

**BOCETO PARA UNA FUTURA TEORÍA (NO VULGAR) DEL
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN NUESTRO DERECHO °**

Roberto Moreno Rodríguez Alcalá¹

SUMARIO

A pesar de ser uno de los temas que más literatura ha generado en el derecho privado en los últimos años, el enriquecimiento sin causa ha pasado, salvo alguna aislada excepción, totalmente desapercibido en nuestra dogmática civil. Esto no solo implica que no estamos siguiendo el ritmo de la evolución del derecho en la materia, sino peor: corremos el riesgo de la "vulgarización" de este importante instituto del derecho privado. El presente trabajo contiene apuntes provisionales tomados a los apurones en el marco de un proyecto mayor que busca indagar sobre la *estructura normativa profunda* del enriquecimiento sin causa en nuestro derecho privado, con un enfoque integral histórico-comparatístico-sistémico, que busca dirigir la mirada hacia una visión tecnificada, i.e., no vulgar, del enriquecimiento sin causa en nuestro derecho.

ABSTRACT

Despite the enormous literature that the law of unjustified enrichment has generated in recent years, Paraguayan legal doctrine, subject to isolated exceptions, has ignored this

° El presente trabajo contiene apuntes provisionales tomados a los apurones en el marco de un proyecto mayor que busca indagar sobre la *estructura normativa profunda* del enriquecimiento sin causa en nuestro derecho privado, con un enfoque integral histórico-comparatístico-sistémico, el que su autor espera pueda ver la luz cuando aquieten las aguas tormentosas de las exigencias que actualmente enfrenta. Su publicación – intempestiva—obedece en parte al conocido dicho anglosajón “*publish or perish*”; pero principalmente, se presenta como un sencillo homenaje a aquellos jóvenes estudiantes que luchan, todavía, por un *derecho mejor* en nuestro país, ejemplificados por quienes como Rafael Leiva y sus compañeros/as miembros del *Consejo Editor* de la (querida) *Revista Jurídica* de la Facultad no se dejan rendir ante una realidad cruel, y continúan por ello acunando el ideal de que no estamos condenados irreversiblemente –como aparenta tantas veces— a una “cultura jurídica *kachiái*”. El sacrificio inconmensurable que exige la tarea académica *seria* – aparejada al sabor amargo que muchas veces conlleva— es, sin dudas y como nos lo demuestran estos jóvenes, el único camino para elevar nuestra cultura jurídica de su marasmo moral y científico.

¹ *Magister Juris* (MJur), University of Oxford (2002-2003, *First Class Honours - Distinction*). Profesor de Derecho Civil - Contratos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, Universidad Católica. Desde el 16 de agosto de 2013 ejerce el cargo de *Procurador General de la República*.

important source of obligations. This not only entails that we are falling behind the evolution of the law in this matter, but worse: we run the risk of "vulgarizing" unjustified enrichment and not recognizing its practical and theoretical dignity. This paper contains initial remarks and observations made for a future work which seeks to understand the deep normative structure of unjustified enrichment in our private law, following an integrated historic-comparative-systemic approach, thus directing the future of the subject towards a technified, i.e. not vulgarized, vision of unjustified enrichment.

I

Tanto, y tan poco.

II

Es lo que otorga al intérprete el art. 1817 del Código civil paraguayo, al dar carta de ciudadanía al *enriquecimiento sin causa*² como fuente autónoma de obligaciones en nuestro derecho:

*El que se enriquece sin causa en daño de otro está obligado, en la medida de su enriquecimiento, a indemnizar al perjudicado la correlativa disminución de su patrimonio*³.

Tanto: pues, una norma como la del primer apartado del artículo citado que no sea interpretada en su cabal y sensato significado, es capaz de convertirse en una suerte de "Caballo de Troya"⁴ y subvertir a todo el edificio jurídico, ante su aparente indeterminación y falta de límites fijos. El principio tal cual se expresa "exige restricción y

² En estas páginas se utilizará el *nomen juris* legal del Código civil, "enriquecimiento sin causa", y por dicha razón no se encontrará un posicionamiento sustantivo sobre el problema de la *denominación* del instituto: "enriquecimiento sin causa", "enriquecimiento injusto", "enriquecimiento indebido", "enriquecimiento injustificado", "acción *in rem verso*", y así sucesivamente, controversia cuya elucidación quedará para una oportunidad ulterior. No obstante, en ocasiones se usarán algunos de estos otros rótulos indistintamente.

³ El segundo apartado de la norma es de importancia conceptual y práctica menor (aunque desde luego, nada desdeñable): "Cuando el enriquecimiento consiste en la adquisición de una cosa cierta, corresponderá la restitución en especie, si existe al tiempo de la demanda".

⁴ Recuerda el conocido estudio de DRAKIDIS sobre la subsidiariedad de la acción que contienen estas palabras (DRAKIDIS, "La subsidiarité caractere spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1961 "un brulot susceptible de faire sauter tout l'edifice juridique"): ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Cedam, Padua, 2005, pág. 14.

definición”, de lo contrario las “reglas establecidas del sistema pueden ser libremente subvertidas”.⁵ El tráfico social, con mayor razón en una sociedad abierta de mercado, hace que todos los días se produzcan enriquecimientos de un sujeto, con el consecuente empobrecimiento de otros, con lo cual los límites de esta norma, mal interpretada, pondrían en riesgo buena parte de la vida moderna. De hecho, el concepto mismo de mercado presupone que un sujeto –competidor—se enriquece atrayendo consumidores, empobreciendo de esta manera a otros –sus competidores— con lo cual la norma, desbocada, podría de hecho considerarse como subversiva del sistema constitucional de libre competencia.⁶ Y, además, si no se interpretan debidamente los términos que utiliza la norma —“enriquecimiento”, “daño”, “causa”, “indemnizar”, “perjudicado”, “correlativa disminución”— la misma podría terminar absorbiendo en la práctica a una gran cantidad de normas del derecho de los contratos y responsabilidad civil, convirtiéndose en una suerte de *factótum* jurídico-totalitario en el derecho privado⁷. La peligrosidad de una noción tal es indemostrable por lo evidente.

Tan poco: porque al Escila planteado en el párrafo precedente, puede contraponerse una Caribdis que suponga una interpretación tan estrecha y astringente de la norma, que termine por convertirla en irrelevante en la *praxis*, que termine por no tener función alguna. Ello, al punto que en esta interpretación cicatera, sólo faltaría oficializar su ineficacia práctica a través de un trabajo que formule unas “exequias” a la norma del art. 1817, como sucedió de hecho en el país que le sirvió de fuente, con el art. 2041 del *Codice* italiano⁸. Vale decir: si se interpreta en sumamente estrecha al citado artículo, se corre el

⁵ Así, textualmente, el notable romanista inglés Barry NICHOLAS: *An Introduction to Roman Law*, OUP, Oxford, 1962, pág. 232. DAWSON a su vez en su brillante y clásico estudio decía que “*by its terms it might seem to require a review of every transaction against an arithmetical standard... an aspiration that will never be realized*”: DAWSON, *Unjust enrichment*, Boston, 1951, pág. 7.

⁶ Establecido en el aún no acabadamente estudiado por nuestra doctrina constitucional art. 107 de la Constitución. Sobre las sugerentes reflexiones de DAGAN, cabe apuntar que en una visión laxa del término “enriquecimiento injusto”, desde cierta perspectiva filosófica específica –v.gr. marxismo ortodoxo—cabría incluso utilizar la figura para condenar a *todo el sistema jurídico* por perpetuar un “enriquecimiento injusto” de una clase (capitalista) sobre otra (proletaria). Ver en general H. DAGAN, “Just and Unjust Enrichments”, en Andrew ROBERTSON & Tang HANG WU (eds.) *The Goals of Private Law*, 2009, pág. 423 (“*at least in modern law, the law of restitution does not address most of the enrichments we deem to be unjust. Tax and redistribution schemes actually deal with most of these unjust enrichments, when “unjust” stands for a sequence of enrichments yielding a distribution we find unacceptable*”).

⁷ Se ha dicho en este sentido que es “la justificación y razón de ser de todo el derecho privado”: MALAURIE – AYNES, *Cours de droit civil*, VI, *Les obligations*, París, 1994, pág. 527. Pero una noción así de amplia es, en la práctica, incontenible.

⁸ Tal la dura, pero perspicua, nota de SALCIARINI, “Esequie all’articolo 2041 del codice civile?”, *Giur. It.*, 1956, I, c. 693.

riesgo de decretar su muerte al momento mismo de su nacimiento, consagrando una norma de “absoluta irrelevancia práctica”⁹. Otro factor de riesgo, relacionado, es la íntima conexión (y confusión) histórica del instituto con la “equidad”, de forma tal a que se presente como un peligro tal que deba ser acorralado a toda costa. Considerada la acción como una suerte de “*equità più perfetta*”, obviamente es un riesgo a la seguridad jurídica que debe ser contenido como sea¹⁰. De ahí que se invoque al art. 1818 del Código civil, que establece la “subsidiariedad” de la acción —“*La acción de enriquecimiento no será viable si el perjudicado puede ejercer otra para resarcirse del daño sufrido*”— como la herramienta perfecta para arrinconar al instituto y dejarlo con una utilidad práctica nula. Con ello, el instituto del enriquecimiento sin causa, que en otros sistemas de derecho comparado tiene un rol fundamental y una dignidad a la par del contrato y la responsabilidad civil —constituye un sólido tercio del derecho privado por méritos propios— termina siendo como aquellos juegos antiguos de porcelana fina que, por bellos y delicados que sean, no se utilizan nunca.

Es imperativo, y urgente, por tanto, realizar una investigación que determine la interpretación sensata de dicho artículo, que discurra entre el “bajar a tierra del cielo de la abstracción”, por un lado, y el “evitar el arrinconamiento” e intrascendencia, para darle un sentido teórico-práctico técnico preciso.

III

Ello, no sólo por el mero ejercicio intelectual de realizar una *taxonomía* de las fuentes de obligaciones en nuestro derecho —aunque la taxonomía es necesaria y sumamente importante en todo sistema jurídico¹¹—, pues aunque se trate de una tarea

⁹ Así, diez años después de la entrada en vigencia del art. 2041 del *Codice*, RICCA BARBERIS, “Divieto d’indebito arricchimento”, *Arch. Giur.* 1952, pág. 160.

¹⁰ La calificó peyorativamente el más vigoroso crítico de la acción en Italia: ROTONDI, “*L’azione di arricchimento – Il fondamento dell’azione nella dottrina italiana e francese*”, *Riv. Dir. Comm.*, 1924, pág. 536.

¹¹ El rótulo de “taxonomía”, y su importancia, se deben al gran y tempranamente desaparecido maestro oxoniense, Peter BIRKS, quién insistió en ello a lo largo de su prodigiosa carrera (e.g. en el prefacio de su *English Private Law*, OUP, Oxford, 2002: “*there is no body of knowledgable data which can subsist as a jumble of mismatched categories. The search for order is indistinguishable from the search for knowledge*”; o en su artículo BIRKS, “Equity in the Modern Law: An Exercise in Taxonomy” [1996] *UWALawRw* 1: “*Taxonomy is classification. In relation to any particular science, taxonomy is the branch of that science which deals with the accurate classification of the subject-matter of that science. It is not too much to say that taxonomy is the foundation of most of the science which late 20th century homo sapiens takes for*

teórica necesaria, no es suficiente, si no va acompañada de una visión eminentemente *práctica*: podrían existir deberes y derechos de los particulares, de los sujetos del derecho privado, basados en la *justicia* (i.e., *ius suum cuique tribuendi*¹²), que dependen para su concreción en nuestro ordenamiento de un entendimiento cabal y una aplicación correcta del art. 1817 del Código, y que quedarían sin la debida tutela civil de no ser por esta figura.

Como primera aproximación, entonces, una investigación sobre el enriquecimiento sin causa en nuestro derecho tiene una doble justificación.

Una *teórica*, ante la necesidad de contar con un estudio que ubique dentro de la taxonomía del derecho privado a la figura, en su lugar correcto y con su fisionomía adecuada, como una fuente de obligaciones que —quizás— tenga la misma dignidad que la *summa divisio* contractual y delictual. En los 30 años de sanción del Código Civil, la doctrina nacional se ha ocupado en forma más profusa de las dos fuentes tradicionales de las obligaciones —aunque con mayor intensidad en la materia de responsabilidad aquiliana que la de contratos— pero en los manuales patrios sobre las obligaciones, el enriquecimiento sin causa apenas amerita más de una carilla en más de cuatrocientas páginas¹³. Y todavía más: sólo existe *un* aislado estudio monográfico sobre el enriquecimiento sin causa en las tres décadas de sanción del Código, el del Prof. Marcelino GAUTO¹⁴. El mismo, sin dudas un valiosísimo aporte que debe ser un *sine qua non* en cualquier análisis serio del instituto en nuestro país, sin embargo y por razones cronológicas, no considera las recientes y profundas direcciones que en los últimos años ha sugerido la doctrina italiana¹⁵, fuente directa y excluyente del Código nuestro en la

granted....We need that warning against I intellectual disorder, against change which outstrips the intellect and loses touch with the demand for stability and consistency, essential ingredients of justice”; y, contundente al final: “The law must be so stated as to facilitate prediction and advice. It is impossible otherwise to plan with confidence. And it is impossible to know when to litigate. In the context of litigation, law which is intellectually disorderly plays into the hands of the rich and powerful, whether the power and wealth be private or public. Power goes hand in hand with uncertainty”.

¹² El notable y justamente célebre ensayo de R. ZIMMERMANN, “Unjustified Enrichment: the Modern Civilian Approach” 15 *Oxford J. Legal Stud.* 403 1995, comienza, correcta y precisamente, con la vinculación del instituto a la definición clásica ulpiana de *justicia* como el “*ius cuique tribuendi*” (en la pág. 405).

¹³ A modo de ejemplo: en el clásico —i.e. sin las actualizaciones posteriores— manual del maestro SILVA ALONSO, *Derecho de las Obligaciones*, Edit. Intercontinental, Asunción (varias ediciones), el tratamiento del enriquecimiento sin causa apenas tiene una carilla y media.

¹⁴ M. GAUTO, *El enriquecimiento sin causa*, Asunción, 2002.

