

Enriquecimiento por impensas y contratos de compraventa resueltos por incumplimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹

JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Salamanca

RESUMEN

En este trabajo se examina y somete a crítica la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre un supuesto de enriquecimiento indirecto; y se proponen criterios de decisión.

PALABRAS CLAVE

Enriquecimiento injustificado. Enriquecimiento indirecto. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

ABSTRACT

This article examines and criticizes the jurisprudence of the Supreme Court on an indirect enrichment case; and proposes decision criteria.

KEY WORDS

Injustified Enrichment. Indirect enrichment. Jurisprudence of Supreme Court.

¹ Este trabajo tiene su origen en un texto breve en el que referí algunas sentencias del Tribunal Supremo sobre el asunto y que se publicó en el *blog* Almacén de Derecho (www.almacendederecho.org) y una versión todavía más breve en el *blog* de la Asociación de Profesores de Derecho civil (www.derechocivil.net), ambas entradas en el mes de abril de 2018 con el título «Enriquecimiento sin causa: *manca finezza*». Alguna de estas ideas la expuse en un seminario que se celebró en la Universidad Carlos III de Madrid en abril de 2018, con buenos compañeros y amigos. Quede constancia de mi gratitud a Pedro DEL OLMO, Xabier BASOZABAL y Carles VENDRELL.

1. En sede de enriquecimiento sin causa se discute sobre supuestos que se han denominado «enriquecimientos indirectos» o *ex alieno contractu*: esto es, aquellos casos en los que el enriquecido obtiene la ventaja a costa de un tercero que es extraño al enriquecido y con el que no tiene relación gestoria o contractual alguna. Casos, en suma, en los que existe una relación triangular.

Dentro de ellos nos detendremos en aquellos que se configuran como *condictio* por impensas o mejoras en patrimonio ajeno cuando se resuelve el contrato de compraventa y el bien comprado que se restituye al vendedor ha sido mejorado por obra de un tercero que contrató con el comprador, tercero que, ante la insolvencia de su contraparte, ejerce una pretensión de enriquecimiento frente al vendedor².

Si se estima la pretensión de enriquecimiento se desplazará el riesgo de insolvencia de quien típicamente lo soporta –el acreedor, en estos supuestos, el contratista– hacia quien obtiene definitivamente la ventaja que el crédito supone: el vendedor que resuelve, que no es «parte» en el contrato incumplido. La pregunta que nos hacemos es si hay razones que justifican tal pretensión y resultado y si el vendedor que resuelve puede ejercer con éxito algún medio de defensa.

Como veremos la jurisprudencia del Tribunal Supremo «no» es decisiva y padece un notable déficit de argumentación. Tal vez la solución prevalente pueda parecernos intuitivamente «justa» (o equitativa) pero carece de una construcción técnica que quepa generalizar.

2. No daremos cuenta de otros casos de enriquecimiento indirecto que aunque tengan una estructura semejante están gobernados por reglas distintas, en particular en lo relativo a los efectos de la «resolución» del contrato. Así, entre tales casos, los siguientes.

² La *condictio* por impensas o mejoras es una faceta de la *condictio* por inversión, considerada ésta como un tipo de *condictio* «residual», respecto a las de prestación e intrusión. Sobre los tipos de *condictio* como modo de abordar los casos que comprende el Derecho del enriquecimiento sin causa o injustificado, por todos, Xabier BASOZABAL ARRUE: *Enriquecimiento injustificado por intrusión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 21-51 y allí más referencias. Justo es reconocer a Luis Díez-PICAZO («La doctrina del enriquecimiento injustificado», Manuel de la Cámara/Luis Díez-Picazo: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 15-133) como el introductor del examen tipológico de los casos de enriquecimiento entre nosotros. Esta *condictio* aparece mencionada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo al menos en las siguientes sentencias: SSTS 439/2009, 25 junio (Roj: STS 5445/2009; Vicente Montes Penadés), que será uno de los supuestos que expongamos sucintamente; 306/2011, de 6 de mayo (Roj: STS 2847/2011; Encarnación Roca Trías) sobre valoración del trabajo prestado en el caso de ruptura de una pareja de hecho; y 467/2012, de 19 de julio (Roj: STS 6699/2012; Francisco J. Orduña Moreno) en el que se discutía, en el seno de un conflicto sucesorio y régimen de separación de bienes, si había o no aportaciones hechas por la esposa para la adquisición de bienes del esposo fallecido.

Por un lado, los relativos a contratos de arrendamiento en los que un tercero, contratado por el arrendatario, ha proveído de mejoras o aumentos de valor del bien arrendado, que se consolidan en el patrimonio del arrendador una vez se extingue el contrato. El tercero, cuya pretensión de cobro frente a su contraparte (el arrendatario) fracasa en razón de su insolvencia, emprende una acción de enriquecimiento sin causa frente a quien disfruta y se apropia definitivamente de la ventaja, el arrendador, sin que haya hecho un sacrificio recíproco³.

Por otra parte, también se ha alegado el enriquecimiento en el caso de la subcontratación en el contrato de obra, supuesto que es un buen ejemplo para dilucidar el ámbito propio del enriquecimiento indirecto y decidir si procede y por qué reconocer una pretensión restitutoria⁴.

³ En el caso resuelto por la STS 634/1989, de 20 de septiembre (Roj: STS 4742/1989; Matías Malpica) se alegó como precepto infringido el artículo 360 CC y la doctrina del enriquecimiento sin causa: la pretensión del contratista frustrado (puesto que no le pagó su contraparte, el arrendatario) frente al dueño del local no se estimó en ninguna instancia. La sentencia hace también una mención a los efectos perniciosos para la seguridad del tráfico de romper la relatividad contractual, que significa que cada cual pecha con los riesgos del contrato que celebró. Un caso semejante es el resuelto por la STS 1129/1994, de 14 de diciembre (Roj: STS 8174/1994; Francisco Morales Morales; comentada por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE: CCJC 38 [1995] § 1025) en la que el contratista también pretendió, sin éxito en todas las instancias y con fundamento en el enriquecimiento sin causa, la condena (solidaria, junto con la arrendataria y su avalista) de los propietarios arrendadores finalmente beneficiados.

⁴ Sobre estos casos, véase, la STS 1076/2004, de 4 de noviembre (Roj: STS 7101/2004; Xavier O'Callaghan): el subcontratista reclama más allá de lo previsto en el artículo 1597 CC frente al comitente principal, esto es, en un importe superior al crédito existente entre contratista y dueño de la obra pendiente de pago que es el que cabe inmovilizar en virtud del artículo 1597 CC, pretensión que se desestima. O el caso finalmente resuelto por la STS 477/1993, de 19 de mayo (Roj: 17813/1993; Jesús Marina; comentada por Luis MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: CCJC 32 [1993] § 858): el suministrador de materiales se dirige contra los cooperativistas adjudicatarios cuando el contrato lo celebró la cooperativa (que se había disuelto y adjudicado las viviendas a los cooperativistas) y obtuvo la condena solidaria de estos, con el «límite del valor de las viviendas adjudicadas», con el apoyo de la doctrina del enriquecimiento sin causa. Los cooperativistas recurren en casación, sin éxito esta vez: adujeron que el contratista podía haberse subrogado en los derechos que tuviere la cooperativa frente a los cooperativistas (artículo 1111 CC). El Tribunal Supremo resuelve, en el fondo, al apreciar una incorrecta disolución y liquidación de la cooperativa y con el propósito de no dilatar la satisfacción del acreedor en tal liquidación (puesto que no cabe la adjudicación sin pago previo de las deudas sociales, artículo 75.1 Ley 27/1999, de 16 de julio, *de cooperativas*), al decir: «Admitiendo que la cooperativa una vez construidos los pisos los adjudicara, es evidente que antes debió afrontar todos los pagos, que al no hacerlo así eludió sus obligaciones y que los cooperativistas tuvieran que hacer nuevas aportaciones. Y que por todo ello, cuando reciben los pisos sin haber pagado todo su costo se produce un enriquecimiento sin causa o una falta de empobrecimiento no justificado, es también evidente. La Sala, respetuosa con el acto de adjudicación, afirma sin embargo que tal entrega de los pisos no legitima el impago de los materiales con el que se han enriquecido los cooperativistas (...)». Este último es un ejemplo del empleo a menudo «práctico» o equitativo de la doctrina del enriquecimiento sin causa que se materializa en la que cabe llamar «la equivalencia de los resultados», esto es, en el procedimiento ulterior frente a la cooperativa el efecto hubiera conducido a un resultado equivalente.

