

5. DERECHO MERCANTIL

TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Por Dña. MARÍA DE LOS ÁNGELES PÉREZ ALBUQUERQUE
Becaria de Investigación del Área de Derecho Mercantil.
Universidad de Extremadura

SUMARIO

I. LA ACCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTES DE LA LEY 19/1985

II. LA LEY CAMBIARIA Y LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO

- A) ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 65 DE LA L.C.
- B) PRINCIPALES INFLUENCIAS DE NUESTRO SISTEMA
- C) PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REGULACIÓN ACTUAL

Legitimación pasiva

¿Nace el derecho a la acción por perjuicio o también por prescripción?

Naturaleza jurídica

11

I. LA ACCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTES DE LA LEY 19/1985

El derecho histórico cambiario español, que durante mucho tiempo respondió a un modelo de corte causal de tipo francés, recogió en las Ordenanzas de Bilbao y de San Sebastián la necesidad de que el tenedor levantara el protesto o «denunciara» la letra en tiempo hábil debiendo soportar los perjuicios que se derivaran de su negligencia¹.

Para la doctrina dominante en esta época, a la que el profesor Jiménez Sánchez² califica de «afrancesada», el perjuicio del título, y, por tanto, la pérdida de la acción de regreso contra el librador y el endosante, sólo se producía cuando éstos probasen que habían provisto adecuadamente, pues en otro caso, es decir, si no realizaron la provisión, subsistiría el Derecho a repetir legítimamente contra estos sujetos. Ese Derecho de repetición es el germen de la acción de enriquecimiento que en todo caso podría ejercitarse siempre, como último extremo, contra el librado poseedor de los fondos destinados al pago de la letra³.

El Código de Comercio de 1829, tributario de los modelos causales al igual que las Ordenanzas que lo precedieron, exigirá al tenedor la diligencia de protestar la letra y notificar su falta de pago para conservar los derechos que de ella se derivan⁴, pero atenuando el rigor cambiario al permitir al portador que incumpliera esos deberes dirigirse contra el librador que no hubiese provisto o contra el librado que tuviese en su poder la provisión de fondos o contra el endosante que «hubiese cubierto el valor de la letra en sus cuentas con el deudor, o con valores o efectos de su pertenencia»⁵. Dos cosas llaman nuestra atención en la regulación que en el Código de Sainz de Andino se hace de este remedio procesal:

1. El recurso de la acción de enriquecimiento se limita al supuesto de perjuicio de las acciones cambiarias sin extender su aplicación al caso de prescripción de las mismas.

¹ Artículo XXVIII de los caps. XIII de las ordenanzas de Bilbao y XII de las de San Sebastián. En este precepto se castiga al tenedor de la letra que dejara de levantar los protestos y practicar las remisiones en los términos previstos por la Ley con la pena de que «serán de su cuenta los daños y perjuicios que por ello se siguieren».

² G. J. Jiménez Sánchez, «Reflexiones sobre la acción de enriquecimiento ante un proyecto de reforma del Derecho cambiario español», *Estudios en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pag. 425.

³ Vemos que se sigue a pie juntillas la «teoría de la provisión» de tipo galo, ya que los posibles legítimos del remedio de enriquecimiento se encuentran definidos por el hecho de mediar o no provisión de fondos.

⁴ Véanse arts. 453, 479 a 493, 511 a 525 y 536 de la citada norma.

⁵ Cfr. art. 541.

2. La inclusión como posible legitimado pasivo del endosante resulta incoherente, ya que en un sistema en el que la acción está íntimamente relacionada con la provisión no parece lógico que se considere como posible demandado a un obligado cambiario que en el Código del 29 carecía de la obligación de proveer. La única explicación posible a esta anomalía es que quisiera cubrirse el supuesto límite de que hubiese mediado una cesión de la provisión del librador al endosante y éste se hubiese saldado el valor de la letra conservando el crédito causal contra el librado, pues en este caso si podríamos apreciar enriquecimiento por su parte.