¹⁵ Además del ya citado excelente trabajo de ALBANESE (n. 4 *supra*), del año 2005, conviene recordar en este punto los diversos trabajos de Paolo GALLO, que ha analizado sesudamente y desde la óptica comparatística al instituto (GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa, Commentario* (dir. SCHLESINGER e continuato BUSNELLI), Milán, 2003; GALLO, Paolo. “Unjust enrichment, a Comparative Analysis” 40 *Am. J. Comp. L.*

materia; en la península itálica ha existido un reverdecer importante del enriquecimiento sin causa en los últimos años luego de décadas de ser una materia casi en estado de sonambulismo jurídico. Y tampoco, por las mismas razones cronológicas, puede tomar cuenta dicho estudio de los desarrollos exponenciales geométricos que ha tenido en el derecho comparado la figura del *unjustified enrichment* en los últimos quince años. En efecto: se ha escrito más sobre enriquecimiento sin causa en los últimos años que incluso sobre los tradicionales contratos y responsabilidad civil¹⁶, dándole al enriquecimiento verdadero lugar como 1/3 *del derecho privado*. En nuestro derecho, continúa siendo una nota al pie, al margen, un simple convidado de piedra de nuestra dogmática privatística.

Pero también hay una justificación *práctica*, que resulta más relevante aún.

Sin descuidar la teoría —es simplemente imposible pensar sin conceptos—no es menos cierto que si el derecho no implica una diferencia real en la vida de seres humanos de carne y hueso, pobre cosa son las construcciones teóricas de los dogmáticos, como IHERING lo demostró en forma perenne hace ya más de un siglo¹⁷. Si el derecho no tiene un impacto real sobre las personas, y la protección de sus intereses, sencillamente *no tiene razón de ser*. Ahí donde tradicionalmente el derecho privado se ha ocupado esencialmente del *objeto* del derecho —por ejemplo, los bienes, la propiedad privada, el contrato, la responsabilidad civil, etc.—hoy en día se impone un enfoque que parta del *sujeto* del derecho: la persona. Como ha dicho Arthur KAUFMANN, en nuestros tiempos la mirada del jurista tiene que ir claramente hacia el sujeto del derecho, y esto significa “la *preocupación por el hombre*; aún más: *la preocupación por la vida en general en todas sus formas*”¹⁸. No es más que la vuelta al viejo “*hominum causa omne ius constitutum sit*”, partiendo de una verdadera prioridad de la persona y la protección integral de sus intereses¹⁹. Desde este punto de vista, cabe plantearse si las dos ramas tradicionales del derecho privado —el

431 (1992)), y las provocadoras páginas de GIGLIO (GIGLIO, F. “La actio de in rem verso nel sistema del código civile”, Riv. Dir. Civ. 2000, pág. 275 y ss.), *inter alia*.

¹⁶ Como se ha dicho en la colección comparatística de JOHNSTON – ZIMMERMANN (EDS.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1999, “*in recent years unjustified enrichment has been one of the most intellectually vital areas of private law*”.

¹⁷ Este gran jurista, verdadero realista *avant la lettre*, enseñó hace mucho tiempo a los civilistas que no podemos vivir en el cielo de los conceptos, sino en la realidad (IHERING, Rudolf, *Bromas y Veras en la Jurisprudencia*, EJEA, Buenos Aires, 1974 [1884] todavía parece escrito ayer).

¹⁸ Arthur KAUFMANN, *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*, Edit. Temis, Bogotá, 2007, pag. 72.

¹⁹ Por los “intereses” que puede tutelar el derecho, como aspectos de la realización integral del ser humano, en el devenir de estas páginas me refiero a la noción de “bienes humanos básicos” de John FINNIS en su magistral *Natural Law and Natural Rights*, OUP, Oxford, 1980.

contrato y la responsabilidad civil— protegen o no todos los intereses tutelables posibles de la persona, o si es necesario que existan otras reglas o remedios que lo hagan²⁰. El aspecto relacional entre personas es el fundamento del derecho privado, especialmente en la tradición romana, y en este tráfico social es en el que pueden surgir o no los deberes de justicia entre las personas, protegidos en consecuencia por una regla jurídica. Si el derecho de los contratos y el de la responsabilidad civil son suficientes para tutelar todos los intereses dignos de las personas, no tendría sentido insistir en una tercera rama, en este caso, del enriquecimiento sin causa; si no fueran suficientes, entonces la justificación práctica del instituto se vería concretada, pues el enriquecimiento tutelaría intereses dignos que las otras ramas no pueden abarcar sin distorsionar su estructura.

Invirtiendo los términos: si las ramas de la *summa divisio* no pueden proteger acabadamente todos los intereses de las personas en el ámbito del derecho privado, y es necesaria la existencia de un remedio contra el enriquecimiento sin causa, ello dará el primer puntapié necesario para pasar al aspecto taxonómico y trazar el mapa del derecho privado paraguayo dividido no más en dos partes, sino en tres hemisferios: *contratos*, *responsabilidad civil* y *enriquecimiento sin causa* (más allá de la cuestión que todos sean del mismo tamaño o importancia).

Se trata, en suma de determinar si la acción de enriquecimiento sin causa tiene la *dignidad* teórica, por un lado, que amerite un tratamiento teórico como rama principalísima del derecho privado, y además la *autonomía* práctica suficiente que la acompañe, como herramienta suficiente y singular para hacer justicia entre particulares.

La respuesta tentativa e inicial a ambas cuestiones tiende a la afirmativa, en el sentido que el derecho de contratos y de responsabilidad extracontractual no pueden atender a todos los intereses dignos de tutela de las personas²¹ —al menos sin distorsionar

²⁰ El enfoque remedial, propio del *common law*, puede ser rescatado por el civilista para no olvidar que los derechos están precisamente para tutelar a los intereses de personas de carne y hueso. Oportuna una bella obra civilista sobre la materia, de A. DI MAJO: *La tutela civile dei diritti*, 4ta. Edición, Giuffrè, Milán, 2003, en la cual justamente indaga sobre el espacio que existe en el *civil law* creado a partir de la noción del “derecho subjetivo”, para organizar un sistema de tutela en torno a la idea del “remedio” (*vide* particularmente pág. xviii).

²¹ Por lo que seguirían siendo verdaderas las conclusiones de hace décadas del gran DAWSON, según las cuales “*we should be persuaded that any highly developed legal system needs restitution remedies and cannot get on without them*”; DAWSON, *Unjust enrichment...*, ob. cit., pág. 150. Por su parte, y concluyendo

su estructura conceptual-normativa— y es por ello necesario que los futuros estudios sobre la materia delinee la estructura conceptual-normativa del enriquecimiento sin causa para cerrar el círculo jurídico de nuestro derecho privado y tutelar intereses de las personas que las otras ramas no alcanzan.

IV

Pero, ¿cómo llevar a cabo una investigación en tal sentido? La misma no resulta *prima facie* fácil, particularmente si se recuerda que estamos ante un instituto del cual se ha dicho que puede ser reputado como “la justificación y razón de ser de todo el derecho privado” pero en contrapartida también que “no tiene ninguna utilidad práctica”. Obviamente, estamos ante una figura que puede significar muchas cosas muy distintas, según el cristal con que se lo mire.

Para peor y mayor dificultad, tal horizonte de posibles interpretaciones se da en un terreno extraordinariamente complicado que no en vano ha sido llamado un verdadero “bosque encantado”²², en el que se ha perdido más de un inocente transeúnte. Es que por “enriquecimiento sin causa” se han entendido, y se entienden, en realidad muchas cosas, lo que implica que en ocasiones las controversias y discusiones sobre el tema terminan siendo ilusorias, pues los contendientes en realidad están hablando de cosas totalmente distintas.

Así, como ha dicho un agudo estudioso de la figura, cuando se habla de enriquecimiento sin causa, uno puede referirse a cuatro realidades bien distintas:

- (i) *en primer lugar, a un principio general de Derecho que informa el ordenamiento jurídico;*
- (ii) *en segundo lugar, a la fundamentación y ampliación de la técnica cuasicontractual;*

sobre la autonomía propia de los remedios restitutorios ante la imposibilidad que el contrato y la responsabilidad civil den todas las respuestas que el ordenamiento requiere, decía DI MAJO: “*in tali casi, esclusa la possibilita che il proprietario possa avvalersi della tutela proprietaria per ottenere dal terso le utilita di cui lo stesso si e appropriato senza alcun titolo, ed escluso altresì che ricorrano nel caso i presupposti del danno causato da illecito, non potra che richiamarsi il divieto di arricchirsi a spese di altri senza giustificazione.*” DI MAJO, *La tutela civile...*, ob. cit. pág. 321.

²² DAWSON, *Unjust enrichment...*, ob. cit., en la *Introduction*.

- (iii) *en tercer lugar, a una acción subsidiaria fundada en el principio general de Derecho; y,*
- (iv) *por último, a una acción (de enriquecimiento sin causa) que busca equilibrar el valor que de un patrimonio ha pasado a otro sin serle correctamente atribuido por el orden jurídico.*²³

Esta lista, que por cierto no es exhaustiva, da una idea suficiente no solo sobre las distintas concepciones que han existido —y existen— del enriquecimiento sin causa, sino también deja en evidencia que las consecuencias que se den en un sistema jurídico, según se adopte una de las cuatro opciones, serán vastamente diferentes.

No es lo mismo, desde luego, decir que se trata de un principio general del derecho —el viejo y conocido “*ninguno non debe enriquecer torticeramente con daño dotri*” de las *Partidas*— asimilable al *alterum non ladere* de la responsabilidad civil (supuesto i), que defender la idea de que es una acción autónoma para equilibrar intercambios conmutativamente injustos en el tráfico social (supuesto iv). Reducir el enriquecimiento sin causa a un principio como el *alterum non ladere* equivaldría a sostener que pueden borrarse del Código civil los arts. 1833 y ss., que regulan detalladamente las condiciones y presupuestos bajo las cuales se aplicará en la práctica la vaga noción de no dañar a nadie para traerla a tierra, y las consecuencias en caso de reputarse imputable jurídicamente el daño a un sujeto²⁴. Pero eso, en un sistema jurídico moderno y sofisticado sería simplemente imposible de sostener, claro está; por lo que si se concibe al enriquecimiento como mero principio general, su operatividad práctica sería, efectivamente, nula, salvo casos excepcionalísimos (e.g., a caballo de considerarlo meramente como un remedio meta-normativo fundado en la equidad, de carácter de *ultima ratio*).

Parejamente, tampoco es lo mismo concebirla meramente como una acción subsidiaria basada en la pura equidad *à la française* (supuesto iii) que una acción autónoma fundada en el derecho positivo *à la tedesca* (supuesto iv). El primer caso supondría una

²³ ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, *El enriquecimiento sin causa*, Comares, Granada, 3ra. edición, pág. 14.

²⁴ Esto es lo que siempre me ha llevado a huir de las ligeras apelaciones al *alterum non laedere* en sede aquiliana, ante la intolerable vaguedad de los términos que impide la mínima precisión del análisis y la satisfacción de la necesidad de “tecnificar” a la responsabilidad civil extracontractual: ver, e.g., Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Arqueología de la responsabilidad civil en el derecho paraguayo*, La Ley, Asunción, 2009.

suerte de último remedio para el abogado desesperado en un caso en el que no le quede ninguna otra alternativa; en tanto que el segundo estaríamos ante una acción con la misma dignidad y fuerza que una acción contractual o una pretensión de reparación de daño por un acto ilícito, con consecuencias prácticas, y punto de partida teóricos, radicalmente distintos en cada caso. Pero, además, como surge incluso superficialmente, la *lógica* misma del sistema es radicalmente distinta en uno u otro caso: en el derecho francés, al ser una acción creada jurisprudencialmente en base a la equidad, todo el esfuerzo del jurista se centra en limitarla, esto es, en evitar, en palabras de CARBONNIER, “su excesiva dilatación”, “exigiendo requisitos concretos” para evitar una “sanción indefinida”²⁵; esta lógica está ausente en la versión germánica, en donde por el contrario hay una lógica *expansiva*, antes que represiva. La lógica subyacente en uno y otro caso, va de suyo, varía toda la interpretación del sistema.

Ante tantas divergentes posibilidades, ¿dónde cabe enmarcar a nuestro art. 1817, tan amplia pero vagamente concebido en su formulación normativa, para entender su verdadero sentido y función en nuestra dogmática jurídica?

V

Pues bien: resulta imposible responder acabadamente dicha interrogante sin hacer un análisis verdaderamente *estructural* del concepto del enriquecimiento sin causa en nuestro derecho, sin llegar a su *estructura profunda*. Esto incluye no solo sus puntos de contacto (y divergencias) con el contrato y la responsabilidad civil, sino también su evolución histórica, las aguas normativo-comparativas de las cuales abreva y se alimenta, y el contexto en el cual se ubica en el entramado normativo vigente, todo ello para determinar lugar si el mismo tiene autonomía suficiente como fuente de obligaciones, en qué casos y bajo qué circunstancias, y si, en su caso, tiene la misma dignidad que la otras dos fuentes de la *summa divisio*, y ser así el verdadero 1/3 del derecho privado paraguayo.

Afortunadamente, todo el *research programme* (para utilizar la terminología lakathiana), necesario en la materia ha sido resumido por Piero SCHLESINGER, un

²⁵ CARBONNIER, *Derecho civil*, Tomo II, Volumen III, *Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, pág. 171.

conspicuo jurista italiano, como p3rtico al moderno estudio del enriquecimiento sin causa, hace m3s de 50 a3os.

SCHLESINGER hab3a sostenido, en un breve pero influyente trabajo, que el verdadero significado de la norma, su estructura misma debe ser

“ricavabile alla stregua di un indagine storico-comparativistica da un lato, ed equitativa in relazione al comportamento della coscienza sociale di fronte alla modalit3 di un acquisto, dall'altro.”

(“obtenida de una indagaci3n hist3rico-comparat3stica, por una parte, y equitativa en relaci3n con el comportamiento de la conciencia social respecto de las modalidades de una determinada adquisici3n, por la otra”)²⁶.

Como se ve, SCHLESINGER, en una frase apretada pero pre3ada de significado y consecuencias, deja en claro los puntos que deben entretenerse para comprender al art. 2041 del *Codice*, fuente directa y exclusiva de nuestro art. 1817:

- (i) por un lado, un an3lisis hist3rico y comparativo (ambos se entrecruzan en 3sta materia);
- (ii) por el otro, un an3lisis en base a consideraciones de justicia de la soluci3n concreta (llamadas un tanto impropiaamente como “equitativas” en la cita), con referencia a los valores tutelados por el ordenamiento; y,
- (iii) si bien la cita no lo menciona expresamente, resulta impl3cito en el pensamiento del jurista italiano que este an3lisis, a su vez, debe encuadrarse dentro del sistema normativo, para dotarlo de un sentido integral u hol3stico.