3. La pregunta es sencilla. ¿Le cabe al contratista, empobrecido al no recibir el precio, formular una pretensión de enriquecimiento frente al vendedor que resuelve y que se apropia, como efecto de la resolución, de la mejora hecha a costa del tercero?

Para ofrecer una respuesta nada mejor que el recurso a las sentencias del Tribunal Supremo que han abordado el asunto del enriquecimiento indirecto y en las que se puede apreciar la evolución en la construcción técnica de la solución⁵.

Lo cierto es que en la respuesta se entrecruza con no pocos asuntos de enjundia. Así entre otros: el modo en que se distribuye contractualmente el riesgo de insolvencia y las posibilidades de su desplazamiento; las razones que justifican las acciones directas en nuestro Derecho, propias de relaciones triangulares como las que se suscitan en los enriquecimientos indirectos, aunque con una función distinta (propiamente de garantía); el régimen –tal vez desajustado a la realidad económica de nuestro tiempo– de la liquidación de los contratos en caso de resolución, régimen que es «disponible»; o la oponibilidad frente a terceros subadquirentes del privilegio del crédito refaccionario⁶. En fin, la elaboración de criterios que sirvan para

⁵ Sobre enriquecimiento indirecto, véanse, sobre todo, Carles VENDRELL CERVANTES: «Subcontratación, insolvencia del contratista y pretensiones restitutorias del subcontratista: el estado de la cuestión en el derecho español y la solución del VII-2:102 del Marco Común de Referencia», *Derecho contractual europeo*, Esteve Bosch (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 445-460; y «El enriquecimiento injustificado en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización*, Pedro del Olmo/Xabier Basozabal (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 283-337; Xabier BASOZABAL: «El diálogo con el Tribunal Supremo sobre la *condictio* de inversión», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, I, Luis Díez-Picazo (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 487-524; Josep M. BECH SERRAT: *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, esp. pp. 410-435; Martín OROZCO MUÑOZ: *El enriquecimiento injustificado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, esp. pp. 200 y ss., 236 ss.; Ángel CARRASCO PERERA: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, 2.ª, II, 13, 10; Ana COLÁS ESCANDÓN: Comentario STS 732/2000, 12 julio, CCJC 55 (2001) § 1496; Margarita JIMÉNEZ HOROWITZ: «El enriquecimiento indirecto», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, II, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 2073-2102 y «El contrato y la propiedad respecto de terceros: la acción de enriquecimiento, una alternativa», *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, I, José Manuel González Porras/Fernando P. Méndez González, Universidad de Murcia, 2004, pp. 2527-2532; y Laura ZUMAQUERO GIL: «El enriquecimiento injustificado en el Derecho privado europeo», *Indret* 2 (2017). También, muy sugerentes, las páginas de Peter BIRKES: «*At the expense of the claimant: direct and indirect enrichment in English Law*» y Daniel VISSER: «*Searches for silver bullets: enrichment in three-party situations*», ambos en *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, David Johnston/Reinhard Zimmermann (eds.), Cambridge University Press, 2002, pp. 493-525 y 526-567, respectivamente. Y últimamente, de nuevo, Xabier BASOZABAL: «Enriquecimiento injusto comparado: una aproximación al Derecho inglés de restituciones», *ADC* (2018) I, pp. 13-78.

⁶ Podría considerarse, incluso, su relación con las normas sobre la propagación de efectos en los contratos vinculados que descansa, en parte, en una idea semejante a la que subyace en los enriquecimientos indirectos: la de vincular la propagación de los efectos

predecir la respuesta judicial en los casos en que se alega el enriquecimiento sin causa, institución huérfana de guía segura.

4. Las sentencias que examinaremos son las siguientes: SSTS 651/1996, de 23 de julio⁷; 732/2000, de 12 de julio⁸; 987/2002, de 22 de octubre⁹; 439/2009, de 25 de junio¹⁰ y 728/2015, de 30 de diciembre¹¹.

En su examen seguiremos el siguiente itinerario. En primer término, expondremos los distintos casos, dando cuenta de los argumentos que se han empleado para el rechazo o la admisión de la pretensión restitutoria (*sub* 5-9). En segundo lugar, ofreceremos una síntesis de los criterios o elementos que, según esta jurisprudencia, deben ser tenidos en cuenta en la respuesta (*sub* 10). Por último, abordaremos las reglas que tal vez deban gobernar la solución (*sub* 11).

En todos los casos se aprecia que acucia al Tribunal Supremo la necesidad de formular argumentos «normativos»: esto es, anclar su

allí donde se encuentra el provecho: aunque en rigor, el elemento preponderante en sede de contratos vinculados es la «conexión» económica entre los contratos concernidos o, con más precisión, la unidad de la operación económica (así el artículo 29.1 Ley 16/2011, de 24 de junio, *de contratos de crédito al consumo*) que en parte borra la cuestión de las relaciones triangulares o de la existencia de un verdadero «tercero».

⁷ Roj: STS 4607/1996; Jesús Marina Martínez-Pardo.

⁸ Roj: STS 5757/2000; José Ramón Vázquez Sandes.

⁹ Roj: STS 6945/2002; Teófilo Ortega Torres.

¹⁰ Roj: STS 5445/2009; Vicente Montes Penadés.

¹¹ Roj: STS 5692/2015; José Antonio Seijas Quintana. En la doctrina de las Audiencias Provinciales, cabe mencionar las siguientes sentencias, que no se examinaremos de modo separado. Un caso de resolución de compraventa en la que se debate la restitución del valor de una nave parcialmente construida por el comprador y no pagada por éste en que se acepta la doctrina de la STS 732/2000, de 12 de julio, la SAP Cáceres, sección 2.ª, 186/2002, de 10 de julio (Roj: SAP CC 626/2002). Véase también, aceptando la misma doctrina, la SAP La Rioja, sección 1.ª, 383/2003, de 20 noviembre (Roj: SAP LO 741/2003) en la que se establece que el propietario finalmente beneficiado «no» debe ser condenado solidaria sino subsidiariamente (una vez se acredite la insolvencia del comitente) puesto que su título no es contractual sino propio del enriquecimiento sin causa. Por su parte, la SAP Barcelona, sección 4.ª, 30 diciembre 2002 (Roj: SAP B 13217/2002) rechaza la pretensión de enriquecimiento del contratista frente a los dueños de los solares porque el contrato celebrado por el propietario con las sociedades promotoras (comitentes) había sido cumplido. En la SAP Baleares, sección 4.ª, 119/2007, de 16 marzo (Roj: SAP IB 433/2007) se estima la pretensión de enriquecimiento del contratista en un caso de construcción de una vivienda en solar de la propietaria por encargo de un tercero. La SAP Baleares, sección 5.ª, 97/2007, de 8 marzo (Roj: SAP IB 521/2007) estima la pretensión del contratista al amparo del artículo 365 CC; y la SAP Toledo, sección 2.ª, 367/2007, de 13 noviembre (Roj: SAP TO 1096/2007) estima también la pretensión de enriquecimiento del contratista frente al dueño del terreno, al amparo del artículo 360 CC, aunque en el caso la conexión entre comitente y dueño de la obra es, posiblemente, la razón última de la condena. Véanse también la SAP Córdoba, sección 2.ª, 140/2003, de 4 de junio (Roj: SAP CO 857/2003) y SAP Ourense, sección 1.ª, 11 de julio de 2007 (Roj: SAP OU 603/2007) aunque, en ambos casos, la alegación del enriquecimiento fuere extemporánea. Como puede apreciarse se recurre, aunque sea *ex abundantia*, a la disciplina de la accesión inmobiliaria aunque sea en detrimento de sus requisitos propios. Es común enfrentar el problema de este modo, puesto que en sede de accesión el principio que inspira el régimen es, parcialmente, el enriquecimiento sin causa.

decisión en preceptos que aunque no atiendan al supuesto de hecho guarden con éste alguna semejanza. No servirán para la aplicación analógica en sentido propio pero sí para justificar la inspiración, o «deducción» como dice en alguna sentencia, del principio de enriquecimiento sin causa. Podría decirse que el Tribunal Supremo busca una justificación adicional que le permita dotar de «legalidad» a su decisión.

