no exista ninguna otra posibilidad de recuperar el crédito; por tanto, es necesario que la acción cambiaria se haya perdido contra todos los obligados y que no haya acción causal contra alguno de ellos. A esto añadimos, que el enriquecimiento habido del deudor cambiario debe haberse dado en daño del acreedor, por lo tanto requiere por una parte la demostración de un daño positivo sufrido por la falta de ejercicio del crédito cambiario, y por otra parte, una ventaja obtenida por el obligado contra el que se actúa.

VII.2.7.1.1.- La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[405]

Para esta parte del trabajo, hemos escogido jurisprudencias que, a nuestro parecer, recogen las posturas más sólidas en cuanto se refiere a la acción de enriquecimiento cambiario como una acción autónoma y no subsidiaria.

En este sentido, la sentencia de tercera instancia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia con fecha 23-V-96, publicada en la Gaceta Judicial XVI, No. 6, pp. 1484-85, recoge la Resolución obligatoria y otros fallos que sobre la acción de enriquecimiento cambiaria han decidido otras Salas especializadas de esta Corte y manifiestan en su considerando Tercero lo siguiente:

> […] TERCERO.- De conformidad con lo que dispone el artículo 479 del Código de Comercio, aplicable a los pagarés a la orden en virtud de lo que establece el artículo 488 ibídem, todas las acciones que del pagaré a la orden resultan contra sus suscriptores, prescriben en tres años contados desde la fecha del vencimiento; no obstante, el artículo 461

[404] Jorge Williams, *Op. Cit.*, pp. 576-577.

[405] La Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador pasó a llamarse Corte Nacional de Justicia por disposición constitucional. La actual Constitución del año 2008 en su artículo 178 numeral 1 lo dispone expresamente de esa manera.

inciso tercero del Código de Comercio dice: `Sin embargo, en caso de caducidad o prescripción subsistirá la acción cambiaria contra el girador que no haya hecho provisión o contra un girador o un endosante que se haya enriquecido injustamente; así como, en caso de prescripción, contra el aceptante que hubiere recibido provisión o se hubiere enriquecido injustamente, lo que se resolverá en el mismo proceso iniciado para el pago de la letra de cambio. Para la debida comprensión de esta norma, es necesario acudir a su fuente, esto es, la Resolución obligatoria dictada por la Corte Suprema de Justicia el 25 de mayo de 1959 publicada en el Registro Oficial No. 845 de 17 de junio de 1959 y en la Gaceta Judicial Serie IX No. 15 pp. 1757 a 1795, en esta última junto con las `Copias pertinentes de las actas de las sesiones del Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia en que se discutió los fallos contradictorios dictados por las Salas de la misma Corporación, relativos a la interpretación del inciso 3o. del artículo 52 de la Ley Sustantiva de los Títulos VIII y IX del Código de Comercio, sobre letras de cambio y pagarés a la orden, precepto legal que actualmente consta en el inciso 3o. del artículo 461 del citado Código, en cuyo texto se ha incorporado la decisión que acordó la Corte Suprema acerca de dichos fallos contradictorios'. Precisamente las sentencias que originaron la Resolución obligatoria y que hoy es la parte final del inciso tercero de la norma legal antes transcrita discreparon respecto de si, **prescrita la acción ejecutiva, la subsistente acción de enriquecimiento injusto era o no cambiaria y si era o no posible que se sustancie y resuelve la acción cambiaria de enriquecimiento injusto dentro del mismo juicio ejecutivo iniciado para el pago de la cambial mientras no transcurriera el plazo general de la prescripción de la acción ejecutiva previsto en el artículo 2439 del Código Civil**, **o sea de cinco años a partir de la exigibilidad de la obligación, o si en todos los casos debía proponerse la acción en juicio de conocimiento por la vía ordinaria. Este máximo Tribunal reconoció que una vez prescrita la acción ejecutiva propia de la letra de cambio y el pagaré a la orden subsiste con el carácter cambiario la acción de enriquecimiento injusto fundada en estos títulos valor y admitió que, mientras no hubiere prescrito la acción ejecutiva general se podía dentro del mismo juicio ejecutivo resolver sobre esta acción cambiaria de enriquecimiento injusto.** Reiterada jurisprudencia posterior de este Tribunal ha confirmado estas características de la acción cambiaria de enriquecimiento injusto: basta citar los fallos constantes en los siguientes Repertorios de Jurisprudencia publicados por Juan Larrea Holguín: No. I, años 1972-1974, p. 259, 260 y 263; No. VII, año 1977, p. 243 y 249; No. IX, año 1978, p. 233; No. XI, año 1979, p. 175; No. XV, año

> 1981, p. 309 y 326; No. XVII, año 1982, p. 222; No. XXVII, año 1986, p. 309, 322, 342; No. XXX, año 1987, p. 176; No. XXXI, año 1988, p. 185; No. XXXIV, año 1990, p. 221, etc[…] (Las negrillas son mías.)

Como podemos observar, esta jurisprudencia añade que, para que la acción de enriquecimiento cambiario sea efectiva, se la podrá proponer todavía mientras no hubiera prescrito la acción ejecutiva general; en otras palabras, el tiempo de prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario es de dos años. Esto es así, ya que el tiempo de prescripción de la acción cambiaria directa es de 3 años, entonces, como la prescripción de la acción ejecutiva general es de 5 años, de esto se deduce lógicamente, aunque no lo diga expresamente esta jurisprudencia, que el tiempo de prescripción de la acción cambiaria de enriquecimiento injusto sea de 2 años.

A esto se debe añadir que no se debe confundir con lo establecido en el artículo 479 del Código de Comercio ecuatoriano, que habla sobre la prescripción de la acción cambiaria, de la que se podría malinterpretar que esta acción de enriquecimiento injusto prescribiría en 3 años. Por otro lado, esta posición de la Corte Suprema, refuerza la doctrina que supone que esta acción de enriquecimiento injusto es una acción *postcambiaria*, no una acción extracambiaria y peor aun una acción cambiaria *stricto sensu.*

Por otro lado, la citada jurisprudencia, en el considerando Cuarto, al discutir la Sala si se debía proponer expresamente la acción de enriquecimiento cambiario, añade lo siguiente:

> […] CUARTO.- Ahora bien, **cabe preguntar si el juez puede disponer el pago del título cambiario cuya acción ejecutiva ha prescrito, dentro del juicio iniciado para su pago, aunque el actor no haya propuesto la acción cambiaria de enriquecimiento injusto ni haya fundado su acción en lo que dispone el inciso tercero del artículo 461 del Código de Comercio.** En realidad, de los títulos cambiarios nacen diversas acciones diferentes de una parte, se distingue entre la acción directa contra el aceptante de la letra de cambio y contra el suscriptor del pagaré a la orden, previstas en los artículos 436 inciso segundo y 489 del Código de Comercio, respectivamente, y la acción de regreso contra el girado y los endosantes en la cambial y contra los endosantes en el pagaré a la orden, de conformidad con los artículos 451 y 488 ibídem; de otra, nacen las acciones de pago, que tiene en acción directa o de regreso el último portador legitimado del título, de conformidad con los

> artículos 456 y 488 del mismo cuerpo legal; la del reembolso que tiene el que paga contra los anteriores obligados según lo disponen los artículos 457 y 488 ibídem; **y la de enriquecimiento injusto que la puede ejercer el portador legitimado o quien pagó únicamente contra el obligado que se haya enriquecido injustamente o haya recibido provisión de fondos, al amparo de lo que dispone el artículo 461 inciso tercero** aplicable al pagaré por lo que manda el Art. 488 del Código Mercantil; cada una de estas acciones tiene diversos fundamentos e inclusive en el caso de la acción de reembolso ha de acreditarse el monto de lo desembolsado, y **en el caso de la acción cambiaria de enriquecimiento injusto ha de acreditarse tal enriquecimiento injustificado a la provisión de fondos. Por lo tanto, únicamente si el tenedor propone con su acción ejecutiva de pago o de reembolso la acción cambiaria de enriquecimiento injusto o si fundamenta su pretensión en lo que dispone el inciso tercero del artículo 461 del Código de Comercio, el juzgador podrá entrar a resolver este reclamo dentro del mismo proceso ejecutivo iniciado para el pago del título fundamento de la acción, según lo dispone la norma legal antes citada. Es verdad que podrá parecer incongruente que el actor en su pretensión diga que no obstante estar prescrita su acción ejecutiva de pago o de reembolso, sin embargo por la misma vía propone la acción cambiaria de enriquecimiento injusto, y así se pronunció la Quinta Sala de esta Corte en su sentencia de 9 de noviembre de 1978** (V. Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Galo Espinosa, T. X, P. 402). **Pero esta situación es posible en nuestra patria precisamente en razón del criterio que adoptó esta Corte Suprema de Justicia en su Resolución obligatoria de 25 de mayo de 1959**. La Primera Sala de este máximo Tribunal, en fallo de 2 de julio de 1968 (v. Diccionario, ct II, p. 405) se pronunció en el sentido de que **el actor debe mencionar la acción de enriquecimiento injusto en la misma demanda `para que el demandado pudiese defenderse en el decurso del mismo proceso seguido para el pago de la letra de cambio',** criterio que es compartido por esta Sala.[…](Las negrillas son mías.)

En este caso resulto por la Corte, el actor no propuso la acción cambiaria de enriquecimiento injusto conjuntamente con su acción ejecutiva y tampoco la fundamentó en el inciso tercero del artículo 461 del Código de Comercio. Por lo tanto, se aplicó el principio dispositivo, que significa que el juez no puede conceder al actor lo que éste no ha pedido en su demanda; y, además tomando en cuenta el principio de la congruencia, que

exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, en base a las cuales se trabó la litis, el juzgador no podía dar paso a una acción que no se ha planteado ni resolver más allá de lo que ha sido materia de la litis, so pena de caer en el vicio de *ultra petita*. Es por eso que en este caso se resolvió revocar la sentencia de segundo nivel, la que aceptaba y aplicaba el inciso tercero del artículo 461 del Código de Comercio y aceptó la excepción de prescripción, propuesta por el demandado, resolviendo negar la acción ejecutiva.

Por otro lado, a continuación exponemos una sentencia bastante interesante sobre el tema de la acción cambiaria. Así la resolución de tercera instancia dictada por la Corte Suprema de Justicia con fecha 8 de julio de 1966, publicada en la Gaceta Judicial año LXXI, Serie XI, No. 1, página 36, la que en consideración a un acción cambiaria de letra de cambio, considera, entre otras cosas, que subsiste la acción cambiaria, en caso de caducidad o prescripción pero no contra cualquiera de los obligados según el Art. 455 del Código de Comercio, sino contra alguno de ellos solamente: a) contra el girador, que no ha hecho provisión; b) contra el girador o cualquiera de los endosantes, cuando se han enriquecido injustamente; y, c) en caso de prescripción, contra el aceptante que recibió provisión o se ha enriquecido injustamente. En todos estos tres casos, el enriquecimiento se debe resolver en el mismo proceso iniciado para el pago de la letra de cambio.

Además, en cuanto tiene que ver con la acción de enriquecimiento cambiara y contra quien puede ejercerse, la Corte Suprema de Justicia, en esta jurisprudencia, sostuvo lo siguiente:

> […] QUINTO.- Según el inciso tercero del Art. 461 del referido Código, que reproduce una resolución que dió por mayoría de votos, esta Excma Corte Suprema **subsiste la acción cambiaria, en caso de caducidad o prescripción pero no contra cualquiera de los obligados según el Art. 455 del Código de Comercio, sino contra alguno de ellos solamente**:
>
> a) contra el **girador**, que no ha hecho provisión;
>
> b) contra el girador o cualquiera de los **endosantes**, cuando se han enriquecido injustamente; y,

> c) en caso de prescripción, contra el **aceptante** que recibió provisión o se ha enriquecido injustamente.
>
> En todos estos tres casos, el enriquecimiento se debe resolver en el mismo proceso iniciado para el pago de la letra de cambio. […]
>
> […] SEXTO-. Si bien el Código de Comercio con el fin de dar rapidez a las operaciones comerciales y bancarias, ha acortado el plazo de la prescripción, reduciéndolo a tres años, ha querido al mismo tiempo, **por razones de equidad, conservar una acción contra el obligado que, a pretexto de esa prescripción se enriquecería con perjuicio ajeno. Por eso el inciso citado contiene dos restricciones al principio general establecido en el Art. 455**, **una en cuanto al número de los obligados**, pues sólo puede dirigir la respectiva acción de enriquecimiento injusto **contra el girador, el endosante o el aceptante**; **y otra en cuanto al fundamento de la acción,** que sólo procede cuando uno de esos tres obligados se enriquece en **forma injusta.**[…]
>
> […] SÉPTIMO.- **No cabe la acción contra el avalista** por tres razones fundamentales:
>
> a) **porque la obligación** de cada uno de los signatarios de la letra de cambio es **autónoma** y por consiguiente, tiene que ejercerse dentro del plazo de tres años contados desde el vencimiento;
>
> b) **porque no la ha establecido la ley**, ya que, según acabamos de decir, sólo tiene cabida la acción, una vez caduca o prescrita la letra de cambio contra las tres personas taxativamente designadas en el penúltimo inciso del Art. 461, es decir contra el girador, el endosante o el aceptante; y,
>
> c) **porque el avalista rara vez puede enriquecerse injustamente**, ya que de ordinario, el aval se presta gratuitamente por servir al deudor o facilitar el curso normal de la letra de cambio […] (Las negrillas son mías.)

Tal como se ha podido observar, la acción de enriquecimiento injusto puede dirigirse en contra del girador, o contra el aceptante y también contra los endosantes. El caso más frecuente es cuando se ejerce esta acción en contra del girador, y ésta puede tener lugar en cuanto el girador haya recibido una contraprestación del beneficiario (tomador) por la emisión de la cambial y no haya hecho la provisión al girado (aceptante) para hacer el pago, y, además, la acción de regreso en su contra ya no proceda por caducidad.

Asímismo, el aceptante puede haber recibido la provisión del girador y después quedar liberado del pago por prescripción. Los endosantes pueden haber recibido gratuitamente el título y después haber lucrado, obtener un precio por su enajenación. Y tal como dice Vittorio Salandra: "En cambio, no puede dirigirse contra el girado que antes de haber aceptado no es obligado cambiario, y tampoco contra los avalistas o contra el aceptante por intervención, ya que éstos no reciben generalmente ninguna contraprestación por la asunción de sus obligaciones."[406]

Por otro lado, continúa la resolución de la Corte Suprema de Justicia, en la jurisprudencia precitada, y dice:

> […] NOVENO.- De la calidad de autónomos que tienen las obligaciones inherentes a la letra de cambio, se deduce igualmente que la existencia de relación causal entre el librador y el aceptante no se comunica al avalista. Por ésto dice Langle que el poseedor del título no podrá invocar contra el avalista una acción que se derive del negocio fundamental que ligue al primero con el avalado. **Todos los grandes maestros coinciden en que, perdida por el tenedor la acción cambiaria, no puede ejercitar contra el avalista la acción ordinaria, puesto que es un garante exclusivamente cambiario** (Manual de Derecho Mercantil Español, tomo 2o. Pág. 347). […]
>
> […] DÉCIMO.- **No hay ley alguna que reconozca acción al portador contra el avalista, una vez prescrita la letra.** Basta citar aquí la autorizada opinión de Supino en el gran Tratado de Bolaffio Rocco Vivante: **"El rigor cambiario excluye el ejercicio de la acción de enriquecimiento contra otros obligados no indicados en forma expresa por la ley.** Así a nuestro entender están excluídas de élla los avalistas de las personas a que antes nos hemos referido. **Es verdad que el avalista está obligado en la misma forma que el avalado; pero su obligación se limita a garantizar el pago de la letra y no puede extenderse al caso de que el portador haya perdido la acción cambiaria contra el deudor garantizado. Además, muy difícilmente podría darse el caso de que el avalista se enriqueciera.** La Corte de Casación de Turín y la Corte de Triani, en sentencia de 17 de

[406] Vittorio Salandra, *Op. Cit.*, p. 321.

> diciembre de 1907 y 18 de noviembre de 1911, respectivamente, establecieron, añade Supino**, la responsabilidad del avalista por el enriquecimiento en perjuicio del portador por haberse beneficiado con la emisión de la letra, sustituyéndose al librador**; **pero en tal sentido fue considerado responsable no como avalista sino como enriquecido**. (De la letra de camibio, vol. I. Pág. 687).
>
> Terminado pues el desenvolvimiento, normal de la letra, prescrita esta por no haber ejercido el librador la acción contra el avalista dentro del trienio respectivo, **no subsistiría contra el avalista la acción cambiaria u ordinaria de enriquecimiento injusto sino en el caso de que se hubiera probado efectivamente que el avalista se benefició en alguna forma con la emisión de la letra o con alguna circunstancia relativa a su transmisión.**

A esto debemos añadir que, el caso más frecuente de controversia se da cuando se ejerce esta acción en contra del fiador, ya que como pudimos ver, no cabe la acción de enriquecimiento, *prima facie*, contra el avalista; sin embargo la acción de enriquecimiento podría tener lugar en cuanto éste haya recibido una contraprestación del tomador por la emisión de la cambial y no haya hecho la provisión al girado para hacer el pago, por lo tanto se ha beneficiado, "enriquecido injustamente", con la emisión de la cambial.

Asimismo, es de verse cómo el artículo 461, inciso tercero, del Código de Comercio ecuatoriano, con referencia a las letras, los cheques, pagarés y demás títulos valores de contenido crediticio entregados como pago de una obligación anterior, prevé, en efecto, que si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá asimismo, aunque tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción; es decir, este precepto normativo regula la hipótesis en que, pese a que la acreencia se encuentre extinguida, precisamente porque se dejó prescribir o caducar el título valor entregado con la finalidad específica de cancelar esa misma deuda, el acreedor tendrá, en todo caso, acción contra quien, a consecuencia del devenir de alguno de esos fenómenos de extinción de las obligaciones, se haya enriquecido a sus expensas.

Por consiguiente, la llamada acción de enriquecimiento cambiario se erige, pues, como un *extremun remedium iuris* que el ordenamiento jurídico concede al tenedor legítimo de un

título valor de contenido crediticio que ha sido recibido como pago de una obligación precedente y que, como efecto de la configuración de la prescripción o la caducidad de las acciones cambiarias, se ha visto privado no sólo de los recursos establecidos en las normas que gobiernan los instrumentos negociables, sino también de las acciones provenientes de la relación causal o fundamental que dio origen a la creación o transferencia del documento.

En este mismo sentido, y haciendo un análisis comparativo, el caso de Colombia es muy similar al ecuatoriano, es así que el Código de Comercio colombiano en su artículo 882 inciso final[407], en relación con los títulos valores recoge un texto casi idéntico en significado, que el del artículo 461 inciso tercero del Código de Comercio ecuatoriano. Y en este orden de ideas, el autor colombiano Tamayo Lombana expresa que esta norma deja varias interrogantes: "¿Podrá afirmarse que es sin causa que se ha enriquecido quien se beneficia de la prescripción, que por mandato legal extingue las acciones y derechos ajenos?" Y aun otra inquietud: "¿extinguida la acción cambiaria, propia de los títulos-valores, será admisible otra acción y otro procedimiento para hacer efectivo un crédito que prescribió? No lo creemos."[408] Según esta autor colombiano, esta norma contradice principios jurídicos fundamentales y por lo tanto se verá privada de efectividad.

Sin embargo de lo dicho, la Corte Colombiana reconoce plena viabilidad a la acción de enriquecimiento sin causa consagrada por el citado artículo 882 del Código de Comercio colombiano, calificándola como **acción autónoma** en este caso, lo que implica una modificación de uno de los principios fundamentales que rigen la acción de enriquecimiento sin causa, tal como vimos, cuál es el carácter de acción subsidiaria.

---

[407] Código de Comercio Colombia Art. 882. (Inciso final). **Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año.** (Las negrillas y el subrayado son míos.)

[408] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p. 305.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de Colombia, la Sala de Casación Civil, en Sentencia del 30 de julio de 2001, a través de su Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en el Expediente 6150 expresa lo siguiente:

> […] En efecto, se sabe que la acción de enriquecimiento sin causa tiene, por regla general, un carácter esencialmente subsidiario, lo que significa que "es preciso que ese enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción" (XLV, pág. 29 y XLVIII, pág. 128), de suerte que si éste existe, o habiendo existido, el afectado dejó prescribir la acción, no podrá acudirse a aquel mecanismo, en la medida en que la **actio in rem verso no es un instrumento alternativo -o sucedáneo- para el ejercicio de un derecho, como tampoco una herramienta que premie o avale la desidia o inactividad del acreedor, o sirva para desconocer los indiscutidos efectos extintivos de la prescripción.**
>
> **Sin embargo, como una excepción a la regla anterior, cuando el empobrecimiento del acreedor, recta vía, surge del decaimiento por prescripción o caducidad de la acción cartular reconocida a los títulos valores, la acción de enriquecimiento sin causa, consagrada normativamente en el artículo 831 del Código de Comercio, adquiere, en tal caso, una naturaleza autónoma**, como se desprende de la misma norma que la consagró, el inciso final del artículo 882 de la misma codificación, cuyo presupuesto justamente es que el acreedor haya dejado "caducar o prescribir el instrumento", caso en el cual, como "la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo", no es posible -y por ello necesario-, desde una perspectiva etiológica, acudir al negocio causal para edificar una pretensión que evite el empobrecimiento, como equivocadamente lo consideró el sentenciador de segundo grado. De allí que la Corte haya señalado que la aludida disposición consagra "**una regulación normativa específica, concerniente exclusivamente a los casos en que se paga una obligación causal preexistente, como se dijo atrás, con uno o varios títulos de contenido crediticio respecto de los cuales se produce la caducidad o la prescripción**; por lo que impónese afirmar que **la norma da un tratamiento particular a la actio in rem verso cuando ésta se apoya en tal tipo de documentos crediticios**" (Cas. Civ. de agosto 18/89. Cfme: Cas. Civ. de octubre 5/89 y Cas. Civ. de marzo 14/01, exp. 6550). […] (Las negrillas son mías.)

Como vemos, esta sentencia hace una diferenciación de la acción de enriquecimiento injustificado general o de derecho civil, en relación con la acción de enriquecimiento injustificado cambiaria, y a esta última la califica de autónoma, pero como un caso excepcional, incluso dentro del derecho cambiario. En este sentido, la doctrina ha precisado que la acción de enriquecimiento cambiario "tiene por causa *petendi* el injusto enriquecimiento del demandado en daño del actor y, en consecuencia, por condiciones o presupuestos la pérdida de la acción cambiaria y la falta de una acción causal y por *petitum* la suma por la cual el demandado se haya injustamente enriquecido".[409]

De allí que el objeto de la misma "no es tanto la suma de la letra cuanto el monto del enriquecimiento que podrá, o no, coincidir con el perjuicio."[410] Todo lo cual explica que la acción de enriquecimiento injusto "no es una acción de naturaleza cambiaria, porque surge después que la acción cambiaria haya caducado o prescrito; y, por supuesto, luego de que la acción causal ha fenecido como consecuencia de haber ocurrido uno de tales fenómenos."[411]

También debemos añadir que, aunque la consagración jurídica de esta acción pareciera entrañar una contradicción, tal como lo manifiesta Tamayo Lombana, en la medida en que es el mismo tenedor del título valor quien ha desatendido las cargas o diligencias formales de las cuales depende la caducidad o ha permitido pasivamente que transcurra el perentorio lapso de tiempo que genera la prescripción del título crediticio; sin que, por lo demás, haya mediado culpa o ilicitud por parte del deudor, del que se pretende se ha enriquecido injustamente. De la misma manera, es verdad irrefutable que la drástica consecuencia extintiva que cualquiera de estos fenómenos produce sobre la acción causal deja al acreedor completamente desprovisto de toda herramienta cambiaria o extracambiaria que le permita hacer valer sus derechos, circunstancia que reclama la actuación consecuente del principio de equidad, como fundamento de un remedio extraordinario y excepcional, calificado por

---

[409] Mario Alberto Bonfanti y José Alberto Garrone. *"De los Títulos de Crédito"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1982, p 718.

[410] Ibid.

[411] César Vivante, *"Tratado de Derecho Mercantil",* T. III, Reus, Madrid, España, 1936. p.486.

reconocidos autores como "… la muralla suprema de la justicia contra los rigores del formalismo"[412], con el propósito de impedir que se consolide una situación patrimonial abiertamente desequilibrada.

De todo lo expresado anteriormente se colige, que no puede pasarse por alto que aunque este recurso judicial es, en el fondo, una emanación del enriquecimiento sin causa común, como ya manifestamos varias veces; también resulta cierto que respecto del mismo no se predica, con estrictez, el carácter subsidiario que reside en éste, es evidente que se trata de una acción autónoma, en la medida en que brota de una norma específica, así el artículo 461 inciso tercero del Código de Comercio ecuatoriano o el artículo 882 inciso tercero del Código de Comercio colombiano, que hace relación sólo a las hipótesis en que se cancela una deuda anterior con uno o diversos títulos valores de contenido crediticio, frente a los cuales se ha configurado la prescripción o la caducidad; de esta manera, emerge manifiesto que el precepto en rigor le ofrece un tratamiento peculiar a la *actio in rem verso* en aquellos casos en que se funda en cualquiera de tales documentos.

Todo lo dicho significa, nada más y nada menos, que la citada autonomía, de esta acción de enriquecimiento cambiaria, es una característica propia únicamente de la acción de enriquecimiento sin causa cuando ella se funda en la caducidad o en la prescripción de la acción cambiaria de algún instrumento de contenido crediticio entregado como pago de una obligación preexistente, es decir cuando es causal. Es así que, pese a que la prerrogativa contemplada en el inciso tercero del artículo 461 del Código de Comercio ecuatoriano, o en el inciso tercero del artículo 882 del Código de Comercio colombiano, encuentra sus raíces en el enriquecimiento sin causa común, lo cierto es que la naturaleza del recurso judicial previsto en dicho precepto presenta una fisonomía propia que, en el caso de la particularizada exigencia, lo distancia ostensiblemente de la regla general con la que el ordenamiento jurídico disciplina la institución, la cual, es de carácter definitivamente subsidiario.

---

[412] Lescot P. y Roblot R., "*Les Effets de Commerce*", I, París, 1953, p. 179; citados por: Héctor Cámara, *"Letra de Cambio y Vale o pagaré"*, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 446.

VII.2.7.2.- La acción por enriquecimiento es una acción personal y subsidiaria

Finalmente, antes de proseguir al siguiente y final requisito o elemento del enriquecimiento injustificado o sin causa, estableceremos las conclusiones en cuanto a la naturaleza de la acción de *in rem verso* o de restitución por enriquecimiento sin causa. En este sentido, el autor colombiano Arturo Valencia Zea nos dice que esta acción "es una acción personal y no real, y de ahí que sólo puede ejercerse contra el enriquecido o sus herederos, y no contra terceros poseedores de la ventaja o provecho que forma el contenido del enriquecimiento."[413]

De lo que se colige que, si existen varios enriquecidos la acción se dirige contra todos ellos por aquello en que se han enriquecido, es decir, por su parte o cuota en la que su patrimonio ha aumentado su valor pecuniario; "por lo tanto, no existe solidaridad a este respecto, ni la insolvencia de un enriquecido grava a los demás"[414], y por otro lado, tratándose de un enriquecimiento pecuniario valorable en dinero es una obligación totalmente divisible. A lo que añadiremos, "que si con la misma prestación lucran varias personas y no puede determinarse en qué medida ha aprovechado la prestación a cada una de ellas, vendrán obligadas a restituir por partes iguales."[415]

Como ya manifestamos anteriormente, en derecho moderno es uniformemente aceptada la doctrina según la cual la acción por enriquecimiento solo es posible ejercerla cuando el empobrecido carezca de otra acción especial para obtener la reparación[416]. Por lo que, del carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injustificado o sin causa se desprenden dos consecuencias principales:

---

[413] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.*, p. 316.

[414] Ibid.

[415] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 258.

[416] En este sentido se han manifestado la jurisprudencia colombiana (ver Gaceta Judicial, t. XLIV, p., 474), la jurisprudencia francesa y el nuevo Código italiano de 1942, que en su art. 2402 dice: "La acción por enriquecimiento no puede proponerse cuando el perjudicado puede ejercer alguna otra acción para hacerse indemnizar el perjuicio sufrido". En el mismo sentido el art. 1955 del Código Civil del Perú de 1984.

a) Como es lógico, ésta acción no es posible ejercerla cuando la ley ha establecido alguna acción especial para obtener la reparación del perjuicio, como ya se vio en casos específicos, como cuando el vendedor o el comprador que en la venta de un inmueble han sufrido lesión enorme, deben ejercer esta acción y no la del enriquecimiento injustificado.
b) Por otro lado, tampoco se puede ejercer la acción por enriquecimiento cuando el empobrecido pudo haber ejercido otra acción, pero ya no es posible hacerlo por haber prescrito, caducado o por haber renunciado a ella, esto se aplica a la acción de enriquecimiento injustificado o sin causa común o general. Claro está que este requisito no es exigido en la acción de enriquecimiento cambiario, tal como se trató, exhaustivamente en el subtema anterior, esta acción postcambiaria es autónoma, tanto para la doctrina, como para la ley y la jurisprudencia.

Finalmente, podemos añadir que el carácter subsidiario de la acción por enriquecimiento "encuentra su justificación en que se ha instituido para completar el orden jurídico, no para reemplazar las acciones especiales expresamente establecidas por la ley o para suplir la negligencia de quienes han dejado prescribir sus acciones"[417]; aunque, como vimos, en el caso del enriquecimiento cambiario, se prefiere aplicar el principio de equidad, sobre el formalismo cambiario, en el evento en que se haya pagado con un título de crédito un negocio jurídico previo, evitando de esta manera, expresamente, que se presente un enriquecimiento injusto o injustificado del deudor, a pesar que la acción o el título hayan caducado o prescrito; situación de no desdeñable importancia, y que ha sido analizada por nosotros en este trabajo.

Por último, "la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento tienen carácter personal, aun cuando subsista y haya de restituirse en especie el objeto sobre que recaen."[418] De ese carácter personal de la acción de enriquecimiento sin causa, se desprende

---

[417] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.,* p. 317

[418] A. Von Tuhr, *Op. Cit.* p. 258.

un corolario, y es que sólo sean aplicables contra la persona o sus herederos, en que se dé el hecho de la adquisición sin causa, pero no contra sus sucesores a título singular.

VII.2.8.- Octavo elemento: Que no puede emplearse esta acción de enriquecimiento injusto para violar disposiciones imperativas de la ley

Para finalizar este capítulo analizaremos un último requisito o elemento de la acción de enriquecimiento injustificado. Debemos manifestar que, es evidente que este requisito va de suyo con la figura de cualquier acción judicial y de derecho; por tal razón se señala que el enriquecimiento producido no debe quebrar ninguna norma concreta del ordenamiento jurídico, ya que en ese caso, al perjudicado le corresponden las pretensiones propias del precepto vulnerado, sin poder esgrimir la propia del enriquecimiento sin causa. Lo que en otras palabras significa que si existiese otra acción para subsanar el derecho vulnerado, entonces se deberá aplicar esa y no la de enriquecimiento injustificado, o que si existe norma expresa que proteja un derecho, no se podrá reclamar por la vía del enriquecimiento injustificado, por más justo que pueda parecer.

Como podemos observar, este requisito es un elemento del derecho positivo y del principio de legalidad, diríamos también que tiene que ver inclusive con aspectos procesales. Así, las condiciones para el ejercicio de la acción, generalmente se entiende que son tres: la posibilidad jurídica, el interés y la legitimidad, todas las cuales se insertan en el principio de que no pueden violar disposiciones legales imperativas.

Para Enrique Véscovi, la posibilidad jurídica consiste "en que la pretensión se halle regulada por el derecho objetivo, que se encuentre tutelada por éste."[419] Por lo tanto, siempre se requerirá una adecuación entre el hecho alegado y la norma invocada, en otras palabras, deberá existir una coincidencia objetiva entre los hechos históricos en que se funda la acción y los hechos que constituyen la hipótesis normativa. Por consiguiente, no

[419] Enrique Véscovi, *Op. Cit.*, p. 68

podrá ejercerse la acción de enriquecimiento si los hechos propuestos no contemplan los requisitos o elementos especiales de ésta.

Así también, la acción de enriquecimiento sin causa, como cualquier otra acción, es viable, siempre y cuando exista un interés procesal, en otras palabras, ese interés deberá ser directo, legítimo y actual; cuando hablamos de legítimo nos referimos a que debe ser lícito.

Finalmente, un aspecto subjetivo de la acción es la legitimación en la causa, "esto es la especial posición del que actúa en juicio con respecto a la situación jurídica pretendida."[420]Como vimos, el empobrecido podrá ejercer la acción en contra del enriquecido injustificadamente, siempre y cuando exista un nexo causal, entre los dos, además que no deberán existir excepciones a esa causalidad, ni culpa del empobrecido y deberán cumplirse todos los requisitos para la configuración de una obligación derivada del enriquecimiento injustificado.

A lo dicho debemos añadir que, este elemento no es reconocido explícitamente por la mayoría de autores, ya que lo consideran como parte del principio anterior, es decir, de que la acción de enriquecimiento es subsidiaria y por lo tanto no puede ejercerse si existiese otra acción directa que se aplique al caso específico. No obstante, esta característica, que supone que con el ejercicio de esta acción no deberá pretenderse soslayar una disposición imperativa de la ley, va más allá del tema de la acción, el autor Jesús Vallejo Mejía indica que "parece que con esto se quiere significar que el remedio no tiene cabida cuando haya disposición legal que permita el enriquecimiento del demandado, como en los casos de prescripción adquisitiva o extintiva, de prohibición de repetir lo que se haya dado o pagado por objeto o causa ilícita a sabiendas y en algunos otros."[421]

Antes de terminar, es preciso señalar que, este principio afirma una vez más que las condiciones a que está sometida la acción de enriquecimiento sin causa son realmente severas. Sin embargo, esta severidad estaría justificada en la necesidad de defender la

---

[420] Enrique Véscovi, *Op. Cit.*, p. 69.

[421] Jesús Vallejo Mejía, *Op. Cit.*, p.243.

técnica jurídica, que de otra forma resultaría trastornada por el ejercicio arbitrario de la acción de enriquecimiento injustificado o sin causa.

De lo que concluimos que para que exista un verdadero ejercicio de esta figura jurídica, es necesario de un conjunto de disposiciones positivas, legales, que consideren todos estos elementos constitutivos, y que permitan su aplicación práctica más allá de las apreciaciones doctrinarias, y así evitar que en los países como el Ecuador, en los que no está acogida legalmente esta figura del enriquecimiento injustificado como fuente de las obligaciones, se sigan cometiendo errores al momento de aplicar, jurisprudencialmente, estos principios a casos concretos; y por lo tanto se siga denegando justicia o aplicándola de manera imprecisa.

CAPÍTULO VIII

DERECHO DE DAÑOS Y DERECHO DE ENRIQUECIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

VIII.1.- Análisis Comparativo entre la acción de daños y la acción de enriquecimiento sin causa

Una vez que hemos visto las características y elementos principales que conforman la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa, es preciso que realicemos, de una manera clara y precisa, un análisis comparativo entre el derecho de enriquecimiento y el derecho de daños, o en otras palabras, entre la acción de daños y perjuicios y la acción de restitución de enriquecimientos.

El jurista español Luis Díez-Picazo manifiesta que: "El hecho de que las normas relativas a la responsabilidad civil extracontractual tengan una función indemnizadora, obliga a distinguir nítidamente Derecho de daños y Derecho de enriquecimiento."[422] Coincidimos plenamente con esta postura, señalando además que no pertenecen al Derecho de daños, sino al Derecho de enriquecimiento, las normas cuyo objeto es la reintegración o restitución de valores patrimoniales obtenidos mediante el ejercicio indebido de un derecho ajeno, como veremos de manera más detallada posteriormente.

Por lo demás, es preciso señalar, que el trabajo analítico de distinción, entre la figura del enriquecimiento sin causa y la de la responsabilidad civil extracontractual fue iniciado en la obra de Rafael Nuñez Lagos (*El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934), que estaba influenciado directamente con criterios procedentes del autor alemán Andreas Von Tuhr, autor que tratamos en este trabajo, y cuya posición fue inmediatamente recogida y generalizada con mucha influencia en la doctrina y en la jurisprudencia

[422] Luis Díez-Picazo, "*Derecho de Daños",* Editorial Civitas, Madrid, España, 1999, p 48.

ulteriores; y, además, que se ha ido desarrollando doctrinariamente hasta nuestros tiempos, sin dejar de lado la influencia directa que ha presentado esta posición en la jurisprudencia civil española, sobre todo de los últimos años, y que posteriormente, en este capítulo, mencionaremos y analizaremos brevemente.

En este orden de ideas, la obra de Von Thur, ejerció una importante influencia tanto en la doctrina posterior como en la jurisprudencia de aquellos años, y en ella se esboza la distinción entre la acción de enriquecimiento y las acciones de daños derivadas de los hechos ilícitos o, en general, de la responsabilidad extracontractual. Así, Von Tuhr manifiesta que: "Si por virtud de un acto ilícito –por ejemplo, del consumo o enajenación culposos de una cosa ajena-, se produce un perjuicio, por el que se enriquece otra persona, concurrirán dos acciones: la de daños y perjuicios y la de enriquecimiento."[423]

De lo dicho se colige, que si una de estas acciones se ha cumplido, en otras palabras, se ha hecho efectiva y se ha pagado, se extinguirá la otra, en el *quantum* en que no exceda el total de la cumplida, lo que significa que quedará subsistente en la cantidad en que no se ha devuelto, ya sea la indemnización por daños o la restitución del enriquecimiento injustificado, según se haya ejercido ésta o aquélla primero.

Luis Díez-Picazo añade, que en la doctrina jurídica española esta idea es ya muy generaliza y, por ejemplo, en la obra de José Castán Tobeñas, quien sigue la línea de pensamiento de Nuñez Lagos, la distinción entre derecho de daños y derecho de enriquecimiento se establece del modo siguiente:

VIII.1.1.- Primera diferencia

Todo lo mencionado anteriormente nos permite señalar los caracteres diferenciales que tiene la la acción de daños y perjuicios frente a la acción de enriquecimiento injustificado o sin causa, veamos lo que manifiesta Castán Tobeñas[424] al respecto:

---

[423] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 260.

[424] Para el análisis es importante tomar en cuenta que Castán Tobeñas al hablar sobre la acción de daños o la acción de enriquecimiento injustificado se refiere a éstas como pretensiones; esto es así ya que este autor

> La pretensión por daños se orienta siempre al agente provocador, y son indispensables los conceptos de culpa e imputabilidad para determinar el deber de indemnizar. La pretensión de enriquecimiento se encamina siempre contra el enriquecido sin causa, prescindiendo en absoluto de las nociones de culpa e imputabilidad y dejando en la penumbra al agente provocador de la atribución patrimonial.[425]

A lo que podemos añadir que, en la acción de daños y perjuicios son indispensables los conceptos de culpa e imputabilidad para determinar al obligado a indemnizar; es decir, existe una posición de responsabilidad subjetiva, en la que los factores de atribución de la responsabilidad recaen en las condiciones del agente provocador del daño. Sin embargo, tales nociones no son necesarias para ejercer la acción de restitución contra el enriquecido injustificadamente, tal como lo vimos en el Capítulo 7, esto se debe a que lo que se necesita es que se cumplan precisamente los elementos constituyentes del enriquecimiento sin causa o injustificado, convirtiéndole en una posición de responsabilidad objetiva.

Debemos manifestar que la llamada responsabilidad objetiva "sostiene la posibilidad de una responsabilidad *sin culpa*, ni presunta ni probada. En consecuencia, la víctima solo tiene que probar el *perjuicio* y la *relación de causalidad*. En definitiva, se prescinde del elemento *culpa*."[426]

---

enfatiza el aspecto civilista por sobre el procesalista. Entendida, en Derecho procesal, la acción como un derecho abstracto que no tiene un contendido propio, que vale por sí mismo, en tanto que la pretensión tiene como sustento un derecho material por el que se exige algo al demandado, toda vez que los titulares de la relación jurídica sustantiva participan en la relación jurídica procesal en base a la identidad denominada legitimidad para obrar. Además, considera a la acción como la que se dirige contra el estado a fin de obtener tutela jurídica plena en tanto que la pretensión contra el demandado; por lo tanto, en cuanto a su finalidad u objetivo, es decir, relacionado con lo que se busca que se cumpla con las acciones de daños o de enriquecimiento, se refiere este autor español en este análisis comparativo que realiza, es decir, desde el concepto de "acción" que tiene el derecho civil, como contraparte de "obligación", la equipara con el término "pretensión" que tiene el derecho procesal, y que son equivalentes. Sin embargo, el autor ha considerado que los aspectos procesales de las acciones antes mencionadas no son de mucha utilidad, de la misma manera lo hacemos nosotros aquí y ahora en este trabajo académico de investigación que se centra en el derecho civil de las obligaciones. En consecuencia, nosotros nos referiremos siempre a las acciones, mas no como pretensiones de daños o de enriquecimiento.

[425] José Castán Cobeñas citado por: Luis Díez-Picazo, *Op. Cit.*, p 49.

[426] Alberto Tamayo Lombana, *"La Responsabilidad Extracontractual y la Contractual"*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, Colombia, 2005, p.46.

Por lo tanto, en el caso de la acción de enriquecimiento sin causa, el demandado responde sin culpa, responde por el resultado. Es una responsabilidad que se fundamenta en el vínculo material de causalidad entre el hecho o actividad del demandado y el perjuicio, o empobrecimiento, sufrido por la víctima. Es decir, es una relación patrimonial, que se mide en el *quantum* del empobrecimiento de un patrimonio hacia otro que se enriquece correlativamente.

VIII.1.2.- Segunda diferencia

A la primera diferencia, se añade una segunda que está muy relacionada y la complementa, ésta supone que: "La pretensión por daños necesita fijar la relación de causa a efecto entre el agente provocador y el daño. La pretensión por enriquecimiento fija dicha correlación entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido."[427]

De lo que entiende, que el nexo causal, usado en "la acción de daños y perjuicios busca determinar cuándo y con qué criterio un resultado debe ser atribuido a una persona determinada, lo que significa, que es necesario establecer la relación entre el agente provocador y el daño"[428]; es decir, entre la persona a la que se le atribuye la responsabilidad de reparar y el hecho provocador del daño.

Al contrario sucede en la acción enriquecimiento sin causa, en la que la relación causal, como vimos en el Capítulo 7, debe darse entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido, es por eso que hablamos de una concepción objetiva de la responsabilidad, lo que interesa en este caso es determinar ese vínculo entre el enriquecimiento y el empobrecimiento injustificado, entre patrimonios, como un flujo, con prescindencia, *prima fasciae,* del aspecto subjetivo. En consecuencia, no es importante o necesario determinar quién produjo el hecho del enriquecimiento, sino la situación final en la que existe un patrimonio empobrecido y otro enriquecido correlativamente a través de un nexo causal cierto.

[427] José Castán Cobeñas citado por: Luis Díez-Picazo, *Op. Cit.*, p 49.

[428] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 93.

VIII.1.3.- Tercera diferencia

En la acción de daños, la reparación se extiende a la totalidad del daño causado, sin limitación de derecho, salvo algunas excepciones legales. Por su parte, en la acción de enriquecimiento injustificado, la restitución tiene su objeto y su medida, salvo desviaciones concretas, en la cuantía del enriquecimiento.[429]

A esto debemos añadir que, en el caso de la acción de daños, muchas veces lo que los jueces establecen es una reparación compensatoria, es decir, una equivalencia al daño causado, que puede o no cubrir la totalidad del mismo, pero esto se da precisamente por la dificultad, en algunos casos, de determinar el *quantum* real o efectivo del daño causado.

Ahora, en el caso del enriquecimiento, la idea general es que, el empobrecido no podrá reclamar más allá del *quantum* del enriquecimiento obtenido por el enriquecido injustificadamente; sin embargo, nosotros sabemos que en algunos casos, sobre todo, en los que existe mala fe del enriquecido, son en los que se presentan excepciones a esta regla general,[430]y que se fundamenta en el principio general que manifiesta que "nadie puede beneficiarse de su propio dolo". Y por lo tanto, una vez citado con la demanda, el enriquecido sin causa deberá pagar los intereses respectivos, o si se trata de un cuerpo cierto, responde por los deterioros, etc.

VIII.1.4.- Cuarta diferencia

"En la responsabilidad civil no hay acción sin perjuicio."[431] Es más, "el elemento común de toda clase de responsabilidad es el daño o perjuicio. En general, existe perjuicio cuando se destruye o menoscaba alguno de los derecho subjetivos de las personas."[432]

---

[429] José Castán Cobeñas citado por: Luis Díez-Picazo, *Op. Cit.*, p 49.

[430] *Cfr.* Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 93 y p.104.

[431] Philippe Le Tourneau, *Op. Cit.*, p. 60.

[432] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.*, p. 178.

En este orden de ideas, sabemos que el daño puede constituir, a su vez, *danumm emergens* (daño positivo) y *lucrum cessans* (lucro frustrado), en este sentido, el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1572, cuando habla de la indemnización de perjuicios, expresa que: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento." Y excluye las excepciones cuando la ley se refiera expresamente, de manera individual, al daño emergente; es decir, que siempre que se hable de indemnización por daños y no se haga excepción la ley se referirá tanto al lucro cesante como al daño emergente en conjunto. Por otro lado exceptúa las responsabilidades derivadas del daño moral, tratadas en otro título del Código Civil ecuatoriano.[433]

Hemos señalado claramente, que la responsabilidad no se pone en movimiento sino cuando alguien invade la esfera jurídica ajena, produciendo en ésta una modificación de signo negativo, esta es una consideración en sentido lato, pero "si la modificación producida va en detrimento de los bienes que constituyen el patrimonio de la persona afectada, entonces estamos ante un daño en sentido estricto: el referido al patrimonio de la persona en cuestión."[434]

Por lo tanto, cualquier daño material le permite a la víctima pedir una reparación, desde luego si se encuentran reunidos los restantes elementos constitutivos de la responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual[435]. Por lo tanto, la acción de daños va dirigida a conseguir que el perjudicado reclame el resarcimiento de los daños causados en su patrimonio, tanto el daño emergente como el lucro cesante; es decir, el daño real, actual, efectivo; en otras palabras, "la liquidación del *quantum* indemnizatorio en dinero tiende a restablecer el *equilibrio patrimonial* roto en razón del perjuicio."[436] Está claro entonces que

---

[433] Emilio Velasco Célleri, *Op. Cit.*, pp. 10 y ss. (Sobre el daño moral el Código Civil ecuatoriano lo recoge en los artículos 2232, 2233 y 2234.)

[434] Horacio Pedro Guillén, *Op. Cit.*, p. 104.

[435] Henry Mazeaud, León Mazeaud y André Tunc, *"Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual",* Tomo Primero, Volumen I, quinta edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1961, p. 299.

[436] Eduardo A. Zannoni, *"El daño en la responsabilidad civil"*, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993, p.243.

la acción de daños busca devolver el equilibrio del perjudicado, aunque eso signifique que el agente provocador del daño vea disminuido su patrimonio, pero esta disminución patrimonial tiene causa y justificación que radica, precisamente, en la acción de daños.

Por otro lado, el enriquecimiento puede producirse por un aumento del patrimonio o un lucro emergente (*lucrum emergens*), o por una no disminución del patrimonio, o un daño cesante (*damnum cessans*)[437] (tal como lo vimos al tratar el primer elemento, el enriquecimiento, en el Capítulo 7). Por lo tanto, significa que la acción de enriquecimiento injustificado busca el restablecimiento patrimonial tanto del patrimonio del empobrecido, como del enriquecido injustificadamente. Por lo que el *quantum* del enriquecimiento se expresa como la devolución del flujo patrimonial, estimado dinerariamente, en la generalidad de los casos; o, en su defecto, por la restitución de la cosa o cuerpo cierto, del patrimonio del enriquecido hacia el del empobrecido.

Por consiguiente, se diferencia de la acción por daños, ya que la acción de enriquecimiento busca llegar al estado anterior al del empobrecimiento y del enriquecimiento injustificados, tanto para uno como para el otro, es decir, busca la restitución del enriquecimiento; no como sucede en la responsabilidad derivada de daños en que una vez producido el daño el responsable deberá cargar con el valor del mismo y deberá resarcirlo, dejar indemne al perjudicado, indemnizarlo, asumiendo él (agente provocador) el daño. Eso sí, en ninguno de las dos acciones se pretende tener un resultado en el que una parte lucre injustificadamente a costa de la otra.

En conclusión, la acción de restitución por enriquecimiento sin causa tiende precisamente a buscar lo que su propio nombre denota: "la restitución; es decir, que la utilidad práctica del principio es conseguir justamente que se restablezca el equilibrio de los patrimonios a través de la restitución al patrimonio empobrecido del aumento experimentado por el patrimonio enriquecido sin causa."[438]

---

[437] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 240.