Con este clar3n de batalla dogm3tico-jur3dico bien claro y construido sobre tal tr3pode conceptual, se puede construir la idea de un programa de investigaci3n sobre el art. 1817 del C3digo civil, en base a una visi3n verdaderamente *estructural* del instituto.

²⁶ P. SCHLESINGER, voz *Arricchimento (Azione di)*. *Diritto civile*, en *Noviss. Dig. It.*, I, 2, Tur3n, 1958, p3g. 1007.

VI

Ahora bien: la utilización del término “estructura” y la idea de un análisis “estructural” del enriquecimiento sin causa, puede parecer difícil de comprender, o bien, desubicada, si se considera que es un guiño al *estructuralismo*, enfoque filosófico que invadió los cafés y librerías en la década del sesenta del siglo pasado, pero que hoy puede ser considerado absolutamente *passé* (y sepultado, con el fallecimiento hace un par de años de su máximo exponente, Claude LÉVI-STRAUSS²⁷). Pero referir a la “estructura” no es un intento por revivir al estructuralismo e intentar aplicarlo *tout court* al enriquecimiento sin causa, sino rescatar la idea de la estructura de un instituto como una *metáfora metodológica* sumamente útil para el jurista, y en el caso del enriquecimiento, como una metáfora *sine qua non* para comprender a la institución.

Para que se entienda mejor:

Con la idea de un análisis estructural de la lingüística, SAUSSURE había propuesto dos tipos de enfoques para el estudio de una materia: la lingüística *diacrónica* y la lingüística *sincrónica*, cada una con su distinto proceder y objeto. La diacrónica constituía el estudio histórico de la evolución de los signos lingüísticos a través del tiempo, en tanto que la sincrónica se ocupaba específicamente de la relación entre los signos como sistema en la actualidad, de las interacciones y relaciones entre los distintos componentes del sistema lingüístico. “*Es sincrónico —explica— todo lo que se refiere al aspecto estático de nuestra ciencia, y diacrónico todo lo que se relaciona con las evoluciones*”²⁸. Para simplificar (hasta la distorsión), una estudiaba la palabra “gato” en su etimología y evolución en el tiempo en tanto que la otra estudiaba los signos “g-a-t-o” dentro del sistema lingüístico vigente en una comunidad determinada.

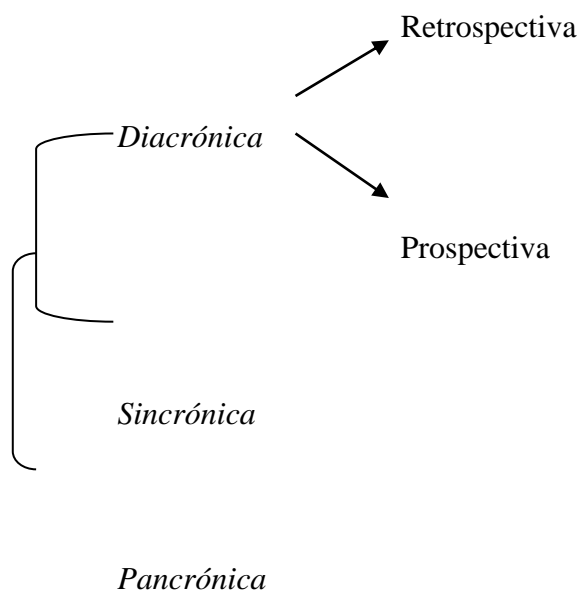
²⁷ Un recuento breve, y absolutamente magistral, del estructuralismo, sus raíces en la lingüística estructural de SAUSSURE, su desarrollo en la antropología de LÉVI-STRAUSS, sus objetivos, límites y ulteriores causas de deceso filosófico —principalmente con el advenimiento del post-estructuralismo— puede encontrarse en Gary GUTTING, *French Philosophy in the Twentieth Century*, CUP, Cambridge, 2001 (Capítulo 8, “The structuralist invasion”, págs. 215-257).

²⁸ Ferdinand DE SAUSSURE, *Curso de Lingüística General*, 24ta. Edición, Edit. Losada, 1945, pág. 107.

Ahora bien: en cuanto a la diacrónica, se proponía a su vez un desdoblamiento, entre una visión “retrospectiva”, es decir, mirando lo ocurrido hacia atrás, y otra “prospectiva”, mirando el curso de las cosas, con lo cual existen “dos perspectivas” desde el punto de vista puramente diacrónico²⁹. El enfoque sincrónico, por el contrario, se limitaba al estudio de la “relación entre los elementos simultáneos”³⁰, los que existen hoy y cómo se relacionan interdependientemente dichos elementos.

Finalmente, se preguntaba SAUSSURE si pueden estudiarse desde un punto de vista “pancrónico”, unificando ambos enfoques, estudiando las “relaciones que se verifican en todas partes y siempre”, y concluye que ello es posible, pero solo en cuanto a los principios generales y no los hechos particulares (el “punto de vista pancrónico”).

Para graficar el enfoque saussuriano:



Finalmente, de las consecuencias que tenía este enfoque sugerido por SAUSSURE, una tesis resultaba realmente radical: la relación entre uno y otro enfoque, es decir, entre lo diacrónico y lo sincrónico. Si bien parecería natural que la historia y evolución tenga un impacto y causalidad directa sobre la sistemática vigente en una lengua en un momento determinado –y que no puedan separarse los mismos ya que lo presente no se puede

²⁹ DE SAUSSURE, *Curso de Lingüística General...*, ob. cit., pág. 115.

³⁰ DE SAUSSURE, *Curso de Lingüística General...*, ob. cit., pág. 116.

entender sin lo precedente— el lingüista suizo es contundente en separar netamente a ambas, y privilegiar incluso —la misma “prevalece”—la sincrónica: “*la oposición entre los dos puntos de vista —sincrónico y diacrónico—es absoluta y no tolera componendas*”, y por ello existe una “*antinomia radical*”³¹ entre las mismas.

De hecho, este último punto fue posteriormente llevado al extremo en el estructuralismo, mediante la adopción de un anti-historicismo extremo, en el cual lo diacrónico tomaba claramente el asiento trasero a lo sincrónico, privilegiado y aislado en el análisis como lo decisivo³².

VII

Pero: ¿qué diantres tienen que ver estas viejas propuestas de análisis lingüístico con una investigación estrictamente jurídica sobre el enriquecimiento sin causa en nuestro derecho?

A primera vista, nada.

No obstante, las ideas de SAUSSURE pueden ser utilizadas, no en sus mismos términos —esto sería imposible *strictu sensu*— sino como se ha dicho más arriba, como una “metáfora metodológica” y por ende expositiva extraordinariamente útil y esclarecedora, que sirva como una hoja de ruta para comprender a cabalidad la estructura profunda del enriquecimiento sin causa en nuestro derecho.

Ello, particularmente porque:

- El enriquecimiento sin causa es, de entre todas las instituciones jurídicas del derecho privado, la que menos se puede entender si no se hace un análisis de su evolución histórica; resulta imposible llegar al corazón del instituto si no se entiende lo que es una *condictio*, o la *negotiorum gestio*, o la *actio in rem verso*, o de qué se trató el famoso *arrêt Boudier*, y así sucesivamente. Sin este análisis

³¹ DE SAUSSURE, *Curso de Lingüística General...*, ob. cit., págs. 108 y 120.

³² Así, GUTTING, *French Philosophy in the Twentieth Century...*, ob. cit. pág. 217.

diacrónico retrospectivo vertical, por así decirlo, simplemente es imposible entender cómo se llegó al art. 1817 de nuestro Código civil, ya que el mismo no surgió por “generación espontánea” en el seno de la *Comisión Nacional de Codificación* sino que tiene un pedigrí bien rastreable. Todo estudio que no parta de este punto de vista, tendrá una visión absolutamente parcial e incompleta de la institución³³.

- Por otra parte, existe otro componente histórico retrospectivo, pero no solo vertical, sino *horizontal*, que resulta *sine qua non* para tener una comprensión cabal del enriquecimiento sin causa: la indagación comparatística. Ello, porque así como la evolución histórica es crucial para entender cómo se llegó al art. 1817, también lo es el derecho comparado, porque esta evolución se fue ramificando en distintos troncos, cada uno con sus propias características³⁴. Así, no es lo mismo ser afiliado al sistema germánico de enriquecimiento sin causa, que al francés, o al italiano (como es el caso paraguayo), ni qué decir, al *common law*. Por otra parte, los “préstamos jurídicos”³⁵ han sido permanentes y consistentes en esta materia –el derecho francés de *enrichissement sans cause* viene de un libro de texto alemán que influyó a dos juristas franceses quiénes a su vez fueron tomados por la *Cour de Cassation* para introducir la *actio in rem verso* al Código napoleónico, por citar un solo claro ejemplo de polinización jurídica entre sistemas³⁶. Por lo demás, como ha resaltado James GORDLEY–sobre hombros de otros gigantes comparatistas como Alan WATSON y Rodolfo SACCO–es un *error fundamental* pensar que el derecho de un país concreto (por ej. el paraguayo) es un sistema unificado, solitario y aislado, antes que una

³³ Insiste correctamente en tal visión histórica el majestuoso *The law of obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (OUP, Oxford, 1995) de Reinhard ZIMMERMANN, págs. 834-900.

³⁴ Pionero en el análisis comparatístico fue, un tanto extrañamente, un profesor norteamericano, el ya citado DAWSON (*Unjust enrichment*, Boston, 1951), autor de un análisis perspicuo y absolutamente clásico que deja todavía muchas (muchísimas) enseñanzas valiosas; más cercano, igualmente profundo, e influyente, el análisis comparativo de ZWEIGERT & KÖTZ, *An Introduction to comparative law*, 3ra. Edición, OUP, Oxford, 1998, pág. 538 y ss.

³⁵ Si algo define al derecho privado occidental es la idea del “préstamo jurídico”; como le gusta repetir al Prof. Alan WATSON, jugando con el conocido *dictum* de HOLMES: “*the life of the law has not been logic and it has not been experience. It has been borrowing*”; ver WATSON, *The Spirit of the Roman Law*, Georgia Univ. Press, Athens, 2008, pág. 111. Sólo un verdadero maestro podría verlo tan claramente.

³⁶ Los exégetas franceses AUBRY y RAU se inspiraron en el gran jurista teutón del decimonónico ZACHARIÁ; y la *Cour de Cassation* a su vez tomó las ideas de los exégetas para introducir la acción de *in rem verso* en Francia; ver *infra* n. 52 y texto que acompaña.

amalgama de soluciones a problemas enfrentados en el pasado³⁷. Recurriendo a la idea de los “formantes jurídicos” (*legal formants*)³⁸, GORDLEY ha sostenido que mucho del derecho que consideramos como puramente nacional y autóctono en realidad no es tal, sino que los conceptos, instituciones y reglas jurídicas pasan de una nación a otra reteniendo o no su contenido original (desde el derecho romano en adelante). Piénsese nada más en la cantidad de “formantes jurídicos” que constituyen al actual derecho civil paraguayo – la base romana, con capas y capas de derecho francés, argentino, incluyendo sus proyectos de reforma, italiano, alemán, y así sucesivamente³⁹. Es una equivocación, y una bien grave, pensar que el derecho nacional –en este caso el paraguayo– es un sistema autóctono, generado espontáneamente, en lugar de una mezcla de soluciones construida a través del tiempo y del espacio. Y, si hay un instituto jurídico que simplemente no puede entenderse sin hacer derecho comparado transversal, ese es el de enriquecimiento sin causa, que se ha construido sobre capas de préstamos y construcciones dogmáticas e históricas entre distintos sistemas jurídicos.

- Como puede observarse, y tomando en préstamo las ideas saussurianas, el análisis *diacrónico* –vertical (histórico) y horizontal (comparado)— está plenamente justificado, e incluso exigido, en el enriquecimiento sin causa.
- Pero, claro está, al ocuparnos de un sistema normativo como el derecho privado paraguayo (positivo), el análisis sincrónico es igual o aún más importante que el diacrónico. Ello, pues desde que se concibe al ordenamiento jurídico como un *sistema* –idea clave en el desarrollo del derecho moderno⁴⁰— es imposible no

³⁷ James GORDLEY “Comparative Law and Legal History”, particularmente págs. 761-763 en REIMANN-ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, 2008.

³⁸ Idea que como desde luego reconoce GORDLEY tiene su fuente en el prestigioso comparatista italiano R. SACCO, “Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law” (1991) 39 AJCL 1.

³⁹ En un trabajo anterior he constatado la gran cantidad de fuentes que constituyeron solo una parte de nuestro Código Civil, en este caso, la responsabilidad civil; una verdadera “ensalada de formantes jurídicos”: Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Arqueología de la responsabilidad civil en el derecho paraguayo*, Edit. La Ley, Asunción, 2009.

⁴⁰ En la tradición continental, obviamente es crucial para entender al derecho como “sistema” la referencia a KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, (2da. Edición), UNAM, México, 1979, en tanto que en la anglosajona, a HART, *The Concept of Law*, OUP, Oxford, 1961; luego del ataque a la visión sistémica por parte de VIEHWEG en la mitad del siglo veinte, resulta fundamental el rescate de CANARIS, re-interpretando en clave sensata la noción de sistema como “conjunto de valores”, la noción de sistema construida sobre valores y principios.

analizarlo sincrónicamente, y ver la relación entre los distintos elementos que componen el sistema, sus interrelaciones, puntos de antinomia, de concordancia, y así sucesivamente. En este sentido, el art. 1817 del Código civil no se dictó en una suerte de vacío o agujero negro legal, sino en un complejo entramado de normas que debe ser objeto de un análisis y reconstrucción a partir de valores, principios, conceptos y reglas, para comprenderlo sensatamente. Este enfoque sistémico debe ser no solo “externo” –la relación entre el enriquecimiento y las otras ramas del derecho, como la propiedad, el contrato o la responsabilidad civil— sino también “interno” –la pregunta de la existencia de una categoría de “remedios restitutorios” y la relación entre los mismos—. Así, en esta segunda cuestión, cabe formular las siguientes preguntas: ¿cuál es la relación entre el art. 1817 y el art. 1819 que establece el pago de lo indebido? ¿Cuál es el rol de los llamados *remedios restitutorios* en nuestro derecho? Y en cuanto a lo primero, las siguientes preguntas: ¿cuál es la relación entre el enriquecimiento sin causa y la responsabilidad civil? ¿Y el derecho contractual? ¿Existe una relación entre la importancia del enriquecimiento sin causa en un sistema y la amplitud con la cual ese sistema regula a la responsabilidad extracontractual (por ej. el caso del derecho alemán)? Y así sucesivamente. En suma, la pregunta principal es: en la sistemática general del Código, ¿cuál es el lugar, el rol, y el ámbito de aplicación del enriquecimiento sin causa? Sólo un análisis sistémico, *sincrónico*, puede dar una respuesta.