Bajo el imperio del Código de Comercio de 1885 el recurso último y final de carácter subsidiario que constituye la acción de enriquecimiento no tiene reflejo expreso en el Derecho Mercantil español, aunque en numerosos preceptos se haga referencia de modo implícito a la necesidad de restablecimiento del equilibrio que la acción supone, acción que, por otra parte, si tenía su tratamiento específico en el orden civil⁶. Varios preceptos del Código de Comercio, derogados ya como todo el título X del Libro II, nos permiten reconstruir el tratamiento de la acción antes de la Ley de 1985. Analicémoslo:

– El artículo 460 reza así:

«Cesará la responsabilidad del librador cuando el tenedor de la letra no la hubiese presentado o hubiese omitido protestarla en tiempo y forma siempre que pruebe que, al vencimiento de la letra, tenía hecha la provisión de fondos para su pago, en los términos prescritos por los artículos 456 y 457.

Si no hubiese esta prueba reembolsará la letra no pagada, aunque el protesto se hubiese sacado fuera de tiempo mientras la letra no halla prescrito. Caso de hacer dicha prueba pasará la responsabilidad del reembolso a aquel que aparece en descubierto de él, en tanto la letra no esté prescrita».

En primer lugar se observa en este precepto que el tenedor para conservar el regreso contra el librador debe presentar el título y protestarlo⁷. Además, se pone de manifiesto la obligación de proveer del librador, obligación que es tratada de un modo tan severo que si se incumple el perjuicio no surte sus efectos admitiendo un derecho de reembolso del portador negligente contra el emisor del título, derecho que no es otra cosa que la acción de enriquecimiento. También se deduce del artículo que la prescripción pone fin no sólo a la vía cambiaria sino a cualquier otra clase de acción, por lo que el proceso de enriquecimiento tiene su origen únicamente en el perjuicio de los títulos.

⁶ Así en el art. 1.158 del Código Civil se establece que el tercero que hubiese pagado por otro una deuda de éste, pese a su prohibición, tendrá derecho a repetir contra él en tanto en cuanto el pago le hubiese sido útil, pues, aunque el precepto no lo diga expresamente, si ello no sucediese así se produciría un enriquecimiento injusto.

⁷ En el mismo sentido se pronuncian los arts. 469, 482 y 483 del Código de Comercio de 1885, el último referido a la pérdida del regreso del tenedor negligente contra el endosante.

- En el mismo sentido que los anteriores se pronuncian los artículos 515 y 517, el primero de ellos dispone lo siguiente:

«El que interviniere en el pago de una letra perjudicada no tendrá otra acción que la que competiría al portador contra el librador que no hubiese hecho a tiempo la provisión de fondos, o contra aquel que conservará en su poder al valor de la letra sin haber hecho su entrega o reembolso».

En este precepto se está introduciendo, aunque todavía de un modo tímido la posibilidad de ejercitar una acción derivada de una letra perjudicada contra un endosante.

- Por último, es norma clave el 525, ya que en él se legitima pasivamente, de forma expresa, al endosante y se da una redacción a la acción de enriquecimiento del siguiente modo:

«No tendrá efecto la caducidad de la letra perjudicada por falta de presentación, protesto o su notificación en los plazos que van determinados, respecto del librador o endosantes que, después de transcurridos dichos plazos, se hubiesen saldado el valor de la letra en sus cuentas con el deudor, o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia».

Con el conjunto de normas que hemos analizado puede construirse la teoría de la acción en el Código de Comercio, que cuenta además con un importante apoyo jurisprudencial⁸, cuyos caracteres en esta época los sintetiza el profesor Menéndez⁹ del siguiente modo:

1. Se trata de una acción surgida de la letra perjudicada por falta de presentación protesto y su notificación¹⁰. Por tanto, como afirma Jiménez Sánchez¹¹, «sólo el perjuicio y nunca la prescripción constituye el presupuesto de la acción de enriquecimiento».

Esta primera observación nos hace plantearnos la duda de si el aceptante puede ser, en la normativa del Código, considerado como legitimado pasivo de la acción de enriquecimiento¹², punto en el que la doctrina se encuentra dividida.

