

20.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ABRIL DE 2010

No procede que el tercero hipotecario tenga que indemnizar al propietario desposeído

Comentario a cargo de:
LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO
Catedrático de Derecho civil
Universidad Jaime I (Castellón)

SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 2010

Ponente: Excm. Sra. D^a Encarnación Roca Trías.

Asunto: El tercer adquirente de buena fe no debe indemnizar al propietario perjudicado por la adquisición “a non domino”. Queda a salvo, sin embargo, la posibilidad de las acciones de enriquecimiento que pudiera ejercitar el despojado, verdadero dueño, frente al titular registral no propietario que vendió indebidamente.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Abril de 2010

No procede que el tercero hipotecario tenga que indemnizar al propietario desposeído

LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad Jaime I (Castellón)*

Resumen de los hechos

D. Antonio Martínez de la Riva Labarta había adquirido en 1949 como legatario una finca, que se identifica aquí como la nº 2886 del Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela.

En el año 1979 mediante escritura pública otorgada por los hermanos Martínez de la Riva Labarta entre los que se encontraba el propio actor, representado por su hermano D. Vicente, se vendió una finca de la propia herencia a D^a Maria Schnacking Ofting y sus hijos Regina, Constantino y Mónica.

Dicha finca coincide en la descripción y linderos con la que figura en una escritura de agrupación de 30 de julio de 1992, de la que surge la finca nº 24, que accedió a la Junta de Compensación aportada por la entidad Rahid, S.A.. Esta finca nº 24 estaba formada por varias otras adquiridas por la propia entidad a diversos propietarios, entre ellos los propios hermanos Martínez de la Riva. La finca en cuestión se inscribió en el Registro de la Propiedad a nombre de Rahid, S.A.. La finca que ahora se reclama forma parte de la nº 24.

La finca nº 24 formaba parte del Plan Parcial del Sar. La entidad Rahid, S.A. la vendió a su vez a los recurrentes D. Rafael Ferreiro Lodeiro y su esposa D^a Isabel Martínez Castro. Estos la aportaron al Plan Parcial del Sar en 1994, recibiendo a cambio los correspondientes derechos urbanísticos.

D. Antonio Martínez de la Riva, fallecido durante el proceso y sustituido por su hijo D. Francisco Martínez de la Riva Etchevarría como sucesor, demandó a Rahid, S.A., D. Rafael Ferreiro Lodeiro y su esposa D^a Isabel Martínez Castro, y Junta de Compensación del Polígono Unico Parcial del Sar. En la demanda se pedía que se declarara que la finca nº 2886 era propiedad del demandante y que estaba incluida en su totalidad en el Proyecto citado. Que los aportantes D. Rafael Ferreiro y su esposa habían obtenido ilícitamente los

derechos urbanísticos consistentes en la cuota de participación que corresponde a dicha finca. Que se condenara a la devolución de la finca o bien a que se les concediera el porcentaje de participación en el Polígono que corresponde a la citada finca. Subsidiariamente y para el caso de que ello no fuera posible, se indemnizara al demandante en una cantidad igual al valor de la finca.

A esta demanda se acumuló otra formulada por el propio demandante inicial contra la sociedad Compostela Beach S.A., adquirente de los derechos urbanísticos pertenecientes a los esposos Ferreiro-Martínez, y el Ayuntamiento de Santiago de Compostela, adquirente de los viales.

La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Santiago de Compostela desestimó íntegramente la demanda. Las razones se basaban en el tipo de acción ejercitada. Se entendió que la finca reivindicada no existía y que no se había identificado tampoco el objeto de la acción.

D. Francisco Martínez de la Riva apeló la sentencia desestimatoria. La de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, con sede en Santiago de Compostela, de 20 de mayo de 2005, estimó la apelación y revocó la apelada. Después de exponer los hechos, formulaba los argumentos que se resumen: a) los codemandados son responsables del despojo sufrido por el actor; b) sin negar la propiedad del actor, los documentos que invocan en justificación de su derecho resultan insuficientes para acreditar la adquisición de la totalidad del terreno; c) la demanda solo puede prosperar frente al matrimonio Ferreiro-Martínez, porque “ellos son los que recibieron los beneficios que tal aportación reportó y por tanto los únicos legitimados pasivamente para soportar la demanda y los únicos a quienes procede condenar a que indemnicen al actor”; d) en consecuencia, “deben reintegrar al demandante el equivalente económico de los derechos urbanísticos que hubieran percibido en el caso de haber procedido él mismo a la aportación de la finca litigiosa al Polígono Unico Plan Parcial SAR”.

Contra esta sentencia interponen recurso extraordinario por infracción procesal D. Rafael Ferreiro Lodeiro y Dª Mª Isabel Martínez Castro, quienes a su vez interponen recurso de casación. También interpone dicho recurso Rahid S.A..

El Tribunal Supremo estima el recuso de casación interpuesto. Casa y anula la sentencia recurrida. En su lugar se procede a dictar sentencia desestimando la demanda presentada por el demandante. Y se concluye que el matrimonio es tercero de buena fe protegido por el art. 34 LH, de modo que el bien en cuestión se ha hecho irrevindicable en poder de los recurrentes y, por tanto, no deben pagar ninguna indemnización al demandante. El único responsable sería Rahid, titular inscrito, que fue quien transmitió.

COMENTARIO

Sumario: 1. ¿Ha de indemnizar el tercero hipotecario al verdadero propietario? 2. El verdadero propietario ha de dirigirse contra el titular registral no propietario. 3. Acción de enriquecimiento y acción de daños. 4. El voto particular. 5. Bibliografía.

1. ¿Ha de indemnizar el tercero hipotecario al verdadero propietario?

Sorprendente sentencia ésta. En lo que a mí se me alcanza, ni la doctrina ni el Tribunal Supremo tenían alguna duda sobre la contestación a esta pregunta. La respuesta es que no. Y de pronto nos encontramos que hay que unificar criterios sobre este punto. No se nos dice en el cuerpo de la misma la razón de ello, a no ser que tenga que ver con el Voto Particular. Pero este comentarista no es adivino ni tiene bola de cristal y por tanto tiene que limitarse a lo que se nos dice y no rebuscar en las intenciones ocultas de la Sala.

¿Por qué no ha de indemnizar el tercero hipotecario al verdadero propietario? Ello se ha justificado siempre en la propia razón de la protección del tercero: la seguridad del tráfico jurídico.

De entre los distintos supuestos del art. 34 LH, ¿a cuál de ellos corresponde el contemplado por la sentencia que estamos comentando? [GORDILLO CAÑAS, A. (2008), p. 1133]. Se distingue, en primer lugar la adquisición radicalmente *a non domino*, cuando la inexactitud del Registro consiste en señalar como dueño a quien no lo es. Aquí entra, como ejemplo paradigmático, el supuesto de la doble venta de finca ya inscrita. Se suele decir que la doctrina trae este supuesto al corazón de la fe pública registral como el caso más frecuente y ordinario de su actuación. En segundo lugar, aparece la adquisición estable con titularidad claudicante, cuando la inexactitud del Registro consiste en silenciar la inestabilidad del derecho del transmitente. En esta segunda hipótesis se produce, como en el caso anterior una inexactitud registral, pero ésta no consiste ahora en la radical carencia de titularidad de quien en el Registro aparece como dueño, sino en la defectuosa publicación de la misma: la que en realidad es una titularidad inestable o claudicante, se publica como estable o firme. El art. 34 LH lo destaca de modo especial –“aunque después se anule o resuelva el del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro”– y desarrolla su tratamiento en el art. 37 LH. En tercer lugar se encuentra la adquisición de dueño con derecho gravado o limitado, cuando la inexactitud registral consiste en silenciar la inscripción el límite o gravamen del derecho inscrito.

De estos tres supuestos –adquisición de no dueño, adquisición de dueño con titularidad amenazada e inestable, y adquisición de dueño con titularidad gravada por derecho real o carga oculta– el caso que contemplamos parece que

se encuadra en el primero. De la exposición de hechos, se sugiere que el titular registral que vende aparece en el Registro como dueño sin serlo, sin encontrarlos ante un caso de doble venta. Aparentemente nunca lo fue.

El art. 34 LH hace inatacable la adquisición llevada a cabo por los terceros hipotecarios. El tercero, según menta el precepto comentado, “será mantenido en su adquisición”. Se trata de defender la situación creada a favor de quien ha llevado a cabo el acto adquisitivo confiando en la publicidad del Registro. Quien ha celebrado el negocio adquisitivo fiando en la veracidad y en la exactitud del Registro, debe verse protegido, convirtiendo para él la expectativa creada por la confianza en una presunción *iuris et de iure* de veracidad y su adquisición en una adquisición inatacable por el verdadero propietario.

La doctrina explica el mantenimiento del tercero en su adquisición tanto desde el punto de vista del transmitente o disponente como el del adquirente. En el primer sentido se discute si en el art. 34 LH se concede al transmitente, titular registral, pero *non dominus* en la realidad extrarregistral, una extraordinaria legitimación o un extraordinario poder dispositivo, de manera que es él quien ostenta las facultades necesarias para llevar a cabo la modificación jurídico-real. Esta es la posición de un autorizado sector doctrinal [DÍEZ-PICAZO, L. (2008), p.534 ss.], a pesar del obstáculo que supone pensar que el ordenamiento jurídico lo que está haciendo, en realidad, es una ilegalidad, o como se dice descarnadamente en la sentencia que comento, “un despojo”. Otros autores prefieren entender que en el art. 34 LH hay una expropiación en virtud de la fe pública registral o una adquisición del dominio por ministerio de la ley.