- Una cuestión que a su vez debe ser atendida, y que también resulta de trascendencia, es la relación entre el análisis diacrónico del enriquecimiento sin causa y el sincrónico, esto es, el grado en el que su evolución histórica y comparada tiene un impacto sobre su interpretación sincrónica o sistemática. En la estela de SAUSSURE se pensaba que ambos enfoques eran radicalmente antinómicos, y que el análisis sincrónico se liberaba y desencadenaba del diacrónico. ¿Sucede lo mismo en el enriquecimiento sin causa? A primera vista, no. Parecería imposible interpretar sistemáticamente al art. 1817 sin entender de

Claus-Wilhelm CANARIS, *El Sistema en la Jurisprudencia*, Fundación del Notariado, 1998 y en general para los términos del debate LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

dónde salió; pero, no han faltado voces, y muy autorizadas⁴¹, que han caracterizado a la acción del enriquecimiento sin causa similar a la de nuestro art. 1817 señalando que justamente *sólo puede entenderse como una acción nueva y separada* de las antiguas *condictio, actio in rem verso* y así sucesivamente, dando pie a una visión saussuriana del tema. Es otra indagación en la cual la contrastación entre sincronía-diacronía es útil e iluminadora, ya que quizás la acción del art. 1817 liberada de sus antecedentes puede tener otra significancia y utilidad.

- Por último, y si bien los límites estrechos de la propuesta original saussuriana aquí se rebosan ampliamente y con mucha mayor claridad, la visión “pancrónica” resulta de una importancia clave en la investigación de una cuestión jurídica. Ello, en el entendimiento de que la tarea del jurista no puede limitarse a una mera descripción de la evolución histórica, o bien del derecho comparado, ni siquiera del sistema vigente, sino que exige justamente una tarea verdaderamente *integrativa*, en una sola visión de lo diacrónico y lo sincrónico, del derecho comparado y el vigente, en una síntesis verdaderamente *pancrónica*. Así, el devenir histórico del instituto y su evolución vertical diacrónica, se debe conjugar con su evolución histórica horizontal, con el derecho comparado, y contrastar ambos antecedentes con el sistema del Código, para poder obtener así una nueva síntesis fresca. Pero, para esta síntesis no basta, como muchas veces se hace en nuestra cultura jurídica, la mera cita a la dogmática de un país, o a su jurisprudencia, pues el sistema producido por la combinación de fuentes que alimenta a nuestro Código civil de 1987 es, en un sentido radical, *único y autóctono*. El mismo requiere un estudio que tenga en cuenta esta particularidad y que, a partir de este dato, intente comprenderlo y tornarlo inteligible. Para ello, se impone, en palabras de Neil MACCORMICK, una “reconstrucción racional” de nuestro sistema del derecho de enriquecimiento sin causa.⁴²

⁴¹ En este sentido, por citar un ejemplo, la obra de ALBANESE, *Ingiustizia del profitto...*, ob. cit. (n. 4 *supra*) puede ser leída en buena medida como un llamado a desprender al art. 2041 del *Codice* de sus raíces; con consecuencias radicalmente distintas, pero en espíritu parecido, GIGLIO, “La *actio in rem verso...*”, ob. cit. (n. 15 *supra*).

⁴² La terminología del gran (y tempranamente fallecido) iusfilósofo escocés Sir Neil MACCORMICK, se encuentra en su bello *Rhetoric and the Rule of Law*, OUP, Oxford, 2005. Ahí expresa, entre otras cosas, que

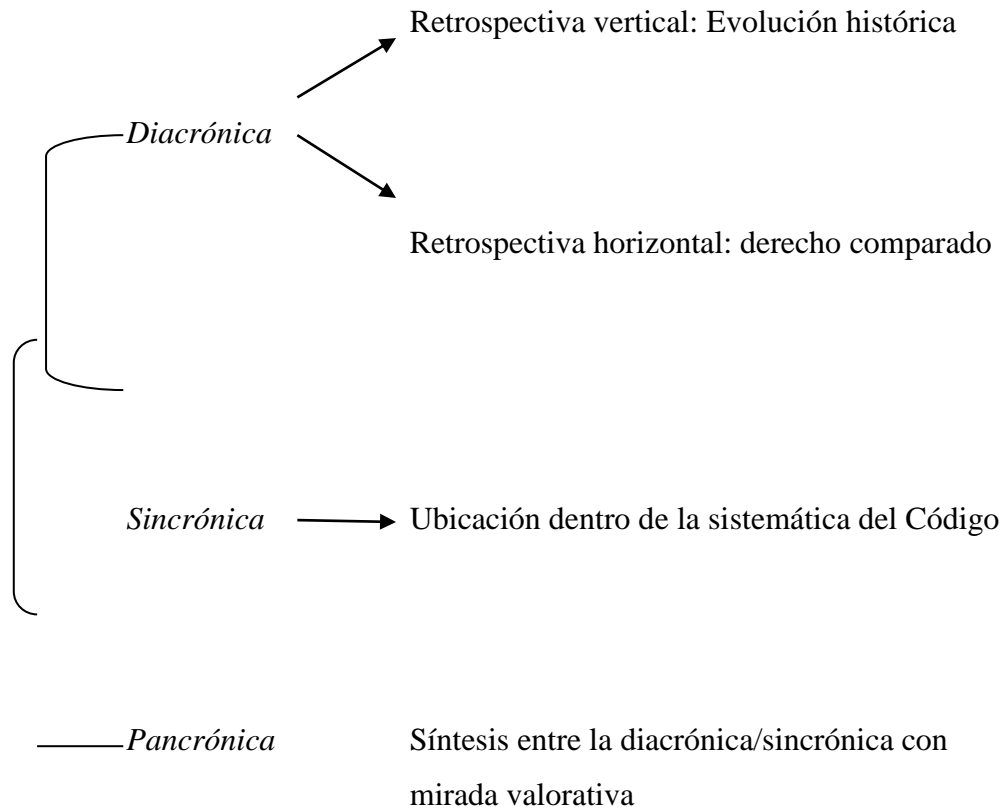
- Síntesis que, *malgré* KELSEN, será realizada con vista a los valores y principios sustanciales del sistema, y no en base a meras construcciones avalorativas, puramente descriptivas o axiológicamente alérgicas. La literatura teórica y filosófica sobre el derecho en este sentido ha dado grandes pasos sobre esta cuestión, que no siempre han sido considerados por nuestra doctrina. ¿Pueden entenderse las instituciones jurídicas sin referencia a los valores que las sustentan? ¿Cómo aplicar sensatamente las normas jurídicas que pueden ser pertinentes para resolver un caso o entender una figura sin atender a los intereses humanos concretos que la misma promueve o protege? ¿Cuáles son los fines o la función que cumple el enriquecimiento sin causa? Y así sucesivamente. Una vez que se abandona el conceptualismo jurídico o las posiciones axiológicamente escépticas, se hace urgente e imperioso un análisis que atienda a las necesidades e intereses tutelados por el enriquecimiento sin causa, ya que el mundo jurídico no se da en un vacío aséptico, sino en una realidad llena de “dolor y muerte”, en la expresión gráfica y memorable de un malogrado teórico del derecho norteamericano.⁴³

En suma: de los párrafos precedentes surge, con diáfana claridad, que el análisis verdaderamente estructural del instituto es el único que permite una visión holística y completa del mismo, para entender qué función cumple en nuestro derecho el art. 1817 del Código civil y cómo cabe interpretarlo y aplicarlo en la práctica. Es, se insiste, la única manera de dilucidar el significado extremadamente parco de las palabras que le ha dedicado al legislador: apenas 2 artículos referidos a la figura, a diferencia de los más de 1.000 dedicados al contrato y los casi 100 dedicados a la responsabilidad civil.

la “reconstrucción racional” es un método para “interpretar y elucidar grandes cantidades de datos o materiales en el contexto de las humanidades, por ejemplo el caso del derecho. Los materiales que estudiamos como derecho se nos presentan en primera instancia como confusos y desordenados, con lagunas en muchos lugares. La tarea de elucidación y explicación supone seleccionar de la masa no-analizada y reconstruirlos de forma tal a tornarlos comprensibles por ser partes de un todo coherente y bien ordenado” (pág. 29). (Debe reconocerse, como lo hace el propio MACCORMICK, que la idea se encuentra ya en las páginas de Ronald DWORKIN, *Law’s Empire*, Hart Publishing, Oxford, 2000 – especialmente, en lo referido a lo que llama las etapas de la interpretación, pág. 65 y ss.).

⁴³ ROBERT COVER, “Violence and the Word”, 95 Yale L. J. 1601 (1985-1986), pág. 1601.

De esta manera se llega al análisis estructural del enriquecimiento sin causa, retocando y replanteando la metáfora saussuriana, que puede ser graficada de la siguiente manera:



Nótese, de paso, lo cerca que estamos de las palabras de SCHLESINGER ya citadas más arriba: una indagación histórico-comparatística y que tenga en cuenta la justicia (los valores) del instituto. Es lo mismo, dicho en términos más pomposos y pedantes. Pero la verdad es que sólo siguiendo este derrotero podrá llegarse a las conclusiones sobre el verdadero lugar y sentido del art. 1817 en nuestro derecho, de su función, de sus límites, de su potencial y también de las modificaciones que cabría introducir dentro del sistema, si así fuere recomendable.

VIII

De esta manera, cualquier futura teoría del enriquecimiento sin causa en nuestro derecho deberá partir primeramente del dato normativo elemental, esto es, del art. 1817,

que consagra legislativamente a la idea del enriquecimiento sin causa. Ello, a diferencia de lo que sucedía con el antecesor, el Código de VÉLEZ SARSFIELD, lo que supuso una innovación clara en este sentido –la “consagración categórica”⁴⁴, en palabras de la *Exposición de Motivos* de nuestro Código—, ante el silencio del codificador cordobés.

Ya desde el principio mismo, dicho sea de paso, el análisis hasta superficial indica que es imposible entender al instituto sin hacer una indagación diacrónica del mismo: la única forma de comprender la razón por la cual el enriquecimiento sin causa no se encontraba en el Código anterior es remontándose al *Code* francés, el cual sólo había recogido al *paiement d'indu*, o pago de lo indebido, dejando a un lado las demás posibilidades. Y esto sólo tiene su explicación en un error que había cometido POTHIER, gran inspirador del Código francés, que sólo había concebido al pago de lo indebido –la *condictio indebiti*—, dejando de lado a las demás *condictio* del derecho romano⁴⁵.

Ab initio queda claramente establecida la necesidad del análisis diacrónico.

Seguidamente, se debe ir verticalmente hasta el vértice, hasta el principio: las bases romanas del enriquecimiento sin causa. Para comprender los gérmenes romanos del instituto, debe hacerse referencia a las tres grandes fuentes que alimentaron la noción moderna del enriquecimiento sin causa⁴⁶:

- (i) en primer lugar, el sistema clásico de las *condictio*, las cuales a su vez sólo pueden ser comprendidas dentro de la noción de los actos abstractos y también del derecho procesal remedial y formal de los romanos;
- (ii) en segundo lugar, la romanísima institución de la *negotiorum gestio*, que no se ajusta a ninguna de las fuentes de la *summa divisio*, esto es, de los contratos y delitos, sino que fue receptada dentro de ese popurrí que era las acciones *quasi ex contractu*; y finalmente

⁴⁴ Miguel A. PANGRAZIO, *Código Civil Paraguayo Comentado*, Tomo I, Edit. Intercontinental, Asunción, Pág. 111.

⁴⁵ *Inter alia*, ver ZWEIGERT & KÖTZ, *An Introduction to comparative law...*, ob. cit. pág. 545 y ss.

⁴⁶ Magistral, ZIMMERMANN, *The law of obligations...*, ob. cit. págs. 834-886.

- (iii) la noción igual y exclusivamente romana de la *actio in rem verso*, figura creada para resolver lagunas en el marco conceptual-normativo de los juristas romanos en la representación y en consecuencia en relaciones tri-partitas, de la cual surge la moderna acción de *enrichissement sans cause* de la jurisprudencia francesa y el problema del enriquecimiento sin causa tri-lateral.

La discusión debe considerar especialmente la matriz procesal-conceptual en la cual surgieron tales institutos en el derecho romano —por ej. el esquema procesal y formal de las *actiones*— pues ello ayudará a comprender mejor por qué los juristas romanos utilizaban las *condictio* o la *in rem verso* en circunstancias que hoy carecerían de sentido⁴⁷.

Demás está decir que esta indagación diacrónica del derecho romano se deberá hacer, en nuestro país, exclusivamente sobre fuentes secundarias —y dentro de ellas, las disponibles en nuestro medio— no pudiendo bajo ningún punto de vista proponerse una investigación primaria sobre las fuentes romanas en nuestro ámbito, por razones que son de público conocimiento.

Lo mismo cabe decir —e incluso con mayor razón aún— desde luego, de la evolución posterior de las *condictio*, la *negotiorum gestio* y la *in rem verso*, en la recepción del derecho romano, en el derecho de los glosadores y post-glosadores, y en el derecho común, hasta llegar al iusnaturalismo moderno⁴⁸. Si bien existe casi unanimidad en considerar, por ejemplo, que fue GROCIO el padre inmediato de la acción moderna y general de enriquecimiento sin causa⁴⁹, o que la cuestión del enriquecimiento fue debatida intensamente entre los glosadores y los humanistas, no es menos cierto que el acceso primario a dichas fuentes es imposible en nuestro ámbito, razón por la cual la diacronía se efectuará, nuevamente, sobre fuentes secundarias que han unido los hilos conductores entre

⁴⁷ Al respecto, ineludible es F. SCHULZ, *Derecho Romano Privado Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960.

⁴⁸ Son clásicas las páginas en este punto de DAWSON, *Unjust enrichment...*, ob. cit. pág.64 y ss. (a. 1100-1400). Para la idea de que “hubo mucho, e importante, derecho” entre el derecho romano y el moderno, resulta ineludible el magistral libro de James GORDLEY, *The Jurists, A critical history*, OUP, Oxford, 2014, con abundantes y luminosas referencias de las distintas escuelas que se dieron con el paso de los años y que usualmente no son consideradas (especialmente los escolásticos tardíos y los humanistas).