[438] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, pp. 98-99.

VIII.1.5.- Quinta diferencia:

> La pretensión por daños nace normalmente de un hecho jurídico lícito, si bien puede nacer también de un acto ilícito. El daño se puede producir por acción o por omisión. El enriquecimiento –como es secundario el agente provocador-, sólo positivamente, por desplazamiento de valor de un patrimonio a otro.[439]

A lo que podemos acotar, en el sentido que la acción de daños puede nacer de una responsabilidad contractual, así como de una extracontractual, y en este segundo caso puede derivar de un delito civil (o penal, cuando la responsabilidad derivada del delito permita al sujeto pasivo de la infracción reclamar daños y perjuicios patrimoniales derivados del delito penal), o de un cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito. Pero, generalmente, la acción de daños deriva del incumplimiento de una obligación, que ha nacido lícitamente, como en el caso del incumplimiento contractual, cumplimiento defectuoso o de la mora en el cumplimiento[440]. El mexicano Miguel Ángel Pérez, en este mismo orden de ideas, manifiesta que: "El daño es un elemento de hecho que deriva de la conducta antijurídica y culpable, incluso de una actividad o actuar lícito, pero que puede manifestarse de diversas formas."[441]

Añadimos a esto, que la acción de daños, sobre todo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como en el español y otros de la misma línea, exige factores de atribución subjetivos; es decir, que "todo daño debe ser consecuencia de un *acto culposo*, en relación con la *responsabilidad subjetiva*"[442]; en otras palabra, se toman en cuenta, tanto la culpa, en sus diversas categorizaciones, y el dolo. Asimismo, existen contadas excepciones legales que generan la obligación de resarcir daños simplemente derivadas de un hecho no culposo,

---

[439] José Castán Cobeñas citado por: Luis Díez-Picazo, *Op. Cit*., p 49.

[440] Hildebrando Leal Pérez, *"Curso de Contratos Civiles y Mercantiles",* Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1989, p.138,

[441] Miguel Ángel Pérez Bautista, *Op. Cit.*, p. 94.

[442] Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Op. Cit.*, p. 201.

en cuanto a la responsabilidad objetiva o por riesgo, pero en casos determinados y específicos que son la excepción a la regla; y finalmente que los daños que no puedan imputarse a un acto o hecho no generan la obligación de repararlos.

También es importante hacer una aclaración en relación a la responsabilidad civil, veamos lo que manifiesta al respecto Guillermo Ospina Fernández:

> La doctrina tradicional de los civilistas ha pretendido establecer una dicotomía en la institución general de la responsabilidad, dividiéndola en dos sectores diferentes y que supuestamente estarían sometidos a un régimen jurídico también diverso. El de la *responsabilidad extracontractual o aquilinana* (de la *lex Aquilia*) y el de la *responsabilidad contractual*. Trataríase de la primera cuando ella se deduce a consecuencia de una conducta ilícita, dolosa o culposa, sin que el agente esté vinculado a la víctima del daño por una obligación concreta, como cuando a esta se le infieren lesiones con violación del principio general que impone el respeto a la integridad personal ajena. La segunda se presentaría cuando se daña al acreedor por el incumplimiento de una obligación concreta a cargo del deudor, como la de pagarle una suma de dinero dada en mutuo. Este solo planteamiento ya revela la inexactitud de la distinción, pues la expresión *responsabilidad contractual* parece reducir los principios y reglas que sancionan el incumplimiento de las obligaciones propiamente dichas, vínculos concretos entre personas determinadas, a las que emanan de un contrato, siendo así que estas pueden nacer de fuentes diversas, como del acto jurídico unipersonal, del enriquecimiento sin causa, y aun del hecho violatorio del ya mencionado deber general de prudencia y cuidado que pesa sobre todo el mundo en aras de la convivencia social.[443]

De la misma forma, debemos manifestar que el interés legítimo afectado por el daño debe ser lícito. Es decir, debemos añadir al daño un elemento esencial para su configuración y es el de la licitud del beneficio que resulta eventualmente afectado por un hecho dañoso. Al referirnos a “interés legítimo, hacemos alusión a “todo aquello que no contraríe la moral y las buenas costumbres, a pesar de no estar expresamente reconocido por el ordenamiento

[443] Guillermo Ospina Fernández, Op. Cit., pp. 85-86.

jurídico."[444] En tal sentido toda actividad o interés ilegítimo o ilícito, no está sujeto a la protección legal, ni mucho menos será objeto de resarcimiento en caso de sufrir un daño o perjuicio. En conclusión, para que todo patrimonio afectado sea resarcido por la acción de daños, este patrimonio o derecho deberá ser lícito y deberá además estar en cabeza de la víctima al momento de ser afectado.

Por otro lado, y en comparación con la acción de daños que, como hemos visto, puede ser contractual o extracontractual y se basa en un sistema de responsabilidad subjetiva, y en concordancia con lo que manifiesta A. Von Thur, quien sostiene que: "El enriquecimiento injusto es un fenómeno que se realiza entre dos patrimonios, el favorecido y el perjudicado, sin que, por regla general, intervengan ni tenga por qué intervenir negocio jurídico alguno de las partes interesadas."[445]De lo que se colige, que no se exige a ninguna de las partes la capacidad de obrar para que nazca la consiguiente acción de enriquecimiento.

Y añade el mismo autor alemán en que: "Un incapaz puede perfectamente resultar enriquecido y venir, por tanto, obligado a restituir aquello en que se lucró. El hecho del enriquecimiento es independiente de los actos de la persona favorecida."[446] Por lo que queda clarísimo, una vez más, que la relación de atribución en el caso del enriquecimiento injustificado se basa en un principio de responsabilidad objetiva, sin embargo, pueden existir contadas excepciones en que la mala fe del enriquecido produzca efectos resarcitorios mayores, y por consiguiente deba responder más allá que el *quantum* del empobrecimiento y su equivalente enriquecimiento injustificado; por ejemplo, se han dado casos en este sentido en España.[447]

---

[444] Javier Tamayo Jaramillo, *"De la Responsabilidad Civil"*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1986, p.98.

[445] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 252.

[446] Ibid.

[447] *Vid*. Luis Cosculluela Montaner, *"Consideraciones sobre el Enriquecimiento Injusto en el Derecho Administrativo"*, en Revista de administración pública, Nro. 84, 1977, Madrid, España, 1977, pp. 185-202.

VIII.2.- EL DERECHO DE DAÑOS Y EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN EL DERECHO COMPARADO

VIII.2.1.- Preámbulo al análisis comparativo de los sistemas jurídicos

Antes de continuar con este análisis comparativo, es preciso mencionar que el objetivo de este trabajo no es encontrar una única respuesta al tema del enriquecimiento injustificado; es decir, no buscamos avanzar hacia un Santo Grial de significado universal en cuanto al enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones. Y en este sentido, en este capítulo, buscamos por el contrario, revelar cómo los sistemas del Derecho civil romanista y el *Common Law* han estado tan lejos de llegar a un punto cierto sobre el tema del enriquecimiento injustificado; y observar cómo han desarrollado diferentes soluciones para mismos problemas; y, además, veremos cómo han arrivado a esas posturas diferentes aún cuando su destino es el mismo y aún cuando han usado, en la generalidad de los casos, las mismas vías doctrinarias.

Por lo tanto, tenemos interés en obtener como resultado del análisis comparativo de estas dos perspectivas distintas, los sistemas civilistas romanistas y del *Common law*, si éstas pueden echar luz la una postura sobre la otra y de esta comparación puedan surgir soluciones posibles o acercamientos a los problemas reconocidos o a sus deficiencias, que son, en la generalidad de los casos, comunes para los dos sistemas.

Sin embargo, dada la complejidad que representan, tanto el sistema del *common* law y el Derecho de tradición civilista romana, no pretendemos subsumir los dos sistemas a dos ordenamientos jurídicos, pero sí podemos analizar a sus representantes significativos y a sus posturas dominantes; por consiguiente, no pretendemos decir que el Derecho de los Estados Unidos de América e Inglaterra sean iguales, o que ninguna distinción relevante se pueda tomar entre el Derecho francés y el Derecho alemán, por mencionar algunos. De hecho, los varios sistemas continentales se diferencian el uno del otro en respectos importantes, especialmente porque algunos llevan un acercamiento abstracto (Alemania), mientras que otros mantienen una perspectiva causal (Francia) a la cuestión de la

transferencia de la propiedad o del patrimonio, temas que inciden directamente en el tratamiento de la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa.

Lo que proponemos, entonces, es que, trataremos de ganar una perspectiva de un representante de cada una de los sistemas legales que generalmente se han tratado como diferentes; por lo tanto, el énfasis de este trabajo, debido al origen de los autores consultados para el análisis comparativo, está principalmente en los sistemas legales de Inglaterra, de Alemania y eventualmente de Canadá, una cierta atención también se presta al Derecho francés, y a las leyes de las jurisdicciones de Estados Unidos; además, se sobreentiende que se hará relación directa al derecho Ecuatoriano y a los distintos ordenamientos jurídicos de tradición civil romanista, en lo que sea relevante y pertinente.

Centrar la atención en el enriquecimiento injustificado desde el punto de vista del Derecho comparado, como intentamos hacerlo en este trabajo, nos parece apropiado, especialmente debido al interés actual en la posible aparición de un Derecho Europeo Privado.[448] Debemos manifestar que existe una dimensión "institucional" sobre este tema, que, notablemente está emergiendo de las directivas del Consejo de la Unión Europea, decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y también de Convenciones tales como la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos para la Venta Internacional de Mercancías; a esto debemos añadir, que es importante recordar, que las leyes europeas son formadas, generalmente, por el trabajo combinado de jueces, de legisladores y de profesores, lo que permite que el resultado sea de mayor calidad, en cuanto a eficiencia y eficacia de las normas promulgadas; ya que las discusiones intensas entre las diferentes perspectivas llevan, generalmente, a un resultado satisfactorio y de más fácil aplicación a casos concretos, más aún, cuando se trata de temas cada vez más complejos, como son las relaciones comerciales y, por ende, en último término, las obligaciones civiles.

---

[448] *Vid.* Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink et al. (Editores), *"Towards a European Civil Code",* second edition, Muller-Graff, 1998.

Es así que, dentro de la Comunidad Europea inspirada en primer lugar por la idea de un mercado común, el derecho contractual (*The Law of Contract)* estuvo destinado a ser el área del derecho privado a ser más "afectada", nosotros diríamos, "desarrollada" o "evolucionada" por la búsqueda de nuevas reglas legales transnacionales. Esto se refleja no solamente en la literatura jurídica reciente, que se ocupa de las reglas de sistemas legislativos nacionales modernos, así como de las variaciones locales en un ámbito europeo común, como también en los principios del derecho contractual europeo (*Principles of European Contract Law),* en efecto una nueva posición del derecho de obligaciones europeo, y en las preocupaciones del *Trento Common Core Project,* que es un proyecto que busca aunar principios sobre el derecho de obligaciones en la Comunidad Europea.

VIII.2.2.- Análisis comparativo

Una vez hecha la aclaración, continuamos; es así que, como ya manifestamos con detenimiento, sobre todo, en el Capítulo 1 de este libro, el Derecho romano y los sistemas que han adoptado sus principios generales, nunca han tenido duda que dentro del derecho de las obligaciones, existía un área distinta de los contratos y de los delitos, que evidentemente, una parte de esta área fue ocupada por el enriquecimiento injustificado. Esto es así, por lo menos, desde el segundo siglo de Roma, cuando el jurista Gayo categorizó las obligaciones como provenientes de los contratos, delitos o de otras fuentes. Sería casi cuatro siglos después, cuando las Institutas Justinianeas reconocieron una división de todas las obligaciones como las que se originaban de los contratos, de los delitos, "como de los contratos" (*quasi ex contractu*), y "como de los delitos" (*quasi ex maleficio*).

Es así que, siguiendo esta tradición de clasificar las obligaciones en estas cuatro categorías, luego de Roma, durante largo tiempo las obligaciones que se originaban del enriquecimiento injustificado se encasillaban dentro de los cuasicontratos (*quasi ex contractu*), posición incorrecta, como lo vimos y argumentamos claramente en el Capítulo 5 de este trabajo investigativo. De esa concepción se puede decir que los romanos nunca consideraron al enriquecimiento injustificado como parte de la responsabilidad surgida de

los daños ocasionados por delitos o cuasidelitos, y cuyas diferencias principales vimos anteriormente en este mismo capítulo; aún así, algunas formas del enriquecimiento injustificado están relacionadas con los contratos, como por ejemplo, los préstamos o mutuos realizados con error, así como los pagos realizados con error, etc.[449]

Por otro lado, aunque esa clasificación viene desde los tiempos romanos, es preciso darle cierto crédito a los escolásticos del siglo dieciséis, por el esfuerzo analítico en elevar el enriquecimiento injustificado como una categoría legal dentro de las obligaciones, igualándolo al nivel de los contratos, y de los ilícitos, sean estos delitos o cuasidelitos. A esto debemos añadir que muchas de las *condictiones* romanas han sido incorporadas en el derecho civil de influencia francesa, como es el caso del derecho civil ecuatoriano, y se lo ha hecho dentro de la doctrina del contrato, como consecuencia de la doctrina de la causa; pero, "lo contrario ocurre en el derecho alemán y del *common law*, en donde se han mantenido su tipificación como *condictiones"*[450]. Es por eso que los Códigos Civiles de influencia francesa contienen diversas acciones restitutorias, que tienen por antecedentes la nulidad, la resolución, la reivindicación, que tienen sus efectos obligatorios en materia de frutos, deterioros, mejoras, sólo para citar algunos ejemplos.

Siguiendo esta línea de ideas, y para aclarar mejor las cosas, también es importante conocer cómo considera el *common law* al enriquecimiento injustificado, para graficar revisemos un ejemplo propuesto por Zimmermann, que aunque un poco extenso es muy claro, y por lo tanto he decidido citarlo tal cual, y éste dice:

> A vende su caballo a B. Algunas semanas después, A entrega el animal al comprador. Cuando A demanda por el precio de la venta, el contrato resulta ser inválido. Obviamente, bajo estas circunstancias, A debe poder recuperar su caballo: pero sería evidentemente injusto si B pudiera quedarse con lo que ha adquirido sin tener que rendir una contraprestación. El reclamo de A, sin embargo, no puede basarse ni en responsabilidad contractual o extracontractual (derivada de delito o cuasidelito); B, al aceptar la entrega del

---

[449] *Vid.* A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, pp. 246-247.

[450] Enrique Barros Bourie, *"Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en Derecho Ajeno, por incumplimiento contractual o por ilícito contractual"*, Ponencia presentada en España, marzo de 2008, p.1.

> animal, no actuó en contra de la ley, y A, al entregar el caballo, intentó cumplir su obligación contractual, no intentó crear en B la obligación de devolver el caballo. Ocasionalmente, A tendría todavía la posibilidad de intentar la reivindicación. En el Derecho francés moderno, por ejemplo, el contrato de compraventa es el que transfiere el dominio; si la venta resulta inválida, el dominio continúa con el vendedor, y B meramente adquiere la posesión. Es común, sin embargo, que el vendedor no pueda sostener su acción de restitución. En el Derecho Alemán moderno, la transferencia de la propiedad constituye una transacción separada (separada del contrato de compraventa previo), el cual, deberá ser evaluado "abstractamente": la nulidad del contrato de compraventa, generalmente, no afecta la transferencia de dominio. En el Derecho romano, también, A hubiese perdido su derecho real, los caballos eran bienes *res mancipi* (semovientes animales de carga*)*, y la transferencia de dominio requería ya sea de la disposición o de la cesión de derecho. Los dos actos eran abstractos y continuaban siendo válidos sin perjuicio del destino de la transacción obligatoria que se suponía debían cumplir. Un remedio especial es requerido, un remedio *in personam* y basado en el hecho que el comprador ha recibido, de lo que consecuentemente resultó ser "*indebitum"*: una prestación que no era debida y que, por lo tanto, B no tenía el derecho de retenerla. Este remedio fue instituido por los juristas romanos y, usualmente, se referían como *condictio indebiti*. Tras los siglos, ésta se ha convertido en una de las piedras angulares de nuestro (refiriéndose al *common law*) actual derecho de enriquecimiento injustificado. [451]

Por lo tanto, es bien sabido por todos nosotros, que la situación y aplicación de la teoría del enriquecimiento injustificado en el sistema jurídico del *common law* es diferente, aunque no contrapuesta, a la del Derecho civil de origen europeo continental, *verbi gratia* recientemente el Derecho de Inglaterra ha considerado y ha aceptado al enriquecimiento injustificado en algunos casos dentro de su ordenamiento jurídico, pero como una noción de Derecho extranjero. Es así que en el caso *Okapo v. Manson Investments Ltd., Lord Diplock* (Cámara de los Lores) mencionó lo siguiente:

> No existe ninguna doctrina general del enriquecimiento injusto que haya sido reconocida en el Derecho Inglés. Lo que se hace es proveer de remedios específicos en casos particulares

[451] Reinhard Zimmermann, *"The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition"*, Oxford University Press, Cape town, 1996, pp. 834-835. (Traducción por el autor.)

> que podrían ser clasificados como casos de enriquecimiento injusto en un sistema legal que se base en el Derecho romano.[452]

Pero, David Johnston nos dice que las cosas han cambiado mucho desde entonces; es así que, la postura de los magistrados de las más altas Cortes Inglesas han cambiado su posición frente a la aplicación de la teoría del enriquecimiento injustificado. Por ejemplo, veamos cómo se refiere sobre ésta figura el magistrado inglés, *Lord Steyn* en el caso *Banque Financière de la Citè v. Parc (Battersea) Ltd*.: "El enriquecimiento injusto se encuentra al lado del contrato y de los delitos y cuasidelitos como parte del derecho de obligaciones [como] una fuente independiente de las obligaciones."[453] Como podemos apreciar, esta postura va de acuerdo a la doctrina moderna dominante del derecho civil europeo continental, especialmente la alemana, y en menor grado lo hacen las posturas francesas y españolas.

Y corroborando este cambio de tendencias, el español Enrique Barros manifiesta lo siguiente:

> En el *common law*, el derecho de obligaciones ha sido tradicionalmente dividido en contratos, ilícitos y restitución. Sin embargo, la doctrina más lúcida ha reparado que esta última categoría no está en el mismo nivel analítico que las dos primeras, porque mientras el contrato y el ilícito son reconocidas como fuente de obligaciones, la restitución es un remedio que tiene por antecedente un hecho jurídico, de entidad funcional semejante al contrato y al ilícito, como es el enriquecimiento sin causa. Así, se propone, con razón, que las obligaciones sean clasificadas de acuerdo a su fuente en derivadas de contrato, de hecho ilícito, de enriquecimiento injustificado y de otras fuentes. A la inversa, en la propia tradición del derecho civil ha faltado una mirada de conjunto de las diversas obligaciones restitutorias, lo que ha impedido verlas como concreciones típicas y diferenciadas, pero que responden a un principio común de enriquecimiento injustificado.[454]

---

[452] David Johnston (Editor), *Op. Cit.*, p. 8. (Traducción por el autor.)

[453] Ibid. p. 9. (Traducción por el autor.)

[454] Enrique Barros Bourie, *Op. Cit.*, p.2.

En este orden de ideas, en otros ordenamientos jurídicos, como en el del Derecho civil alemán, que en este sentido difiere del derecho civil de rama francesa; se han presentado consideraciones similares a las propuestas mencionadas; por ejemplo, en lo referente al principio general contra el enriquecimiento injustificado precisado en el art. 812.1, primer inciso del Código Civil alemán que dice: "Alguien que obtiene algo sin fundamento legal, producido por otro o de otra manera a sus expensas, está obligado a devolverlo." Esta formulación es también excesivamente amplia. Y la doctrina y jurisprudencia actuales han notado que no es el caso que todo lo que uno tiene sin una causa legal (*ohne rechtlichen Grund*), como resultado de la prestación de otra persona, o de otra manera, a sus expensas, puede ser recuperada.

En consecuencia, la tarea para la jurisprudencia alemana, realizada notablemente por Walter Wilburg y Ernst von Caemmerer, era identificar los casos que entraban dentro del principio general, donde el demandante tenía realmente una razón para demandar. Los cuatro casos que ellos identificaron de la fraseología del primer inciso del artículo 812. 1 del C. C. alemán, actualmente son ampliamente aceptados y son los siguientes:

(i) El demandante realizó una prestación, que no tenía una base jurídica, contra el demandado (*Leistung*);
(ii) El demandado usurpó el patrimonio del demandante (*Eingriff*);
(iii) El demandante incurrió en expensas en la mejora del patrimonio del demandado (*Verwendungen*);
(iv) El demandante pagó la deuda del demandado (*Rückgriff*).[455]

Está claro entonces, que el Derecho alemán, por lo tanto, ha refinado y determinado este amplio principio para cubrir solamente situaciones particulares en las que el enriquecimiento se produzca.

Para efectos de este trabajo, nosotros podemos manifestar que de estos cuatro casos, el primero se basa en las palabras "a través de una prestación" (*el durch die Leistung*), mientras que los tres casos restantes son subcategorías de enriquecimiento "en una forma

[455] David Johnston (Editor), *Op. Cit.*, p. 4. (Traducción por el autor)

distinta" (*in sonstiger Weise*). Como es evidente, vale decir que la categoría (ii) cubre casos del "enriquecimiento por injurias o perjuicios", que el *common law* conoce como "*enrichment by wrongs*[456]*",* o, en una traducción bastante simple, como un "enriquecimiento por daños provocados por delitos". Por otro lado, claramente diversas posibilidades pueden presentarse cuando provenga el enriquecimiento donde no se hayan producido injurias o daños a la propiedad del otro.

De tal guisa, la tarea para el *common law*, especialmente visible en el Derecho Inglés, ha sido, prácticamente hacer lo contrario; es decir, no es una cuestión de refinar los principios existentes. La cuestión a determinar sería la siguiente: ¿del número extenso de casos, se puede llegar a un principio general? Es preciso señalar que para tratar de resolver este desafío teórico, se presentaron Robert Goff y Gareth Jones, después (de una manera más teórica) se presentó una postura por parte de Peter Birks; y más recientemente por Andrew Burrows y por Graham Virgo, escritores prolíficos que han publicado un sinnúmero de artículos (*papers*) y disertaciones sobre el tema.[457] Sin embargo, por razones metodológicas no analizaremos sus doctrinas, sino solamente indicaremos sus posturas cuando sean pertinentes en este Capítulo.

Por otro lado, si bien es cierto que los análisis y las presentaciones de estos autores difieren en numerosos aspectos; sin embargo, por los propósitos del presente trabajo, antes expresados, creo que sería suficiente considerar el esquema que elaboró Birks al respecto del enriquecimiento injustificado. Él hace una distinción fundamental entre el enriquecimiento por injurias o daños (*enrichment by wrongs*), donde el demandado se ha enriquecido cometiendo injuria o daño en contra del demandante, y el enriquecimiento "por

---

[456] *Wrong* es una palabra genérica que podría traducirse por "infracción" o "delito"; implica la violación de los derechos de otra persona. Oliver Wendell Holmes Jr. *"The Common Law"*, traducido por Fernando Barrancos, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1964, pp. 82-83.

[457] *Cfr*. David Johnston (Editor), *Op. Cit.* p. 5.

sustracción" (*enrichment by subtraction*[458]), en donde el demandante ha perdido lo que el demandado ha ganado.[459]

Podemos añadir a este respecto que, dentro del área del enriquecimiento por substracción, lo que el demandante debe demostrar primero es que el enriquecimiento del demandado se produjo a sus expensas. Está claro que quien ha manifestado positivamente algo, dentro de su demanda y pretensión, la carga procesal le corresponde a quien la haya alegado. A continuación el demandante deberá establecer que el enriquecimiento ocurrió en las circunstancias que le daban la calidad de "injustificado" a ese enriquecimiento.

Birks, por lo tanto, ha precisado una lista de "factores injustos" que sustentan la restitución; los cuales creo que vale la pena, por lo menos mencionarlos, éstos incluyen: error, ignorancia, la fuerza, la explotación, la obligación legal, la necesidad, incumplimiento y mora de una de las partes (*failure of consideration)*, la ilegalidad, la incapacidad, las órdenes de autoridades públicas que se exceden de sus atribuciones (*ultra vires)*, y la retención o comiso de la propiedad del demandante sin su consentimiento.[460]

Es obvio que, esta es una tentativa de sistematización, pero a un nivel absolutamente diverso que la sistematización que ha intentado el Derecho alemán, como vimos *supra*. La razón de esto es simple, los dos sistemas comienzan desde puntos de vista enteramente contrarios. En el Derecho alemán la noción es que un pago o una prestación no pecuniaria, hecha sin una causa legal, es recuperable cuando se justifique por el demandante la causa. En el Derecho inglés, por el contrario, se considera que un pago es recuperable si una justificación para esa recuperación puede ser demostrada por el demandante. La diferencia, puede parecer sutil e insignificante, pero no lo es, como claramente lo hemos explicado.

---

[458] *Enrichment by subtraction*.- Where a defendant unjustly makes a gain at the expense of a plaintiff by subtracting wealth from him. *Vid.*. Kit Barker, *"Unjust Enrichment: Containing the Beast"*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, No. 3 (Autumn, 1995), pp. 457-475.

[459] *Vid.* Peter Birks, *"Definition and Division: A Meditation on Institutes 3.13"* y E. Weinrib, *"Juridical Classifications of Obligations"* ambos en Peter Birks (Editor), "The Classifications of Obligations", Oxford University Press, Clarendon, 1997.

[460] David Johnston (Editor), *Op. Cit.*, p. 5. (La lista incluye: *"mistake, ignorance, duress, exploitation, legal compulsion, necessity, failure of consideration, illegality, incapacity, ultra vires demands of public authorities, and retention of the plaintiff's property without his consent."*)

Para poder explicar mejor esta divergencia entre las dos posturas, que dicho sea de paso, vienen de dos familias jurídicas distintas, la del Derecho romano y la del *common* law; pongamos un ejemplo, en donde el dinero se paga para liberar de una deuda no existente, el Derecho alemán presume que el pago es recuperable (la deuda, siendo no existente, no puede representar una causa legal para que el pagado conserve el pago). No hay causa legal, o causa eficiente y por lo tanto el pago debe ser devuelto. Por el contrario, el Derecho Inglés requiere que el demandante justifique por qué él tiene el derecho que se le devuelva lo que éste ha pagado, por ejemplo porque fue hecho por error. Es decir, la consideración hecha por el Derecho alemán es objetiva, la concepción del Derecho inglés, mayoritariamente, es subjetiva, aunque cuando se trata de reembolso de pagos hechos por órdenes de autoridad que se exceden de sus atribuciones (*ultra vires*), se trata de una consideración objetiva de la responsabilidad civil.

Como uno esperaría de los sistemas legales maduros, los apoyos teóricos de estos dos diversos acercamientos no han sido indiscutibles. Algunos han pensado que el punto de vista del Derecho alemán es excesivamente abstracto y que solamente enfatiza, con tales matices jurídicos, el solo concepto de "transferencia" de patrimonio (*Leistung*), estas consideraciones ponen en riesgo de ofuscar o distorsionar el concepto. Por lo mismo, el profesor Detlef König expresó su preocupación en cuanto "la terminología es confusa, casi cada afirmación es discutible, la solución de cuestiones triviales se está convirtiendo cada vez más complicada y, existe un grave peligro de perder la perspectiva"[461] .

Por otra parte, también el sistema inglés, que ha propuesto un listado de factores injustos, está bajo críticas por ser desordenado, excesivamente complicado e inabarcable; así, se ha manifestado desde su inicio que todavía los factores identificados como "injustos" no han sido reconocidos unánimemente, y finalmente esta lista envuelve, innecesariamente, la duplicación o repetición de otras áreas del Derecho.[462] Todo esto ha creado resistencia en la aplicación de los principios del enriquecimiento injustificado, que provienen de la tradición

---

[461] Detlef König citado por: David Johnston (Editor), *Op. Cit.*, p. 5. (Traducción por el autor.)

[462] *Cfr*. Reinhard Zimmermann, *"Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach",* Oxford University Press, Journal of Legal Studies Vol. 15, No. 3, 1995, pp. 403, 416.

jurídica *iuscivilista* romana, y que se ha hecho difícil su adaptación inmediata en el sistema del *common law*.

A esto debemos añadir, que el sistema de remedios y acciones en nuestra tradición jurídica tiende a relativizar la clásica distinción del análisis económico del derecho entre protección de derechos de propiedad, en que el titular puede recuperar su derecho respecto de cualquier tercero que lo discuta, y reglas de responsabilidad, en que el titular se debe conformar con una reparación en dinero; es por eso que las acciones que persiguen la reparación del daño son más generales que las acciones restitutorias de beneficios. Y a esto añade Barros, que por esas razones, aunque el principio de enriquecimiento injustificado se encuentre en un nivel funcional equivalente al contrato y al ilícito civil, "éste se ha demorado mucho en adquirir la configuración dogmática general, pero a la vez compleja y diferenciada, que ha caracterizado tanto al contrato como al ilícito civil como fuentes de obligaciones."[463]

Como vimos al comienzo de este capítulo, y en concordancia con lo que mencionaba Guillermo Ospina Fernández, sabemos que la responsabilidad contractual, sin embargo, puede estar ligada íntimamente con la responsabilidad extracontractual, ambos regímenes pueden aplicarse a los mismos hechos; las reglas de la una responsabilidad se deben coordinar bien con las de la otra. Era lógico pensar, por lo tanto, que la atención prontamente se ha centrado en identificar normas y principios comunes, así como un marco común dentro de la responsabilidad derivada de los daños producidos por delitos civiles, como incluso se han hecho con los *torts*[464] del *common law*.

---

[463] Enrique Barros Bourie, *Op. Cit.*, p.3.

[464] Phanor J. Eder, *"Principios característicos del common law y del derecho latinoamericano"* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1960, p. 56 y ss. (Por *torts* se entiende, en general, las transgresiones o daños de naturaleza civil o privada, las infracciones legales cometidas sobre la persona o los bienes independientes de contratos. A veces se traduce como "actos ilícitos civiles", pro existen algunos *torts* o responsabilidades civiles provenientes de actos que son no sólo perfectamente lícitos, sino de reconocido provecho para la sociedad.)

En este sentido, Reinhard Zimmermann manifiesta que: "La teoría del enriquecimiento injustificado, en cierta forma, es la imagen reflejada en el espejo, del derecho de daños."[465] Y añade, que el enriquecimiento injustificado trata sobre una desviación favorable de un *status quo;* y está, meramente, preocupado con la posición del demandado (enriquecido injustificadamente), el demandado ha obtenido un beneficio, y mientras este beneficio no sea debido a él, sino que debió haber acrecentado el patrimonio del demandante, entonces deberá rendir una restitución. Y por otro lado, no escatima en señalar que tanto el derecho de daños como el derecho de enriquecimiento se justifican en el principio de *iustitia commutativa*, en otras palabras, siendo muy simples diríamos, que a toda persona se le debe dar lo que merece o, utilizando palabras de Ulpiano "*Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi."*[466]

A lo dicho añadimos que, conjuntamente con la responsabilidad contractual y extracontractual, englobada en el derecho de daños, el enriquecimiento injustificado, es reconocido por las teorías modernas, como una fuente independiente de derechos y de obligaciones, y en este respecto ya nos hemos pronunciado notablemente durante todos los capítulos de este trabajo investigativo. Y, puesto que es estrechamente vinculado a la teoría de las obligaciones contractuales y extracontractuales, es razonable comenzar a pensar en los principios comunes de la responsabilidad derivada del enriquecimiento injustificado.

Siguiendo este orden de ideas, se han presentado tentativas anteriores de hacer esto; así por ejemplo, y eso lo decimos como un dato, el primer volumen del tratado comparativo de Peter Schlechtriem en la teoría del enriquecimiento injustificado en Europa, está cerca de ser publicado; y el enriquecimiento injustificado está por ser incluido en el ambicioso proyecto de un Código Civil Europeo, realizado por el jurista Christian von Bar. [467] Como

---

[465] Reinhard Zimmermann, *"Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach",* Op. Cit., p. 404. (Traducción por el autor.)

[466] Frase latina que significa: "La Justicia es la eterna y constante voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde."

[467] David Johnston (Editor), *Op. Cit.*, p.8.

vemos, de igual forma, la importancia de tratar estos temas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, son aún más relevantes hoy en día, que lo que pudieron haber sido años atrás.

Pero, como consecuencia de las diversas concepciones que se han presentado, tanto en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista y en los del *common law,* han surgido interrogantes comunes, como por ejemplo: ¿Puede, la teoría del enriquecimiento injustificado, ser mejor entendida centrándose en una causa legal general para la restitución o en una serie específica de factores que se aplique a situaciones específicas *numerus clausus*?, o aún más, ¿Cuál es la manera más clarificadora de estructurar el tema del enriquecimiento injustificado?

Como respuestas a esas preguntas, por un lado utilizando una perspectiva del análisis económico del Derecho, de manera concreta podemos manifestar que el Derecho privado romano se ha caracterizado por aceptar, solamente un "número cerrado" de formas típicas, tanto de derecho de propiedad como de responsabilidades, que están atadas entre sí en un haz de derechos de contenidos patrimoniales.

Por lo tanto, el principio de *números clausus* sirve para que cualquier persona pueda comprender fácilmente qué derechos le concede la ley al titular de su dominio; por ejemplo, el derecho de propiedad de un individuo es igual al derecho de propiedad de otro individuo, e igual al de todos los demás propietarios. En consecuencia, los individuos racionalmente esperarían, de acuerdo a su propia experiencia, que el mismo derecho de propiedad sea aplicable a otro bien y a todos los bienes.[468]

Es así que, el Derecho romano de las obligaciones permite que los individuos se comprometan a realizar actos futuros, y en este sentido, lo que se ha realizado en el Derecho alemán que posee una amplia tradición romanista, que se ha perpetuado con una tradición glosadora, ha propuesto, precisamente, un sistema *"numerus clausus"* para los casos de enriquecimiento injustificado; sin embargo, esto no significa que no mantenga un

---

[468] Juan Javier del Granado, *"La genialidad del Derecho romano, una perspectiva desde el análisis económico del Derecho",* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, p. 4.

concepto de general aplicación; es decir, mantiene una visión general, pero en los casos más usuales determina legalmente su aplicación.

Pero existe otra corriente doctrinaria que expresa que: "Lo que importa realmente es el enunciamiento del principio; no interesa que el legislador mencione enumerativamente los casos de enriquecimiento sin causa"[469], ya que lo que se trataría de cubrir, serían aquellos casos de desplazamiento patrimonial sin causa que han pasado inadvertidos al legislador, dejando todo el trabajo al juez o juzgador para que determine el caso concreto basado en ese principio de aplicación general y abierta. Ripert, citado por Oramas Gross, en este sentido señalaba que: "…el enriquecimiento sin causa es como un río subterráneo que nutre reglas precisas que revelan su existencia, pero sin salir nunca a la superficie."[470]

La diferencia con el sistema del *common law*, es que éste propone principios que se podrán aplicar a casos específicos, y surgirán de la resolución de esos casos concretos, los precedentes, que sirvan para la aplicación de futuros casos; por lo tanto, es necesario para aquel sistema, por la lógica en que se manejan, mantener una propuesta de general conceptualización que sea más flexible de aplicarse a los casos prácticos. Y esto se explica, en términos muy generales, ya que el *common law* es un Derecho de origen judicial.

De tal manera que, cuando el *common law* es aplicable, la fuente normativa a la que deben acudir los jueces para resolver los casos litigiosos que se encuentran sometidos a su consideración, son sentencias dictadas por otros jueces en casos similares. El carácter de fuente normativa con que aparecen revestidas las "sentencias precedentes" resulta del principio conocido con el nombre de *stare decisis*, "conforme con el cual los jueces deben resolver sus casos de acuerdo con lo decidido por jueces de la misma jurisdicción, de mayor o igual jerarquía judicial, en casos previos de naturaleza similar"[471].

---

[469] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 109.

[470] Ripert, citado por: Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 109.

[471] Julio César Cueto Rúa, *"El "Common Law" Su estructura normativa, su enseñanza",* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 23.

Por lo tanto, si bien es cierto, existe un principio general que supone que nadie debe enriquecerse a costa de otro, que por cierto, comparten los diversos sistemas jurídicos, es preciso que se determinen sus casos específicos de aplicación, porque el problema de la aplicación del principio general radica en el espacio de actuación que tiene el juzgador para decidir si aplica o no aplica un principio universal en un caso específico.

De la misma manera, para la jurisprudencia Canadiense, Lord Wright en el caso *Fibrosa Spolka Akcyjna* v *Fairbairn Lawson Combe Barbour, Ltd.,* expresa que:

> Cualquier sistema jurídico civilizado está obligado a proveer remedios para los casos que traten sobre lo que se conoce como enriquecimiento injustificado o beneficio injustificado, lo que significa prevenir a alguien de retener el dinero u otro tipo de beneficio derivado de otra persona que no le debe nada.[472]

Esta posición fue, posteriormente, aprobada por la Corte Suprema de Canadá, y, asimismo, ha marcado el inicio de un largo debate, tanto jurisprudencial como académico, para definir la naturaleza jurídica y el alcance del principio del enriquecimiento injustificado en ese país; es así que la naturaleza jurídica de esta figura ha levantado un sinnúmero de posiciones, que son comunes a los problemas de delimitación que se han generado en otros ordenamientos jurídicos, sobre todo en los pertenecientes al *common law*.

VIII.2.3.- Discusiones sobre la delimitación del enriquecimiento injustificado

Para algunos, el principio del enriquecimiento injustificado era un concepto que proveía de unidad a las diversas acciones basadas en la teoría de los cuasicontratos y de la equidad; para otros era fundamental dentro de la responsabilidad civil, y otros señalaban que este principio era una simple invitación a una aplicación de justicia totalmente discrecional. Esta diversidad de opiniones, tanto en jueces como en tratadistas, surge de una falta de metodología común para definir el principio del enriquecimiento sin causa.

[472] George B. Klippert, *"The Juridical Nature of Unjust Enrichment"*, University of Toronto Press, The University of Toronto Law Journal, Vol. 30, No. 4, Toronto, Canada, 1980, p. 356. (Traducción por el autor).

Es así que, para algunos tratadistas, esta teoría se ha convertido en una especie de "talismán", de principio unificador que permitía distinguir un caso de restitución de un caso de responsabilidad derivada de daños contractuales o extracontractuales; es decir, un derecho generalizado de accionar. Y en ese sentido, en el sistema del *common law*, el término "enriquecimiento injustificado" ha sido equiparado a la doctrina de la restitución[473]; cabe recalcar que esta asimilación es errónea, ya que la restitución (*restitution*) supone solamente la devolución de las ganancias de la parte demandada, aún cuando no haya existido pérdida patrimonial directa de la parte demandante.

La confusión en la delimitación del principio del enriquecimiento injustificado es todavía más evidente en el sistema del *common law*, cuando algunos siguen denominando "*unjust enrichment*"[474] (enriquecimiento injusto) a la doctrina, aun cuando se ha propuesto una mejor denominación como es la de: "*unjustifiable enrichment*" (enriquecimiento injustificable). Y, tal como manifiesta el canadiense George Klippert: "…la confusión terminológica no se confina solamente a la *Commonwealth* sino que se extiende a las Cortes estadounidenses, algunas citas muestran como un error en distinguir entre denominaciones puede indicar una equivocación en distinguir entre principios subyacentes."[475]

Es tal la confusión, que por ejemplo, una Corte de Iowa, en el caso *Smith* v *Stowell*, confunde los términos, "restitución" y "enriquecimiento injusto" como otras designaciones

---

[473]*Cfr*. William Swadling, *"Policy arguments for proprietary restitution"*, Brasenose College Press, Legal Studies, Vol. 28, No. 4, 2008, pp. 506-530. (*The* ***law of restitution*** *is the law of gains-based recovery. It is to be contrasted with the* **law of compensation**, *which is the law of loss-based recovery. Obligations to make restitution and obligations to pay compensation are each a type of legal response to events in the real world.* ***When a court orders restitution it orders the defendant to give up his gains to the claimant****. When a court orders compensation it orders the defendant to compensate the claimant for his loss.*) (Las negrillas son mías.)

[474] *Vid*. Craig Rotherham, *"Unjust Enrichment and the Autonomy of Law: Private Law as Public Morality"*, The Modern Law Review Limited 1998, Published by Blackwell Publishers, 108, Cowley Road, Oxford, USA, pp. 580-588.

D.P. O´Connell, *"Unjust Enrichment"*, American Society of Comparative Law, the American journal of Comparative Law, Vol. 5, No. 1, 1956, pp. 2-17.

[475] George B. Klippert, *"The Juridical Nature of Unjust Enrichment"*, University of Toronto Press, The University of Toronto Law Journal, Vol. 30, No. 4, Toronto, Canada, 1980, p. 357. (Traducción por el autor).

a los cuasicontratos; y una Corte de Ohio en el caso *Rice* v *Wheeling Dollar Saving and Trust Co,* ha dicho que los cuasicontratos, generalmente, implican situaciones que envuelven temas de enriquecimiento injusto o de restitución.[476]

A diferencia de la situación antes descrita, el Código Civil alemán ha propuesto un trabajo altamente elaborado, técnico, detallado y que ha establecido las limitaciones y las circunstancias que deberán producirse para la aplicación de la teoría del enriquecimiento injustificado como fuente autónoma de obligaciones.

Por otro lado, en otros países el desarrollo de un concepto unificado sobre el tema del enriquecimiento injustificado y las delimitaciones para su aplicación ha sido dejado a un trabajo desorganizado que se ha hecho a través de los casos resueltos por las Cortes y Tribunales. Así por ejemplo, las Cortes francesas, sobre todo la Corte de Casación (*Cour de Cassation*), ha tomado las escasos y diseminados principios del enriquecimiento injustificado que existen en su Código Civil, como las acciones de construcción en terreno ajeno y reivindicación, y han propuesto un remedio general en la acción de *in rem verso*, y al mismo tiempo han establecido sus límites al determinar en qué situaciones se pueden invocar.[477]

Así también, no está claro, todavía, para el Derecho Inglés, si la demanda restitutoria del enriquecimiento requiere una transferencia de riqueza "injusta" o "injustificada". Francesco Giglio, señala que los dos adjetivos indican la existencia de dos demandas, las que difieren en sus estructuras y en sus objetivos. Es decir, él manifiesta que las transferencias patrimoniales "injustas" e "injustificadas" pertenecen a dos principios legales diferentes. Los "enriquecimientos injustos" se refieren a un concepto de justicia, de equidad en las transferencias legales, lo que es independiente de las reglas estrictamente legales. Los

---

[476] La Corte Suprema de Dakota del Norte ha establecido los cinco elementos básicos que usa el sistema civil romanista para determinar el enriquecimiento injustificado, aunque no es la regla en los Estados Unidos (*an enrichment, an impoverishment, a connection between enrichment and the impoverishment, absence of a justification for the enrichment and impoverishment, an absence of a remedy provided by the law*.)

[477] Chistoph H. Schreuer, *"Unjustified Enrichment in International Law",* American Society of Comparative Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 22, No. 2, 1974, p. 282.

"enriquecimientos injustificados", por su parte, disparan una respuesta legal basada en la falta de justificación de la transferencia patrimonial.[478]

A lo dicho anteriormente, cabe mencionarse que nosotros ya manifestamos en capítulos anteriores nuestra posición respecto a estos conflictos sobre la delimitación de la teoría del enriquecimiento sin causa, dejando en claro lo equivocado de la aplicación de la teoría del cuasicontrato y el error terminológico y conceptual que se cometía en confundir el enriquecimiento injustificado con el enriquecimiento injusto. No repetiremos aquí la discusión, solamente manifestaremos que la tendencia que considera al enriquecimiento injustificado como un área autónoma del derecho de las obligaciones, actualmente, es la de mayor aceptación y es la más correcta, desde el punto de vista de lógica jurídica, en su análisis argumentativo.

Sin embargo, es necesario determinar cuál es la extensión de esa área en la que se desenvuelve la teoría del enriquecimiento injustificado. Y como hemos visto, la confusión y la falta de delimitación en el sistema del *common law* parece más confusa que la que tiene el sistema de tradición civil romanista; es más, algunos tratadistas pertenecientes al *common law* han propuesto una teoría basada en el derecho de propiedad o como ellos la llaman "*proprietary theory*"[479].

En conclusión, la principal controversia radica, precisamente, en determinar el campo de acción del enriquecimiento injustificado frente a otras áreas del derecho de las obligaciones, así como sobre temas de derecho de daños y derechos de propiedad. Entonces, dos preguntas parecen obvias: 1) ¿qué aspectos propiamente entran dentro de cada una de estas áreas del Derecho, considerando también que en algunos sistemas no existe prohibición de presentar demandas concurrentes, es decir, demandas con acumulación de pretensiones, basadas en diferentes principios de derecho?; y, 2) ¿Cuál es el alcance de la medida del resarcimiento?

---

[478] Francesco Giglio, *"A Systematic Approach to "Unjust" and "Unjustified" Enrichment"*, Oxford University Press, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 23, No. 3, 2003, p. 455.

[479] *Vid*. Samuel Stoljar, *"Unjust Enrichment and Unjust Sacrifice"*, Blackwell Publishing, The Modern Law Review, Vol. 50, No. 5, 1987, p. 603-613.

La primera pregunta trataremos de responderla en los siguientes acápites. Mientras tanto, trataremos de responder la segunda pregunta, en la cual la posición, en cuanto a su respuesta, parece ser dual, eso es así, si consideramos por un lado la respuesta que dan los tratadistas y jurisprudencia del sistema del *common law* y por otro lado la solución que dan los tratadistas y la jurisprudencia del sistema civil de tradición escrita romana. Consecuentemente, para el *common law*, lo que las reparaciones basadas en el enriquecimiento injustificado tienen en común es que buscan la reparación por parte del demandado de la parte o la cantidad (*quantum*) en que se ha enriquecido, en lugar de la cantidad que el demandante pudo haber perdido, y esa es la opinión de la mayoría de tratadistas, así como de la jurisprudencia. Mientras que la respuesta del sistema civil romanista implica lo contrario, es decir, la restitución deberá darse, en general, en la cuantía del empobrecimiento (tal como lo hemos manifestado, ampliamente, en el Capítulo 7 de este trabajo); viceversa, aparentemente, no debería ser posible necesariamente.

No obstante, la situación del monto de restitución es un tema discutible en los ordenamientos jurídicos del *common law*, sobre todo porque éstos poseen otras figuras jurídicas que les permite lograr un objetivo similar al que persigue la acción de enriquecimiento injustificado. "Es decir, no se puede decir que cualquier reparación, cuya medida sea el "*quantum"* del enriquecimiento del demandado, se pueda fundamentar exclusivamente en el enriquecimiento injustificado."[480]

VIII.2.3.1.- El enriquecimiento injustificado y la responsabilidad contractual

Para entender de mejor manera el campo de delimitación del enriquecimiento injustificado o sin causa, veamos cómo se lo compara con la figura del contrato; así, por ejemplo, el Derecho inglés, contiene tradicionalmente, remedios compensatorios establecidos para el enriquecimiento injustificado que se aplica a las partes en las relaciones contractuales, requiriendo que para que cualquier restitución o remedio (*remedy*) esté disponible, el

[480] David Johnston (Editor), *Op. Cit.*, p. 9. (Traducción por el autor.)

contrato deba estar en etapa de cumplimiento. Cuando una parte contractual no pueda cumplir sus obligaciones de la forma establecida, el remedio para la parte perjudicada es generalmente de tipo contractual, ya que el moroso o incumplido debe responder ante el cumplido. Entonces será necesario rescindir el contrato y la parte afectada será reparada por los daños ocasionados por el incumplimiento de ese contrato en particular. Por lo tanto, la resolución del contrato sería considerado como un daño, quedando, como consecuencia, fuera del ámbito del enriquecimiento injustificado[481].

Este sistema es el mismo que utilizan los ordenamientos jurídicos de origen romano, tan es así, que la condición resolutoria tácita, establecida en el artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano establece que: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios." Y parecería que es la única forma de resolver un caso de incumplimiento contractual, pero generalmente era inaplicable esta acción cuando había incumplimiento de ambas partes, ya que se proponía la excepción de incumplimiento mutuo en la obligación bilateral, bajo el principio más conocido como: "la mora purga la mora".

Sin embargo, una sentencia, hasta cierto punto paradigmática para el Derecho Civil del Ecuador, que trata sobre la acción de enriquecimiento injustificado dentro de relaciones contractuales bilaterales, cambia esa concepción otrora "intocable"; esta sentencia ha sido promulgada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente número 273-2000, del 3 de agosto del 2000, y en lo principal reza de la siguiente manera:

> […] Pero **si se trata de ejercer la acción de "*in rem verso*",** para alcanzar que no se produzca un enriquecimiento injusto, y se promueve al efecto un proceso de conocimiento por la vía ordinaria, **por ser acción principal, puede perfectamente plantearse sola**, **y no como pretende el recurrente, como accesoria de otra acción principal.** Precisamente la

[481] David Johnston (Editor), *Op. Cit.*, p. 10. (Traducción por el autor.)

