

El Enriquecimiento sin Causa en el Derecho Romano y la institución en el derecho moderno

POR EL

Dr. Agustín Díaz Bialek

Profesor Adjunto de Derecho Romano

CAPITULO TERCERO

EL DESPLAZAMIENTO PATRIMONIAL Y OTROS ELEMENTOS

1. — Hemos dicho que tiene importancia singular el que todos los títulos referentes a la *condictio*, del libro duodécimo del Digesto, estén precedidos por el título primero “de rebus creditis” de las cosas prestadas, no tratándose, desde luego, del mutuo que supondría el título. Savigny⁽⁵⁵⁾ fué inducido a pensar que en el fondo de toda *condictio* hay un préstamo⁽⁵⁶⁾; y como la *condictio* impugna un “e. s. c.”, este tendría por fundamento analógico el de un mutuo cuya restitución no se ha operado.

Parécenos, sin embargo, que esta concepción puede resultar un marco estrecho para la total noción del “e. s. c.” desde que casos habrá en los cuales el enriquecimiento se produce sin que medie un préstamo.

Sin duda que la teoría de Savigny presenta aspectos seductores, pero modestamente parécenos que no se la debe seguir en todas sus partes; porque si bien es cierto que el sabio jurista se ocupaba

(55) Sistema del Derecho Romano actual. Trad. Mesía y Poley. 2ª. Ed. Madrid. T. 4, pág. 324, IV.

(56) Ob. cit., T. 4, pág. 334, IX.

solamente de las condiciones, cree que “la base y la condición de las condiciones es una obligación que se relaciona con el beneficio realizado por el deudor actual, a expensas del acreedor, beneficio que se trata de restituir” (57).

Esto supone que Savigny asimila el “e. s. e.” a una obligación, desde que la *condictio* es indudablemente en el Digesto la acción específica para obtener la restitución del enriquecido sin causa. Suponer una obligación (58) parécenos negar la significación psíquica y jurídica de este término: sin causa (59). Partiendo, pues, como Savigny de este concepto, si ha de decirse que el préstamo (60) aunque analógicamente frustrado reside en el fondo del enriquecimiento sin causa, pero si consideramos que el enriquecimiento se produce fuera de un *negotium* nos parece propio decir: todo enriquecimiento sin causa es producido, no por un préstamo, sino por una dación sin causa; que precisamente por ser sin causa enriquece con “detrimento e injuria de otro”. La palabra dación comprende al préstamo que el *mutuo* implica (61) y, como dice Maynz, “en el derecho nuevo comprende naturalmente todas las transmisiones de propiedad y constituciones de *ius in re*”. Significación esta, apropiada a nuestra concepción desde que, de algún modo, el empobrecido transmite la propiedad, pues el enriquecido usa un derecho como propio o consume el objeto del desplazamiento como si fuese suyo (62); según numerosos textos de las fuentes, es esta una condición para que haya lugar a la acción de repetición; esto comporta que recién entonces se ha configurado el enriquecimiento.

La objeción podría insinuarse en estos términos: el uso o goce de un derecho no comporta una dación; ciertamente así será, si nos atenemos exclusivamente a la conformación del hecho; pero hemos demostrado precisamente que el enriquecimiento empieza a

(57) Ob. cit., T. 4, pág. 352, XIX.

(58) V. Instituta de Gayo, Lib. III, 91. Ed. cit.

(59) V. P. Seg. Cap. 4°.

(60) Históricamente, como se dijo en la primera parte, es cierto que el préstamo y la acción emergente, sirvieron de antecedente para el sucesivo progreso y realización legislativa de la institución del “e. s. e.”.

(61) Es frecuente en las fuentes la siguiente expresión: Paulo, Dig. 12. 1. 2. Damos en *mutuo*... 1 la dación de un *mutuo*... 2 se llama dación de *mutuo*.

(62) Ulpiano. Dig. 12. 1. 13. Idem 1. El mismo de 12. 1. 14 y 19. 5. 19.

configurarse por la acción de una causa eficiente que no alcanza su causa final; quiere decir, entonces, que cuando el enriquecimiento consiste en el uso o goce de un derecho, es porque ese uso o goce fué transmitido con el propósito de alcanzar una finalidad, y esto comporta notoriamente la dación de un derecho. Y en verdad que la lógica no está ausente de la conclusión; si por ella fué necesario penetrar en la sutileza de un concepto, fortifica esta circunstancia, la solidez del principio sustentado y ratifica lo principal, pues esta forma de enriquecimiento por el uso o goce de un derecho constituye excepción a los casos generales.

El “e. s. c.” propiamente dicho ocurre en el derecho romano fuera de un negotium, pero a raíz de lo que hubo de ser un negotium. Dos son las posibilidades, de efectuarlo. Primero: aquel que recibe una cosa de la otra parte debe, en cambio, conceder un derecho de obligación. Segundo: si alguien promete en virtud de la suposición de que otro contraerá a su vez una obligación, y éste no lo hace y usa o goza del beneficio que comporta la promesa del primero, se enriquece; como se enriquece el que en el primer caso recibió una cosa que era el motivo o causa por la cual debía obligarse no habiéndolo hecho.

En el primer modo se frustra todo contrato comprendido en la clasificación “Re contrahitur obligatio” (V. Maynz, tomo2). Nótese que la convención no se ha realizado, porque la finalidad, causa final, que consistía en el nacimiento de una obligación —por su dación,— a favor del mutuante, etc, no se realiza (63).

En el segundo modo propuesto, el enriquecimiento se produce en lo que hubo de ser o se creyó (64) una convención “consensu contracta obligatio” (65). Ulpiano (Dig., 12. 7. 1.): “...Mas, el que

(63) Pomponio (Dig., 12. 1. 8): “Por lo tanto, la dación de un mutuo está a veces pendiente *de que sea confirmada por un hecho posterior*, por ejemplo, si yo te diera dinero en mutuo, para que si se cumpliere alguna condición se haga tuyo y me quedes obligado”. Si la condición no se cumple y el accipiens hace suyo el objeto de la dación, se enriquece sin causa como en un mutuo.

(64) Ulpiano, Dig., 12. 7. 2., última parte.

(65) Paulo (Dig., 12. 6. 65. 7): “...Así habiéndose dado habitación, repetiré por condicción su importe, no ciertamente en cuanto pude dárla en arriendo, sino en cuanto tú la hubieres tomado en alquiler”.

prometió sin causa, no puede repetir por la condiction la cantidad, que no dió, sino la misma obligación”.

Dentro del marco general de las convenciones en derecho romano, encontramos: A: *verbis contracta obligatio*, *estipulatio*, y B: *litteris contracta obligatio*; ellas integran el cuadro general de las “obligaciones civiles” (V. Maynz, tomo 2, pág. 209).