⁸ Entre otras destacan las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1948 y las de 21 de octubre y 23 de noviembre de 1977 y, por su interés, la de 20 de junio de 1981, R-2536.

⁹ A. Menéndez Menéndez, *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Editorial Cívitas, Madrid, 1980.

¹⁰ Ya veremos como en el sistema vigente con la Ley Cambiaria la falta de notificación no produce el perjuicio y sólo da derecho a una indemnización por daños y perjuicios, así lo pone de manifiesto el art. 55 de la Ley cuando dice: «el que no hiciera la notificación dentro del plazo antes indicado conserva su acción...».

¹¹ G. J. Jiménez Sánchez, «Acción causal y acción de enriquecimiento», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 38, 1987, pág. 23.

¹² En nuestro Derecho actual el art. 65 incluye expresamente al aceptante entre los posibles demandados, lo que nos hace pensar que no sólo el perjuicio, sino también la pérdida de acciones cambiarias por prescripción hacen nacer la acción de enriquecimiento ya que, según el art. 49, respecto al aceptante no se produce el perjuicio por lo que la acción directa sólo se extingue por el transcurso de tres años que señala el 88.

Jiménez Hernández¹³ afirma que en el caso de mediar provisión de fondos la acción debería dirigirse contra el librado no aceptante, con lo que implícitamente está negando la posibilidad de que el que aceptó sea demandado. Jiménez Sánchez¹⁴, por su parte, rehusa pronunciarse afirmando simplemente que el problema plantea una gran controversia doctrinal, aunque como ya veremos las mayores dudas se ciernen sobre la legitimación pasiva del endosante. Paz Arés¹⁵ opina que el aceptante en rigor no puede ser considerado como legitimado pasivo de la acción de enriquecimiento, ya que este responde cambiariamente con independencia del perjuicio del título y de la existencia o no de la provisión, y su responsabilidad cartular excluye cualquier otra de tipo extracartaceo.

La situación del aceptante es, por tanto, ya durante la vigencia del Código de 1885, distinta a la de los otros obligados cambiarios, pues respecto de él siempre persiste la acción cambiaria directa, aunque si la letra se perjudicó sólo podrá ejercitarse en juicio declarativo ordinario de lo que resulta que al ser la acción de enriquecimiento subsidiaria e incompatible con la posibilidad de ejercitar cualquier otra acción éste queda excluido del círculo de posibles demandados. En este sentido apuntado se manifiesta Logendio Osborne¹⁶ que, interpretando la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1976, dice: «la falta de presentación al pago o de protesto por falta de pago lleva consigo la pérdida de la posibilidad de ejercitar la acción cambiaria contra los obligados en regreso pero no contra el obligado directo». Cabe pues, según esta dirección, aun sin protesto, la acción declarativa cambiaria contra el aceptante pero el tenedor pierde eso sin la posibilidad de acudir al ejecutivo¹⁷. Esta es pues la tesis mayoritaria y que compartimos, ya que los argumentos en sentido contrario del profesor Rubio¹⁸, en los que sostiene que la acción cambiaria directa se extingue en ambas vías por caducidad, se basan en el silencio del artículo 483 pero se destruyen leyendo el 516 y 521 que se refieren a que la falta de protesto perjudica la vía ejecutiva pero no la declarativa.

2. El segundo de los caracteres de esta acción es que el sujeto activo podría serlo el tenedor que hubiese dejado de perjudicar la letra o el que hubiese intentado el pago luego de haberse perjudicado.
3. En tercer lugar, y como ya hemos apuntado, parece que legitimado pasivo sólo pueden serlo los titulares en vía de regreso, es decir, el librador y los endosantes.

¹³ J. I. Jiménez Hernández, *De la letra de cambio y del cheque*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, mayo 1981, pág. 154.

¹⁴ G. J. Jiménez Sánchez, «Acción causal y acción de enriquecimiento», *op. cit.*, pág. 23.

¹⁵ C. Paz Arés, «La responsabilidad cambiaria derivada de la letra perjudicada (observaciones críticas sobre la acción de enriquecimiento)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 549, 1982, pág. 461.