5. En la STS 651/1996, de 23 de julio, el contratista demanda a ambas partes del contrato de compraventa, luego resuelto, por impago del precio del contrato de obra. A la vendedora en razón de la previsible (o cierta) insolvencia de la sociedad compradora, comitente en su contrato. La vendedora con ocasión de la resolución del contrato había devenido propietaria de los chalets edificadas en ejecución del contrato de obra¹².

Según el Tribunal Supremo la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo recurrida «aprecia beneficios para la Constructora Zapico, S.A. [la vendedora], y aplicando los principios generales del derecho, que los deduce de los artículos 1122, 487 y 501, así como del 453, todos del Código Civil, y por su carácter informador del ordenamiento jurídico y utilizando la analogía y la equidad, condena a ambas sociedades a reembolsar los gastos necesarios hechos por los constructores de buena fe, que fueron los actores, de las cantidades que corresponde a cada uno de los chalets por ellos edificados».

En el recurso de casación se alega, como primer motivo, la infracción de los artículos 487, 501 y 1122 CC. Dice el Tribunal: «El motivo no produce la casación de la sentencia porque ésta no ha aplicado dichos artículos como *ratio decidendi*, sino como preceptos de los que induce el principio general de que al constructor de buena fe hay que indemnizarle, y esto es consecuencia de los fundamentos en que se apoyan los artículos 361 y 453 CC, precisamente los mismos preceptos en que se basa el motivo segundo al denunciar su infracción por inaplicación, y de los cuales sólo la decisión condenatoria se deriva, puesto que entre ambas sociedades han producido a los actores el perjuicio patrimonial consistente en el costo de las respectivas obras realizadas y no satisfechas y el enriquecimiento de Zapico, S.A. [la vendedora], por lo que fueron ambas condenadas. Ciertamente que no ha hecho el dueño del suelo uso de la opción de vender el suelo que le proporciona el artículo 361,

¹² Debe advertirse que hay cierta confusión en los hechos porque «parece» que compradora y vendedora celebraron «juntas» con el tercero el contrato de obra y se condena a «ambas» al estimarse la pretensión de enriquecimiento, convocándoles para que después resuelvan entre sí sus diferencias. Si hubieran contratado «juntas» no habría caso al derivar la obligación de pago de la vendedora del contrato celebrado.

pero ella la pudo utilizar en reconvencción. En consecuencia, parece también el motivo segundo del recurso, y el tercero en que se denuncia la infracción del artículo 1111 CC, que tampoco viola la Audiencia, pues lo único que hace es definir que la acción ejercitada por los actores no es una subrogatoria, sino propiamente una acción de compensación del enriquecimiento sin causa, que se produce en el patrimonio de la demandada por el incumplimiento contractual de su codemandada [la compradora], que consintió durante su posesión a título de dueño, que los recurridos construyeran y en consecuencia que Construcciones Zapico, S.A. [la vendedora] accediera a propietaria, en virtud de la resolución del contrato de compraventa de la recurrente, la cual ha de reintegrar su beneficio a los recurridos, y en su caso resolver sus diferencias con la codemandada».

Las observaciones que cabe formular respecto a esta sentencia son, al menos, las siguientes.

(i) La razón última de la estimación de la restitución es la «equidad y la analogía» con los derechos que se reconocen al constructor de buena fe en suelo ajeno (artículo 361 CC) y con la posición del poseedor de buena fe respecto a las mejoras hechas (artículo 453 II CC) puesto que la solución que ofrece el artículo 487 CC (al que se remite el artículo 1122.6.^a CC) es bien distinta: se niega el reembolso de la mejora aunque se admita el ejercicio del *ius tollendi* o derecho a retirar la mejora si fuera posible. El Tribunal Supremo para evitar tales preceptos elude su aplicación directa y, por eso, concluye que son preceptos de los que cabe servirse para construir el «principio general» del enriquecimiento sin causa.

(ii) El problema no cabe resolverlo desde la reglas de la accesión (y, por eso, no es aplicable el artículo 361 CC), al menos no sin distinguir entre facetas y protagonistas. Las reglas de la accesión inmobiliaria artificial conciernen a los casos en que se edifica en suelo «ajeno» y solo se atribuye algún efecto cuando quien edifica «ignora excusablemente» que el suelo es «ajeno» o cree excusablemente que «dispone de un título que justifica su construcción» (artículos 361, 433 I, 1950 y 1951 CC). Al constructor de mala fe (y lo es porque sabe que el suelo sobre el que edifica es ajeno) no se le reconoce ningún derecho (artículo 362 CC). Debe distinguirse: (a) el comitente comprador es dueño del suelo en tanto siga en vigor el contrato de compraventa, comprador que ordena edificar en suelo «propio», aunque pierda su condición de propietario retroactivamente con ocasión de la resolución (con todas las prevenciones que deben adoptarse respecto a la espinosa cuestión de la retroactividad). Y (b) el contratista que, desde luego, edifica en terreno conocidamente ajeno. El comitente comprador no puede ser tratado como

«constructor de buena fe» puesto que edifica sobre suelo «propio» aunque «por otro» y con «materiales ajenos»¹³.

(iii) No se determina si la condena es o no solidaria, aunque la remisión a que ulteriormente resuelvan sus diferencias invita a pensar que es solidaria. Tal remisión conducirá a proceder al reparto de la carga en razón del contrato de compraventa en que se sustenta su vinculación y, de tal modo, a asignar entre ellas, el coste en virtud de las normas sobre «liquidación» del contrato resuelto¹⁴.

6. En la STS 732/2000, de 12 de julio, las cosas son más claras¹⁵. La sociedad que transforma el buque en palangrero, por encargo de la sociedad que lo compró, demanda a compradora y vendedora (que resolvió la compraventa) el pago de la obra, si bien a cada parte por razones distintas. En lo que importa a la vendedora por enriquecimiento sin causa. Después de dos instancias en que se desestima su pretensión el Tribunal Supremo falla a su favor y condena a la vendedora (Pescanova, S.A.) «siempre que se acredite la insolvencia de la compradora» en el precio que se pactó por la obra.

Para completar el relato de los hechos cabe añadir lo siguiente. Pescanova, S.A., la vendedora, convino una reserva de dominio en garantía del precio aplazado; el buque en cuestión disfrutaba de derechos de pesca previa transformación en palangrero, cambio que había sido pedido y obtenido por la vendedora, Pescanova, S.A. y que, parece, era presupuesto del contrato para la compradora. La compradora nada pidió en la liquidación del contrato con ocasión de su resolución o, como dice el Tribunal Supremo, mantuvo «pasividad» sobre este asunto. En fin, Pescanova, S.A. algo después de resolver el contrato empleó el buque palangrero como tal¹⁶.

En el recurso de casación, además de alegar que se vulneró el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, la contratista afirmó que se infringieron, por inaplicación, los artículos 375, 376, 377, 430, 431, 432, 453, 1124, 1295 y 1303 CC. El Supremo reprocha la «confusa invocación» de preceptos que, según el Tribunal, tenían más sentido en el procedimiento de reso-

¹³ Sobre la inoportunidad (por las razones que justifican la regla) de recurrir al artículo 365 CC, paradigma de relaciones triangulares, cuando exista una relación obligatoria entre constructor y dueño de los materiales, véase BASOZABAL: *Enriquecimiento* [nota 2], pp. 323-330.

¹⁴ No obstante, es una llamada vacía: el riesgo de insolvencia del contratista, que ya se ha consumado, será soportado íntegramente por el vendedor que resolvió (artículo 1145 III CC). Una de las paradojas de las sentencias sobre enriquecimiento indirecto se cifra justamente en la condena solidaria que supone que la acción de regreso obligará al comprador/comitente al pago íntegro, con lo cual se desdibuja (más allá de la función de garantía propia de la solidaridad) la razón en la que descansa la condena del vendedor enriquecido: el enriquecimiento sin causa.