En el derecho justiniano la estipulación es válida, dice Bonfante (66), hasta donde subsiste el acuerdo, lo que está perfectamente dentro del principio general que venimos enunciando. En consecuencia, si el acreedor pide cinco y el deudor responde diez, la estipulación es válida por cinco, pudiendo repetir el deudor los cinco que enriquecen al acreedor fuera del *negotium*; ese enriquecimiento no se ha producido en la estipulación, sino fuera de ella, pero en lo que pudo ser una estipulación. En el caso, ha sido el error del juicio que orienta la acción de la causa eficiente la que motivó la invalidez jurídica de la finalidad y, por ende, del enriquecimiento.

En las *Litteris Contracta Obligatio* pueden distinguirse los *síngrafos* y los *quirógrafos*. En el derecho clásico existen ambos. Contra el *quirógrafo* se podía aducir la inexistencia de la causa, los *síngrafos* eran contratos formales en el sentido más absoluto. En el derecho post-clásico ya no se hace mención de los *síngrafos* (68).

Pero naturalmente no son estas cuatro formas fundamentales sólo las que pueden determinar una dación o desplazamiento sin causa; tal parece la más lógica deducción que surge del texto de Pomponio (Dig., 12. 6. 52). En él se dice “damos o por una causa o por una cosa” y Paulo ratifica nuestro concepto y amplía el de Pomponio (Dig., 12. 6. 65) (69). “En suma, para que en general tratemos de la repetición, se ha de saber que *se da*, o por transacción o por causa, o por condición o por cosa, o por lo no debido; en todos cuyos casos se trata de la repetición” y en los párrafos siguientes se define cada uno de estos conceptos, de los que pode-

(66) Bonfante, Ob. cit., pág. 510.

(67) Ulpiano, Dig., 35. 3. 3. 10.

(68) Bonfante, Ob. cit., págs. 464 y 465.

(69) Paulo (Dig., 12. 5. 1): “*Todo lo que se da*, se da o por alguna cosa o por una causa.

mos, con los textos de Pomponio y de Paulo, afirmar nuestra conclusión: en el fondo del “e. s. c.” hay una dación sin causa. De este modo nuestra terminología resulta más ajustada a las fuentes (70).

Parécenos, pues, que las fuentes son claras relativamente a la sistematización de los conceptos sobre la dación y la causa; sólo nos faltaría tratar sobre el sentido de dar por cosa, que, como se habrá notado, usan Pomponio y Pablo.

El primero dice “damos por una cosa”, y define el concepto en el mismo texto “más se da por una cosa, para que subsiga alguna otra...”. Paulo decía: “...se da... por cosa”, y en el párrafo 4 define así también con un ejemplo: “si te diera algo para que hagas algo, y no lo hicieras”.

Precisado de esta manera el concepto de dar por cosa, cabe decir que al igual que cuando se da por causa, si la finalidad no se verifica o carece de validez jurídica se opera un enriquecimiento, susceptible de ser repetido; lo dice el mismo Paulo (Dig., 12. 5. 1. 1.). “Así, pues, lo dado por cosa honesta puede repetirse de este modo, *si no se verificó* la cosa por la cual se *dió*”; y Pomponio, al final del texto citado: “... no subsiguendo (la cosa por la cual se dió) compete la repetición”.

Ha de notarse que también en esta modalidad existe una dación, que enriquece y da lugar a la condicción; afirmamos esto, pues sigue a la cita de Paulo otra de Papiniano (Dig., 12. 6. 66) que dice: “esta condicción... se acostumbró a intentar para reclamar lo que siendo de uno, es hallado sin causa en poder de otro”. La forma verbal nos denuncia el término final de una dación. Finalmente, lo que se da por cosa para que subsiga otra que no se verifica tampoco genera una obligación (Gayo, Institutas, L. 3, 91). “...pero esta especie de obligación parece que no resulta de un

(70) Paulo (Dig., 12. 6. 65). En los sucesivos párrafos se advierte la conformidad de la expresión sin causa a la idea expresada: o se trata de la invalidez jurídica de la causa final o de su falta de verificación. § 1. “Mas, si se descubre evidente calumnia, y la transacción no está perfecta, se dará la repetición. 2. “Tampoco lo que se *da* por una causa...”. 3. ...lo que *di*... no lo *dí* con ánimo. 4. “...lo que se *da* por alguna cosa... para que hagas algo y no lo hicieras”.

contrato...”; luego, notoriamente, no se trata de una obligación en exacto sentido jurídico, desde que toda obligación “nace de un contrato o procede de un delito”, según enseña el mismo Gayo en el Libro citado 88.

Sin causa no se refiere solamente al enriquecimiento producido en un negotium cuya finalidad no se verifica o se frustra, sino también como resultante de cualquier otra finalidad frustrada. En este sentido dice Ulpiano (Dig., 12. 1. 9): “Compete la condicción de cosa cierta por toda causa...” y notoriamente “causa” no está dicho como sinónimo de obligación porque a continuación dice “y por toda obligación”, significando la diferencia. Múltiples son los textos que pueden citarse en nuestro apoyo. Ulpiano (Dig., 12. 4. 1): “Si por cosa no deshonesto se hubiera dado dinero, para que se emancipase un hijo —causa final de la dación— o se manumitiese un esclavo, o para que se desistiera de un pleito, idem, no habiéndose verificado la causa, cesa la repetición”. A contrario sensu, no habiéndose verificado la causa, compete la repetición. Ulpiano (Dig., 12. 4. 5): “Si hubieres recibido dinero —hay una dación— con objeto de que vayas a Capua-causa final que si deja de existir, por arrepentimiento lícito, compete la repetición para evitar el enriquecimiento”. “Si lo que yo hubiera de donar a la mujer lo entregué por su mandato a su esposo —hay una dación— y no se verificaron las nupcias —causa— lo reclamará por la condicción la mujer” (Paulo, Dig., 12. 4. 9); en el mismo sentido, Javoleno (Dig., 12. 4. 10), porque la dote dada al marido lo enriquecería sin causa con detrimento de la esposa; sin causa porque no se verificaron las nupcias. En el mismo sentido, Juliano (Dig., 12. 6. 20).

Hemos querido en la variedad de los casos señalar la unidad del pensamiento; testimonio veraz de la existencia de un principio de sistematización: en el fondo de todo enriquecimiento hay una dación, un desplazamiento, sin causa; y otro más, el enriquecimiento sin causa ocurre en ocasión de un negotium frustrado y por toda otra causa que no se verifica. Esto nos induce a afirmar la existencia de una teoría del “e. s. c.”, porque en la variedad de los casos se descubre la unidad de un pensamiento; él está manifestado por la analogía del préstamo frustrado —como en un préstamo

dicen las fuentes— que se proyecta en el cuadro más vasto de toda dación y puesto en vida jurídicamente por la acción correspondiente.