En el segundo plano, el del adquirente, se ha discutido si el art. 34 LH consagra una pura situación de irreivindicabilidad o de inatacabilidad o si llega más lejos y establece una genuina adquisición a *non domino*. El efecto fundamental del art. 34 LH es la protección del adquirente y, como el propio art. 34 dice, el mantenimiento en su adquisición. Como se señala, ello implica que frente a él quedan paralizadas y sin posibilidad de ejercicio cualesquiera acciones del verdadero propietario que pudieran suponer una pérdida, una extinción o una comprensión del derecho adquirido. De aquí se deduce que hay una irreivindicabilidad y, más en general, una inatacabilidad del título del adquirente. Esta fue la postura de algún sector de la doctrina [NÚÑEZ LAGOS, R. (1949), p. 248], que sostuvo que el art. 34 LH no consagra una adquisición *a non domino* del tercero, sino una situación de irreivindicabilidad. Es decir, le protege contra cualquier acción del verdadero titular que pretenda privarle de la finca. El tercero tendrá la posesión inatacable de la finca, pero no adquirirá la propiedad hasta que no transcurran los plazos necesarios para la usucapión.

La irreivindicabilidad lleva, no obstante, a consumir una verdadera adquisición, frente a la anterior opinión, minoritaria en la doctrina española. La doctrina no duda en afirmar que no tiene sentido decir que el tercero ostenta una situación irreivindicable y que no ha adquirido definitivamente el derecho.

Llega a la conclusión, por tanto, de que en la hipótesis del art. 34 LH se consuma a favor del tercero una adquisición *a non domino* [DÍEZ-PICAZO, L. (2008), pp. 534 ss.].

Se ha discutido también en la doctrina si la adquisición del derecho por el tercero es originaria o derivativa. Se piensa que es originaria, porque no deriva de ninguna otra anterior. Se apoya en la ley y en el Registro, pero no en el derecho del transferente, respecto de quien en definitiva se rompe el principio de que nadie da lo que no tiene [DÍEZ-PICAZO, L. (2008), pp. 534 ss.]. Sin embargo se ha afirmado que es derivativa en la medida que exige un negocio derivativo, en que deriva de la apariencia jurídica y en que el derecho no se adquiere puro, sino con las cargas y gravámenes que figuren en el Registro. Señalan LACRUZ-SANCHO [LACRUZ BERDEJO, J.L.-SANCHO REBULLIDA, F. (1984), p.212], en este sentido que el tercero no es un adquirente originario, ni un sucesor del titular aparente, con quien trató, sino del titular real. Se trata de la transmisión ilícita (subjctiva y objetivamente), pero válida, de un derecho ajeno: el tercero contrata con uno y adquiere de otro.

En definitiva, la situación de protección del tercero es inatacable frente a cualquier acción ejercitada por un *verus dominus*, extraño a las antecedentes inscripciones registrales. El art. 34 excepciona o enerva la acción reivindicatoria, la acción confesoria o cualquier otra acción real.

2. El verdadero propietario ha de dirigirse contra el titular registral no propietario

2.1. La posición de la sentencia

Es obvio que el despojo que supone el art. 34 LH, por muy justificado que esté en la seguridad del tráfico, implica una privación de derechos del *verus dominus*, que puede resultar perjudicado y desde luego es empobrecido.

La sentencia que comentamos, recogiendo una posición muy común en la doctrina y en la jurisprudencia, afirma que el antiguo propietario puede efectuar una reclamación por los perjuicios derivados de la aplicación del art. 34 LH frente a quien vendió indebidamente. Trae a colación la STS 3-07-1981, en un supuesto de venta de cosa ajena, que condenó a indemnizar los perjuicios al que vendió, haciendo irrecuperable la finca por su verdadero titular por aplicar el principio del enriquecimiento sin causa: lo que “(...) conduce a la consiguiente declaración indemnizatoria a que la resolución recurrida llega con indudable acierto, al imponerle el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse indebidamente a costa de otro, ya que ciertamente la citada vendedora doña Carmen C. D. vería enriquecido, su patrimonio con el precio obtenido de tales ventas realizadas sobre cosa que en realidad corresponde a las comunidades hereditarias por que acciona el actor don

Jacinto Javier P. G., y dichas comunidades hereditarias verían empobrecido su patrimonio en igual proporción”.

La sentencia recurre al art. 37.4 LH, que, aunque se refiere a casos en que exista un contrato que deba rescindirse se ha considerado plenamente aplicable a los casos de adquisiciones realizadas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 34 LH.

En definitiva, no se puede condenar a indemnizar al adquirente de buena fe, cuya posición es inatacable en todos los aspectos, porque se realiza en virtud de la concurrencia de los requisitos exigidos en el art. 34 LH, consolidando su adquisición *a non domino*.

2.2. La posición de la doctrina

La Ley Hipotecaria, nos dice la doctrina, no determina exactamente cuáles son las consecuencias que del despojo deben derivar, aunque se deducen por analogía de los preceptos del sistema. En el caso que contemplamos se sugiere que el disponente *non dominus*, mediante una maquinación, se hizo con la finca que después fue objeto de un procedimiento urbanístico. Si esto hubiera sido efectivamente así, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pudiera haber incurrido, debería resarcir al verdadero propietario el daño y perjuicio que le cause, puesto que se lo causa por su culpa. Si el disponente *non dominus* actuó sin culpa ni negligencia, no por eso el verdadero propietario se ve desprotegido: sería titular de una acción de enriquecimiento injustificado, injusto, sin causa, tal como señala la sentencia que comentamos, en que el disponente resulta enriquecido y el verdadero propietario empobrecido.

Como se nos dice [DÍEZ-PICAZO, L. (2008), p. 539], puede concluirse que la consecuencia jurídica del art. 34 LH es privar al verdadero propietario de su título jurídico real, transformándolo o convirtiéndolo en un derecho de naturaleza personal, que se dirige contra el causante del daño o contra el enriquecido, aunque en la sentencia que comentamos no está claro si se refiere a una acción de daños o una acción de enriquecimiento. En este sentido, la corta doctrina de la sentencia parece remitirse a la primitiva doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, donde lo prohibido era un enriquecimiento *torticero* o procedimiento *torticero* que determina un enriquecimiento y que producía, al mismo tiempo, un daño. El acento se situaba precisamente en ese carácter “*torticero*”, que parecía tener un significado más preciso que el actual. *Torticero* es aquello que resulta de un *tuerto* o *entuerto*. “*Tuerto*”, palabra amparada etimológicamente con el *tort* del Derecho anglosajón es, precisamente, el hecho antijurídico causante de un daño que se debe indemnizar [DÍEZ-PICAZO, L. (1991), p.19]. Como ejemplos de este enriquecimiento “*torticero*” podrían ser citadas las STS 31-05-1910 y STS 24-06-1920. La primera decía lo siguiente: “*El principio de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro, sólo tiene actualidad cuan-*

do el enriquecimiento es ilícito o torticero, como decía el Código de las Partidas". A su vez, la segunda manifestaba textualmente: "El principio jurídico de que nadie puede enriquecerse torticeramente con daño de otro, requiere para su aprobación la realidad del enriquecimiento, la del daño y la del empleo de medios reprobados para conseguir aquel y producir éste, y exige, además, ser apreciado en relación con aquel otro principio según el cual quien usa de su derecho no perjudica a nadie".

Ahora bien, la noción de perjuicio no está unida a la acción de enriquecimiento. Esta se otorga con independencia de la existencia o no de daño. Como afirma la doctrina [BASOZÁBAL ARRÚE, X. (1998), p. 39], una acción de enriquecimiento supeditada a la existencia y cuantía de un daño, por mucho que se declare conceptualmente distinta de la acción indemnizatoria, no puede entenderse sino como un subtipo de ésta cuya peculiaridad consistiría en que la presencia de un enriquecimiento por parte del causante del daño haría innecesaria la imputación subjetiva de su conducta (la culpa) y limita en la medida de aquél la cuantía "indemnizatoria". Resultaría falso afirmar la independencia de esta acción siendo su fundamento y finalidad de carácter indemnizatorio.

Se suele unir la acción de enriquecimiento del *verus dominus* al art. 37, *in fine*, cuando dice que "en el caso de que la acción resolutoria, revocatoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1º de este artículo, se podrán ejercitar entre las partes las acciones personales que correspondan".

2.3. La organización de la defensa del *verus dominus*

Se ha señalado con acierto que la adquisición registral *a non domino* implica, ciertamente, el sacrificio del *verus dominus*; pero el menoscabo padecido por éste, valdrá al mismo tiempo como título o causa para su justa reintegración [GORDILLO CAÑAS, A. (2008), p. 1170].

Se nos comenta que hay dos sistemas de organización y logro de tal reintegración en el Derecho Comparado [GORDILLO CAÑAS, A. (2008), p. 1171]. En los ordenamientos de inspiración germánica se la pone directamente a cargo del Estado: el mal funcionamiento del Registro, provocador de su inexactitud, compromete su responsabilidad. En los latinos, como el nuestro, por el contrario, corre sólo a cargo de los particulares, sin perjuicio, obviamente, de la responsabilidad de Notarios y Registradores, asegurada mediante el sistema de fianza obligatoria legalmente impuesta a estos profesionales para el desempeño de sus funciones.