¹⁵ Comentada por Ana COLÁS ESCANDÓN: CCJC 55 (2001) § 1496.

¹⁶ Tal vez este aprovechamiento sucesivo es el que explica la «equidad» de la solución.

lución del contrato: afirmación que cabe considerar sorprendente porque la contratista «no» fue parte de tal procedimiento. Solo le cabría hacerlo subrogándose en la condición de su contraparte en el contrato y siempre que se cumplieran los requisitos previstos en el artículo 1111 CC. De igual modo es llamativo el reproche cuando el propio Tribunal Supremo emplea distintos preceptos para justificar normativamente la existencia de un «principio» que prohíbe el enriquecimiento sin causa.

En primer lugar el Tribunal descarta la posibilidad de una condena solidaria porque los títulos en que descansa su imputación son distintos. Así dice: «es evidente que tal pretensión [de condena solidaria a vendedora y compradora-comitente] no puede prosperar por cuanto los presupuestos de esa clase de responsabilidad, establecidos en el artículo 1137 del Código civil, no se producen en este planteamiento litigioso ya que la atribución de la pretendida cualidad de deudoras a las entidades demandadas no se hace desde una sola y misma obligación –la de Comarfol, S.A. [compradora] se liga a un contrato de arrendamiento de obra que como comitente concertó con la demandante y la de Pescanova, S.A. [vendedora] se extrae de un alegado beneficio sin causa que de esa obra recibió siendo ella ajena al contrato en que se convino su realización–, obligación de la que se derivase una misma responsabilidad»¹⁷.

Después enuncia su doctrina más o menos estable sobre el enriquecimiento sin causa, en el Fundamento de Derecho Tercero y considera que también es posible la restitución en los casos de atribuciones «indirectas»: «Esa concepción, que sólo exige una correlación entre tales empobrecimiento y enriquecimiento, puede tener cabida tanto en el supuesto de una relación directa entre ambos interesados o a través de una atribución patrimonial indirecta desde la situación patrimonial de un tercero, siempre que los demás requisitos, incluido el de la subsidiariedad de la medida reparadora, concurren en el supuesto. El resultado injustificado es la esencia y núcleo del principio impositivo del enriquecimiento.»

Y entra a rematar para justificar la «procedencia» de la condena a Pescanova, S.A. «Pero esa devolución se produce con exceso del

¹⁷ Como puede verse el Tribunal en este caso hace un esfuerzo interpretativo que no se aprecia en la STS 651/1996, de 23 de julio, en lo que afecta a la condena «solidaria». El efecto es el siguiente: nacerá la obligación de pago siempre que se constata la «insolvencia» del obligado principal (la compradora, Comarfol, SA). Para establecer este efecto se recurre al argumento de que el «título» por el que ambas condenadas son deudoras es «distinto»: uno contractual y otro fundado en el enriquecimiento sin causa. Esta decisión posiblemente se funda en la calificación de la acción como «subsidiaria» en el sentido propio de las acciones rescisorias por fraude (que se acredite la insolvencia del deudor principal) y no en el más común de regla supletoria para el caso de que no exista solución legal expresa.

objeto de aquella compraventa dada la transformación que en él se realizó por la demandante recurrente a instancias de la entidad compradora y cuyo importe de la obra transformadora no se le ha abonado a quien la hizo, y es ese buque transformado para otros cometidos el que recibe Pescanova, S.A. para servirse de él en su nueva conformación, como había sido su conocido propósito anterior a la venta, sin haber respondido, en la más mínima medida, al precio de la transformación ni haber encontrado, en esa pasividad beneficiosa, obstáculo para recibir el, en realidad, nuevo buque tras obra en él realizada por importe muy superior al de su mismo valor, al no haber ejercido la recurrente, conforme al artículo 1600 del Código civil, derecho de retención ante su comitente de obra ni ante quien ve así beneficiado su dominio reservado en aquella venta. Aquel contrato de compraventa viene a terminar siendo el origen –desde la interferencia que, a través el incumplimiento en él por parte de la compradora, produce en la obra contratada y realizada en su objeto– del enriquecimiento actual de la vendedora a costa del trabajo e inversión aportados por la recurrente quien, a falta de pago del precio del arrendamiento de obra por la compradora que también es incumplidora en aquel contrato, termina empobrecida en la misma medida»¹⁸.

Concluye en un largo párrafo: «Sin embargo, la incidencia que la realización de aquellas obras transformadoras del barco ha de producir en la dinámica por la que, desde su mismo contenido, ha pasado el contrato de su venta no puede olvidar que ha generado una obligación primera, a cargo de quien concertó aquella realización, comprensiva del pago del precio del arrendamiento de obra y una obligación subsidiaria –como se pide–, cuando desde aquella de preferente cumplimiento no se logra dejar indemne al realizador de la obra, a cargo del beneficiario de dicha obra en base a la obligación que asume desde la aceptación de ese beneficio sin que puedan servirle de causa justificativa los efectos del contrato por el que vendió –ampliamente rebasados en su consecuencia última devolutiva– ni los de realización de obra a la que era ajena hasta el momento de aprovechamiento de su resultado con que indirectamente se hace al recibirlo sin reparos ni compensaciones, llevando esa situación a la estimación de este recurso con la consecuencia de casar y anular la sentencia recurrida en ese particular, de revocar en

¹⁸ La mención casi episódica del derecho de retención que asiste al contratista (artículo 1600 CC) sugiere una reflexión adicional. El derecho de retención «en prenda» aun oponible frente al vendedor carece de preferencia crediticia salvo que el bien permanezca en el patrimonio del deudor (comitente) y en este caso como crédito refraccionario (artículo 1922.1.º CC «que estén en poder del deudor») y no por tratarse de un derecho de retención (excepto en Cataluña, artículos 569-3 y ss. CCC).

el mismo la sentencia de primera instancia y de estimar en parte la demanda rectora»¹⁹.

Los argumentos de la sentencia para estimar la pretensión parecen ser los siguientes: por un lado, también están proscritas las atribuciones indirectas. En segundo lugar, es determinante el resultado provechoso para el enriquecido, sin importar la razón por la que la ventaja acrece su patrimonio, lo cierto es que se enriquece «a costa de otro». En tercer lugar, el alcance de la restitución en el contrato de compraventa «no» comprende o, en otros términos, resulta «ampliamente rebasado», por la realidad de la mejora. Esto es, en la liquidación de este contrato una vez resuelto no se contempla la apropiación de mejoras tan relevantes, aunque no menciona el artículo 1122.6.^a CC. Las observaciones que cabe formular son las siguientes:

(i) No se argumenta especialmente sobre las atribuciones indirectas, puesto que solo se dice que cabe «también» estimar la pretensión de enriquecimiento en tales casos, siempre que concurren los requisitos comunes. Esto es, no hay una explicación racional de por qué «también en las atribuciones indirectas».

(ii) Señala que el núcleo y esencia del principio es el «resultado injustificado» y el resultado es patente, pero, de nuevo, no se argumenta sobre su carácter injustificado. Si acaso que las obligaciones derivadas del contrato de compraventa «no comprenden» la transferencia del beneficio: debe devolverse el bien vendido en el estado en que se hallaba al tiempo de su entrega y, por tanto, las ventajas añadidas deben liquidarse «separadamente» y sin detrimento de aquel a cuya costa se hicieren.

(iii) Para el Tribunal la vendedora que resuelve debería haber hecho «reparos y compensaciones» al recibir una prestación «distinta» o al menos con un notable «exceso» y no haber mantenido su posición de «pasividad beneficiosa», aunque el ejercicio de las facultades que a cada parte corresponden se atribuya a sus respectivos titulares sin que tenga que ser el acreedor el que defienda la posición de su deudor o de los acreedores de este deudor²⁰.