Antes hemos caracterizado de la mejor manera posible el elemento “sin causa” de la teoría; ahora y en estrecha relación con él, el segundo elemento, un desplazamiento o dación, determinante del enriquecimiento. Esto constituye la base, es menester agregar otros caracteres propios esenciales a la individualidad jurídica del “e. s. c.”.

2. — La regla general que podríamos formular diciendo: toda dación sin causa determina un enriquecimiento, tiene ya su término que la condiciona, consistente en que ella ocurre o debe ocurrir en un *negotium* o en una relación cuya finalidad se frustra.

Débase agregar otra condición más, que nos es sugerida por el texto de Paulo, citado en el Digesto, 50. 17. 206: “...que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro”. Lo que plantea una doble cuestión acerca de la naturaleza del enriquecimiento, su medida cuantitativa y concepto cualitativo, y naturaleza jurídica del empobrecimiento.

Presupuesto necesario del enriquecimiento es que el objeto de la dación o desplazamiento patrimonial se haga del enriquecido; principio aplicado a nuestra institución por analogía, del que define al mutuo (71); otro testimonio, del origen histórico asignado al “e. s. c.”; los términos analógicos resultan de la dación que carente de causa origina un enriquecimiento, creando el deber de restituir.

La investigación ratifica el principio. Pomponio (Dig., 12. 1. 8), repite el concepto de Paulo, y lo aplica a un caso de enriquecimiento sin causa cuando el dinero recibido de un loco, como en mutuo, se hubiere convertido en provecho del accipiens, nace la condición. También Ulpiano (Dig., 12. 1. 3), refiere el principio al dinero dado por un ladrón (72). Aplicación notoriamente analó-

(71) Paulo (Dig., 12. 1. 2. 2.): “Mas se llama dación de mutuo, por esto, porque de mío, tuyo se hace algo, y por lo tanto, si no se hiciera tuyo no nace la obligación.

(72) En el mismo sentido, Ulpiano (Dig., 12. 1. 13. 1. 2. y 19. 5. 17. 2).

gica es la de este juriconsulto (Dig., 12. 1. 14), al enseñar que la *condictio* se da... si el dominio hubiese pasado al que recibe.

¿Encontramos en las fuentes este principio siempre expresamente? Desde luego que no, pero está implícito en todos los casos, pues si el *accipiens* no se negase a restituir al empobrecido, lo recibido sin causa no habría motivo, ni justificación del ejercicio de la acción (73). Refiriendo este concepto a todos los textos atinentes al "e. s. c." verifícase su exactitud. Toda vez, pues, que con motivo de una dación sin causa el *accipiens* hace suyo el objeto de la dación, se configura el "e. s. c."

La medida, cuantitativamente, en que se produce no interesa, porque el término "detrimento" del texto romano, entiéndese, correctamente como lo refiere Cicerón: menoscabo, disminución, pérdida de una parte. Estamos, según nuestra teoría, fuera de un *negotium* o de una relación jurídica; dentro de ellas el enriquecimiento no es sin causa, sino indebido o injustificado en un sentido cuantitativo. El desequilibrio comporta una violación a la *aequitas* según la cual no puede fijarse una medida variable pero sí una noción general de bondad y equidad (Gayo, Dig., 44. 7. 2. 3). "Asimismo en estos contratos uno se obliga a otro respecto a lo que uno debe dar al otro, según lo bueno y lo equitativo". Para el contrato de compra-venta, establecieron los romanos el principio de la lesión; en el contrato de sociedad caracterizaron la situación llamándola *leonina*. En los contratos, sólo aquello que excede el límite fijado por reglas particulares es indebido enriquecimiento; fuera de ellos, todo valor que el *accipiens* hace suyo es ilegítimo.

El enriquecimiento para ser sin causa no ha de resultar del ejercicio de un derecho (Gayo, Dig., 50. 17. 55): "No se considera que obra con *dolo* nadie que usa de su derecho"; esto es, que la atribución de la propiedad no resulte del ejercicio de un derecho. En consecuencia, el *accipiens* que persevera en la propiedad del objeto de la dación de buena fe se enriquece sin causa, y si sabién-

(73) Ulpiano (Dig., 13. 1. 8.): "... y si verdaderamente el ladrón ofreció la cosa (robada, con la cual se enriquecía), sin duda que no habrá la *condictio*..."

dolo se ha de decir que obra con dolo (74). Si se ha de decir que obra con dolo el que persevera en alegar para sí el objeto de una dación sin causa es notorio que el "e. s. c." no puede confundirse con el dolo, aunque excepcionalmente en este caso se agregue el dolo a la figura del "e. s. c."

La denominación en las fuentes del "e. s. c." hace referencia a conceptos éticos y de derecho natural. Cada modo de enriquecimiento, correlativo en términos generales, a las diversas condiciones, tiene en los títulos respectivos del Digesto su fundamento y calificación ética. Esto nos aproxima al fundamento ético del "e. s. c." en el derecho romano; ahora digamos que el concepto cualitativo del enriquecimiento lo da Pomponio (Dig., 50. 17. 206), considerándolo como una injuria contra razón y justicia. Dejamos así contestada la primera cuestión que hemos formulado. Pasamos al estudio de la segunda.

Si el enriquecimiento es el efecto producido en el accipiens, ¿cuál es el efecto propio en el autor de la dación? El efecto es el empobrecimiento.

Una regla de derecho nos enseña que ese empobrecimiento debe ser efectivo y actual; lo dice Paulo (Dig., 50. 17. 208): "No se puede considerar que dejó de tener el que nunca tuvo". Principio que referido al "e. s. c." determina claramente la relación de causa a efecto que existe entre la disminución patrimonial del autor de la dación y el enriquecimiento del que la recibe.

¿De qué naturaleza es esa relación, jurídicamente considerada sin causa? El juego fácil de ciertas nociones fundamentales, antes afirmadas, nos inducen a pensar que estamos dentro de un sistema. En efecto: jurídicamente la relación es sin causa porque la finalidad de la causa eficiente carece de validez jurídica o no se verifica; pero dijimos oportunamente que la calificación de sin causa jurídica no podía significar de manera alguna que como hecho, como acto humano de una persona que da y otra que recibe, pudiese no existir causa. En todos los casos hay un desplazamiento querido, por un fin apetecido que no se alcanza; esta es la relación causal

(74) Paulo, Dig., 44. 4. 2. 3. y 50. 17. 173. 3. Plauto. Asinaria. v. 170-175. I. 3. 6.

humana entre empobrecido y enriquecido; la única excepción es la *condictio furtiva* que, como se sabe, tiene valor sólo analógico.

