

restantes, se observa una severa actitud crítica, tanto en el plano de la indagación de las fuentes romanas como frente a los esquemas dogmáticos del Derecho moderno. En conjunto, el estudio de RODRIGUES VENTURA constituye una excelente monografía, de gran interés para romanistas y civilistas.

Para terminar, indiquemos que hubiera sido deseable la adición de un índice de los textos manejados.

J. A. ARIAS BONET

CESARE SANFILIPPO: *Condictio indebiti*. I. *Il fondamento dell' obbligazione da indebito*. Giuffrè, Milán, 1943; 98 págs.

Se estudia en esta monografía, con todo detenimiento, cuál es el verdadero fundamento jurídico de la obligación de restituir lo indebidamente cobrado por parte del *accipiens* y la facultad de reclamar lo indebidamente pagado por el *solvens*. Rechaza el autor, en primer lugar, la teoría que encuentra este fundamento en una pretendida función general de las *condictiones*, porque si la *condictio*, desde su nacimiento, con las leyes Silia y Calpurnia, es un medio procesal aplicable a todos los casos de *dare oportere* de un *certum*, las varias formas de *condictiones* no pueden reconducirse a un fundamento unitario, contra la opinión de Savigny, Bekker, Girard, Betti, De Francisci y, más recientemente, de Robbe.

Pero añade a continuación que si una historia y una dogmática de las *condictiones* no tiene razón de ser, sí puede tenerla una historia y una dogmática de los varios casos del *dare oportere*, sentando como premisa que la *condictio indebiti* sanciona una *obligatio re*. Y como la historia y la construcción de las obligaciones *re* no pueden considerarse separadas del más amplio y grave problema de las fuentes de las obligaciones, y como en el sistema de las instituciones gyanas todas las obligaciones nacen del delito o del contrato, puesto que las obligaciones *re* no derivan de un acto ilícito, surgen, pues, del contrato; mas añade que esta afirmación tan simple en apariencia no lo es en realidad.

Estudia a continuación el estado de la doctrina acerca de la teoría del contrato, en relación con la obligación de indébito, después de exponer las dos corrientes principales del pensamiento moderno sobre la formación histórica y la construcción dogmática de la doctrina del *contractus*: de una parte, Perozzi y Bonfanté; de otra, Riccobono. Son, en cuanto miran al Derecho clásico, irreductiblemente antitéticas, ya que para la primera la obligación viene contraída, y para la segunda nace del contrato. San Filippo llega a la conclusión de que en la época clásica existían dos aspectos del verbo *contrahere*: de un lado, el que indica el contrato acuerdo como fuente de las obligaciones en todos los casos en que éstas pueden efectivamente derivar de una *conventio*; y de otro, el que indica contraer en el sentido de sujeción por un vínculo, en todos aquellos casos en los que el vínculo obligatorio efectivamente no deriva ni puede derivar de la *conventio*.

Afirma que en la época clásica la obligación de indébito no deriva del contrato, sino de un *proprium quoddam ius*. Se basa para ello en Gayo, 3, 91, y estudia la opinión de la doctrina actual sobre este texto, que lo explica como un gesto del jurista, como una duda sobrevenida o como una tentativa de rebelión a la tesis tradicional, comentando también los ataques que a su autenticidad han hecho recientemente Albertario y Solazzi.

Buscando este *proprium quoddam ius*, esto es, cuál sea el fundamento de la obligación de lo indebido, va rechazando varios motivos aparentes, como el mismo negocio en que consiste el pago, porque, como la doctrina actual precisa, hay toda una serie de negocios que no son fuente de las obligaciones, rechazando de camino la interpretación del texto de Juliano, D. 26, 14, 8, según la cual el jurista habría fundado el nacer de la obligación de lo indebido en la consideración de que el que paga un indebido por ello mismo concluye un negocio. En la *datio* por sí misma, porque no toda *datio* genera obligación, como no la genera, por ej., la *datio* de un *debitum* o la *datio* a título de donación. ¿Qué es, pues, lo que imprime a la cosa dada el destino de volver al pagador? En el mutuo es el acuerdo entre mutuante y mutuario. En lo indebido, ¿cuál será? ¿La voluntad explícita o implícita de las partes? El error del pagador o la falta de causa del pago o de la adquisición, pero no, desde luego, la *datio* por sí misma, sino una fuerza extrínseca a ella.

Ni reside en una convención tácita entre pagador y accipiente, porque no puede sostenerse la existencia de un verdadero acuerdo entre las partes, vinculado en la explícita afirmación de aquellos textos que excluyen el contrato y de aquellos (justinianeos) que afirman la naturaleza quasi-contractual de lo indebido. La tácita asunción de la obligación de restituir por parte del accipiente es, pues, una afirmación del todo gratuita y proveniente del antiguo esfuerzo, hoy superado, de encontrar a toda costa una analogía sustancial entre contrato y quasi-contrato a la manera de los bizantinos. Ni en la voluntad unilateral (efectiva o presunta) del pagador de obligar al accipiente a una eventual restitución, porque la intención no puede ser hija sino de la duda sobre la existencia del débito; mas cuando tal duda no existe, como normalmente ocurre con el que paga un débito y como siempre ocurre en el que erróneamente está convencido de deber, tal intención no puede existir.