¹⁹ Esta sentencia obliga a prevenir sus efectos al tiempo de negociar ciertos contratos, puesto que a la existencia de contingencias de todo signo en los contratos de compraventa se añade ahora la posibilidad de que el vendedor no haya pagado obras o mejoras hechas con antelación a la celebración del contrato con un tercero y el comprador se vea envuelto, con éxito, en su reclamación. También a pactar los efectos de la resolución de los contratos que se sujeta, en principio, a reglas dispositivas.

²⁰ Tal vez el argumento podría expresarse de otro modo: no le cabe al vendedor oponer frente al contratista empobrecido una defensa que no hubiera podido hacer valer frente a su contraparte, aunque, lo cierto es que el Tribunal Supremo no se pronuncia en esta sentencia sobre cómo deben liquidarse las mejoras en caso de resolución del contrato.

7. En el caso de la STS 987/2002, de 22 de octubre los defraudados contratistas que contrataron con dos promotoras se dirigen contra el que les vendiera a éstas la parcela y después resolviera el contrato de compraventa que celebró. La Audiencia condenó «solidariamente» al vendedor y a las compradoras-comitentes. Recurre el vendedor y alega como motivo de casación lo siguiente: «la violación por inaplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS 5 noviembre 1968 y 14 diciembre 1994, entre otras, a cuyo tenor no puede darse lugar a la acción de enriquecimiento injusto, si no concurren los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para su estimación y, entre ellos, la inexistencia de causa, por cuya razón, no puede ser aplicada esta doctrina si el supuesto enriquecimiento se produce como consecuencia de las relaciones habidas entre empobrecido y enriquecido y, concretamente, cuando se hubiere producido como consecuencia de las obras contratadas «por el arrendatario» —en este caso, los compradores— en la finca, pues, en todo caso, el enriquecimiento se habría producido en cumplimiento de un contrato de compraventa resuelto como consecuencia del incumplimiento del comprador: menos, cuando la acción se ejercita por quien no contrató con mi mandante».

En suma, alega que se vulnera el principio de relatividad de los contratos (artículo 1257 CC). Sobre este asunto dice el Tribunal: «El motivo no debe prosperar porque no se trata de que el Sr. Ernesto sea deudor del precio de los «servicios suministrados» por las codemandadas, sino de que, al haber revertido a él la finca en que se realizaron las obras, «con una importante obra incorporada», ello dio lugar a un enriquecimiento sin causa lo que, según la Audiencia, es la base de su condena»²¹.

En fin, se ahorra el esfuerzo de argumentar al afirmar que el caso que resuelve y el que dio lugar a la STS 732/2000, de 12 de julio son idénticos y merecen, por ello, igual solución: «Por lo demás, no ofrece duda que el enriquecimiento obtenido por el Sr. Ernesto al recuperar «la finca con una importante obra incorporada carece de justificación alguna, pues no puede considerarse tal la relación contractual con la compradora, Conjunto Residencial San Roque, SL», que se la restituyó «con exceso del objeto de aquella compraventa» (STS 732/2000, 12 julio, dictada en un supuesto idéntico en lo esencial al presente)».

8. En el caso de la STS 439/2009, de 25 de junio, la controversia se resuelve con más finura e incluso se refiere expresamente

²¹ Como puede apreciarse se regresa al argumento de los «títulos» distintos para la condena «solidaria» (*supra*, STS 732/2000, de 12 de julio): al comitente en razón del contrato y al vendedor que resuelve en razón del aprovechamiento sin causa de la venta.

a la *condictio* por inversión y en uno de sus motivos justamente se alega que se infringe la doctrina emanada de las tres sentencias ya citadas.

Aquí también el contratista insatisfecho se dirige contra los finales propietarios (por adjudicación en ejecución hipotecaria y por compraventa) que se enriquecen con las obras hechas y no pagadas. Su pretensión se desestima en todas las instancias y la razón es clara: la solución se halla en la liquidación del contrato, *contrato por cuyas vicisitudes ha de pasar el contratista*²².

Dice la sentencia: «Por otra parte, se ejercita una *condictio* por inversión, en su variante de *condictio* por expensas, figura de perfiles borrosos que ha sido definida en la doctrina como la acción que se dirige a recuperar, de quien se ha beneficiado sin causa que lo justifique, el valor de los gastos o del trabajo incorporado a una cosa ajena. Esta figura, construida por la doctrina alemana (§§ 812, 946 y 951 BGB), según ha señalado un autorizado sector doctrinal entre nosotros²³, ni siquiera en dicho sistema goza de gran extensión, *pues allí se excluye cuando existe una relación contractual entre el propietario de la cosa y el autor de las expensas, caso en el que se han de aplicar las reglas que rigen esa relación*, y cuando el poseedor ha realizado gastos y se trataba de una relación en la que el poseedor reconoce el dominio de otra persona, en cuyo supuesto son de aplicación las reglas de la *condictio* de prestación, de modo que esta *condictio* por expensas *solo se aplica cuando la cosa se posee como propia*. En el Derecho español cabría ver un supuesto de este tipo de *condictio* en las reglas que rigen la liquidación de un estado posesorio, cuyo eje central se encuentra en la disposición del artículo 453 II del Código civil, que ordena restituir los gastos útiles al poseedor, pero sólo al de buena fe, por cuya razón no parece inspirada en la restitución del enriquecimiento sin causa, pues en tal caso, como ha señalado el sector doctrinal antes aludido, se restituiría el valor invertido por cualquier poseedor, *sino en la misma protección de la buena fe con que se ha actuado*. Si bien en supuestos de liquidación del estado posesorio pueden encontrarse casos que la jurisprudencia considera como aplicación de este tipo de *condictio*, con restitución del valor de las expensas realizadas, como en los de aplicación de los artículos 453, 454, 487, 488 del Código Civil (SSTS 15 noviembre 1990, 13 octubre 1995, 23 julio 1996, 12 julio 2000, 22 octu-

²² La finura, no obstante, no propicia la seguridad: no podemos predecir qué ocurrirá en un supuesto semejante, puesto que no «desmiente» la jurisprudencia anterior sino que considera que se trata de un caso «distinto».

²³ «Sector» que no es otro que Luis Díez-PICAZO: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, 1988 [nota 2].

bre 2002, citadas por la recurrente), *pero es claro que no estamos ante uno de estos supuestos*»²⁴.

Sigue diciendo el Tribunal: «Por otra parte, a la viabilidad de la pretensión basada en la existencia de un enriquecimiento injusto se oponen, en el presente litigio, de una parte, que *la recurrente verificó las expensas cuyo valor intenta ahora recuperar en cumplimiento de un prestación a la que estaba obligado por razón del contrato de obra convenido con Cogrami, Soc. Coop. [comitente], y no como poseedor en nombre propio y en concepto de dueño, sino como servidora de la posesión, por lo que serían de aplicación, en todo caso, las reglas de la relación establecida*, por cuyas vicisitudes ha de pasar la ahora recurrente o, a lo sumo, las de la *condictio* de prestación, si las primeras no fueran aplicables, lo que en el Derecho español conduce al cobro de lo indebido, si bien puede extenderse la idea de cobro a la adquisición, como ha propuesto alguna autorizada opinión, idea que ciertamente puede rastrearse en alguna de las sentencias anteriormente citadas, como las 15 noviembre 1990, 12 julio 2000 o 22 octubre 2002, pero que la especificidad del caso que nos ocupa no permite subsumir en tal institución, *pues aquí la adquisición de la finca en la que está incorporado el valor derivado de la construcción realizada por la recurrente se produce a través de la ejecución de la hipoteca convenida entre Cogrami, Soc. Coop., comitente de las obras y Caja Asturias, que prestó el numerario para financiarla, y que además vende por precio no irrisorio, a cargo de la compradora frente a la que se reclama la restitución del supuesto enriquecimiento, la finca en la que las inversiones se contienen, como ya señalaba la Sala de instancia. De modo que la adquirente de la finca, en definitiva, adquiere una utilidad que proviene del legítimo ejercicio de un derecho atribuido por un contrato, supuesto en el que la jurisprudencia viene rechazando la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto* (SSTS 19 diciembre 1996, 12 diciembre 2000, 31 octubre 2001, 26 junio y 31 julio 2002, 8 julio 2003, 5 noviembre 2004, 30 marzo y 10 octubre 2007, etc.)»²⁵.