Lo que sucede es que la Ley Hipotecaria es excesivamente parca en este punto. La única referencia es, como ya sabemos, el último párrafo del art. 37 LH donde se habla de las acciones personales que, por efecto de la imposibilidad de dirigir contra el tercero protegido la resolutoria, revocatoria o rescisoria, se podrán ejercitar entre las partes.

¿Es justificada esta parquedad? La doctrina afirma que sí. No es misión de la Ley Hipotecaria hablar de las acciones personales, excepto para declararlas subsistentes, evitando con ello malas interpretaciones. La Ley Hipotecaria se limita a la fijación del derecho real.

El derecho a la reintegración del titular despojado se fundamenta en los principios generales del sistema [GORDILLO CAÑAS, A. (2008), p. 1173]; en concreto, mediante la acción de enriquecimiento injusto y, en su caso, la de indemnización de daños y perjuicios. En un plano más general, el art. 594.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha venido hoy a suplir el laconismo de la Ley Hipotecaria y a refrendar su integración por la doctrina: la adquisición del tercero de buena fe se produce sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto que asisten al que era verdadero titular de la cosa que le es ya irreivindicable. De acuerdo con ello, dicho titular dispondrá, *siempre*, de la acción de enriquecimiento mediante la cual podrá reclamar del titular registral no propietario lo percibido a cambio de ella como precio. Si actuó de mala fe, podrá exigir, *además*, del mismo, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

2.4. La acción de enriquecimiento injusto

Con esta acción, el ordenamiento trata de impedir que el titular no propietario se vaya de “rositas”, esto es, que obtenga un beneficio a expensas del verdadero propietario injustificadamente. El Derecho ha permitido, sí, el despojo del *verus dominus*. Pero le otorga la posibilidad de ejercitar esta acción contra aquel alegando la obtención de un beneficio injustificado. No puede recuperar la finca porque ya no es titular de la acción reivindicatoria, pero al menos le dice al titular no propietario, que ha ganado un beneficio no justificado cuando ha vendido la finca al matrimonio tercero hipotecario, que se lo entregue. La seguridad del tráfico ha prevalecido contra el verdadero propietario, pero el Derecho no quiere ahondar en la injusticia –porque es una injusticia–, y permite a D. Francisco Martínez de la Riva dirigirse contra Rahid ejercitando la acción de enriquecimiento. Sin contar que, como parece desprenderse de los hechos, es posible que hubiera una maquinación por parte de esta última, y por consiguiente, D. Francisco quizás también hubiera podido ejercitar una acción de daños.

La acción de enriquecimiento injusto se encuadra en el sistema romano de las *condictiones*, que pasó al Derecho español a través de Las Partidas (Partida V título XIV) y luego dejó su huella en el Código Civil.

El Digesto contenía la *condictio causa data causa non secuta*, o *condictio ob causa datorum*, cuando se ha disminuido el propio patrimonio a favor de otro en vista de una prestación o un hecho futuro (causa futura honesta) que luego no se realiza (Leyes 41, 43, 44 y 46 Las Partidas); la *condictio indebiti*, que procede

cuando se paga por error una deuda en realidad inexistente (Leyes veintiocho a cuarenta inclusive de Las Partidas); la *condictio ob turpem vel injustam causam* que procede cuando se ha dado o prometido con fines inmorales o prohibidos por el derecho (Leyes 47, 48 y 54 Las Partidas); la *condictio sine causa* responde a una necesidad práctica: las categorías anteriores eran insuficientes para todos los casos. Justiniano creó la *condictio sine causa* en un breve título del Digesto (el VII del Libro XII) como una especie de categoría residual, a modo de acción general de enriquecimiento para no dejar sin protección aquellos casos que no encajaban en ninguna de las otras categorías y solían ser comúnmente producidas por un acto unilateral de una de las partes o por caso fortuito (Leyes 50 y 51 de Las Partidas, que no se refiere exactamente a esta *condictio*, pero que servirá a Gregorio López para construirla) [NÚÑEZ LAGOS, R. (1934), p. 137].

En el Código Civil de forma directa la doctrina de las *condictiones* solo está en la regulación del cuasi contrato del cobro de lo indebido, por exigencias de la Ley de Bases (base 21) e indirectamente se encuentra en muchos artículos del Código Civil que se refieren a supuestos que corresponden a diferentes tipos de las antiguas *condictiones*. A título de ejemplo, se puede citar la *condictio indebiti*, o restitución de lo pagado por error (art. 1895 CC.); *condictio ob causam datorum*, o actos de liberalidad con carga o modo incumplidos (arts. 647, 797, CC.), donaciones propter nuptias, cuando no llega a celebrarse el matrimonio (art. 1326 CC.); *condictio ob turpem causam*, en el supuesto del art. 1275 CC., dado que éste equipara la causa torpe a la inexistencia de causa. La finalidad in-moral, ilícita, contraria a las buenas costumbres y a la Ley está rechazada en los artículos 648 CC., 792 CC., 1255 CC.; *condictio sine causa*, en los casos de edificación y plantación en suelo ajeno o en suelo propio con materiales ajenos (arts. 360 y 361 del CC.), unión y especificación (ars. 375 y 383 del CC.).

Yañade NÚÑEZ LAGOS (1934, p. 152) que en esta *condictio* hay que añadir la que estamos estudiando. Es decir, el derecho que asiste al verdadero propietario (titular real) cuando un titular aparente debidamente legitimado por el Registro realiza una enajenación incontrovertible a un tercero de buena fe. El verdadero propietario como empobrecido tiene una *condictio sine causa* para rescatar el enriquecimiento del titular aparente, lo cual es discutido por ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, que, en su intento de sistematizar las diversas *condictiones*, encuentra primero una genérica *condictio sine causa* (se ha producido la entrega de una cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada, art. 1901 CC), pero excluye lo que el denomina la llamada *condictio* por disposición sin derecho, por tener un fundamento propio y un régimen propio restitutorio [ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A. (1993), p. 72].

La teoría de la *condictio* encontró un formidable valedor positivo en el art. 1901 del Código Civil en el que un sector autorizado de la doctrina siempre sostuvo que existe implícita una regla prohibitiva del enriquecimiento injusto. En el fondo, se quería evitar la consideración del enriquecimiento injusto como

un principio general. Con este precepto, se pretendía convertirla en una figura concreta con eficacia positiva. En este sentido se mantuvo [NÚÑEZ LAGOS, R. (1934), p. 150] que el art. 1901 CC permite entender que existe, en el Derecho español, una *condictio sine causa generalis*. El hecho de que, según el precepto legal citado, el error quede relevado de prueba directa por medio de una presunción obliga a llegar a ese resultado, tanto si se considera que la presunción del art. 1901 CC es *iuris et de iure* como si es *iuris tantum*. Una *condictio indebiti* sin necesaria prueba del error y sólo con prueba de los requisitos de carácter objetivo, deja de ser genuina una *condictio indebiti* y se convierte en una *condictio sine causa*. La conclusión para NÚÑEZ LAGOS es clara: en el cuasi contrato de cobro de lo indebido se engloban dos *condictiones*, la específica y estricta de pago de lo indebido y la *sine causa generalis*, que suple y encierra en su contenido todas las *condictiones* del sistema, de igual forma que las contiene el parágrafo 812 del Código Civil alemán.

No obstante, hay que señalar que esta identificación del art. 1901 CC con una *condictio sine causa generalis* ha sido duramente criticada por sectores doctrinales mayoritarios. Se señala, por ejemplo, que el razonamiento de NÚÑEZ LAGOS, aunque fuese considerado como válido, no bastaría para montar sobre el art. 1901 CC. una acción que permita reaccionar ante cualquier caso de enriquecimiento sin causa. Sin salir del campo de los enriquecimientos directos, la tesis sólo autorizaría a generalizar las normas del Código relativas al pago (o cobro) de lo indebido, de suerte que no todos los enriquecimientos directos estarían dentro de las mismas, y tampoco los enriquecimientos indirectos. Pero es que, además, como señala DE LA CÁMARA, la argumentación de NÚÑEZ LAGOS no es cierta. Nos remitimos, en cualquier caso, a la discusión doctrinal con detalle en los trabajos correspondientes.

Personalmente, pienso que el enriquecimiento injustificado es un principio general del Derecho. Hay que señalar que este concepto es plural. Los juristas han utilizado esta expresión con sentidos diversos que a su vez se solapan, al menos parcialmente [MARÍN CASTÁN, M.L., (2006), p. 161]. De ellos los más característicos, según esta autora, son los siguientes: a) “principio” en el sentido de norma muy general, que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales: por ejemplo, las contenidas en el título II del Libro IV del Código Civil, que resultan aplicables a cualquier clase de contratos; b) “principio” en sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, como acontece con las que incorporan lo que los juristas denominamos conceptos jurídicos indeterminados, esto es, conceptos que no tienen una periferia de textura abierta, sino que resultan centralmente vagos: por ejemplo, buena fe, diligencia propia de un buen padre de familia; c) “principio” en sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de una institución. Por ejemplo, principio de igualdad de los españoles ante la ley; d) “principio” en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; e) “principio” en el sentido de norma dirigida a

los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc., como –por ejemplo– los criterios interpretativos contenidos en el art. 3.1 del Código Civil; f) “principios” en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización (o la presentación sintética) del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Como ejemplos puede señalarse el principio de “legislador racional” o la máxima “*iura novit curia*”. Aquí yo lo utilizo como norma jurídica, aunque formalmente no tenga la estructura de la misma, y como fuente del Derecho.