⁴⁹ Decisivos y concluyentes son los estudios del maestro holandés Robert FEENSTRA al respecto; un resumen en FEENSTRA, “Grotius’ Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: Its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law”, en Eltjo SCHRAGE (ed.), *Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Humblot, Berlín, 1995, pág. 197 y ss.

el derecho romano clásico y post-clásico, y las codificaciones modernas. Usualmente, los análisis históricos en el derecho van directamente del derecho romano a las codificaciones modernas, obviando la gran verdad de que en el período intermedio se produjeron grandes cambios en las ideas romanas, y precisamente en el enriquecimiento sin causa se encontrará un claro ejemplo de ello.

Al llegar al umbral de las codificaciones modernas, el análisis diacrónico *vertical*, como lo he llamado aquí, se expande hacia los costados y se convierte en análisis diacrónico *horizontal*: los distintos sistemas dentro de la familia romana empiezan a divergir, y es crucial seguir estos caminos distintos, que en ocasiones se entrecruzan, pero en otras se diferencian profundamente.

Dentro de la familia romana, a su vez, cabe distinguir netamente entre dos grandes ramas:

- (i) la francesa, que no acogió la acción autónoma de enriquecimiento sin causa, limitándose a receptor el pago de lo indebido (la llamada *condictio indebiti* romana), y la *negotiorum gestio*, y
- (ii) la germana, que por el contrario consagró expresamente una *condictio* general *sine causa*, una verdadera acción de enriquecimiento sin causa, a la par de recoger las demás *condictio* del derecho romano (incluyendo desde luego la *indebiti*).

Las divergencias entre ambos sistemas son profundas, aunque se han visto hasta cierto punto acortadas con el acogimiento jurisprudencial en el derecho francés –mediante el célebre caso *Boudier* y sus sucesivas confirmaciones– de una acción general por vía pretoriana. Pero las diferencias siguen siendo sumamente profundas: el origen equitativo de la acción francesa, contrasta fuertemente con la visión de una acción *stricti juris* de la tedesca, y además, la jurisprudencia francesa incorporó expresamente la noción de la *subsidiarité* de la acción, totalmente foránea al derecho teutón, que limita severamente –incluso a riesgo de tornarla inaplicable en la *praxis*– el ámbito de actuación del enriquecimiento sin causa. Estas diferencias se explican además verticalmente: el derecho

germánico siguió la idea abstracta de una *condictio sine causa generalis* en tanto que el francés llegó a la solución jurisprudencial más bien a través de la *actio in rem verso*. Esto, obviamente, tiene no poca incidencia a la hora de explicar las diferencias entre los institutos comparativamente.

A su vez, la rama francesa del enriquecimiento ha tenido un desarrollo posterior que más que sub-rama podría calificar más bien como una verdadera nueva rama autónoma, que es precisamente la italiana. Ello, pues al ser posterior cronológicamente (el *Codice* es de 1942) la rama napoleónica de codificación ya contaba con una acción de rasgos bien definidos de *enrichissement sans cause*, bien que creada jurisprudencialmente, la cual —a pesar de existir voces extraordinariamente autorizadas en disidencia como la de ROTONDI⁵⁰, que consideraban un despropósito a la figura— fue incorporada en el texto legislativo final. Esto se cristalizó en dos normas expresamente dedicadas al *arricchimento senza causa*, los arts. 2041 y 2042, que recogieron primeramente la idea de una acción general de “enriquecimiento injusto” (art. 2041, con la incorporación de la “*mancaza de giusta causa*” o “causa justa”) y en segundo lugar, la idea de neta filiación francesa de la “subsidiariedad” (art. 2042).

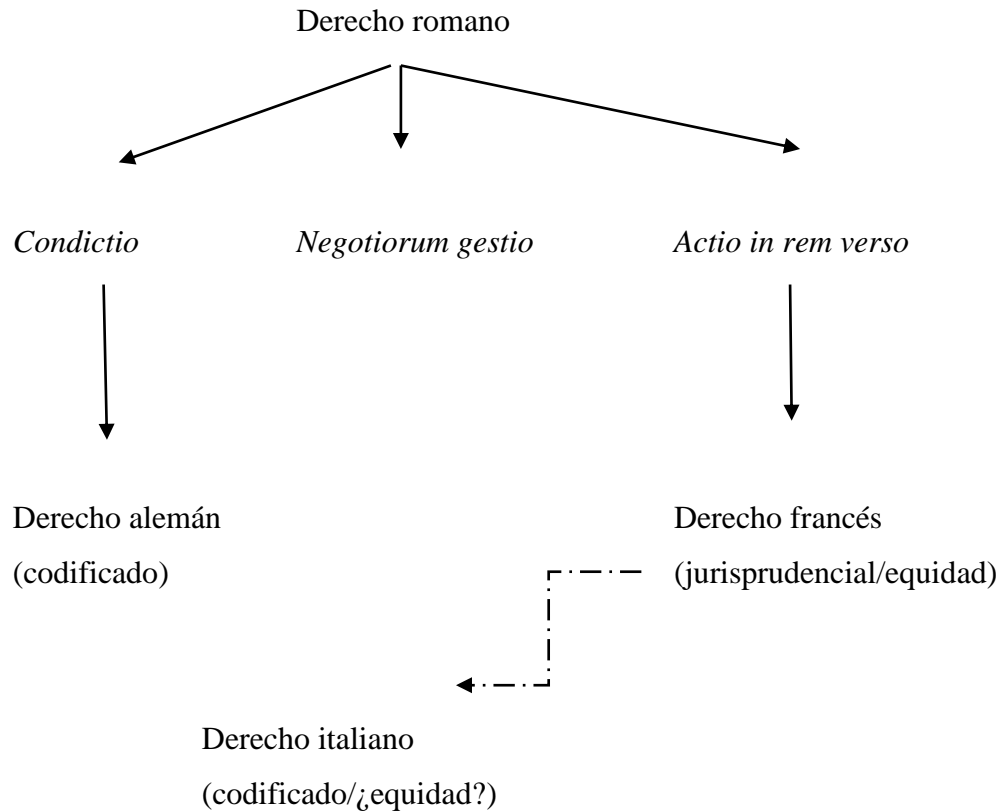
Los artículos 1817 y 1818 del Código paraguayo son copias casi literales de estas dos normas, aunque con algunos cambios, los cuales a su vez y precisamente deben ser objeto de detenido estudio para comprender el alcance de dichas mutilaciones legislativas, y si tienen alguna implicancia práctica (el mayor, sin dudas, es la a primera vista inexplicable eliminación de la frase “*mancaza di giusta causa*”, esto es, la omisión de la causa “justa” que han hecho nuestros codificadores).

La filiación diacrónica vertical/horizontal de nuestro art. 1817 puede trazarse entonces en forma relativamente visible:

derecho romano → *derecho medio* → *jurisprudencia de la Cour de Cassation y doctrina gala, para llegar finalmente* → *al Codice italiano (y su doctrina)*.

⁵⁰ ROTONDI, *L'azione di arricchimento*, II, *Il fondamento dell'azione nella dottrina italiana e francese*, Riv. Dir. Comm. 1924 I. pág. 450 y ss.

Para graficar (en forma simple y hasta la distorsión):



La historia, dicho sea de paso, pudo haber sido bien distinta: en su *Anteproyecto*, DE GÁSPERI, fuertemente influenciado por BIBILONI —a la vez, siempre fiel tributario de las ideas tudescas— transcribió buena parte de las normas del BGB alemán sobre el enriquecimiento sin causa. De haberse adoptado a libro cerrado el *Anteproyecto*, Paraguay podría haberse inscrito claramente en la rama germánica, con lo cual el protagonismo, al menos teórico, del enriquecimiento injustificado hubiera sido exponencialmente mayor en nuestro derecho. Harina de otro costal es el análisis de cómo hubiese funcionado este trasplante jurídico en nuestro derecho, tomando al derecho alemán como base, el cual es de hecho el portaestandarte actual del moderno enriquecimiento injustificado⁵¹.

Lo cierto y lo concreto es que todo análisis para entender la aparición del art. 1817 del Código debe partir del gráfico superior, en el cual se grafica el pedigrí de dicha norma.

⁵¹ Algunas palabras al respecto en el comentario al art. 1817 del Código civil, en AA.VV. *Código civil de la República del Paraguay*, tomo VI-B, La Ley, Asunción, 2009 (R. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, comentario al art. 1817, págs. 829-830).

IX

El análisis diacrónico horizontal resulta necesario, también, porque es el único que permite aprehender mejor los problemas para los que ha sido utilizado el enriquecimiento sin causa en cada sistema, y el por qué, en algunos ordenamientos, tiene un rol mayor o menor.

Para muestra vale un botón bien evidente: el derecho alemán, con el *abstraktionprinzip* o “abstracción” de los actos jurídicos, tiene necesidad de contar con la *condictio* pura para poder revertir los efectos de contratos anulados, en tanto que los sistemas que no tienen el principio de abstracción resuelven el problema con reglas puramente contractuales. O, lo que es todavía más pertinente, el análisis es aún más imperativo pues al ser nuestro derecho en esta materia francamente tributario del sistema francés/italiano, se acogen conceptos como la “subsidiariedad” de la acción, que resulta no menor en términos prácticos, y esto solo puede entenderse volcando el anteojos jurídico a los sistemas en los cuáles surgió esa regla⁵².

La evolución de la rama francesa/italiana ha sido bien distinta de la germánica, lo que explica las diferencias en una y otra rama, y este es un punto a destacar en el análisis diacrónico horizontal.

Con relación a la rama francesa:

Como ya se adelantó, la poderosa influencia de POTHIER sobre el Código civil francés, y su visión estrecha de las *condictio* —limitándose al *paiment de l'indu* o pago indebido—ha significado que el *Code* se limitó a regular a la *condictio indebiti* (pago de lo indebido) y la *actio negotiorum* (gestión de negocios), dejando así de lado a la *condictio sine causa* y la *actio de in rem verso*⁵³. Esto fue un apartamiento de la tradición del *ius*

⁵² Para ello, las insuperables páginas de ZWEIGERT y KÖTZ, *An Introduction to comparative law...*, ob. cit. pág. 542 y ss.

⁵³ Un apretado, pero excelente, resumen en BEATSON y SCHRAGE (editores), *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pág. 35 y ss.

commune, y con el tiempo la jurisprudencia alcanzaría a estas omisiones para llenarlas de alguna manera.

En una primera etapa, influida bajo la concepción puramente exegética del derecho (1804-1870), la *Cour de Cassation* francesa negó toda posibilidad de existencia a la acción autónoma de enriquecimiento sin causa, aisladamente considerada, debido al simple hecho que el texto del Código francés no acogió expresamente un artículo en tal sentido. Más allá de las discusiones que se suscitaron en la doctrina, lo cierto y lo concreto es que la posibilidad de admitir la acción no estaba reconocida ante el silencio del texto codificado.⁵⁴ No obstante, las constricciones del *Code* fueron tan severas en esta materia que en menos de cien años los tribunales franceses tuvieron que “romper los límites y redescubrir el enriquecimiento injusto en sus propios términos, por sus propios medios, y saliendo bien fuera del texto del *Code*”.⁵⁵

Ello fue posible mediante una polinización comparatística, a través de la cual la obra de un notable jurista alemán, ZACHARIÄ —en Alemania al menos teóricamente el enriquecimiento sin causa era concebido ya como acción general y autónoma— fue receptada por los dos más importantes exégetas: AUBRY y RAU⁵⁶. Construyendo inequívocamente sobre estas ideas, la jurisprudencia de la Corte de Casación dio un giro radical al aceptar la acción general de enriquecimiento indebido en el *leading case Boudier* (del 15 de junio de 1892), por el cual se condenó al propietario de una finca a pagar al proveedor de fertilizantes el precio impago (más los intereses) por el que los mismos fueron entregados al antiguo arrendatario de la finca antes de la rescisión del arrendamiento. La *Cour de Cassation* invocó el principio de equidad que prohíbe enriquecerse a expensas y en detrimento de otro y afilió sus ideas específicamente a la antigua idea de una *actio in rem verso*; y aunque ninguna disposición legal reglamentara el ejercicio de la acción expresamente, bastaba con que el actor alegase y probase la

⁵⁴ DE GÁSPERI, *Tratado de las obligaciones*, EJEA, Buenos Aires, tomo II, pág. 356.

⁵⁵ DAWSON, *Unjust enrichment...*, ob. cit. pág. 109.

⁵⁶ La obra de estos dos juristas fue fundamental para el acogimiento jurisprudencial del enriquecimiento sin causa, pero en su vertiente de *actio de in rem verso*, como regla de equidad y desvinculada de la *actio negotiorum gestio*. Para ello, en vez de presentarla como un caso de gestión de negocios anormal, la presentaron como una de las facultades inherentes al derecho de propiedad de reclamar por medio de una acción personal, la restitución del mismo objeto (o del valor que lo representa) de que uno de los patrimonios ha sido despojado a título oneroso y sin causa legítima. Ver DE GÁSPERI. *Tratado...*, tomo II. págs. 360, 361.

existencia de una ventaja proporcionada por él, mediante un sacrificio o un hecho personal, a la parte demandada.⁵⁷

Luego, con la sentencia del 12 de mayo de 1914, dictada por la Corte de Casación en el caso conocido como el caso de la viuda de *Clayette*, la ausencia en el Código de la acción de *in rem verso* quedó suplida pretorianamente y restringida la procedencia de la acción a la ausencia de otra acción derivada de un contrato, cuasi contrato, delito o cuasi delito, esto es, la idea de la *subsidiarité*⁵⁸.

Estas sentencias consolidaron la subordinación del texto legal a un *principio* de la moral⁵⁹, lo que implicó el abandono de la interpretación de la escuela exegética y el reconocimiento pretoriano del enriquecimiento sin causa, bien que limitado como remedio de excepcional de *equidad* y de corte “subsidiario”. Ambas características –la idea de un remedio equitativo, por un lado, y subsidiario por el otro— provienen de la rama francesa, que tiene una lógica “represiva” antes que expansiva, como se vio más arriba, lógica que debe ser encarada de cabeza en toda investigación de nuestro art. 1817.

Con relación a la rama germánica:

Un camino radicalmente distinto fue el que tomó el BGB alemán.