²⁴ La STS 15 noviembre 1990 (STS 8276/1990; Ramón López Vilas) resuelve un supuesto de enriquecimiento y cesión de remate respecto a finca en la que no constaba la edificación; la STS 870/1995, de 13 de octubre (STS 5042/1995; Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) sobre el alcance de la restitución de las mejoras en la resolución de un contrato de compraventa (*infra* 11); el resto de sentencias son las ya reseñadas (*supra* 5, 6 y 7). Como vemos la selección de supuestos recogidos por el recurso comprende los principales casos de enriquecimiento indirecto. Para el Tribunal Supremo son dos los requisitos para que se aplique la *condictio* por expensas: por un lado, que el poseedor que mejora haya poseído la cosa «como propia» y, por otro, que sea de buena fe, que es elemento que discierne la restitución y no la existencia de la mejora.

²⁵ Este último argumento remite a otras sentencias del Tribunal Supremo que, según la sentencia, justifican la retención de la utilidad, al tratarse de un efecto derivado de un

9. En el caso de la STS 728/2015, de 30 de diciembre, el constructor que ha visto impagado su crédito se dirige no solo contra el promotor/comitente (una sociedad) sino también frente a los dueños de los terrenos sobre los que se edifica y alega enriquecimiento y accesión, además de que pretenda el levantamiento del velo de la sociedad promotora, de la que es socio único el hijo de los propietarios de los terrenos.

Se condena al pago de la suma pactada pero «no» a los propietarios del terreno, que resultan absueltos en la instancia y en la apelación. El Tribunal Supremo extiende la condena a los propietarios de los terrenos donde se produjo la edificación y considera que una vez pagado deberán resolver los propietarios sus diferencias con la promotora insolvente que es la que tiene a su cargo el pago del contrato de obra.

contrato (es un derecho atribuido por éste) y que en su mayoría no sirven para ilustrar nuestro supuesto o para deducir criterios valiosos. Las sentencias que cita contemplan «esa declaración» pero la diversidad de sus supuestos de hecho no permite extraer ninguna conclusión provechosa para el caso decidido. En la STS 1094/1996, de 19 de diciembre (Roj: STS 7375/1996; Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) la alegación del enriquecimiento concernía a un desequilibrio entre negocios coetáneos, en rigor, con la remisión al contrato, se afirma que no puede discutirse el precio cuando éste ha sido libremente pactado, aunque después se revele excesivo. En la STS 1165/2000, de 12 de diciembre (Roj: STS 9120/2000; Antonio Gullón Ballesteros) el adquirente trata de desplazar al retrayente la mayor cantidad que pagó sucesivamente al ejercicio de retracto por éste: en realidad, en el caso, la alegación de enriquecimiento carece de razón porque el que recibe el sobreprecio «no» es el retrayente sino el vendedor. Entonces el asunto se sustancia en cuál es el precio del retracto y la mención de que es el ejercicio legítimo de un derecho no deja de ser superflua. La STS 1026/2001, de 31 de octubre (Roj: STS 8493/2001; Alfonso Villagómez Rodil) se refiere a un caso en el que el prestamista reclama a los socios del prestatario el pago del crédito insatisfecho (parcialmente, puesto que en la suspensión de pagos cobró una suma) y sencillamente «no» se aprecia vinculación entre socios y prestamista que justifique tal extensión. En la STS 651/2002, de 26 de junio (Roj: 4720/2002; Jesús E. Corbal Fernández) la alegación es, de nuevo, para revisar (sin éxito) un acuerdo que se considera desequilibrado o perjudicial para una de las partes (en el caso un acuerdo liquidatorio de un contrato de ejecución de obra); la llamada del TS a la doctrina del enriquecimiento es por razones de pura congruencia pero no de fondo. En la STS 784/2002, de 31 de julio (Roj: STS 5774/2002; José Manuel Martínez-Pereda) la suministradora de una máquina defectuosa reclama la ventaja obtenida por la compradora en razón del uso; de nuevo el problema es relativo al régimen del cumplimiento del contrato o sobre la retirada de la prestación defectuosa, sin que haya razón (más allá de la congruencia procesal) para pronunciarse sobre el enriquecimiento sin causa. En la STS 681/2003, de 8 de julio (Roj: 4798/2003; Antonio Romero Lorenzo) el banco reclama el importe del crédito pendiente de la prestataria cuando después de la ejecución y adjudicación hipotecaria enajena el bien en un importe sustancialmente superior al importe de la deuda; la prestamista alega que se produce un enriquecimiento sin causa. El TS hace alguna consideración entre enriquecimientos moralmente reprochables y aquellos que carecen de causa. La STS 1034/2004, de 5 de noviembre (Roj: STS 7133/2004; Antonio Romero Lorenzo) señala que no cabe alegar el enriquecimiento cuando el supuesto desequilibrio deriva de un contrato válido de transacción (podría decirse que se alega para reajustar las prestaciones pactadas). La STS 373/2007, de 30 de marzo (Roj: STS 2238/2007; Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares) incluso niega que un «principio general» pueda invocarse como motivo de casación. La STS 1026/2007, de 10 de octubre (Roj: STS 6617/2007; Encarnación Roca Trías) niega los efectos de tal principio puesto que la retribución se justifica en el contrato válido y eficaz entre las partes.

Dice la sentencia, en su Fundamento 3.º: «En el motivo segundo denuncia la infracción del principio general del enriquecimiento injusto, de los artículos 1080 y 1887, y de las reglas de la accesión contenidas en el artículo 361, todos ellos del Código Civil. Según el recurrente la conflictiva situación generada por el hecho de que la obra se levantara sobre la finca de los esposos codemandados, autorizada por ellos y en su propio beneficio, sin que exista relación contractual con la contratista, debe resolverse acudiendo al principio de prohibición del enriquecimiento injusto. El motivo se desestima.

La Audiencia Provincial negó la realidad de este enriquecimiento sin causa pues, como dice: «a) *no hay base para afirmar que los dueños del terreno hayan adquirido la propiedad de lo edificado por el solo hecho de la construcción por la actora y se hayan enriquecido con ella; la parte recurrente considera de aplicación lo dispuesto en los preceptos reguladores de la accesión artículos 361 CC-, aunque la construcción fue consentida y autorizada; pero incluso en ese caso tal adquisición del dominio no sería automática (SSTS 9 febrero 2006, 20 mayo 1977) sino fruto de una opción de la propiedad conforme a esa norma que no consta ejercitada; y b), el pretendido empobrecimiento de la parte, que solo puede afirmarse actualmente como hipotético en la medida en que no cobre el crédito que ostenta por la construcción contra quien es responsable de su pago, no guarda relación directa con ese pretendido enriquecimiento de los dueños del terreno, sino con el impago de su crédito por el deudor, que es quien debe responder prioritariamente, de manera que no puede establecerse una correlación entre uno y otro».*

Pues bien, aun dando por supuesto que la edificación en suelo ajeno que se cuestiona no está sujeta al régimen del artículo 361 del Código Civil por no ser caso de accesión aquel en que el dueño del terreno la conoce y autoriza, como ocurrió en este caso, es evidente que partiendo de que los requisitos que condicionan la viabilidad del enriquecimiento injusto o torticero son: empobrecimiento del actor, representado por un daño positivo o por un lucro frustrado; correlativo aumento del patrimonio del demandado; falta de causa que lo justifique e inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación de este principio, y teniendo en cuenta, además, como síntesis de los apuntados requisitos, que la noción «sin causa» es la primordial y definitiva en la teoría del enriquecimiento injusto, pues mediante ella se pretende corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas, es decir, contrarias a la Ley (SSTS 30 marzo 1988, 6 octubre 1990 y 4 junio 1993,

entre otras), *el motivo debe ser estimado, al concurrir en el presente caso los expresados requisitos.*

En efecto, sobre la finca propiedad del matrimonio Raimundo-Sofía se construyeron tres bloques de edificios con el conocimiento de los mismos, de los que disfrutaban. La edificación de estos inmuebles se ha llevado a cabo directamente y a costa, patrimonio, recursos y actividad de la demandante. Como consecuencia, los primeros se quedan con la obra, es decir, obtienen un beneficio efectivo por el incumplimiento contractual de la sociedad codemandada, mientras que la segunda queda empobrecida, *no por el impago del crédito por Bedia Montes, SL*[la dueña de la obra y promotora], *sino por esa correlativa concurrencia de creación de riqueza sobre suelo ajeno y la dinámica sobrevenida en la mercantil promotora, vinculada familiarmente con los dueños del suelo, desaparecida del tráfico. El nexo causal entre uno y otro fenómeno parece evidente; todo ello sin causa alguna que justifique la atribución patrimonial de los esposos demandados.*

Consecuencia de lo cual es la reintegración de ese beneficio a la recurrida por el importe del principal y los intereses que la sentencia ha determinado como deuda a cargo de la sociedad codemandada con la que, en su caso, deberá resolver sus diferencias»²⁶.