> acción de "*in rem verso*" es subsidiaria, procede en todos los casos de que quien sufre de empobrecimiento injusto carece de una acción directa. **En las obligaciones bilaterales, si opera la excepción de contrato no cumplido, puesto que las dos partes se hallan en mora recíproca, ninguna de ellas puede proponer la acción directa**, sea de cumplimiento o de resolución; ante esta situación y para evitar que se consagren soluciones de facto de extrema injusticia en que una de las partes se enriquezca sin causa a costa de la otra, **viene la acción de "*in rem verso*" en auxilio de quien sufre el empobrecimiento incausado.**[…] (Las negrillas son mías.)

Y continúa la Sala explicando lo siguiente:

> […] **El principio de que nadie puede enriquecerse injustamente en perjuicio de otro constituye, a la par que una regla de derecho, uno de los más firmes postulados de la moral,** que se ha incorporado al seno de la justicia, revistiéndolo de eficacia […] la fundamentación en derecho en esta causa está dada por la invocación del **principio de derecho universal** y en el artículo 18, regla séptima del Código Civil, y bien hizo el juzgador de instancia al contraer la fundamentación en derecho de la pretensión aplicando el principio "*iura novit curia".*[…] (Las negrillas son mías.)

Como se puede entender claramente del texto de la sentencia presentado, la acción de enriquecimiento injustificado o de restitución por enriquecimiento injustificado (*actio in rem verso*), obtiene el carácter de una acción principal y directa, en el momento en que no exista otra acción que pueda usarse. Así, en este caso, cuando existiendo un contrato, se ha propuesto la excepción de que "la mora purga la mora", y por lo tanto, no pudiendo ninguna parte reclamar la resolución del contrato más daños y perjuicios o el cumplimiento más daños y perjuicios, el Juzgador, para evitar que una parte se enriquezca injustificadamente a costa de la otra, invocando el principio *iura novit curia*[482], procede a

---

[482] *Iura novit curia* es una aforismo latino, que significa literalmente "*el juez conoce el derecho*", y es utilizado en derecho para referirse al principio de derecho procesal según el cual el juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas. El principio, sirve para que las partes se limiten a probar los hechos y no los fundamentos de derecho aplicables. Entonces, el juez debe someterse a lo probado en cuanto a los hechos, pero puede ampararse en ese principio para aplicar un derecho distinto del invocado por las partes a la hora de argumentar la causa.

aplicar la teoría del enriquecimiento injustificado para solucionarlo, invocándola (*actio in rem verso*) como un principio universal del derecho, de general aplicación, y como un principio de equidad.

De lo que se colige que, se procedió de esa manera ya que en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma expresa que establezca la acción de enriquecimiento injustificado como fuente autónoma de las obligaciones. Sin embargo, en este caso, podemos ver cómo nuestras posturas, presentadas a lo largo de todos los capítulos precedentes, se ven corroboradas totalmente con esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador.

Luego de todo lo analizado hasta aquí, podemos mencionar, sin temor alguno a equivocarnos, que nuestra postura, en cuanto a que la acción de enriquecimiento sin causa se convierte en una acción principal, autónoma, directa e independiente, tan autónoma, directa e independiente como cualquier otra, en el momento de que no exista otro camino de accionar, o en el supuesto que esté reconocida por el ordenamiento jurídico de tal manera que se aplique sin mediar otra consideración; como lo es la acción de enriquecimiento injusto cambiario. La única diferencia es que el reconocimiento legal expreso de la acción *in rem verso* está ausente actualmente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Pero, si el Juez lo considera, como en el caso analizado, como dice la Corte refiriéndose a la acción por enriquecimiento injustificado: "…por ser acción principal, puede plantearse sola" y en juicio ordinario, y de esa manera se puede evitar que una persona enriquezca su patrimonio injustificadamente.

Además, es una acción que puede aplicarse de manera directa cuando no exista otra acción para solucionar una situación litigiosa de derecho que suponga una transferencia injustificada de un patrimonio hacia otro. Queda corroborado que la calidad de subsidiaria de la acción, no se deberá entender como accesoria y peor aún como alterna, sino como una posibilidad más que brinda el Derecho para resolver casos específicos que no sean resueltos por otras categorizaciones jurídicas (como la acción de daños o la acción de lesión enorme, la reivindicación, etc.).

Por las razones expuestas, en cuanto a la denominación de acción "subsidiaria" manifestamos estar en desacuerdo con su uso por ser un término equívoco que puede generar confusiones. En este sentido, la validez de la acción de enriquecimiento injustificado como una acción directa, principal, autónoma e independiente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano queda debidamente demostrada como una posibilidad cierta, viable y necesaria; y que a pesar de no existir norma expresa se la ha aplicado, lo que impulsa aún más a proponer que se reconozca en el derecho positivo ecuatoriano un sistema legal que recoja la teoría del enriquecimiento injustificado, bajo los lineamientos y la delimitación que nosotros planteamos para este libro.

A lo dicho, debemos añadir que, debido a que esta acción carece de prescripción especial, por no estar recogida positivamente en nuestro ordenamiento jurídico, se deberán aplicar las reglas generales sobre la prescripción de las acciones judiciales, contenidas en el artículo 2415 del Código Civil ecuatoriano[483], es decir, 10 años. Además el uso de esta acción de enriquecimiento sin causa, es que el "… afectado encuentra la vía expedita para la invocación de elementales y básicos principios de reparación del desequilibrio que produce una relación anómala y que lesiona la confianza y buena fe de las personas"[484], de cuya sumatoria o falta se tienen como resultado el vivir de una sociedad de confianza o de descrédito.

Por otro lado, además de los casos basados en el uso o el disfrute de la propiedad de otra persona, la cuestión de una reparación basada en el enriquecimiento injustificado es particularmente importante si la propiedad ha pasado al *accipiens*. Está claro que si la propiedad se ha mantenido con el *tradens* el medio de reparación principal del *tradens* es, en términos civiles, una reparación real o patrimonial. Así, por ejemplo, en el Derecho

---

[483] Código Civil ecuatoriano.- Art. 2415.- **Tiempo para la prescripción extintiva.-** Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco.

[484] Carlos Chávez Negrete, *"Equal Treatment y la Actio In Rem Verso"*, Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador, 2008 p. 44. En www.revistajuridicaonline.com. Accedido 05 de marzo del 2009, 14h30min.

inglés, la razón que solamente una demanda por enriquecimiento injustificado pueda presentarse en el caso de la mora de una de las partes (*failure of consideration*[485]) es que la mora de una de las partes no prevendrá generalmente que el dinero o las transferencias de mercancías se hagan al *accipiens*, quedando así excluida de la demanda patrimonial realizada por el *tradens*[486]. Está claro que en el Derecho inglés las demandas se deben presentar por materias específicas y no se puede presentar demandas con pretensiones que contengan principios de diversas materias aunque estas pertenezcan a una misma rama del Derecho.

En los sistemas que se basan en el Derecho civil romano la pregunta sobre los medios de resarcimiento que están disponibles para el *tradens* dependerán, entre otras cosas, en si el sistema legislativo ha adoptado una perspectiva abstracta o una causal sobre la transferencia de dominio o propiedad. Ahí la diferencia entre el Derecho alemán, sistema abstracto, y el Derecho civil francés, que maneja un sistema causalista. Claramente, si la propiedad ha pasado hay lugar para un resarcimiento basado en el enriquecimiento, si no ha habido transferencia de propiedad puede haber tanto un resarcimiento patrimonial u otro basado en el enriquecimiento.

En el Derecho inglés, han existido algunas controversias sobre si la acción patrimonial del dueño es la adecuada para ser tratada como una forma inversa del resarcimiento basado en el enriquecimiento.[487]Desde una perspectiva no está claro que la justificación del derecho de propiedad tenga algo que ver con revertir el enriquecimiento injustificado y, si ésta es enteramente una cuestión del Derecho real. Por lo tanto, no hay razón por la que el demandante debe ser requerido a probar que el demandado se enriqueció injustificadamente a sus expensas.

---

[485] La simple "*failure of consideration"* o cuando uno de los obligados no cumple su prestación. En: Prof. Dr. D. Eduardo Vázquez de Castro. (Profesor Titular E.U. de la Universidad de Cantabria), *"Los contratos ilegales en el Common Law"*, en http://www.unizar.es/derecho/nulidad/Comentarios/Vazquez.pdf,. Accedido el 29 de enero del 2009 a las 15 horas 34 minutos.

[486] David Johnston (Editor), *Op. Cit.*, p. 13. (Traducción por el autor.)

[487] Ibid., p. 14. (Traducción por el autor.)

Desde una perspectiva civilista, estos asuntos son complicados por la ausencia en el Derecho inglés de una *rei vindicatio*[488] y por el reconocimiento del Derecho inglés del justo título así como del título legal en asuntos de derechos reales. Sin embargo, el aspecto fundamental es absolutamente reconocible: ¿Puede el demandante establecer que él tiene un interés patrimonial, sea esto legal o justo, sobre el patrimonio del demandado? Entonces, en el Derecho inglés, una posible solución está en contestar esa pregunta dentro de las reglas de la figura jurídica del seguimiento patrimonial (*tracing*[489]). El *tracing* es el proceso por el cual el demandante rastrea qué ha sucedido con su patrimonio, identifica a las personas que lo han manejado o recibido; y si es necesario, cuáles de sus propiedades todavía retienen; y justifica en su declaración que el dinero o las propiedades que ellos manejaron o recibieron lo hicieron en su nombre o representación. Entonces, se usa toda esa información para que se considere a esas personas sólo como los representantes del dueño en el manejo de su propiedad, en otras palabras, se determina que esas personas han sido ya sea poseedores, mandatarios, gestores, etc., pero no dueños.

De tal guisa que, una vez que el dinero o cualquier propiedad ha sido rastreada, la pregunta será cuál es el remedio apropiado que tiene el demandante (si existiese alguno), para que le sean devueltas las propiedades o el dinero. Debemos señalar también, que las reglas del seguimiento o *tracing* son necesariamente más complejas que las de la *rei vindicatio*[490], puesto que se utilizan no sólo para identificar el patrimonio original del demandante, sino el patrimonio que ahora representa el valor de su patrimonio original. Con estas bien marcadas diferencias, todavía, sigue siendo el caso en el Derecho inglés, que el

---

[488] *Rei vindicatio* o reivindicación. Definición artículo 933 Código Civil ecuatoriano.- La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

[489] *Tracing.- An equitable remedy that allows persons to track their assets after they have been taken by fraud, misappropriation, or mistake. The remedy is also used in bankruptcy, commercial transactions, and property disputes in marital dissolution cases*. En: http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Tracing. Consultado el 29 de enero a las 16 horas 02 minutos.

[490] Eduardo Carrión Eguiguren, *"Curso de Derecho Civil, De los Bienes",* Ediciones de la Universidad Católica, tercera edición, Quito, Ecuador, 1979, p. 395. (La protección del dominio se realiza mediante el ejercicio de acciones adecuadas. Con ellas el dueño puede recobrar la posesión de la cosa que le pertenece y mantener dicha posesión.)

"acercamiento", es decir, establecer que el demandante tiene un interés patrimonial en el patrimonio del demandado, es tan comprensible tanto en términos civilistas como en términos del *common law*.[491]

Continuando con el análisis del enriquecimiento injustificado dentro de la teoría del contrato, debemos manifestar que en los casos donde se ha inducido dolosamente a una persona a que firme un contrato o firme un contrato en condiciones inequitativas o injustas, esas circunstancias y otras serían consideradas como los elementos que producen la nulidad del contrato o por otro lado generan que el contrato sea inejecutable. Asimismo, es lógico que, donde un contrato ha fallado o ha sido frustrado, las consecuencias deberán ser resueltas refiriéndose a las cláusulas del mismo contrato.

Veamos el ejemplo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en un caso de imprevisión en contratos de tracto sucesivo, publicada en la Gaceta Judicial, Año LXXXII. Serie XIII. No. 13. Pág. 3077, de 11 de noviembre de 1981, que, en lo que nos interesa, expresa lo siguiente:

> **[…] El contrato no es absoluto e inmutable sino una institución esencialmente relativa**, que puede cambiar cuando las circunstancias que tuvieron en cuenta los contratantes, han variado. En desarrollo de esta idea, han repetido muchos autores que los contratantes al contratar se han referido a las circunstancias existentes en ese momento y han pensado que esas circunstancias y no otras son las que regularán la ejecución del contrato. La imprevisión, pues, es la resultante de una cláusula tácita inherente a todo contrato de larga duración: la conocida cláusula *rebus sic stantibus*. Otros autores, sin tratarse de la idea esencial que acoge la citada cláusula, pero precisando un poco mejor su contenido, han dicho que la imprevisión se funda en que las nuevas circunstancias económicas suelen cambiar la prestación primitiva, de suerte que el deudor, en el momento de ejecutarlo, se encuentre con otra prestación distinta de la que originalmente contrajo y obligado a ejecutar otra prestación distinta, resulta contrario a la buena fe. Separándose de la idea que acoge la cláusula *rebus sic stantibus*, otros autores han expresado que **la imprevisión se funda en el principio que prohíbe a una persona enriquecerse sin causa a expensas de otra. Si se**

[491] David Johnston (Editor), *Op. Cit.*, p. 14. (Traducción por el autor.)

> **obliga al deudor a cumplir la misma prestación a pesar del cambio de circunstancias, el acreedor obtendrá un enriquecimiento indebido, pues el contratar nuevamente la prestación le costaría más.** (Las negrillas son mías).

En este orden de ideas, generalmente, tiene sentido decir que de dónde las partes han firmado un contrato que distribuye los riesgos de diversos acontecimientos entre ellos, les toca a ellos mismo aplicar las clausulas del contrato que establecen las asignaciones de los riesgos y su resarcimiento respectivo; y que, por lo tanto, sería incorrecto reasignar los riesgos en base a la teoría del enriquecimiento injustificado; en ese sentido podemos hablar del enriquecimiento injustificado como una acción subsidiaria y no principal, pero porque existe una acción directa que surge de la misma relación contractual y no puede proponerse ahí, en ese caso específico, una acción de enriquecimiento sin causa, cuando existe una mejor vía para reclamar un incumplimiento contractual o un desequilibrio de las obligaciones bilaterales, en un contrato oneroso y conmutativo. Es más, en estos casos específicos se trata de una acción de daños producidos por responsabilidad contractual, no se trata de un tema de derecho de enriquecimiento propiamente dicho, en base a los elementos que quedaron establecidos en el Capítulo 7 de este trabajo.

Pero, como lo manifiesta la sentencia, antes citada, en el caso que las partes no hayan establecido una condición *rebus sic stantibus*[492], se podrá entonces hacer alusión a la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa para prevenir de una posible ventaja de una parte y detrimento del patrimonio de la otra, por no existir una cláusula expresa. Por lo tanto, se aplicará este principio en lo que sea pertinente, precautelando los derechos de los contratantes.

Es por eso que en estos casos la cuantificación de los daños es en sí mismo una cuestión contractual. El resarcimiento será, por lo tanto, la cantidad que se le debería pagar a la parte que ha sido perjudicada por el daño generado por la resolución del contrato, y dejarla en el

---

[492] *Rebus sic stantibus* es una expresión latina, que puede traducirse como "estando así las cosas", que hace referencia a un principio de Derecho, en virtud del cual, se entiende que las estipulaciones establecidas en los contratos lo son habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, esto es, que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones.

estado como si no hubiera ocurrido la misma, en otras palabras, indemnizarla. Es decir, como hemos visto al comienzo de este capítulo, se trataría de una acción de daños y no de enriquecimiento.

En el *common* law, otras formas distintas para cuantificar los daños pueden ser sugeridas en ciertos casos, por ejemplo, para ver si una parte contractual tiene el derecho contra la otra parte que no ha cumplido el contrato, a una concesión de dinero que represente la ganancia del moroso por el incumplimiento del contrato, deberíamos hacernos una pregunta acerca del alcance del Derecho de daños por el incumplimiento contractual, aunque algunos describirían esto como "restitución de daños" (*restitutionary damages*) [493], para el Derecho inglés, por ejemplo, podría significar también un caso de enriquecimiento injustificado sólo si es que además de la ganancia que obtiene el moroso, se produce correlativamente una pérdida patrimonial del cumplido.

Así, por ejemplo, en el caso *Attorney-General v. Blake*, juicio que trata sobre la publicación de unas memorias realizadas por el ex agente del servicio secreto británico y doble agente ruso, George Blake, quien incumplió su juramento a la Corona británica, de no divulgar ningún tipo de información que haya sido obtenida por él como resultado de su empleo, mientras esté trabajando o luego de que haya terminado de trabajar para la Corona británica. La Corte se cuestionaba sobre los derechos que la Corona británica debía cobrar a Blake por concepto de regalías.

La cuestión principal sobre el caso era si La Corona había sufrido o no la pérdida patrimonial, y por lo tanto, si podría intentar privar a Blake de su enriquecimiento. La Cámara de los Lores desaprobó el intento del Tribunal de Apelaciones de identificar las situaciones generales en las cuales el resarcimiento de daños (*restitutionary damages*[494])

---

[493] David Johnston *(Editor), Op. Cit.*, p. 10. (Traducción por el autor.)

[494] (*Restitutionary or disgorgement damages.- In certain areas of the law another head of damages has long been available, whereby the defendant is made to give up the profits made through the civil wrong in restitution. The plaintiff thereby gains damages which are not measured by reference to any loss sustained. In some areas of the law this heading of damages is uncontroversial; most particularly intellectual property rights and breach of fiduciary relationship. In England and Wales the House of Lords case of Attorney-General v. Blake opened up the possibility of restitutionary damages for breach of contract. In this case the*

pudo ser aplicado. Excepciones al principio general que señala que no hay resarcimiento para las ganancias que obtenga una parte contractual que han sido producidas específicamente por el incumplimiento del contrato.

Los aspectos interesantes de este caso son que una mayoría de miembros de la Cámara de los Lores otorgó el derecho a la Corona británica a obtener el resarcimiento por las ganancias obtenidas por Blake, producto de la venta de su libro. Aunque Lord Nicholls prefiera describir esta situación como "*account of profits"*, es decir, una repartición de las ganancias. La descripción de la reparación indica que se dio bastante importancia al hecho de que la obligación de secreto profesional que tenía Blake provenía de una obligación moral para ejercer cierta actividad derivada de un trabajo específico, es decir, secreto profesional (*fiduciary obligation or fiduciary duty)* y por lo tanto, un incumplimiento resultaba necesariamente en una rendición de cuentas.

Lord Hobhouse, quién disintió, rechazó el derecho de la Corona a recibir resarcimiento por el enriquecimiento de Blake. Este magistrado aceptó que Blake había obtenido un aumento de su patrimonio, pero sostuvo que este enriquecimiento no se produjo a expensas o en perjuicio de la Corona o haciendo uso indebido de ningún derecho de propiedad intelectual o interés comercial de la Corona. Éstas parecen ser consideraciones que se han tomado por la cámara de los Lores, basándose en la teoría del enriquecimiento injustificado.

Está claro, entonces, que en este caso el resarcimiento que recibió la Corona no surge de un daño causado por el incumplimiento del contrato y por su resolución, sino que al contrario surge del enriquecimiento que obtuvo Blake producto de su incumplimiento de contrato con la Corona, aunque ningún detrimento directo se produjo en el patrimonio de la Corona. En

---

profits made by a defecting spy, George Blake, for the publication of his book, were awarded to the British Government for breach of contract. The case has been followed in English courts, but the situations in which restitutionary damages will be available remain unclear. The basis for restitutionary damages is much debated, but is usually seen as based on denying a wrongdoer any profit from his wrongdoing. The really difficult question, and one which is currently unanswered, relates to what wrongs should allow this remedy.) Caprice L. Roberts*, "Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages",* (June 27, 2008). Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 42, 2008. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1152303 Revisado 14 de mayo del 2009, a las 10h30.

todo caso, lo que se consideró es la existencia de un lucro emergente (enriquecimiento positivo) por parte de Blake y no de un daño emergente en detrimento de la Corona.

Aunque, en este caso, no se considera la posibilidad de un traspaso de una parte del patrimonio de la Corona hacia el patrimonio de Blake. Aquí, por el contrario, se entendió, entonces, que parte de las ganancias también deberían ir a la Corona, por equidad, y no solamente a Blake, quién se estaría aprovechando patrimonialmente al violar esa clausula contractual de secreto profesional.

Para algunos autores, como Tamayo Lombana, el supuesto de la responsabilidad civil *postcontractual* es claro, si por ejemplo, dos personas han estado ligadas por un contrato y este termina. Uno de los contratantes se aprovecha en forma abusiva de la situación que le ha creado ese contrato; un trabajador técnico por ejemplo, divulga secretos comerciales o industriales que conoció en virtud del contrato extinguido; o secretos que le confió su antiguo patrono, y los pone al servicio de un competidor directo de éste.

Dice el autor colombiano, que: "Es claro que tal situación no está regulada por el contrato (no existía cláusula que le prohibiera al técnico trabajar con el competidor), y por consiguiente, no podría tenerse como responsabilidad civil contractual."[495] Por un lado, teóricamente es posible determinar cuándo una obligación es contractual, precontractual o postcontractual, pero en la práctica se vuelve más complicado hacer esa distinción.

Por otro lado, la dificultad de precisar de manera clara cuál es el límite de las responsabilidades derivadas del contrato y cuál el de las obligaciones derivadas del enriquecimiento injustificado se presenta tanto en el *common law* como en el derecho civil de origen Romano; así, en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en un caso de mejoras producidas como consecuencia del cumplimiento de un contrato de arrendamiento[496] de una hacienda, publicada en la Gaceta Judicial. Año LVIII. Serie VIII. Nro. 7. Pág. 644, en Quito el 24 de Diciembre de 1954, la Corte dice lo siguiente:

---

[495] Alberto Tamayo Lombana, *"La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual"*, Op. Cit. , p. 33

[496] Sobre el contrato de arrendamiento *Vid.* Nicolás Vegas Rolando, *"Derecho Mercantil e Inquilinario"*, 3° edición, Ediciones FABRETON, Caracas, Venezuela, 1987, pp. 377 y ss.

> […] Según el Art. 2046 (actual Art. 1926) del Código Civil, pertenecen al arrendatario las utilidades de los ganados y los ganados mismos, con la obligación de dejar en el predio, al fin del arriendo, igual número de cabezas de las mismas edades y calidades, tiene que concluirse que en este caso típico sujeto por lo mismo a una norma especial**, no hay mejora en el significado legal del terminó, porque el arrendatario adquiere el dominio del ganado y está obligado a restituirlo a la terminación del arriendo**, porque esta restitución tiene un límite impuesto por la ley, esto es, el de igual número de cabezas de las mismas edades y calidades, y **porque todo lo que excede de dicho límite, así en número como en calidad, aprovecharía indebidamente al arrendador constituyendo para el un enriquecimiento injusto, que no es permitido en derecho**. […] (Las negrillas son mías).

Como hemos podido observar, en este caso, tratándose de un contrato de arrendamiento, contrato bilateral, sinalagmátivo y oneroso, nuestro Código Civil en el artículo 1926, señala claramente que si al fin del arriendo no hubiere en el predio suficientes animales de las edades y calidades dichas para efectuar la restitución, deberá pagar el arrendatario la diferencia en dinero, según el valor que entonces tuvieron. Está claro que se si bien el arrendatario pudo haberse aprovechado de las utilidades de los ganados, no puede éste aprovecharse, al momento de entregar o devolver el predio arrendado, devolviendo un menor número de ganado, así mismo del excedente de animales existente tampoco puede el arrendador aprovecharse, ya que eso significaría en desplazamiento patrimonial injustificado, lo que se entiende prohibido en derecho, como un principio general. En tal sentido ha resuelto la Corte Suprema del Ecuador en este caso.

De lo anterior podemos concluir que, dentro de los contratos, inclusive a los efectos a la culminación de los mismos, el principio del enriquecimiento injustificado corrige las imperfecciones que se puedan presentar, quedando claro que el principio ha generado obligaciones de manera autónoma y que no son derivadas del contrato, sino del principio general que prohibe el enriquecimiento injustificado a costa de otro, en este caso, si el arrendador se ha quedado con el excedente de ganado, entonces tiene la obligación de restituirlo.

Sin embargo, este no es el único problema de demarcación entre los contratos y el enriquecimiento injustificado. El Derecho alemán por ejemplo, ha tenido desde antiguo,

problemas en resolver la pregunta de a qué campos pertenecen las reglas relacionadas con la restitución luego de producido un incumplimiento del contrato y su respectiva resolución. [497]

Asimismo, el Convenio sobre la Venta Internacional de Mercancías (*The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*[498]) en sus artículos 81 y siguientes y Los Principios del Derecho Contractual Europeo (*Principles of European Contrac Law*[499]*)* en sus artículos 9:305 y siguientes, contienen también reglas sobre la restitución, que no pertenecen formalmente al enriquecimiento injustificado.

VIII.2.3.2.- El enriquecimiento injustificado y la responsabilidad extracontractual: Análisis aplicado al caso de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno.

Desde la perspectiva de las obligaciones que dan lugar para el deudor, el derecho civil reconoce remedios de reparación en naturaleza, indemnizatorios por equivalencia y de restitución de beneficios o de enriquecimiento, como ya hemos visto. La reparación en naturaleza se puede obtener mediante acciones personales derivadas del incumplimiento contractual y del ilícito extracontractual, además de la acción real orientada a recuperar la posesión perdida[500]. Es decir, que los remedios indemnizatorios también pueden tener su antecedente en el incumplimiento del contrato o en los hechos que causan daño.

---

[497] David Johnston (Editor), *Op. Cit.*, pp. 11-12. (Traducción por el autor.)

[498] UNCITRAL, CISG, en www.uncitral.org, accedido el 01 de abril del 2009, 09h07min.

[499] Commision on European Contract Law, 1999 text in English, The Principles of European Contract Law, en http://frontpage.ecs.dk, accedido el 01 de abril del 2009, 10h05min

[500] Enrique Barros Bourie, *Op, Cit.*, p.7. (A diferencia de la reivindicación, que como acción real se dirige contra la cosa, la acción de enriquecimiento injustificado es personal, por ejemplo la acción restitutoria de los beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno es personal y se dirige contra quien haya hecho uso, goce o disposición sin autorización contractual del bien que es objeto de un derecho de exclusividad. Pero una y otra presentan la analogía de que tienen por antecedente que un tercero actúe sobre un bien ajeno afectando el derecho de exclusividad de su titular.)

En otras palabras, el sistema de remedios y acciones en nuestra tradición jurídica tiende a relativizar la clásica distinción del análisis económico del derecho entre protección de derechos de propiedad, en que el titular puede recuperar su derecho respecto de cualquier tercero que lo discuta, y reglas de responsabilidad, en que el titular se debe conformar con una reparación en dinero. Está claro, en todo caso, que el derecho sólo puede otorgar una acción indemnizatoria cuando se ve afectado el derecho, con el efecto, de que en tal caso, el remedio se aleja del modelo de la propiedad.[501]

En este orden de ideas, Luis Díez-Picazo sostiene que:

> Cuando una persona obtiene o recibe bienes patrimoniales procedentes de la invasión de un derecho ajeno, aunque tal invasión no sea culposa, siempre que el derecho invadido pertenezca al campo de los que otorgan un contenido atributivo (v. gr. Derechos absolutos) existe una obligación de restituir, cuyo régimen jurídico y estudio no pertenecen al Derecho de daños, sino al Derecho de enriquecimiento.[502]

Generalmente, el enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno es típico de los derechos absolutos que son oponibles a cualquiera que pretenda intervenir en ellos, como ocurre con la propiedad sobre las cosas corporales y con los derechos de exclusividad que se rigen por las reglas de la propiedad intelectual e industrial o que tienen una estructura similar a la de la propiedad, como por ejemplo, en el caso en que se produzcan goces injustificados por terceros de los derechos de la personalidad. Luis Díez-Picazo dice que esto ocurre así cuando se ejecutan actos de disfrute o de disposición de un derecho ajeno.

Además, se pueden producir también cuando favorecen a quienes gocen de esos bienes a título de derecho personal[503], como son el arrendatario, titular de un derecho de licencia, etc.; en este caso surge una pregunta, que se refiere a si, además, la acción de enriquecimiento, en el sistema civil escrito de tradición romanista, puede ser planteada por el acreedor, alternativamente a la indemnización de perjuicio, contra el deudor incumplido

---

[501] Enrique Barros Bourie, *Op, Cit.*, p.3.

[502] Luis Díez-Picazo, *Op, Cit.*, p. 50.

[503] Enrique Barros Bourie, *Op, Cit.*, p. 7.

que se haya beneficiado de su incumplimiento, tal como se puede hacer en el sistema del *common law* con los *restitutionary damages*.

Pero, visto lo visto, hemos llegado a una instancia en que las fronteras entre una acción de enriquecimiento y una acción de indemnización se difuminan a veces hasta el punto de que quepa llegar a admitir la posibilidad de ejercitar opcionalmente una u otra, casi como sucede en los ordenamientos jurídicos del *common law*, llegaríamos a una situación de aplicación del principio conocido como *waiver of tort*[504]; es decir, un sistema en el demandante pueda escoger la vía por la que se desea reclamar, ya sea por daños o por restitución, en el caso del sistema civilista romano se haría en base al enriquecimiento injustificado. Algo parecido también a la doctrina de la unificación de la responsabilidad civil, en la que la responsabilidad contractual y extracontractual no se diferencian, doctrina propuesta por Diez-Picazo y otros autores españoles, así como por parte de la jurisprudencia española.

Sin embargo, es cierto también que existen entre uno y otro supuesto (derecho de daños y derecho de enriquecimiento injustificado) importantes diferencias, que son relevantes y que, según Luis Díez-Picazo, son las siguientes:

> La primera es que la responsabilidad civil sólo va a entrar en juego si la conducta del agente ha sido dolosa o negligente, mientras que la restitución y reintegración es por completo independiente del juicio valorativo de aquella conducta y la restitución o reintegración se produce incluso en los casos en que el autor de la invasión pueda haber obrado de buena fe. Además, cuando una persona utiliza o explota bienes o derechos ajenos y, en virtud del contenido atributivo que al otorgar el derecho el ordenamiento jurídico realiza respecto de los lucros procedentes de tal derecho, el autor del ilícito no debe al titular del derecho el menoscabo, sino el incremento obtenido por su patrimonio, por haberse encontrado tal

[504] *Sherhan v. Johnson & Johnson (2006) O.J. _No. 2421 (Div. Ct.),* en: www.stikeman.com, accedido 10 de junio del 2009, 11h33. *(The doctrine of "waiver of tort,", whereby the plaintiff gives up the right to sue in tort and pursues a restitutionary claim instead, in order to recoup the profits the defendant has derived from its wrongful conduct. Waiver of tort has not traditionally been seen as a cause of action, but merely as a choice of remedy where an actionable wrong has been established*.)

> enriquecimiento carente de justificación de acuerdo con las normas de atribución del ordenamiento jurídico.[505]

En este mismo sentido, cuando una persona viola el derecho de otra, por ejemplo, usurpando su tierra o violando sus derechos de propiedad intelectual, la pregunta sería cómo categorizar las acciones de resarcimiento. En el Derecho alemán, depende de que el uso o abuso de la propiedad de otro se haya cometido con dolo o culpa. "Si se cometió con dolo o culpa, entonces se puede presentar responsabilidad delictual. Si no hay dolo o culpa, no hay responsabilidad en daños, pero puede todavía haber responsabilidad como consecuencia del enriquecimiento injustificado."[506]

Al respecto, el autor alemán A.Von Tuhr, añade que:

> Si por virtud de un acto ilícito –por ejemplo, del consumo o enajenación culposos de una cosa ajena-, se produce un perjuicio, por el que se enriquece otra persona, concurrirán dos acciones: la de daños y perjuicios y la de enriquecimiento, y cumplida que sea una de ellas se extinguirá la otra, en aquello en que no exceda del volumen de la cumplida.[507]

Este aspecto nos permitiría responder a la pregunta planteada, tomando en cuenta los hechos del caso particular, en ese supuesto podrían estar trabajando dos principios. Cuando se puede demostrar que el demandado ha producido un daño, doloso o culposo, puede haber responsabilidad causada por delito o cuasidelito y por lo tanto un daño que resarcir, en este supuesto los daños se determinarían según las reglas del derecho de daños, responsabilidad extracontractual.

A lo manifestado, debemos añadir que, a diferencia que el sistema civil de tradición romanista, en el *common law*, "la lógica de la acción por enriquecimiento es la justicia restitutoria y no la correctiva, precisamente porque el empobrecimiento patrimonial no es, necesariamente, un requisito de procedencia."[508] Aceptado este punto, la medida de la

---

[505] Luis Díez-Picazo, *Op, Cit.,* p. 50.

[506] David Johnston (Editor), *Op, Cit.,* p. 12. (Traducción por el autor.)

[507] A. Von Tuhr, *Op. Cit.,* p. 260.

[508] Enrique Barros Bourie, *Op. Cit.,* p. 8.

restitución debería ser la ganancia injustificada y no el perjuicio, de modo que éste carece de relevancia en la determinación del *quantum* indemnizatorio. Aunque, como manifestamos, la doctrina francesa propone algo distinto, en este sentido, la medida de restitución por enriquecimiento injustificado sería el valor menor entre el beneficio y el empobrecimiento.

Absolutamente aparte de esto, está el hecho simple de que el demandado haya utilizado o disfrutado de la propiedad que le pertenecía al demandante. Eso, en sí mismo, no implica un daño; la responsabilidad se torna, entonces, totalmente objetiva y por lo tanto recae en el hecho de haberse beneficiado de algo que no le pertenecía. Así, en contexto diferente, pero en una misma línea lógica, Lord Hobhouse manifestó en el caso *Attorney- General v. Blake*, que el demandante "obtiene el dinero porque era su propiedad o estaba de alguna otra manera legitimado a ella"[509].

Ahora, si partimos de la opinión de que el enriquecimiento obtenido debe permanecer, como principio, en el patrimonio en el que se produce, toda obligación restitutoria necesita apoyarse en una justificación que la haga preferible a la seguridad jurídica que dicha permanencia proporciona. Es por eso que, "una de las poderosas razones que pueden obligar a la restitución del enriquecimiento es que éste haya sido obtenido por intromisión en la esfera jurídico patrimonial ajena."[510]

Tomemos por ejemplo, el caso de la mejora equivocada de la tierra propiedad de otra persona, aquí está claro que la responsabilidad puede ser justificada en términos del enriquecimiento solamente en cuanto la mejora se puede describir como enriquecimiento. No obstante, está igualmente claro, por lo menos de los casos estadounidenses, que la responsabilidad puede exceder a veces el *quantum* del enriquecimiento. En la medida en que lo haga, cierto principio con excepción de la revocación del enriquecimiento injustificado, debe poder aplicarse. Siguiendo este razonamiento, Andrew Kull sugiere que

---

[509] David Johnston (Editor), *Op. Cit.*, p. 12. (Traducción por el autor.)

[510] Xavier Basozabal, *"Enriquecimiento Injustificado por Intromisión en Derecho Ajeno"*, Civitas, Madrid, España, 1998, p. 52.

la responsabilidad adicional se debe basar en el daño, y concluye, en ese supuesto que se trataría de una demanda por daños no una demanda por enriquecimiento.[511]

Para aclarar el panorama, en este sentido, Luis Díez-Picazo ha propuesto algunos ejemplos; el primero es, uno citado del autor Rodolfo Sacco, y dice así:

> Si encontrándose mi casa vacía, penetran en ella unos "okupas" distinguidos, que la habitan durante un determinado lapso de tiempo, pero que, como personas distinguidas son extraordinariamente cuidadosos, no producen daño alguno, reparan los defectos y reponen aquello que consumen, parece evidente que mediante una acción de resarcimiento no se podrá obtener nada porque ningún daño existe; en cambio, por la vía de una *condictio* de enriquecimiento, podremos obtener (y será justo que se obtenga) el valor en uso que en el mercado tenga la ocupación de casas similares durante el tiempo en que aquélla se haya producido.[512]

Es importante observar, también, que la medida de la demanda por enriquecimiento en sí mismo refleja otros criterios de juzgamiento, como son: el demandado se pudo, por ejemplo, hacerse obligar por el valor de mercado de su uso o del disfrute de la cosa del demandante. O puede ser que sea privado de todo beneficio que él hizo con esta cosa.

El segundo ejemplo, Luis Díez-Picazo lo cita del autor Caemmerer, y sostiene lo siguiente:

> Un medio de difusión (p. ej. Una cadena de televisión) utiliza, para construir un guión o serial, un original literario cuya propiedad intelectual pertenece a una determinada persona y lo hace sin recabar la autorización de ésta. El hecho es reprochable, pero puede ocurrir que no sólo no ocasione daño, sino que produzca un importante beneficio, si, como suele ocurrir, el serial televisivo determina un importante aumento de las ventas del libro que hasta ese momento era poco difundido. En este caso, no hay daño, sino beneficio, por lo cual no cabe la acción de indemnización. Sin embargo, el enriquecimiento obtenido con la utilización indebida de una propiedad intelectual ajena es injustificado y se debe al titular

---

[511] Andrew Kull, citado por: David Johnston (Editor), *Op. Cit.*, p. 12. (Traducción por el autor.)

[512] Rodolfo Sacco citado por: Luis Díez-Picazo, *Op. Cit.*, pp. 50-51.

> del derecho el lucro que el autor de la intromisión obtenga (descontados por supuesto los gastos que se hubieran tenido que realizar para obtener el lucro.)[513]

Este segundo ejemplo incorporaría una política de disuasión, puesto que tendría la consecuencia que ningún demandado podría obtener nunca ningún tipo de beneficio al usar la propiedad del demandante. El primero, por otra parte, no disuadiría necesariamente, puesto que no privaría precisamente al demandado de toda ganancia derivada de la propiedad del demandante.[514]

Adicionalmente, es importante señalar que, las hipótesis de enriquecimiento que dan lugar a acciones restitutorias de beneficios son independientes del incumplimiento de un contrato y de los ilícitos extracontractuales; también se diferencian de las acciones indemnizatorias provenientes de esos ilícitos en que su medida es el beneficio y no el daño. Pero nos dice el español Enrique Barros, que:

> Sin embargo, nada obsta para que un mismo hecho dé lugar a acciones restitutorias e indemnizatorias. El supuesto de esta hipótesis de concurso es que el hecho dé lugar a daño patrimonial a una persona (reparación indemnizatoria) y a enriquecimiento correlativo de otra (restitución de beneficios).[515]

Por otro lado, debemos recalcar que la cuestión central, en este tipo de casos de intromisión en derecho ajeno, que concierne al derecho de enriquecimiento no es ya la existencia de un desplazamiento patrimonial sin causa jurídica que lo justifique, sino que el enriquecimiento haya sido obtenido mediante una acción antijurídica. "El fundamento de toda *condictio* (sea cual fuere la fuente del enriquecimiento: prestación, intromisión, mejoras u otras) es siempre la *antijuridicidad* de la intromisión."[516]

---

[513] Caemmerer citado por: Luis Díez-Picazo, *Op. Cit.*, p. 51.

[514] *Cfr*. David Johnston (Editor), *Op. Cit.*, p. 13. (Traducción por el autor.)

[515] Enrique Barros Bourie, *Op. Cit.*, p. 9.

[516] Xavier Basozabal, *Op. Cit.*, p. 54.

A lo dicho debemos añadir que, son actos antijurídicos, en este contexto, no sólo aquellas acciones que violan un precepto imperativo o prohibitivo, sino también aquellas otras que, sin estar el afectado obligado a soportarlas, suponen la intromisión en un derecho subjetivo a cuya omisión está obligado el intromisor.

Por lo tanto, según esta nueva tendencia o variación de la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa, es decir, el enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno, deja de lado el requisito indispensable, en principio, que es el empobrecimiento del demandante, sino que lo que interesa es el enriquecimiento que se haya obtenido a costa del que demanda la restitución por enriquecimiento por intromisión en su derecho.

Además, recordemos que quien obtiene beneficios a través de una acción antijurídica no merece que su interés sea protegido al retenerlos, con independencia de que conociera la antijuridicidad de su conducta, es decir, exista dolo; o debiera haberla conocido (culpa); o actuase irreprochablemente. Es decir, la culpa no es un requisito necesario para el nacimiento de la obligación de restituir el enriquecimiento, como vimos antes, ya que ésta obligación no depende del juicio de disvalor de la conducta sino sólo de la violación objetiva de una norma jurídica. Es por eso que, "la restitución del enriquecimiento no debe ser entendida como medida de carácter punitivo, sino simplemente como la consecuencia de la prohibición de hacer ganancia a través de un patrimonio ajeno."[517]

Ahora, es preciso distinguir, hasta qué medida deberá pagarse la restitución cuando ha existido mala fe por parte del enriquecido injustificadamente. Según Alfonso Oramas Gross, "la buena fe desaparece desde el momento en que el enriquecido conoce del enriquecimiento sin causa; generalmente ese conocimiento deviene cuando es citado con la demanda y a partir de dicho momento si no restituye inmediatamente, incurre en mora."[518] A esta posibilidad debemos añadir que, además, la mala fe puede determinarse o probarse en el juicio, inclusive desde el momento del desplazamiento patrimonial, o incluso posterior a este.

---

[517] Xavier Basozabal, *Op. Cit.*, p. 54.

[518] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 104.

Pero, lo que realmente nos interesa determinar es, hasta qué punto deberá, el enriquecido injustamente y que lo ha hecho con mala fe, devolver o restituir. Además otro punto importante es determinar que, "cuando ha existido la mala fe del enriquecido, el enriquecimiento sin causa se convierte en un hecho ilícito y se pierde la independencia que tiene la acción de restitución de la pretensión por daños y perjuicios."[519] Esto es fácil de comprender, ya que al momento de que se conozca que se está enriqueciendo a costa del patrimonio de otro y la actuación sigue en el mismo sentido, entonces se está incurriendo en un acto doloso que supone aprovecharse del otro y causarle un daño.

Por consiguiente, se deduce que el demandado deberá pagar, cuando se trate de sumas de dinero, los intereses corrientes. En otros casos se hará responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa, es decir, se aplicarán las disposiciones establecidas en el artículo 1688 del Código Civil ecuatoriano. Además, según el tratadista Rojina Villegas, se deberán pagar los frutos que se perdieran, y el enriquecido injustificadamente y dolosamente, deberá restituir no sólo lo que ha ganado, sino, además, indemnizar el *quantum* del empobrecimiento.

Por su parte, Bejarano, señala que:

> Cuando el beneficiado obra de mala fe al permitir conscientemente que alguien se sacrifique sin causa en su beneficio (obra de mala fe quien pretende obtener un provecho injusto en detrimento de tercero), comete un hecho ilícito y entonces quedará obligado a indemnizar todas las pérdidas sufridas por la víctima: deberá reparar todos los daños y perjuicios causados y no sólo el importe de sus ganancias. Pero ello es consecuencia de que la fuente de su obligación de restitución no es ya el enriquecimiento sin causa, sino el hecho ilícito, pues una y otra fuente de obligación tienen diversas consecuencias. El enriquecimiento ilícito tiene efectos reparatorios.[520]

Como dice Luis Díez-Picazo, aunque la distinción no es tan fácil de hacer, hay datos para entenderla, sobre toda basada en la que jurisprudencia española que la había dejado

---

[519] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, p. 104.

[520] Manuel Bejarano Sánchez, *"Obligaciones Civiles"*p.195, citado por: Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, pp. 105, 106.

establecida. Así, en el caso que decidió la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 10 de marzo de 1956, los demandados se habían apoderado de alambre y piqueta de hierro pertenecientes al Ejército, que se encontraban en el que había sido campo de guerra de Guadalajara, y lo habían vendido. El Estado pretendía la restitución del valor sobre la base del injusto enriquecimiento y la acción del abogado del Estado tuvo éxito.

Así también, en otro caso, en la STS de 25 de octubre de 1985, en un caso de construcción parcialmente asentada en terreno ajeno colindante que se había invadido, se planteaba el problema de si fundada la acción como una indemnización de daños y perjuicios podía el Tribunal estimarlo como una acción de enriquecimiento sin causa. Luis Díez-Picazo cita esa jurisprudencia, en la parte que nos interesa, en la que el Tribunal Supremo español entendió lo siguiente:

> […] Existiendo entre ambas acciones notables diferencias que la jurisprudencia ha señalado con ocasión de perfilar el enriquecimiento injusto o sin causa, derivándolo del Derecho Natural según la tradición romana y la doctrina científica, en copiosas sentencias que afirman que **la acción de restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia frente a la originada por la culpa aquiliana** la cual suele requerir (lo que ahora no importa) la ilicitud de la conducta del agente del daño contrariamente al enriquecimiento para el que basta el desplazamiento patrimonial indebido que puede producirse con ignorancia y hasta con buena fe, por otra parte, supone siempre en el demandado un incremento de patrimonio que no es indispensable en el supuesto de la aquiliana; rigiéndose la indemnización por diferentes patrones, pues, **si la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda excederlo, tiene también otro límite infranquable igualmente y que recuerda acertadamente la Audiencia para fundamentar su fallo, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor, de suerte que, aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa, no podrá aquél reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento;** hallándose además sujetas a diferentes plazos de prescripción por estarlo la aquiliana al ánuo del artículo 1968; siguiéndose en orden a juzgar de los motivos del recurso fundados en infracción de ley que, **aun cuando los hechos se ofrezcan a una concurrencia de normas originadoras de diversas acciones que por no excluirse entre sí hubieran podido deducirse acumulativamente,** sin embargo hubieran debido serlo, en esa tesis, según el orden que se juzgara más adecuado, no siendo procesalmente correcto

> cambiar, en la fundamentación misma más que en la alegación, el punto de vista jurídico instalado en la fase expositiva del juicio, sustituyéndolo, con trascendencia a la identificación de la acción ejercitada, por otro, con base en el cual se pide la anulación del fallo que se fundara precisamente en la parcial estimación de la demanda por sus propios fundamentos; **todo ello aparte ser al menos cuestionable que las dos acciones de indemnización y de enriquecimiento injusto sean acumulables ya que la última es subsidiaria de las expresamente conferidas** por el ordenamiento jurídico, figurando entre éstas la aquiliana, que acaso no quiso utilizarse en el caso para evitar el efecto de la prescripción contra a que se halla sujeta. […][521] (Las negrillas son mías).

Como se pudo apreciar del texto de la sentencia, el Tribunal, comprende las diferencias entre la acción de enriquecimiento injustificado y la acción de daños y perjuicios y las cataloga como no alternativas, es decir, no puede suplir la una a la otra; sin embargo cada una puede usarse indistintamente, en la medida en que no se sobrepongan la una sobre la otra.

Es más, el motivo o razón principal por la cual se niega la posibilidad de aplicar las dos acciones, en este caso, es de índole procesal, ya que no se consideró correcto cambiar el fundamento en el que se basaba la acción principal como medio de evitar la prescripción por parte de la parte actora. Sustancialmente, por el contrario, el Tribunal se refirió tanto a la acción de enriquecimiento sin causa y la acción de daños como: "…acciones que por no excluirse entre sí hubieran podido deducirse acumulativamente". De lo que se deduce que, si el actor hubiese propuesto las dos acciones desde un principio, la resolución hubiere aceptado esa propuesta y se debería haber resuelto en ese sentido.

En este orden de ideas, como hemos dicho antes, la distinción es a veces difícil y es necesario en todo caso perfilarla. El problema central consiste en saber con certeza cuáles son los derechos que determinan un contenido atributivo, condición que en materia patrimonial lleva a que se deba reconocer los derechos absolutos y no los derechos relativos.

---

[521] STS de 25 de octubre de 1985, Tribunal Supremo de España, citada por: Luis Díez-Picazo, *Op. Cit.*, pp. 53-54.

Asimismo, problemas especiales surgen cuando se trata de derechos de la personalidad, sean éstos o no sean fundamentales desde el punto de vista constitucional. El tratadista español Francisco Pantaleón ha entendido que "poseen contenido atributivo y que determinan enriquecimiento injustificados la intromisión en el derecho a la propia imagen e incluso las intromisiones en el derecho a la intimidad o a la privacidad, en que existe un mercado (prensa del corazón, etc.)".[522]

Por su parte, mayores dificultades suscita la cuestión en el derecho al honor, pues no parece otorgado por el ordenamiento para atribuir a través de él lucros de ningún tipo. En este sentido tiene razón el autor citado, cuando manifiesta que: "no es posible sostener que el difamado tenga derecho a parte del beneficio obtenido por el titular del medio de comunicación que lesionó su honor"[523].