Bajo la influencia poderosa de SAVIGNY, que unificó a las viejas *condictio* del derecho romano bajo una única y general *condictio sine causa generalis*, el Código alemán acogió por primera vez una acción general de enriquecimiento en su §812, que es una cláusula general de enriquecimiento sin causa, despegada de toda noción de equidad o de subsidiariedad⁶⁰. La regulación fue más allá, e incluyó once párrafos del BGB –del §812

⁵⁷ DE GÁSPERI, *Tratado...*, tomo II. pág. 363. Mucha más información de este caso y su evolución en BEATSON y SCHRAJE, *Unjustified enrichment...*, ob. cit. pág. 36 y ss.

⁵⁸ DE GÁSPERI, *Tratado...*, tomo II. págs. 364-5; ahí comenta que la Corte de Casación trasegó la fórmula de AUBRY y RAU, considerándola por su carácter anti-exegético pero rigurosamente jurídico. Tampoco, cuenta, se otorgaba la acción cuando en el curso de una instancia se la ejerce en sustitución de otra acción distinta, originariamente fundada en una obligación contractual cuya prueba el actor estuviese en la imposibilidad de producir de acuerdo con las formas impuestas por los artículos 1341 y 1347 del Código Civil francés.

⁵⁹ DE GÁSPERI, *Tratado...*, tomo II. pág. 369. Entre los que comparten la idea de la moral y la equidad como fundamento de la acción, cita a RIPERT, BONNECASE, MARCADÉ y ROUAST.

⁶⁰ ZIMMERMANN, *The law of obligations...*, ob. cit. pág. 872 y ss. Por su parte, no faltan aquellos que sostienen, con no pocos argumentos, que el padre de la *ungerechtfertigten Bereicherung* como nueva figura

al 822— que se ocupan en forma detallada y profusa a la figura el enriquecimiento sin causa, la “*ungerechtfertigten Bereicherung*”.

El quiebre verdaderamente radical –hasta revolucionario—con la (hasta en ese entonces) ortodoxia en el *civil law* fue sin dudas el acogimiento del principio general, en el §812.⁶¹ El mismo englobaría no solo a las clásicas *condictiones* (*indebiti, causa data causa non secuta, ob turpem vel iniustam causae*, etc.) sino que iría más allá, abarcando casos que no podían enmarcarse estrictamente en las *condictiones* de la tradición. De esta forma, el §812 constituye un verdadero “paraguas” normativo que es capaz de englobar toda pretensión de enriquecimiento sin causa jurídica⁶², dando a la figura una inusitada importancia que no tenía en otras codificaciones clásicas. Los otros párrafos del BGB regulan más extensamente a cada tipo de *condictio*, mientras que los §813-814 se encargan de la tradicional *condictio indebiti* con mayor detalle.

Ahora bien, el acogimiento del principio general, si bien revolucionario, fue puesto en duda por la doctrina germánica, que se preguntó reiteradamente si la generalidad del mismo no impedía una aplicación a casos concretos dada su extremada vaguedad.⁶³

Esto ha obligado a un trabajo de interpretación y deslinde del sistema en una serie de tipos y sub-tipos de casos de enriquecimiento, derivados de una distinción formulada a partir del § 812, que establece: “*el que por la prestación de otro o de cualquier otra forma obtiene algo sin causa jurídica...*”, creando los *Grund-typen* o tipología de supuestos de enriquecimiento sin causa⁶⁴.

incorporada al Código alemán fue el gran pandectista Bernhard WINDSCHEID; así, por ejemplo, el notable civilista español BADOSA COLL afirma sin ambages: “Windscheid, es su verdadero creador y quien emancipa al enriquecimiento injustificado, ampliándolo, respecto de las condiciones”, en su “El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto”, incluido en BOSCH CAPDEVILA (director), *Nuevas Perspectivas del Derecho Contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, pág. 71.

⁶¹ Aunque a un romanista de la talla de Fritz SCHULZ, esta generalización del principio ha significado una “ruina” e “infelicidad”, algo “lamentable”, que ha desfigurado el sistema romano clásico “más sano y estructurado”, pues contenía una tipificación de los supuestos de aplicación de las *condictiones*. Ver SCHULZ, *Derecho romano clásico...*, ob. cit. en el no. 1042.

⁶² BEATSON y SCHRAGE (editores), *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment...*, ob. cit. pág. 51.

⁶³ Por todos: Dieter MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Edit. Bosch, 2000, pág. 677.

⁶⁴ Ver en general G. DANNEMANN, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution. A comparative introduction*, OUP, Oxford, 2010.

En un principio la doctrina no había distinguido acciones derivables de este párrafo; sin embargo, a partir de un célebre estudio de WILBURG de 1934⁶⁵, ampliado por otro todavía más conocido de VON CAEMMERER, el “o” de esta norma (y las dos partes subrayadas) ha sido interpretado como estableciendo dos grandes tipos de pretensiones de enriquecimiento sin causa: (i) la *condictio* de la prestación (*Leistungskondiktio*), y (ii) la *condictio* en la falta de prestación o de no-prestación (*Nichtleistungskondiktio*). Esto ha permitido a la doctrina tudesca, siempre excelsamente técnica, construir un complejo sistema de sub-tipos de *condictio* y de esta manera traer a tierra la idea general del 812, estableciendo lo que se conoce como la “tipología” o *Grund typen* de las *condictio* por enriquecimiento sin causa⁶⁶. Ello plantea al intérprete paraguayo, dicho sea de paso, plantearse la posibilidad de incorporar o no tal “tipología” (o similar), al análisis de nuestro art. 1817.

Lo cierto y lo concreto es que la regulación extensa que ha hecho el BGB de la figura, sumado al hecho de que no ha vinculado al enriquecimiento sin causa a una vaga o tímida apelación a la equidad, y mucho menos adoptando el principio de la *subsidiarité*, explica por qué tiene una trascendencia teórica y práctica mucho más grande la *ungerechtfertigten Bereicherung* en ese país que en los de descendencia gala.

Con relación a la evolución en Italia:

Como sub-rama francesa, pero que busca desprenderse de la misma claramente, cabrá investigar en todo futuro estudio profundamente, por la importancia directa y excesiva que tiene sobre nuestro derecho, la evolución del enriquecimiento sin causa en Italia.

Bajo la vigencia del Código de 1865, la discusión en la doctrina y jurisprudencia italiana espejaba a la francesa, en el sentido de que el texto legal tampoco iba más allá del pago de lo indebido y la *negotiorum gestio*, lo que motivaba las elucubraciones en el sentido de reencauzar al enriquecimiento sin causa como una acción basada en la equidad y como de aplicación subsidiaria. Algunos juristas de peso, como GRAZIANI, defendieron la

⁶⁵ WILBURG, *Die lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, de 1934, citado por ZIMMERMANN, “Unjustified enrichment...”, ob. cit., pág. 405.

⁶⁶ Más información en el ya citado comentario al art. 1817 del Código civil; *supra* n. 51 pág. 825 y ss.

necesidad de contar con la acción, influidos por el desarrollo en tierras gálicas, en tanto que otros, liderados por ROTONDI, vehemente rechazaron la posibilidad, tratándola de una idea “inútil” sin consecuencias prácticas⁶⁷.

Como quiera que sean las cosas, lo cierto y lo concreto es que pesó más la posición favorable al acogimiento —preanunciada por el Proyecto ítalo-francés de un código de las obligaciones y contratos de 1928⁶⁸— y así la *Relazione al Codice* señaló que “una larguísima corriente de doctrina y jurisprudencia”⁶⁹ aconsejaba la inclusión de la figura. De esta manera, el *Codice* receptó legislativamente y en forma expresa la idea de una acción general de enriquecimiento sin causa, en su art. 2041, bien que inmediatamente acotándola al receptor también el principio de *subsidiariedad* de la acción en el art. 2042. Además, los requisitos de la acción fueron delimitados claramente en la norma —*ausencia de justa causa, empobrecimiento del actor, enriquecimiento del demandado, correlatividad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento (relación de causalidad)*— siguiendo casi en forma literal a los distintos fallos de la *Cour* francesa en cuanto a las exigencias para una acción de enriquecimiento.

Puede apreciarse, sin mucho esfuerzo, que el *Codice* en sus dos artículos “fotografió” la evolución de la doctrina y jurisprudencia francesa en la materia *circa* década del treinta del siglo pasado. Esto quiere decir que las lecciones de la rama germánica, más allá de algunas referencias superficiales, no fueron incorporadas al derecho italiano (al menos explícitamente; que estén subyacentes o en el trasfondo, es otra cuestión). A su vez, ello explicó, al remitirse a una concepción estrecha de la acción, que durante los primeros cuarenta años de vigencia su ámbito de acción haya sido casi nulo, y que la doctrina apenas se hubiera ocupado aisladamente de la misma. A modo de ejemplo, el lapso de tiempo entre el primer estudio innovador e importante que hubiera concedido un papel importante al *arricchimento senza causa*, el de TRIMARCHI de 1962⁷⁰, y el

⁶⁷ Ver n. 50 *supra*.

⁶⁸ Art. 73: “*chi si arricchisce senza giusta causa a danno di un'altra persona, è tenuto nei limiti del proprio arricchimento ad indennizzarla di ciò di cui si è impoverita*”.

⁶⁹ *Relazione al Codice. Libro delle Obbligazioni*. N. 262.

⁷⁰ Hasta la aparición del libro importante y brillante de TRIMARCHI, (*Arricchimento senza causa*, Turín, 1962) la mayoría de los estudios teóricos italianos, como los de RICCA BARBERIS, ROTONDI, o FACCHINO, habían concluido que el art. 2041 no había cambiado gran cosa en el sistema vigente, y que a pesar de la introducción del artículo, se trataba de una norma de una “*assoluta irrilevanza pratica*”. Otro libro importante de esos años, el de Rodolfo SACCO, *Arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Turín, 1959,

siguiente de igual trascendencia, el de GALLO de 1990, que renovó el interés en el instituto, puede ser indicativo de esta escasa atracción que ejerció la figura. Con el apogeo a nivel de derecho comparado del enriquecimiento sin causa, los últimos 15 años han visto un importante reverdecer del enriquecimiento en la doctrina italiana, que ha reclamado un mayor espacio y trascendencia sobre el instituto, e incluso sugerido la elaboración de una categoría de “remedios restitutorios” que agrupe a todos aquellos que tienen una función restauradora patrimonial⁷¹.

Este reverdecer no solo se ha nutrido de elementos exotéricos –el derecho comparado del *common law* y el enriquecimiento injustificado teutón—sino también esotéricos de la evolución del derecho italiano, mediante el descubrimiento de dos conceptos utilizados para explicar la dinámica del enriquecimiento sin causa. Esto es: (i) la perspectiva del art. 2041 como una *clausola generale*, con toda la riqueza normativo-fáctica que ello implica, y (ii) la visión del artículo como una *norma di chiusura dell’ordinamento*⁷², ideas que al ser desarrolladas correctamente permiten un vislumbrar dinámico de la aplicación práctica del instituto en la jurisprudencia y una ubicación correcta en el mapa topográfico del derecho privado.

En nuestro derecho, cualquier estudio futuro del enriquecimiento sin causa necesariamente deberá tomar en consideración estas ideas, habida cuenta la extraordinariamente estrecha relación que guarda con el italiano, fuente principalísima de nuestro Código.

X

Pero claro: además de dar una noción de saber de dónde venimos cuando hablamos del art. 1817 del Código civil, el análisis diacrónico no resuelve –aunque pueda ayudar—

si bien es de una densidad teórica importante, tiene por objeto acotar todavía más el campo de acción al art. 2041, al negar que dichas posibilidades sean de enriquecimiento sin causa, optando en su lugar por el art. 2043 que establece el *danno ingiusto* o responsabilidad civil. Ver referencias completas en ALBANESE, *Ingiustizia del profitto...*, ob. cit. págs. 32 y 33.

⁷¹ Muy particularmente Paolo GALLO; por ej. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, Turín, 1996.

⁷² La idea originaria de una norma de clausura fue de SCHLESINGER, “Arricchimento...”, ob. cit. pág. 1007 (n. 26 *supra*); para un *restatement* reciente de la cuestión, ALBANESE, *Ingiustizia del profitto...*, ob. cit. pág. 35 y ss.

el problema de *cómo cabe interpretar* en el sistema dicha norma, ni tampoco responde a la pregunta de *si la acción prevista en ese artículo se desvincula o no de sus antecedentes históricos* para convertirse en una acción nueva y fresca.

Para la primera cuestión, es necesario un triple orden de análisis: (i) primero, analizar la acción externamente, esto es, en su relación con otras ramas del derecho privado, como el contrato, la responsabilidad extracontractual, la propiedad y así sucesivamente; (ii) segundo, internamente, esto es, dentro de los demás remedios “restitutorios” como el pago indebido, la gestión de negocios, y así sucesivamente; y (iii) en tercer lugar, intra-sistémicamente al art. 1817 del código civil, esto es, realizar el estudio sincrónico del mismo como norma jurídica, sus presupuestos y su naturaleza. Mientras que, para la segunda cuestión, cabe formular la meta-pregunta de la relación entre el análisis diacrónico y el sincrónico, para determinar si el primero influye o no decisivamente en la forma de efectuar el segundo.

Particularmente, como decía hace muchos años TRIMARCHI en su clásica y brillante monografía, en este punto es necesario –para hacer más *técnico* el análisis del enriquecimiento sin causa, para *tecnificarlo*– el siguiente procedimiento analítico:

*determinar el contenido preceptivo de la norma, dar un contorno preciso a lo que es un principio altamente informe, trayendo las indicaciones de otras normas que prevén hipótesis específicas del enriquecimiento sin causa... para dar forma al principio general, delimitando su porte, y acercarse a una clasificación de figuras típicas*⁷³.

Esta tecnificación necesaria de la figura exige el abandono de vacuas y ambiguas ideas que entiendan al instituto como una suerte de “*equità più perfetta*” correctamente castigada por ROTONDI, a ser utilizada *a piacere* por los intérpretes, y en su lugar sigan la profunda tarea de construcción que se ha hecho tanto en Alemania, como en Italia, en los últimos cincuenta años para edificar una *tipología* de supuestos de hecho de enriquecimiento sin causa, los *Grund typen* que pueden delinearse para bajar a tierra las

⁷³ TRIMARCHI, *Arricchimento senza causa...*, ob. cit. pág. 7.

abstractas nociones del art. 1817 del Código y evitar el uso insensato del instituto.⁷⁴ Esta tarea de tecnificación —en base a la “severa tipología”⁷⁵ de inspiración tudésca— es crucial para evitar una vulgarización del enriquecimiento sin causa.