Natural consecuencia del principio que antes enunciamos es la siguiente: el enriquecido hace suyo algo del empobrecido. Toda disminución patrimonial —cosa o derecho susceptible de apreciación económica— desplazada sin causa, determina en el propietario el carácter de empobrecido. Puédese concluir también que en el caso de que exista una desproporción cuantitativa entre lo que fué objeto del desplazamiento y el objeto de la dación, por haberse operado un aumento natural en ésta, el empobrecido lo es también en mayor cantidad.

La regla general es de Pomponio ⁽⁷⁵⁾ (Dig., 12. 1. 3): "... que se pague con cosa del mismo género y de la misma calidad, que la que se dió"; y Ulpiano (Dig., 12. 1. 4. 1): "... también ha de ser objeto de la *condición* los frutos percibidos por causa injusta".

Segun nos enseñan Pomponio y Ulpiano, puede operarse una modificación del objeto desplazado en poder del enriquecido, sin que se modifique por ello el derecho del empobrecido "respecto de cosa hurtada, compete la *condición* de los mismos objetos; pero acaso en cuanto existan, o también si hubieren dejado de existir? Y si verdaderamente el ladrón ofreció la cosa, sin duda que no habrá *condición*; si no la ofreció subsiste la *condición* de su estimación".

El empobrecimiento no existe cuando la disminución ha sido querida y consentida por el autor del desplazamiento (Ulpiano, Dig., 13. 1. 10. 2). "Mas habrá lugar a la *condición*, mientras tanto que por acto del dueño no se separe de él el dominio de la cosa; y por esto si hubiere enagenado aquella cosa, no podrá intentar la *condición*".

Finalmente, el empobrecimiento en algunos casos puede consistir, no propiamente, en el desplazamiento de una cosa o pérdida de un derecho, sino en la pérdida sin causa de un beneficio o ganancia (Ulpiano, Dig., 12. 4. 4). "Si alguno hubiere dado por qui-

(75) Ulpiano (Dig., 12. 1. 11. 1) y Pomponio (Dig., 12. 6. 7.): "Cuando por error se paga lo no debido —esto es, sin causa— se repite lo mismo u otro tanto".

to a su deudor, porque se conviniese que presentaría quien pagase por él y no lo presentara puede decirse que puede intentarse la condición contra aquel que haya sido eximido como si hubiera pagado”.

3. — El empobrecido sufre una disminución patrimonial contra razón y justicia, no ya, en virtud de un negocio contra la equidad, o mal calculado por error, sino por obra de una injuria de otro que se enriquece en contra de principios de derecho natural. Este planteamiento a medida que sea desarrollado adquirirá sucesivo interés, porque como desde ya se advierte el deber de restituir es ético y la norma que lo impone es su feliz consagración en el orden jurídico. Escapando pues, la relación causal a la del *negotium* o a la de toda otra relación jurídica válida, resulta que el enriquecimiento adquiere su fundamento mejor en el propuesto por Pomponio, que no es un concepto aislado sino que, como ha de verse, informa con singular excelencia la noción de derecho y se proyecta fuertemente sobre la del “e. s. c.”.

Fué el romano, pueblo de fuerte sentido práctico, mas compadecíase con un no menor sentido espiritual; y al fin y al cabo, bien entendido lo primero es de un modo actividad de la prudencia del espíritu.

Oportunamente señalamos el fuerte influjo ético estoico, y cristiano, luego, que contribuyó a la formación de las nociones fundamentales del derecho. Y son ellas las consagradas en los admirables Proemios del Digesto y concretamente en los títulos del Libro Primero. Basta destacar algunas de esas nociones. Ulpiano decía (Dig., l. 2. 10): “Justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho”; y el mismo: “Los principios del derecho son éstos... no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo”. Recordamos estos principios para advertir que su carácter de mención general sirve para explicar casos particulares.

El “e. s. c.” es, desde un punto de visto, un desequilibrio patrimonial; lo cual comporta una violencia a las nociones éticas del derecho. Pomponio (Dig., 23. 3. 6. 2) dice: “...no conviene a la bondad y a la equidad, o que alguien se luere con perjuicio de otro.

o que experimente daño por lucro de otro” y este concepto es repetido en los casos concretos del “e. s. e.”, pero adquiriendo toda su significación, pues el concepto de lo bueno y de lo equitativo sirve no sólo de fundamento a la restitución, sino también al deber del accipiens y con ello a la teoría del “e. s. e.”, porque no siendo una obligación según Paulo enseña (Dig., 44. 7. 3. 1), “... es necesario para que nazca la obligación que se de y reciba con la intención de que se constituya la obligación”; caracteres estos últimos totalmente ausentes en el “e. s. e.” (V. Gayo, Dig., 44. 7. 5. 3). ¿Qué otro fundamento puede tener, pues, sino el de la justicia que constriñe a dar a cada uno lo suyo o el del derecho de no dañar a otro?

Celso (Dig., 12. 1. 32) nos enseña, como Paulo, que no existiendo el consentimiento común, lo que ocurre en el enriquecimiento, no hay obligación, y en consecuencia, el fundamento de la restitución es de bondad y equidad.

En suma, la restitución en el enriquecimiento sin causa no responde a una idea de obligación, sino a la noción ética que hemos precisado.

Antes citamos a Celso; Ulpiano (Dig., 12. 4. 3. 7) repite su concepto: “Celso, movido de natural equidad, opina que pueden ser repetidos”; Pomponio (Dig., 12. 6. 14): “Es equitativo naturalmente que nadie se haga más rico con perjuicio de otro”.

“La restitución, decimos, no responde a una idea de obligación propiamente dicha sino a la de bondad y equidad que prohíbe dañar a otro, y manda restituírle lo suyo habido sin causa; y tan es cierto esto, que aún cuando legalmente no estamos constreñidos a pagar, pero sí por derecho natural, y lo hacemos, no cabe la restitución porque el accipiens hace suyo algo que le pertenece y el deudor cumple con un deber ético. En este caso no hay enriquecimiento sin causa porque existe una causa o motivo moral que legitima el desplazamiento y el correlativo aumento del patrimonio del accipiens⁽⁷⁶⁾; pero falta se dirá, la finalidad jurídica válida. Esta

(76) Africano (Dig., 12. 6. 38. 1. 2... Neracio, Dig., 12. 6. 41.): “... porque ni aún por naturaleza lo debe”. Celso (Dig., 12. 6. 47): “... pagó dinero no debido por derecho de gentes”. Trifonino, Dig., 12. 6. 64.

excepción al principio, confirma lo que venimos sosteniendo, es la ausencia de fundamento moral o natural lo que determina el fundamento de la restitución. Es de Trifonino la enseñanza precisa del concepto “no podrá repetir, porque pagó una deuda natural, porque así como la libertad se contiene en el derecho natural, y la dominación fué introducida por el derecho de gentes, así se ha de entender naturalmente en la condición la razón de lo debido, o de lo no debido” (Dig., 12. 6. 64).