Desde esta perspectiva, los principios tienen el valor de fuente supletoria y carácter informador del ordenamiento jurídico (art. 1º, 4 CC), y además cumplen una función legitimadora del Derecho positivo hasta el punto de que no será verdadero Derecho aquel que abiertamente los conculque o contradiga. DE LA CÁMARA, siguiendo la tradición de D. Federico DE CASTRO [DE LA CÁMARA, M. (1991), p. 150], entiende que el enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho, entroncándolo con las tres dimensiones o acepciones del concepto.

Hay un entronque entre la prohibición de enriquecerse injustamente y el Derecho Natural (tanto de postulados clásicos como el racionalista), porque tal prohibición responde a un postulado elemental de la justicia conmutativa. También desde el punto de vista de los principios jurídicos-políticos –que a su vez pueden ser también principios constitucionales (sobre esto se puede ver un trabajo reciente mío, de 2010)– hay que admitir que es un principio general del Derecho, poniéndolo en relación con el art. 1º de la Constitución y el valor “justicia”, contenido en él. Finalmente el método analógico también permite llegar, partiendo de una serie abundante de preceptos inconexos y carentes de sistematización generalizadora a la conclusión de que nuestras leyes civiles hacen algo más que sancionar la interdicción del enriquecimiento injusto en algunos casos concretos y la existencia de una correlativa acción dirigida a corregir, entre otros, los desplazamientos patrimoniales injustificados.

El Tribunal Supremo ha proclamado, de forma explícita y terminante o de forma implícita, que el enriquecimiento injusto tiene el valor de un principio general del Derecho. Aquí hay que traer a colación la conocida y citada STS 12-01-1943, avalada por D. JOSE CASTÁN TOBEÑAS. Se dice en esta sentencia que *“a pesar de las múltiples manifestaciones que el Código Civil contiene a propósito del enriquecimiento ilícito, no hay norma legal ni consuetudinaria que, en forma general o específica, gobierne la acción de enriquecimiento ilícito, y así pasa a primer plano de fuente jurídica el principio de que a nadie le es lícito enriquecerse a costa de otro, reconocido unánimemente como derivado del Derecho Natural, por la legislación romana, por la tradición española, por la doctrina científica y por la jurisprudencia”*.

Este principio general, que se halla en la base de muchas normas del Código Civil, como hemos visto, ha tenido que desarrollarse y concretarse a través

de la jurisprudencia, en relación con las situaciones litigiosas que pueden presentarse [PUIG BRUTAU, J. (1983), p. 51]. Aunque como vamos a ver brevemente a continuación, porque la parquedad del comentario no da para más, un sector muy cualificado de la doctrina niega que podamos hablar de un principio, sino que lo que existe son tipos de enriquecimiento injustificado.

Pero siguiendo con la configuración del enriquecimiento injusto como principio, hay que distinguir, como se ha hecho, en mi opinión, acertadamente [DE LA CÁMARA, M. (1991), p. 152] entre enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa. Porque una cosa es que un patrimonio se enriquezca a costa de otro sin que el enriquecimiento responda a un fundamento jurídico susceptible de justificarlo suficientemente conforme al propio ordenamiento jurídico y eso es propiamente el enriquecimiento sin causa, y otra que, a pesar de existir ese fundamento jurídico, se alcancen resultados contrarios a la justicia. Es cierto que en el enriquecimiento debe tenerse en cuenta la seguridad jurídica, pero me parece que esta distinción es reveladora y ayuda a entender que en el caso que se contempla, es un enriquecimiento con fundamento jurídico (la ley) pero hay un resultado contrario a la justicia (“un despojo”, como las sentencias del Tribunal Supremo reiteradamente señalan). Ambas nociones (enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa) son próximas (se ha señalado que están en relación de género a especie), pero, a la vez, son diferentes y es posible que el Tribunal Supremo las haya utilizado indistintamente, sin separarlas.

Si nos fijamos, en cambio, en los presupuestos delimitadores del enriquecimiento sin causa, propiamente dicho, éstos fueron recogidos en la importante STS 28-01-1956: *“También la jurisprudencia exige, para aplicar las normas de equidad o derecho que informan la prohibición de enriquecerse a costa de otro, como requisitos esenciales, la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que puede producirse tanto por un aumento del patrimonio (lucrum emergens), como por una no disminución del mismo (damnum cesans), existiendo una conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento, en virtud de traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado, y una falta de causa o justificación lo que es compatible con la buena fe, no enriqueciéndose torticeramente el que adquiere en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado, o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en derecho, no siendo posible sostener cuando el legislador por razones de interés social tolera consecuencias en casos que puedan lesionar la equidad, que los beneficiados indirectamente por ellas se enriquezcan injustamente”*.

Claro que aquí la cuestión es el problema de la “causa” o injustificación del desplazamiento: el enriquecimiento ha de haber sido sin causa que lo justifique. Normalmente, con la doctrina más tradicional, por causa del enriquecimiento ha de entenderse el título justificativo: donación, venta, testamento, sentencia, delito mismo; el hecho ilícito constituye para la víctima la justa causa de la indemnización que obtiene en tal ocasión: el accidentado que recibe del

autor del accidente una suma de dinero, no se enriquece sin causa [PUIG BRU-TAU, J. (1983), p. 63]. Moviéndonos en estos parámetros, en este caso que estoy comentando, el menoscabo padecido por el *verus dominus* valdría como título o causa para su justa reintegración.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo hablan de “causa” [ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A. (1993), p. 135, nota 27]. Así, la STS 17-05-1957, cuando manifiesta que “*no se produce (enriquecimiento injustificado), cuando existe una justa causa determinante de esos desplazamientos patrimoniales, que es el contrato de compraventa que liga a los litigantes*”; “*Para que se dé un enriquecimiento injusto es preciso que el mismo se produzca sin causa, es decir, sin un acto lícito válido capaz de justificarse, que es cabalmente lo que falta cuando existe un contrato válido cuyo cumplimiento provoca el desplazamiento*”. O la STS 20-02-1976, cuando afirma que “*la doctrina mencionada requiere inexistencia de causa en el desplazamiento patrimonial; requisito no verificado en el caso analizado; no se enriquece torticeramente el que adquiere en virtud de un legítimo derecho*”. Y cita, por último ÁLVAREZ -CAPEROCHIPI, la STS 23-11-1977: “*No hay enriquecimiento injusto cuando se deriva del cumplimiento de un contrato*”.

Actualmente, y es una posición que va teniendo cada vez más adeptos en la doctrina (y que yo mismo he utilizado en alguna ocasión), se construye la institución del enriquecimiento intentando obviar la injusticia del enriquecimiento y se prefiere hablar, sólo, de enriquecimiento sin causa. Es la posición conocida de DÍEZ-PICAZO.

En este sentido, se señala [DÍEZ-PICAZO, L. (1991), pp. 36 ss.] que con la primera de las líneas citadas se trata de proscribir aquellos enriquecimientos que se consideran injustos o de impedir su producción. Se buscaría la implantación de una regla moral en la vida jurídica civil. Es decir, de llevar a cabo una valoración ética de los resultados de las operaciones jurídicas y de proceder en consecuencia.

En cambio, en el enriquecimiento sin causa, lo que se trata es de dibujar una figura institucional de carácter concreto, perfilada por la hipótesis de concurrencia de unos requisitos y configurada por la producción de unos determinados efectos.

DÍEZ-PICAZO ha atacado con fuerza la idea de un principio de enriquecimiento injusto, en el sentido de producción de una “injusticia”. Dice que esta idea encontrará las mayores simpatías entre los partidarios de una práctica jurídica sin matices, realizada por el cauce de alegaciones más o menos fáciles. Todo abogado carente de otra ocurrencia invocará casi seguro el enriquecimiento injusto, porque a partir de esta idea podrá defender la justicia de su causa sin el corsé de normas y preceptos jurídicos concretos.

Lo mirarán con simpatía, nos dice también este autor, los partidarios de un Derecho judicial, que por la vía de cláusulas generales con un amplio margen de cobertura, permite decisiones justas de casos concretos sin ofrecer una fun-

damentación jurídica perfilada. Y esto es una trampa, en la que ha caído en ocasiones el Tribunal Supremo.

Además, el mecanismo del enriquecimiento injusto no se corresponde con la tradición jurídica del Derecho Castellano, donde lo que se veda es el enriquecimiento torticero con daño, sin que exista verdadera correspondencia entre lo injusto y lo torticero, pues lo primero es aquello que no se adecuaba a los postulados de justicia, según la manera de entenderla que se tenga, mientras que lo segundo es aquello que produce un daño antijurídico (tuerto, tort).

Pero hay más argumentos en contra, como recalca DÍEZ-PICAZO. Por, ejemplo, la escasa utilidad práctica del mecanismo del enriquecimiento injusto, si se prescinde de la línea de un Derecho judicial, incompatible con el principio de seguridad jurídica recogido en el art. 9 de la Constitución y la vinculación de los jueces al Derecho.

Pero el argumento central en contra de la tesis del enriquecimiento como “injusto” lo constituye la imposibilidad de llevar a cabo con ella ningún tipo de construcción. Lo demuestra, manifiesta el autor citado, la disolución del concepto de causa, cuando, según esta concepción, se utiliza el concepto de “causa” procedente de otros órdenes. Cuando lo que se quiere es proscribir los enriquecimientos injustos, la palabra “causa” se convierte en *flatus vocis*.