De la misma manera, a partir de la idea precursora de Heck de que todo derecho absoluto concede a su titular los rendimientos derivados del goce, disfrute o disposición del mismo, lo cual conduce al reconocimiento de pretensiones de enriquecimiento injustificado siempre que un tercero no legitimado se haga con ellos con independencia de que el titular hubiera podido, por sí obtenerlos; Wilburg cimenta la llamada teoría de la atribución, posteriormente consagrada por Von Caemmerer, la cual, con su formulación sencilla y certera, se hace pronto dominante en el panorama de la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno. [524]

El pensamiento de Wilburg, dentro de una línea de objetivación general del sistema de responsabilidad patrimonial, defiende que la raíz de las pretensiones por enriquecimiento injustificado no debe buscarse en la idea de sustracción del beneficio como reacción de castigo contra acciones ilegítimas, sino en la efectiva finalidad del derecho usurpado de asignar determinados bienes y provechos a su titular. Esta finalidad atributiva del derecho

---

[522] Francisco Pantaleón, *"La Constitución, el honor y unos abrigos"*, Revista Jurídica La Ley, II, Madrid, España, 1996, p. 1689.

[523] Ibid.

[524] Ambos comparten la idea central de que la "no justificación" del enriquecimiento reside en que el uso de una cosa por quien no es su titular y sin el consentimiento de éste, está en contradicción con el "contenido de atribución" de su derecho de propiedad. Xavier Basozabal, *Op. Cit.*, p. 57.

usurpado es la clave de la "no justificación" del enriquecimiento y el principio orgánico fundamentador de las pretensiones de enriquecimiento por intromisión.[525]

Esta dificultad de la distinción permite considerar como una equivocación leve, o no especialmente grave, algunos errores legislativos y doctrinales, tanto en legislación extranjera como ecuatoriana. Así, por ejemplo, en la Ley de Propiedad Intelectual de España, tras reconocer que el titular del derecho está facultado para exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados por la infracción o usurpación ilícita llevada a cabo por un tercero, señala en el artículo 125 que "el perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación".

Como podemos apreciar, el artículo considera, obviamente, a ambos criterios como indemnización, aun cuando el primer beneficio que se hubiera obtenido presumiblemente, es indiscutiblemente una partida del lucro cesante y, por consiguiente indemnizatoria, mientras que la segunda remuneración, que se hubiera percibido de haber autorizado, parece más bien la restitución del valor indebidamente extraído de su patrimonio. En el mismo sentido, la confusión aparece en el párrafo segundo del artículo 125 de la Ley de Propiedad Intelectual de España, cuando señala que en caso de daño moral procederá también la indemnización y para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra.[526]

Usando el mismo razonamiento lógico, en la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, el artículo 303 reconoce el derecho a la indemnización de daños y perjuicios a favor del titular del derecho de propiedad intelectual que resulte lesionado por la usurpación ilícita de un tercero y se establece la indemnización señalando que en ella se comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida (el llamado daño emergente), sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el titular a causa de la violación de su derecho (lucro cesante).

---

[525] *Cfr*. Xavier Basozabal, *Op. Cit.* p. 68.

[526] *Cfr*. Luis Díez-Picazo, *Op. Cit.*, pp. 54-55.

No obstante, el artículo 303 señala que este lucro cesante se fijará, entre otros, conforme a alguno de los criterios siguientes: a) Los beneficios que el titular hubiese obtenido de no haberse producido la violación; (lo que es un genuino lucro cesante). b) Los beneficios obtenidos por el infractor como consecuencia de la violación; (o que es indiscutiblemente una forma de acción de enriquecimiento o *condictio* de intromisión). c) El precio, remuneración o regalía que el infractor hubiese tenido que pagar al titular, para la explotación lícita de los derechos violados; (que es también un criterio o su parámetro de lucro cesante); y d) Los gastos razonables, inclusive honorarios profesionales, incurridos por el titular con relación a la controversia. (Lo que es otro elemento de la acción de daños o daño emergente en este caso.)

Los errores en determinar las acciones de indemnización, se perpetúa no sólo entre los comentaristas de las normas citadas, sino también en muy notables autores. En la doctrina del Derecho administrativo[527] existe una línea de pensamiento de acuerdo con la cual el resarcimiento sin causa a favor de la Administración es una de las modalidades de imputación de la responsabilidad por daños a la Administración, cuando de acuerdo con los preceptos especiales, la Administración deba responder por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos[528].

En este sentido, según E. García de Enterría y T. R. Fernández el enriquecimiento sin causa a favor de la Administración es una modalidad de imputación que permite aplicar las normas de responsabilidad de la Administración pública. Su justificación se la quiere encontrar en la "localización de un beneficio en el patrimonio del sujeto imputado (la Administración), incluso bajo la forma negativa de la eliminación de un perjuicio (*dammun cessans*), a consecuencia del hecho mismo del daño acaecido a la víctima"[529]; aunque en la

---

[527] Janeri Durán, *"El enriquecimiento sin causa, origen de instituciones administrativas"*, IEAL, Madrid, España, 1955.

[528] *Cfr*. Luis Cosculluela Montaner, *"Consideraciones sobre el Enriquecimiento Injusto en el Derecho Administrativo"*, en Revista de administración pública, Nro. 84, 1977, Madrid, España, 1977, pp. 185-202.

[529] Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo",* 2 Volumen, Civitas, Madrid, España, 1994, p. 334. Citados por: Luis Díez-Picazo, *Op. Cit.*, p. 56.

actualidad esta doctrina parece sujeta a algún tipo de revisión, sobre todo en la obra de Rebollo Puig.[530]

VIII.2.3.3.- Los daños punitivos (*punitive damages*) y el enriquecimiento injustificado

VIII.2.3.3.1.- Consideraciones previas

En el presente capítulo, en el que hemos analizado todo lo relativo con el derecho de daños y el derecho de enriquecimiento como las conoce la doctrina especializada, no podíamos dejar de analizar el tema de los daños punitivos y su relación con el enriquecimiento injustificado o sin causa.

Si bien los daños punitivos constituyen una institución de gran predicamento en el sistema del *common law*, principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica, no es menos cierto que entre nosotros, y en la mayor parte de los países de Europa continental y de Latinoamérica, no ha alcanzado mayor repercusión.[531]

Pese a que, como dice Díez-Picazo, "…el mundo del *common law* constituye para nosotros un auténtico misterio"[532], por sus diversas características que en algunos casos pueden resultarnos particulares y diferentes a las que imperan en el sistema del derecho escrito; asimismo, tratándose del derecho civil de las obligaciones, existen ciertas similitudes, incluso algunas figuras jurídicas obligacionales han sido tomadas desde el Derecho romano

---

[530] *Vid.* Manuel Rebollo Puig *"El Enriquecimiento injusto de la Administración Pública"*, Civitas, Madrid, España, 1995, p. 298 y ss.

[531] Ramón Daniel Pizarro, *"Daños Punitivos"*, en: Aída Kemelmajer de Carluchi (Directora), *"Derecho de daños"*, segunda parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 287.

[532] Luis Díez-Picazo, prólogo a la obra de Vaz Izquierdo, *"El derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación con el sistema hipotecario español*", Madrid, 1980, citado por José De los Mozos, *"Método, sistemas y categorías jurídicas*", Civitas, Madrid, España, 1988, p. 191.

clásico, aunque su tratamiento no haya sido tan sistemático como lo ha hecho el Derecho civil de tradición romanista.

Es por eso que "si bien el sistema angloamericano difiere *externamente* en su metodología del imperante en Europa continental y en Latinoamérica, coincide con ellos en numerosos aspectos que hacen a su *esencia*, en los que la proximidad es notable."[533] Es evidente esta declaración, sobre todo en el caso del enriquecimiento injustificado o como ellos lo llaman "*unjustified enrichment"* o *"unjust enrichment"*, en donde se ha partido de un origen histórico común, es decir, las *condictios* romanas. Y debemos añadir que, dichos lazos, en la actualidad, son mayores, sobre todo en el derecho mercantil y el derecho civil de las obligaciones, que surge como consecuencia de una mayor integración comercial que deriva en la necesidad de normas comunes para diversos países, sobre todo occidentales, tal como lo hemos sostenido en el presente capítulo.

Además, es innegable la influencia creciente del sistema jurídico anglosajón sobre los ordenamientos jurídicos de países como Ecuador, que tradicionalmente se han inspirado en las creaciones jurídicas provenientes de Europa continental. Como ejemplo de esta influencia, es suficiente observar cómo nuestro sistema penal de raigambre inquisitiva, a partir del año 2001, tomó un carácter mixto con tendencia acusatoria. En otros países como Colombia ha ocurrido lo mismo, el sistema penal ha tomado carácter acusatorio desde 1991[534]y además, en ese país, se le reconoce cada vez más a la jurisprudencia constitucional como fuente de Derecho.[535]

---

[533] Ramón Daniel Pizarro, *"Daños Punitivos"*, en: Aída Kemelmajer de Carluchi (Directora), *Op. Cit.*, p. 288.

[534] Laura Victoria García Matamoros y María Carolina Herrera Lozano, *"El Concepto de los Daños Punitivos o Punitive Damages"*, Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá, Colombia, 2003, p. 211.

[535] Sobre la jurisprudencia constitucional *Vid.* Diego Eduardo López Medina, *"El problema de la obligatoriedad del precedente constitucional"*, en *"El Derecho de los jueces"*, Uniandes-Legis, Bogotá, Colombia, 2001, pp. 11-49.

VIII.2.3.3.2.- Análisis comparativo

Dicho lo dicho y sin más preámbulos, entremos a analizar, de manera breve y concreta, el funcionamiento de los daños punitivos o *punitive damages* y su relación con el enriquecimiento sin causa.

Como ya manifestamos anteriormente, en el derecho de daños de los ordenamientos jurídicos de corte romanista, lo que se busca con una acción de daños y perjuicios es el reconocimiento de la necesidad de indemnizar de manera pecuniaria a la víctima de un hecho ilícito, hasta llegar a exigir no sólo los perjuicios patrimoniales efectivamente ocasionados, sino además los perjuicios morales causados y probados, cuando se demanda daño moral; pero con el límite claro y preciso de dejar a la víctima, en la medida de lo posible, de acuerdo con la naturaleza del daño, exactamente en el mismo estado en el que se encontraba antes del perjuicio sufrido; y, evitar, como es lógico, un enriquecimiento injustificado como consecuencia de la indemnización reconocida.[536]

Sin embargo, el derecho de daños, además de su faceta indemnizatoria o resarcitoria, tiene una función punitiva, que por cierto ha tenido poca importancia en nuestra doctrina, pero que, al contrario, en el sistema del *common law*, el reconocimiento de la responsabilidad tiene algunos objetivos adicionales que pueden aplicar los jueces, incluso más allá de la consideración de los daños causados. La aplicación de esta función punitiva del Derecho de daños ha sido más aceptada en los Estados Unidos que en Inglaterra, en donde su difusión y aplicación es menos frecuente.

Según manifiesta Luis Díez-Picazo: "Es verdad que la función punitiva estuvo en los orígenes de normas que hoy denominamos de responsabilidad civil extracontractual, pero hay que entender que en la actualidad es por completo ajena a ellas."[537] Es más, la evolución del derecho Europeo continental ha tendido hacia la separación de las normas

[536] Fernando de Trazegnies, *"La Responsabilidad Extracontractual"*, Tomo I, quinta edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1998, p.240 y ss.

[537] Luis Díez-Picazo, *Op. Cit.*, p. 44.

con función indemnizatoria de la "primitiva" función punitiva. Es por eso, que en nuestros ordenamientos jurídicos, las normas con funciones sancionatorias o punitivas las cumplen exclusivamente las normas del Derecho Penal, y dicho sea de paso, también en el Derecho Administrativo en su faceta sancionadora.

Pero, antes de proseguir, definamos lo que significan los daños punitivos[538]:

> Por *daños punitivos* se entiende el mecanismo por el cual se condena a pagar una indemnización, que busca reparar la violación a los derechos constitucionales de los ciudadanos, ocasionados ya sea por funcionarios del gobierno o por los particulares. Son las sumas de dinero que los tribunales exigen pagar con el fin no de indemnización compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes.[539]

Este enfoque, de naturaleza sancionatoria, está orientado al desmantelamiento pleno de los efectos del ilícito. "Tal lo que sucede, por ejemplo, cuando quien contraría el ordenamiento jurídico causando un daño a otro, actúa deliberadamente con el propósito de obtener un rédito de esa actividad."[540] Es decir, si se traduce éste en el ingreso de bienes a su patrimonio o en el ahorro de gastos necesarios para evitar el menoscabo.

Y se añade que en tal supuesto, "la reparación del perjuicio *resulta insuficiente para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad*, pues subsiste un beneficio, en este caso económico, *derivado directamente del ilícito*, a favor de quien delinquió."[541] Produciéndose

---

[538] Los daños punitivos son definidos por los autores del *common law*, así: William Lloyd Prosser, *"The Law of Torts"*, 4th edition, Lawyer´s edition, St. Paul, West, 1971, p. 9. (*Such damages "are given to the plaintiff over and above the full compensation for his injuries, for the purpose of* ***punishing*** *the defendant, of* ***teaching*** *him not to do it again, and of* ***deterring*** *others from following his example.*) (Las negrillas son mías.)

Jhon G. Fleming, *"The Law of Torts"*, 9th edition, The Law Book Co., Sydney, Australia, 1998, pp. 271-272 (*Punitive or exemplary damages focus not on injury to the plaintiff but* ***on outrageous conduct of the defendant, so as to warrant an additional sum, by way of penalty, to express the public indignation and need of deterrence or retribution***.) (Las negrillas son mías.)

[539] Laura Victoria García Matamoros y María Carolina Herrera Lozano, *Op. Cit.*, p. 213.

[540] Ramón Daniel Pizarro, *"Daños Punitivos"*, en: Aída Kemelmajer de Carluchi (Directora), *Op. Cit.*, p. 290.

[541] Ibid.

aquí, un beneficio doloso a favor del agente provocador del daño, generando a su vez un enriquecimiento injustificado a su favor.

Pero por otro lado, como se puede apreciar, la aplicación de los daños punitivos también contraría la noción de la función del derecho de daños en el sistema de tradición escrita, es decir, la reparación del daño en ningún caso puede implicar un incremento patrimonial que no corresponda estrictamente a los perjuicios ocasionados. La explicación a este supuesto se apoya en un principio general del derecho: "Si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa para la víctima. Es así el daño la medida del resarcimiento."[542]

Además, en el *common law*, se conoce al daño punitivo, como institución del derecho privado, o como pena privada con las siguientes denominaciones: *punitive damages, exemplary damages* (Inglaterra), *punitory damage* o *vindictive damages*, indicando, esta última denominación una función de "venganza", o de vindicta, que en el Derecho de tradición Europea continental ha pasado a tratarse en el Derecho Penal, así la vindicta pública.

Es por eso, que no tendría cabida un sistema de daños punitivos en nuestros ordenamientos jurídicos, ni en el ecuatoriano, ni en ningún otro de tradición civil romanista o de derecho escrito, como también se lo conoce. Ya que la punición de los ilícitos tropieza con serias dificultades, la más grave es la ausencia de norma expresa que permita imponer sanciones civiles en tales supuestos y que regulen el destino de pena. Además, tratándose de derecho privado, sería más complicado determinar a quién se debería destinar la penalidad, es decir, a quién se deberían pagar esos daños punitivos, al perjudicado, al Estado o a otros. En los países anglosajones el pago se hace al perjudicado. Si el pago se hiciera al Estado tomaría un matiz de multa, si se hiciera al perjudicado tomaría un matiz de enriquecimiento injustificado.

---

[542] Juan Carlos Henao, *"El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1998, p. 45.

Del análisis que hemos realizado en este capítulo, pudimos determinar, y en concordancia con lo que expresaba A. Von Tuhr, que se puede presentar una situación en la cual además de poder ejercerse una acción de daños, se podría también ejercer una acción de enriquecimiento injustificado, si es que además del daño real y efectivo causado, la otra parte se ha enriquecido sin causa. En este sentido, al momento que el reclamante pide que se le indemnice y se le restituya, esto no genera un enriquecimiento sin causa, sino un "estado de normalidad", en el que el patrimonio del perjudicado vuelve al estado de indemne y de "no empobrecido". Vale decirse que para que se lleve a cabo esta posibilidad es necesario que la situación reúna los requisitos básicos que configuran al enriquecimiento sin causa.

En consecuencia, el problema con la figura de los daños punitivos es que podrían confundirse con la acción de resarcimiento por enriquecimiento injustificado, pero esto no debería suceder así, a continuación veremos por qué:

Los daños punitivos, como sabemos, son montos de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.

Los daños punitivos, entonces, "no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone, en un proceso civil y al causante doloso o gravemente negligente de un daño, por un importe varias, a veces, muchas veces superior al de la indemnización puramente compensatoria."[543]

Sin embargo, no dejan de existir normas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano[544] que contemplan, aunque no expresamente, la figura de los daños punitivos, así, por ejemplo, el

---

[543] Pablo Salvador Coderch, *"Punitive Damages"*, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 2003, p. 3.

[544] Otras normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano que contienen casos de daños punitivos, entre otras, son las siguientes: artículo 304 de la Ley de Propiedad Intelectual, artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental; artículos 71, 80, 94 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor; arts. 153, 154, 187 del Código del trabajo, etc.

artículo 119 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, que manifiesta, en su primer inciso, lo siguiente:

> Quien explote una obra o producción sin que se le hubiere cedido el derecho correspondiente o se le hubiere otorgado la respectiva licencia de uso, **debe pagar, a título de indemnización, un recargo del cincuenta por ciento** sobre la tarifa, calculada por todo el tiempo en que se haya efectuado la explotación. (Las negrillas son mías)

Lo que podemos inferir claramente de esta norma, es que se trata de un recargo a manera de daño punitivo, aunque el texto de la ley lo asimile a una indemnización, esto es un error conceptual, ya que el recargo a manera de sanción sobrepasa el *quantum* del daño efectivo producido; es decir, ya no se trata de una indemnización compensatoria *stricto sensu*. Ergo, la aplicación de la función punitiva del derecho de daños se ha venido aplicando en normas específicas en ordenamientos jurídicos de tradición escrita, sin que esto haya generado controversia alguna, por lo menos en este tipo de casos, en los que no se la cataloga expresamente como tal. Es más, para algunos tratadistas argentinos, como Ramón Pizarro, se trataría de asimilar a esta sanción pecuniaria a manera de indemnización, como una "multa civil", y en este sentido se han generado algunas teorías que, últimamente, han ido tomando cierta fuerza.

La razón de la precitada norma, yace en tal supuesto en que la reparación del perjuicio resulte insuficiente para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad, ya que subsistiría un beneficio, en este caso, claramente pecuniario o económico, derivado directamente del ilícito, y a favor de quien delinquió. Pero en lo que no tenemos total certeza, es en el hecho de la finalidad de la norma, es decir, si lo que se busca es el resarcimiento de los daños o solamente la restitución de las ganancias o el enriquecimiento obtenido sin causa lícita.

El autor argentino Ramón Daniel Pizarro, nos dice que de allí que debe operar el desmantelamiento de los efectos del ilícito, y debe hacerse mediante la implementación de penalidades económicas civiles que sancionen tales inconductas calificadas. "Lo contrario

importaría aceptar que alguien se pueda enriquecer merced al agravio intencionado o fruto de una grosera negligencia."[545]

En este mismo sentido, Aida Kemelmajer, quien comprende perfectamente las dificultades de aplicación de los daños punitivos en la tradición de las codificaciones, considera al final de su estudio, que es preferible un sistema que atienda a las ganancias o ventajas obtenidas por el daño, permitiendo al perjudicado reclamarlas. Sin embargo, como hemos visto durante todo el tratamiento de este trabajo investigativo, hacer esto sería desvirtuar los *punitive damages*, desviar su función punitiva o sancionadora y, además, representa confundir esta institución con la del enriquecimiento injustificado o sin causa; lo que, en último término, significaría asimilar equivocadamente los daños punitivos a la restitución de beneficios dentro del Derecho de enriquecimiento.

Es decir, la diferencia principal radica en que, la función del primero es ejemplarizante y preventiva, mientras que del segundo es de equidad, de no permitir que alguien se enriquezca en detrimento de otra. Es más, como dice Luis Díez-Picazo, sobre la restitución de beneficios por intromisión en derecho ajeno: "Sólo debe admitirse en aquellos supuestos de lesión de derechos subjetivos a los que se pueda reconocer un contenido de atribución."[546] Tal como analizamos *supra*, cuando realizamos el análisis comparativo entre el Derecho de daños y Derecho de enriquecimiento.

Es por eso, que nosotros consideramos que en los casos en que la intención del legislador sea la de prevenir el enriquecimiento injustificado, no se debería dar, a la restitución por enriquecimiento, la denominación de recargo, multa, sanción, o de indemnización, a riesgo de confundirla con los daños punitivos, que tienen una función distinta, que es sancionar al

---

[545] Ramón Daniel Pizarro, *"Daños Punitivos"*, en: Aída Kemelmajer de Carluchi (Directora), *Op. Cit.*, p. 290. (Añade el autor que este tema adquiere especial importancia, en ciertos supuestos, como competencia desleal, ilícitos cometidos en materia de propiedad intelectual, fraudes al consumidor, daños causados por medio de la prensa con la finalidad de obtener provecho económico, aun pagando las indemnizaciones pertinentes, daños al medio ambiente en análogas circunstancias, etc. por lo que parecería que en estos casos sería adecuado un régimen de penas civiles adecuado. ("multas civiles")

[546] Luis Díez-Picazo, *Op. Cit.*, p. 45.

agente provocador del daño, provocando un efecto ejemplarizante y preventivo[547], sobre otros posibles casos que se puedan presentar.

No obstante, no podemos dejar de mencionar que, se trata de dos figuras jurídicas que pueden actuar complementariamente, el uso de la una no implica el desuso de la otra; es decir, no son mutuamente excluyentes, esto se debe, sobre todo, a sus funciones u objetivos principales. Entonces, el uso de la acción de enriquecimiento injustificado encaja mucho mejor en nuestro ordenamiento jurídico, así como de otros de tradición escrita; en cambio la aplicación de los *punitive damages* puede ser controversial, incluso en los países de derecho anglosajón, y por muchos motivos.

En el mismo sentido, debemos señalar que, a medio camino entre la cultura legal norteamericana y la europea, los británicos inventores de los *Punitive damages*, casi los abolieron cuando en 1964, una sentencia de la Cámara de los Lores, a partir del caso *Rookes v. Barnard (1964 AC 1129)*, excluyó los *punitive damages* por considerarlos incompatibles con la naturaleza estrictamente compensatoria de la indemnización de daños y perjuicios. Además, como consecuencia, la Cámara de los Lores limitó los daños punitivos a tres categorías:

> 1) Cuando hay disposición legal que los autorice, lo que en Inglaterra sucede con la ley de derechos de autor; 2) Cuando se trata de sancionar una conducta vejatoria, opresiva, arbitraria o inconstitucional, realizada por un funcionario público, que vulnera un derecho fundamental del ciudadano; 3) Cuando el autor del ilícito ha actuado evaluando que la utilidad derivada de la conducta dañosa será mucho mayor que la indemnización debida al damnificado.[548]

---

[547] Según la definición del *Black´s Law Dictionary:* Los daños ejemplares o punitivos son daños en grado alto, adjudicando al demandante con lo que simplemente se le compensará por su pérdida, donde lo causado a él fue agravado por circunstancias de evidencia, presión, malicia o fraude y conducta indebida en la parte del defendido y es obligado a aliviar al demandante por angustia mental, perjuicio de su estancia, pena u otras agravaciones del daño original y castigar al defendido por su mal comportamiento. Henry Campbell Black, "*Black's Law Dictionary*", 8th ed., West Pub. Co., St. Paul, Minn., USA., 2004. (Traducción por el autor).

[548] Aida R. Kemelmajer, citada por: Luis Díez-Picazo, *Op. Cit.*, p. 44.

En otras palabras, el autor español Pablo Salvador Coderch indica que la primera posibilidad se presenta en todos los casos autorizados expresamente por la ley; el segundo caso se da contra actos del gobierno y sus agentes que resultaren opresivos, arbitrarios o inconstitucionales; y finalmente, el tercer caso se presenta "para expropiar al demandado los eventuales beneficios de su conducta"[549], esto último se conoce en el *common law* como el *disgorgement*[550], que no es otra cosa que una acción civil que tiene la característica resarcitoria antes que punitiva; es decir, lo que se busca es que el juez ordene la devolución de las ganancias obtenidas a través de actos ilegales. En este sentido, los agentes provocadores del daño deberán devolver las ganancias ilegalmente obtenidas al perjudicado, con los intereses respectivos, para de esa manera evitar un enriquecimiento injustificado. Por lo que en este último caso, lo que se está previniendo es un enriquecimiento injustificado por parte del que ha cometido el daño, ya sea con dolo o con grave descuido, de tal guisa que la intención de los daños punitivos, en este caso específico concuerda con la acción de enriquecimiento sin causa.

Sin embargo, los daños punitivos deben distinguirse de otras figuras como son:

a) La primera figura es la de los "daños restitutorios" o *restitutionary damages*[551] *(restitution for a wrong).*- En el caso *Lipkim Gorman v. Karpnale Ltd. (1991, 2 AC 548)* la Cámara de los Lores aceptó por primera vez un principio general de enriquecimiento injusto y además, señaló dos tipos de daños resarcitorios: 1) *autonomous (by subtraction)*; y, 2) *Dependent (by wrongdoing)*. En otras palabras, el enriquecimiento injustificado por sustracción y el enriquecimiento injustificado

---

[549] Pablo Salvador Coderch, *Op. Cit.,* p. 5.

[550] El *Black´s Law Dictionary* define al disgorgement como: "*the act of giving up something (such as profits illegally obtained) on demand or by legal compulsion".* Disgorgement *is the forced giving up of profits obtained by ilegal or unethical acts. A court may order wrongdoers to pay back illegal profits, with interest, to prevent unjust enrichment. Disgorgement is a remedy and not a punishment.* Henry Campbell Black, "*Black's Law Dictionary*", 8th ed., West Pub. Co., St. Paul, Minn., USA., 2004.

[551] Los *Restitutory Damages* en contraposición a los *Compensatory Damages*, los primeros entendidos en el sentido resarcitorio o devolutivo de las ganancias obtenidas; y, los segundos en sentido indemnizatorio o compensatorio sobre el daño producido, tanto en lucro cesante como daño emergente.

por daños, (casos que ya los mencionamos *supra*, en este capítulo). Sobre estos dos tipos de enriquecimiento, indica Salvador Coderch, que:

> En el primer caso, no es precisa la comisión de ningún ilícito y la acción se concede en la medida del empobrecimiento y dentro de los límites del enriquecimiento; en el segundo, el demandado ha cometido un ilícito y se trata de evitar que haga suyas las ganancias obtenidas con ello: la restitución es sólo uno de los remedios posibles. **El objeto de los *restitutionary damages* son las ganancias: excluyen la indemnización compensatoria y, a diferencia de los *Punitive damages*, no se conceden si no hubo beneficio.**[552] (Las negrillas son mías)

b) Por último, los "daños agravados" o *agraveted damages*, que son los que sirven para compensar a la víctima de la angustia mental (*mental distress*) originada por las circunstancias en que fue causado el daño o por el comportamiento subsiguiente del dañador. En otras palabras, esto está muy relacionado con el daño moral, que tiene que ver con las afecciones psíquicas o psicológicas y con lo que expresa, incluso, el artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano en su último inciso[553].

Por otro lado, los tribunales norteamericanos, admiten la aplicación de los llamados daños punitivos con mucha más frecuencia que en otras legislaciones; sin embargo, debemos mencionar que, en el Derecho estadounidense, los daños punitivos, bajo ciertos parámetros constitucionales federales y límites legales o jurisprudenciales eventualmente impuestos al *common law* por cada Estado, limitan el alcance y aplicación de esta figura, inclusive en algunos casos llegando a no aplicarla. Pese a lo dicho, la doctrina reconoce que esta figura se puede agrupar en los siguientes tres tipos:

1) Cuando según el cálculo del autor del ilícito, el resarcimiento del perjudicado será inferior a las ganancias obtenidas por él (p.ej. fabricante que prefiere pagar los daños a reparar los productos defectuosos o a no cesar en la fabricación).

---

[552] Pablo Salvador Coderch, *Op. Cit.*, p. 6.

[553] Artículo 2232 Código Civil ecuatoriano, último inciso: "La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo."

2) Cuando la conducta dañosa, sobre la base de un cálculo de probabilidades, presenta poco riesgo de ser judicialmente sancionada, lo que puede ocurrir porque la antijuridicidad de la conducta no es fácilmente reconocible; porque el daño particular es modesto en relación con el coste del eventual proceso; o porque el autor del ilícito tiene una posición dominante y no se siente intimidado por el proceso de resarcimiento.

3) Cuando independientemente de sus consecuencias el sujeto actúa con el fin específico de causar daño. [554]

A esto debemos añadir que, los daños punitivos "no son un derecho de obligatorio reconocimiento por parte del juez […] por lo tanto, la víctima debe incluirlo de forma expresa como una de sus pretensiones, para que la entidad encargada de determinar los hechos y el jurado analicen la posibilidad de aceptar esa pretensión."[555]

Como se ha podido observar, es evidente que la mayoría de las Cortes estadounidenses han considerado aspectos importantes a la hora de determinar la procedencia o no de los daños punitivos; es decir, en el primer caso lo que se busca es que el beneficio obtenido por el daño causado no quede, injustificadamente, en manos del agente provocador del mismo. En otras palabras, que si un sujeto prefiere pagar indemnizaciones por daños, sabiendo que obtendrá mayor beneficio neto, esto es, que las ganancias superen a las pérdidas, entonces se verá enriquecido injustificadamente, lo que se trataría de prevenir con la aplicación de los daños punitivos.[556]

---

[554] Luis Díez-Picazo, *Op. Cit.*, p. 45.

[555] Laura Victoria García Matamoros y María Carolina Herrera Lozano, *Op. Cit.*, p. 216. ("El daño punitivo debe ser una pretensión expresa o debe haber sido solicitada antes de concluido el proceso para que pueda ser considerada por el jurado." Tercer Circuito, *Blesser v. Lancaster County* 609 Fsupp 485 (ED Pa 1985))

[556] Así, en el caso *Anderson v. General Motors Corp.*, un Jurado de los Ángeles California otorgó en valor de daños punitivos un veredicto de 4.9 mil millones de dólares contra General Motors, y la indemnización compensatoria fue de 107 millones de dólares. Esto se debió a una falla en el diseño del tanque de gasolina del Chevrolet Malibú, tras un accidente automovilístico que sufrió Patricia Anderson, se determinó que el tanque estaba muy cercano al parachoques trasero. El debate procesal se centró en un estudio coste-beneficio realizado en 1973 por Edwar Ivey, un ingeniero de GM, en el cual, tras haber asignado un valor de 200.000 $ a cada vida humana, se llegaba a la conclusión de que costaría únicamente 2,40 $ transigir los casos de accidente, pero sólo 8,59$ modificar el diseño y ubicación del depósito de gasolina.

Ahora, el verdadero problema, y en donde choca con la doctrina del enriquecimiento sin causa, es precisamente, en la valoración del *quantum* y en su finalidad. Siendo en el caso de los *punitive damages*, como ya se dijo, una función sancionadora que busca punir graves inconductas, otra función preventiva que busca disuadir a otros posibles transgresores de hacer lo mismo y otra que permita restablecer el equilibrio emocional de la víctima. Es por eso que, en esos casos, no se confunde, ni en los Estados Unidos, ni en Inglaterra, una acción de enriquecimiento injustificado y la aplicación de los daños punitivos.

Consecuentemente, para la valoración y la determinación de la suma que se debe pagar como concepto de daños punitivos, en los Estados Unidos se han establecido diferentes parámetros, bajo criterios de racionalidad, que incluyen instrucciones al jurado para tasar la indemnización, los cuales, por el momento los vamos a nombrar, sin entrar a analizarlos ni a profundizar en descripciones, y éstos son: 1) la gravedad de la falta; 2) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna; 3) los beneficios obtenidos con el ilícito; 4) la posición de mercado o de mayor poder; 5) el carácter antisocial de la inconducta; 6) la finalidad disuasiva futura perseguida; 7) la actitud ulterior del demandado; 8) el número y la jerarquía de los empleados comprometidos en la falta de conducta; 9) los sentimientos heridos de la víctima; entre otros.[557]

No podemos dejar de mencionar, el tratamiento que se le ha dado a los daños punitivos en ordenamientos jurídicos que no forman parte del sistema jurídico del *common law*; así, en 1992, una muy citada sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán (HBGHZ 118, 312), declaró que el reconocimiento de una sentencia de un tribunal estadounidense que condenaba a pagar daños punitivos, "era contraria al orden público, aunque el tribunal añadió que condenas limitadas a indemnizar daños presuntos o a expropiar los beneficios obtenidos por el causante no serían objetables."[558]

---

[557] Ramón Daniel Pizarro, *"Daños Punitivos"*, en: Aída Kemelmajer de Carluchi (Directora), *Op.Cit.*, pp. 287-337.

[558] Pablo Salvador Coderch, *Op. Cit.*, p.13.

En Francia, por ejemplo, el juez civil puede imponer al deudor que se niega a cumplir con sus obligaciones judiciales declaradas como exigibles, una multa pecuniaria, conocida como *astriente*, por cada día de retraso cuyo importe se paga al acreedor. La figura de los *astrientes* también es reconocida por el ordenamiento jurídico de la República Argentina, en el mismo sentido en que se lo ha acogido en Francia.

Además, la Corte de Casación Francesa, en concordancia con la doctrina dominante, se ha opuesto decididamente a aplicar la función punitiva de la responsabilidad civil, "por considerar que la responsabilidad civil no debe tener una función penal y que "…la gravedad de la culpa no puede justificar una condenación superior al valor del daño". Lo contrario importaría un enriquecimiento injustificado de la víctima."[559]

Además, la profesora francesa Geneviéve Viney, ha definido a la "*pena privada"* como una "suma de dinero reconocida por el juez por encima de aquella que corresponde a la reparación del perjuicio en los casos en que el acto causante del perjuicio ha estado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima."[560]

En el caso del Ecuador, así como en otros países como Colombia, Chile, etc., existe lo que se conoce como cláusula penal, que dentro del derecho de las obligaciones es lo más parecido que existe a la figura anglosajona del *punitive damages*; otro nombre que posee la cláusula penal es de liquidación convencional, y está recogida en los artículos, del 1551 al 1560, del Código Civil ecuatoriano, bajo el título XI De las Obligaciones con Cláusula Penal. Debemos recordar que, esta cláusula penal es convencional ya que las partes la proponen dentro de una relación contractual. La definición del artículo 1551 del Código Civil del Ecuador dice: "Cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimento."

---

[559] Ramón Daniel Pizarro, *"Daños Punitivos"*, en: Aída Kemelmajer de Carluchi (Directora), *Op. Cit.*, p. 296.

[560] Geneviéve Viney, *"Traité de Droit Civil, Les Obligations. La responasbilité: effets"*, LGDJ, París, Francia, 1988, p.6. (Traducción por el autor).

Debemos añadir que, aunque muchos piensan que la cláusula penal equivale solamente a una determinación del daño calculado de manera previa, esto no es correcto del todo. Así, Guillermo Ospina Fernández, al respecto, sostiene lo siguiente: "… no es de recibo la opinión que reduce la efectividad de la cláusula penal al solo campo de la estimación de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación principal…"[561]; por consiguiente, puede constituir un medio de apremio al deudor, y puede servir igualmente de caución o garantía del cumplimiento de la obligación principal. Sumando, de esa manera, tres funciones de la cláusula penal, dentro de las cuales, está clarísima la función punitiva o sancionadora. Es más, refuerza nuestra teoría el texto del artículo 1559 del Código Civil ecuatoriano que dice: "Pena e indemnización.- No podrá pedirse a un mismo tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena."

De tal guisa, se colige que, una forma de aplicación de los daños punitivos, aunque muy limitada, se da en muchos de los ordenamientos jurídicos de tradición civil francesa, sobre todo en relaciones contractuales, con la única diferencia que la cláusula penal es convencional y determina, previamente, una cantidad fija como pena y que contempla también una medida aproximada del posible daño del incumplimiento o de la mora en el cumplimiento del contrato. Lo que marca una distancia entre la figura de los daños punitivos del *common law* con respecto a esta obligación contractual.

Además, cabe recalcar que, en este caso, no existe, ni de cerca, una posibilidad de enriquecimiento injustificado o sin causa por la aplicación de esta cláusula penal, por ser esta una obligación accesoria y convencional. Sin embargo, sí existe una acción de lesión enorme, que es conocida como la reducción de la cláusula penal enorme, según el artículo 1560 del Código Civil ecuatoriano, que se produce por exceso en la cuantificación del monto de la cláusula penal.

Finalmente, sin alargarnos más en el tema, queremos mencionar que "en España se han creado mecanismos próximos, sin llegar a ser daños punitivos, por tenerse la misma idea

---

[561] Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit.*, p. 142.

que en Francia y que en general tienen todos los países de derecho escrito."[562] Lo mismo ocurre en otros países, como Italia en donde la Ley del 8 de julio de 1986 sobre protección del medio ambiente abre la posibilidad de fijar una indemnización mayor al *quantum* del daño sufrido por la víctima y que deberá reflejar, en todo caso, de alguna manera el beneficio económico obtenido por el infractor, además de la malicia y la temeridad del mismo.

Como conclusiones, podemos decir, que la aplicación de los daños punitivos no debe confundirse con el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injustificado, ya que el primero supone una función, sobre todo sancionadora, y el segundo una función resarcitoria. Añadiendo, además, que el primero toma en cuenta un aspecto subjetivo como es la mala fe, malicia y la temeridad del agente provocador del daño; mientras que en la acción de enriquecimiento sin causa, los elementos que la configuran son objetivos, por lo que se trata de una relación causal entre el patrimonio enriquecido y el empobrecido, sin que importe, *prima facie*, la culpabilidad del enriquecido sin causa. Sin embargo, no debemos dejar de mencionar, que para determinar el monto de los daños punitivos, uno de los parámetros a considerarse, es precisamente, el monto de la ganancia obtenida por el agente provocador del daño.

Por otro lado, debemos manifestar que, si se aplican unos daños punitivos muy elevados a favor del perjudicado, esto puede generar, a su vez, en un enriquecimiento injustificado Al respecto, el jurista argentino Ramón Daniel Pizarro, manifiesta lo siguiente:

> Desde una perspectiva netamente resarcitoria se debe admitir que, como principio, no es razonable que la suma de dinero que se mande a pagar por daño punitivo sea entregada a la víctima […] Quien sufre un daño tiene derecho a ser resarcido de manera integral. Esto importa que la entidad cualitativa y cuantitativa marcan el límite de su derecho a la reparación. *Desde ese plano*, todo monto superior al daño real que se mande a indemnizar

[562] Laura Victoria García Matamoros y María Carolina Herrera Lozano, *Op. Cit.*, p. 221.

> *importa un enriquecimiento injusto para el damnificado y un motivo de explotación para el responsable.*[563]

Además, como hemos determinado a lo largo de este trabajo investigativo, en el caso en que se quiera restringir un enriquecimiento injustificado o sin causa, este debe reunir los requisitos objetivos mínimos, que quedaron establecidos en el capítulo 7; y que no se debe confundir la aplicación de la figura de los daños punitivos para subsanar un caso de enriquecimiento injustificado, y que, además, la aplicación de daños punitivos no deberá, bajo ningún supuesto, generar un enriquecimiento sin causa al perjudicado.

Ergo, la aplicación de los daños punitivos deberá obedecer a cuestiones sancionatorias, ejemplarizantes y preventivas, es decir, como sanciones privadas, bajo los parámetros de excesiva mala fe, dolo, fraude, ilicitud, y que sirvan para subsanar acciones totalmente injustas para la víctima y que puedan tener repercusión para terceros. En el mismo orden de ideas, debemos enfatizar en el hecho de que estas dos acciones no son para nada incompatibles, es decir, se podrán aplicar tanto la una como la otra sobre un mismo caso, en la medida en que se logre determinar los elementos que configuren a cada una y no se excedan de su *quantum* la una sobre la otra, sino que entre ambas, sirvan a la consecución de sus objetivos específicos.

Para finalizar, es preciso mencionar que, la aplicación de la figura de los daños punitivos en los ordenamientos jurídicos de Europa Continental y de Latinoamérica es todavía muy lejana, principalmente porque esta figura es contraria, aparentemente, a ciertos principios fundamentales. No obstante, en los países que pertenecen al sistema del *common law*, sobre todo en Estados Unidos, su aplicación es significativa; sin embargo, se ha visto disminuida en los últimos años; mientras que, últimamente, el número de casos en los que se ha aplicado la figura del enriquecimiento injustificado se ha visto incrementado.

---

[563] Ramón Daniel Pizarro, *"Daños Punitivos"*, en: Aída Kemelmajer de Carluchi (Directora), *Op. Cit.*, p. 306.

CAPÍTULO IX

OTRAS FIGURAS JURÍDICAS RELACIONADAS CON EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

IX.1.- Introducción

Para finalizar este trabajo investigativo, nos ha parecido importante analizar y comparar, de forma concreta y entendible, algunas figuras jurídicas que están directamente relacionadas con la teoría del enriquecimiento injustificado. Asimismo, analizaremos otra figura que, a pesar de tener un diferente origen, puede ser fácilmente confundida como una arista del enriquecimiento sin causa. A lo dicho debemos señalar que, no es nuestro objetivo profundizar de forma extensa sobre la naturaleza ni características de las figuras como son: el pago de lo indebido, la agencia oficiosa y las obligaciones naturales; ya que eso nos significaría otro intento de disertación, en otras palabras otro volumen de este tratado, que por el momento no nos interesa; tampoco queremos desviarnos de los objetivos principales de este trabajo, por lo que las referencias que haremos serán lo suficientemente claras y sobre los puntos más importantes que nos sirvan para demostrar nuestras posiciones en base a un análisis crítico.

A estas alturas de la investigación, es evidente que la teoría del enriquecimiento sin causa tiene una indudable aplicación en las instituciones civiles del pago de lo no debido y la agencia oficiosa, con respecto a ésta última en lo referente a las obligaciones del dueño del negocio. Además, recordemos que estas instituciones son reconocidas por el Código Civil ecuatoriano como integrantes del grupo de los cuasicontratos, figura por demás errónea, tal como lo sustentamos en los primeros capítulos. Sin embargo, existe otra figura que estudiaremos, centrándonos en sus elementos más sobresalientes, y es la figura de las obligaciones naturales, y dentro de este tema, veremos también lo relacionado con las promesas de compraventa de bien inmueble efectuadas en instrumento privado, y analizaremos la jurisprudencia de la Corte Suprema del Ecuador en las que se confunden las obligaciones naturales con la institución del enriquecimiento sin causa.

IX.1.- Del pago de lo no debido o pago de lo indebido

Es conocido por nosotros, como lo vimos en el capítulo 1, que históricamente las acciones de repetición de lo pagado indebidamente tuvieron su origen en el Derecho romano, más específicamente en la teoría de las *condictios* o *condictiones*. Es más, la conocida como *condictio indebiti*, según José Caramas Ferro, tenía por objeto la repetición del pago indebido, y en este sentido, este autor añade que:

> En efecto, el que de buena fe recibe en calidad de pago lo que no le es debido, queda obligado a restituirlo al que le ha pagado por error. Esta obligación está sancionada por la *condictio indebiti*, que no es sino una acción de repetición de lo indebido, a la par que una variedad de *condictio sine causa*.[564]

Además, ya desde la unificación del *ius civile* con el *ius honorarium* y otros ordenamientos jurídicos romanos, se inicia el proceso de consolidación de esta figura, así dice Ulpiano: *"y a la verdad, si por ignorancia pagó alguien lo no debido, puede por esta acción reclamarlo…"*(Digesto, XII, VI, 1, 1), y en la misma línea, Pomponio ratifica el concepto: *"Cuando por errores se paga lo no debido, se repite o lo mismo, u otro tanto".* (Digesto, XII, VI, 7). Como es evidente, en estos casos, "…el que paga indebidamente, por error y puede repetir, es porque no existe obligación; se encuentra fuera de una relación jurídica la causa de su desplazamiento, por lo que, es sin causa."[565]

En la doctrina especializada existe la correcta concepción sobre la total identificación entre la teoría del enriquecimiento injustificado y la figura conocida como pago de lo no debido. En este sentido, Antonio de la Vega sostiene que:

---

[564] José M. Carames Ferro, *Op. Cit.*, p. 394. (Diaz Bialet la considera como la primera aplicación de la *condictio certae rei*, expresando en tal sentido: "Es ésta la primera modalidad del enriquecimiento sin causa que, por analogía con el principio clásico de la *condictio*, apunta al nacimiento de la nueva institución. La acción emergente del mutuo, de la estipulación y de la *expensilatio*, tiende a obtener, en su caso, la restitución de la cosa, pero ella supone necesariamente una relación jurídica válida, generadora de derechos (Cicerón, Pro Q, *Roscio Comoedo Oratio*, V, 13).)

[565] Diaz Bialet citado en: José M. Carames Ferro, *Op. Cit.*, p. 394.

> Los presupuestos que son esenciales a la teoría general del enriquecimiento sin causa, no varían en la modalidad especial de esta figura conocida bajo la denominación de *pago de lo no debido* […], si bien en esta particular manifestación del enriquecimiento torticero el error de quien hace el pago resulta ser un elemento indispensable.[566]

Como se puede apreciar de las palabras de Antonio de la Vega, éste considera al pago de lo no debido como una modalidad especial derivada de la figura del enriquecimiento injustificado, pero además resalta el aspecto fundamental que configura la existencia del pago de lo indebido y que es el error de quien realiza el pago.

Por lo demás, dice Oramas Gross: "La gran mayoría de los tratadistas concuerdan en señalar al pago de lo no debido como una de las típicas hipótesis del enriquecimiento sin causa."[567] Es más, dice El mexicano Pérez Bautista que: "El enriquecimiento ilegítimo y el pago de lo indebido son temas que coinciden en que el primero es el género y el segundo una especie, lo cual implica que existan diferencias entre uno y otro…"[568]. A pesar de ello, cabe señalarse que en el caso de México, la legislación civil de Distrito Federal lo regula en un solo capítulo, denominado "Del Enriquecimiento Ilegítimo", que abarca los artículos del 1882 al 1895.

Para el tratadista argentino Horacio Pedro Guillén: "Se considera el pago indebido como aquel que no puede ser retenido por quien lo recibe. Así es que el acreedor o *solvens* puede ejercer una acción de repetición contra quien lo ha recibido, el denominado *accipiens*, para obtener la restitución de lo pagado."[569]

Asimismo, el jurista ecuatoriano, Emilio Velazco Célleri, citando a Puig Peña, indica que el pago de lo no debido que una persona hace a un tercero:

---

[566] Antonio de la Vega, *Op. Cit.,* p. 96.

[567] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.,* p. 123.

[568] Miguel Ángel Pérez Bautista, *Op. Cit.,* p. 76.

[569] Horacio Pedro Guillén, *Op. Cit.,* p. 255.

> […] supone lógicamente la existencia de una deuda y el ánimo de extinguirla. Por eso, cuando el que realiza el pago se encuentra con que no existía la obligación, surge el pago de lo indebido, y cuando además, ha intervenido error en esa injusta *solutio* el Derecho, va a partir de la legislación romana, concede al *solvens* un derecho de repetición, para reintegrar a su patrimonio lo que injustamente salió de él.[570]

Los tratadistas Mazeaud y De Juglart traen una definición bastante precisa sobre el pago de lo no debido: "Pagar lo indebido es ejecutar una prestación a la cual no se está obligado, y sin tener la voluntad de pagar la deuda de otro. El *solvens* se convierte en acreedor y el *accipiens* en deudor de la restitución."[571]

Finalmente, el mexicano Pérez Bautista indica que:

> […] el pago de lo indebido se constituye como una especie de enriquecimiento sin causa y se presenta cuando, sin haber relación jurídica entre dos personas, una de ellas entrega una cosa a la otra con el propósito de cumplir con una supuesta obligación; si ésta no existe, no tendrá razón de ser la entrega, por lo que debe ser restituida.[572]

El Código Civil ecuatoriano regula esta figura en los artículos 2195 al 2203, y el primer inciso del artículo 2195 establece que: "El que por error ha hecho un pago y prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado." De lo que de nuevo se puede rescatar que el elemento configurador y esencial que determina la existencia del pago de lo no debido y lo convierte en una especie de enriquecimiento injustificado es, precisamente, el error del *solvens*. Además, la figura del pago de lo indebido no ha variado en casi nada desde su propuesta romana, y desde sus orígenes mostró su íntima relación con el principio de que "nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro".

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, sabiamente reconoce esta vinculación entre las dos figuras, aunque vale decirse que son muy pocos los fallos sobre el

---

[570] Emilio Velasco Célleri, *Op. Cit.*, p. 125.

[571] Jean Mazeaud y De Juglart, *"Leçons de droit civil"* tomo II, Éditions Montchrestien, París, Francia, 1973, núm. 652. Citado por: Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p, 279.