¹⁶ I. Legendio Osborne, «El perjuicio de la letra y la obligación del aceptante», *Revista de Derecho Privado*, 1980, pág. 622.

¹⁷ Esta misma solución es defendida por Garrigues, *Tratado de Derecho Mercantil II*, Madrid, 1955, págs. 535 y 551.

¹⁸ Rubio, *Derecho cambiario*, Madrid, 1973, pág. 172.

El tema de los endosantes, que es el más conflictivo, se tratará inmediatamente pero fijémonos ahora en el caso del librado sujeto no mencionado por ninguno de los preceptos del texto de 1885. Respecto de él la mayoría de la doctrina de la época¹⁹, que basa la acción de enriquecimiento en la búsqueda de la provisión de fondos, se pronuncia positivamente considerado como demandado al librado provisto por el librador que conserva en su poder la provisión de fondos. Esta tesis es defendida, evidentemente, por todos los que sostienen la naturaleza extracambiaría de la acción que, por lo tanto, no tiene porque dirigirse contra un obligado cartular.

Respecto a la legitimación pasiva del endosante, y dado que el tenor literal del artículo 525 del Código de Comercio la admitía abiertamente al decir que la acción procederá contra él «Cuando se hubiese saldado el valor de la letra en sus cuentas con el deudor o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia», la doctrina que niega esta legitimación²⁰ aduce que el precepto se refiere a hipótesis excepcionales, que ellos califican «de escuela», y que se reducen a los supuestos en que el endosante a título oneroso no halla desembolsado previamente el valor de la letra que cede o se lo halla reintegrado o cuando, siendo cesionario de la provisión retire del librado los fondos que le entregó el librador. En definitiva para la doctrina mayoritaria de este momento la acción sólo podrá intentarse contra el endosante cuando por cualquier causa conserve en su poder la provisión de fondos²¹ supuestos que, por su extrañeza en el tráfico mercantil, califican como de laboratorio.

En contra de la postura anterior se manifiesta Paz Arés²² quien, criticando como ya hemos visto la teoría de la provisión, admite abiertamente la posibilidad de ejercicio de la acción contra el endosante que se enriquece «con lo que recibe del endosatario», sosteniendo, para fortalecer su teoría, que son muchas las veces en que se plantea este supuesto, en concreto siempre que aparezca como creador del título lo que se da en los denominados libramientos de favor en los que el endosante favorecido es verdadero emisor de la letra y, por tanto, resulta legitimado pasivo del remedio de enriquecimiento. Volveremos más adelante sobre este tema, cuando tratemos los problemas actuales que plantea la Ley.

4. Por último el requisito final de esta acción, ya durante la vigencia del Código de Comercio, es que exista un beneficio patrimonial obtenido por el demandado paralelo al empobrecimiento del actor. De ahí que el *quantum* de la reclamación, teniendo como límite el valor de la letra, venga

¹⁹ Entre ellos I. Logendio Osborne, «La acción de enriquecimiento contra un endosante», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 11, julio-septiembre 1983, pág. 663.

G. J. Jiménez Sánchez, «Reflexiones sobre la acción de enriquecimiento...», *op. cit.*, pág. 426.

J. I. Jiménez Hernández, «De la letra de cambio y del Cheque», *op. cit.*, pág. 154.

²⁰ Entre ellos Rubio, «Derecho cambiario», *op. cit.*, pág. 209; I. Logendio Osborne, «La acción de enriquecimiento contra un endosante...», *op. cit.*, pág. 673; G. J. Jiménez Sánchez, «Reflexiones sobre la acción...», *op. cit.*, pág. 427.

²¹ En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1981.

²² C. Paz Arés, «La responsabilidad cambiaria derivada...», *op. cit.*, págs. 456 y ss.

determinado por el importe efectivo del enriquecimiento y, por tanto, pueda ser inferior al montante por el que se libró el título. Este es el presupuesto económico de su ejercicio que tiene como consecuencia que para calcular la cuantía reclamable halla que descender al examen concreto de la situación resultante de la pérdida de la obligación cambiaria, es decir, al enriquecimiento efectivo que consistiría en un incremento patrimonial positivo no justificable jurídicamente del anterior obligado de la letra.