Sobre la sentencia cabe hacer las siguientes observaciones. En primer lugar, la inaplicación de la doctrina del levantamiento del velo tiene una sencilla razón de ser: con ella se lograría la responsabilidad *iure proprio* del socio único (hijo de los propietarios) pero no la atribución de responsabilidad a los padres propietarios. De este modo, no se extendería el círculo de responsables a deudores solventes: los padres propietarios son, siguen siendo, titulares de las fincas edificadas, susceptibles por tanto de embargo. En segundo término, la vinculación «familiar» de la sociedad («desaparecida del tráfico») es la clave de la extensión de la responsabilidad y no tanto la cuestión del enriquecimiento. Por último, si hubiera fraude o interposición de un sujeto para evitar que recaigan sobre los finalmente beneficiados las cargas del negocio debería haberse recurrido al fraude o la simulación.

10. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por tanto, ha resuelto admitir la pretensión de enriquecimiento sin causa (salvo

²⁶ El «evidente» nexo causal parece referirlo a dos fenómenos: por un lado, la creación de riqueza sobre suelo ajeno (esto es, el resultado provechoso), por otro la insolvencia de la contraparte y su vínculo familiar con los beneficiados. La inutilidad probable del levantamiento del velo (solo referible al «hijo», socio único) obliga a buscar una comunicación de riesgos y provechos a partir del enriquecimiento respecto a los padres.

en el caso de la STS 439/2009, de 25 de junio) aunque, como hemos dicho, sin que exponga con claridad sus argumentos²⁷.

Sin embargo, podemos encontrar al menos un elemento común, elemento que no nos permite aventurar cuál será su respuesta ante un caso semejante. Es el siguiente: el carácter incontrovertible de la ventaja o del resultado, que ni tiene correspectivo en el contrato que celebró el enriquecido ni tampoco en su liquidación. Podría decirse que el «resultado» convoca a buscar una solución que parece más acuciante en razón de la insolvencia del comprador comitente, insolvencia que, como hemos visto, se exige con más o menos contundencia²⁸.

11. La solución más apropiada con los textos legales en la mano pasa, a nuestro entender, por resolver el problema a partir de las siguientes premisas:

(i) El riesgo de insolvencia de relaciones o vínculos contractuales recae en el contratante que fuere acreedor y, salvo en los casos en que se admita (y por las razones de política jurídica que lo sustentan) una acción directa, no puede desplazarse o asignarse a un tercero «extraño» al vínculo contractual (artículo 1257 CC). El título contractual es «excluyente»: esto es, no cabe recurrir a un título distinto (el enriquecimiento) cuando el empobrecimiento del contratista deriva causalmente del «impago» del contrato que celebró y no de la conducta o aprovechamiento del tercero²⁹.

²⁷ En palabras de BASOZABAL: *Estudios Miquel*, I [nota 5], p. 523: «Como suele ocurrir tantas veces, el Tribunal ha sido mucho más certero al decidir que no procedía su aplicación que al aplicarla, y no tanto porque la solución material resultara inadecuada, como porque se echa de menos un mayor esfuerzo para determinar los presupuestos que justifican el derecho a compensar ciertas mejoras realizadas en patrimonio ajeno –o en patrimonio propio que deviene ajeno–, distinguiéndolos correctamente de los que plantean las atribuciones derivadas de prestación».

²⁸ Hay otras cuestiones sobre las que esta jurisprudencia no se pronuncia. Por un lado, no hay una preocupación por fijar cuál deba ser el alcance del «enriquecimiento»: se decide en todos los casos condenar a la restitución del precio pactado en el contrato de obra. Por otro, apenas se matiza sobre la «solidaridad» entre los demandados o sobre la regla de reparto entre ellos: posiblemente si el Tribunal Supremo se enfrentara al ejercicio de un derecho de regreso (artículo 1145 III CC) tendría que examinar cuál es el patrimonio que definitivamente debe soportar la restitución y, entonces, perdería razón de ser el fundamento que justificara la condena al vendedor que resuelve (la que cabe llamar la «paradoja del regreso»). Por último, no se explica por qué debe acreditarse la insolvencia del comprador-comitente, cuestión que, al parecer, debería vincularse a la subsidiariedad de la pretensión de enriquecimiento (sobre ésta, véase la STS 387/2015, de 29 de junio [Roj: STS 3192/2015; Xavier O'Callaghan] que sintetiza la jurisprudencia anterior).

²⁹ Para VENDRELL: «Enriquecimiento», 2017 [nota 5], pp. 302-303, la clave para la respuesta de los problemas de enriquecimiento indirecto está en «reparar en las consideraciones de política jurídica implicadas en este ámbito del Derecho privado –que poco o nada tienen que ver con la equidad- y, en concreto, en los grupos de casos relativos a las relaciones triangulares» y remite a la regla del DCFR (artículo VII.2:102) que establece una excepción para el enriquecimiento si la prestación ejecutada por el tercero (que finalmente beneficia al enriquecido) ha sido ejecutada por éste en cumplimiento libre de un contrato o el enriquecimiento es efecto incidental del cumplimiento de su obligación. El

(ii) El empobrecido dispone de herramientas para remediar su situación, pero deben referirse a la posición de su contraparte y no a la del finalmente beneficiado del cumplimiento de su obligación. Tales herramientas se conectan necesariamente con el régimen de la liquidación del contrato resuelto que se sustenta en reglas distintas a las previstas para la nulidad o anulación del contrato (artículos 1303 ss. CC)³⁰.

(iii) En la «liquidación» del contrato de compraventa resuelto, las facultades o derechos que asistan a las partes son embargables y cabe también su ejercicio por subrogación (artículos 592.2 LEC y 1111 CC)³¹. Es en el Derecho de contratos donde debe decidirse cómo se liquida el «exceso» del que hablan las SSTs 732/2000, de 12 de julio y 987/2002, de 22 de octubre. Cabe añadir que la mejora no forma parte del contenido de las obligaciones propias del contrato de compraventa y que se trata, para el vendedor que resuelve, de un enriquecimiento «impuesto».

criterio de política jurídica sería el siguiente: «cada una de las partes del contrato debe soportar solamente el riesgo de insolvencia de aquel que ha seleccionado como parte contractual» (p. 304). Ya antes VENDRELL: «Subcontratación», 2009 [nota 5], pp. 458-459, al reproducir el criterio sugerido por Claus Wilhelm CANARIS [«Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis», ahora en *Gesammelte Schriften*, III, De Gruyter, Berlin/Boston, 2012, pp. 711 ss.]: «el riesgo de insolvencia debe ser repartido de forma razonable y justa: cada una de las partes debe soportar solamente el riesgo de insolvencia de aquel que ha seleccionado como parte contractual». Y también Miguel PASQUAU LIAÑO: Comentario STS 19 febrero 1999, CCJC 50 (1999) §1376, establece varias reglas (pp. 898-9) para los casos de enriquecimientos indirectos: a) la acción de enriquecimiento no puede servir para eludir el principio de relatividad de los contratos, fuera de los casos en que el ordenamiento jurídico confiere la acción directa; «Así el suministrador de materiales y el contratista no pueden exigir el *precio pactado* (pretensión nacida del contrato) frente al adquirente de vivienda o al dueño que recupera la finca arrendada, respectivamente; en todo caso podrán aspirar a la restitución del enriquecimiento efectivamente experimentado por su patrimonio (que no tiene por qué coincidir con el precio) siempre que no haya de calificarse, sin más, como un «enriquecimiento impuesto no restituible», es decir, siempre que el destinatario del mismo estuviese obligado a indemnizar al «intermediario» (dueño de la obra en el primer caso, y arrendatario, en el segundo) por ese plusvalor» (p. 898); b) sobre todo cree que el demandante tiene que acreditar la «insolvencia» del propio deudor antes de intentar el enriquecimiento (y remite a la acción subrogatoria).