[572] Miguel Ángel Pérez Bautista, *Op. Cit.*, p. 79.

tema; sin embargo, una sentencia verdaderamente rescatable sobre el pago de lo no debido o pago indebido, es la resolución del recurso de casación dictada por la Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, publicada en la Gaceta Judicial Año CII. Serie XVII. No. 6, página 1545 de fecha, Quito, 7 de junio de 2001, a las 9h10, que en lo principal indica:

> […] Siempre que hay pago indebido, es porque se cumple una obligación jurídica que no existe, ya sea que carezca totalmente de existencia y nunca la haya tenido, o se haya extinguido, o se yerre en la prestación, en quien la hace o a quien se hace. El pago supone una obligación previa entre dos personas, acreedor y deudor, que se va a extinguir por el cumplimiento. **Si no hay obligación, si se paga a quien no es el acreedor, o creyéndose pagar una deuda propia se cancela una ajena, hay un pago de lo no debido.** En virtud del pago indebido, quien paga por error lo que no debe, tiene derecho a solicitar la restitución de lo pagado indebidamente. **La más socorrida y aceptada de las interpretaciones del pago indebido, ve en él una aplicación de la doctrina o principio del enriquecimiento sin causa y en consecuencia, la acción de repetición a que da origen no es sino una variante de la de in rem verso.** Y no hay duda que en enorme medida el pago indebido aplica la teoría señalada: si una persona ha recibido lo que no se le debía, enriquece injustamente su patrimonio a costa de otra que sufre un empobrecimiento recíproco, pero no todas las soluciones del pago indebido tienen ese justificativo. Parece más acertado **concluir que el pago de lo no debido, con mucho de aplicación del enriquecimiento sin causa, es una institución autónoma**, una fuente de la obligación de restituir o indemnizar. […] (Las negrillas son mías.)

Debemos manifestar que, luego de todo lo establecido, tanto en doctrina, legislación y esta jurisprudencia, lo dicho nos permite identificar claramente la forma en que se configura el pago de lo no debido o pago indebido. Pero, como no es nuestro objetivo alargarnos en descripciones, sino solamente determinar las que nos sirvan para identificarlo como una figura autónoma, aunque doctrinariamente se la podría calificar también de una subespecie del enriquecimiento sin causa, a continuación establecemos los requisitos básicos para que se configure un pago indebido.

IX.1.1.- Elementos o requisitos esenciales que configuran el pago de lo no debido o pago de lo indebido

Como sabemos, para que la obligación de restituir, o, más específicamente en este caso, que la acción de repetición exista, deben concurrir varias condiciones, que nosotros las consideramos así:

1.- Primer elemento.- Como es evidente, lo primero que debe producirse para que se configure el pago de lo no debido es, precisamente, el pago, es decir, "una prestación destinada a extinguir la obligación mediante su cumplimiento."[573] La palabra pagar, que es de amplio contenido significativo, puede definirse, en el sentido jurídico que nos interesa, como: "…cumplir la prestación debida, cualquiera que ella sea. De donde se deduce que pagar no significa solamente entregar la suma de dinero debida, como se entiende normalmente. Pagar es dar, hacer o no hacer aquello a que se está obligado."[574] Debemos recordar también que, dos personas intervienen en el pago, el *solvens* y el *accipiens*; es decir, el que efectúa el pago y el que recibe el pago.

2.- Segundo elemento.- Como segundo elemento de la figura que tratamos, y que surge de lógica consecuencia, es que ese pago sea de lo "indebido", y aquí caben varias posibilidades, como por ejemplo:

a) Cuando la deuda que se debía extinguir con el pago no había existido nunca. Si en cambio se cumple una *obligación natural*, como se paga lo que se debía, no se puede repetir lo pagado, tal como lo prevé el artículo 2196 del Código Civil Ecuatoriano;
b) Cuando la obligación ya había dejado de existir;
c) Cuando la obligación aún no existía, como ocurriría si el deudor de una obligación bajo condición suspensiva pagare antes del cumplimiento de la condición; y,

[573] José M. Carames Ferro, *Op. Cit.*, p. 395.

[574] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, 279.

d) Cuando el pago había sido hecho a otra persona que el acreedor, como ocurriría si éste hubiera cedido su crédito y se le pagara después de la cesión.[575]

3.- Tercer elemento.- Finalmente, el elemento configurador de la figura del pago de lo no debido, y el más importante, como elemento diferenciador, desde nuestro punto de vista, es el error; es decir, que el pago se hubiera realizado *por error*, en otras palabras, creyéndose el que hizo el pago, deudor, o en otros términos, "que una persona realice efectivamente un "pago", con la intención de extinguir una deuda."[576]

Debemos añadir que, debido a que el artículo 2195 del Código Civil Ecuatoriano no hace distinción sobre el error, podemos concluir que éste puede ser de hecho o de derecho. El primero, es definido por Guillermo Cabanellas de Torres como: "El que versa sobre una situación real; el proveniente de un conocimiento imperfecto sobre las personas o las cosas; y acerca de si se ha producido, o no, un acontecimiento."[577] El segundo, o sea, el error de derecho, se define como: "La ignorancia de la ley o de la costumbre obligatoria. Y tanto lo constituye el desconocimiento de la existencia de la norma, es decir, de la letra exacta de la ley, como de los efectos que de un principio legal o consuetudinario vigente se deducen."[578] Y esta segunda posibilidad, está expresamente señalada en el artículo 2197 del Código Civil ecuatoriano, que dice: "Se podrá repetir aún lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por funcionamiento ni aún una obligación puramente natural."

Sobre el error, el tratadista Carames Ferro, en base a análisis comparativo con el Derecho romano, realiza una excepcional exposición que me permito citar tal cual, a pesar de que

---

[575] José M. Carames Ferro, *Op. Cit.*, pp. 395-396. (En el Derecho romano existía otra posibilidad, por ejemplo cuando la acción del acreedor podía ser paralizada por una excepción perpetua (como la de dolo o la de la ley *Cincia*) y lo ignoraba el deudor. *Mas entendemos pagado lo no debido* –dice Ulpiano (Digesto, XII, VI, 26, 3)- *no sólo si absolutamente no se debiera, sino también si por alguna excepción perpetua no podía ser pedido; por lo cual, también esto podrá repetirse, si no pagó sabiendo que estaba él exento por alguna excepción*).

[576] Emilio Velasco Célleri, *Op. Cit.*, p. 125.

[577] Guillermo Cabanellas de Torres, *Op. Cit.*, p.149.

[578] Ibid.

pueda parecer un poco extensa, creo que vale la pena hacerlo, ya que aclara la idea perfectamente:

> Si el pago fuera realizado por *error de hecho*, los juristas estaban de acuerdo en que podía intentarse la *condictio*, siempre que aquél fuese *excusable*, es decir, siempre que hubiere razón suficiente para errar. En este sentido dice Paulo (Digesto, XXII, VI, 9, 2): *"Pero la ignorancia de hecho solamente no perjudica a cada cual, si no se le objetara una suma negligencia; porque, ¿qué se dirá si en la ciudad supieran todos lo que sólo él ignora? Y acertadamente define Labeón, que no se ha de entender la ciencia, sino como la del que puede tener conocimiento de la cosa inquiriéndola con diligencia"*
>
> Respecto al *error de derecho* no hubo perfecto acuerdo entre los juristas, no obstante lo cual puede afirmarse que lo consideraron, en general, *inexcusable*, salvo en algunas hipótesis excepcionales como aquellas en que el *tradens* fuere una mujer o un menor de veinticinco años (Paulo Digesto, XXII, VI, 3 pr.).
>
> La *inexcusabilidad* del error de derecho se justifica plenamente, porque la presunción de que todos conocen el derecho es un presupuesto indispensable para la conservación del orden social; sería imposible la vida en sociedad si sus miembros pudieran realizar actos lesivos de los derechos de otro y se les permitiera luego alegar la ignorancia de la disposición legal que los prohíbe. **Pero el principio no puede ser llevado al extremo de impedir que se invoque dicho error cuando con ello no se atente contra el orden público, y sobre todo cuando se trate de evitar que de esa manera se consagre una injusticia o un despojo.** Es éste, precisamente, el caso que contempla Papiniano (Digesto, XXII, VI-7) cuando dice: **"*La ignorancia de derecho no aprovecha a los que quieren adquirir, pero no perjudica a los que piden lo suyo*".** En el caso del pago de lo indebido, que estamos analizando, encuadra, justamente, dentro de la última parte de la regla de Papiniano, ya que **quien intenta la *condictio indebiti* no pide, en definitiva, más que lo suyo.** En consecuencia, puede alegar su *error de derecho* siempre, claro está, que él sea excusable, ya que su situación no puede ser mejor que la de quien alega un error de hecho. Por eso dice Paulo (Digesto, XXII, VI, 9, 3): *"Pero opina Labeón, que de este modo ha de entenderse que la ignorancia de derecho no aprovecha, si uno tuviera medio de aconsejarse de un jurisconsulto, o estuviere instruido por su propia cultura, de suerte que*

la ignorancia de derecho sea en detrimento de aquel a quién le sea fácil saber; lo que rara vez se ha de admitir".[579](Las negrillas son mías.)

Como conclusión, la razón de que se exija del *solvens* la comisión del error, se puede explicar de dos maneras:

a) La primera, si existe un acreedor que recibe el pago de un tercero que no es el deudor, el error de quien pagó por otro será necesario para obtener la repetición de lo pagado, porque cualquier persona, según el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1589, pude pagar por el deudor, aun sin su consentimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor, en este sentido, según Antonio de la Vega: "Sólo el error podría entonces justificar la repetición."[580]
b) Y la segunda, según Alberto Tamayo que sostiene que: "Es condición fundamental en el pago de lo no debido esta del error del *solvens*, pues si este paga la deuda de otro a sabiendas de que es deuda ajena, está haciendo un pago válido y no tiene acción de repetición."[581] Lo mismo ocurría en Derecho romano, es decir, si el *tradens* pagaba lo que no debía con conocimiento de causa, es decir, sabiendo que no lo debía, no podía repetir mediante la *condictio*, pues se juzgaba que había hecho una liberalidad al *accipiens*. En este mismo sentido, el artículo 2199 del Código Civil ecuatoriano en actual vigencia establece que: "Del que da lo que no debe no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho."

   Es decir, si se paga a sabiendas de que no se debe, esto es, sin que medie error, entonces la figura que resulta es la de una simple donación. Según palabras de Antonio de la Vega: "Si se establece que el demandante de la repetición ha pagado a sabiendas lo que no debía, el demandado tiene en ese caso un título legítimo para

---

[579] José M. Carames Ferro, *Op. Cit.*, pp. 396-397.

[580] Antonio de la Vega, *Op. Cit.*, p. 96.

[581] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p, 281.

> retener lo que se le ha dado, pues quien da lo que no debe a sabiendas, quiere evidentemente disfrazar una liberalidad bajo la apariencia de un pago."[582]

Antes de terminar, vale decirse que: "Considera la doctrina que al error hay que asimilarle la fuerza. Mediante esta se puede obligar a una persona a pagar lo que no debe."[583]

El requisito del error, según Von Tuhr y el Código Civil alemán, "rige sólo para el caso de que sea *voluntario* el pago de lo indebido. Si el pago fue forzado, puede repetirse aun sin necesidad de que medie error; es decir, aunque se hiciese a sabiendas de que la obligación no existía."[584] Pero a esto debemos añadir que, por lo demás, mediando el empleo ilegítimo de la fuerza es superflua esta postura, toda vez que las prestaciones así arrancadas son nulas.

IX.1.2.- Consideraciones finales sobre la relación entre el enriquecimiento injustificado y el pago de lo no debido

Es necesario apuntar que a partir de la sanción del B.G.B (*Burgerlich Gesetz Buch)*, el Código Civil alemán de 1900, legisló al pago de lo no debido con la denominación de *condictio indebiti* y la reguló como una forma de enriquecimiento sin causa, criterio que fue también seguido por los Códigos más modernos. Horacio Pedro Guillén dice que Vélez Sarfield prefirió legislarlo dentro de las disposiciones relativas al pago, y así lo hace el Código Civil argentino.

Por su parte, hemos llegado a la conclusión que, "el pago de lo indebido", como fuente autónoma de las obligaciones, según nuestro Código Civil, se constituye en una especie del enriquecimiento sin causa, pero no desestimemos que aquel tiene características propias, las que se traducen en que, mientras que para que se actualice el enriquecimiento injustificado

---

[582] Antonio de la Vega, *Op. Cit*. 97.

[583] Alex Weill y Francois Terré, *"Droit civil. Les obligations",* Dalloz, París, Francia, 1975, núm 807, citados por: Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p, 281.

[584] A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 246.

no debe existir una causa jurídica que justifique el desplazamiento patrimonial; a su vez, atento al principio de que el provecho obtenido por las partes no puede autorizar a ninguna de ellas a quejarse de haber enriquecido a la otra por un acto de su libre y espontánea determinación, el pago de lo indebido descansa en la existencia de una obligación o causa, y en un error de hecho o de derecho sobre el incumplimiento de dicha obligación, quedando comprendido dentro de dicho concepto, además del de ausencia de la deuda, el de la obligación extinguida y el del débito ilícito.

A pesar que esta posición planteada por nosotros es totalmente válida y lógicamente sustentada, a través de un juicio razonado y demostrado como ha quedado, no podemos dejar de mencionar que existen arduos debates para sostener la completa autonomía de dicha institución, por ejemplo, los franceses Mazeaud sostienen que: "El pago de lo indebido es un negocio jurídico autónomo que obedece a reglas particulares. No puede ser enfocado ni como contrato ni como una aplicación pura y simple de las reglas de la responsabilidad civil o del enriquecimiento sin causa."[585] Continúan señalando, estos tratadistas franceses, que el principio del enriquecimiento sin causa no es privativo del pago de lo no debido y que se encuentra también aplicado en materia contractual, como vimos *supra* en este capítulo. Pero, además indican que: "El pago de lo no debido, teñido del enriquecimiento sin causa, como muchas otras operaciones jurídicas, se aparta del mismo al menos cuando el *accipiens* es de mala fe. El pago de lo indebido constituye pues, una fuente autónoma de obligaciones."[586]

De este razonamiento, si bien se puede comprender las consideraciones que justifican el tratamiento como una fuente autónoma de las obligaciones, corriente francesa que ha adoptado nuestro Código Civil y muchos otros de América Latina, sin embargo, de las mismas palabras de estos tratadistas franceses, se puede afirmar que el vínculo entre enriquecimiento sin causa y pago de lo no debido es más íntimo de lo que tratan de aparentar estas posiciones.

---

[585] Jean, Henry y Jean Mazeaud, citados por: Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, pp. 123-124.

[586] Ibid., p. 124.

Por consiguiente, firmes en nuestra postura, y en base al estudio realizado, incluso histórico de las *condictios*, y del análisis doctrinario especializado moderno, podemos concluir que la noción de que "nadie puede enriquecerse injustificadamente a expensas de otro", y los elementos fundamentales de la teoría del enriquecimiento sin causa o injustificado se aplican a la figura del pago de lo no debido; es más, se lo reconoce como una especie del mismo, no descartando su utilización, por motivos de practicidad, como una fuente autónoma de las obligaciones, aunque su tratamiento como cuasicontrato, como hemos repetido es incorrecto.

Por otro lado, debemos anotar que, el pago de lo indebido por sus características especiales bien puede ser tratado como una fuente autónoma, pero eso no lo desliga de su origen en el Derecho de enriquecimiento. Añadimos que, esto no obsta para que su trato sea diferenciado, eso es correcto, las precisiones doctrinarias y la teoría del Derecho nos llevan a relacionarlos como lo hemos hecho.

Finalizamos mencionando que el pago de lo no debido, como su nombre lo indica, radica precisamente en el error en el pago, pero de una obligación que se cree existente, o error en el pago de una obligación que le correspondía pagar a un deudor distinto, pero siempre se considera que existió una obligación previa al pago, por esta razón existe la acción de repetición frente al verdadero deudor o frente al que se pagó erróneamente; mientras que la figura del enriquecimiento injustificado genera obligaciones autónomas, que se originan por una falta de causa en el enriquecimiento de un patrimonio en detrimento de otro, lo que genera un acción de restitución del enriquecimiento injustificado o sin causa, es decir, no precisamente existió un pago que generó la obligación, ni siquiera se toma en cuenta el factor error dentro de esta figura.

IX.2.- De la Gestión de Negocios

Sobre esta figura, anotaremos solamente lo que tenga relación con el enriquecimiento injustificado, de esta manera, no es nuestro objetivo tratar sus características ni discutir su naturaleza. Es más, en esta institución, "lo que existe realmente es una combinación de

fuentes, siendo el enriquecimiento sin causa la fuente que origina las obligaciones del dueño del negocio."[587] Y son sobre éstas que trataremos a continuación:

Antes, es recomendable definir a esta figura, también conocida como agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, así, el artículo 2186 del Código Civil ecuatoriano define a la gestión de negocios como: "La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos."

A esta definición legal debemos poner nuestros reparos, cuando se refiere a la figura de la gestión de negocios como un cuasicontrato, ya que, como vimos *supra*, la definición dentro de esta categorización de fuente de las obligaciones es inútil y no contempla ninguna consideración válida y ningún aporte hace al concepto mismo de la figura tratada. Además, de este concepto legal se puede observar que la agencia oficiosa genera obligaciones tanto para el gestor del negocio ajeno como para el dueño del negocio, siendo una combinación de fuentes.

Al respecto, el jurista francés, Julien Bonnecase maneja una tesis como fundamento de la naturaleza jurídica de la gestión de negocios, en la cual afirma que su conformación es de carácter complejo, como ya se dijo antes, y viene del resultado de la unión de una declaración unilateral de la voluntad de parte del gestor, es decir, este último se "auto-obliga", y de un enriquecimiento sin causa por parte del dueño del negocio. Sus palabras exactas son: "La situación del gestor de negocios se halla dominada por la noción de obligación de voluntad unilateral. En cambio, la del dueño del negocio se explica por la idea de enriquecimiento sin causa..."[588]

Se podría decir, que las obligaciones del dueño del negocio son, en principio, las mismas que las del mandante, según lo establecen los artículos 2186 al 2194 del Código Civil

---

[587] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.*, 124.

[588] Julien Bonnecase, *Tratado elemental de derecho civil"*, Biblioteca clásicos del Derecho, primera serie, volumen I, Oxford University Press, México, 1999, p. 860.

ecuatoriano; así, suponen que: "El dueño del negocio deberá reembolsar al agente oficioso las expensas útiles o necesarias empleadas en la gestión. Pero no los gastos excesivos o suntuarios, a diferencia de lo que puede ocurrir con el mandato."[589]

Los artículos 2190 y 2191 son los que establecen las obligaciones del dueño del negocio, en este sentido, señala el artículo 2190 en su primer inciso: "Si el negocio ha sido bien administrado, cumplirá el interesado las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión, y le reembolsará las expensas útiles o necesarias." En el mismo orden de ideas, señala el artículo 2191 en su primer y segundo incisos, lo siguiente:

> El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, no tiene acción contra él, sino en cuanto **esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda.**
>
> Por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiera debido pagar el interesado. (Las negrillas son mías.)

Como se observa, el enriquecimiento consistiría en obtener el beneficio que procura la gestión de los negocios del dueño del negocio, por parte del deudor, los cuales no hubiera percibido de no haber sido atendidos por el gestor, y en el mismo sentido, bajo una norma legal muy parecida, el mexicano Pérez Bautista señala que en ese caso "…la obligación del dueño del negocio consistiría en restituirle el detrimento económico que sufrió por llevar a buen fin sus negocios."[590]

Existe una discrepancia doctrinaria sobre el significado del término útil, para unos es una situación oportuna, razonable en el momento en que se realizó, por ejemplo, según Tamayo Lombana, "La utilidad del acto se mira entonces en el momento en que se realizó la gestión del negocio del otro; en consecuencia, es posible que el acto haya sido útil en tal momento pero sin que subsista el provecho…"[591]

---

[589] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p, 281.

[590] Miguel Ángel Pérez Bautista, *Op. Cit.,* p.83.

[591] Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.,* p, 288.

Esta consideración nos llevaría a establecer una diferencia con el enriquecimiento sin causa, ya que, como vimos en el capítulo 7, para que pueda hablarse de enriquecimiento sin causa es necesario que el patrimonio del enriquecido, se haya enriquecido realmente. En el caso de la gestión de negocios, basta que la gestión haya sido útil cuando se realizó, aunque el provecho no subsista.

Sin embargo otros autores, como Oramas Gross, sostiene lo siguiente: "La utilidad efectiva deberá consistir […] ya no sólo en la oportuna conducción de los negocios de acuerdo a la naturaleza del acto y a las circunstancias propias, sino en el real beneficio proporcionado al negocio."[592]

Antes de finalizar debemos manifestar que, no debe confundirse a la gestión de negocios como una causa eficiente, es decir, como fuente autónoma de las obligaciones para el dueño del negocio; en otras palabras, lo que interesa para determinar un enriquecimiento injustificado es la falta de una causa jurídica, ya que el hecho de que exista una gestión de negocios no significa que exista una justificante del enriquecimiento. En este sentido, Oramas Gross sostiene que: "Es obvio que el desplazamiento patrimonial es producto de un hecho del hombre, no puede ser consecuencia de nada, pero tal hecho no puede ser considerado como el fundamento jurídico necesario para justificar un desplazamiento patrimonial o un enriquecimiento indebido."[593]

Por lo que concluimos, recalcando que las obligaciones para el dueño del negocio, en el caso de la gestión de negocios, están relacionadas con el principio del enriquecimiento injustificado, sólo si reúnen los requisitos establecidos para el mismo. Claro está que esta posibilidad depende de la consideración de la utilidad, ya sea al momento de realizarse la gestión o si esta utilidad ha perdurado y ha enriquecido realmente al dueño del negocio. En todo caso, el dueño del negocio "no deberá enriquecerse torticeramente a costa de otro."

---

[592] Alfonso Oramas Gross, *Op. Cit.,* p. 139.

[593] Ibid.

IX.1.3.- Algunas consideraciones sobre las obligaciones naturales y la promesa de compraventa de bien inmueble otorgada a través de documento privado y su relación con la teoría del enriquecimiento injustificado

Para finalizar este capítulo, he considerado necesario hacer algunas precisiones sobre las figuras de las obligaciones naturales y el contrato de promesa de compraventa de bien inmueble otorgado por instrumento privado, sobre todo, tomando en cuenta la confusión que se ha producido en la jurisprudencia ecuatoriana, en la que, como veremos a continuación, se confunden estas tres figuras, la de las obligaciones naturales, la de la promesa de compraventa otorgada a través de instrumento privado y la teoría del enriquecimiento injustificado.

Antes de proseguir, es necesario manifestar, que no entraremos a un análisis profundo sobre ninguno de estos temas, no discutiremos sobre sus elementos, sus formas ni sobre la concepción que tiene la doctrina sobre ellas, sino que las definiremos, estableceremos su correlación mutua y diferenciaremos cuando sea necesario, usando ejemplos de jurisprudencia ecuatoriana para clarificar nuestros argumentos.

Como vimos en el capítulo sobre las obligaciones, la regla general es que toda obligación coloque al deudor en posición de cumplimiento ineludible, este cumplimiento se consolida mediante la facultad que se reconoce a favor del acreedor para perseguir el cumplimiento cada vez que el obligado no se allana voluntariamente a hacerlo. En este sentido, Luis Parraguez, sostiene que: "Para ese efecto, al derecho del acreedor se le agrega un aditamento de carácter funcional: *la acción*; es decir, la potestad para ejercitar judicialmente aquel derecho sustantivo."[594]

Como ya manifestamos en el capítulo sobre la obligación y la acción, y en concordancia con Luis Parraguez Ruiz, entendemos que el derecho del acreedor solamente puede entenderse separado de la acción en el plano del análisis teórico, ya que en la práctica, un

[594] Luis Parraguez Ruiz, *Op. Cit.*, p. 103.

derecho sin esa equivalencia adjetiva perdería sus propiedades activas, es decir, se convertiría en una entidad totalmente inerte, casi ineficaz. Basándonos en esa característica que dota de eficacia a la obligación, nuestro Código Civil hace una primera diferenciación de las obligaciones, así en el artículo 1486 menciona que:

> Art. 1486.- Las obligaciones son civiles o meramente naturales.
>
> Civiles, las que dan derecho para exigir su cumplimiento.
>
> Naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.
>
> […]

Guillermo Ospina Fernández, refiriéndose a la definición legal que hace el Código Civil colombiano, que en este sentido es idéntico al de nuestro Código Civil, sostiene lo siguiente:

> […] de acuerdo con la definición legal, las obligaciones naturales son jurídicas, es decir, reconocidas por el derecho, y se caracterizan por la carencia de acción para exigir su cumplimiento, pero cumplidas voluntariamente sirven de causa suficiente de pago, de tal modo que el deudor no puede repetir lo pagado en razón de ellas como si no fuere debido.[595]

Por lo tanto, las obligaciones naturales se caracterizan, "…porque el hecho de su cumplimiento no puede dar lugar a un acción de ejecución coactiva o de resarcimiento, aunque el cumplimiento espontáneo es válido y, por consiguiente, cuanto se haya pagado no es susceptible de repetición."[596]

Sin alargarnos más, podemos indicar que lo que caracteriza a una obligación civil es el tener una acción civilmente eficaz para exigir su cumplimiento, en otras palabras, que no podrá ser enervada por una excepción civil.

---

[595] Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit.*, p. 199.

[596] Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Op. Cit.*, pp. 74-75.

Consecuentemente, lo opuesto a la obligación civil, es aquella que al ser demandada por el acreedor, va a poder ser destruida por una excepción de contenido civil, esta excepción como argumento procesal significa que el acreedor puede retener lo recibido como pago de la obligación; es decir, asegura al acreedor que no se verá en situación de tener que repetir o devolver lo que se le ha pagado, esto es lo que se conoce como *solutio retentio*.

En este sentido, como ya vimos *supra*, el deudor que paga una obligación que ya había pagado va a poder repetir el segundo pago, ya que este pago no tiene causa, ni fundamento alguno. Sería inmoral darle valor, y el legislador no puede reconocerlo. Si bien es cierto, como dice el chileno Rozas:

> […] que se justifica y es normal el hecho de que el legislador no dé valor al pago de una obligación extinguida, por carecer de causa o fundamento, y por importar un enriquecimiento injusto respecto de quien lo recibió y un empobrecimiento injusto respecto de quien lo hace, no es menos efectivo que **hay obligaciones que siendo ineficaces civilmente, su pago se justifica por razones de moral y porque no envuelve un enriquecimiento injusto. Entre estas últimas obligaciones están las naturales**.[597] (Las negrillas son mías.)

Como hemos visto, está claro que una obligación natural, es una obligación jurídica sin acción pero con excepción, y que a pesar de no ser eficaces civilmente, su pago se justifica por razones de moral y de justicia, y es por esa razón que no se subsumen a la teoría del enriquecimiento injustificado.

Nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1486 inciso cuarto del Código Civil, recoge los casos de obligaciones naturales, y en el inciso final añade una condición de que el pago se haya hecho con voluntad, en este sentido el artículo establece sobre las obligaciones naturales que:

> Tales son:

[597] Fernando Rozas, *"Algunas consideraciones sobre obligaciones naturales y civiles"*, Universidad Católica de Chile, Revista Chilena de Derecho, volumen 4, Santiago, Chile, 1977, p. 300.

> 1.- Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos;
>
> 2.- Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción;
>
> 3.- Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que surtan efectos civiles; como la de pagar un legado impuesto por testamento que no se ha otorgado en la forma debida; y,
>
> 4.- Las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba.
>
> Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes.

Al respecto, Ospina Fernández manifiesta que: "...las obligaciones naturales en el derecho moderno reposan sobre un criterio estrictamente ético y que se explican por la sanción jurídica de ciertos deberes morales que el legislador no ha querido asimilar completamente a las obligaciones civiles provistas de fuerza coactiva…"[598]

A diferencia de otros códigos, el Código Civil Alemán no menciona para nada a las obligaciones naturales, a decir de Eduardo B. Busso, "…al legislar sobre el enriquecimiento sin causa se limita (refiriéndose al Código Alemán) a establecer que no es repetible el pago que correspondería a un deber moral."[599] Y añade que disposiciones similares contienen el Código Civil Suizo de las Obligaciones y el Código italiano de 1942.

De lo dicho se concluye que, las obligaciones que no pueden exigirse, pero cuyo pago se justifica por tener causa y no producir un enriquecimiento injusto, son las obligaciones naturales, por lo tanto, no deberán, nunca, en ningún caso, bajo ninguna circunstancia, confundirse la una por la otra.

Veamos, a manera de ejemplo, un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia dictada por la Segunda Sala el 12 de julio de 1977, en el juicio León de Jiménez-URDESA:

---

[598] Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit.*, p. 204.

[599] Eduardo B. Busso citado por: Mario Castillo Freyre y Felipe Osterling Parodi, *"Tratado de las obligaciones"*, tomo I, Fondo Editorial PUCP, Lima, Perú, 1994, p. 241.

> [...] Ha sido plenamente admitido por los contendientes, que en vida de Francisco, se ofreció a éste en venta una villa y solar en el barrio Urdesa de la ciudad de Guayaquil. Lo anterior se reconoce expresamente en el libelo. Ahora bien, el Art. 1597 (actual Art. 1570) del Código Civil dispone que **la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que la promesa conste por escrito y por escritura pública cuando se refiere a una raíz.** No existe constancia del ofrecimiento de venta ni de que la oferta se hubiese ceñido el precepto transcrito. Lo único que la demandante agrega durante el término probatorio es la protocolización del reconocimiento de una carta en que el demandado recuerda a los deudos del fallecido la negociación de la villa, el estado de los pagos hechos y otros detalles intrascendentes; 6: La demandante confunde la disposición que se contiene en el Art. 215 del Código de Procedimiento Civil y prescinde de la imperativa y expresa regla del Art. 1745 (actual 1718) del Código Civil, según la cual **la falta de instrumento público es insubsanable y no puede considerarse como equivalente o sustitutivo de él el instrumento privado judicialmente reconocido.** La parte final del primer inciso del Art. 215 Código de Procedimiento Civil, con entera claridad estatuye que este instrumento hace tanta fe como un instrumento público siempre que la Ley no prevenga la solemnidad del instrumento público y ya se dijo que **la promesa de venta de un inmueble, para ser válida, debe otorgarse ante Notario con todas las solemnidades de la escritura;** 7: En el Título III del Libro IV del Código Civil se distinguen las obligaciones civiles de las meramente naturales. Las primeras dan derecho para exigir su cumplimiento, generan acción. Las segundas no.
>
> **Son obligaciones naturales** entre otras, al tenor de lo estatuido en el Art. 1513 Nº 3 (actual 1486) del Código Civil, aquellas que proceden de éstos o que falten las solemnidades que la Ley exige para que surtan efectos civiles. Ejemplificativamente el legislador se refiere al legado impuesto en testamento nulo. **Lo mismo es aplicable a la obligación a que se refiere la demandante. Trátase de una obligación natural que no confiere acción. No existe una obligación civil y por lo mismo no puede hablarse de pago ni de su consignación, en sentido jurídico**. […] (Las negrillas son mías)

Como se puede observar, claramente, esta sentencia comete un grave error al equipar el caso de una promesa de compraventa de bien raíz otorgada por instrumento privado, como un caso de obligación natural, que una vez pagada voluntariamente no tiene el *solvens*

acción contra el *accipiens* sobre lo pagado. Lo que verdaderamente existiría en un caso de estos sería un enriquecimiento injustificado, a continuación analizaremos por qué:

El caso de la promesa de compraventa de bien raíz otorgada por instrumento privado es de gran discusión dentro de nuestro ordenamiento jurídico, así como dentro de la jurisprudencia y la academia; para muchos, este negocio jurídico es nulo absolutamente, para otros es inexistente, aunque nuestra legislación no reconozca esta figura de la inexistencia; y para otros es una obligación natural, como veremos esta última es una concepción equivocada. Lo que nos interesa determinar es cuál es la mejor solución para este caso, por lo que a continuación realizamos un análisis que nos permitirá llegar a una conclusión bastante interesante y sobre todo lógica sobre el asunto.

Doctrinariamente, sin embargo, existe una mayor claridad sobre el tema, calificando de inexistente a esta promesa de compraventa de bien raíz otorgada por instrumento privado y no como una obligación natural, ni un acto nulo. En este sentido se manifiesta Ospina Fernández, refiriéndose a la tercera clase de obligaciones naturales del artículo 1527 del Código Civil colombiano, que tiene el mismo texto que el artículo 1486 numeral 3 del Código Civil ecuatoriano, es decir las que proceden de actos que les falta las solemnidades que la ley exige para que surtan efectos civiles, y manifiesta que el caso de una escritura de bien inmueble que no ha sido otorgada por escritura pública "… es un caso de inexistencia del acto jurídico por falta absoluta de la forma solemne, del que hay que concluir que […] un acto inexistente no puede producir obligaciones civiles ni naturales."[600] Y añade que: "De suerte que si el vendedor del inmueble se allana voluntariamente a otorgar la escritura omitida para que sea registrada, al hacerlo celebra un acto antes inexistente y que genera obligaciones que tampoco existían judicialmente, ni si quiera como naturales."[601]

De lo visto, queda excluida la posibilidad de confundir como una obligación natural el caso de la promesa de promesa de compraventa de bien inmueble otorgada por instrumento privado; pero, entonces nos preguntamos, qué solución se daría al que pagó una cantidad de

---

[600] Guillermo Ospina Fernández, *Op. Cit.*, p. 203.

[601] Ibid.

dinero con la esperanza de recibir a cambio la escritura definitiva del bien que le permita efectuar la tradición del mismo con la inscripción en el Registro de la Propiedad respectivo.

Para el efecto, veamos qué nos dice una Sentencia dictada por la Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, conformada por los doctores, Galo Galarza Paz, Santiago Andrade Ubidia y Ernesto Albán Gómez, de fecha 23 de septiembre de 2002 a las 9h30, publicada en la Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3072.

En esta jurisprudencia de resolución de recurso de casación, en un juicio ordinario que se sigue por nulidad absoluta del contrato privado de compraventa de bien raíz, esta Sala muy acertadamente resuelve lo siguiente:

> […] **La compraventa otorgada por escritura privada no engendra obligaciones naturales, no por ser ella un acto bilateral, sino porque una de las obligaciones fundamentales que crea no puede pagarse legalmente.** Sólo hay obligación natural, pues, donde puede haber un pago voluntario ceñido a las normas legales; si a éstas no puede ajustarse el pago, no puede haber obligación natural. Despréndese de lo anterior que los actos bilaterales, los contratos nulos por no llenar las solemnidades legales, son fuente de obligaciones naturales si su cumplimiento voluntario importa un pago que puede realizarse con los requisitos que la ley exige. Sin embargo, nosotros **rechazamos la idea de que un contrato de promesa nulo pueda engendrar una obligación natural**, porque es característica de ésta contener siempre una prestación de dar, y la obligación que emana del contrato de promesa es de hacer. Por último, corresponde hacerse cargo de la observación según la cual **admitir el contrato como elemento generador de obligaciones naturales, significa admitir la creación de una situación inicua irremediable cuando uno de los contratantes, después de recibir lo suyo, se niega a pagarle al otro lo que a su vez le debe: el que cumplió con lealtad no podría ni pedir la devolución de lo pagado, porque pagó una obligación natural, ni constreñir al recalcitrante a que cumpla por su parte (otorgar la escritura), porque la obligación de éste también es natural**, por definición, no puede exigirse su cumplimiento. La contingencia es superable. En el terreno de las obligaciones naturales, el conflicto entre un sujeto que cumple de buena fe una obligación sinalagmática y otro que se niega a cumplir la suya y, además, pretende aprovecharse del que hace honor a su deber, **no tiene solución en una ley determinada, representa un**

vacío o una laguna de ésta y, en consecuencia, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, el juez debe aplicar al caso los principios de equidad: con arreglo a ellos se impone la devolución de lo pagado, porque los deberes recíprocos se desvanecen cuando no son cumplidos por ambas partes, y porque nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

[…] La posición de esta Sala sobre el tema es la siguiente: Coincide con Parraguez en el sentido de que la distinción entre actos unilaterales y bilaterales es intrascendente; cree que al decir acto, se está refiriendo en general a las actuaciones humanas voluntarias que buscan alcanzar determinados efectos jurídicos permitidos por el ordenamiento legal, es decir a los negocios jurídicos, los cuales, atendiendo al número de voluntades concurrentes que se precisa para su perfeccionamiento, pueden ser unilaterales, (testamento, giro de una letra de cambio etc.) o bilaterales (contratos, convenciones extintivas etc.). En el caso de los negocios bilaterales, unos generan obligaciones recíprocas o correspondientes a cargo de todos quienes intervienen en su celebración, son los que nuestro Código Civil llama "contratos bilaterales"; por ejemplo la compraventa, el arrendamiento, etc.; otros generan obligaciones únicamente, para una de las partes, son los que nuestro Código Civil llama contratos "unilaterales", paradigma de los cuales es la donación gratuita. **Es de la esencia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos el nacimiento concomitante de dos obligaciones correspondientes hasta tal punto que no se concibe la una sin la otra; por lo tanto, no cabe la posibilidad de que se cumpla la una obligaciones sin que deba también cumplirse la otra; de hecho, si una de las obligaciones se cumple y la otra no, la primera se queda huérfana de causa y, en consecuencia, produciría un enriquecimiento sin causa, lo cual en ningún caso es aceptado por el ordenamiento jurídico. Por lo mismo, los contratos bilaterales no generan obligación natural. Distinto es el caso de los contratos unilaterales**, en los cuales bien puede cumplirse voluntariamente por la persona que tiene la libre administración de sus bienes aunque la obligación sea meramente natural, cual es el caso de los contratos de donación gratuita en que no se ha realizado la insinuación dispuesta por la ley. También la tesis de Vodanovic es interesante: el artículo 1513 (actual 1486 C.C.) se refiere a obligaciones de dar, no a obligaciones de hacer, de manera que al ser las promesas de celebrar contrato negocios que generan obligaciones de hacer, no estarían comprendidas en lo que prevé el artículo 1513 No. 3 (actual 1486).- Además, sea cual sea la tesis de los tratadistas que se mencionan la Sala considera que es indispensable dejar a salvo la situación de los contratos unilaterales,

> ya que hay una enorme multitud de donaciones que se celebran sin insinuación judicial (un ejemplo extremo que aclara lo expuesto es sobre la propina de un dólar en un restaurante), y que técnicamente son nulas por haberse omitido la formalidad prescrita por la ley para su plena validez, pero que por haberse cumplido voluntariamente por quien tiene la libre administración de sus bienes, no son susceptibles de que se reclame su repetición.
>
> DECIMO.- En definitiva, para esta Sala: **La promesa de compraventa a que se refiere el juicio, por haber sido celebrada por instrumento privado es nula de nulidad absoluta**; **por ser un contrato bilateral que genera obligaciones de hacer, no da nacimiento a obligaciones naturales**; la suma de dos mil dólares que se entregó por la promitente compradora fue en **pago de lo no debido**, que no puede aplicarse a la multa convenida porque esa cláusula penal es nula de nulidad absoluta y se le mirará como no ejecutada o celebrada, al igual que la promesa en que se la estipuló por haberse celebrado por instrumento privado; por lo tanto, **debe restituirse a la actora sin que los demandados se hallen legitimados a enriquecerse sin causa reteniendo dicha suma de dinero.** Por lo dicho se desestima la acusación de los recurrentes de que la sentencia recurrida adolece del vicio de falta de aplicación del ordinal tercero del artículo 1513 (actual 1486) del Código Civil. (Las negrillas son mías.)

De la resolución de 10 páginas de extensión hemos extraído lo más importante, y que, además, sirva para entender lo que estamos tratando. Lo que podemos entender de esta jurisprudencia es que para los magistrados, la promesa de compraventa de bien inmueble otorgada por instrumento privado se constituye en un acto nulo, de nulidad absoluta, y no lo consideran como inexistente, aunque en uno de sus considerandos citan a Ospina Fernández, Alessandri y Somarriva, entre otros sobre el asunto; pero reconociendo que nuestra legislación no contempla la figura de la inexistencia jurídica, deciden declarar al acto de nulo.

Además, es importante señalarse que la fundamentación de la Sala sobre la condición de que la promesa de compraventa de bien inmueble otorgada por instrumento privado no se configura como un caso de obligación natural no radica, ni en el hecho de que sea inexistente ni en el acontecimeinto que se trate de un acto jurídico unilateral, diferente de

un contrato, como sostienen Alessandri y Somarriva[602], sino que se trata de un contrato bilateral, que supone que el cumplimiento de una de las partes supondría el cumplimiento sinalagmático de la otra, y en caso de no hacerlo se estaría configurando un caso de enriquecimiento injustificado o sin causa. Pero, es sobretodo un aspecto, que sirve a la Sala para determinar que no se trata de una obligación natural, y es que se trata de una obligación de hacer, no de dar, es decir, lo que se promete es otorgar la escritura definitiva de contrato de compraventa otorgada a través de escritura pública, siendo que la una parte, compradora, ya ha pagado la totalidad o una suma inicial por lo menos.

Al mismo tiempo, es necesario señalar, tal como manifiesta la resolución citada, que en este caso acerca de una promesa de compraventa de bien inmueble otorgada por instrumento privado, no se trataría de una obligación natural, sobre todo, porque la obligación de una de las partes no puede pagarse legalmente.

Por otro lado, lo más importante es reconcoer que si se admitiera que el contrato genera obligaciones naturales, eso a su vez significaría admitir la creación de una situación irremediable y contraria a Derecho. Es decir, cuando uno de los contratantes, después de recibir lo suyo, como en estos casos en donde generalmente el promitente comprador paga todo el precio de la cosa prometida en venta o una parte importante del precio, la otra parte, después de recibir lo suyo, el promitente vendedor, se niega a pagarle al otro lo que a su vez le debe; en otra palabras, el que cumplió con buena fe no podría pedir la devolución de lo pagado, no podría repetir lo pagado, ya que pagaría una obligación natural, tampoco podría constreñir al incumplido a que cumpla por su parte, es decir, no podría obligarlo a otorgar la escritura definitiva, ya que la obligación de este sería también una natural.

Para este caso, la solución que da la Sala se hace tomando en cuenta que no tiene solución legal por no existir ley expresa sobre la situación en cuestión, sino que representa un vacío una laguna legal, y por lo tanto, se deberá aplicar, ya sea la analogía, pero sobre todo los principios de equidad, tal como dice la Corte: "…con arreglo a ellos se impone la

[602] *Vid.* Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Op. Cit.*, pp. 87-91.

devolución de lo pagado, porque los deberes recíprocos se desvanecen cuando no son cumplidos por ambas partes, y porque nadie puede aprovecharse de su propio dolo.."

Además, una mejor opción sería si en este caso se aplicara la teoría del enriquecimiento sin causa, que de acuerdo a nuestra opinión es la que mejor se aplica al mismo, y esto en concordancia con lo que manifiesta la Sala, en la jurisprudencia citada *supra*, que sostiene que: "…de hecho, si una de las obligaciones se cumple y la otra no, la primera se queda huérfana de causa y, en consecuencia, produciría un enriquecimiento sin causa, lo cual en ningún caso es aceptado por el ordenamiento jurídico. Por lo mismo, los contratos bilaterales no generan obligación natural…"

Y es por eso que al final la resolución la Corte manda a restituir lo pagado a la actora, es decir, la cantidad de dos mil dólares, sin que los demandados se hallen legitimados a enriquecerse sin causa reteniendo dicha suma de dinero. Como vemos, la Corte, aplica la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa, a pesar de que en un momento señala que la suma pagada supone un "pago de lo no debido". Para finalizar, sobre esto discutiremos un poco, es decir, suege la pregunta si es verdaderamente un pago indebido o un caso evidente de enriquecimiento injustifcado o sin causa.

Como manifestamos *supra*, cuando hablamos del pago indebido, y lo considerábamos como una fuente autónoma de las obligaciones, en concordancia con nuestro Código Civil, sin desmedro de que también se constituye en una subespecie del enriquecimiento sin causa, pero no desestimemos que aquel tiene características propias, las que se traducen en que, mientras para que se produzca el enriquecimiento injustificado no debe existir una causa jurídica que justifique el desplazamiento patrimonial, atento al principio de que el provecho obtenido por las partes no puede autorizar a ninguna de ellas a quejarse de haber enriquecido a la otra por un acto de su libre y espontánea determinación.

Por otro lado, el pago de lo indebido descansa en la existencia de una obligación o causa, y en un error de hecho o de derecho sobre el incumplimiento de dicha obligación, quedando comprendido, dentro de dicho concepto, como se dijo cuando se trató sobre el tema, además del de ausencia de la deuda, el de la obligación extinguida y el del débito ilícito.

En base a estas consideraciones realizadas anteriormente, parece más claro que la teoría del enriquecimiento injustificado se aplica mejor, estrictamente hablando, que la figura del pago de lo no debido, ya que ésta última supone un error en el hecho o en derecho, que recae sobre el *solvens*, pero no sobre el *accipiens*. Por lo tanto, no cabría una acción de repetición en este caso, sino una acción de *in rem verso* o lo que es lo mismo una acción de restitución por enriquecimiento sin causa.

Las jurisprudencias ecuatorianas, confunden con mucha facilidad estas diferencias, que en un análisis desprolijo parecen triviales, pero que en un verdadero análisis lógico y de profundidad como el que hemos realizado, nos llevan a obtener nuevas conclusiones. Es más, en otras jurisprudencias, como no se ha podido aplicar las normas expresas que corresponden al pago de lo no debido, que está reconocido expresamente por la legislación civil ecuatoriana, se ha aplicado el principio de equidad y en base a él, la teoría del enriquecimiento sin causa.

Asimismo, en la precitada resolución de la Corte Suprema de Justicia, se aplica el principio de enriquecimiento sin causa, aunque en algunos párrafos se lo confunde con el pago de lo indebido, que como ya dijimos, uno es el género y el otro la especie, debiendo, la figura del pago indebido, recoger características especiales para su cumplimiento, como es el error y que a su vez genera una acción de repetición, mas no una acción de restitución propiamente dicha. Consiguientemente, la acción por enriquecimiento sin causa es la que debería aplicarse al caso de la promesa de compraventa de bien raíz otorgada a través de instrumento privado, ya que si lo que se busca es la restitución del enriquecimiento que sin causa ha obtenido el supuesto promitente vendedor a costa del supuesto promitente comprador, no cabe pedir, en estricto sentido, la repetición de lo pagado, sino la restitución del enriquecimiento.

Tal vez se cae en esta confusión que hace la jurisprudencia ecuatoriana en la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa con la figura del pago de lo no debido, por la simple razón de que ésta última está recogida expresamente por la ley, mientras que la primera no lo está; aunque eso no es razón eximente del error cometido. Es importante, sin embargo, reconocer que la figura del pago de lo indebido, no obstante figura autónoma en

aplicación, está sujeta teóricamente a la teoría del enriquecimiento sin causa ya que surge de ésta por lo que no podría, nunca y en ningún caso, superar su campo de aplicación.

Tal como hemos se ha visto en el Capítulo 7 de este libro es importante recalcar que, no basta para dar aplicación judicial a la teoría del enriquecimiento sin causa o injustificado, que persigue siempre la restauración del equilibrio patrimonial con criterio de equidad, que exista, por un lado un enriquecimiento y por otro un empobrecimiento, sino que debe haber una relación de causalidad entre este flujo patrimonial. Además, no interesa *prima facie* el aspecto subjetivo, sino solamente el objetivo; pero, de la misma manera, es indispensable que ese desplazamiento haya sido injustificado o sin causa jurídica eficiente[603]. Finalmente, se añade a lo dicho, que no deberá existir otra forma de reparación por una vía o acción distinta que permita resarcir el perjuicio patrimonial que no sea la del enriquecimiento injustificado.

De la misma manera, es importante señalar, que la repetición de lo pagado indebidamente, en base a ciertas circunstancias, se obtiene en virtud de un principio que antiguamente sirvió de fundamento a una acción de derecho estricto, que como ya se dijo, se conocía en el Derecho romano como *condictio indebiti* y que suponía que hay repetición de la cosa dada por error, en el mismo sentido que en el artículo 2195 del Código Civil ecuatoriano.

Además, debemos reconocer que la acción de repetición no es sino una variedad de la acción de *in rem verso*, es decir, el *accipiens* se enriquece injustamente, sin causa, a expensas del *solvens*, a quien debe cuenta de su enriquecimiento, debiendo presentarse dos condiciones: la primera que no haya deuda, y la segunda que el *solvens* haya cometido un error. Por esa pequeña consideración, cuando se presenta un caso de pago de lo no debido, se excluye la posibilidad de aplicar la acción de *in rem verso*, y viceversa. Es decir, las dos figuras comparten características, pero se diferencian en esas dos particularidades que la hacen especial a la del pago de lo indebido respecto de la de enriquecimiento injustificado.