II. LA LEY CAMBIARIA Y LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO

El remedio procesal que estamos estudiando no fue objeto de estudio por la Ley Uniforme de Ginebra. La necesidad de unificar y armonizar el Derecho Cambiario hizo que el legislador ginebrino, ante la imposibilidad de reconciliar los planteamientos opuestos de la tradición germánica y francesa, excluyese del texto de la Ley, entre otros temas²³, todo lo relativo a esta acción a través de una fórmula de compromiso que permitía que los distintos ordenamientos nacionales la regularan o no en el momento de incorporar la L.U.G. a sus respectivos Derechos Internos. Así lo demuestra el artículo 15 del Anexo II que incluye la siguiente reserva utilizable por los estados firmantes del Convenio.

«Cada una de las Altas Partes contratantes es libre de decidir que, en caso de quedar perjudicadas o prescribir las letras, subsistirá en su territorio una acción contra el librador, que no halla hecho provisión, o contra el librador o endosante que se hallan enriquecido injustamente. La misma facultad existe en caso de prescripción, en lo que se refiere al aceptante que ha recibido la provisión o se ha enriquecido injustamente».

La adaptación y la incorporación a los distintos Derechos continentales se realizó en Europa durante la década de los treinta. En España, sin embargo, la reforma del Derecho cambiario se verifica tardíamente no consolidándose hasta los ochenta pese a las presiones de la doctrina entre la que destaca el profesor Polo²⁴ que planteaba la necesidad de modificar el régimen jurídico de los títulos valores de acuerdo con el carácter esencialmente reformista del Derecho Mercantil.

En España la adopción de la normativa ginebrina llegará, aunque con cincuenta años de retraso, de la mano de la Ley Cambiaria y del Cheque 19/1985, de 16

²³ También se suprimió todo lo relativo a la provisión de fondos lo que nos da una idea de la fórmula de compromiso que se adoptó. En este sentido véase el art. 16 de Anexo II del Convenio conforme al cual: «La cuestión de saber si el librador está obligado a hacer provisión en el vencimiento y si el tenedor tiene derechos especiales sobre esta provisión queda fuera de la L.U.G. Lo mismo sucede respecto a cualquier otra cuestión que se refiera a la relación en base de la cual ha sido emitida la letra».

²⁴ V. Polo Díez, «Reflexiones sobre la reforma del Ordenamiento Jurídico Mercantil», *Estudios de Derecho en homenaje al profesor Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 552 y ss.

de julio, *B.O.E.* núm. 172 de 19 de julio, cuyo artículo 65, dedicado a la acción de enriquecimiento, analizaremos seguidamente.

A) ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 65 DE LA L.C.

El artículo 65 de la Ley Cambiaria y del Cheque reza así:

«Cuando el tenedor hubiere perdido la acción cambiaria contra todos los obligados y no pudiera ejercitar acciones causales contra ellos podrá dirigirse contra el librador, el aceptante o un endosante exigiéndoles el pago de la cantidad con la que se hubieren enriquecido injustamente en su perjuicio como consecuencia de la extinción de la obligación cambiaria por la omisión de los actos exigidos por la ley para la conservación de los derechos que derivan del título.

La acción de enriquecimiento a favor del tenedor prescribe a los tres años de haberse extinguido la acción cambiaria».

Dos cosas llaman la atención del precepto tras sus sucesivas modificaciones:

- De acuerdo con el texto del Anteproyecto de Ley Cambiaria elaborado en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en 1934²⁵ la posibilidad de ejercicio de la acción se refiere no sólo al perjuicio, sino también al supuesto de prescripción, ya que se incluye al aceptante en el círculo de los legitimados pasivos. Ya veremos los problemas que esto plantea pero apuntemos desde ahora la opinión contraria de Jiménez Sánchez²⁶.
- En segundo lugar nos llama la atención que la Ley Cambiaria española, siguiendo el modelo italiano, admita expresamente la legitimación pasiva de los endosantes. Así se decidió tras la discusión parlamentaria en la que se reformó el artículo 58 del Anteproyecto de la Ley Cambiaria y del Cheque de 1980 que decía así, «El librador y el librado quedarán obligados respecto al tenedor de la letra en tanto se hallan enriquecido en su perjuicio, ya sea porque la obligación cambiaria se halla extinguido por prescripción o bien por la omisión de los actos exigidos por la Ley para la conservación de los Derechos que derivan del título» en el párrafo segundo se aclaraba «contra los endosantes cuya obligación cambiaria se halla extinguido no tienen lugar tales acciones de enriquecimiento».