4. — El enriquecimiento puede operarse de diversos modos.

Puede el enriquecimiento ser el resultado de un acto propio del autor —como causa eficiente— del desplazamiento (77); y es este modo el más general de los contemplados en las fuentes; pero el enriquecimiento puede resultar también del acto de un tercero que obra como representante en ausencia e ignorancia del propietario del objeto del desplazamiento (Ulpiano, Dig., 12. 1. 9. 8). “Si en tu nombre hubiere yo dado dinero mío, como tuyo (la disminución patrimonial que esto significa es un empobrecimiento), estando tú ausente e ignorándolo, escribe Aristón, que se adquiere para sí la

(77) El empobrecimiento o detrimento lo puede sufrir un capaz o un incapaz; por lo que la conditio aprovecha a uno y al otro. Ulpiano enseña de conformidad (Dig., 12. 6. 29): “A veces, la persona da lugar a la repetición, por ejemplo, si sin la autoridad del tutor hubiere pagado el pupilo o el loco, o aquel a quien se puso entredicho de sus bienes; porque no se duda que respecto a estas personas generalmente tiene lugar la repetición...”. Pomponio (Dig., 12. 1. 12) confirma plenamente el principio: “...porque por las mismas causas por las que se adquieren acciones para nosotros, ignorándolo se adquiere también para el loco...”. En el mismo sentido, Papiniano (Dig., 12. 6. 57): “...cuando el tutor pagó en nombre del impúber lo no debido, compete al impúbero la condicción”.

Paulo (Dig., 12. 6. 13. 1) precisa una excepción que responde al mismo principio de derecho natural que destacamos para señalar la participación del elemento ético en el enriquecimiento sin causa. Dice Paulo: “Asimismo, cuando el pupilo recibió sin la autoridad del tutor un mutuo, y se hizo más rico (porque no cumplió con su obligación), si, hecho púbero lo pagara no lo repite”.

Las personas jurídicas pueden también ejercer la condicción a su favor y compete en contra de ellas. Ulpiano (Dig., 12. 1. 27): “La ciudad puede obligarse con la dación de un mutuo, si el dinero se hubiere invertido en utilidad de ella; de otra suerte, se obligarán solamente aquellos que contrataron, no la ciudad”.

condición. Otras veces el representante obra con mandato expreso del propietario del dinero prestado (Ulpiano, Dig., 12. 1. 15).

El enriquecimiento es, a veces, el resultado de un hecho o acontecimiento totalmente ajeno a la voluntad del propietario del objeto desplazado hacia otro, y aún de la intervención de un tercero (Dig., 12. 1. 4. 2). Ulpiano: “Las cosas que fueron importadas por la fuerza del río, pueden ser reclamadas por la condición”.

El hecho de un tercero puede provocar un empobrecimiento y correlativamente acuerda la ley romada la condición (Dig., 13. 1. 12 - Ulpiano). “... Pero también igualmente tendrás la condición, si hubieres perdido el dominio, no por hecho tuyo”.

El enriquecimiento resulta de un aumento patrimonial efectivo, consistente en todo objeto susceptible de apreciación económica, o en un derecho que se adquiere (70); o en la liberación de una deuda, según nos enseña Ulpiano (Dig. 12. 4. 4): “Si alguno hubiere dado por quito a su deudor, porque se conviniese que presentaría quien pagase por él, y no lo presentara, puede decirse que puede intentarse la condición contra aquel que haya sido eximido como si hubiera pagado”.

El enriquecimiento resulta también de haber evitado el enriquecido una disminución patrimonial (Ulpiano, Dig., 12. 4. 3. 4): “... También *si no te di nada* para que lo manutieses, pero *si había convenido que te diera*, te compete de suyo la acción, que nace de este contrato, esto es, la condición...”.

Por último, el enriquecimiento consiste no sólo en el objeto del desplazamiento, sino también en los frutos y en todo lo que natural y jurídicamente deviene el objeto (79); la regla general de Paulo enseña que la condición tiene por objeto la restitución (Dig., 50. 17. 173): “Cuando en la ley se encuentra la palabra “restituyas”

(78) Pomponio (Dig., 12. 6. 22. 1): “Si cuando yo debiese exceptuar la servidumbre de paso, por error entregué libre un fundo, intentaré la condición de cosa incierta, para que se me conceda el paso”.

(79) Ulpiano (Dig., 12. 6. 26): “... Qué, si al mismo tiempo hubiere pagado los unos (intereses) y el otro (capital)? Podrá decirse, que también entonces tiene lugar la repetición”. El mismo (Dig., 13. 1. 8. 1): “... que se ha de atender a aquel tiempo en que la cosa fué de más valor...”.

aunque especialmente no se haya hecho adición respecto a los frutos, han de ser, sin embargo, restituidos también los frutos”.

5. — Creemos haber discriminado, según las fuentes, los elementos del enriquecimiento sin causa en el derecho romano. Si él no alcanzó los contornos definitivos de un proceso casi total, estimamos que en la variedad de situaciones jurídicas de fondo que la acción *condictio* contempla y resuelve, existe una unidad necesaria de pensamiento que ordena la arquitectura de la “institución”, no total, aunque sí admirable como esfuerzo de pensamiento.

En nuestra investigación creemos haber aportado pruebas suficientes a la cuestión; el “e. s. c.” se produce en el derecho romano fuera de lo que hubo de ser un *negotium* o con motivo de una relación jurídica cuya causa final se frustra, por consiguiente la restitución debida por derecho natural, viene a ser debida por derecho positivo, por el devenir de una norma ética en norma jurídica. Esta conclusión que el texto de Africano ratifica y hacia la que convergen todos los elementos históricos y jurídicos, adquirirá a nuestro modo de ver, definitiva certidumbre al comparar el deber de restituir y el “e. s. c.” con otras instituciones jurídicas con las que guardan una relación de analgía y que ha inducido a algunos autores o asimilar el “e. s. c.” a tales instituciones.

Al establecer las diferencias se logrará otra vez más caracterizar sus contornos propios y, con ello, una prueba de la veracidad de la conclusión. Tal es el tema del capítulo siguiente.

CAPITULO CUARTO

EL “E. S. C.” Y LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. EL ERROR

1. — Para precisar mejor los caracteres propios de una institución o ratificar los términos de una construcción, será siempre aconsejable el método comparativo de Ihering y Molitor; el primero, realizándolo en su vasta y profunda concepción del espíritu del



derecho; el segundo, exégeta de la ley, a lo menos en la obligaciones romanas, insuperable.