---

[603] Dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa, no debe confundirse la falta de causa eficiente, con la falta de causa lícita, ya que ésta última tiene que ver con la teoría de la causa de los negocios jurídicos, y sabemos que la falta de causa lícita en los contratos genera la nulidad absoluta de los mismos.

Por consiguiente, antes de finalizar, recordamos lo que se planteó en el Capítulo 7, en el que se citó al chileno Gonzalo Figueroa, quien sobre la circunstancia de que en esta institución jurídica del enriquecimiento injustificado, la palabra "causa" signifique causa eficiente, es decir, fuente de la obligación, y, en cambio, en la "causa del acto jurídico" esa palabra signifique causa final o "causa psicológica", y sea tan sólo un requisito de una fuente autónoma de obligaciones, es una razón más para que no pueda confundirse "causa del acto jurídico" con "enriquecimiento sin causa", como algunos tienden a equivocar.[604]

En conclusión, el enriquecimiento sin causa se produce cuando existe el desplazamiento de valor de un patrimonio a otro, producido externamente de conformidad al derecho objetivo, es decir, sin infringir ni adecuarse a norma jurídica positiva y sin causa legítima que se pudiese invocar.

Para que se configure el pago de lo indebido debe haber un pago. El pago supone una obligación previa entre dos personas, acreedor y deudor, que se va a extinguir por el cumplimiento. Si no hay obligación, si se paga a quien no es el acreedor, o creyéndose pagar una deuda propia se cancela una ajena, y se cumplen los requisitos que revisamos, hay un pago de lo no debido. René Abeliuk manifiesta que: "El requisito parece por demás obvio: para que haya pago indebido es menester antes que nada que se haya cumplido una obligación."[605]

Para que quede más claro lo que venimos sosteniendo, es preciso señalar que, el presupuesto que diferencia al pago de lo indebido y al enriquecimiento sin causa, es que en el primero, la condición inicial es la existencia de una atribución patrimonial que, de acuerdo con cuanto hemos visto, merece la calificación de pago al ser realizada y recibida *solvendi animus*, es decir, con el ánimo de extinguir una obligación a través del pago. Pero sobre todo, como dice Antonio de la Vega: "Solo el error podría entonces justificar la repetición."[606]

---

[604] Gonzalo Figueroa Yáñez, *Op. Cit.*, p. 346.

[605] René Abeliuk Manosevich, *Op. Cit.*, p. 434.

[606] Antonio de la Vega, *Op. Cit.*, p. 96.

Además, la regulación del Código no establece, como lo hacen otros códigos, la posibildiad de reclamar el cobro indebido y el pago indebido, sino solemente el segundo; a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, en los que se establece claramente la necesidad de la existencia del error en el pago de lo indebido tanto del *solvens* como del *accipiens*. Por otro lado, para el pago de lo indebido se requiere solamente el error unilateral del *solvens*; no obstante, esto no quire decir, según Carlos Martínez de Aguirre, que:

> […] el error unilateral, que afecte solamente a uno de ellos sea jurídicamente irrelevante; significa únicamente que desemboca en un régimen diferente al del pago de lo indebido; en efecto, por un lado, el que cobró lo no debido podrá retener lo cobrado cuando pruebe que quien pagó lo hizo sin error; y por otro, si se prueba mala fe del que cobró, se considerará a éste como adquiriente por acto ilícito.[607]

Por otro lado, otros fallos de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, como el dictado en el Juicio número 243, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, en el juicio que seguía Bello en contra de Palacio, por juicio ordinario por nulidad de contrato de compraventa de inmueble otorgado en instrumento privado, dictada el 17 de septiembre de 1976, sostiene lo siguiente:

> [...] Justificado como está en autos el hecho de que la empresa recibió del actor la suma de S/. 26.000,00 y careciendo de valor legal la promesa de venta contenida en el documento privado para, que el comprador pueda exigir el cumplimiento de ella, **el demandado tiene la obligación moral y legal de devolver esa suma, porque nadie puede enriquecerse en perjuicio ajeno**, de acuerdo con un principio de legislación universal [...] (Las negrillas son mías.)

A esto debemos añadir que, algunas jurisprudencias han declarado la inexistencia de estas promesas de compraventa de bien inmueble otorgadas por instrumento privado y otras han declarado su nulidad absoluta, siendo esta última la de mayor aceptación en el ámbito

---

[607] Carlos Martínez de Aguirre, *"De nuevo sobre el enriquecimiento sin causa en derecho navarro: pago de lo indebido y obligaciones naturales"*, Revista Jurídica de Navarra, N° 14, Navarra, España, 1992, p. 19.

judicial ecuatoriano, ya que nuestra legislación no reconoce la sanción de la inexistencia jurídica sobre los negocios o actos jurídicos que no cumplan con los requisitos esenciales que la ley establezca para los mismos.

Pero veamos qué problemas trae esta aplicación de nulidad absoluta sobre la promesas de compraventa de bien inmueble otorgadas por instrumento privado, en que se ha pagado el precio del bien prometido en venta, y para eso, primero debemos diferenciar entre la acción de repetición y la acción de nulidad, en este sentido Abeliuk señala que:

> La acción de repetición se asemeja a la nulidad en cuanto queda sin efecto el pago efectuado, pero la primera ataca el acto mismo, mientras la repetición da origen a la obligación de restitución…La nulidad de la obligación excluye la repetición; por el efecto retroactivo de la nulidad judicialmente declarada quien cumplió la obligación posteriormente anulada pagó lo que no debía, pero su restitución se gobierna por las reglas de la nulidad y no del pago indebido.[608]

Con esta cita del tratadista chileno Abeliuk, quedan despejadas las dudas teóricas que pudiesen todavía existir hasta el momento, y así queda totalmente sustentada nuestra postura sobre la verdadera naturaleza jurídica de la acción que debería ejercerse en el caso que se quisiera reclamar la devolución del pago del precio o dinero entregado al promitente vendedor en una promesa de compraventa de bien inmueble otorgada por instrumento privado. Es decir, si se la cataloga como un acto nulo, de nulidad absoluta, deberían las cosas retrotraerse al momento de haberse producido la nulidad; y si se pagó luego de declarada la nulidad de la obligación, entonces cabe la acción de repetición por pago de lo no debido; caso contrario, lo correcto es aplicar la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa, es decir, la acción de restitución o de *in rem verso*, que es la más correcta en estricto sentido, y tanto doctrinariamente como teóricamente, ese acto debería ser inexistente jurídicamente hablando, para que de esa manera se pueda aplicar el principio de que "nadie puede enriquecerse sin causa jurídica justificante en detrimento de otro".

---

[608] René Abeliuk Manosevich, *Op. Cit*., p. 437.

Si se procede como lo han estado haciendo los magistrados de la Corte Suprema de Justicia[609] del Ecuador, esto es, declarando la nulidad absoluta y por otro lado invocando el principio del enriquecimiento sin causa, se estaría cometiendo un error conceptual, al no aplicar o solamente el de nulidad, que permita retrotraer las cosas al momento en que se produjo la nulidad; o, por otro lado, únicamente aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa, por ser la más adecuada en este caso, ya que simplemente se debe determinar la existencia de los requisitos fundamentales, que son: un enriquecimiento, un empobrecimiento, una relación de causalidad, falta de causa jurídica o falta de causa efectiva que justifique el enriquecimiento, y ,además, que no existan otras acciones que se puedan ejercer en lugar de la de *in rem verso*; asimismo, se necesita que no exista culpa del empobrecido, ni tampoco interés del empobrecido o liberalidad de donar. Por lo que, una vez establecidos estos elementos constitutivos, que son, sobre todo, objetivos, se proceda a devolver el *quantum* del empobrecimiento, en este caso al promitente comprador, por parte del promitente vendedor.

Para terminar, indicamos que si se han producido estos errores de apreciación y consideración a la hora de dictar fallos, es precisamente por el desconocimiento del alcance real de la teoría del enriquecimiento sin causa, por tal motivo, este trabajo ha escudriñado profundamente y ha entrado en un análisis difícil, perspicaz, sutil y detallado sobre esta figura, recomendando además que se legisle sobre la misma, no solamente estableciendo expresamente el principio general, sino que se especifique de manera clara y concisa el verdadero alcance de esta teoría, evitando así, tantas falsas interpretaciones y peor todavía, perjudicando a los ciudadanos, quienes merecemos soluciones efectivas, equitativas, pero sobre todo justas.

---

[609] Actualmente denominada Corte Nacional de Justicia. *Vid. supra*, cita 405.

CONCLUSIONES

Una vez hecho el análisis crítico detallado que preceden los capítulos anteriores de esta obra, creo haber logrado los objetivos planteados y, principalmente, estoy seguro de haber desarrollado un estudio muy completo sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa, que, dicho sea de paso, no ha sido desarrollada lo suficiente por nuestra doctrina; y que, por otro lado, su aplicación en los ordenamientos jurídicos actuales que la reconocen expresamente, otorga una herramienta de eficaz resultado frente a las demandas de la casuística vigente.

En la introducción de este estudio, ya se hizo la alusión respectiva a los fines concretos que se pretendieron lograr a lo largo del desarrollo del tema. No es menester incurrir en repeticiones innecesarias, pero debo recalcar mi propósito de contribuir con nuevas propuestas, a través del análisis crítico a la creación de planteamientos novedosos a nivel jurídico-civil capaces de sustentar teorías propias, tan valederas y autónomas como las que sirvieron de piso a la edificación de los principios rectores de las demás fuentes de las obligaciones civiles que se encuentran reconocidas por nuestra legislación.

Sin más, procederé a esgrimir las conclusiones, que luego del razonamiento respectivo, estoy convencido recogen la esencia del tema que nos planteamos para este tratado jurídico. La exposición de las ideas más importantes que demuestran el cumplimiento de los objetivos planteados se hará de manera sistemática y ordenada, a través de una numeración que sigue un orden lógico-progresivo de pensamiento, de acuerdo a la distribución de los capítulos. Finalmente se esgrimirá una conclusión final, de esta manera se busca crear una idea clara en el lector sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa, dentro de los límites establecidos para este trabajo investigativo, vemos:

1.- Luego del estudio respectivo, hemos podido concluir que en medio de todas las instituciones jurídicas del Derecho romano, se ha podido apreciar que la acción del enriquecimiento injustificado se fue creando y desarrollando de acuerdo a las exigencias prácticas que le imponían los cambios sociales, económicos, políticos y jurídicos de la

época. Por esta razón, no se elevó a esta institución a una perfecta sistematización, sino que se fueron creando más bien las denominadas *condictiones* o *condictios* , de las que cada una se refería a un caso específico.

2.- De esta manera, entonces, surge la figura conocida como *condictio,* que es la acepción más propia a lo que nos compete en este trabajo investigativo; y que puede definirse de la siguiente manera: La *condictio* en su definición etimológica tiene un significado de intimación, porque viene de la palabra *condicere* que en latín significa: intimar. Ahora, considerando a la *condictio* bajo el concepto propio del derecho de las obligaciones, significada una intimación que el actor hacía al demandado sin solemnidad especial para que comparezca ante el magistrado. La acción concedida a la *condictio* con el fin de reclamar un objeto o una dación (*dare oportere*), es decir, la transferencia de un derecho real, tomaba el nombre de *condictio* en su sentido más restringido. Usándola, en cambio, en su sentido lato cuando se trataba de significar cualquier acción personal.

3.- En el derecho romano clásico el momento decisivo de la existencia de una obligación estaba determinado por la de una acción ora civil, ora pretoria. Puede decirse entonces que alguien estaba en verdad obligado si aparecía sujeto a una acción. Además, quien creía tener esta acción con respecto a alguien debía alegar ante el pretor unos hechos anteriores y, bien se haya dejado o no constancia de ellos en la *intentio* de la fórmula, según haya sido o no ésta causal, o en la *demonstratio,* en todo caso el actor tenía la carga de probarlos ante el juez.

> **3.1.-** Desde el punto de vista sustancial, actualmente a esos hechos nosotros podemos denominarlos fuentes de las obligaciones. Sin embargo, los juristas clásicos, así como los romanos, solían llamarlos “causas” (*causae),* palabra ésta que tiene aquí el sentido de causa eficiente. Esta importancia de la acción determinó que los juristas llegaran propiamente a formular un sistema expositivo de tales fuentes o causas, en cuanto actos o hechos que generaban las obligaciones, porque estudiaban primordialmente las acciones, y sólo como consecuencia de ello es que se ocupaban en determinar las condiciones de hecho; es decir, las causas o fuentes, que pueden estar o no reconocidas por el *ius civile,* que hacían procedentes las acciones.

3.2.- Por lo tanto, está muy claro que los juristas no llegaron a conocer propiamente un sistema de fuentes o causas de las obligaciones, sino un sistema de acciones obligacionales. Esto que se ha manifestado es primordial para entender la postura de este trabajo cuando se habla de una acción de enriquecimiento injustificado y no sólo del enriquecimiento injustificado o sin causa como una fuente autónoma de las obligaciones.

4.- Es importante señalar que, en Roma se produjo un cambio en cuanto a la concepción de las obligaciones como unidas a las acciones y se llegó a un sistema en el que las obligaciones estaban separadas de las acciones. Es así que, el jurista Gayo abandonó la visión procesal de la jurisprudencia metropolitana y adoptó en sus *Institutas* otra visión que puede denominarse causalista; por lo tanto, las obligaciones fueron drásticamente separadas de sus acciones; éstas, a su vez, también resultaron tratadas en sí con independencia de su función típica. Ello condujo a Gayo a la necesidad de intentar una clasificación o sistematización de las fuentes o causas, desconectada de las acciones. Es así que con este jurista romana, podemos decir que nace propiamente un sistema de fuentes, el cual es usado actualmente por casi todos los autores que pertenecen al derecho civil occidental moderno, derivado del sistema civilista romano.

5.- Como es conocido por todos nosotros, Justiniano fue quien desarrolló los conceptos contenidos en las *res cottidianae* hasta llegar a una cuatripartición de fuentes, en sustitución de la división tripartita de esta última obra. De esta manera, Justiniano dice haber cuatro especies de obligaciones, ya que éstas son: "desde un contrato, o como desde un contrato, o desde un maleficio, o como desde un maleficio" (*aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contratu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio.*

6.- Podemos concluir que, en Roma se consideraba que había enriquecimiento injustificado o sin causa cuando una persona lucraba a costa de otra sin estar asistido por una causa jurídica, es decir, cuando el aumento patrimonial se fundaba en una relación jurídica injustificada. Esto podía suceder porque la causa próxima de la adquisición estaba unida a otra remota inexistente o ineficaz para el derecho. En tales supuestos, aún reconociendo la

adquisición del derecho real o del crédito, se concedía acción al damnificado para obtener de la otra parte la restitución del aumento patrimonial indebido.

7.- El antiguo *ius civile* no otorgaba medio alguno para evitar el "injusto" enriquecimiento patrimonial, porque fiel a su carácter formalista, exigió, para que el negocio jurídico quedara perfeccionado, el cumplimiento de las solemnidades prescriptas por la ley, sin atender al perjuicio que podía acarrear tal enriquecimiento indebido. Esto se debe a que en esos tiempos la causa carecía de relevancia porque los negocios tenían el carácter de abstractos. En la época republicana y particularmente en el período clásico se reconoció la obligación de restituir los aumentos patrimoniales injustificados; pero el Derecho romano no sentó un principio general al respecto ni creó una acción comprensiva de todos los supuestos en que se diese esta circunstancia.

8.- En los casos concretos en que se hubiera recibido una cosa sin causa o por una causa sin justificación jurídica, la legislación romana concedió acciones que se iban designando con indicaciones diversas, expresivas de las hipótesis a las cuales se referían. Estas acciones constituían aplicaciones de aquella acción abstracta, de derecho estricto, modelo de *actio in personam*, que es la *condictio*. Las *condictiones*, cuyo ejercicio suponía sendos casos de enriquecimiento injustificado y que, por ende, pudieron considerarse otros tantos cuasicontratos, fueron:

> **8.1.-** La *condictio indebiti*, que se concedía siempre que se pagaba por error, sólo error de hecho, una deuda en realidad inexistente, ya por carecer de existencia o porque habiendo existido hubiera sido cancelada por el obligado. Aunque en el caso no había acuerdo de voluntades ni, por tanto, contrato, la situación se asemejaba a la que era consecuencia del mutuo.
>
> **8.2.-** La *condictio ob causam doratum* o, en el lenguaje justinianeo, *causa data causa non secuta*, por la que se reclamaba la devolución de lo que una persona hubiese recibido en atención a una *condictio*, se aplicaba al supuesto del que había recibido una cosa como dote y el matrimonio no se celebraba y a la donación *sub modo*, cuando el donatario no cumplía con el cargo impuesto por el donante.

8.3.- La *condictio ob turpem vel iniustam causam*, ejercitable para reclamar lo entregado a otro por una causa desaprobada por la ley, o bien para que realizara un acto contrario a la moral o el derecho, o para que se abstuviese de cumplirlo mediante una compensación. En cualquier caso se exigía que la "torpeza" (entendida la torpeza como la actitud inmoral o antijurídica) se diera de parte de quien recibía en vista de tales fines.

8.4.- La *condictio ex causa finita,* por la cual se repetía lo que se hubiera dado o solamente prometido, al menos en el derecho justinianeo (*condictio liberationis),* sobre la base de una relación cualquiera que no había existido o que había cesado.

8.5.- La *condictio sine causa,* aplicable a todos los casos de enriquecimiento que carecieran de una propia acción o que no entraran en ninguna de las anteriores *condictiones.*

9.- La *condictio sine causa, e*n el sentido estricto que le atribuyó el emperador Justiniano, procedía en los casos de prestaciones cumplidas sin causa o por una causa errónea, y en aquellos otros en que la causa que justificaba la existencia de la obligación había dejado de existir. Es decir, esta *condictio* se aplicaba, a diferencia de las otras 4 *condictios,* en los casos de falta de causa, sea que ésta hubiese faltado desde el principio, sea que ella hubiese llegado a faltar más tarde.

10.- Una conclusión que es importante señalar es que existe una controversia doctrinaria en cuanto a la razón por la cual los romanos admitieron el principio del enriquecimiento injustificado o sin causa. Por un lado, está la tesis de Savigny, que señala que lo que los romanos hicieron fue darle una extensión a las reglas del contrato de *mutuum* a los casos análogos del pago de lo no debido y otros del enriquecimiento. Por el otro lado, el tratadista francés Girard, sostiene que los romanos aceptaron el principio de que "aquel que sin causa retiene una cosa, está obligado a su restitución", precisamente, en virtud de una detentación sin causa. Siendo esta última teoría la que goza de mayor aceptación en la actualidad.

11.- Es en Roma, una idea muy antigua que aquel que se ha enriquecido sin causa en detrimento de otra persona, debe cuenta a esta última de aquello con que se ha enriquecido;

hay en ello una obligación de equidad. Esta obligación estaba particularmente desenvuelta por los principios de la religión romana.

12.- Debemos observar, sin embargo, que no todo enriquecimiento de una persona a expensas de otra daba, en Roma, lugar a un crédito a favor de esta última contra aquella. Era necesario, para que ello sucediera, que concurrieran circunstancias especiales que hicieran que el enriquecimiento se considerase injusto, lo que equivale a decir, que el Derecho romano no conoció una acción genérica de enriquecimiento, sino tantas acciones como situaciones diversas pudieran presentarse: *condictio indebiti; condictio ob rem data,* que el Derecho Justinianeo llama *causa data causa non secuta; condictio ob turpem causam; condictio ob iniustam causam; condictio sine causa.* Todas estas acciones tendían al mismo fin, que consistía en impedir un enriquecimiento injusto, pero cada una de ellas ofrecía un fundamento y perseguía un objeto propio, lo que produjo que se las estudie separadamente.

13.- Asimismo, no faltan intérpretes que, fundándose en un pasaje que el Digesto atribuye a Pomponio (Lib. L, tít. XVII, fr. 206), hayan manifestado la existencia de una acción común para todas las situaciones de enriquecimiento injustificado. En el mencionado pasaje del Digesto se dice: "*Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem"*, que quiere decir: "Es conforme a la equidad del derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro**"**. Ésta frase ha servido a muchos autores para que hayan admitido la existencia de una *actio in factum* para el enriquecimiento, con un amplísimo campo de aplicación; pero la más reciente doctrina de los romanistas se manifiesta decididamente contraria a tal generalización.

> **13.1.-** Consecuentemente, debemos recalcar en el hecho que el Derecho romano, ni sentó el principio general de que toda persona si tuviese en su patrimonio un aumento sin causa justificativa, debiera desprenderse de él a favor de quien sufrió la merma, ni señaló una acción general para todas las hipótesis posibles en las que se diese esta circunstancia. Por lo tanto, fiel a su peculiar manera de proceder, el Derecho Romano fue concediendo a figuras concretas, acciones que se iban designando con una denominación distinta, expresiva de la hipótesis a que se

refería. Todas ellas, sin embargo, constituían meras aplicaciones de aquel tipo de acción abstracta y de derecho estricto que también, como se manifestó, algunos suponen que nace de la *stipulatio* y del mutuo.

14.- La *condictio sine causa* podía derivar, durante la época clásica, sea del *mutuo*, del contrato *litteris* o de la *estipulación*, contratos todos ellos de *derecho estricto*, sea de una adquisición sin causa realizada por una persona a expensas de otra, en cuyo caso podía funcionar, ya como *condictio certa rei* o como *condictio incerti.* Justiniano concluyó por entender la *condictio* en sentido general y, en consecuencia, la acordó *ex omni contractu, ex omni obligatione, ex qua certum petitum,* es decir, para cualquier pretensión referida a un objeto determinado; además, aparte de la *condictio certae rei*, concedió la *condictio incerti* para cualquier otro objeto, y llamó *condictio ex lege* a la acción concedida por la ley, cuando ésta no estaba relacionada con una acción típica y nominada.

14.1.- Ahora bien, es indudable que la *condictio* que sancionaba el enriquecimiento sin causa, de acuerdo a todo lo visto, funcionaba normalmente como *condictio incerti* ya que con ella no se reclamaba un objeto determinado, sino el aumento patrimonial que injustificadamente experimentara la persona contra quien se intentaba. En el Derecho romano, si se la promovía, *verbi gratia*, para la repetición de un esclavo entregado sin causa, podía exigirse, aparte del esclavo, cualquier otro beneficio obtenido por quien lo hubiera tenido en su poder, como sería una herencia recibida por el siervo.

15.- En el Derecho romano, en el caso de las *stipulatios*, por ejemplo, pudo ocurrir que las partes, hayan dispuesto celebrar dos estipulaciones cruzadas, con una de las cuales el vendedor promete entregar cierta cosa al comprador y éste promete dar una cantidad de dinero al vendedor con la otra. Aunque ambas estipulaciones aparezcan como independientes entre sí y además sin relación alguna con la compraventa, en realidad cada una refleja los compromisos ya obligatorios adquiridos en virtud de ella, y entonces decimos que esa compraventa es causa de cada estipulación. Algo semejante tiene lugar si dos partes acuerdan celebrar un mutuo, y el mutuante entrega efectivamente la cantidad acordada; cuando el mutuario caiga en mora, su contraparte dispone de la *condictio*. Si, no

contentas con la tradición del dinero, de la cual ya nace una obligación de restituir, las partes celebran estipulación, por la que el mutuario promete dar una cantidad (equivalente a la mutuanza) al estipulante, en tal hipótesis es el mutuo mismo ya celebrado el que constituye la causa de la estipulación, y ésta, por ende, refleja un compromiso obligatorio previo del mutuario.

Por consiguiente, cuando no hubo un acuerdo de donar al menos, que justifique la estipulación que envuelva un compromiso, obligatorio o no, reflejable y reflejado por la estipulación, entonces ésta contiene una promesa de lo indebido, y decimos que carece da causa (*sine causa*), y se aplicará la *condictio* para resarcir el enriquecimiento injustificado o sin causa.

16.- En Derecho romano, la ventaja del *mutuum* radicaba en poderse cobrar los intereses, ya que de su mero pacto no nacía acción, y de cobrar el total del capital más los intereses con una sola acción, que es la *condictio*, sin necesidad de tener que demandar dos veces: una por el capital y otra por los intereses, si es que éstos fueron estipulados por separado. Además permitía reservarse la *condictio* al menos por el capital, fundándola en la *numeratio* mutuaria, si es que por cualquier razón no prospera la *condictio* basada en la estipulación. La contraposición *re-verbis* sirvió de base a Gayo para construir su cuatripartición de obligaciones nacidas, *re, verbis, litteris* y *consensu.* Por su parte, el mutuo, como contrato unilateral, producía solo una acción, que es la que competía al mutuante contra el mutuario, para que le dé igual cantidad de cosas y del mismo género y calidad que las que recibió. Esta acción era personal y se denominaba *condictio certi*.

17.- En el caso de los contratos innominados, es importante mencionar que, por mucho tiempo los acuerdos de voluntades que no ensamblaban como figuras típicas reconocidas por el Derecho romano no tenían el carácter de *contractus*. De ahí que no naciera una *actio* mediante la cual la parte que hubiera satisfecho la prestación convenida pudiera exigir a la otra el cumplimiento de su correspondiente contraprestación, en espera y como compensación de la cual había realizado la primera. Como tal situación llevaba a un enriquecimiento injusto del contratante incumpliente, violando así la más estricta equidad, la legislación romana arbitró remedios que fueron modificando tales principios.

17.1.- Por ejemplo, se aplicaba la teoría del enriquecimiento injustificado cuando el negocio tenía pendiente un *datio*, esto es, la entrega de una cosa. Era posible, en este caso, constreñir a la parte que había dejado de cumplir la prestación debida, a restituir la cosa mediante la *condictio ob causam datorum* que el *Corpus Iuris* llamó después, *condictio causa data causa non secuta*.

17.2.- Estos medios jurídicos, si bien evitaban que la parte incumpliente obtuviera una injusta ventaja patrimonial, tenían el inconveniente de que no daban eficacia a la convención realizada, pues retrotraían las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración. Con ello no se satisfacía el interés del contratante que había cumplido su prestación y que, seguramente, celebraba el contrato movido por los beneficios que había de reportarle la contraprestación prometida. Por esta razón, en la época postclásica o, más probablemente, en la compilación justinianea, se dotó a los contratos innominados de una acción general encaminada a obtener la contraprestación debida o a procurar la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios, cuando el cumplimiento de la obligación fuera imposible.

18.- Justiniano consideró en las Institutas que la categoría gayana de las fuentes de las obligaciones designada con la expresión *variae causarum figurae*, podía ser diversificada en dos especies autónomas, la de los cuasicontratos y la de los cuasidelitos. Dentro de la primera de estas formas las fuentes justinianeas comprendieron diversas figuras de obligaciones que derivaban de actos ilícitos que podían asimilarse a algunos contratos. De ellas se decía que nacían *quasi ex contratu*, y los intérpretes terminaron por designarlas con el nombre de cuasicontratos.

18.1.- La denominación de cuasicontrato, nada explica sobre la estructura de las relaciones que se comprenden en la especie, a la par que tal calificación sólo sirve para agrupar las más heterogéneas hipótesis que únicamente tienen de común el no revestir el carácter de contrato, porque carecen del acuerdo de voluntades. Por ello, llegar a un concepto definido del cuasicontrato es tarea que presenta no pocas dificultades, dada la variedad de tipos que pueden incluirse dentro de él.

19.- En cuanto a la acción de enriquecimiento sin causa o *condictio sine causa* y la denominada *actio in rem verso*, si bien es cierto en el Derecho romano se hacía una distinción, mientras que en la actualidad se consideran términos sinónimos. Es así que, la acción *in rem verso*, estaba particularizada al caso en que el *filius* o *servus* realizara un negocio con intención de obligar al padre o dueño, y que redundase en utilidad para aquéllos; siendo el negocio inválido, el tercero tenía derecho a reclamar por el beneficio que hubiera resultado en el patrimonio de éste.

Por lo que, en puridad, cabe subrayar que en Roma, si bien es cierto que la acción *in rem verso* se restringía al supuesto acotado, en la actualidad la doctrina prefiere emplearla para todos los casos de enriquecimiento injustificado, ya que las razonas que las diferenciaban, han desaparecido en el derecho moderno.

20.- Para los efectos de este trabajo, se define a la obligación como un vínculo jurídico en virtud del cual una persona llamada deudor queda en la necesidad de realizar una determinada prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer, a favor de otra denominada acreedor, de tal manera que compromete todo su patrimonio embargable en garantía de cumplimiento.

> **20.1.-** Al contrario de esta definición subjetiva, algunos tratadistas desde el punto de vista de una concepción objetiva, sostienen que la obligación es un título a una prestación, pues, estaríamos ante una relación de patrimonios. Desde esta perspectiva promovida en sus inicios por von Ihering, el crédito sería, entonces, el título que permite perseguir esa prestación, más allá de que sea o no cumplida por el deudor.

22.- Dentro de este trabajo investigativo entendemos a la acción civil como la que compete a uno para reclamar en juicio sus bienes o intereses pecuniarios. Nace del derecho sobre las cosas y de las mismas fuentes que las obligaciones; es decir, de la ley, de los contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos y del enriquecimiento injustificado. En consecuencia tenemos, por ejemplo la acción de daños y perjuicios, la acción de enriquecimiento injustificado, etc. Como acabamos de mencionar, el interés del término acción, en este tratado teórico, es aquel referido al Derecho civil; es más, un concepto histórico

relacionado directamente con el derecho de las obligaciones. No nos interesa mucho, por lo tanto, las definiciones que se hagan de este término (acción), por la rama del Derecho procesal.

23.- Todo derecho de crédito está garantizado por una acción, por un medio de coerción que asegura su eficacia, y que, en síntesis, ofrece una doble posibilidad al sujeto activo de la obligación: exigir y compeler al deudor a ejecutar directamente la prestación a que esté sujeto, o agredir su patrimonio en caso de incumplimiento, en busca de una satisfacción indirecta.

24.- Entendemos que entre acción y obligación existe sin lugar a dudas un nexo intrínseco, de esta manera una obligación sólo existe en el Derecho cuando es posible reclamarla por medio de una acción específica. En otras palabras, la obligación depende de la acción para poder efectivizarse en caso de controversia. Por lo tanto el concepto procesal de acción, no es otra cosa, que un medio instrumental para ejercer el derecho sustancial obligacional.

En este sentido, cuando hablamos en este trabajo investigativo de acción y de obligación de enriquecimiento injusto, nos estamos refiriendo, sin lugar a dudas, desde la perspectiva civilista privada y entendemos a los dos términos unidos, es más la acción como una faz del derecho de obligación. Recordemos que este trabajo no está direccionado hacia el derecho procesal sino que parte del Derecho civil de las obligaciones y desde ese punto referencial ha cumplido sus objetivos investigativos precisos.

25.- El nexo que en Derecho romano clásico liga la obligación a la acción, prescindiendo del nexo histórico-genético por el que aquélla se injerta sobre ésta, es mucho más íntimo y profundo que en Derecho moderno. Ante todo debe advertirse que en Derecho romano el término *obligatio* no se entiende nunca en sentido genérico, de modo que comprenda toda relación de obligación que represente un valor patrimonial, sino más bien se extendía en un sentido técnico y específico; es decir, que expresaba no tanto un concepto dogmático como un concepto, sobre todo, histórico.

26.- Consecuentemente, en el sistema romano se tomó una división de las acciones en base a la naturaleza de los derechos que las acciones buscan hacer valer frente a la justicia. Así

consideraban acción real a la que se dirigía a la reclamación de un derecho real; y personal a la que tendía al cumplimiento de una obligación. También se puede considerar acción real a la que el demandante afirma que tiene, con exclusión de cualquier otra persona. La acción personal es aquella por la que el demandante sostiene que el demandado está obligado para con él, y persigue el cumplimiento de esta obligación.

27.- Al contrario, respondiendo, en lo que se refiere al Derecho romano, se puede sostener lo siguiente: Aunque en Derecho romano se distingue conceptualmente la obligación de la acción, no se debe deducir de esa distinción lógica e ideal entre ambas una "separabilidad" práctica y real. Más bien, si la acción es posible sin obligación, en Derecho romano como en Derecho moderno, no sucede igual a la inversa, es decir, no existe obligación sin acción.

28.- Está claro, entonces, que sin la acción, la obligación no sería ya capaz de actuar como palanca, eventualmente, de la voluntad del obligado; ya no habría responsabilidad realizable en el mundo de los hechos.

29.- No seremos nosotros los que neguemos que entre la posibilidad de realización, es decir, la idoneidad del derecho sustancial para ser realizado, y los medios procesales de realización, debe hacerse una neta distinción conceptual, y que tal distinción sea, a veces, no sólo oportuna, sino indispensable. Pero también aquí se debe advertir que una separación real entre las figuras de la acción y la obligación sería absurda; añadiendo, que tanto en el Derecho romano clásico como en el Derecho moderno, no puede existir, nunca, una obligación civil sin acción.

30.- Por otro lado, concluimos que, la teoría dualista de las obligaciones, derivada de la escuela Pandectista alemana del siglo XIX, establece que existen en la obligación dos momentos distintos. El momento de la deuda (*schuld*), y el momento de la garantía o responsabilidad (*haftung* o *veranwortung*). Ese primer momento se encuentra entre el día en que la obligación nace y el día de vencimiento. En ese período, el acreedor tiene, solamente, la expectativa del cobro de su crédito, y sólo excepcionalmente podría intentar alguna medida conservatoria para preservar esa posibilidad al cobro. Mientras que el segundo momento se abre el día siguiente al vencimiento, en que se produce también para el acreedor la posibilidad de "agredir" el patrimonio de su deudor por los medios que el

ordenamiento jurídico pone a su alcance. Por lo tanto, el acreedor, en la etapa de responsabilidad, puede accionar contra los bienes que integran el patrimonio del deudor, también inhibirlo para que se desprenda de ellos.

31.- Por lo tanto, la responsabilidad implica un conflicto entre víctima y autor del daño o perjuicio; aquí añadimos otro aspecto que es el daño, y éste entendido como perjuicio en el patrimonio de una persona y por lo tanto, también se lo puede considerar como un menoscabo en sus bienes, es decir, una disminución de su patrimonio. Pero, además, la responsabilidad no solamente surge del daño, sino de cada fuente de la obligación, dicho en otras palabras, surge una responsabilidad cuando se debe cumplir una obligación, y que si no se la cumple causa un perjuicio efectivo en el patrimonio del acreedor. Así, existe responsabilidad civil cuando un sujeto se ha enriquecido injustificadamente afectando el patrimonio de otro; generando una obligación del enriquecido injustamente frente al empobrecido.

32.- En la actualidad, parece ser de general aceptación por la mayoría de tratadistas, la idea de que el enriquecimiento sin causa tiene su origen en el Derecho romano, que lo fundamentó en un importante principio de derecho natural: "Nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro" (*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem).*

Todo esto se traduce, y en conceptos similares a los expresados por el profesor Ospina Fernández, en el deber que pesa sobre toda persona, por el hecho de vivir en sociedad, de observar una conducta prudente y cuidadosa para que en el ejercicio de sus numerosas actividades y de sus derechos, no lesione injustamente a otro, deber que incluye el leal y diligente cumplimiento de las obligaciones concretas, voluntariamente contraídas o impuestas por la ley. Así, también, no debe sufrirse un perjuicio sino en casos excepcionales y por motivos claramente estipulados en la ley. Por lo tanto, es el fundamento de equidad en que se apoya toda la institución de la responsabilidad civil y que es uno sólo universalmente aceptado a lo largo y ancho de las fronteras humanas y a través del tiempo y que ha perdurado para permitir la convivencia civilizada.

33.- De todo lo visto, puede decirse que en el Derecho moderno, gracias a la elasticidad de los medios de ejecución forzosa, los dos aspectos de la obligación: débito y responsabilidad, tienden a corresponderse, a conjugarse orgánicamente y a adecuarse perfectamente. Entonces, como corolario lógico de lo demostrado antes, hemos visto que sería un error separar en la obligación el débito de la responsabilidad y considerarlo algo que es independiente de ésta.

34.- Así, entonces, tiene total sentido la definición de la obligación como aquella relación jurídica de vínculo o de tensión que está orientada, como medio jurídico, al logro de una finalidad (económico-social), es decir, a la finalidad de que el acreedor consiga la satisfacción de un determinado interés privado suyo, particularmente patrimonial.

Luego, está claro que la responsabilidad como consecuencia de la obligación, está orientada totalmente hacia el crédito, es decir, hacia la expectativa de prestación del acreedor, la prestación en sí misma, en su consistencia objetiva, aunque de posible cumplimiento por otro, un tercero; es decir, una responsabilidad conjunta, considerada como idónea para conferir una típica utilidad de la vida de la relación jurídica.

35.- Por otro lado, pudimos observar que la técnica jurídica, en su afán de facilitar el estudio del Derecho Civil de las Obligaciones ha sido categórica al afirmar que para un cabal entendimiento del fenómeno obligacional, es fundamental el estudio de las fuentes de las obligaciones, no sólo para determinar el origen de las mismas, sino también por un evidente sentido práctico: no existe otra forma de probar una obligación sino es por la causa o el hecho que la ha generado.

36.- Siguiendo esta línea de exposición, generalmente se ha expresado que la fuente de la obligación es la causa eficiente, la razón jurídica, el antecedente del derecho, el fundamento de la obligación, estableciéndose así una relación de causa efecto. De esta manera, en muchos ordenamientos jurídicos se cataloga a esos sucesos en apego a la teoría francesa del acto jurídico.

37.- Sabemos, que la doctrina y la legislación de ciertos países, como el Ecuador, Chile, Colombia, etc. adoptaron la división clásica de fuentes de las obligaciones que surgió de la

tradición romanista justinianea, que establecía la típica clasificación cuatripartita en: contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. Posteriormente, doctrinariamente y legislativamente se agregaría a la ley como otra fuente, quedando en la actualidad recogidas las cinco figuras como fuentes; no obstante muchas otras legislaciones han acogido una clasificación muy diferente de fuentes de obligaciones.

37.1.- El artículo 1453 del Código Civil del Ecuador reconoce cinco fuentes obligacionales: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley.

38.- Las leyes modernas, han asimilado la típica clasificación proveniente del Derecho romano, y suelen distinguir en dos grupos de obligaciones, que son las nacidas del contrato y las que tienen su fuente en un acto ilícito, si bien hay algunos Códigos que al lado de estas dos categorías, proponen otras fuentes específicas. En este orden de ideas, por ejemplo, los hechos voluntario lícitos son identificados por la doctrina mexicana como cuasicontratos y abarcan 3 fuentes que son: la gestión de negocios, el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa justificada. De la misma manera, algunos de estos tipos de fuentes, como el enriquecimiento sin causa que son considerados como cuasicontratos por la legislación mexicana, por el contrario en la concepción argentina son considerados como unas fuentes peculiares o distintas de los cuasicontratos. Por lo que la clasificación de las fuentes tiende a ser diversa, si comparamos diversos ordenamientos jurídicos, más aún cuando la doctrina sigue proponiendo nuevas alternativas, que son eventualmente acogidas por los legisladores y posteriormente adaptadas a los Códigos Civiles respectivos.

39.- Es importante señalar que tanto para el Código Civil ecuatoriano, como para el colombiano y el chileno, no existe una norma que establezca al enriquecimiento injustificado como fuente de las obligaciones. Algunos autores la han clasificado dentro de los cuasicontratos, aunque tampoco existe ninguna norma expresa que determine al enriquecimiento injustificado o sin causa, ni siquiera como principio en las codificaciones civiles de estos países, a diferencia de otras legislaciones de Latinoamérica, como la peruana, boliviana y también la legislación mexicana y argentina.

40.- La principal crítica que se pude hacer a la clasificación típica de las fuentes de las obligaciones en cinco categorías: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley, que

como sabemos es la misma clasificación que la que tiene del Código Civil ecuatoriano, se la puede realizar desde dos puntos de vista:

40.1.- Primero, ya que se le puede reducir a dos grandes categorías, las que son: contratos y la ley. Considerando a las obligaciones nacidas de los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos como verdaderamente legales; lo dicho se sustenta también en lo que invocan las disposiciones del Código Civil ecuatoriano, que en el artículo 596 define al Derecho personal como aquel que se vuelve exigible en determinada persona que ha contraído la obligación sea que provenga de un hecho suyo o por disposición de la ley, reduciéndose de esta manera a sólo dos fuentes de las obligaciones.

40.2.- Segundo, que esta clasificación no contempla nuevas fuentes que recaen en el vasto campo del Derecho, en la que, por ejemplo, pueden estar manifestadas la voluntad unilateral de las partes, así como también el caso del enriquecimiento injustificado o sin causa.

41.- Parece que la corriente actual de mayor fuerza es la que establece que sólo constituyen fuentes de las obligaciones, el hecho humano y la ley, esto no significa que las cinco fuentes (contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley), desaparezcan sino que pasen a formar parte de estos dos grandes grupos de fuentes.

42.- Algunas posiciones doctrinarias sugieren que, si bien el concepto de cuasicontrato lleva aparejado una aberración terminológica, no es menos cierto que este concepto responde a un tradicionalismo que ha permanecido incluso en la realidad actual del Derecho, por lo menos desde el punto de vista práctico; es decir, brinda una solución aceptable en apariencia al problema de definir las fuentes inmediatas de las obligaciones.

43.- La figura equívoca del cuasicontrato, proviene de la clasificación justinianea de las fuentes que aludía, como vimos, a las generadas *cuasi ex contractu*, con lo que sin definir exactamente la fuente, se pretendía expresar la circunstancia negativa de que no derivan (tales obligaciones) ni de contrato ni de delito. De ahí, entonces viene ese nombre de

cuasicontrato que ninguna relación tiene, y tampoco ninguna semejanza esencial con el contrato.

44.- Por lo tanto, existiendo, como existe en las legislaciones actuales el principio de enriquecimiento sin causa, ninguna necesidad existiría para forzar las nociones o crear ficciones reñidas con la realidad y la buena lógica. En consecuencia, la desueta figura del cuasicontrato queda absorbida en el Derecho moderno por dos figuras vigorosamente eficaces: el acto jurídico y el enriquecimiento sin causa.

45.- La concepción de que sólo les faltaría a los cuasicontratos el acuerdo de las voluntades para ser contrato; como no lo hubo, entonces es casi un contrato poco menos que éste, es un razonamiento apresurado que basado en las aparentes diferencias artificiales ha buscado darle un nombre a una categoría que no tiene solidez lógica. El término cuasicontrato se refiere, más o menos, a una categoría híbrida o a una categoría jurídica indefinida entre las figuras específicas y una falsa asimilación a los contratos, la verdad es que a los contratos poco se parece. En este sentido, el cuasicontrato debe su nombre a una aberrante contradicción del lenguaje, pues el contrato es por definición un acuerdo de voluntades que existe del todo o no existe, sin que sea dable concebir que pueda cuasiexistir.

46.- Los códigos redactados en el siglo XX y XXI ya no contienen la clasificación de los cuasicontratos. Esto demuestra que la búsqueda de soluciones dentro del Derecho Civil de la Obligaciones ha promovido nuevas alternativas; y vale decir aquí, que la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa ha logrado una aceptación generalizada, aunque no absoluta, tanto en la doctrina especializada, en la jurisprudencia de categoría y en las legislaciones más modernas.

> **46.1.-** En consecuencia, lo más sensato es que el ordenamiento jurídico ecuatoriano se coloque a la par de las nuevas corrientes teóricas, jurisprudenciales y legislativas por lo tanto, busque proponer un cambio que beneficie, sobre todo, en la aplicación práctica de resolución de problemas a través de figuras jurídicas solventes, como es la del enriquecimiento injustificado, que además sustenta sus preceptos en consideraciones de universal aceptación, como son la justicia y la equidad.

47.- Del trabajo realizado también se ha llegado a la conclusión que, en el supuesto de que un patrimonio se enriquezca a expensas de otro sin causa justificativa, en este caso la ley, en general, estima que estos enriquecimientos indebidos deben evitarse, y para ello establece la obligación a cargo del titular del patrimonio enriquecido, de indemnizar al titular del patrimonio empobrecido el valor del empobrecimiento. Aquí la fuente de la obligación es el hecho del enriquecimiento sin causa, como fuente inmediata y la ley, claro está, como fuente lejana, pero lo que nos interesa es la causa eficiente, es decir, la fuente próxima, como en este caso tratándose del enriquecimiento injustificado.

48.- El enriquecimiento sin causa y el acto jurídico unipersonal, que son dos fuentes distintas de las obligaciones, constituyeron, en conjunto, el contenido de la noción clásica del cuasicontrato, cuyo defecto capital consiste precisamente, en haber amalgamado en una sola estas dos figuras distintas y dotadas independientemente de eficacia jurídica.

49.- Una de las grandes conclusiones a las que se ha llegado es que, es totalmente evidente que otra fuente de las obligaciones, además de los contratos, de los delitos y cuasidelitos, es el enriquecimiento injustificado o sin causa; y esto supone, por otra parte que la tendencia actual es eliminar la denominación de cuasicontrato para establecer como fuentes autónomas de la obligación el pago de lo no debido, la agencia oficiosa y el enriquecimiento sin causa, sin dejar de reconocer, sin embargo, que existe una relación de esta institución con las dos primeras, lo que no significa su total asimilación. Todo esto supone que el enriquecimiento sin causa da origen a la obligación de restituir lo adquirido ilegítimamente, o más precisamente, indemnizar el empobrecimiento ajeno, en base a determinados elementos o condiciones.

50.- El enriquecimiento sin causa entra en la categoría del hecho jurídico, por cuanto la obligación a cargo del que se ha enriquecido no proviene de acto ejecutado por este con la intención reflexiva y directa de obligarse, pues, aun en el caso de que el enriquecimiento provenga de un hecho voluntario suyo, como el de recibir el pago de lo no debido, mal puede decirse que al hacerlo haya tenido la intención de obligarse a restituir. De suerte que el acto en cuestión es un hecho jurídico respecto de la obligación que genera.

51.- El aspecto del enriquecimiento injustificado es, a no dudarlo, uno de los más delicados del problema de la responsabilidad; pero, en la misma forma es uno de los que marca la tendencia más acentuada hacia la realización jurídica de las normas morales. Por lo tanto, las legislaciones que la han adoptado han hecho bien y han acertado, ya que en los tiempos actuales, se impone la necesidad de legislar sobre principios fundamentales de justicia y equidad.

52.- Del razonamiento lógico y racional se entiende que, si el enriquecimiento del sujeto tiene justificación jurídica, aun cuando moralmente puede ser objetable, el Derecho no interviene; por ello, el enriquecimiento del comerciante que vende sus mercaderías, del donatario en la donación, la indemnización que recibe la víctima de un hecho ilícito, son todos plenamente aceptados, porque hay un antecedente que puede justificar jurídicamente ese enriquecimiento.

53.- Puede darse que incluso, el enriquecimiento de una persona pueda ser discutible desde el punto de vista moral, pero puede tener una justificación y fundamento legal. De la misma forma, puede ocurrir que en ese aumento patrimonial no exista un fundamento o ninguna causa o razón permitida por un ordenamiento jurídico, habiendo ocurrido además del enriquecimiento, que éste se haya producido a costa de otra persona. Así se origina el hecho del enriquecimiento sin causa, el cual engendra obligaciones que tienen como fin evitar el enriquecimiento de una persona sin que exista una justificación jurídica para tal transformación.

54.- El principio de que nadie se puede enriquecer sin causa jurídica a expensas o en perjuicio de otro, no es solamente un dogma y principio del Derecho, sino que es uno de los principales postulados de la moral, incorporada en este caso al mundo jurídico. Y es por eso que, más allá de todo tipo de consideraciones, la doctrina moderna es unánime al expresar que la teoría del enriquecimiento sin causa constituye uno de los aciertos más notables y meritorios de la técnica jurídica, sobre todo, al ser aceptada como fuente autónoma de obligaciones.

55.- Una vez más aparece la necesidad de la existencia de normas expresas que establezcan al enriquecimiento injustificado o sin causa como una fuente autónoma de obligaciones en el

ordenamiento jurídico ecuatoriano, y que permita acciones directas y legales que no supongan un elemento de arbitrariedad judicial tan marcado como hasta ahora ha existido en la jurisprudencia ecuatoriana, generado precisamente por la falta de ley positiva expresa en cuanto a la institución que aquí tratamos. Se añade que, el principio del enriquecimiento injustificado está recogido por el Derecho universal, esto es, la prohibición de enriquecerse injustamente a expensas de una persona; razón por la cual sí es posible la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa en los casos no legislados y a pesar de no estar enunciado el principio de manera concreta, específica y expresa, esto en concordancia con el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano y el artículo 18 numeral 6 y 7 del Código Civil del Ecuador.

56.- El concepto de riqueza, dentro de la terminología jurídica difiere del significado vulgar, que supone o conlleva la idea de la abundancia en bienes, objetos, cosas, dinero, o de elementos de alto valor económico; el sentido jurídico no necesariamente conlleva la idea de opulencia o exceso como lo hace este término en el lenguaje común. Así, jurídicamente hablando, existe enriquecimiento de un patrimonio aún cuando haya existido un incremento cuantitativo de un centavo de dólar en el total del acervo patrimonial de una persona.