Del texto de la discusión parlamentaria²⁷ destaca la supresión del librado como posible legitimado pasivo²⁸, quizá por eliminar toda posible influencia francesa elaborando un texto auténticamente abstracto de tipo alemán y por ser coherente

²⁵ Art. 87 del citado Anteproyecto.

²⁶ G. J. Jiménez Sánchez, «Reflexiones sobre la acción de enriquecimiento...», *op. cit.*, pág. 437.

²⁷ Ponente M. Souillo Martí, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1985, II Legislatura, núm. 293 (sesión de 11 de abril), págs. 9.130 y ss.

²⁸ Esta inclusión estaba influenciada por el art. 156 del Code de Comercio francés postginebrino.

con el resto de la normativa cambiaria en la que no habrá ya una obligación de proveer ni el tenedor será automáticamente cesionario de la provisión.

En nuestra opinión resulta desafortunada la redacción del texto actual al suprimir la prescripción como presupuesto del ejercicio de la acción, pues aunque es fácilmente deducible que si es así, ya que se incluye al aceptante en el círculo de los legitimados pasivos y respecto de él no hay perjuicio a tenor del artículo 63, hubiese sido mejor que la Ley lo mencionase expresamente.

B) PRINCIPALES INFLUENCIAS DE NUESTRO SISTEMA

La acción, tal y como se configura en el artículo 65 de la Ley Cambiaria, sigue la línea alemana pues, en definitiva, va a ser considerada como un medio de evitar el enriquecimiento definitivo de cualquiera de los que se obligan al firmar la letra de cambio que al ser regulado olvida cualquier referencia al tema de la provisión de fondos²⁹. El único resquicio de influencia francesa lo constituía la legitimación pasiva del librado pese a no ser obligado cambiario y fue, como ya hemos visto, eliminado del Anteproyecto no pasando al texto definitivo.

En cuanto a los antecedentes concretos en Derecho Comparado es clara la influencia que sobre el artículo estudiado de la Ley española ejerce el 67 de la Legge Cambiaria Italiana de 1933³⁰ y el 89 de la W.O. Alemana de 1933, así como del artículo 1.052 del Código de Obligaciones Suizo de 1937. La nueva Ley, al seguir los modelos señalados, se aparta por completo de los esquemas causales y representa, tal y como se estableció en el debate parlamentario, un desarrollo de los principios germánicos.

Por lo expuesto anteriormente no podemos compartir el calificativo de «acusada originalidad» con el que el profesor Menéndez Menéndez³¹ cataloga a la Ley, ya que nuestro texto es una copia a retazos de las distintas disposiciones antes mencionadas. Así el artículo 65 de la L.C. vierte íntegramente en su primera parte el contenido del artículo 67 del texto italiano. Comparemos ambos preceptos:

- El texto italiano dice: «Cuando el portador halla perdido la acción cambiaria contra todos los obligados y no tenga acción causal contra ellos, podrá dirigirse contra el librador o el aceptante o el endosante por la suma por la que se hallan enriquecido en su perjuicio». El primer párrafo de nuestro artículo 65 dice así: «Cuando el tenedor hubiere perdido la acción cambiaria contra todos los obligados y no pudiera ejercitar acciones causales contra ellos, podrá dirigirse contra el librador, el aceptante o un endosante por la cantidad con la que se hubieren enriquecido injustamente en su perjuicio».

²⁹ El concepto de provisión de fondos es, por otra parte, desconocido en nuestro nuevo Derecho cambiario de tendencia marcadamente abstracta con la única excepción de la figura anómala de la cesión de la provisión introducida por el art. 69.