DÍEZ-PICAZO construye la acción de enriquecimiento del 34 LH como una *condictio* de intromisión. Según afirma, denominador común a los diferentes supuestos que se engloban en los denominados enriquecimientos por intromisión es que en todos ellos a una persona le afluyen valores patrimoniales que no le corresponden, porque han sido obtenidos mediante una invasión indebida, aunque no sea culposa, de bienes ajenos. En tal caso, el poseedor a título de dueño del bien en cuestión puede pedir la restitución del enriquecimiento obtenido por otro de ese modo si ha faltado causa o título que lo justifique. La función que cumple la *condictio* es similar a la acción reivindicatoria cuando ésta se hace imposible, como es el caso que nos ocupa. Es decir, que en todos los casos en que un derecho real ha desaparecido o se ha extinguido como consecuencia de un acto de violación o lesión, el titular dispone de la posibilidad de reclamar el valor del derecho extinguido si con este valor se ha enriquecido el autor de la lesión. Se transforma así lo que hasta ese momento fue un derecho real en un derecho personal o de crédito a la obtención de una prestación pecuniaria.

DÍEZ-PICAZO se decanta por la teoría de la atribución para fundamentar esta *condictio* por intromisión compaginándola con la teoría de la protección general de los bienes.

La teoría de la atribución encuentra la falta de justificación del enriquecimiento en la contradicción que se produce entre éste y la ordenación general de los bienes. Un enriquecimiento ha de considerarse injustificado y gene-

rador de una obligación restitutoria en los casos en que contraviene el contenido atributivo que se puede detectar en el derecho lesionado. El problema central consiste entonces en decidir si el derecho perjudicado o lesionado posee ese contenido atributivo y cuál es el alcance de ese contenido. Ello no es problema en el derecho de propiedad, aunque si lo puede ser en otros derechos.

Constituye una variante de la teoría de la atribución la que se ha denominado teoría de la protección general de los bienes. Según ella se aplica la doctrina del enriquecimiento y no las reglas de la indemnización del daño, cuando, según los principios del ordenamiento ha de concederse un rango prioritario a la protección de los bienes frente al interés en adquirir del autor de la intromisión.

Acepta DÍEZ-PICAZO la idea central de la teoría de la atribución compaginándola con las ideas rectoras de la teoría de la protección general de los bienes. No puede negarse, a juicio de este autor, que lo que justifica la *condictio* y lo que hace injustificado el enriquecimiento es el otorgamiento en exclusiva de los provechos que puede extraerse de un determinado bien o de una determinada situación jurídica. No le resulta fácil delimitar si ello va unido o no a un derecho de carácter real, aunque la respuesta más probable sea la afirmativa, porque sólo en los derechos de carácter real el contenido atributivo se detecta sin duda.

La doctrina alemana pone ejemplos significativos. Cuando alguien consume o vende cosa ajena, la acción que surge a favor del titular de ésta se fundamenta en que le pertenecía, luego todos los provechos que de ella deriven deben también corresponderle. La acción intromisiva contradice la finalidad atributiva (el “contenido de atribución”) del derecho de propiedad. Asimismo, el derecho de propiedad del dueño del material incorporado de buena fe por un tercero en suelo propio se transforma en una pretensión compensatoria de carácter obligacional en virtud de la cual puede aquél exigir de éste la restitución del valor del material usurpado. El interés en la claridad del conflicto jurídico-real provocado por la incorporación pone en marcha el mecanismo de la accesión, que exige la pérdida de uno de los derechos de propiedad afectados. Ahora bien, el contenido o fuerza de atribución de éste (el derecho de propiedad “sacrificado”) sobrevive en forma de pretensión compensatoria, que no es sino una manifestación concreta más de la pretensión por enriquecimiento injustificado [BASOZÁBAL ARRÚE, X. (1998), pág. 69].

BASOZÁBAL ha construido una *condictio*, desarrollando las ideas de DÍEZ-PICAZO, por intromisión de carácter genérico partiendo de nuestro Derecho positivo que resuelva los conflictos intromisivos de forma unitaria e integrada dentro del marco legal. Ha distinguido, a lo largo de su trabajo, en función de que la intromisión se sustancie, bien en el goce o disfrute de cosa ajena, bien en el consumo o disposición de ésta.

En cuanto a la obligación restitutoria por usurpación del valor de goce de bienes ajenos, la respuesta positiva de nuestro Derecho, en opinión de este autor, se encuentra en los artículos 451 y 455 del Código Civil, solucionándose así de forma homogénea y coherente todos los supuestos intromisivos por usurpación del goce o disfrute de bienes ajenos, siempre que el objeto de la usurpación cuente con un precio o renta de uso en el mercado.

En cuanto a la obligación restitutoria por incorporación, consumo o disposición de cosa ajena, los artículos 360, 375, 379.II y 383.I, todos ellos del Código Civil, determinan unánimemente que el dueño está legitimado para exigir su valor a quien hubiera llevado a cabo dichas acciones, excepto cuando la cosa sea enajenada por precio, en cuyo caso habrá que estar a éste como medida de la restitución.

BASOZÁBAL también cuestiona alguno de los requisitos clásicos del enriquecimiento, entendido como principio. Por ejemplo, niega que se pueda hablar de enriquecimiento con carácter genérico: la determinación del mismo deberá diferenciarse en función del tipo de *condictio* por el que se pretenda la restitución de aquel. Afirma que el empobrecimiento ni constituye un requisito esencial de la pretensión, ni un parámetro limitador del alcance económico de ésta. La exigencia de un desplazamiento patrimonial o relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento poco puede hacer por subsistir como tal una vez eliminado este último como elemento integrante del supuesto de hecho de la pretensión restitutoria. No obstante, una crítica, bien pequeña, en un magnífico trabajo: he echado de menos que hubiera hablado más de la acción de enriquecimiento del *verus dominus* en el caso del art. 34 LH.

A ella se refiere específicamente su maestro [DÍEZ-PICAZO, L. (1991), p. 126], como uno de los casos generales de aplicación de la *condictio* por intromisión en lo que denomina “el ejercicio indebido del *ius disponendi*”. En aquellos casos, manifiesta, en que la facultad de disposición resulta ejercitada por un no titular y en que además la disposición ha de considerarse eficaz por aplicación de las reglas que protegen al adquirente que adquiere de buena fe fundándose en una apariencia jurídica, el disponente *non dominus* debe al *verus dominus* el producto obtenido con la disposición. Es esta una obligación de restitución de un enriquecimiento injustificado por intromisión en el valor económico del derecho y en el círculo de intereses especialmente reservado al titular.

No obstante, a pesar de todo lo anterior, y de la fuerza de la construcción de DÍEZ-PICAZO, me parece que, en este caso, me suscribo a la tesis del enriquecimiento injusto, como institución de equidad, al menos en el caso del art. 34 LH. Por cierto, que a veces da la impresión que la equidad es algo que está escondido en el baúl de los recuerdos, como decía la que fue una conocida cantante de lejanísimos tiempos pasados. Pero la equidad es una institución regulada en el Código Civil, con su ámbito de aplicación muy restringido, ciertamente, pero vivita y coleando.

En el caso que comento, el mecanismo jurídico de la protección del art. 34 LH significa que el Derecho, por razones de seguridad jurídica, ha establecido la adquisición del tercero hipotecario. Pero este resultado significa un despojo y, por tanto, una injusticia, y más en el caso que contemplamos, donde todos los indicios indican que se ha producido una manipulación bastante notable. Esta injusticia requiere el reintegro al verdadero propietario. Hay un fundamento jurídico sorprendente —es la ley la que propugna el despojo— pero también hay un resultado contrario a la justicia. En este caso del art. 34 LH, más que un enriquecimiento que no tiene causa, lo que hay es una injusticia que hay que corregir.

Probablemente me equivoque, pero creo que con ello me acerco a lo que algún autor denomina “atribuciones patrimoniales impropias” [ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A. (1993), p. 98]. Este autor distingue entre “retención sin causa” y “adquisición sin causa”. La primera no da lugar, por sí misma, origen a la acción de enriquecimiento sin causa. Frente a una retención sin causa existe una pluralidad de acciones tendentes a restablecer el equilibrio patrimonial (v.gr. reivindicatoria, interdictos posesorios).

Lo que caracteriza frente a todas ellas a la acción de enriquecimiento es que su ejercicio presupone la producción, de hecho, de una adquisición del bien o ventaja en el patrimonio del enriquecido; pero ello, no porque en nuestro Derecho rija un sistema de adquisiciones abstractas, sino porque la propia naturaleza del bien adquirido, o por circunstancias concurrentes en el desvío patrimonial, ya no es proponible una acción real recuperadora de la cosa misma. Nos dice este autor que existen adquisiciones de bienes o ventajas patrimoniales que por su propia naturaleza no son recuperables: tal sucede cuando la ventaja se deriva del uso o consumo de una cosa ajena, o cuando consiste en una cosa genérica no identificable, o cuando se ha enajenado a un tercero que resulta protegido, o cuando resulta del empleo del trabajo profesional de otra persona. En todos estos casos, se produce una efectiva adquisición patrimonial, con independencia de la existencia de una causa, en función de la propia naturaleza del bien adquirido o de circunstancias posteriores al desvío patrimonial. Concluye que estas adquisiciones patrimoniales, que se denominan impropias, son las que principalmente dan origen a la acción de enriquecimiento sin causa.