57.- De la misma manera, el empobrecimiento supone, jurídicamente, el menoscabo del acervo patrimonial en términos numéricos, a diferencia del uso del lenguaje común que supone un estado de pobreza entendido este como una situación de falta o escasez de lo necesario para vivir. Por lo que, una persona, jurídicamente hablando, se empobrece aún cuando su patrimonio haya disminuido en un centavo de dólar y esa persona posea un acervo patrimonial de varios millones de dólares.

58.- El enriquecimiento sin causa consiste en el desplazamiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo con la existencia de un nexo causal efectivo, sin que ello esté justificado por una operación jurídica, como la donación o por la ley, etc. Es por eso que, al empobrecido sin causa justificada se le reconoce una acción para remover el perjuicio sufrido, llamada acción de enriquecimiento,

o conocida también como acción de *in rem verso*. Esta acción del empobrecido procede, generalmente, cuando no hay otra acción que pueda restablecer el equilibrio patrimonial roto sin una justificación legítima.

59.- Cuando se habla de la *causa* del enriquecimiento, la referencia no se hace a la causa como uno de los elementos del acto o contrato, es decir, la causa no como un significado dentro de la teoría del negocio jurídico, sino a la causa eficiente, o sea, la fuente (o acto jurídico o ley) que origina y justifica la prestación; si esa fuente no existe jurídicamente, el beneficiado se ha enriquecido sin causa.

60.- De las diversas posturas presentadas en esta libro, hemos visto que existen dos tendencias marcadas en cuanto tiene que ver con la forma y *quantum* de la restitución por enriquecimiento sin causa. De esta manera, para Von Tuhr, la cuantía del enriquecimiento no se mide precisamente por la pérdida, refiriéndose al empobrecimiento, sino por el incremento patrimonial que experimenta la otra parte, es decir el enriquecimiento; a diferencia de la indemnización de daños, que no se calcula por los beneficios que suponga el hecho para el responsable. Visión ésta, interesante, inclusive cercana a lo que se conoce en el derecho anglosajón como indemnizaciones por daños punitivos, en las que se calcula un valor más allá del daño causado, sino del posible beneficio que ha obtenido el causante del daño, a causa directa del mismo. Sin embargo, otros autores no consideran esta posición, sino una contraria, como, por ejemplo, Tamayo Lombana, quien sostiene que el monto reclamado válidamente por el perjudicado o empobrecido sería igual al *quantum* de su empobrecimiento, no al *quantum* del enriquecimiento del enriquecido injustificadamente. Ésta última posición es la que más se adecuaría a un ordenamiento jurídico como el ecuatoriano y, además, es la que nos parece más acertada.

61.- Como conclusión, podemos definir al enriquecimiento injustificado o sin causa como una fuente autónoma de obligaciones que surge por el incremento injustificado de un patrimonio frente al empobrecimiento correlativo de otro, sin que medie causa eficiente reconocida por el Derecho que lo justifique. Asimismo, no deberá existir liberalidad o la voluntad del empobrecido de enriquecer a otra persona, como en la donación, etc., tampoco supone que haya existido culpa del empobrecido, ni dolo del enriquecido. Por lo

que no se trata de un delito ni de un cuasidelito, sino de una situación de hecho en donde lo importante es la transferencia patrimonial injustificada de un patrimonio hacia otro. Esa transferencia patrimonial genera un vínculo obligacional entre el que la recibe y el que la pierde, es decir, entre el enriquecido, que se convierte en deudor, y por lo tanto debe devolver el *quantum* del empobrecimiento, y el acreedor, es decir, el empobrecido, ya que no existe causa jurídica eficiente que justifique tal incremento patrimonial a costa del empobrecimiento correlativo. Finalmente, añadimos que no deberá existir una mejor vía o acción judicial que permita al empobrecido recobrar o pedir el resarcimiento patrimonial que ha sufrido.

62.- La expresión "enriquecimiento injusto", usada para referirse a la institución que nos ocupa en este trabajo investigativo, se considera no recomendable, debido, principalmente, a que se trata de un concepto moral de difícil precisión, y así el que obtiene una persona que vende muy caro un artículo de escaso valor, no carece de causa; lo justifica la compraventa, pero puede considerarse injusta, no obstante lo cual el legislador sólo interviene en caso de lesión o estafa. Sin embargo, en términos más amplios y abstractos el calificativo de injusto tiene su razón de ser, ya que sin lugar a dudas, esta institución se basa en principios de equidad y justicia y por lo tanto, aunque no equivocado su uso, no es preciso ni técnico, jurídicamente hablando es un calificativo que puede ser vago y muy extenso, y por lo tanto no llena las expectativas de precisión como lo hacen otros calificativos como: "sin causa" o "injustificado".

63.- El uso del calificativo de "injustificado" para referirse a la institución que nos ocupa, logra brindar una mejor concepción de la naturaleza de la institución del enriquecimiento; es más, tiene la ventaja sobre el calificativo de "sin causa", ya que no es tan impreciso al poder ser confundido con la falta de causa del negocio jurídico; es decir, aparentemente habría una contradicción en términos de la doctrina del negocio jurídico y la teoría general de las obligaciones. Por consiguiente, el calificativo de "injustificado" supone la falta de justificación jurídica en el enriquecimiento, esto es, la ausencia de una fuente, ya sea legal, contractual, delictual, cuasidelictual, es decir, que se genere del cumplimiento de la ley o del incumplimiento de la misma. Además, en cuanto tiene que ver con un principio general del derecho, supone también la falta de justificación en términos de justicia y equidad.

63.1.- Sin embargo, si acudimos al concepto desde una perspectiva histórica, podemos determinar, que desde el origen de esta institución se ha preferido el uso del calificativo de "*sine causa*"; no obstante, muchos tratadistas modernos utilizan con cierta frecuencia el adjetivo de "injustificado" sin hacer ninguna distinción con el calificativo de "sin causa". Asimismo, al momento de determinar los elementos de esta figura del enriquecimiento, proponen como uno de ellos, el de la falta de causa jurídica o causa eficiente que justifique el enriquecimiento de un patrimonio con respecto a otro, lo que también estaría explicando, de alguna manera, el uso de esta denominación sobre otros calificativos.

63.2.- Para concluir, y en base a todas las consideraciones presentadas *supra*, en la redacción de este trabajo investigativo hemos preferido usar indistintamente los términos de "enriquecimiento injustificado o sin causa"; ya que como explicamos, los dos son admisibles desde todo punto de vista. Además, muchos autores utilizan la denominación de "sin causa" y otros la de "injustificado" para referirse al enriquecimiento, por lo que para generar una mejor comprensión en el lector, se ha optado por el uso de los dos términos conjuntamente o de manera indistinta. En consecuencia, al usar, los dos términos "injustificado" y "sin causa", jurídicamente estamos siendo estrictos con la naturaleza de la institución del enriquecimiento y denotamos su dimensión jurídica concreta como fuente autónoma de obligaciones.

64.- De acuerdo al estudio y análisis realizados, concluimos que los ocho requisitos básicos que constituyen la figura del enriquecimiento injustificado o sin causa como fuente autónoma de obligaciones, son los siguientes: 1) enriquecimiento, 2) empobrecimiento, 3) empobrecimiento y enriquecimiento correlativos, es decir, una relación de causalidad entre el empobrecimiento y enriquecimiento; 4) falta de causa o que el enriquecimiento sea injustificado, 5) ausencia de responsabilidad (culpabilidad) del empobrecido; 6) ausencia de interés personal del empobrecido; 7) ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley detenidamente para el efecto; y, 8) que no puede emplearse esta acción de enriquecimiento injusto para violar disposiciones imperativas de la ley.

64.1.- El enriquecimiento consiste, como el daño en la diferencia que existe entre el estado actual del patrimonio y el que se presentaría si no hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores. Está claro, entonces, que todo enriquecimiento implica que el enriquecido haya obtenido un provecho o ventaja que haya mejorado su patrimonio; pero la ventaja puede ser positiva, si consiste en una adición patrimonial; o puede ser negativa, si evita el menoscabo de un patrimonio. Es decir, se puede hablar de enriquecimiento no solo cuando se aumenta el activo del patrimonio en forma tangible por el hecho de que un nuevo bien entre en él o que los bienes existentes se valoricen; también podrá calificarse como enriquecimiento todo gasto ahorrado, toda pérdida evitada, en virtud del sacrificio hecho por el empobrecido.

Y así, como cuando se produce un daño, se distingue entre la reducción efectiva de un patrimonio (*damnum emergens*) y la frustración de un aumento (*lucrum cessans*), el enriquecimiento puede ocurrir de dos modos: experimentado el patrimonio un aumento (*lucrum emergens*); y por otro lado haciendo que el patrimonio no disminuya (*danumm cessans*). Por lo tanto, el enriquecimiento se convierte además en uno de los requisitos indispensables para el ejercicio de la pretensión del enriquecimiento sin causa o injustificado, ya que si no hay enriquecimiento, es obvio que no existe razón para la pretensión ya que falta la legitimación pasiva para la acción.

64.2.- El desplazamiento de valores patrimoniales que determina el enriquecimiento injusto puede ocurrir de diversas maneras. Lo normal es que medie un acto de disposición directo o indirecto, a favor del Enriquecido. Mas puede realizarse también por medio de un acto de la persona favorecida o por virtud de sucesos que no provengan de ninguna de las dos partes.

64.3.- Ya hemos visto en qué consiste el enriquecimiento, y como es lógico, existe un empobrecimiento correlativo, es decir, para que se configure el enriquecimiento sin causa o injustificado es indispensable que exista un empobrecimiento, es necesario por lo tanto que a un enriquecimiento le corresponda cualitativamente no

cuantitativamente, un empobrecimiento de otro patrimonio. Consecuentemente, es imprescindible que el enriquecimiento haya costado una desventaja o sacrificio que experimenta el empobrecido. Por tanto, la ventaja o provecho del enriquecido tiene que derivar de la desventaja o sacrificio del empobrecido, siendo indiferente si la desventaja es causa de la ventaja o esta de aquella.

64.4.- Hay que añadir que la doctrina, en general, coincide en señalar que el empobrecimiento consiste no sólo en la pérdida efectiva de bienes y derechos, sino también en la prestación de servicios cuando no es reconocido; en ese caso se pone al servicio del otro, no un patrimonio, sino la capacidad de trabajo física o intelectual. Además, de la misma forma que el enriquecimiento puede suponer un empobrecimiento positivo o un empobrecimiento negativo; el primero, supone la pérdida de un bien, un valor o un derecho, que se traduce en un menoscabo patrimonial, mientras que el segundo se da cuando existe un "no aumento" del patrimonio del empobrecido, esto se produce cuando, jurídicamente era procedente un ingreso o un incremento pecuniario patrimonial pero no se da a causa del enriquecimiento sin causa de otro.

64.5.- Las características principales de estos dos elementos son: que el enriquecimiento debe ser actual, mientras que el empobrecimiento puede no serlo, sino que se puede presentar bajo la forma de una expectativa segura.

64.6.- La reparación que debe el enriquecido al empobrecido en un caso de enriquecimiento injustificado o sin causa, siempre debe darse de acuerdo al *quantum* del empobrecimiento producido, pues si bien el enriquecimiento puede ser menor que el empobrecimiento, no se puede dejar recaer las pérdidas a cargo del empobrecido, por una razón de justicia y equidad; de la misma manera se debe aplicar al caso en que el *quantum* del enriquecimiento es mayor que el del empobrecimiento correlativo, ya que si se le entrega al empobrecido más de lo que en inicio perdió no se estaría logrando una situación de equilibrio patrimonial, ya que la razón de restitución del empobrecimiento es compensar el perjuicio

patrimonial causado y nada más, es decir, devolver el equilibrio al momento de haberse producido.

64.7.- Para que se configure una obligación derivada del enriquecimiento sin causa, es necesario que un patrimonio se haya empobrecido y que otro se haya enriquecido como resultado del mismo acontecimiento y que entre la ventaja y la desventaja debe existir un nexo causal, o relación de causalidad, y ésta debe ser de naturaleza semejante a la que debe existir entre el daño y su imputabilidad material o culpa. Siendo así que, falta el nexo de causalidad si el demandante en el juicio no es el empobrecido, aunque el demandado sea el que se enriqueció, así como en el caso contrario, si el demandante se empobreció, pero la demanda se dirige contra quien no se haya enriquecido.

64.8.- Es evidente que siempre que se reclame un enriquecimiento injustificado, el demandante debe probar el nexo causal entre el enriquecimiento del demandado y su empobrecimiento; la consideración de que el nexo causal es alterado por el desplazamiento patrimonial que no sea inmediato, es decir, que haya pasado por un tercero, deberá ser estudiado en cada caso práctico, en lógica coincidencia con los demás elementos de la figura del enriquecimiento injustificado o sin causa.

64.9.- La ausencia de causa o de la justificación del enriquecimiento es una condición estricta que determina la procedencia o improcedencia de la *actio in rem verso*. Es decir, que para la procedencia de la acción por enriquecimiento sin causa se requiere no sólo que exista un enriquecimiento, un empobrecimiento correlativo y una relación de causalidad, sino además que el enriquecimiento carezca de causa.

64.10.- A pesar de que algunos autores han denominado a esta institución "enriquecimiento injusto"; nosotros preferimos la expresión "sin causa" o "injustificado", pues el problema planteado no dice estricta relación con la equidad, sino con la falta de fuente de la obligación, con la falta de "causa eficiente". Por ejemplo, si el vendedor de un bien raíz lo vende a más del doble de su valor, ese acto será injusto y podrá rescindirse por lesión enorme según los artículos del 1828 al 1836 del Código Civil ecuatoriano; pero el comprador no podrá intentar la acción

por enriquecimiento injustificado, ya que el enriquecimiento del vendedor tiene causa eficiente, que es, precisamente, el contrato de compraventa.

64.11.- El requisito de la ausencia de causa es esencial para entender la institución en estudio, que se refiere, específicamente, a la "causa eficiente", esto es, la causa como la fuente de la obligación: contrato, delito, cuasidelito, o ley, en la acepción en que entendían esta palabra los romanos. No como causa final de la obligación, o causa objetiva, que es idéntica en un mismo tipo de contratos; tampoco como causa psicológica o causa subjetiva o causa del contrato, que tiene que ver con la noción dentro de los negocios jurídicos.

64.12.- El enriquecimiento tiene una causa legítima cuando su fuente es regular, bien sea ella un acto jurídico, un delito o cuasidelito, o una regla legal o consuetudinaria, y en el caso de tratarse de un acto jurídico, incluso es aceptable que dicho acto se haya celebrado entre el enriquecido y un tercero: cualesquiera que sean los contratantes, un acto jurídico válido justifica el enriquecimiento que él procura a alguna de las partes. En conclusión, el enriquecimiento injustificado o sin causa como fuente de las obligaciones es aquel que se genera sin causa jurídica y además sin infringir norma legal específica**.**

64.13.- Podemos concluir, que en el caso de la existencia de culpabilidad del empobrecido, habría una eximente de responsabilidad para el demandado o enriquecido. Esta circunstancia, tiene por lo tanto, un efecto liberatorio, que se expresa a través de la interrupción del nexo de causalidad. Por lo tanto es un requisito importante el que no exista responsabilidad o culpabilidad del empobrecido en la producción del enriquecimiento injustificado o sin causa, como elemento indispensable para que surta efecto la acción de *in rem verso* y su aplicación se haga de una manera más expedita.

64.14.- Para que una persona pueda demandar la restitución por enriquecimiento injustificado, es necesario que exista una falta de interés personal del empobrecido; es decir, por ejemplo, en el caso que un propietario construya en su propio interés un dique, que en definitiva proteja también a sus vecinos de una posible inundación;

o que un arrendatario introduzca mejoras en el inmueble arrendado, de las cuales espera obtener beneficio, ninguno de ellos podrá más tarde demandar en razón de su empobrecimiento a aquellos que también se enriquecieron por tales actos, puesto que éstos actos se realizaron en el interés del empobrecido y a su propio riesgo.

64.15.- La doctrina considera que otro elemento para que se configure la obligación por enriquecimiento injustificado o sin causa, es el de la inexistencia de otro medio de derecho o ausencia de cualquier otra acción expresamente concedida por la ley detenidamente para el efecto. De la misma manera al hablar de ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley, tanto la doctrina, como la jurisprudencia francesa y las legislaciones, italiana, peruana, mexicana, suiza, coinciden en darle a la acción "de in rem verso" el carácter de subsidiaria. No obstante, el término "subsidiaria", está incorrectamente empleado, en relación con el significado que se le atribuye, de todas maneras, se quiere expresar que para ejercer la *actio in rem verso* el demandante debe carecer de cualquier otra acción.

64.16.- El término "subsidiario", en cuanto se refiere a una circunstancia de que no exista otra acción que pueda usarse para resarcir el empobrecimiento, supone, necesariamente que no debe confundirse una acción de restitución de enriquecimiento, con otra posibilidad que otorgue el ordenamiento jurídico para proteger el patrimonio de un sujeto, frente al aprovechamiento del mismo por parte de otra persona. Como por ejemplo, que se pueda reclamar el exceso pagado por medio de la acción de lesión enorme, o que se pida la restitución de lo indebidamente pagado, o que las cosas se retrotraigan al momento de haberse producido un acto o contrato nulo, etc.

64.17.- Si bien es cierto que las teorías que le dan el carácter de autónoma a la acción de enriquecimiento injustificado, actualmente, están en su mayoría descartadas, no es menos cierto que algunas legislaciones, incluida la ecuatoriana, de alguna manera han acogido estas posiciones, en cuanto a que el Código de Comercio ecuatoriano se apartó de la doctrina dominante en lo que tiene que ver con la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado y ha adoptado la

posibilidad de que si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, aún conserva el acreedor la acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o la prescripción. Esta acción en derecho cambiario, tiene sus orígenes y motivos propios, específicamente en lo que se refiere a los títulos de crédito.

64.18.- Debemos manifestar también, que la acción cambiaria de enriquecimiento injusto está justificada sólo en cuanto no exista ninguna otra posibilidad de recuperar el crédito; por tanto, es necesario que la acción cambiaria se haya perdido contra todos los obligados y que no haya acción causal contra alguno de ellos. A esto añadimos, que el enriquecimiento habido del deudor cambiario debe haberse dado en daño del acreedor, por lo tanto requiere por una parte la demostración de un daño positivo sufrido por la falta de ejercicio del crédito cambiario, y por otra parte, una ventaja obtenida por el obligado contra el que se actúa.

64.19.- La llamada acción de enriquecimiento cambiario se erige, pues, como un *extremun remedium iuris* que el ordenamiento jurídico concede al tenedor legítimo de un título valor de contenido crediticio que ha sido recibido como pago de una obligación precedente y que, como efecto de la configuración de la prescripción o la caducidad de las acciones cambiarias, se ha visto privado no sólo de los recursos establecidos en las normas que gobiernan los instrumentos negociables, sino también de las acciones provenientes de la relación causal o fundamental que dio origen a la creación o transferencia del documento.

64.19.- La citada autonomía, de la acción de enriquecimiento cambiaria, es una característica propia únicamente de la acción de enriquecimiento sin causa cuando ella se funda en la caducidad o en la prescripción de la acción cambiaria de algún instrumento de contenido crediticio entregado como pago de una obligación preexistente, es decir, cuando es causal. Es así que, pese a que la prerrogativa contemplada en el inciso tercero del artículo 461 del Código de Comercio ecuatoriano, o en el inciso tercero del artículo 882 del Código de Comercio colombiano, encuentra sus raíces en el enriquecimiento sin causa común, lo cierto

es que la naturaleza del recurso judicial previsto en dicho precepto presenta una fisonomía propia que, en el caso de la particularizada exigencia, lo distancia ostensiblemente de la regla general con la que el ordenamiento jurídico disciplina la institución, la cual, es de carácter definitivamente subsidiario.

64.20.- Sobre la naturaleza de la acción de *in rem verso* o de restitución por enriquecimiento sin causa, concluimos que se trata de una acción personal y no real, y de ahí que sólo puede ejercerse contra el enriquecido o sus herederos, y no contra terceros poseedores de la ventaja o provecho que forma el contenido del enriquecimiento. Además, si existen varios enriquecidos la acción se dirige contra todos ellos por aquello en que se han enriquecido, es decir, por su parte o cuota en la que su patrimonio ha aumentado su valor pecuniario; por lo tanto, no existe solidaridad a este respecto, ni la insolvencia de un enriquecido grava a los demás. Por otro lado, tratándose de un enriquecimiento pecuniario valorable en dinero es una obligación totalmente divisible. A lo que añadiremos, que si con la misma prestación lucran varias personas y no puede determinarse en qué medida ha aprovechado la prestación a cada una de ellas, vendrán obligadas a restituir por partes iguales.

64.21 .- El elemento que supone que con el ejercicio de esta acción no deberá pretenderse soslayar una disposición imperativa de la ley, va más allá del tema de la acción, para nosotros, con esto se quiere significar que el remedio no tiene cabida cuando haya disposición legal que permita el enriquecimiento del demandado, como en los casos de prescripción adquisitiva o extintiva, de prohibición de repetir lo que se haya dado o pagado por objeto o causa ilícita a sabiendas y en algunos otros casos. Como podemos observar, este requisito es un elemento del derecho positivo y del principio de legalidad, diríamos también que tiene que ver inclusive con aspectos procesales. Así, las condiciones para el ejercicio de la acción, generalmente se entiende que son tres: la posibilidad jurídica, el interés y la legitimidad, todas las cuales se insertan en el principio de que no pueden violar disposiciones legales imperativas.

64. 22.- Todos estos elementos que deben concurrir para que se pueda ejercer la acción de enriquecimiento injustificado o sin causa, afirman una vez más que las condiciones a que está sometida ésta figura son realmente severas. Sin embargo, esta severidad está justificada en la necesidad de defender la técnica jurídica, que de otra forma resultaría trastornada por el ejercicio arbitrario que se le podría dar a ésta acción, sobre todo en los ordenamientos jurídicos, que como el ecuatoriano, no reconocen, legal y explícitamente esta institución del enriquecimiento injustificado.

65.- Del trabajo realizado se concluye que la acción de enriquecimiento puede confluir con la acción de daños en un mismo caso; de esta manera, si por virtud de un acto ilícito, por ejemplo, del consumo o enajenación culposos de una cosa ajena, se produce un perjuicio, por el que se enriquece otra persona, concurrirán dos acciones: la de daños y perjuicios y la de enriquecimiento y cumplida que sea una de ellas se extinguirá la otra, en aquello en que no exceda del volumen de la cumplida. De lo dicho se colige, que si una de estas acciones se ha cumplido, en otras palabras, se ha hecho efectiva y se ha pagado, se extinguirá la otra, en el *quantum* en que no exceda el total de la cumplida, lo que significa que quedará subsistente en la cantidad en que no se ha devuelto, ya sea la indemnización por daños o la restitución del enriquecimiento injustificado, según se haya ejercido ésta o aquélla primero. Esto se debe a que la acción de enriquecimiento injustificado tiene un fin restitutorio, mientras que la acción de daños tiene una finalidad resarcitoria; es decir, difieren en sus objetivos principales, y por lo tanto, en estricto sentido se deberán aplicar la una o la otra para reclamar ya sea la restitución del enriquecimiento o la reparación del daño.

66.- Del análisis comparativo realizado entre la acción de daños y la acción de enriquecimiento injustificado o sin causa, hemos determinado 5 diferencias esenciales, las cuales son:

66.1.- La acción por daños se orienta siempre al agente provocador, y son indispensables los conceptos de culpa e imputabilidad para determinar el deber de indemnizar. Mientras que la acción de enriquecimiento se encamina siempre contra el enriquecido sin causa, prescindiendo en absoluto de las nociones de culpa e imputabilidad y dejando en la penumbra al agente provocador de la atribución patrimonial.

66.2.- La acción por daños necesita fijar la relación de causa a efecto entre el agente provocador y el daño. La acción por enriquecimiento fija dicha correlación entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido.

66.3.- En la acción de daños, la reparación se extiende a la totalidad del daño causado, sin limitación de derecho, salvo algunas excepciones legales. Por su parte, en la acción de enriquecimiento injustificado o sin causa, la restitución tiene su objeto y su medida, salvo desviaciones concretas, en la cuantía del empobrecimiento, y bajo ciertas condiciones en la cuantía del enriquecimiento.

66.4.- La acción de daños va dirigida a conseguir que el perjudicado reclame el resarcimiento de los daños causados en su patrimonio, tanto el daño emergente como el lucro cesante; es decir, el daño real, actual, efectivo; en otras palabras, la liquidación del *quantum* indemnizatorio en dinero tiende a restablecer el *equilibrio patrimonial* roto en razón del perjuicio causado; por lo tanto busca su indemnización. Por otro lado, el enriquecimiento puede producirse por un aumento del patrimonio o un lucro emergente (*lucrum emergens*), o por una "no disminución" del patrimonio, o un daño cesante (*damnum cessans*); por lo tanto, significa que la acción de enriquecimiento injustificado busca el restablecimiento patrimonial tanto del patrimonio del empobrecido, como del enriquecido injustificadamente, es decir, busca su restitución.

66.5.- La acción por daños nace normalmente de un hecho jurídico lícito, si bien puede nacer también de un acto ilícito. El daño se puede producir por acción o por omisión. Mientras que en la acción por enriquecimiento sin causa, como en el enriquecimiento es secundario el agente provocador, surge sólo positivamente por desplazamiento de valor de un patrimonio a otro. El hecho del enriquecimiento es independiente de los actos de la persona favorecida.

67.- Del análisis de Derecho comparado que realizamos en este trabajo académico, pudimos determinar que en el *common law*, el derecho de obligaciones ha sido tradicionalmente dividido en contratos, ilícitos y restitución. Sin embargo, la doctrina más lúcida ha reparado que esta última categoría no está en el mismo nivel analítico que las dos primeras, porque mientras el contrato y el ilícito son reconocidas como fuente de obligaciones, la restitución

es un remedio que tiene por antecedente un hecho jurídico, de entidad funcional semejante al contrato y al ilícito, como es el enriquecimiento sin causa. Así, se propone, con razón, que las obligaciones sean clasificadas de acuerdo a su fuente en derivadas de contrato, de hecho ilícito, de enriquecimiento injustificado y de otras fuentes. A la inversa, en la propia tradición del derecho civil ha faltado una mirada de conjunto de las diversas obligaciones restitutorias, lo que ha impedido verlas como concreciones típicas y diferenciadas, pero que responden a un principio común de enriquecimiento injustificado

68.- En el Derecho alemán, se ha refinado y determinado el amplio principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro sin causa jurídica que lo justifique y ha establecido que se configure esta institución del enriquecimiento injustificado solamente en cuatro situaciones particulares en las que el enriquecimiento se produzca. Estos cuatro casos son las mismas *condictios* romanas, es decir: *condictio indebiti*, *condictio ob causam doratum*, *condictio ex causa finita* y *condictio sine causa.*

69.- Para el *common law*, especialmente visible en el Derecho inglés, al contrario del Derecho alemán no, se ha refinado el principio del enriquecimiento sin causa, sino que se han establecido algunas distinciones o clasificaciones, por ejemplo, se hace una distinción fundamental entre el enriquecimiento por injurias o daños (*enrichment by wrongs*), donde el demandado se ha enriquecido cometiendo injuria o daño en contra del demandante, y el enriquecimiento "por sustracción" (*enrichment by subtraction)*, en donde el demandante ha perdido lo que el demandado ha ganado.

70.- De lo analizado, pudimos observar que la consideración sobre el enriquecimiento injustificado hecha por el Derecho alemán es objetiva, mientras que la concepción del Derecho inglés es, mayoritariamente, subjetiva.

71.- Del estudio realizado concluimos que, el sistema de remedios y acciones en nuestra tradición jurídica tiende a relativizar la clásica distinción del análisis económico del derecho entre protección de derechos de propiedad, en que el titular puede recuperar su derecho respecto de cualquier tercero que lo discuta, y reglas de responsabilidad, en que el titular se debe conformar con una reparación en dinero; es por eso que las acciones que persiguen la reparación del daño son más generales que las acciones restitutorias de

beneficios. Y por éstas razones, aunque el principio de enriquecimiento injustificado se encuentre en un nivel funcional equivalente al contrato y al ilícito civil, éste se ha demorado mucho en adquirir la configuración dogmática general, pero a la vez compleja y diferenciada, que ha caracterizado tanto al contrato como al ilícito civil como fuentes de obligaciones.

72.- Concluimos también que si bien es cierto, existe un principio general que supone que nadie debe enriquecerse a costa de otro, que por cierto, comparten los diversos sistemas jurídicos, es preciso que se determinen sus casos específicos de aplicación, porque el problema de la aplicación del principio general radica en el espacio de actuación que tiene el juzgador para decidir si aplica o no aplica un principio universal en un caso específico. Por lo tanto, creo conveniente hacer uso de un sistema *numerus clausus*, que establezca los casos específicos de enriquecimiento sin causa, que vayan precedidos del principio general que supone esta fuente de las obligaciones.

73.- En el sistema del *common law*, el término "enriquecimiento injustificado" ha sido equiparado a la doctrina de la restitución; cabe recalcar que esta asimilación es errónea, ya que la restitución (*restitution*) supone solamente la devolución de las ganancias de la parte demandada, aún cuando no haya existido pérdida patrimonial directa de la parte demandante. La confusión en la delimitación del principio del enriquecimiento injustificado es todavía más evidente en este sistema jurídico, cuando algunos siguen denominando "*unjust enrichment*" (enriquecimiento injusto) a la doctrina, aun cuando se ha propuesto una mejor denominación como es la de: "*unjustifiable enrichment*" (enriquecimiento injustificable). Además, la confusión terminológica no se confina solamente a la *Commonwealth* sino que se extiende a las Cortes estadounidenses, de tal manera que, según vimos en nuestro trabajo, en algunos casos resueltos se demuestra como un error en distinguir entre denominaciones puede indicar una equivocación en distinguir entre principios subyacentes, y por lo tanto, en último término, decidir en contra de los principios elementales del Derecho.

74.- A diferencia de la situación del enriquecimiento injustificado en el sistema del *common law*, el Código Civil alemán ha propuesto un trabajo altamente elaborado, técnico, detallado

y que ha establecido las limitaciones y las circunstancias que deberán producirse para la aplicación de la teoría del enriquecimiento injustificado como fuente autónoma de obligaciones, siendo un ejemplo a ser emulado por los ordenamientos jurídicos que deseen adoptar esta figura jurídica de manera expresa en sus leyes.

75.- En otros países el desarrollo de un concepto unificado sobre el tema del enriquecimiento injustificado y las delimitaciones para su aplicación ha sido dejado a un trabajo desorganizado que se ha hecho a través de los casos resueltos por las Cortes y Tribunales. Así por ejemplo, las Cortes francesas, sobre todo la Corte de Casación (*Cour de Cassation*), ha tomado las escasos y diseminados principios del enriquecimiento injustificado que existen en su Código Civil, como las acciones de construcción en terreno ajeno y reivindicación, y han propuesto un remedio general en la acción de *in rem verso*, y al mismo tiempo han establecido sus límites al determinar en qué situaciones se pueden invocar.

76.- En conclusión, la principal controversia sobre el campo de acción de la institución que ocupa nuestro estudio, radica, precisamente, en determinar el campo de acción del enriquecimiento injustificado frente a otras áreas del derecho de las obligaciones, así como sobre temas de derecho de daños y derechos de propiedad.

77.- De lo estudiado y analizado, en cuanto al Derecho comparado en relación con la figura del enriquecimiento injustificado, relacionado a la solución que se da sobre el monto de la restitución, la respuesta parece ser dual, eso es así, si consideramos por un lado la respuesta que dan los tratadistas y jurisprudencia del sistema del *common law* y por otro lado la solución que dan los tratadistas y la jurisprudencia del sistema civil de tradición escrita romana. Consecuentemente, para el *common law*, lo que las reparaciones basadas en el enriquecimiento injustificado tienen en común es que buscan la reparación por parte del demandado de la parte o la cantidad (*quantum*) en que se ha enriquecido, en lugar de la cantidad que el demandante pudo haber perdido, y esa es la opinión de la mayoría de tratadistas, así como de la jurisprudencia. Mientras que la respuesta del sistema civil romanista implica lo contrario, es decir, la restitución deberá darse, en general, en la cuantía o *quantum* del empobrecimiento; viceversa, en principio, no debería ser posible.

78.- Del análisis jurisprudencial realizado, en el caso en que la Corte Suprema de Justicia del Ecuador aplica la teoría del enriquecimiento injustificado para resolver un litigio de carácter contractual, en el que en un contrato bilateral, sinalagmático, las dos partes se encontraban en mora, por lo que se aplicaba el principio de que "la mora purga la mora", creando una situación de aparente imposibilidad de resolución utilizando teoría contractual, podemos concluir lo siguiente: La acción de enriquecimiento injustificado o de restitución por enriquecimiento injustificado (*actio in rem verso*), obtiene el carácter de una acción principal y directa, en el momento en que no exista otra acción que pueda usarse. Así, en este caso, cuando existiendo un contrato, se ha propuesto la excepción de que "la mora purga la mora", y por lo tanto, no pudiendo ninguna parte reclamar la resolución del contrato más daños y perjuicios o el cumplimiento más daños y perjuicios, el Juzgador, para evitar que una parte se enriquezca injustificadamente a costa de la otra, invocando el principio *iura novit curia*, procede a aplicar la teoría del enriquecimiento injustificado para solucionarlo, invocándola (*actio in rem verso*) como un principio universal del derecho, de general aplicación, y como un principio de equidad.

79.- Además, la acción de enriquecimiento injustificado es una acción que puede aplicarse de manera directa cuando no exista otra acción para solucionar una situación litigiosa de derecho que suponga una transferencia injustificada de un patrimonio hacia otro. Queda corroborado que la calidad de subsidiaria de la acción, no se deberá entender como accesoria y peor aún como alterna, sino como una posibilidad más que brinda el Derecho para resolver casos específicos que no sean resueltos por otras categorizaciones jurídicas (como la acción de daños o la acción de lesión enorme, la reivindicación, etc.).

80.- Se concluye, además, que debido a que la acción *in rem verso* carece de prescripción especial, por no estar recogida positivamente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se deberán aplicar las reglas generales sobre la prescripción de las acciones judiciales, contenidas en el artículo 2415 del Código Civil ecuatoriano, es decir, 10 años, por tratarse de acción ordinaria. Además el uso de esta acción de enriquecimiento sin causa, es que el afectado encuentra la vía expedita para la invocación de elementales y básicos principios de reparación del desequilibrio que produce una relación anómala y que lesiona la confianza y

buena fe de las personas, de cuya sumatoria o falta se tienen como resultado el vivir de una sociedad de confianza o de descrédito.

81.- En el *common* law, otras formas distintas para cuantificar los daños pueden ser sugeridas en ciertos casos, por ejemplo, para ver si una parte contractual tiene el derecho contra la otra parte que no ha cumplido el contrato, a una concesión de dinero que represente la ganancia del moroso por el incumplimiento del contrato, deberíamos hacernos una pregunta acerca del alcance del Derecho de daños por el incumplimiento contractual, aunque algunos describirían esto como "restitución de daños" (*restitutionary damages*), podría significar también un caso de enriquecimiento injustificado, si es que además de la ganancia que obtiene el moroso, se produce correlativamente una pérdida patrimonial del cumplido.

82.- Además podemos concluir que, dentro de los contratos, inclusive a los efectos a la culminación de los mismos, el principio del enriquecimiento injustificado corrige las imperfecciones que se puedan presentar, quedando claro que el principio ha generado obligaciones de manera autónoma y que no son derivadas del contrato, sino del principio general que prohibe el enriquecimiento injustificado a costa de otro, tal como también sucedió en el caso en que no se podía pedir la resolución del contrato bilateral, conmutativo, sinalgamátivo, precisamente porque las dos parte estaban en mora; también como en el caso de que no se haya establecido una cláusula *rebus sic stantibus* en el contrato y las situaciones hayan cambiado y permitan una desequilibrio obligacional. Es decir, en estos casos, la teoría del enriqucimiento injustificado, se ha aplicado para resolver, en base a la equidad y a la justicia, cuando no existe otro mécanismo legal que permita resolver esos conflictos.

83.- Cuando una persona obtiene o recibe bienes patrimoniales procedentes de la invasión de un derecho ajeno, aunque tal invasión no sea culposa, siempre que el derecho invadido pertenezca al campo de los que otorgan un contenido atributivo (v. gr. Derechos absolutos) existe una obligación de restituir, cuyo régimen jurídico y estudio no pertenecen al Derecho de daños, sino al Derecho de enriquecimiento.

84.- Cuando una persona viola el derecho de otra, por ejemplo, usurpando su tierra o violando sus derechos de propiedad intelectual, la pregunta sería cómo categorizar las acciones de resarcimiento. En el Derecho alemán, depende de que el uso o abuso de la propiedad de otro se haya cometido con dolo o culpa. Si se cometió con dolo o culpa, entonces se puede presentar responsabilidad delictual. Si no hay dolo o culpa, no hay responsabilidad en daños, pero puede todavía haber responsabilidad como consecuencia del enriquecimiento injustificado.

85.- Otra de las conclusiones a las que hemos llegado es que, si partimos de la opinión de que el enriquecimiento obtenido debe permanecer, como principio, en el patrimonio en el que se produce, toda obligación restitutoria necesita apoyarse en una justificación que la haga preferible a la seguridad jurídica que dicha permanencia proporciona. Es por eso que, una de las poderosas razones que pueden obligar a la restitución del enriquecimiento es que éste haya sido obtenido por intromisión en la esfera jurídico-patrimonial ajena.

86.- Adicionalmente, es importante señalar que, las hipótesis de enriquecimiento que dan lugar a acciones restitutorias de beneficios son independientes del incumplimiento de un contrato y de los ilícitos extracontractuales; también se diferencian de las acciones indemnizatorias provenientes de esos ilícitos en que su medida es el beneficio y no el daño. Sin embargo, nada obsta para que un mismo hecho dé lugar a acciones restitutorias e indemnizatorias. El supuesto de esta hipótesis de concurso es que el hecho dé lugar a daño patrimonial a una persona (reparación indemnizatoria) y a enriquecimiento correlativo de otra (restitución de beneficios).

87.- Otra conclusión a la que hemos llegado, en el caso del enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno, la cuestión central, en este tipo de casos, que concierne al derecho de enriquecimiento no es ya la existencia de un desplazamiento patrimonial sin causa jurídica que lo justifique, sino que el enriquecimiento haya sido obtenido mediante una acción antijurídica. El fundamento de toda *condictio*, sea cual fuere la fuente del enriquecimiento: prestación, intromisión, mejoras u otras, es siempre la *antijuridicidad* de la intromisión. Por lo tanto, según esta nueva tendencia o variación de la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa, deja de lado el requisito indispensable en principio, que es el

empobrecimiento de una parte, sino que lo que interesa es el enriquecimiento que se haya obtenido a costa del que demanda la restitución por enriquecimiento por intromisión en su derecho.

88.- Además, concluimos que, quien obtiene beneficios a través de una acción antijurídica no merece que su interés sea protegido al retenerlos, con independencia de que conociera la antijuridicidad de su conducta, es decir, exista dolo; o debiera haberla conocido (culpa); o actuase irreprochablemente. Es decir, la culpa no es un requisito necesario para el nacimiento de la obligación de restituir el enriquecimiento, ya que ésta obligación no depende del juicio de disvalor de la conducta sino sólo de la violación objetiva de una norma jurídica. Es por eso que, la restitución del enriquecimiento no debe ser entendida como medida de carácter punitivo, sino simplemente como la consecuencia de la prohibición de hacer ganancia a través de un patrimonio ajeno.

89.- Otra conclusión a la que hemos llegado tiene que ver con la medida que deberá pagarse la restitución cuando ha existido mala fe por parte del enriquecido injustificadamente. Para esto entendemos que la buena fe desaparece desde el momento en que el enriquecido conoce del enriquecimiento sin causa; generalmente ese conocimiento deviene cuando es citado con la demanda y a partir de dicho momento si no restituye inmediatamente, incurre en mora. A esta posibilidad debemos añadir que, además, la mala fe puede determinarse o probarse en el juicio, inclusive desde el momento del desplazamiento patrimonial, o posterior a este. Por consiguiente, se deduce que el demandado deberá pagar, cuando se trate de sumas de dinero, los intereses corrientes. En otros casos se hará responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa, es decir, se aplicarán las disposiciones establecidas en el artículo 1688 del Código Civil ecuatoriano.

90.- Cuando ha existido mala fe del enriquecido, el enriquecimiento sin causa se convierte en un hecho ilícito y se pierde la independencia que tiene la acción de restitución de la pretensión por daños y perjuicios. Esto es fácil de comprender, ya que al momento de que se conozca que se está enriqueciendo a costa del patrimonio de otro y la actuación sigue en el mismo sentido, entonces se está incurriendo en un acto doloso que supone aprovecharse del otro y causarle un daño.

91.- El enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno, parte de la idea de que todo derecho absoluto concede a su titular los rendimientos derivados del goce, disfrute o disposición del mismo, lo cual conduce al reconocimiento de pretensiones de enriquecimiento injustificado siempre que un tercero no legitimado se haga con ellos con independencia de que el titular hubiera podido, por sí obtenerlos.

92.- Dentro de una línea de objetivación general del sistema de responsabilidad patrimonial, defiende que la raíz de las pretensiones por enriquecimiento injustificado no debe buscarse en la idea de sustracción del beneficio como reacción de castigo contra acciones ilegítimas, sino en la efectiva finalidad del derecho usurpado de asignar determinados bienes y provechos a su titular. Esta finalidad atributiva del derecho usurpado es la clave de la "no justificación" del enriquecimiento y el principio orgánico fundamentador de las pretensiones de enriquecimiento por intromisión.

93.- En cuanto tiene que ver del análisis comparativo que se realizó entre el enriquecimiento sin causa y los daños punitivos, el principal problema es que podrían confundirse erróneamente. Para diferenciarlos debemos entender que los daños punitivos, como sabemos, son montos de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. Por otro lado, la acción de enriquecimiento injustificado se ejerce para pedir la restitución del *quantum* del empobrecimiento que ha sufrido una persona, por un enriquecimiento sin causa correlativo de otra. Es decir, la diferencia principal radica en que, la función del primero es ejemplarizante y preventiva, mientras que del segundo es de equidad, de no permitir que alguien se enriquezca en detrimento de otra. Asimismo, en el caso de la restitución de beneficios por intromisión en derecho ajeno, sólo debe admitirse en aquellos supuestos de lesión de derechos subjetivos a los que se pueda reconocer un contenido de atribución

94.- Los daños punitivos, en los ordenamientos jurídicos de tradición civil escrita, como el ecuatoriano, no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone, en un proceso civil y al causante doloso o gravemente negligente de un daño, por un importe varias, a veces, muchas veces superior al de la indemnización puramente compensatoria;

por lo que, para parte de la doctrina, así como cierta jurisprudencia, como la francesa, esta sanción económica podría constituir un enriquecimiento injustificado en beneficio del indemnizado, ya que la gravedad de la culpa no puede justificar una condenación superior al valor del daño.

95.- Concluimos también que, en los casos en que la intención del legislador sea la de prevenir el enriquecimiento injustificado, no se debería dar a la restitución por enriquecimiento, la denominación de recargo, multa, sanción, o de indemnización, a riesgo de confundirla con los daños punitivos, que tienen una función distinta a la de equidad, y que lo que busca es sancionar al agente provocador del daño, provocando un efecto ejemplarizante y preventivo sobre otros posibles casos que podrían presentarse a futuro.

96.- No podemos dejar de mencionar que, cuando hablamos de daños punitivos y de enriquecimiento injustificado se trata de dos figuras jurídicas que pueden actuar complementariamente, el uso de la una no implica el desuso de la otra; es decir, no son mutuamente excluyentes, esto se debe, sobre todo, a sus funciones u objetivos principales. No obstante, el uso de la acción de enriquecimiento injustificado encaja mucho mejor en nuestro ordenamiento jurídico, así como de otros de tradición escrita; en cambio la aplicación de los *punitive damages* puede ser controversial, incluso en los países de derecho anglosajón en donde es más generalizado su uso.

97.- Otra conclusión que debemos anotar, para no confundir el enriquecimiento injustificado con los daños punitivos, tiene que ver con que éstos últimos deben distinguirse, a su vez, de otras dos figuras del *common law* como son:

> 1) Los "daños restitutorios" o *restitutionary damages (restitution for a wrong);* y dentro de ésta categoría existen dos tipos de daños resarcitorios: a) *autonomous (by subtraction)*; y, b) *Dependent (by wrongdoing)*. En otras palabras, el resarcimiento de ganancias generadas por sustracción y el resarcimiento de ganancias derivadas por daños. En el primer caso, no es precisa la comisión de ningún ilícito y la acción se concede en la medida del empobrecimiento y dentro de los límites del enriquecimiento; en el segundo, el demandado ha cometido un ilícito y se trata de evitar que haga suyas las ganancias obtenidas con ello: la restitución es sólo uno de

los remedios posibles. El objeto de los *restitutionary damages* son las ganancias: excluyen la indemnización compensatoria y, a diferencia de los *Punitive damages*, no se conceden si no hubo beneficio.

2.- Los "daños agravados" o *agraveted damages*, que son los que sirven para compensar a la víctima de la angustia mental (*mental distress*) originada por las circunstancias en que fue causado el daño o por el comportamiento subsiguiente del dañador. En otras palabras, esto está muy relacionado con el daño moral, que tiene que ver con las afecciones psíquicas o psicológicas y con lo que expresa, incluso, el artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano en su último inciso.

98.- En la doctrina especializada existe la correcta concepción sobre la total identificación entre la teoría del enriquecimiento injustificado y la figura conocida como pago de lo no debido. Es así que, los presupuestos que son esenciales a la teoría general del enriquecimiento sin causa, no varían en la modalidad especial de esta figura conocida bajo la denominación de pago de lo no debido, si bien en esta particular manifestación del enriquecimiento torticero el error de quien hace el pago resulta ser un elemento indispensable y diferenciador. Consecuentemente, el pago de lo indebido se constituye como una especie de enriquecimiento sin causa y se presenta cuando, sin haber relación jurídica entre dos personas, una de ellas entrega una cosa a la otra con el propósito de cumplir con una supuesta obligación; si ésta no existe, no tendrá razón de ser la entrega, por lo que debe ser restituida por medio de una acción de repetición de lo pagado. No obstante, es acertado concluir que el pago de lo no debido, con mucho de aplicación del enriquecimiento sin causa, es una institución autónoma.

99.- Se ha llegado a la conclusión que, "el pago de lo indebido", como fuente autónoma de las obligaciones, según nuestro Código Civil, se constituye en una especie del principio de enriquecimiento sin causa, pero no desestimemos que aquel tiene características propias, las que se traducen en que, mientras que para que se actualice el enriquecimiento injustificado no debe existir una causa jurídica que justifique el desplazamiento patrimonial; por su parte, atento al principio de que el provecho obtenido por las partes no puede autorizar a ninguna de ellas a quejarse de haber enriquecido a la otra por un acto de su libre y

espontánea determinación, el pago de lo indebido descansa en la existencia de una obligación o causa, y en un error de hecho o de derecho sobre el incumplimiento de dicha obligación, quedando comprendido dentro de dicho concepto, además del de ausencia de la deuda, el de la obligación extinguida y el del débito ilícito.

100.- Hemos establecido, además, que el pago de lo no debido, como su nombre lo indica, radica precisamente en el error en el pago, pero de una obligación que se cree existente, o error en el pago de una obligación que le correspondía pagar a un deudor distinto, pero siempre se considera que existió una obligación previa al pago, por esta razón existe la acción de repetición frente al verdadero deudor o frente al que se pagó erróneamente; mientras que la figura del enriquecimiento injustificado genera obligaciones autónomas, que se originan por una falta de causa en el enriquecimiento de un patrimonio en detrimento de otro, lo que genera un acción de restitución del enriquecimiento injustificado o sin causa, es decir, no precisamente existió un pago que generó la obligación, ni siquiera se toma en cuenta el factor error dentro de esta figura.

101.- Por consiguiente, firmes en nuestra postura, y en base al estudio realizado, incluso histórico de las *condictios*, y del análisis doctrinario especializado moderno, podemos concluir que la noción de que "nadie puede enriquecerse injustificadamente a expensas de otro", y los elementos fundamentales de la teoría del enriquecimiento sin causa o injustificado se aplican a la figura del pago de lo no debido; es más, se lo reconoce como una especie del mismo, no descartando su utilización, por motivos de practicidad, como una fuente autónoma de las obligaciones, aunque su tratamiento como cuasicontrato, como hemos repetido, es incorrecto.