Conforme al método citado débese comparar la conclusión o institución con aquellas que guardan una relación de analogía o semejanza tal que, pueda inducir a confundirla. La distinción asegura su individualidad y ratifica los caracteres propios.

2. — Hemos caracterizado la institución y concluído que el enriquecido tiene el deber de restituir el objeto que lo enriquece sin causa. Decimos "deber" porque en el fondo se trata de una norma ética, mudada en norma jurídica. Y aquí la cuestión: este deber de restituir constituye una obligación; es una obligación jurídicamente hablando?

En primer término es preciso determinar cuáles son las fuentes de las obligaciones en el derecho romano, y ver si el "e. s. c." responde a alguna de ellas.

Gayo, en sus *Institutas* (Lib. III, 88), dice: "Pasemos ahora a las obligaciones, cuya principal división se reduce a dos especies, pues que toda obligación o nace de un contrato o procede de un delito". Y en las *Institutas* del Emperador Justiniano, se dice (Lib. III, Tít. XXVII): "...hablemos también de aquellas obligaciones que en realidad no se entiende que nacen propiamente de un contrato, pero que, sin embargo, puesto que no toman cuerpo de un delito, parece que nacen como de un contrato"; y en las mismas *Institutas* (Lib. IV, Tít. V) se habla de "De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur".

¿Es posible asimilar el deber de restituir que genera el "e. s. c." a la obligación que nace de un contrato? No; porque ésta supone el contrato, y es propio del contrato el acuerdo de dos o más personas con el fin de constituir una relación obligatoria reconocida por la ley (80). Si nos fijamos, existe una diferencia esencial, pues el "e. s. c." se caracteriza y define por la falta de una finalidad lograda, por la ausencia del acuerdo que crea la reciprocidad de prestaciones, la relación obligatoria.

Puédese argumentar en contra de nuestra tesis con algunos

(80) Bonfante, *Ob. cit.*, pág. 399.

textos que inmediatamente citamos para ratificar la conclusión. Hemos dicho que el “e. s. c.” se configura cuando el enriquecido hace suyo el objeto del desplazamiento patrimonial; según Paulo esto generaría una obligación (81); y Papiliano (Dig., 12. 6. 3), ratificando el concepto, expresa: “...se obliga por cuanto se hizo más rico”.

Se trata, preguntamos, de una obligación en total sentido jurídico?

Gayo nos enseña en sus Institutas, la verdadera doctrina.

Hablando de las obligaciones reales (Lib. III, 91), dice: “También aquel que recibe de otro lo que éste no le debía y le pagó por error se obliga por la cosa”. Y Gayo, advertido del término jurídico que ha empleado —“se obliga”— aclara que “esta especie de obligación parece que no resulta de un contrato...”. El ejemplo propuesto se refiere a un caso de “e. s. c.” y el juriconsulto se adelantó a explicar que el término “se obliga” por él usado, no ha de entenderse en el sentido preciso y técnico de la obligación emergente del contrato.

Celso (Dig., 12. 5. 16) se pregunta en el caso de “e. s. c.”, por no haberse verificado la causa: ¿No hay aquí ninguna otra obligación que la de lo dado por una causa que no se verificó? A lo cual, dice, es a lo que más me inclino. Y este es un evidente esfuerzo dialéctico de Celso, pues no siendo el deber de restituir una obligación emergente del contrato, el juriconsulto citado extrema la lógica para concluir afirmando implícitamente el carácter propio, absolutamente propio del deber de restituir en el “e. s. c.”.

El mismo Celso (Dig., 12. 1. 32) excluye la idea de contrato y afirma el fundamento ético del deber de restituir. Pero toda la teoría está admirablemente sintetizada en un texto de Gayo (Dig., 44. 7. 5. 3): “También el que recibe lo no debido por error del que lo paga, se obliga ciertamente *como por la dación de un mutuo*, y está obligado con la misma acción que los deudores a los acreedores;

(81) Paulo en realidad, habla del mutuo, pero el concepto se encuentra ampliamente ratificado en las fuentes, porque, como se ha dicho, siendo el mutuo el antecedente histórico del “e. s. c.”, sus conclusiones tienen aplicación analógica (V. Dig., 12. 1. 8). Pomponio (Dig., 12. 1. 13). Ulpiano (Dig., 12. 1. 4).

pero no se puede entender que el que está obligado por esta causa se haya obligado por un contrato; porque se considera que el que paga por error da con intención más bien de disolver una obligación que de contraerla”.

3. — Si la idea de una obligación emergente del contrato se rechaza por antitética, ¿qué podemos decir de la que nace de un quasi contrato? No pocos son los tratadistas que se cuentan como adictos a una conclusión afirmativa de la cuestión, pero en realidad, el argumento mejor, resulta de no distinguir el “e. s. c.” propiamente dicho y otras formas de enriquecimiento que realmente se asimilan a la figura del quasi contrato.

El elemento objetivo de un contrato y el del quasi contrato, mantienen una analogía notoria; sólo falta el elemento intencional, enseña Bonfante. Y en el quasi contrato y en el “e. s. c.” si alguna analogía puede guardar el elemento objetivo, el elemento intencional es fundamentalmente diverso. Porque para el enriquecido, el deber de restituír que en él se constituye, no fué el fin de la causa eficiente del desplazamiento, porque este tuvo en mira una finalidad que no se verificó o no tiene validez jurídica; es la restitución una consecuencia de no haberse logrado el fin. En el quasi contrato existe, por el contrario, el propósito deliberado, no de enriquecerse a costa de otro, sino de crear una relación jurídica válida, cuyo fin reconocido por la ley y verificado, obliga tanto a uno como al otro, aunque originariamente se inicie en un acto unilateral.

Estamos, así, en condiciones de analizar dos textos que presenten positivo interés al respecto.

El primero es un texto de Ulpiano (Dig., 15. 3. 1), según el cual “los que tienen bajo potestad a otra persona se obligan hacia ella, si algo se hubiere convertido en propia utilidad, cual si pareciera que más bien se contrató con ellos mismos”. Claro está que Ulpiano asimila esta obligación a la emergente de un quasi contrato; y como el caso propuesto puede comportar un “e. s. c.”, corresponde aclarar el sentido del texto.

Primero, no se trata de un “e. s. c.” propiamente dicho, porque él se ha producido, dentro, en una relación jurídica válida, tal

como es la tutela o la curatela. En segundo lugar, “la tutela, en parte y la curaduría, implican también una gestión de negocios ajenos” (82), y por ende, comprendidas en los límites del quasi contrato; adviértese, entonces, la verdad de la conclusión de Ulpiano y la imposibilidad de confundir este caso análogo al “e. s. c.” que origina la *in rem verso*, y el “e. s. c.” propiamente dicho.