Asimismo, y siguiendo estas ideas, cabrán formular (cuanto mínimo) las siguientes líneas de investigación y profundización de la figura en todo futuro estudio del instituto en nuestro derecho, ubicándose en el análisis sistemático:

- ¿Cuál es la relación entre el enriquecimiento sin causa y las otras ramas del derecho privado en nuestro Código —particularmente, la responsabilidad civil, el derecho de contratos y el derecho de propiedad— con los cuales tiene mayor relación? ¿Se trata de una función secundaria, de apoyo o de cierre del sistema?⁷⁶
- ¿Cuál es la relación entre las normas particulares diseminadas en el Código civil que aparentan tener un fundamento en el principio de prohibición de enriquecimiento injustificadamente a costa de otro con el art. 1817?⁷⁷
- ¿En qué sentido afecta la amplitud o estrechez de otras ramas del derecho — como por ejemplo, la concepción global de la responsabilidad civil— a la importancia y amplitud del enriquecimiento sin causa?⁷⁸

⁷⁴ Absolutamente magistral, y con abundante información de la doctrina alemana e italiana es Xavier BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998 (con prólogo de Fernando PANTALEÓN PRIETO), particularmente el Capítulo I de dicha obra. Ver también lo que se ha dejado escrito al respecto en el ya citado comentario al art. 1817 del Código civil, (R. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, comentario al art. 1817, *supra* n. 51, refiriendo las ideas señeras de WILBURG y VON CAEMMERER).

⁷⁵ Así la califica, con corrección, DI MAJO, *La tutela civile...*, ob. cit. pág. 324.

⁷⁶ Particularmente, en este punto es importante dilucidar si la acción de enriquecimiento tiene una autonomía y dignidad suficiente, como en el derecho alemán, o si necesariamente tendrá una función secundaria, de apoyo o último recurso. Sugerentes como punto de partida las observaciones de J. SMITS, “An European Law on Unjustified Enrichment? A critical view of the Law of Restitution in the Draft Common Frame of Reference” (copia electrónica disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1103826>).

⁷⁷ Fundamental la comparativa a partir del estudio análogo de ALBANESE, *Ingustizia del profitto...*, ob. cit. Capítulo II *et passim*.

⁷⁸ En el comentario al art. 1817, ya citado (n. 51 *supra*), se sostuvo precisamente que los países que conciben más estrechamente al ilícito aquiliano, como Alemania, recurrirán a las *condictio* para llenar ese espacio, en tanto otros sistemas, como el francés, sumamente generoso en la responsabilidad, no dará demasiado lugar al enriquecimiento (pág. 855 y ss.).

- ¿Cabe predicar una ampliación del concepto de “daño” en sentido del enriquecimiento sin causa, como sucedió en las últimas décadas con la responsabilidad civil, para ampliar el ámbito de aplicación de la figura, y puede hacerse un paralelismo en este punto entre ambos institutos?⁷⁹
- ¿Hasta qué punto puede existir enriquecimiento derivado de un *fatto ingiusto* (derecho italiano) o el *restitution for wrongs* (derecho anglosajón) en nuestro derecho, en punto de intersección entre la responsabilidad extracontractual y el derecho de enriquecimiento sin causa?⁸⁰
- ¿Cuál es la relación entre la acción del art. 1817 de enriquecimiento y la acción de repetición por pago indebido (art. 1819 y ss.) del Código? ¿Es una relación *genus et specie* o bien son figuras distinguibles?⁸¹
- ¿Existe la categoría de “remedios restitutorios” en nuestro derecho? ¿Y forma parte el enriquecimiento sin causa de dicha categoría? ¿Cuál es la relación entre el art. 1817, la gestión de negocios ajenos y los otros remedios cuyo objeto es la restitución de un bien?⁸²
- ¿El art. 1817 establece una “norma jurídica” o un “principio”? ¿Y qué importancia práctica tiene esta distinción?⁸³
- ¿Es la acción de enriquecimiento una acción de equidad en nuestro derecho o es *stricti iuris*?⁸⁴

⁷⁹ Tales las extraordinariamente agudas observaciones de FRANZONI, *Il danno risarcibile*, 2da. edición (de su *Trattato*) Giuffrè, pág. 771: “*in definitiva, così come nell’illecito aquiliano si è assistito ad un ampliamento della nozione di patrimonialità nel danno che, per il pregiudizio alla persona, ha portato al suo superamento, allo stesso modo non si può escludere che al medesimo processo possa portare la riflessione sul danno nell’art. 2041 c.c.*”.

⁸⁰ La negativa seguramente iniciará con SACCO, R. *L’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Turín, 1959, en tanto que la afirmativa deberá necesariamente construirse a partir del derecho comparado y las experiencias anglosajonas y la alemana.

⁸¹ Ver al respecto lo vertido en el *Comentario* al art. 1817, n. 51 págs. 839-841.

⁸² Fundamentales en tal sentido las averiguaciones de GALLO, *Arricchimento senza causa...*, Capítulos III y IV; ALBANESE, *Ingiustizia...*, ob. cit. Capítulo II y finalmente las exploraciones pioneras de TRIMARCHI, *Arricchimento senza causa...*, ob. cit. Capítulo I.

⁸³ Sumamente provocador e inteligente al respecto el trabajo del Prof. PEÑAILLO, “El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIII, No. 2, Santiago, 1996, pág. 70 y ss.

- ¿Qué tipo de norma es el art. 1817? ¿Es un concepto indeterminado o una cláusula general? ¿En qué sentido cabe interpretar la norma en caso que se trate de una cláusula general?⁸⁵
- ¿Es el art. 1817 una “norma de clausura” y qué implica esto?⁸⁶
- ¿La norma del art. 1817 prevé un único tipo de caso genérico o cabe realizar la distinción similar a la efectuada en Alemania por WILBURG y VON CAEMMERER y hablar más bien de una *tipología* de casos de enriquecimiento sin causa?⁸⁷ ¿Es importable la tipología tudesca WILBURG/VON CAEMMERER o es necesaria reelaborar conforme la distinción italiana del enriquecimiento por hecho del empobrecido y del enriquecido, con las clasificaciones de las hipótesis típicas?⁸⁸
- ¿Existe una noción “transversal” y “unificante” detrás del art. 1817 o simplemente varias hipótesis distintas imposibles de reconducir a una acción única?⁸⁹
- ¿Cuáles son los presupuestos de una acción exitosa de enriquecimiento sin causa en base al art. 1817? ¿Se trata de una *fattispecie* abierta o cerrada?⁹⁰
- ¿Qué implica la ausencia de “causa”? ¿Es necesario reflotar la terminología del artículo original de “injusta”? ¿Qué es lo que debe tener un carácter “injusto” para que proceda la acción (i.e. el enriquecimiento o empobrecimiento)?

⁸⁴ El punto de debate más elaborado aquí es la posición de F. GIGLIO, “La *Actio in rem verso...*”, ob. cit. n. 15 *supra*, la más provocadora defensa del carácter equitativo de la acción, y también el contraste con la experiencia francesa es crucial en este sentido: ver las referencias a René DAVID, ROUAST y ESMEIN en ZWEIGERT y KÖTZ, *An Introduction to comparative law*, OUP, Oxford, 1998, pág. 562.

⁸⁵ Lo más profundo que se ha escrito en este punto es ALBANESE, *Ingiustizia del profitto...*, ob. cit. pág. 35 y ss. con abundante referencia a la doctrina italiana en este punto.

⁸⁶ De nuevo, SCHLESINGER, “Arricchimento...”, ob. cit. n. 26 *supra* para este concepto.

⁸⁷ WILBURG, *Die lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, de 1934; y VON CAEMMERER, “Bereicherung und unerlaubte Handlung”, *Festschrift für Ernst Rabel*, vol. I (1954).

⁸⁸ Primeramente desarrollada por TRIMARCHI, *Arricchimento senza causa...*, ob. cit. pág. 22 y ss.

⁸⁹ Ver la (siempre inteligente) discusión de J. GORDLEY, *Foundations of Private Law*, OUP, Oxford, 2005, pág. 419 y ss.

⁹⁰ Para la noción de un *fattispecie* abierto, y sus implicancias, ver ALBANESE, *Ingiustizia del profitto*, ob. cit. pág. 51 y ss.

¿Cuáles son las posibles causas que justifican el enriquecimiento? ¿Es útil la noción anglosajona de los *unjust factors* como criterio de tipificación de causas injustas?⁹¹

- ¿Es necesaria la relación entre el empobrecimiento/enriquecimiento, la causalidad entre ambos?⁹²
- ¿Corresponde la restitución del provecho económico en ausencia de daño (la idea de la pura *ingiustizia del profitto*)?⁹³
- ¿Es concebible una *condictio* por intromisión (*Eingriffskondiction*) en nuestro sistema jurídico? ¿Puede el art. 1817 del Código ser utilizado para proteger los llamados “derechos de la personalidad”?⁹⁴
- ¿Cuál es la relación entre el art. 1817 y el art. 1818, que establece la idea de la “subsidiariedad” de la acción? ¿Cuál es la política del derecho (o “*policy*”) detrás de la subsidiariedad, cuál su justificación?⁹⁵
- ¿Cómo cabe interpretar la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa? ¿Pueden importarse las distinciones formuladas en el derecho italiano de subsidiariedad *in abstracto* e *in concreto*? ¿Puede plantearse la acción de enriquecimiento en caso de la prescripción de la acción ordinaria (e.g. contractual)?⁹⁶

⁹¹ Nuevamente, para los términos de la discusión, se empieza con ALBANESE, *Ingiustizia del profitto*, ob. cit. Capítulo III *et passim*.

⁹² Ver aquí ZIMMERMANN, “Unjustified enrichment: the civilian tradition”..., ob. cit. pág. 17 y ss.

⁹³ Esta es la tesis central del libro de ALBANESE, *Ingiustizia del profitto*..., ob. cit. Capítulo V; guarda estrecha relación con el punto inmediatamente precedente.

⁹⁴ El punto de partida es lo contenido en el *Comentario* al art. 1817, n. 51 *supra*, pág. 855 y ss.

⁹⁵ Para un análisis breve, pero insuperable, del principio y la *policy* subyacente, Barry NICHOLAS, “Unjust enrichment and subsidiarity”, contenido en el homenaje al Prof. GORLA, vol. III, del año 1994 (Giuffrè Editore, Milan).

⁹⁶ Ver para los términos Paolo D’ONOFRIO, en SCIALOJA – BRANCA, *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, Zanichelli Editore, Bologna, 1981, pág. 594; y la discusión en el *Comentario* al art. 1818 de nuestro Código civil, n. 51 *supra*.

- ¿Es concebible una acción transversal de enriquecimiento sin causa, que vaya más allá de los sujetos privados y alcance a la administración pública?⁹⁷

Estas preguntas deberán ser planteadas, y contestadas, en toda futura teoría del enriquecimiento sin causa en nuestro derecho. Las mismas son exquisitamente sistémicas, o sincrónicas, en la terminología estructuralista. Y cada una de estas preguntas —y sus respuestas— constituyen una suerte de “telaraña conceptual-sistémica” del enriquecimiento sin causa en nuestro derecho, de forma tal a que la respuesta que se de en cada caso afecta la potencial respuesta que pueda darse en otro, y así sucesivamente. Se llega así, además del análisis histórico, a realizar una visión estructural en el sentido sincrónico, de la relación entre los distintos elementos externos e internos del sistema, para llegar a una comprensión cabal de la acción de enriquecimiento prevista en el art. 1817 y su limitante del art. 1818.

XI

Aunque todo esto no es suficiente. Este análisis sistemático, sincrónico, no puede realizarse en un vacío aséptico, sino que tiene que tomar nota de las exigencias teóricas — los fundamentos más profundos—del derecho privado. Más particularmente, debe incardinarse en la discusión sobre el problema de los valores que sustentan al mismo, por un lado, y de las funciones que podría tener el instituto del enriquecimiento sin causa, en el entendimiento de que una indagación que no tome cuenta de este aspecto —“filosófico” por ponerle rótulo ostentoso— resultará en una visión truncada, incompleta y también (inconscientemente) sesgada del mismo.

De hecho, particularmente en el ámbito anglosajón y teutón, hace ya mucho tiempo que el análisis puramente dogmático se efectúa con una indagación sobre los presupuestos morales y filosóficos de la materia. La pregunta clave es: ¿cuáles son los fines y valores que protege el instituto jurídico en cuestión? Va de suyo que si el sistema fue construido para tutelar y proteger, para avanzar y concretizar determinados valores y no otros, esto tendrá una implicancia a la hora de comprenderlo y aplicarlo en la práctica. Para ponerlo

⁹⁷ Ver en este punto el aporte italiano, resumido en ALBANESE, *Ingiustizia...*, ob. cit. Capítulo VIII.

en otros términos, los fines terminan por determinar la fisionomía misma del sistema, y las bases para su hermenéutica en la *praxis* judicial, por lo que resulta crucial definir tales propósitos y sus límites. Esto, por ejemplo, la dogmática penal lo ha entendido hace tiempo, y por eso todo tratamiento sistemático arranca con la consideración de los fines y propósitos del derecho penal⁹⁸.

Pues bien: lo mismo debe ocurrir en el derecho privado —en la responsabilidad civil, por ejemplo, hay que decir que ello ya ha venido sucediendo⁹⁹—, que por más rezagado que esté en la materia no puede ser comprendido sin la misma opción metodológica. Para entender mejor al derecho privado deben aprehenderse debidamente los principios, fines e intereses a los que éste sirve, para tener una interpretación de las instituciones —en este caso, el enriquecimiento sin causa— que sea sensible y abierta a dichos intereses tutelados. Esto fue captado en nuestra dogmática jurídica temprana y clarivamente por el (siempre adelantado) maestro VILLAGRA MAFFIODO, que aplicó este *insight* a su *magnum opus* sobre el derecho administrativo¹⁰⁰. Análogamente, la construcción de un sistema de enriquecimiento sin causa no puede proceder sin analizar, por separado, los distintos intereses y valores tutelados que *informarán* —en el sentido literal de dar forma— al mismo, y deben posicionarse o en el pórtico de entrada o bien de salida en el sistema.