102.- En base al estudio realizado, concluimos que la naturaleza jurídica de la gestión de negocios es de carácter complejo, ya que viene del resultado de la unión de una declaración unilateral de la voluntad de parte del gestor, es decir, este último se "auto-obliga", y de un enriquecimiento sin causa por parte del dueño del negocio. El enriquecimiento consistiría por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiera debido pagar el interesado, en obtener el beneficio que procura la gestión de los negocios del dueño del negocio, por parte del deudor, los cuales no hubiera percibido de no haber

sido atendidos por el gestor; en consecuencia, la obligación del dueño del negocio consistiría en restituirle el detrimento económico que sufrió por llevar a buen fin sus negocios.

103.- En cuanto al análisis comparativo entre la figura de la gestión de negocios y el enriquecimiento injustificado, podemos concluir que, no debe confundirse a la gestión de negocios como una causa eficiente, es decir, como fuente autónoma de las obligaciones para el dueño del negocio; en otras palabras, lo que interesa para determinar un enriquecimiento injustificado es la falta de una causa jurídica, ya que el hecho de que exista una gestión de negocios no significa que exista una justificante del enriquecimiento. En este sentido, es obvio que el desplazamiento patrimonial es producto de un hecho del hombre, no puede ser consecuencia de nada, pero tal hecho no puede ser considerado como el fundamento jurídico necesario para justificar un desplazamiento patrimonial o un enriquecimiento indebido.

104.- Además, concluimos, recalcando que las obligaciones para el dueño del negocio, en el caso de la gestión de negocios, están relacionadas con el principio del enriquecimiento injustificado sólo si reúnen los requisitos establecidos para el mismo. Claro está que esta posibilidad depende de la consideración de la utilidad, ya sea al momento de realizarse la gestión o si esta utilidad ha perdurado y ha enriquecido realmente al dueño del negocio. En todo caso, el dueño del negocio no deberá enriquecerse torticeramente a costa de otro.

105.- Del análisis que realizamos cuando tratamos la figura de las obligaciones naturales y su relación con la institución del enriquecimiento injustificado o sin causa, se concluye que, se justifica y es normal el hecho de que el legislador no dé valor al pago de una obligación extinguida, por carecer de causa o fundamento, y por importar un enriquecimiento injusto respecto de quien lo recibió y un empobrecimiento injusto respecto de quien lo hace; sin embargo, no es menos efectivo que hay obligaciones que siendo ineficaces civilmente, su pago se justifica por razones de moral y porque no envuelve un enriquecimiento injusto. Entre estas últimas obligaciones están las naturales. Por consiguiente, está claro que una obligación natural, es una obligación jurídica sin acción pero con excepción, y que a pesar de no ser eficaces civilmente, su pago se justifica por razones de moral y de justicia, y es

por esa razón que no se subsumen dentro la teoría del enriquecimiento injustificado; es más, las obligaciones naturales en el derecho moderno reposan sobre un criterio estrictamente ético y que se explican por la sanción jurídica de ciertos deberes morales que el legislador no ha querido asimilar completamente a las obligaciones civiles provistas de fuerza coactiva

106.- De lo dicho se concluye que, las obligaciones que no pueden exigirse, pero cuyo pago se justifica por tener causa y no producir un enriquecimiento injustificado, son las obligaciones naturales, por lo tanto, no deberán, nunca, en ningún caso, bajo ninguna circunstancia, confundirse la una por la otra.

107.- El caso de la promesa de compraventa de bien raíz otorgada por instrumento privado es de gran discusión dentro de nuestro ordenamiento jurídico, así como dentro de la jurisprudencia y la academia; para muchos, este negocio jurídico es nulo absolutamente, para otros es inexistente, aunque nuestra legislación no reconozca esta figura de la inexistencia; y para otros es una obligación natural, como revisamos esta última es una concepción equivocada. Sin embargo todavía no existe una respuesta absoluta que nos indique cuál es la mejor solución para este caso, todavía no hay acuerdo general sobre el mismo.

108.- Sobre el tema de la promesa de compraventa de bien raíz otorgada por instrumento privado, parte mayoritaria de la doctrina ha calificando de inexistente a esta figura y al mismo tiempo no la califican como una obligación natural, ni como un acto nulo absolutamente. En este sentido con relación al artículo 1486 numeral 3 del Código Civil ecuatoriano, que se refiere a las obligaciones naturales que proceden de actos a los que les falta las solemnidades que la ley exige para que surtan efectos civiles, y que ha sido usado erróneamente para resolver algunos fallos por parte de ciertas Salas de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador para referirse al caso de la escritura de promesa de compraventa de bien raíz otorgada por instrumento privado; luego del análisis respectivo que se ha realizado en este tratado jurídico, en base a la doctrina, se ha llegado a la conclusión que en esta situación específica se trataría de un caso de inexistencia del acto jurídico por falta absoluta de la forma solemne, no se trata de una nulidad absoluta; de lo que se colige que

un acto inexistente no puede producir obligaciones civiles ni naturales. Por consiguiente, si, por ejemplo, el vendedor del inmueble se allana voluntariamente a otorgar la escritura omitida para que sea registrada, al hacerlo celebra un acto antes inexistente y que genera obligaciones que tampoco existían judicialmente, ni si quiera como naturales.

108.- Dentro de otro razonamiento, se concluye que la promesa compraventa de bien raíz otorgada por escritura privada no engendra obligaciones naturales, no por ser ella un acto bilateral, sino porque una de las obligaciones fundamentales que crea no puede pagarse legalmente. Además, admitir el contrato como elemento generador de obligaciones naturales, significa admitir la creación de una situación inicua irremediable cuando uno de los contratantes, después de recibir lo suyo, se niega a pagarle al otro lo que a su vez le debe: el que cumplió con lealtad no podría ni pedir la devolución de lo pagado, porque pagó una obligación natural, ni constreñir al recalcitrante a que cumpla por su parte (otorgar la escritura), porque la obligación de éste también es natural, por definición, no puede exigirse su cumplimiento.

109.- Es de la esencia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos el nacimiento concomitante de dos obligaciones correspondientes hasta tal punto que no se concibe la una sin la otra; por lo tanto, no cabe la posibilidad de que se cumpla la una obligaciones sin que deba también cumplirse la otra; de hecho, si una de las obligaciones se cumple y la otra no, la primera se queda huérfana de causa y, en consecuencia, produciría un enriquecimiento sin causa, lo cual en ningún caso es aceptado por el ordenamiento jurídico. Por lo mismo, los contratos bilaterales no generan obligación natural. Distinto es el caso de los contratos unilaterales, en los cuales bien puede cumplirse voluntariamente por la persona que tiene la libre administración de sus bienes aunque la obligación sea meramente natural, cual es el caso de los contratos de donación gratuita en que no se ha realizado la insinuación dispuesta por la ley.

110.- Dentro de la jurisprudencia ecuatoriana, la corriente con mayor fuerza en cuanto tiene que ver con la postura frente a la situación jurídica que debe otorgarse a la promesa de compraventa de bien raíz otorgada por instrumento privado, es que ésta se constituye en un acto nulo, de nulidad absoluta, y no lo consideran como inexistente, ya que reconocen que

nuestra legislación no contempla la figura de la inexistencia jurídica, por lo tanto han decidido aplicar la teoría de la nulidad absoluta a esta clase de negocios.

111.- En fin de cuentas, los casos relativos con una promesa de compraventa de bien raíz otorgada por instrumento privado, no tienen una solución legal establecida específicamente para el efecto; es así que, tomando en cuenta esta circunstancia legal, por no existir ley expresa sobre la situación en cuestión, sino que representa un vacío una laguna legal, la Corte Suprema de Justicia ha concluido, como solución, que en estos casos se deberá aplicar, ya sea la analogía, pero sobre todo los principios de equidad, ya que con arreglo a ellos se impone la devolución de lo pagado, porque los deberes recíprocos se desvanecen cuando no son cumplidos por ambas partes, y porque nadie puede aprovecharse de su propio dolo. Y por lo tanto, se ha aplicado la teoría del enriquecimiento sin causa.

112.- Tomando en cuenta lo anotado en la anterior conclusión, podemos decir que la Corte Suprema se ha equivocado de nuevo al usar conjuntamente la acción de nulidad absoluta con la aplicación de la acción de restitutición por enriquecimiento injustificado o sin causa. Por lo tanto, debemos aclara que a pesar de que la acción de repetición se asemeja a la nulidad en cuanto queda sin efecto el pago efectuado, pero la primera ataca el acto mismo, mientras la repetición da origen a la obligación de restitución. Es así que, la nulidad de la obligación excluye la repetición; por el efecto retroactivo de la nulidad judicialmente declarada quien cumplió la obligación posteriormente anulada pagó lo que no debía, pero su restitución se gobierna por las reglas de la nulidad y no del pago indebido y peor aún del enriquecimiento sin causa.

113.- De lo analizado en el último acápite del último capítulo de este libro, sobre el caso muy discutido acerca de la promesa de compraventa de bien raíz otorgada por instrumento privado, en cuanto tiene que ver con la verdadera naturaleza jurídica de la acción que debería ejercerse en el caso que se quisiera reclamar la devolución del pago del precio o dinero entregado al promitente vendedor, según hemos podido determinar, concluimos lo siguiente: Que si por un lado se la cataloga como un acto nulo, de nulidad absoluta, deberían las cosas retrotraerse al momento de haberse producido la nulidad; y si se pagó luego de declarada la nulidad de la obligación, entonces cabe la acción de repetición por

pago de lo no debido; caso contrario, lo correcto es aplicar la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa, es decir, la acción de restitución o de *in rem verso*, que es la más correcta en estricto sentido en la mayoría de los casos como éstos, tal como se presentan a la justicia, y es así, tanto doctrinariamente como teóricamente, tomando en consideración lo manifiesta la ley, el artículo 1718 del Código Civil ecuatoriano, que sostiene que ese acto (la promesa de compraventa de bien raíz otorgada sin escritura pública) se mirará como no ejecutado o celebrado, por lo tanto no surte efectos jurídicos, para que de esa manera se pueda aplicar el principio de que "nadie puede enriquecerse sin causa jurídica justificante en detrimento de otro", y se le devuelva al promitente comprador, el *quantum* de su empobrecimiento y relativo enriquecimiento que sin causa ha obtenido el promitente comprador.

CONCLUSIÓN FINAL

114.- Finalmente, de todas las conclusiones específicas presentadas, podemos concluir, ahora en sentido general y amplio, que hemos logrado todos los objetivos planteados al inicio de este tratado jurídico-doctrinal. Es más, ha quedado claro, y sin lugar a duda, que la figura del enriquecimiento injustificado o sin causa es una fuente autónoma de las obligaciones y por lo tanto no debe considerarse solamente como un principio de derecho universal ni como una simple aplicación de la equidad. Por el contrario, al ser una fuente autónoma de obligaciones posee ciertas características y elementos que la configuran y que deben concurrir para generar las obligaciones civiles y que, a su vez, la diferencian de las demás fuentes como el contrato, la ley, los delitos, los cuasidelitos y las demás fuentes singulares, que en nuestro ordenamiento jurídico se contemplan dentro de la errónea figura del cuasicontrato.

Asimismo, sabemos con certeza que la teoría del enriquecimiento injustificado no es una creación moderna con poco sustento, todo lo contrario, hemos demostrado en este libro que tiene profundas raíces históricas, que viene desde el Derecho romano, y que se ha desarrollado hasta ser ampliamente utilizada por ordenamientos modernos como el alemán, y que actualmente ha tomado mucha más fuerza tanto en ordenamientos jurídicos

pertenecientes al derecho civil escrito de tradición romanista, como son: Francia, España e Italia, etc.; así como también, y con una mayor intensidad, se está aplicando este principio del enriquecimiento sin causa en el sistema del *common law*.

En este orden de ideas, hemos definido y delimitado el concepto de enriquecimiento injustificado o sin causa, como el que surge de una transferencia patrimonial entre dos personas, sin que exista de por medio una causa eficiente y jurídica que lo justifique, creando la obligación del enriquecido de devolver al empobrecido, el *quantum* de la cantidad transferida y de esta manera restituirlo patrimonialmente.

Por otro lado, dentro de la teoría de las obligaciones y dentro de la responsabilidad civil, hemos determinado que el enriquecimiento injustificado o sin causa, tiene un matiz de responsabilidad objetiva, en el que *prima facie* no importa la culpa o el dolo del agente provocador del enriquecimiento, tampoco interesa determinar quién lo provocó, sino lo que interesa es la relación entre el patrimonio empobrecido y el patrimonio finalmente enriquecido, ya que es éste último el que responde por la obligación generada, aún cuando pudo haber sido cometida con buena fe o sin la voluntad de hacerlo. En conclusión, el enriquecimiento injustificado o sin causa como fuente de las obligaciones es aquel que se genera sin causa jurídica y además sin infringir norma legal específica.

En este trabajo teórico, pudimos delimitar y precisar que el uso de los calificativos "injustificado" y "sin causa", son los más apropiados para referirnos a la institución y fuente de obligaciones que en este trabajo ocupa nuestro interés, tanto por su precisión teórica y jurídica, como por su alcance histórico. Por otro lado, los términos: "ilícito", "torticero", "ilegítimo", "ilegal", "injusto", que también se usas para referirse a la institución del enriquecimiento injustificado o sin causa, no son los más apropiados debido a la confusión que podrían causar y por ser tener un alcance muy difuso o incluso significados ambiguos.

De igual manera, pudimos crear un listado de elementos constitutivos fundamentales que configuran al enriquecimiento sin causa, el número de elementos que en este trabajo quedó establecido es de 8 y son: 1) enriquecimiento, 2) empobrecimiento, 3) empobrecimiento y enriquecimiento correlativos, es decir, una relación de causalidad entre el empobrecimiento

y enriquecimiento; 4) falta de causa o que el enriquecimiento sea injustificado, 5) ausencia de responsabilidad (culpabilidad) del empobrecido; 6) ausencia de interés personal del empobrecido; 7) ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley detenidamente para el efecto; y, 8) que no puede emplearse esta acción de enriquecimiento injusto para violar disposiciones imperativas de la ley. No entraremos en más repeticiones sobre estos elementos, ya que todo ha quedado dicho en el transcurso de este trabajo y en las conclusiones específicas arriba expuestas.

En este trabajo hemos cumplido otro objetivo, y es el que tiene que ver con realizar el análisis comparativo entre el derecho de daños y el derecho de enriquecimiento. Es decir, por un lado, determinamos las cinco distinciones básicas de la acción de daños con respecto a la acción de enriquecimiento y concluimos que muchas veces pueden confundirse, sin embargo, la primera busca la indemnización, mientras que la segunda busca la restitución, por lo que son complementarias, y no deben enredarse, sino que deberán, diferenciarse aunque a veces parezca difícil.

Antes de terminar, es preciso indicar que hemos dedicado un buen número de páginas de este tratado a un análisis de Derecho comparado entre el sistema del *common law* y el sistema civil escrito de tradición romanista, específicamente en el campo de la aplicación de la teoría del enriquecimiento injustificado; ese análisis ha sido muy enriquecedor y nos ha demostrado a su vez, la importancia que debemos dar a esta figura, sobre todo en la actualidad, generando una legislación al respecto para no provocar errores de aplicación de los principios estrictos que rigen el derecho civil de las obligaciones. Además, este análisis comparativo nos ha servido para diferenciar el enriquecimiento injustificado de otras figuras como son los daños punitivos, los daños restitutorios, los daños agravados, así como la situación específica sobre el enriquecimiento sin causa por intromisión en derecho ajeno y otros relacionados con los contratos y situaciones en los que aparentemente no existiría solución legal dentro del derecho contractual; de la misma manera hemos analizado brevemente asuntos relacionados con derechos patrimoniales, entre otras cosas.

Para finalizar, hemos cumplido con nuestro último objetivo que buscaba diferenciar y contrastar la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa de otras figuras como la

responsabilidad contractual, la responsabilidad extracontractual, los daños punitivos, el pago de lo no debido, la agencia oficiosa y las obligaciones naturales y dentro de este último aspecto, llegamos a interesantes conclusiones, cuando usamos la doctrina y la jurisprudencia nacional para diferenciar una situación de obligación natural, nulidad absoluta, inexistencia jurídica, pago de lo no debido frente a la teoría del enriquecimiento injustificado. Es decir, determinamos que la aplicación de ésta última teoría sería la más sensata en el caso de la promesa de compraventa de bien raíz otorgada por instrumento privado.

A manera de cierre, recalco el hecho de haber alcanzado con total solvencia todos los objetivos planteados. Asimismo, me embarga la sensación gratificante del deber cumplido, en un trabajo en el que me esforzado por demostrado un amplio rigor académico y analítico, pero que a su vez ha significado un inmenso esfuerzo intelectual, que estoy seguro rendirá los frutos correspondientes, ya que además del requisito que representa en la consecución de mis objetivos académicos, también busca ser un aporte en la creación de conocimiento dentro del ámbito universitario.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ACOSTA Gonzalo, *"La acción en el derecho civil"*, Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador, 1942.
- ABELIUK MANOSEVICH René, "*Las obligaciones y sus principales fuentes en el derecho civil chileno",* Editores Lopez-Vianco, Santiago de Chile, 1971.
- ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel y VODANOVIC Antonio, *"Tratado de las Obligaciones",* (De las obligaciones en general y sus diversas clases), segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001.
- ALTERINI Atilio Aníbal, AMEAL Oscar José y LÓPEZ CABANA Roberto M., *"Derecho de obligaciones civiles y comerciales."*, Editorial Abeledo-Perrot, 1era edición, 3era reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- ALTERINI Atilio Anibal y LÓPEZ CABANA Roberto, *"Temas de responsabilidad Civil"*, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- ALTERINI Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA Roberto, *"Temas de Responsabilidad Civil"*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- ÁLVAREZ FAGGIONI Alejandro, *"Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano"*, tomo I, Imprenta de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador, 1982.
- ANDRADE UBIDIA Santiago, *"Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano",* Ediciones Legales, fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, primera edición, Quito, Ecuador, 2002.

- ARANGO DUQUE Luis Fernando, *"La responsabilidad Civil en la Legislación Colombiana"*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1974.

- ARANGIO-RUIZ Vicente, (Traducción de Francisco de Pelmaeker e Ivañez), *"Historia del Derecho Romano"*, Reus, Madrid, España, 1943.

- ARGUELLO Luis Rodolfo, "*Manual de derecho romano. Historia e instituciones",* tercera edición corregido, octava reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- ARISTÓTELES, "*Ética Nicomaquea"*, Editorial Bedout, Medellín, 1982.

- BASOZABAL Xavier, *"Enriquecimiento Injustificado por Intromisión en Derecho Ajeno"*, Civitas, Madrid, España, 1998.

- BASTIDAS AGUIRRE Julio, *"El enriquecimiento injustificado"*, Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador, 1940.

- BANCHIO Enrique Carlos, *"Responsabilidad obligacional indirecta"*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978.
- BARCELÓ DOMÉNECH Javier, *"Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes"*, McGrawHill, Madrid, España, 1995.

- BETANCOURT Fernando, *"Derecho Romano Clásico",* tercera edición, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, España, 2007.

- BETTI Emilio, *"Teoría General de las obligaciones",* Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1969.

- BIRKS Peter, *"Definition and Division: A Meditation on Institutes 3.13"* Oxford University Press, Clarendon, USA, 1997.

- BIRKS Peter (Editor), "*The Classifications of Obligations*", Oxford University Press, Clarendon, USA, 1997.

- BOFFI BOGGERO Luis María, *"Obligaciones"*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskil Editores, Tomo XX, Buenos Aires Argentina, 1996.

- BONNECASE Julien, *Tratado elemental de derecho civil"*, Biblioteca clásicos del Derecho, primera serie, volumen I, Oxford University Press, México, 1999.

- BONFANTE Pedro, (Luis Bacci y Andrés Larrosa. Traductores), *"Instituciones de derecho romano"*, quinta edición, REUS, Madrid, España, 2002.

- BONFANTI Mario Alberto y GARRONE José Alberto, *"De los Títulos de Crédito"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1982.

- BLACK Henry Campbell, "*Black's Law Dictionary*", 8th ed., West Pub. Co., St. Paul, Minn., USA, 2004.
- CABANELLAS Guillermo, *"Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual"*, Editorial Heliasta, 20ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1981.

- CABANELLAS DE TORRES Guillermo, *"Diccionario Jurídico Elemental"*, Editorial Heliasta, Argentina, 2001.

- CALDERÓN RAMOS Sandra Ivette y DÍAZ SÁNCHEZ Hermes Fernando, *"El factor extraño en la responsabilidad civil"*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1988.

- CÁMARA Héctor, *"Letra de Cambio y Vale o pagaré"*, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1980.

- CARAMES FERRO José M., *"Curso de Derecho Romano; Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones y Sucesiones",* séptima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1953.

- CARLOS Eduardo B., *"Acción"*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskil Editores, Tomo I, Buenos Aires Argentina, 1996.

- CARRIÓN EGUIGUREN Eduardo, *"Curso de Derecho Civil, De los Bienes",* Ediciones de la Universidad Católica, tercera edición, Quito, Ecuador, 1979.

- CASTILLO FREYRE Mario y OSTERLING PARODI Felipe, *"Tratado de las obligaciones"*, tomo I, Fondo Editorial PUCP, Lima, Perú, 1994.

- CICERO Marcus Tulios, (John Henry Freese traductor), *"Pro Publio Quinctio; Pro Sexto Roscio Amerino; Pro Quinto Roscio comoedo; De lege agrarian I, II, III",* Harvard University Press; Cambridge, Mass, USA, 1984.

- CUETO RÚA Julio César, *"El "Common Law" Su estructura normativa, su enseñanza",* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997.

- CUQ Edouard, *"Manuel des institutions juridiques des romains"*, Librairie Plon, París, Francia, 1917.

- DE AGUIAR DÍAS José, *"Tratado de la responsabilidad* civil", Editorial J.M, Buenos Aires, Argentina 1989.

- DEL GRANADO Juan Javier, *"La genialidad del Derecho romano, una perspectiva desde el análisis económico del Derecho",* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.

- DE LOS MOZOS José, *"Método, sistemas y categorías jurídicas*", Civitas, Madrid, España, 1988.

- DE LA VEGA Antonio, "*Derecho de obligaciones",* cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1986.

- DE LA VEGA Antonio, *"Bases del derecho de obligaciones",* Universidad de Cartagena, Cartagena, Colombia, 1966.

- DE TRAZEGNIES Fernando, *"La Responsabilidad Extracontractual"*, Tomo I, quinta edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1998.

- DÍEZ-PICAZO Luis, "*Derecho de Daños",* Editorial Civitas, Madrid, España, 1999.

- DONOSO Arturo, *"Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública"*, Editora Jurídica Cevallos, Quito, Ecuador, 2008.

- DURÁN Janeri, *"El enriquecimiento sin causa, origen de instituciones administrativas"*, IEAL, Madrid, España, 1955.

- ENNECCERUS Ludwing, KIPP Theodore y WOLFF Martin, *"Derecho de obligaciones"*, tomo II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1966.

- EDER Phanor J., *"Principios característicos del common law y del derecho latinoamericano"* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1960.

- FERNÁNDEZ MADERO Jaime, *"Derecho de Daños. Nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales"*, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 238.

- FIGUEROA YÁÑEZ Gonzalo, *"El patrimonio",* segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1997.

- FLEMING Jhon G., *"The Law of Torts"*, 9th edition, The Law Book Co., Sydney, Australia, 1998.

- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, "*Curso de Derecho Administrativo",* 2 Volumen, Civitas, Madrid, España, 1994.

- GARCÍA MATAMOROS Laura Victoria y HERRERA LOZANO María Carolina, *"El Concepto de los Daños Punitivos o Punitive Damages"*, Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá, Colombia, 2003.

- GARCÍA TORRES Carlos, *"Cuestiones introductorias al Derecho Romano",* primera edición, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, Ecuador, 2004.

- GIRARD Paul Frederic, *"Histoire de l´organisation judiciare des romains: les six premiers siècles de Rome"*, Rousseau Editeur, París, Francia, 1901.
- GOLDSCHMIDT James, *"Derecho Procesal Civil",* editorial Labor, Buenos Aires, Argentina, 1936.
- GOLDSTEIN Mateo, *"Enriquecimiento sin causa"*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskil Editores, Tomo X, Buenos Aires Argentina, 1996.
- GÓMEZ LEO Osvaldo, *"La letra de cambio y el pagaré en la doctrina y la jurisprudencia"*, segunda parte, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1982.
- GUILLÉN Horacio Pedro, *"Obligaciones manual",* editorial B de f, Buenos Aires, Argentina, 2008.
- GUZMÁN BRITO Alejandro, *"Derecho Romano Privado",* Tomo I, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- HARTKAMP Arthur, HESSELINK Martjin et al. (Editores), *"Towards a European Civil Code",* second edition, Muller-Graff, 1998.
- HENAO Juan Carlos, *"El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1998.
- HOLMES Oliver Wendell Jr. *"The Common Law"*, traducido por Fernando Barrancos, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1964.
- IGLESIAS Juan, *"Derecho Romano",* Editorial Ariel, Barcelona, España, 1972.
- JOHNSTON David (Editor), *"Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective"*, Cambridge University Press, West Nyack, NY, USA, 2002.
- JOSSERAND Louis, *"Derecho Civil"*, tomo II, vol. 1°, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch Editores, Buenos Aires, Argentina, 1950.

- JUSTINIANO, *"El Digesto del Emperador Justiniano (Corpus Iuris Civilis)*, vol. 1, 2 y 3, traducido y publicado por Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid, España, 1876.

- KEMELMAJER DE CARLUCHI Aída (Directora), *"Derecho de daños"*, segunda parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1996.

- LARREA HOLGUIN, Juan, *"Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*", Corporación de Estudios y Publicaciones, vol. 4., Quito, Ecuador, 2003.

- LEAL PÉREZ Hildebrando, *"Curso de Contratos Civiles y Mercantiles",* Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1989.

- LEÓN QUINDE Fernando Eduardo, *"Elementos del incumplimiento de las obligaciones"*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2002.

- LESCOT P. y ROBLOT R., "*Les Effets de Commerce*", I, Rousseau, París, Francia, 1953.

- LE TOURNEAU Philippe, *"La responsabilidad civil",* Legis editores, Bogotá, Colombia, 2004.

- LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo, *"El problema de la obligatoriedad del precedente constitucional"*, en *"El Derecho de los jueces"*, Uniandes-Legis, Bogotá, Colombia, 2001.

- MACKELDEY, Ferdinand, *"Elementos del Derecho Romano",* segunda edición, Imprenta de la Sociedad Literaria topográfica, Madrid, España, 1845.

- MARÍN ORDÓÑEZ José, *"Biblioteca manual del estudiante de jurisprudencia y administración: prolegómeno del derecho: historia e instituciones del Derecho Romano"*, Editor Lib. De León Pablo Villaverde, Madrid, España, 1864.

- MARZAL RODRÍGUEZ Pascual, *"El Derecho de Suceciones en la Valencia Foral y su Tránsito a la Nueva Planta"*, Editor Universtitat de València, Valencia, España, 1998.

- MASCAREÑAS Carlos, Buenaventura PELLISÉ PRATS, *et al.*, editores, *"Nueva Enciclopedia Jurídica*", tomo VIII, Editorial Seix, Barcelona, España, 1950.

- MAZEAUD Henri, MAZEAUD León y MAZEAUD Jean, *"Lecciones de Derecho Civil",* tomo II, volumen II, EJEA editores, Buenos Aires, Argentina, 1978.

- MAZEAUD Henri, MAZEAUD León y MAZEAUD Jean, *"Lecciones de Derecho Civil",* tomo II, Ediciones Montchrestiean, París, Francia, 1956.

- MAZEAUD Henri, MAZEAUD León y MAZEAUD Jean, *"Lecciones de Derecho Civil",* tomo II, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina, 1962.

- MAZEAUD Jean y DE JUGLART, *"Leçons de droit civil"* tomo II, Éditions Montchrestien, París, Francia, 1973.

- MAZEAUD Henry, MAZEAUD León y TUNC André, *"Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual",* Tomo Primero, Volumen I, quinta edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1961.

- MESSINEO Francesco, *"Manual de Derecho Civil y Comercial"*, tomo VI, traducción de Santiago Sentis Meleno, Buenos Aires, 1954.

- MORI-CHECCUCCI Ulrico, *"L´arricchimento senza causa",* Cya editore, Firenze, Italia, 1943.

- MURGA GENER José Luis, BISCARDI Arnaldo, SERRANO Javier Patricio, PARICIO Javier, *"Derecho Romano de Obligaciones: Homenaje al profesor José Luis Murga Gener"*, Editorial Ramón Areces, Madrid, España, 1994.

- NINO Carlos Santiago, *"Introducción al análisis del derecho"*, Editorial Astrea, segunda edición, décimo primera reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 2001.

- ORAMAS GROSS Alfonso, *"El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones"*, Edino, Guayaquil, Ecuador, 1988.

- ORTOLÁN Joseph-Louis-Elzéar, *"Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano"*, tomo segundo, Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, España, 1847.

- OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo, *"Régimen General de las Obligaciones"*, séptima edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2001.

- OSORIO Y FLORIT Manuel, BITOL Alfredo y OBAL Carlos, et al, (Editores) *"Enciclopedia Jurídica Omeba"*, Driskil Editores, Buenos Aires Argentina, 1996.

- PACCHIONI Giovanni, *"Trattato della gestione degli affari affari altrui: secondo il diritto romano e civile"*, segunda edición, Biblioteca giuridica contemporánea, Milano, Italia, 1915.

- PANTALEÓN Francisco, *"La Constitución, el honor y unos abrigos"*, Revista Jurídica La Ley, II, Madrid, España, 1996.

- PARRAGUEZ RUIZ Luis, *"Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones",* volumen I, primera edición, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, Ecuador, 2000.

- PÉREZ BAUTISTA Miguel Ángel, *"Obligaciones"*, Iure editores, México DF, México, 2006.

- PETIT Eugene, *"Tratado Elemental de Derecho Romano"*, Editorial Albatros, Buenos Aires, Argentina, 1958.

- PIZARRO Ramón Daniel, *"Daños Punitivos"*, en: Aída KEMELMAJER de Carluchi (Directora), *"Derecho de daños"*, segunda parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1996.

- PROSSER William Lloyd, *"The Law of Torts"*, 4th edition, Lawyer´s edition, St. Paul, West, Minn., USA, 1971.

- REBOLLO PUIG Manuel *"El Enriquecimiento injusto de la Administración Pública"*, Civitas, Madrid, España, 1995.

- RECASÉNS SICHES Luis, *"Equidad"* Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskil Editores, Tomo X, Buenos Aires Argentina, 1996.

- REIG SATORRES José y LARREA HOLGUÍN Juan, *"Manual de Historia del Derecho en el Ecuador"*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2000.

- ROJINA VILLEGAS Rafael, *"Derecho civil mexicano. Obligaciones"*, tomo V, vol I, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1992.

- ROZAS Fernando, *"Algunas consideraciones sobre obligaciones naturales y civiles"*, Universidad Católica de Chile, Revista Chilena de Derecho, volumen 4, Santiago, Chile, 1977.

- SALANDRA Vittorio, *"Curso de Derecho Mercantil",* Editorial Jus, México DF, México, 1949.

- SALVADOR CODERCH Pablo, *"Punitive Damages"*, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 2003.

- SAMPER CORTÉS Dino Alfredo, *"Requisitos y fundamentos de la responsabilidad civil",* Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1983.

- SMITH Juan Carlos, *"Obligación"*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskil Editores, Tomo XX, Buenos Aires Argentina, 1996.

- STUTZIN Godofredo, *"Algunas consideraciones sobre la noción jurídica del patrimonio",* Memoria de Prueba, Imprenta Relámpago, Santiago, Chile, 1945.

- TAMAYO JARAMILLO Javier, *"De la Responsabilidad Civil"*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1986.

- TAMAYO LOMBANA Alberto, *"Manual de obligaciones"*, quinta edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.

- TAMAYO LOMBANA Alberto, *"La Responsabilidad Extracontractual y la Contractual"*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, Colombia, 2005.

- VALENCIA ZEA Arturo y ORTIZ MONSALVE Álvaro, *"Derecho Civil. De las Obligaciones"*, novena edición, tomo III, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.

- VALLEJO MEJÍA Jesús, *"Manual de obligaciones"*, primera edición, Editorial Dike, Medellín, Colombia, 1991.

- VAZ IZQUIERDO, *"El derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación con el sistema hipotecario español*", Civitas, Madrid, España, 1980.

- VÁZQUEZ BONONE Antonio, *"Tratado de Derecho Cambiario, letra pagaré y cheque"*, Dikison, segunda edición, Madrid, España, 1993.

- VEGAS ROLANDO Nicolás, "*Derecho Mercantil e Inquilinario",* 3° edición, Ediciones FABRETON, Caracas, Venezuela, 1987.

- VELASCO CÉLLERI Emilio, *"Sistema de Práctica Procesal Civil"*, tomo 7, PUDELECO editores, Quito, Ecuador, 2005, p. 132.

- VÉSCOVI Enrique, *"Teoría General del Proceso"*, Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2006.

- VINEY Geneviéve, *"Traité de Droit Civil, Les Obligations. La responasbilité: effets"*, LGDJ, París, Francia, 1988.

- VIVANTE César, *"Tratado de Derecho Mercantil",* T. III, Reus, Madrid, España, 1936.
- VON TUHR Andreas, *"Derecho civil"*, t. III-1, editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1946.
- VON TUHR A. *"Tratado de las obligaciones"*, Editorial Comares, Granada, España, 2007.
- VOX*, "Diccionario ilustrado Latín: Latino-Español, Español-Latino"*, Anaya, Barcelona, España, 2004.
- VOX, "*Diccionario de Lengua Española"*, Anaya, Barcelona, España, 1997.
- WARNKÖNIG Leopoldo August, *"Historia externa del derecho romano para el uso de los estudiantes de jurisprudencia"*, Editorial Imprenta del Faro Industrial, La Habana, Cuba, 1849.
- WEILL Alex y TERRÉ Francois, *"Droit civil. Les obligations",* Dalloz, París, Francia, 1975.
- WEINRIB E., *"Juridical Classifications of Obligations"* Oxford University Press, Clarendon, USA, 1997.
- WHITE G. Edward, "*Tort Law in America: An Intellectual History"*, Oxford University Press, New York, USA, 2003.
- WILLIAMS Jorge, *"Títulos de Crédito. La letra de cambio y el pagaré."*, Abeledo-Perrot, segunda edición, tomo II, Buenos Aires, Argentina, 1981.
- ZANNONI Eduardo A., *"El daño en la responsabilidad civil"*, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- ZIMMERMANN Reinhard, *"The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition"*, Oxford University Press, Cape Town, 1996.

ARTÍCULOS DE REVISTAS, PUBLICACIONES Y PONENCIAS

- BARKER Kit, *"Unjust Enrichment: Containing the Beast"*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, No. 3, Autumn, 1995.

- BARROS BOURIE Enrique, *"Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en Derecho Ajeno, por incumplimiento contractual o por ilícito contractual"*, Ponencia presentada en España, marzo de 2008.

- COSCULLUELA MONTANER Luis, *"Consideraciones sobre el Enriquecimiento Injusto en el Derecho Administrativo"*, en Revista de administración pública, Nro. 84, 1977, Madrid, España, 1977.

- GIGLIO Francesco, *"A Systematic Approach to "Unjust" and "Unjustified" Enrichment"*, Oxford University Press, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 23, No. 3, 2003.

- GUTIÉRREZ LÓPEZ Gilberto, *"La decisión moral: principios universales, reglas generales y casos particulares"*, Revista de Filosofía 3° época, Vol I, Editorial Complutense, Madrid, España, 1987-1988.

- KLIPPERT George B., *"The Juridical Nature of Unjust Enrichment"*, University of Toronto Press, The University of Toronto Law Journal, Vol. 30, No. 4, Toronto, Canada, 1980.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Carlos, *"De nuevo sobre el enriquecimiento sin causa en derecho navarro: pago de lo indebido y obligaciones naturales"*, Revista Jurídica de Navarra, N° 14, Navarra, España, 1992.

- O´CONNELL D.P., *"Unjust Enrichment"*, American Society of Comparative Law, the American journal of Comparative Law, Vol. 5, No. 1, 1956.

- ROTHERHAM Craig, *"Unjust Enrichment and the Autonomy of Law: Private Law as Public Morality"*, The Modern Law Review Limited 1998, Published by Blackwell Publishers, 108, Cowley Road, Oxford, USA.

- SCHREUER Chistoph H., *"Unjustified Enrichment in International Law",* American Society of Comparative Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 22, No. 2, 1974.

- STOLJAR Samuel, *"Unjust Enrichment and Unjust Sacrifice"*, Blackwell Publishing, The Modern Law Review, Vol. 50, No. 5, 1987.

- SWADLING William, *"Policy arguments for proprietary restitution"*, Brasenose College Press, Legal Studies, Vol. 28, No. 4, 2008.

- VARGAS VALENCIA Aurelia, *"La etimología en las Instituciones de Justiniano, una característica del lenguaje introductorio al conocimiento del Derecho"*, Ponencia para el XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Buenos Aires, Argentina, 15 a 17 de septiembre de 2004.

- ZIMMERMANN Reinhard, *"Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach",* Oxford University Press, Journal of Legal Studies Vol. 15, No. 3, 1995.

FUENTES EN INTERNET

- CATTÁN ATALA Ángela, *"La RESTITUTIO IN INTEGRUM en el Derecho Indiano*", p. 209-211. En: www.bibliojurídica.org. Accedido el 15 de febrero del 2009, 14 horas.

- CHÁVEZ NEGRETE Carlos, *"Equal Treatment y la Actio In Rem Verso"*, Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador, 2008 p. 44. En www.revistajuridicaonline.com. Accedido 05 de marzo del 2009, 14h30min.

- Commision on European Contract Law, 1999 text in English, The Principles of European Contract Law, en http://frontpage.ecs.dk,. Accedido el 01 de abril del 2009, 10h05min

- GARCÍA VALIÑAS Mariana Soledad y Martín Germán ADLER, *Derecho de la Navegación*, num3. Encontrado en: www.legislaw.com.ar. Accedido el 25 de abril del 2009 a las 10h30.

- Legal Information Institute, Cornell University Law School, en: http://topics.law.cornell.edu/wex/tort. accedido el 14 de abril del 2009, 14h00.

- MARTÍNEZ FLORES Héctor, *"El Enriquecimiento Injustificado: ¿Indemnización o Restitución?"*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú, s/a., en www.derechoycambiosocial.com, Accedido 20 de marzo del 2009, 18 horas

- ROBERTS Caprice L., *"Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages",* (June 27, 2008). Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 42, 2008. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1152303 Accedido el 14 de mayo del 2009, a las 10h30.

- The Free Legal Dictionary by Farlex: en: http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/ accedido el 29 de enero a las 16h02.

- UNCITRAL, CISG, en www.uncitral.org, Accedido el 01 de abril del 2009, 09h07min.

- VÁZQUEZ DE CASTRO D. Eduardo, (Profesor Titular E.U. de la Universidad de Cantabria), *"Los contratos ilegales en el Common Law"*, en http://www.unizar.es/derecho/nulidad/Comentarios/Vazquez.pdf,. Accedido el 29 de enero del 2009 a las 15 horas 34 minutos.

LISTADO DE LEYES Y NORMAS ECUATORIANAS

- Constitución Política de la República del Ecuador
- Código Civil
- Código de Procedimiento Civil
- Código Penal

- Código de Comercio
- Código del Trabajo
- Ley de Propiedad Intelectual
- Ley de Gestión Ambiental
- Ley Orgánica de Defensa al Consumidor

Fuentes verificadas bajo la licencia de LEXIS S.A. del Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana Silec Pro.

Revista Judicial, Legislación ecuatoriana, en: http://www.derechoecuador.com

Asamblea Constituyente del Ecuador, Montecristi, 2008, en: www.asambleaconstituyente.gov.ec

Asamblea Nacional del Ecuador, en: www.asambleanacional.gov.ec

LISTADO DE LEGISLACIÓN EXTRANJERA

- Código Civil Alemán
- Código Civil Español
- Código Civil Italiano
- Código Civil Francés
- Código Civil Brasileño
- Código Civil Mexicano
- Código Suizo de las Obligaciones
- Código Civil Peruano
- Código Civil Chileno
- Código Civil Colombiano
- Código Civil Boliviano
- Código Civil Argentino
- Ley de propiedad intelectual de España.
- Código de Comercio de Colombia

- Ley Cambiaria italiana

Fuentes legales verificadas bajo la licencia de:

LEXIS-NEXIS en: http://www.lexisnexis.ca

Portal Jurídico: Todos los Códigos Jurídicos del Mundo, en: http://www.todoelderecho.com/SeccionInternacional/codigosjuridicos.htm

Boletín de Actualidad de Derecho Civil, Directorio de Códigos Civiles, en: http://www.codigo-civil.net/archivado/?page_id=492

LISTADO DE LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

- Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos para la Venta Internacional de Mercancías (The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)) en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html. Accedido el 18 de enro del 2009, 10h30.

- The Principles of European Contract Law, en: http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/doc.html. Accedido el 19 de enro del 2009, 20h30.

- Ley Uniforme de Ginebra (Ley Uniforme Sobre Letra de Cambio y el Pagaré a la Orden) en: Santiago ANDRADE UBIDIA, *"Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano",* Ediciones Legales, fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, primera edición, Quito, Ecuador, 2002. Anexo.

LISTADO DE JURISPRUDENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL ECUADOR

- Gaceta Judicial, Serie. IX Nº- 15, pp. 1794-1795 y R.O. 845 de 17.06.1959.
- Sentencia de 3ª Instancia Nº 405, dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil dentro del proceso 427-91 (ex 4ª Sala), de 01.06.98.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Juicio número 243, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, en el juicio que seguía Bello en contra de Palacio, por juicio ordinario por nulidad de contrato de compraventa de inmueble otorgado en instrumento privado, dictada el 17 de septiembre de 1976.
- Sentencia de la Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, conformada por los doctores, Galo Galarza Paz, Santiago Andrade Ubidia y Ernesto Albán Gómez, de fecha 23 de septiembre de 2002 a las 9h30, publicada en la Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3072.
- Fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia dictada por la Segunda Sala el 12 de julio de 1977, en el juicio León de Jiménez-URDESA.
- Resolución de tercera instancia dictada por la Corte Suprema de Justicia con fecha 8 de julio de 1966, publicada en la Gaceta Judicial año LXXI, Serie XI, No. 1, página 36.
- Sentencia de tercera instancia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia con fecha 23-V-96, publicada en la Gaceta Judicial XVI, No. 6, pp. 1484-85.
- Sentencia de casación de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente número 273-2000, del 3 de agosto del 2000.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en un caso de imprevisión en contratos de tracto sucesivo, publicada en la Gaceta Judicial, Año LXXXII. Serie XIII. No. 13. Pág. 3077, de 11 de noviembre de 1981.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en un caso de mejoras producidas como consecuencia del cumplimiento de un contrato de arrendamiento

de una hacienda, publicada en la Gaceta Judicial. Año LVIII. Serie VIII. Nro. 7. Pág. 644, en Quito el 24 de Diciembre de 1954.

- Resolución del recurso de casación dictada por la Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, publicada en la Gaceta Judicial Año CII. Serie XVII. No. 6, página 1545 de fecha, Quito, 7 de junio de 2001, a las 9h10.

Jurisprudencias obtenidas a través de:

Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana Silec Pro. LEXIS S.A.

Gaceta Judicial, Órgano de la Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador, PUDELECO Editores S.A.

LISTADO DE JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Jurisprudencia Chilena:

- Corte de Apelaciones de Santiago, 12 junio 1931, Revista de Derecho y Jurisprudencia 30, sec.1ª, p. 137.).
- Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de septiembre de 1983, *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* tomo 80, sec. 2ª, p.96.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de septiembre de 1983, *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* tomo 80, sec. 2ª, p.96.

Jurisprudencia Colombiana:

- Corte Suprema de Justicia de Colombia, la Sala de Casación Civil, en Sentencia del 30 de julio de 2001, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente 6150.
- Gaceta Judicial Colombia, tomo. XLIV, p. 474, en: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=6&ruta=../jurisprudencia/consulta.jsp.Revisado: (11-03.2009, 11h00)

- Gaceta Judicial Colombia, t.XLI, p. 195 y t. XLIV, p. 474., en: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=6&ruta=../jurisprudencia/consulta.jsp. Revisado: (11-03.2009, 11h30)

Jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica:

- *Anderson v. General Motors Corp.*, No. 97-3388 (D.C. No. 96-CV-2090) (District of Kansas), UNITED STATES COURT OF APPEALS TENTH CIRCUIT, en: http://ca10.washburnlaw.edu/cases/1999/04/97-3388.htm accedido: 20 de abril del 2009, 10h30.
- *Blesser v. Lancaster County* 609 Fsupp 485 (ED Pa 1985)), Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América, Tercer Circuito, en: http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/733/73350106.pdf accedido: 10 de abril del 2009, 11h30.
- *Sherhan v. Johnson & Johnson (2006) O.J. _No. 2421 (Div. Ct.),* en: www.stikeman.com, accedido 10 de junio del 2009, 11h33.

PALABRAS FINALES

El camino ha sido largo, pero ha valido la pena. Llegar a la cima nos lleva a proponernos nuevos retos, incluso más difíciles que éste, que al inicio parecía inconquistable. Hemos hecho lo que pocos lo han logrado. Esta obra jurídica ha pretendido aplicar todos los conocimientos y destrezas aprendidos y aprehendidos durante los años de estudio jurídico, los ha complementado con una investigación exhaustiva, además, ha sido alimentado de un trabajo analítico profundo; asimismo, se ha descubierto que en el trabajo comparativo y propositivo están las respuestas, y que a través de la comprensión de las diversas posturas se puede llegar a una solución más eficaz frente a problemas complejos.

El mayor aporte que, espero, contribuya este esfuerzo intelectual es, precisamente, permitir un superior acervo cognoscitivo, tanto de las leyes, como de la jurisprudencia, como de la doctrina y del derecho comparado, de principios generales del derecho, y de la historia del Derecho sobre el tema del enriquecimiento injustificado o sin causa dentro de la teoría de las obligaciones. Es un trabajo completo que propone, que contrapone y sustenta posiciones claras; y sobre todo, que consigue aclarar las dudas y seguir adelante a despejar otras nuevas, un trabajo que motiva y satisface todo el sacrificio puesto en él, toda la dedicación, tiempo, esfuerzo, sufrimiento, angustias, sabiduría, inteligencia y fe, incluso desde su planeación.

Todo el conocimiento, análisis y propuestas establecidas en este tratado jurídico, deberán servir, no sólo para un ejercicio académico y teórico sobre un tema jurídico, dicho sea de paso con el reconocimiento debido, sino ser una adecuada contribución para la sociedad; es decir, no es solamente el hecho de creación doctrinal, es la demostración de las capacidades y además del deseo de entregar a la comunidad universitaria y académica una fuente de consulta de interés y referencia apropiadas y que sirva de motivación para más profundos trabajos investigativos sobre el tema, esto debido, principalmente, a que en este tratado se ha trabajado bajo una estricta rigurosidad bibliográfica basada en estándares internacionales, que permiten a su vez ampliar el tema en las fuentes citadas.

No olvidaré nunca el primer mandamiento del Decálogo del Abogado propuesto por el jurista Eduardo Couture, el que sabiamente establece: “Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.” En base a éste principio, nunca dejaré de ser un estudioso del Derecho, toda mi vida la dedicaré a esta profesión, a esta vocación, no dejaré de proponer nuevas ideas, de analizar las antiguas, de compararlas. No dejaré de escribir, ni seré egoísta con el conocimiento, aprenderé todo cuanto pueda y enseñaré todo lo que conozca, siempre que los demás me permitan hacerlo. Sin lugar a dudas, el esfuerzo de realizar este trabajo investigativo me ha permitido romper barreras mentales, y me ha dado más fuerza para poder realizar muchas más investigaciones, como de hecho las estoy comenzando a realizar. La vida es una lucha constante contra las propias limitaciones, luchar todos los días para ser mejores y enfrentar las dificultades con altivez, decisión y fe. “Lucha. Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, ¡Lucha por la Justicia!”

Es por eso que, el esfuerzo, constancia y dedicación han valido la pena y en este trabajo investigativo, nos hemos decidido a analizar, a cuestionar, a comparar, a contrastar las diferentes posturas, incluso de diversos sistemas jurídicos, de diferentes legislaciones, de posiciones doctrinarias contrapuestas, inclusive desde una perspectiva histórica; y al final, hemos podido concatenar las ideas y las propuestas, y hemos llegado a respuestas sustentadas en la lógica del Derecho, que responden a una verdad científica, pero que, sobre todo, se fundamentan en la razón. Así queda concluido este tratado jurídico, en el que hemos pretendido llenar todas las expectativas, tanto en objetivos de trabajo como en aspiraciones personales.

“SER MÁS PARA SERVIR MEJOR”

San Ignacio de Loyola