³⁰ De igual modo debe ponderarse el sentido y oponibilidad del llamado privilegio «refaccionario» (que privilegia créditos casualizados con la mejora, reparación o construcción de bienes ajenos) puesto que con éste se asegura el cobro de las ventajas realizadas sobre los bienes afectos al privilegio crediticio (artículos 1922.1.º, 1923.3.º y 5.º CC). Sobre las condiciones de su oponibilidad para los inmobiliarios (artículos 59, 92 y 94 LH, en razón de su equivalencia y conversión con el derecho de hipoteca) véase, por todos, Encarna CORDERO LOBATO: *El privilegio del crédito refaccionario*, Tecnos, Madrid, 1995. El privilegio refaccionario carece, como regla, de oponibilidad o de reipersecutoriedad, de manera que la transferencia a un tercero (distinto al deudor) del bien refaccionado impide su ejercicio. Como privilegio puede hacerse valer frente a los otros acreedores del deudor pero salvo que se inscriba (artículos 59, 92 y 94 LH), no es oponible frente a los subadquirentes del deudor.

³¹ Aunque, como advirtiera Rafael NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Reus, Madrid, 1934, p. 184, la subrogación en el crédito se somete a las reglas concursales del deudor titular del crédito (del Derecho de quiebras señalaba él) reglas a las que es inmune la pretensión de enriquecimiento, al tratarse de una pretensión autónoma.

Desde la perspectiva del vendedor que resuelve (y que es demandado por el enriquecimiento indirecto respecto a la mejora) su posición debe ser equivalente a la que ocuparía de haber sido demandado por la contraparte de su contrato: si el contrato de compraventa o el régimen de su liquidación no le sirve para retener la mejora debe pagar el empobrecimiento sufrido por el contratista. En caso contrario, no puede ser de peor condición porque la mejora haya sido hecha por un tercero a que si hubiera sido ejecutada a costa de su contraparte. No obstante parece que la prevalencia del régimen contractual es clara.

(iv) Sean cuales fueren las reglas de la liquidación del contrato resuelto debemos recordar el carácter «dispositivo» de los efectos de la resolución: así, es válida la cláusula penal de retención del precio parcialmente pagado; la cláusula que establezca que las mejoras quedan en favor del contratante que resuelve (*v. gr.* artículo 21 I LAR) o el modo de establecer el valor del bien vendido cuando no quepa la restitución *in natura*.

Tal vez la única sede en la que el recurso al Derecho dispositivo sobre la liquidación es determinante sea en materia de condiciones generales en donde los pactos de liquidación no pueden empeorar la posición que ocuparía el contratante consumidor según lo dispuesto en el Derecho dispositivo. Derecho que no goza de una interpretación uniforme.

(v) El régimen para liquidar expensas e impensas (y deméritos o pérdidas) en el caso de resolución por incumplimiento del contrato «adolece entre nosotros de una gran oscuridad»³². No se sabe bien qué régimen o combinación de regímenes elegir (artículos 487 [¿y 453 II?], 1122.6.^a, 1123 II CC) y por qué. Y entonces, si seguimos la remisión que nos indican los artículos 1123 II y 1122.6.^a CC, salvo que cupiera el *iustollendi*, «no hay derecho a indemnización» para las mejoras voluntarias realizadas por el contratante que padece la resolución (artículo 487 CC y STS 870/1995, de 13 de octubre)³³.

³² En palabras de Fernando PANTALEÓN: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», ADC (1993) IV, pp. 1719-1745, p. 1735 y nota 54, que además nos recuerda el artículo 1653 I CC. Un problema, tal vez excesivamente enturbiado por disquisiciones dogmáticas, es la cuestión de la retroactividad de la resolución y si cabe distinguir entre efectos «reales» y «obligatorios» de ésta. La explicación del régimen de gastos, deterioros, mejoras y frutos en caso de resolución no requiere vincularla a la retroactividad de los efectos de la resolución sino al efecto extintivo y liberatorio propio de aquélla, asunto que queremos abordar en un próximo trabajo sobre *Resolución y restitución*. Sí es cierto que la insatisfacción sobre este régimen convoca a ofrecer una solución oblicua, como es el enriquecimiento sin causa, tal vez menos cargado de razón si el régimen fuera menos restrictivo.

³³ Roj: STS 5042/1995, Gumersindo Burgos Pérez de Andrade. Sobre esta sentencia véase el excelente comentario de Joan MARSAL GUILLAMET: CCJC 40 (1996) § 1083 que desvela sus incongruencias; sentencia que comenta también M.^a Paz GARCÍA RUBIO: RDPr 80 (1996), pp. 591-599. La STS 870/1995, de 13 de octubre da una de cal y otra de arena sobre este asunto. Así señala que en el régimen restitutorio en caso de resolución: «al

(vi) Una regla distinta a la de la propia del Derecho de contratos (cada contratante soporta el riesgo de insolvencia de aquel con quien contrató) supone consagrar, en relaciones triangulares de esta clase, una suerte de posición de garante (o fiador) del vendedor respecto a la insolvencia de su contraparte en sus relaciones con terceros, cuando el contrato celebrado le atribuya finalmente una ventaja aunque ésta pueda considerarse para él un enriquecimiento impuesto³⁴.

Como dijera la STS 266/1988, de 30 de marzo: «*de aceptar la tesis del enriquecimiento que sostiene el recurso, se transformaría este principio general de derecho, de saludable postulado de equidad y justicia, en motivo grave de perturbación y trastorno de la seguridad de las relaciones jurídicas (...) Ha de ser un mismo hecho o circunstancia el que dé lugar a la pérdida o ganancia y no distintos hechos como aquí ocurre, en que las obras se ejecutan y ha de satisfacerse su precio por quien las ajustó o sea la arrendataria, en tanto que si quedan a beneficio de la propiedad es por virtud del contrato de arrendamiento del local, con absoluta desconexión uno y otro contrato, pues en definitiva el alegato del recurso entraña nada más y nada menos que la responsabilidad solidaria o subsidiaria del propietario del local respecto de las obras que libre y unilateralmente ajuste el arrendatario, lo que conduce al absurdo y a la imposición de una carga desconocida sorpresiva y sorprendente para el dueño, que lo hace inviable en derecho*»³⁵.

deudor incumplidor no le corresponde sobre las mejoras realizadas a sus expensas, sino los derechos que le atañen al usufructuario, que no son otros que los de retirarlas si fuera posible hacerlo sin detrimento de los bienes, pero no el de ser indemnizado de su importe». Y luego admite que cabe la pretensión de enriquecimiento sin causa, que tal vez acepta porque «ha sido declarado como hecho probado, que cuatro años después de vendida la casa a la parte demandante, cuando el demandado recupera su posesión y la vuelve a vender, este segundo precio es literalmente el doble del que se convino en el contrato resuelto».

³⁴ Según Orozco: *Enriquecimiento* [nota 5], pp. 247-248 la doctrina sobre los enriquecimientos indirectos debe aplicarse «con prudencia» para evitar convertir al receptor final en garante de obligaciones asumidas por otro y, por tal razón, exige su carácter subsidiario (aduce, como ejemplos, los artículos 365 CC y 65 LCCh). Por su parte para ВЕСН en su muy extenso *Sistema de restitución* [nota 5], pp. 417 ó 432-433 la relación triangular no es un obstáculo para conceder una pretensión de enriquecimiento aunque su posición no está expresada, o a nosotros no se nos alcanza, con claridad.

³⁵ Roj: STS 2377/1988; Jaime Santos Briz.