En otro lugar de su buen trabajo, este autor afirma que la acción reivindicatoria persigue la restitución de un bien retenido sin causa por otro patrimonio. Pero hay que distinguir entre retención sin causa y adquisición sin causa. Frente a la adquisición sin causa (solo son posibles las impropias) sólo puede actuar una acción recuperadora del valor, pues el bien en sí mismo ya se ha perdido; frente a las retenciones sin causa, por el contrario, actúa una acción recuperadora de la cosa misma, y sólo de manera inexacta puede decirse que haya un enriquecimiento [ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A. (1993), p. 117, nota 73].

De acuerdo con lo que acaba de ser dicho, si hubiera que definir esta acción en el caso concreto que estamos viendo, sería la acción personal que D. Francisco Martínez de la Riva tiene frente a Rahid para la recuperación de un

precio que se ha desplazado del patrimonio del matrimonio tercero hipotecario a Rahid. Por tanto, no se dirige a recuperar la finca concreta, sino un precio que se retiene injustamente.

En contra de lo anterior, la doctrina suele decir que hay supuestos en que se producen situaciones, consagradas por el Derecho, que dan lugar a resultados injustos, sin que por ello nazca una acción por enriquecimiento injustificado injusto. Se habla, por ejemplo, de una prescripción extintiva o de la usucapión, que supone la adquisición de bienes que no pertenecen al usucapiente. Aquí, la seguridad jurídica prima sobre la justicia. Ahora bien, la pregunta inocente sería: ¿y por qué no admitir una acción de enriquecimiento injusto? ¿Por qué sí en el art. art. 34 LH, y por qué no en la usucapión?

Se suele hablar también del cúmulo de supuestos enriquecimientos injustos que se pueden producir en el mundo de los contratos sin que el Derecho obligue a restituir. Por ejemplo, cuando se paga un precio muy inferior al valor de lo que una cosa vale o se satisface una retribución excesivamente exigua, el que compra la casa o paga la retribución se señala que se está enriqueciendo injustamente al obtener un beneficio en detrimento de la otra parte contratante. Dejando aparte que algunas de estas situaciones pueden reconducirse al campo de los vicios del consentimiento, a lo mejor lo que hay que pensarse es volver a las acciones por lesión en los contratos. Estas acciones desaparecieron cuando el siglo XIX era liberal (al menos en el ámbito del Código Civil). Pero, ¿lo es ahora? En un mundo de consumidores, ¿se puede seguir justificando la desaparición de las lesiones de los contratos como fuente de ineficacia de los mismos?

Por otro lado, la injusticia como resultado contractual vuelve a primer plano, y todo el mundo lo aplaude, en el campo de los contratos de adhesión, condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, y si se nos apura, también en el Derecho de la competencia, con la interdicción de las prácticas restrictivas de la competencia entre empresarios para obstaculizar la aparición de situaciones monopolísticas.

En el campo de los contratos de adhesión es sobradamente conocido que no existe una fase de discusión merced a la cual las partes puedan llegar a un acuerdo negociado. Ello impulsó al legislador –a través de las leyes de protección de los consumidores y de condiciones generales de la contratación– a intervenir con el fin de evitar que se pacten cláusulas inequitativas que perjudiquen al contratante más débil. La *ratio* de la intervención legislativa se encuentra en el hecho de que uno de los contratantes no tiene más alternativa que plegarse a las condiciones que le impone la otra parte o desistir de celebrar el contrato, circunstancia que, indudablemente, coarta su libertad, lo que no quiere decir que si el contrato se celebra haya mediado un vicio de la voluntad, pues entonces todo el negocio sería anulable [DE LA CÁMARA, M. (1991), p. 155].

Con estas leyes se trata de evitar que el clausulado del contrato, dictado unilateralmente por uno de los contratantes, no realice la justicia material,

como se decía en alguna de ellas, que en el esquema clásico del contrato producía la discusión en plano de igualdad entre las partes. O también se habla de la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el terreno de las cláusulas abusivas. La justicia es criterio, pues, decisor de los contratos con consumidores. Y, aunque se ponga una larga retahíla de cláusulas abusivas, cualquier cláusula de un contrato, no incluida en esta lista, pero contraria a la buena fe, será considerada abusiva. Esto va contra la seguridad jurídica tanto como pudiera ir una idea del enriquecimiento injusto. Pero se admite en los contratos con consumidores, ¿por qué, pues, no vamos a admitir la injusticia del enriquecimiento, tal como se aprecia en el art. 34 LH, como criterio fundamentador de la acción? Probablemente habría que señalar, aquí, que el principio del enriquecimiento injusto –no sin causa– actúa con el “carácter informador del ordenamiento jurídico” que le es atribuido por el art. 1º. 4 del Código Civil [DE LA CÁMARA, M. (1991), p.156].

En definitiva, no niego que con la posición que mantengo probablemente, desde un punto de vista de Derecho estricto, dejo la acción de enriquecimiento injusto en el mundo de la inseguridad jurídica, pero no puedo evitar pensar que, en el caso que estamos comentando, se ha producido una enorme injusticia y un gran despojo. Y no puedo dejar de señalar que alguno de los supuestos que la doctrina señala estrictamente de enriquecimiento sin causa son de enriquecimiento injusto puro y duro. Por ejemplo, la hipótesis del art. 360 CC. Aquí la ley liga a un determinado hecho eficacia adquisitiva. No cabe decir que el desplazamiento patrimonial ha tenido lugar sin causa. Esto es fuerte, pero es así: el tercero hipotecario se ha enriquecido con causa, en este caso, una causa legal, la propia ley, que admite la adquisición. Más, a pesar de ello, el enriquecimiento se considera injusto y, aunque la adquisición se mantiene, el enriquecido tiene que indemnizar.

En cuanto a la legitimación activa, lo está D. Francisco Martínez de la Riva, que es el lesionado con el asiento inexacto de Rahid. El único problema que aquí podría plantearse es el de la legitimación del titular que, por no inscribir, provoca la inexactitud determinante de la protección del tercero y, por consiguiente, la pérdida de su propio derecho. Alguna doctrina antigua sostuvo la falta de legitimación del mismo: su incuria al no inscribir hace recaer sobre él el perjuicio que la omisión de la inscripción pudiera causarle. No parece que las cosas puedan ser así. La pérdida del derecho por efecto de su no inscripción no debe impedir el ejercicio de la acción personal para conseguir el reintegro de lo que se ha empobrecido. En cualquier caso, este no es el supuesto que nos ocupa ya que D. Francisco Martínez de la Riva había inscrito su finca.

Pasivamente legitimado lo está el injustamente enriquecido –Rahid, S.A.–, pudiéndosele reclamar la reintegración de lo que, injustamente, le enriquece: el precio percibido por lo que no era suyo.

3. Acción de enriquecimiento y acción de daños

Ya he dicho que acción de enriquecimiento y acción de daños (si ésta existiera en el caso que contemplamos), son perfectamente posibles, como la doctrina y jurisprudencia, desde hace ya años, han dejado claro. Pero, ¿podemos hablar de subsidiariedad?

En la jurisprudencia, a partir de la ya clásica STS 12-04-1955, puede decirse que existe una tendencia a negar el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto en relación con la acción de daños, como se nos hace notar por la doctrina [ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A. (1993), p. 118]. Si se examina el supuesto de hecho de esta sentencia, nos encontramos que, consumada una intrusión minera por unos concesionarios en una concesión ajena, había prescrito ya la acción para exigir responsabilidad extracontractual; y el argumento de la parte que realizó la intrusión consistía fundamentalmente en afirmar que la acción de enriquecimiento tiene naturaleza subsidiaria. En el caso de autos era aplicable la acción proveniente del art. 1902 CC. y, al haber prescrito la misma, debía desestimarse también la aplicación de la acción de enriquecimiento. El Tribunal Supremo, en sus considerandos, señaló, por el contrario, la independencia de la acción aquiliana de la acción de enriquecimiento así como el hecho de que gran parte de la doctrina repudiaba la tesis de que la *condictio* actuase de forma subsidiaria.

Para los defensores de la subsidiariedad, estas declaraciones eran incorrectas y se debían a una imprecisión técnica del Tribunal Supremo: ¿si permitimos que actúe la acción de enriquecimiento cuando la acción de Derecho común ha prescrito, no damos al traste con todas las instituciones jurídicas del Derecho Patrimonial y especialmente con la finalidad social del instituto de la prescripción? La respuesta de ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI era negativa y se basaba en una razón de justicia: ¿cómo va a tener mayor protección jurídica aquél que se enriqueció de mala fe, o al menos con culpa, que aquél que se enriqueció de buena fe cuando en ambos existe una ausencia de causa para retener? Sería ilógico que ante los Tribunales los abogados tuviesen especial interés en probar la mala fe o la culpa de sus patrocinados, cuando se les demandase por enriquecimiento sin causa.

Otros autores, que piensan que la acción de enriquecimiento injusto deriva de un principio general del Derecho, consideran que la misma sólo procede en defecto de otra acción derivada de un precepto de Derecho positivo aplicable al caso. Por ejemplo, como ocurriría con la acción de daños del art. 1902. Esto es, la subsidiariedad de la fuente normativa determinaría la subsidiariedad de la acción de ella derivada.