Después de rechazar todos estos motivos como determinantes del fundamento de la obligación de lo indebido, formula sus conclusiones diciendo que este fundamento «tiene un carácter objetivo», y consiste en el hecho de que el accipiente no tiene ninguna «causa jurídica» para retener el objeto del cual ha adquirido la propiedad.

Para llegar a ella sustenta que es requisito necesario, pero no suficiente para el nacimiento de la obligación de lo indebido, el de la adquisición de la propiedad por parte del accipiente, porque cuando esto no ha ocurrido, el pagador, que continúa siendo propietario, tiene a su disposición la *reivindicatio*, la cual excluye la admisibilidad de la *condictio*, y, establecida esta necesidad, encuentra este buscado fundamento, como antes

había anunciado, en la falta de causa para retener por parte del accipiente. Para demostrar su tesis alega los siguientes razonamientos: excluida la pretendida función general de la *condictio* como medio para reclamar el enriquecimiento injusto, se plantea el problema de si, independientemente de tal pretendida función general, el retener sin causa lo adquirido (que para San Filippo es el fundamento de la *condictio indebiti*) puede coincidir con el injusto enriquecimiento.

A partir de Duareno, la doctrina ha creído ver más o menos directamente el fundamento de la *condictio indebiti* en el famoso principio general fundado sobre la equidad enunciado en el Digesto (12, 6, 44) y la función general de la *condictio* en la lucha contra el injustificado enriquecimiento.

Para San Filippo este enfoque del problema está mal hecho, no existe un fundamento unitario de las *condictiones*. Esta pretendida función general de medio contra el enriquecimiento injustificado ha suscitado, dice, una fuerte reacción, entre otros, por parte de von Mayr, quien afirma no puede atribuirse tal función a la *condictio* cuando ella surge del contrato. Rechaza este fundamento del enriquecimiento con argumentos de carácter dogmático, puesto que el enriquecimiento consiste siempre en un resultado económico, o sea, en aumento patrimonial, el cual no se verificará necesariamente en toda adquisición, argumentando que en los textos (D. 50, 17, 127. D. 4, 2, 18. D. 5, 3, 23.) la acción compete por el solo hecho de haber recibido, aunque el accipiente no se hubiera enriquecido, y de otros textos, en los que se ve que, siendo nula la *datio*, surge igualmente la *obligatio re*, por el hecho que la suma hubiese sido sucesivamente consumida de buena fe por el accipiente, argumentos de carácter procesal, porque si la *condictio* se concreta en una fórmula abstracta, de tal abstracción deriva su capacidad de sancionar obligaciones que tienen fundamento desigual (*re-verbis-litteris*), porque tienen como requisito, al menos para las no discutidas (*actio certae creditae pecuniae* y *condictio certae rei*), el del objeto cierto. Este *certum* figura en la *intentio*, y puesto que la *condictio* representa por definición el modelo de las acciones *stricti iuris*, en contraposición a las de buena fe, no resulta la necesidad de una perfecta congruencia entre *intentio* y *condemnatio*.

Excluido, pues, para el autor que el fundamento de la *obligatio re ex indebitum* sea el injusto enriquecimiento del accipiente y objeto de ella el *quantum locupletior factum est*, apunta la idea de que el elemento que hace injustificado el retener lo adquirido es la «falta de causa», afirmación que le lleva dando un paso más hacia adelante, a afirmar que estas obligaciones no tienen fundamento autónomo respecto a las otras obligaciones reales sancionadas con la *condictio sine causa*.

Sentado ya que la falta de causa es el fundamento, explica en qué consiste esta falta de causa y distingue en la adquisición una causa próxima y otra remota. La primera es aquella que opera la transmisión de la propiedad; coincide, pues, con la *datio*, *numeratio*, *traditio*, *mancipatio*, o con el hecho jurídico que determina la adquisición de la propiedad. Esta causa

inmediata es requisito necesario, pero no suficiente para el nacimiento de la *obligatio re ex indebito*. Hay también en toda adquisición una causa remota, que no sirve para efectuar la transmisión del dominio, sino para convertirlo en legitimamente retenible, y es de naturaleza objetiva; consiste en un título reconocido por el ordenamiento jurídico como legitimante del cambio patrimonial del uno al otro sujeto. Cuando este título reconocido por el derecho exista, el adquirente puede retener, cuando falte, no, y por tanto, está obligado a restituir, o sea *obligatus ex indebito*.

Esta causa remota (*causa retentionis*), que no legitima la retención, puede ser debida a ser: bien injustificada cuando la *causa retentionis* no está justificada por ningún título, bien injusta en el sentido moderno de inicua, cuando hay una *causa retentionis*; mas el retener, aun estando legitimado, es inicuo. En este segundo caso, no se puede hablar de indébito. A estos dos casos correspondían en el derecho clásico dos diversas consecuencias. En el primero surge la obligación tutelada por la *condictio indebiti*; en el segundo, no; siendo la adquisición, según el ordenamiento positivo, justificada, pero es posible la protección pretoria.