El segundo texto es de las Institutas de Justiniano (Lib. III, 27, 6): “Igualmente, aquel a quien alguno pagó por error lo no debido, parece que se debe como por un contrato”. Se trata de un caso de “e. s. c.” propiamente dicho; pero de un caso, el que contempla la *condictio indebiti*. Y en verdad que el que paga creyendo deber, lo hace porque supone que existe un contrato que ha creado la obligación; por eso puede decir el texto “parece que debe como por un contrato”; subjetivamente para él así es, jurídicamente no, moralmente tampoco. Luego la significación de la voz “parece” no tiene otro alcance que el de la mera apariencia subjetiva, y no tiene la significación jurídica del quasi contrato. Conclusión ratificada por el propio texto que, en su última parte, no dice que la obligación de restituir emerja de un quasi contrato, sino que bien por el contrario, dice: el que recibió se obliga como si se le diera un préstamo y, por tanto, está sujeto a la *condictio*. La primera parte, como si se le diera en préstamo, ratifica lo que hemos sostenido sobre la influencia de los principios del mutuo en el “e. s. c.” y la poca felicidad de la conclusión que por este texto de las Institutas pretendiera ver otra cosa que un parecido al contrato y no, como queda dicho, una asimilación del “e. s. c.” al quasi contrato. Por último, ¿cómo si se tratase de tal fuente de las obligaciones diría “y por tanto está sujeto a la *condictio*”?

Finalmente, el quasi contrato genera una obligación y la sustancia de las obligaciones es que constriña a otro a darnos, a hacernos, o prestarnos alguna cosa, según enseña Paulo (Dig., 44. 7. 3); pero desde luego, a darnos, no devolvemos lo nuestro como ocurre en el “e. s. c.” que es bien distinto; a prestarnos, significa la retribución a otra prestación que en el “e. s. c.” no existe, ni así

(82) Bonfante, Ob. cit., pág. 509.

puede llamarse el desplazamiento patrimonial que comporta, porque prestación implica cosa o servicio prometido, en una convención que no existe en el “e. s. c.”, cuya característica es la ausencia expresa o presumida por la ley del consentimiento.

Por esto rechazamos la idea, que indudablemente presenta aspectos atractivos, de comprender la obligación de restituir en el “e. s. c.” dentro del cuadro de las emergentes de los quasi contratos.

4. — La obligación puede proceder de un delito, dice Gayo ¿Qué es el delito? Todo acto ilícito que es castigado por la pena. El acto ilícito es todo aquel que puede dañar un derecho ageno, y consta de dos elementos: voluntariedad del acto —lo cual constituye la culpa— y lesión de un derecho ageno que se llama daño (83).

De los dos elementos propios del delito, podrá decirse que siempre existe uno; el daño que entraña el empobrecimiento; pero podrá decirse de otro modo que en el “e. s. c.” existe siempre, o como de su naturaleza la culpa? De manera alguna. Múltiples son los casos en los cuales el enriquecido no ha tenido el designio de perjudicar, no ha usado disimulo, ni artificio para provocar el desplazamiento y enriquecerse. Principio que encontramos ratificado en las fuentes; el dolo no es de la naturaleza del enriquecimiento sin causa, en él incurre excepcionalmente, “el que habiendo estipulado de otro sin causa contesta a la demanda perseverando en pedir en virtud de esta estipulación”, dice Ulpiano (Dig., 44. 4. 2. 3).

Distinción fundamental entre el “e. s. c.” y el delito; entre la obligación que surge de éste y el deber de restituir de aquél. Además, los efectos propios son mayores, ya que en el delito la gravedad social del acto hace que a la obligación del resarcimiento sea unida también una pena. Pero el sistema del delito privado se atrofia y decae para dar lugar al sistema del resarcimiento del daño como sustitutivo de la pena privada (84).

Como enseñan Albertario y Biondi, así como el derecho romano no conoce la noción general y abstracta de contrato, sino de singulares y determinados tipos de contrato, así no conoce tampoco la

(83) Bonfante, Ob. cit., pág. 502.

(84) Bonfante, Ob. cit., pág. 512.

categoría general del delito, sino de particulares figuras de delito ⁽⁸⁵⁾.

En el derecho justinianeo el delito como fuente de obligaciones tiende a desaparecer, según queda dicho; y conforme a lo explicado, algunas figuras fundamentales de delito —como el hurto, por ejemplo— tienen más semejanza con el “e. s. c.” que otras, pero sin llegar jamás a confundirse con él. El hurto motiva un “e. s. c.” pero no tiene elementos naturales comunes porque el hurto es la sustracción fraudulenta definida por Gayo (Institutas, Lib. III, 195). “No solamente se comete el hurto cuando alguno sustrae la cosa agena para apropiársela, sino generalmente hablando, siempre que dispone de ella sin consentimiento del dueño”. En el “e. s. c.” no hay sustracción, el desplazamiento es el efecto de una acción voluntaria de la causa eficiente; si la finalidad no se verifica o carece de validez jurídica y el accipiens hace suyo el objeto del desplazamiento, podrá decir que hay un “e. s. c.”; pero, ¿quién podría asimilar esta forma del desplazamiento patrimonial al que se produce en el hurto?

Una última cuestión nos falta aclarar: el hurto motiva un “e. s. c.”, pero es tan diversa la figura de uno y otro que, mientras “la acción de hurto reclama la pena legítima, la condicción la cosa misma”, la finalidad diversa es testimonio de la causa distinta, tanto que el mismo Ulpiano enseña que la acción de hurto no se extingue por la condicción, ni ésta por la acción de hurto (Dig., 13. 1. 7. 1).

El tratado “De Conditione Furtiva” no integra el cuerpo del libro doce donde se encuentra toda la materia del “e. s. c.” propiamente dicho; “la conditio resulta, no del delito, sino del enriquecimiento injustificado, hecho enteramente distinto del delito que lo acompaña —dice Savigny ⁽⁸⁶⁾—, conclusión por otra parte tan precisa que Gayo (Dig., 44. 7. 4.) dice “Nacen obligaciones de un delito, por ejemplo de un hurto, del daño causado, de un robo, de una injuria, todas cuyas cosas son de una sola especie”. No menciona naturalmente el jurisconsulto, el enriquecimiento producido

(85) Albertario y Biondi, Ob. cit.

(86) Savigny, Ob. cit., T. 4, pág. 348.

por una causa injusta o que no se verificó, que, como hemos visto, las fuentes precisan y distinguen.

Finalmente, ratificamos la posición con la diferencia que existe entre el daño en sentido jurídico y el detrimento que produce el “e. s. c.”. El primero es un delito que, previsto en la Ley de las Doce Tablas, evoluciona singularmente y prepara la doctrina moderna del delito civil ⁽⁸⁷⁾. El daño requiere la culpa en el que lo causa; ella está ausente por regla general en el enriquecido sin causa. El sistema del resarcimiento en el daño es diverso naturalmente del de la restitución en el “e. s. c.”.