No se ve inconveniente, y me parece que ello es sostenido mayoritariamente por la doctrina española, en la compatibilidad de la acción de daños con la acción de enriquecimiento injusto. Ambas podrían ser ejercitadas bien de forma alternativa, a elección del titular de las mismas, bien de forma sucesiva, res-

petando en todo caso, lógicamente, el régimen jurídico propio de cada una de ellas y en particular los distintos plazos de prescripción a los que estén sometidos dichas acciones.

BUSTO y PEÑA llegan a la conclusión, en su estudio monográfico dedicado a ambas acciones (de daños y enriquecimiento injusto), que no hay ningún motivo que justifique que el enriquecimiento sea subsidiario. La consecuencia es que, en defecto de alguna norma que establezca otra cosa, en el caso de concurrencia de acciones y ante la identidad objetiva u subjetiva del supuesto de hecho, el perjudicado puede optar libremente por el ejercicio de la que considere oportuno, si bien el ejercicio de una impide el posterior ejercicio de la que originariamente se presentaba como alternativa y que fue repudiada mediante el ejercicio de la otra. Esto último encuentra su razón de ser, en opinión de estos autores, de que apreciada bien la acción de responsabilidad civil, bien la de enriquecimiento –de acuerdo con la opción del perjudicado– la no ejercitada inicialmente quedaría sin objeto en tanto que el daño –o el empobrecimiento– ha sido ya reparado –o satisfecho el empobrecimiento–.

Si esta última es la razón que veda el ejercicio sucesivo de ambas acciones cuando se ha apreciado una de ellas, los autores concluyen que en el caso de que la primera ejercitada haya sido desestimada y como quiera que el daño –o el empobrecimiento– no ha sido reparado –o satisfecho– el todavía perjudicado podría entablar la repudiada inicialmente. De esta forma, tanto la responsabilidad civil como el enriquecimiento injusto cumplen su función restitutoria y no se produce en ningún caso una duplicidad de condenas indemnizatorias que recayendo sobre el mismo sujeto pudiesen infringir principios básicos del Derecho patrimonial y del Derecho privado en general [BUSTO LAGO J.M. y PEÑA LÓPEZ, F. (1997), pp. 164 ss.].

No es ninguna tontería afirmar que, en algún momento, pudiera haber habido una cierta confusión entre ambas. En este sentido, ya nos hemos referido a la primitiva doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en este tema. Pero, también lo hemos mencionado, en la sentencia que se está comentando no aparece todo lo claro que sería de desear si es una acción de enriquecimiento o una acción de daños.

La cuestión tiene interés porque, como ha señalado la doctrina [BUSTO LAGO, J.M. y PEÑA LÓPEZ, F. (1997), p. 141], hay una inexistencia de nítida delimitación entre los respectivos ámbitos de aplicación de la acción de enriquecimiento y de responsabilidad civil extracontractual puesta de manifiesto, tanto en los infructuosos intentos unificadores protagonizados por un sector de la doctrina francesa, como en la necesidad que parece sentir la doctrina en dedicar un apartado, cuando estudian estas instituciones, a las diferencias existentes entre ambas.

A juicio de estos autores, han contribuido a ello la cercanía del origen de ambas acciones, los caracteres estructurales y finalidades comunes que ambas

poseen, así como el paralelismo que se constata en su evolución dogmática y jurisprudencial. Nos remitimos al estudio completo que hacen acerca de estos factores, aunque vamos a señalar algunas cosas, tomadas de su trabajo.

Ya hemos comentado la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde se hablaba del enriquecimiento “torticero”, reflejo de la cual parece ser esta sentencia que comento. Por otro lado, se produjeron intentos en la doctrina francesa de unificar el enriquecimiento sin injusto y la acción de daños. El enriquecimiento, se decía, tenía su fundamento en la existencia de un hecho lesivo y se atribuía a la institución un carácter indemnizatorio. El enriquecimiento era un estado de hecho contrario al Derecho, calificable como hecho ilícito debido a su carácter injusto y cuya presencia determinaba la prohibición de que se conservase.

Incluso, en la doctrina francesa, se llega a construir el enriquecimiento fundamentándolo en la idea de la responsabilidad basada en el riesgo. Se trataba de otorgar al enriquecimiento la amplitud de aplicación que poseía la responsabilidad civil y de justificar adecuadamente la teoría mediante una técnica jurídica adecuada.

Otro motivo que parecía justificar la proximidad de ambas acciones era la identidad, al menos parcial, de las finalidades tuitivas perseguidas por las mismas. Tanto el Derecho de la responsabilidad extracontractual como el enriquecimiento sin causa se dirigen, de una forma más o menos directa, a lograr una distribución equilibrada de los derechos e intereses que se ponen en juego en las múltiples relaciones de interdependencia que se entablan en el tráfico jurídico ordinario. Procuran conseguir una asignación de recursos conforme a lo que el ordenamiento jurídico en su conjunto considera adecuado.

Por último, señalan BUSTO y PEÑA, la relación entre enriquecimiento sin causa y responsabilidad extracontractual se ve coadyuvada por el hecho de que la estructura dogmática de las dos figuras se compone de un conjunto de requisitos de difícil aprehensibilidad, en parte debido a una configuración jurídica aún hoy en fase de elaboración en sede doctrinal. Señalan estos autores, por ejemplo, que los elementos como el nexo de causalidad y la antijuridicidad en el Derecho de Daños son largamente debatidos en la doctrina que se ocupa de la responsabilidad civil. De la misma forma, el problema de la causa jurídica y del pretendido nexo de conexión entre el enriquecimiento y el empobrecimiento no han recibido una respuesta definitiva en los estudios sobre el enriquecimiento injusto. Habida cuenta de ello y de las originales interrelaciones entre ambas instituciones era inevitable, según estos autores, que algunos de sus elementos se entremezclaran.

Siendo cierto lo anterior, me parece que la calificación de un enriquecimiento como injusto no significa necesariamente que se haya cometido un acto ilícito, aunque en el caso que contemplamos tengo dudas, como ya he dicho, de la actuación de Rahid, S.A. Puede existir un lucro indebido sin haber media-

do culpa del enriquecido. A los efectos del enriquecimiento no cuenta tanto la intervención que en la producción del mismo haya tenido el que se enriquece cuanto el hecho de que se haya producido a expensas de otro. Dicho con otras palabras: la demanda de daños necesita fijar la relación causa-efecto entre el agente provocador y el daño; la demanda de enriquecimiento fija dicha correlación entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido.

La indemnización que procede en caso de un acto culposo se mide por el daño (totalidad) experimentado por la víctima, con independencia de que haya o no proporcionado beneficios al responsable; en cambio, la restitución que procede en caso de enriquecimiento injusto no puede ser superior al aumento patrimonial experimentado por el *accipiens* [PUIG BRUTAU, J. (1983), p. 55].

La citada STS 12-04-1955 señaló las diferencias entre la acción aquiliana, o de indemnización de daños y perjuicios, y la de enriquecimiento injusto. La primera requiere la concurrencia de un hecho ilícito culposo o negligente, mientras que la *condictio* puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o de buena fe por parte del provocador; y, por otra parte, la acción de enriquecimiento injustificado supone siempre en el autor del hecho un incremento de patrimonio que no es indispensable en el supuesto de la acción aquiliana o de responsabilidad civil.

Otras diferencias son [BUSTO LAGO, J.M. y PEÑA LÓPEZ, F. (1997), p. 147]: la responsabilidad por daños puede fundarse en la idea de riesgo. Desde comienzos del siglo XX se han promulgado leyes reguladoras de la responsabilidad civil que afectan a diversos ámbitos materiales o sectores de actividad potencialmente generadores de daños en las que el criterio de imputación es el riesgo y no la culpa como ocurre en el régimen común instaurado por el Código Civil. Por el contrario, la restitución del enriquecimiento sin causa no podría fundarse en el mero riesgo, a pesar del intento realizado por la doctrina francesa al que hemos hecho una mención.

En cuanto a los aspectos adjetivos, la acción de daños prescribe, conforme al n° 2 del art. 1968 CC., al año contado a partir del día en que pudo ejercitarse (art. 1969 CC). El enriquecimiento injusto puede ejercitarse por vía de acción o por vía de reconvencción. En el primer caso constituye una acción de carácter personal, sometida, por tanto, al plazo de prescripción de 15 años que contempla el art. 1964 CC.

Dos palabras más en cuanto a la acción de daños en el caso concreto que estoy examinado. Pasivamente legitimado lo estaría, además, habiendo culpa o dolo en la iniciativa de la operación en la que se ampara al tercero adquirente de buena fe, el que en dicha forma la concierta y lleva a cabo. A este, podrá reclamársele la indemnización del daño experimentado por consecuencia de su pérdida e irrecuperabilidad.

Pero hay más. Cabría también la acción de daños frente al Notario o Registrador de acuerdo con la normativa sobre responsabilidad civil de los mismos.

Una consideración en torno a la medida del enriquecimiento. El art. 1897 CC, en tema de pago indebido, establece que *“el que de buena fe hubiese aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesiones en la medida en que se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo”*.