Estudia, por último, el nacimiento de la obligación de indébito, y dice que no surge del acto y del momento de la *solutio*, sino del hecho y del momento de la falta, inicial o sobrevenida, de la injusta *causa retentionis* en la persona del adquirente.

Por lo tanto, la *condictio* se da, sustancialmente, no por *indebiti solutio*, sino por *indebiti retentio*. La *condictio* no nace en cuanto ha sido pagado indebidamente, sino en cuanto ha sido adquirido indebidamente; aspectos que pueden coincidir, y ordinariamente coinciden, mas no pueden identificarse, y cita el caso del pago hecho por cuenta de otro, subdistinguiendo dos hipótesis: que sea hecho por cuenta del verdadero deudor (no hay *condictio*) o si se ha pagado erróneamente por cuenta propia (el accipiente está obligado a la restitución) y el de nulidad de la *solutio* por incapacidad del *solvens*.

Fundamento, pues, de la obligación de restituir no puede ser, por tanto, el acto de la *solutio*. ¿Será el error del *solvens*? Para San Filippo—y en ello está de acuerdo con Solazzi (también en *Studia et documenta historiae et iuris* (1943) 55)—; pero en contra de la inmensa mayoría de los romanistas y civilistas, estima que ello no sería más que una solución superficial, el error del pagador es un elemento apto para distinguir las dos especies, a los efectos de restitución, pero el fundamento del derecho a la repetición, puesto que, desde el punto de vista objetivo, no paga un indébito, porque objetivamente es debido, y desde el subjetivo, haya error o no en el *solvens*, la prestación es siempre debida.

Su última conclusión es la siguiente: si la obligación *ex indebito* tiene un fundamento objetivo, si ella nace en cuanto la cosa es indebidamente retenida y no indebidamente pagada, no puede estimarse el error del *solvens* como requisito esencial para el nacimiento de la obligación. Para demostrarlo anuncia una segunda parte de esta monografía, que no sabemos aún haya visto la luz.

Hay, pues, que destacar en este estudio sobre la *condictio indebiti* las siguientes opiniones de su autor: Primera, la negación de la pretendida función general de las *condictiones*; segunda, establecer como fundamento de la *condictio indebiti* la falta de causa para retener por parte del accipiente; y tercera, anticipar que en la segunda parte de ella tratará de demostrar que el error del *solvens* no es requisito esencial para la existencia de la obligación de indébito.

JUAN AZPITARTE VILLARREAL

G. GROSSO: *Problemi generali del Diritto attraverso il Diritto romano*. Giappichelli, Turín, 1948; 207 págs.

Agrupada en esta obra, de reducida extensión, diversos ensayos relativos a la problemática planteada por el Derecho romano. El objeto de la indagación es el examen de las diversas categorías que lo integran. Discípulo, como también otro gran romanista, Betti, de G. Segré, sus concepciones presentan frecuentes coincidencias con las de ambos. Menos próximo que Betti a la Filosofía y a la abstracción, toda su obra se caracteriza por su afán de concreción. Le preocupa preferentemente más que la institución en sí, tal como se ha proyectado a través de su desenvolvimiento histórico, el conocimiento de ese proceso mediante el cual ha sido creada y de las transformaciones sufridas durante él. No debe de ello deducirse que Grosso haga sociología. Cree que el derecho por su misma esencia se halla afectado por la historicidad, que él mismo es historia, y por ello se impone, para su conocimiento, el de las circunstancias que lo han determinado. Pero su estudio es exclusivamente jurídico. Utiliza para la individuación de las instituciones jurídicas conceptos previos extraídos de la misma realidad jurídica de los romanos, empleando el método llamado por Bonfante «naturalístico». Con frecuencia veremos a Grosso fundar sus ataques a otros autores en el empeño de éstos de aplicar al Derecho romano categorías de una dogmática que les era desconocida. La característica más acusada del pueblo romano era la simplicidad y la claridad, y estas características son las que deben orientarnos en nuestra indagación, por reflejar las instituciones jurídicas el espíritu del pueblo para quien han sido formadas.

Arranca Grosso, para su estudio acerca de la problemática concreta de las instituciones jurídicas romanas, de una previa exposición de su concepto de Derecho. Frente a las teorías que lo reducen a una normatividad, se identifica con aquellas otras que lo consideran como el ordenamiento de un organismo social que comprende la norma, pero que no puede hacerse consistir exclusivamente en un complejo normativo. Alude con ello a la teoría que se ha llamado institucionalista del Derecho y más concretamente al pensamiento de Santi Romano, tal como lo expone en su obra «L'ordinamento giuridico». Emplea Grosso la palabra *ius* como derecho subjetivo y como derecho objetivo indistintamente, tal como la empleaban los roma-