5. — Debemos analizar la última fuente de las obligaciones: los quasi delitos. Los que guardan con el delito analogía en el hecho objetivo ⁽⁸⁸⁾. Tal la doctrina de Bonfante, perfectamente de acuerdo con las fuentes. En las Institutas de Justiniano (Lib. IV, Tít. VI), se enumeran los casos diversos de quasi delitos, sin definir a éste, pero de ellos es fácil colegir el principio: toda vez que “por ignorancia” “o por culpa de otro” “o porque se utiliza de hombres malos”, se perjudica, se daña, a otro, se configura el quasi delito; pero si puede faltar el elemento intencional, no puede faltar el objetivo, el daño, y éste con los caracteres que le son propios.

En el “e. s. c.” el daño, en tal sentido podrá o no existir, pero el elemento intencional es absolutamente diverso.

6. — Muchos textos vinculan situaciones determinadas de “e. s. c.” al error; por lo que estimamos necesario precisar el principio general, si es posible, acerca de la participación del error en la configuración del “e. s. c.”; y concretar si es o no, el error, en tales casos, el origen o causa de la restitución.

Los romanos no tenían una doctrina general del error, dice Biondi ⁽⁸⁹⁾; y en verdad que la crítica que formula a la sistematización de Savigny, imputándole no responder al concepto romano, parece exacta y sólida.

(87) Arangio Ruiz. *Istituzioni Di Diritto Romano*. Ed. Jovene. Napoli. 1937, pág. 374.

(88) Bonfante, *Ob. cit.*, pág. 518.

(89) Biondi, *Ob. cit.*, pág. 155.

Conforme se deduce de Neracio, citado en el Digesto, 22. 6. 2., hay dos formas posibles de error: el error de derecho y el error de hecho.

Savigny es probablemente el primero que ha señalado la importancia del error en la configuración del “e. s. c.”. El sabio romanista logró su identificación distinguiendo los tres casos posibles y generales en los que se produce según él, el “e. s. c.”; dice Savigny: Llega el caso en que el aumento de los bienes se verifica con el consentimiento del antiguo propietario, consentimiento determinado, no por la confianza, sino por el error (90).

Es necesario agregar para mejor inteligencia de la cuestión, si se trata del error de hecho o de derecho; y si de éste, las circunstancias en que procede la restitución.

La primera cuestión a resolver es la siguiente, según lo tengo dicho: ¿en todos los casos de “e. s. c.” propiamente dicho interviene el error? Sí; en principio general; pues el “e. s. c.” se produce o porque la causa final no tiene validez jurídica o porque teniéndola no se verificó (V. Papiniano, Dig., 12. 6. 54). En el primer supuesto se contempla todo desplazamiento patrimonial dado por una causa que en derecho *se creía* válida y no lo es; aquí interviene el error de derecho. En el segundo supuesto, el desplazamiento fué motivado en *la creencia* de que subseguiría una consecuencia querida y ésta no se verifica; aquí interviene el error de hecho.

El principio general romano es que el error de derecho es inexcusable (91), pero en el caso de “e. s. c.” recibe un tratamiento especial. Tiene, además, muy distinta trascendencia que el error de hecho, dice Neracio: el error de derecho no deberá ser considerado de todo punto en el mismo lugar que la ignorancia de hecho (92).

(90) Savigny, Ob. cit., T. 4, pág. 332.

(91) Código, l. 18. 12: “No permitimos que nadie ignore o simule ignorar la constitución de los Príncipes”. Papiniano (Dig., 22. 6. 7.): “La ignorancia de derecho no aprovecha a los que quieren adquirir, pero no perjudica a los que piden lo suyo”. El mismo (Dig., 22. 6. 8): “...mas el error de derecho no perjudica a nadie en el riesgo de perder su propia cosa”.

(92) Pomponio enseña que el error de derecho no aprovecha en la usucapción y sí el error de hecho (Dig., 22. 6. 4.).

Pero el error de derecho no perjudica a los que piden lo suyo, y es este el fundamento por el cual cuando por un error de derecho se produce un "e. s. c.", puede repetirse. Pero los jurisconsultos establecen un principio de apreciación del error de derecho: "... dice Cassio que Sabino opinó que la ignorancia debe estimarse de este modo, no de un hombre abandonado y demasiado confiado" (Pomponio, Dig., 22. 6. 3).

Respecto al error de hecho, Paulo, citando a Labeón, enuncia con singular elegancia el criterio de apreciación (Dig., 22. 6. 9. 2); "pero la ignorancia de hecho solamente no perjudica a cada cual, sino se le objetara una suma negligencia; porque, ¿qué se dirá si en la Ciudad supieran todos lo que sólo él ignora? Y acertadamente define Labeón que no se ha de entender la ciencia, ni como de un hombre muy curioso ni como la del muy negligente, sino como la del que pueda tener conocimiento de la cosa inquiriéndola con diligencia".

Sentado el principio general de que en el fondo de todo "e. s. c." hay un error de hecho o de derecho, corresponde contestemos a la segunda cuestión: ¿Es el error lo que crea el deber de restituir? No, decimos. El error es el que motiva el desplazamiento frustrado; el deber de restituir nace cuando el objeto del desplazamiento se hace del accipiens, esto es, que se enriquece. Gayo nos lo enseña con un ejemplo: "el que recibe lo no debido por error del que lo paga, se obliga ciertamente como por la dación de un mutuo... (Dig., 44. 7. 5. 3)". No nace, pues, el deber de restituir del error, sino que éste motiva el desplazamiento y es, el hacer propio el objeto de aquel sin causa, lo que determina el deber de restituir.

Hemos de concluir, pues, con Trifonino, que el fundamento jurídico de la restitución, es la expresión de una norma ética. "Porque así como la libertad se contiene en el derecho natural y la dominación fué introducida por el derecho de gentes, así se ha de entender naturalmente en la condición la razón de lo debido o de lo no debido" (Dig., 12. 6. 64). Esto es, según el que el objeto hecho suyo por el accipiens lo sea con causa, o sin causa, originando entonces un "e. s. c."

Hemos pasado por todas las fuentes de las obligaciones sin que

el "e. s. c." se haya confundido con ella; hemos agotado el método analizando si era posible que uno de sus elementos, el error, que produce consecuencias en todos los negocios jurídicos fuese el determinante del deber de restituir. Al término del proceso seguido creemos poder refirmar una conclusión: si no existe una institución del "e. s. c.", surgen en forma clara de los casos de "e. s. c." principios generales que autorizan a formular la teoría. Fáltanos, y sobre todo, tratándose del derecho romano, caracterizar el atributo de su existencia jurídica, la acción: la actio condictio.