Que la acción alcanza sólo la medida del enriquecimiento, no quiere decir, en opinión de la doctrina [ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A. (1993), p. 173], que al haber sido enajenada, haya que estar a la ventaja que ello le supone al enriquecido en el momento de la demanda (enriquecimiento actual), sino al precio de la enajenación (medida del enriquecimiento) con independencia de cualquier otra circunstancia. Cuando el valor de la venta haya sido menor que el valor real del mercado, se pregunta este autor qué debe alcanzar la restitución: ¿el valor real? ¿el precio de la enajenación? o ¿el enriquecimiento actual? Es decir, lo que quede en el momento de la demanda. Concluye, y ello se aplica, aunque sea traído un poco por los pelos a nuestro caso, que la restitución en la medida del enriquecimiento en el sistema codificado, se referirá al precio de la enajenación, con independencia de que dicho precio suponga o no, en el momento de la demanda, una ventaja para el que lo adquirió o del valor real de la misma.

4. El Voto particular

El Magistrado Sr. O`Callaghan formula un voto particular a la sentencia. Comienza por la fijación de los hechos que le servirá para entrar en el fondo del asunto: “De los hechos acreditados en la instancia, es indiscutible el real despojo, verdadero expolio, que sufrió el demandante en la instancia. La zona en que se ubicaba la finca objeto de la acción ha pasado ilícitamente, sin figurar su verdadero titular (el demandante en la instancia) a formar parte del Polígono único del Plan Parcial del Sar, sin que el titular registral (dicho demandante) hubiera hecho aportación alguna al plan parcial”. Subrayo, ahora, los conceptos “ilícito” y “expolio” que creo que están en la base del voto particular.

Por tanto, como nos recuerda el Magistrado, la finca nº 2886 (del demandante) del Registro de la Propiedad nº 2 de Santiago de Compostela coincide sustancialmente con la nº 5 del Catastro y, a su vez, con la finca nº 24 del Polígono. Esta finca número 24 procede de la agrupación de varias fincas que realizó Rahid, S.A., la vende al matrimonio Ferreiro/Martínez Castro que paga su precio y la aportan a la Junta de Compensación y reciben los derechos urbanísticos correspondientes: compra que realizaron fiados en el contenido del Registro de la Propiedad, de quien era titular registral Rahid, sin que conste que mediara mala fe por su parte.

Aquí radica el meollo jurídico de la sentencia: la acción reivindicatoria lleva consigo la declaración de propiedad y en el presente caso se parte de la propiedad de la finca por el demandante, finca inmersa en la número 24 del Polígono. Declaración de propiedad que no puede dar lugar al reintegro de la posesión no sólo porque la finca ha quedado absorbida en la finca 24 del Proyecto de Compensación, sino porque ha pasado a la propiedad de unos terceros (el matrimonio Ferreiro/Martínez Castro), adquirentes onerosos del titular registral Rahid, S.A., de buena fe; es decir son terceros hipotecarios que han transmitido, a su vez a otra sociedad, también tercero hipotecario. Lo que sucederá entonces es que la sentencia recurrida condenará a indemnizar precisamente por la pérdida de la propiedad de la finca.

Sostiene el Voto Particular que el matrimonio recurrente tiene razón en cuanto a su consideración como tercero hipotecario si en la sentencia recurrida hubieran sido condenados a restituir la finca. Pero no fue así. Han sido condenados ciertamente, pero a indemnizar. La sentencia recurrida declara que: *“Don Rafael Ferreiro Lodeiro y su esposa Doña Isabel Martínez Castro, que fueron quienes materializaron la aportación de la finca del demandante; ellos son los que percibieron los beneficios que tal aportación reportó y por tanto los únicos legitimados pasivamente para soportar la demanda y los únicos a quienes procede condenar a que indemnizen al actor”*...que probó su derecho de propiedad y ha sufrido un expolio.

En definitiva, los recurrentes, demandados en la instancia, son terceros hipotecarios adquirentes de una finca, en la que está inmersa la del demandante y que era propiedad del mismo y que fue incluida en su totalidad en aquella y la aportaron al plan urbanístico percibiendo los beneficios de tal aportación, a cuya indemnización a favor del demandante han sido condenados. Sin perjuicio de que este matrimonio se pudiera dirigir contra Rahid, S.A., más adelante. Condena correcta, dice O`Callaghan, arreglada a derecho, que debe ser mantenida, rechazando al efecto el recurso de casación.

Sinceramente, seguramente por inutilidad mía, no termino de ver el sentido de este Voto Particular. Ya hemos dicho que es unánime la doctrina y la jurisprudencia en torno a las acciones personales y reales del art. 34 LH y la sentencia que comento es un nuevo clavo en esa unanimidad. Al tercero hipotecario no se le puede tocar, ni lo que se le da por un lado se le puede quitar por el otro, a pesar de que en este caso al expolio probablemente se ha unido la maquinación. Pero parece claro que el matrimonio no ha tenido que ver en ésta. De lo contrario, no sería tercero: le faltaría la buena fe. La realidad jurídica es que en aras de la seguridad del tercero, el Derecho permite la injusticia, aunque dé un mecanismo corrector, como es la acción de enriquecimiento injusto.

Al verdadero propietario le queda el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto contra Rahid S.A. y, probablemente, podría ejercitar, también contra esta sociedad, una acción de resarcimiento por daños. E incluso, podría haber la posibilidad de las acciones penales.

Aunque sea a mayor abundamiento, hay que traer aquí a colación la doctrina y la jurisprudencia italiana en materia de doble venta, donde se admite la posible responsabilidad extracontractual del comprador preferido frente al comprador preterido [RUBIO GARRIDO, T. (1994), p. 137]. Señala RUBIO GARRIDO que la contingencia de que el comprador que triunfa en el plano jurídico-real pueda ser declarado extracontractualmente responsable frente al otro comprador es de vital importancia en aquellos ordenamientos en los que para ello no se requiere buena fe. ¿Razón? Evitar que la ley premie a aprovechados, desaprensivos y ventajistas. Y, por tanto, en palabras de este autor, urge encontrar un paliativo que aminore los descorazonadores efectos de tal desaguisado.

Toma este autor el ejemplo italiano y constata que un comprador, doloso o con culpa lata equiparada al dolo (comprador de mala fe), siempre que su título adquisitivo logre pasar las horcas caudinas de la jurisprudencia que tiende a declararlo, como mínimo, ineficaz relativamente, por obra de una acción revocatoria, tan ampliamente entendida que, en realidad, da cauce a una acción de nulidad encubierta, podrá ser declarado adquirente, pero también responsable extracontractualmente frente al comprador que ve ignorada jurídicamente su adquisición. Y responderá, además, pese a la diferente naturaleza jurídica de su responsabilidad, solidariamente con el doble vendedor que habrá sido declarado responsable contractualmente.

Señala este autor que a este resultado no ha sido fácil de llegar. En un principio, nos cuenta, la jurisprudencia sólo admitía la responsabilidad de tal comprador, cuando concurrían los verdaderos requisitos (*consilium fraudis* que urdió con el doble vendedor y por el cual engañaron al comprador primer adquirente; *eventus damni*). Fuera de esta hipótesis, se negaba cualquier tipo de reproche al mentado comprador, porque, por mucho que conociera el precedente contrato, se limitaba, por ejemplo mediante la transcripción de su contenido, a ejercitar su derecho y porque, si el primer adquirente perdía su titularidad, *imputet sibi*, puesto que, al no haber transcrito, había asumido, o la ley le imputaba, el riesgo de tal pérdida.

Hoy, sin embargo, ya la jurisprudencia italiana ordena la responsabilidad civil del comprador que definitivamente adquiere, siempre que éste haya tenido o haya debido tener conocimiento de la precedente adquisición, merced a la argumentación de que, si ello fue así, el incumplimiento contractual del doble vendedor debe considerarse inducido o posibilitado por el concurso de este comprador, sin el cual era de todo punto irrealizable. Incluso, señala RUBIO GARRIDO, en círculos doctrinales se comienza a defender que este segundo comprador quede obligado extracontractualmente a resarcir de forma específica (*ex art. 2058 Codice*), es decir, que quede obligado a retransmitir el bien doblemente vendido y por él adquirido al primer comprador.

En cualquier caso, lo anterior tampoco es aplicable a nuestro ordenamiento ya que para que el comprador preferido pueda adquirir *a non domino* se re-

quiere que venga adornado de la buena fe, de modo que queda excluida la posibilidad de que tal comprador responda extracontractualmente frente al otro comprador.

Ciertamente podremos discutir el alcance de la buena fe, si es una buena fe “a secas”, podríamos decir, o se requiere algún tipo de diligencia. Parece que el Tribunal Supremo sostiene lo segundo, cuando llega a afirmar la necesidad de que el comprador que se quiere proteger por el art. 34 LH haga algo más que consultar los libros del Registro. A mí me parece, que a efectos de la buena fe, no necesita ni consultar los libros registrales. Eso es lo que yo llamaría buena fe “a secas”. Pero este es un tema que va más allá de este comentario.

5. Bibliografía

- ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, 3ª ed., Granada, 1993.
- BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998.
- BUSTO LAGO, J.M y PEÑA LÓPEZ, F., “Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº1, 1997, pp. 141-166.
- DE LA CÁMARA, M., DÍEZ-PICAZO, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1ª ed. 1988, reimpresión 1991.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, III*, 5ª ed., Madrid, 2008.
- GORDILLO CAÑAS, A., “El principio de fe pública registral (II)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fasc. III, pp. 1057 ss.
- MARÍN CASTÁN, M.L., “Algunas reflexiones sobre los principios generales del Derecho”, *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, I, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Madrid 2010.
- NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934.
- NÚÑEZ LAGOS, R., “El Registro de la Propiedad español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, p.248.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil, Tomo II, Volumen III*, Barcelona, 1983.
- RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994.