Este análisis valorativo comprende como mínimo las siguientes elaboraciones teóricas:

- (i) la función del enriquecimiento sin causa en el esquema general del derecho privado;

⁹⁸ Así, por ejemplo, H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Comares, Granada, 2002, comienza en su capítulo I hablando de la “misión del derecho penal” y sus “funciones” para luego construir su teoría; o Günther JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General*, Marcial Pons, 1997, construye sus ideas sobre el “contenido y misión de la punición estatal”; o Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal – Parte General*, 7ma. Reimpresión, Edit. Reppertor, Barcelona, 2005, comienza su construcción con los fines del derecho penal (capítulo III),

⁹⁹ Aquí vale la pena aclarar que el sector de la civilística que más conversa con la dogmática penal —el de la responsabilidad civil— hace tiempo viene entendiendo esto, y por eso, los más modernos tratados comienzan con una consideración de los fines y funciones de la responsabilidad civil; por ej. M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, UTET, Torino, 2011, que arranca precisamente con sesudas consideraciones sobre la “*funzione*” del instituto.

¹⁰⁰ S. VILLAGRA MAFFIODO, *Principios de Derecho Administrativo*, Edit. El Foro, Asunción, 1981, pág. 377 y Capítulo XXI *passim*, recordando a CRETELLA JUNIOR, para quien se “echa de menos” estos principios informantes en las obras puras de dogmática jurídica (en este caso, de derecho administrativo, pero la frase es aplicable *mutatis mutandis* a toda otra rama jurídica).

- (ii) los valores, incluyendo los policies, incorporados en las reglas específicas que tratan el enriquecimiento sin causa; y
- (iii) las distintas propuestas para rendir más racional, esto es, más óptimo (eficiente) y por tanto más justo el sistema del enriquecimiento sin causa¹⁰¹.

La pregunta por (i) la función del enriquecimiento sin causa es fundamental para poder interpretar cabalmente al instituto. Para que se entienda: si el enriquecimiento sin causa es solo “una norma de clausura”, como se ha sostenido en la doctrina italiana, entonces su ámbito de aplicación será definicionalmente menor a que si se trata de una norma autónoma y principal, con una jerarquía igual o mayor que la responsabilidad civil o el contrato. Dependerá en este sentido de la función que cumple en el esquema mayor del derecho privado para poder determinar si tiene una tarea de “llenado de lagunas” o bien si su función es otra; en otras palabras, si estamos ante un actor principal o quizás un actor secundario, en la terminología hollywoodense. Por otra parte, un artículo como el 1818 del Código civil sólo puede interpretarse funcionalmente: dependiendo de la respuesta que demos a esta pregunta, tendremos una interpretación más amplia o más cicatera de esta norma. Y así sucesivamente. Finalmente, en este orden de ideas debe preguntarse si el enriquecimiento sin causa tiene una conexión íntima con el principio de justicia correctiva/conmutativa, como se ha insistido en varios sectores teóricos¹⁰², y en su caso, cuál es la implicancia de esta postulación para la interpretación del instituto.

La tarea de (ii) elucubración de los valores obliga no solamente al miramiento de postulados fundamentales establecidos en la Constitución Nacional —cuáles son los principios constitucionales, la protección de la persona humana en toda su dignidad, la propiedad y demás intereses tutelables—sino también a principios básicos del derecho, como el de seguridad jurídica y la eficiencia en las transacciones, para una producción

¹⁰¹ ALPA, *Trattato di Diritto Civile*, Tomo IV, *La Responsabilità Civile*, Giuffrè Editore, Milán, 1999, pág. 109. De hecho, toda esta obra es un ejemplo paradigmático de un enfoque correcto en este sentido (*concetti, valori, funzioni*).

¹⁰² La defensa más integral, además de la primaria de E. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Harv. Univ. Press, Cambridge, 1996, y la más global (y aristotélico-tomista) de GORDLEY, *Foundations of Private Law...*, ob. cit. *et passim*, es la de L. SMITH, “Restitution: The Heart of Corrective Justice”, en (2001) *Texas L. Rev.* (79) pág. 2115 y ss.

óptima en la distribución de los servicios. Los derechos de personalidad, y su debida protección, juegan un rol principalísimo en este punto, a pesar de ser descuidados por nuestra doctrina¹⁰³. Atar el derecho de personalidad a la protección de las normas jurídico-privadas, en este caso del art. 1817, es tarea necesaria para poner a la persona en el centro del derecho. Asimismo, aquí resultan cruciales los *policy factors* o *política del diritto* en términos italianos, que muchas veces se ocultan dentro de los conceptos “técnicos” como “daño”, “enriquecimiento”, “subsidiariedad” y así sucesivamente en el ámbito del enriquecimiento sin causa¹⁰⁴.

Por último, la indagación sobre (iii) la posibilidad de rendir más racional (i.e. más eficiente) al sistema no puede ser eludida, particularmente ante la importancia que ha tenido el *law and economics* en el desarrollo dogmático-jurídico en los últimos treinta años¹⁰⁵. Si bien es absolutamente inaceptable considerar al sistema jurídico como una máquina costo-beneficio en búsqueda de la maximización de la riqueza como proponen los partidarios más incendiarios de este movimiento, no es menos cierto que la tarea de defensa de los valores morales que protege el derecho debe hacerse de la manera menos costosa posible y, en ese sentido, el análisis económico del derecho puede ser un auxiliar de consideración. Un ejemplo es suficiente: si el *efficient breach* es un principio aceptable por el ordenamiento, entonces de plano cabe rechazar la posibilidad de la *disgorgement for breach of contract* (la restitución de las ganancias por el incumplimiento doloso de contrato), ya que el incentivo a incumplir es más útil para el contratante y por ello no cabría la restitución de las ganancias por incumplimiento. Quiérase o no, el análisis económico del derecho puede servir aquí de alguna guía – aunque sea para terminar rechazándolo¹⁰⁶.

¹⁰³ He intentado, no sé con qué éxito, hacerlo en materia de responsabilidad civil por daños: R. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *¿Quién responde? 8 ensayos accidentales de la responsabilidad civil en el derecho paraguayo*, La Ley, Asunción, 2009 (ensayo VIII).

¹⁰⁴ Luminosa en este sentido la acotación de ALPA, *Trattato...*, ob. cit. pág. 113, para traer a la atención de que tras conceptos en apariencia puramente técnicos se encuentran muchas veces consideraciones políticas y hasta ideológicas; el jurista debe estar atento siempre.

¹⁰⁵ El recentísimo y sumamente interesante aporte desde el análisis económico del derecho para el *law of restitution* de COOTER y PORAT, *Getting Incentives Right: Improving Contracts, Torts and Restitution*, Princeton Univ. Press, 2016, deberá ser una fuente principal del análisis.

¹⁰⁶ El libro de W. FARNSWORTH, *Restitution...*, ob. cit. págs. 9-11 (“Economic logic”) y sus frecuentes invocaciones a la economía del *restitution* es también una guía útil en este punto. (Como bien apunta: “perhaps the answer is that the law in this area is best explained by notions of justice rather than utility, but some justifications are available on economic grounds all the same” (pág. 11).

XII

De esta manera se llega a un análisis verdaderamente *estructural* de la acción prevista en el art. 1817: su relación con otras reglas del sistema jurídico paraguayo, su verdadera ubicación teórica y función práctica, los intereses que tutela y protege, sus límites, sus presupuestos y consecuencias. Se llega, en otras palabras, al análisis *integrativo, pancrónico*, en el cual se unen todos los hilos de la telaraña –verdadera *indagación histórica-comparatística-sistémica*—con el trasfondo de valores y principios para llegar a una visión global, holística del instituto.

Asimismo, en su caso, el análisis integral, construido sobre todas estas premisas investigativas, permitirá finalmente dejar al final del día, como balance, la hipótesis tentativa de enjuiciar globalmente al sistema, y en su caso, recomendar la posibilidad de introducir o no modificaciones al sistema vigente, o bien si ello no es necesario al ser salvable hermenéuticamente sin una reforma legislativa, para poder así cumplir su función adecuada y sensata, conforme los valores y principios que alimentan y subyacen al sistema.

XIII

En su bellísimo *Trattato* de derecho civil, Guido ALPA decía metafóricamente y sugerentemente que existe un “espacio” entre la regla escrita y el producto de la interpretación jurídica, espacio que se llena con el análisis histórico, económico, “filosófico” (i.e. valores, principios, *policies*, etc.), con las propuestas interpretativas, las interrogantes planteadas en un sector del ordenamiento jurídico.¹⁰⁷

En ningún instituto del derecho privado quizás ese espacio sea mayor –existe casi un *abismo juris*—que entre la norma abstracta y general según la cual nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro y la realidad concreta.

Y es éste abismo, quizás, el mayor peligro de la figura: ora se la concibe como una suerte de “*super-norma*” capaz de absorber a todo el derecho privado, o de subvertir el

¹⁰⁷ En su *Prefazione*, al ya citado ALPA, *Trattato di Diritto Civile*, Tomo IV, *La Responsabilita Civile*, Giuffrè Editore, Milán, 1999

ordenamiento tradicional por apelaciones vagas a la “*equidad*”, ora se le otorga un lugar extraordinariamente estrecho, al considerarlo como un instituto con una “absoluta irrelevancia práctica” o arrinconarlo para evitar que se suelte como un elefante en la cristalería, perdiendo fuerza práctica (y consecuentemente, teórica). Ambos extremos se encuentran ahí, a la vuelta de la esquina dogmática, y exigen que el espacio sea llenado para evitar caer al abismo.

Ese llenado, se ha visto, sólo puede ser superado mediante un análisis verdaderamente *estructural* del enriquecimiento sin causa: una indagación que sea histórica, comparatística –diacrónica, en suma— al tiempo de analizar en forma sistemática a los componentes pertinentes del ordenamiento –sincrónica, en suma— e integrando todo el análisis en forma holística con una comprensión adecuada de los fines y valores que informan a este sector todavía humilde y desconocido, pero fundamental, del derecho privado.

XIV

La tentación del hombre es tan antigua como la humanidad; y, si nos atenemos al GÉNESIS, la tentación es obra de no otro personaje que del mismísimo diablo, que siempre está rondando por detrás. Pues bien, la tentación en el enriquecimiento sin causa, el rostro jurídico del diablo en esta materia, se esconde detrás de la máscara del “vulgarismo jurídico”. A esta tentación han caído incluso magnas mentes jurídicas, subyugadas por el poder encantador de las palabras atractivas y altisonantes que suenan bien en los labios –no en vano, estamos ante “la más romántica de todas las acciones”¹⁰⁸— pero cuyo resultado práctico no es en absoluto fácil de discernir: “*prohibir que alguien se enriquezca injustamente a expensas de otro*”.¹⁰⁹

Ninguna persona decente puede hablar mal de un principio moral tan digno como este, desde luego; pero toda aspiración de justicia abstracta debe traerse a tierra,

¹⁰⁸ RICCA BARBERIS, “L’action d’enrichissement du projet franco-italien de code des obligations”, *Etudes Geny*, II, págs. 112 y ss. (citado por CARBONNIER, *Derecho civil*, II, pág. 175).

¹⁰⁹ Los romanos, a pesar de las siempre citadas palabras de POMPONIO (D.50,17,206) que constituyen la primera formulación clara del principio en el mundo conocido: “...*hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*”, nunca cayeron a la tentación; previeron remedios técnicos, bien específicos.

“*tecnificarse*”, para evitar justamente el riesgo del “vulgarismo jurídico”, mediante el cual “el mero capricho de burócratas hacen de su deseo norma por medio de la llamada a grandes y abstractos principios morales”. En las brillantes palabras de un reflexivo estudioso español del enriquecimiento injusto, ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, que reclaman un eterno regreso obligatorio, de tanto en tanto, a todo aquel que se ocupe de esta institución:

*La moralidad en sí misma, sin el apoyo técnico del aparato jurídico delimitador de conceptos y garantías sería un gran ídolo, divinidad presente de un mundo de funcionarios, que siempre daría la razón al poderoso.... (e)l pensamiento vulgar se queda sólo en las generalidades, a mi juicio el grave problema del jurista es conceptualizar y delimitar esa exigencia de justicia.*¹¹⁰

Esta enseñanza debe funcionar como la estrella polar del navegante en las tormentosas aguas del enriquecimiento sin causa, y sin dudas, estará en forma permanente en el trasfondo de esta investigación. En todo momento el estudioso tiene que estar atento para no caer en la tentación, subyugado y seducido por el abstracto principio moral que así entendido –vulgarmente– tiene dos graves riesgos: o ser llenado *a piacere* por los indolentes aplicadores del derecho, deformándolo y transformándolo en un “cualquier cosa”, para decirlo coloquialmente, capaz de significar lo que fuere y cuando fuere y convertirse así en un verdadero “Caballo de Troya” jurídico; o bien, caer en la tentación contraria de intentar formalizarla tanto que la misma quede víctima de una estrechez tal, de que el principio general quede apenas como una aspiración moral sin aplicación práctica o técnica alguna en la *praxis* jurídica.

La aspiración final y global de toda futura investigación sobre el enriquecimiento sin causa debe ser justamente esta: evitar caer en la tentación jurídica del enriquecimiento sin causa, la de un vulgarismo vacuo, y en su lugar, ayudar a concretar su *tecnificación* como herramienta jurídica.

¹¹⁰ ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, *El enriquecimiento sin causa...*, ob. cit. pág. 21.

De esta manera, como hacía decir bellamente Marguerite YOURCENAR al emperador ADRIANO, se evitará que nuestro derecho de enriquecimiento sin causa sea como “un matorral donde las gentes honestas no se animan a aventurarse”.¹¹¹

XV

En suma: lo que se impone ante todo es utilizar las enseñanzas de la historia del enriquecimiento sin causa, del derecho comparado, del análisis sistemático y los valores que lo inspiran en nuestro ordenamiento, recabados en una indagación histórica-comparatística-sistemática, para poder así “*tecnificar jurídicamente*” a la acción prevista en el art. 1817 y darle su real sentido y significado –i.e., “*darle forma a la norma general, delimitar su porte y ensayar una clasificación de las figuras típicas de aplicación*”¹¹²— configurándola como una herramienta con *dignidad* teórica dentro de la taxonomía fundamental del derecho privado, y con *autonomía* práctica para proteger aquellos aspectos e intereses de las personas que los deberes emanados de la justicia en particular exigen.

Palabras clave: enriquecimiento sin causa, subsidiariedad, gestión de negocios ajenos, pago de lo indebido

Key words: unjust enrichment, subsidiarity, negotiorum gestio, undue payment

¹¹¹ Marguerite YOURCENAR, *Memorias de Adriano*, Debolsillo, Buenos Aires, 2012, pág. 203 (traducción Julio CORTÁZAR).

¹¹² Tal, la indicación de TRIMARCHI, enunciada hace más de 50 años, pero que permanece absolutamente válida y más urgente que nunca hoy, citada *supra* n. 73 y texto que acompaña.