³⁰ Inspiración claramente reconocida por el ponente de la Ley, Sr. Sotillo Martí, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1985, II Legislatura, núm. 293 (sesión celebrada el 11 de abril de 1985).

³¹ A. Menéndez Menéndez, «Derecho cambiario...», *op. cit.*, pág. 689.

La analogía entre ambos, como vemos, es absoluta.

Pero el legislador español tras ese primer párrafo y enlazando simplemente con una coma introduce un fragmento del Derecho Suizo al añadir que la pérdida de acciones será «como consecuencia de la extinción de la obligación cambiaria por la omisión de los actos exigidos por la Ley para la conservación de los Derechos que derivan del título». La explicación de esta nota aclaratoria que se introduce y del entrecruzamiento de dos modelos legislativos la encontramos en el hecho, y en esto si compartimos la opinión del profesor Menéndez Menéndez³², de que se buscó ser más explícitos que en Italia, circunscribiendo la posibilidad de ejercicio de la acción a los casos en que exista un nexo causal entre enriquecimiento y empobrecimiento de demandado y demandante, y teniendo en cuenta, además, que ese nexo causal tiene que tener un origen concreto que ha de buscarse en la omisión por parte del empobrecido de las formalidades exigidas por Ley.

Finalmente, el párrafo segundo del artículo 65, es decir, el relativo a la prescripción, es de origen alemán coincidiendo plenamente con el último punto del párrafo primero del artículo 89 de la Wechselgetz de 21 de junio de 1933.

Por tanto, queda justificada nuestra afirmación de plagio del artículo español, pero hay que tener en cuenta que dada la tardanza con la que se legisló en España³³ opinamos que podía haberse esperado mayor claridad en la redacción. En nuestro parecer podemos achacar al texto de la Ley los siguientes defectos:

1. En primer lugar un error de ubicación. Si como sostiene la mayoría de la doctrina³⁴, y nosotros con ella, se trata de una acción de naturaleza extracambiaria parece absurdo encuadrarla en la Ley Cambiaria y del Cheque cuando la otra acción no cartular, la causal, se encuentra regulada en el Código Civil en concreto en el artículo 1.170 de este cuerpo legal. Pero más absurdo aún parece colocarla en el capítulo VII dedicado a las «acciones por falta de aceptación y por falta de pago». Quizá la mejor solución, por ser intermedia, hubiera sido, recogiendo en el texto de la Ley, dedicarle un capítulo aparte, como se hace con la cesión de la provisión, por ser como esta última una figura anómala en el conjunto normativo.
2. En cuanto a la legitimación, si como se opina mayoritariamente el artículo 65 es una expresa toma de postura legislativa en cuanto que permite dirigirse exclusivamente contra los mencionados en él, bastaría con haber puesto el adverbio «sólo» para evitar los problemas que se plantean sobre la posibilidad de que sujetos como el librado no aceptante o el avalista sean demandados.
3. Si la acción nace también por prescripción, es decir por la pérdida de las acciones cambiarias debida a este motivo y no sólo a la caducidad, como

³² A. Menéndez Menéndez, «Derecho cambiario...», *op. cit.*, pág. 691.

³³ Recordemos que la adaptación al Derecho ginebrino se verificó en los demás países en los años treinta esperando aquí más de cincuenta años para acometer esta labor.

³⁴ En contra C. Paz Arés, «La responsabilidad cambiaria derivada...», *op. cit.*, 477 y ss.

parece apuntar la posibilidad de que el aceptante sea legitimado pasivo, hubiese sido mejor que esto se mencionase expresamente como se hace en otros ordenamientos como el Suizo:

4. El cómputo del plazo de prescripción no parece que quede claro y hubiera podido arbitrarse un sistema más explícito.

C) PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REGULACIÓN ACTUAL

En este apartado del trabajo vamos a tratar, brevemente, alguna de las dudas que se han planteado los tratadistas a raíz de la publicación de la Ley Cambiaria y del Cheque en torno a la acción objeto de estudio, tratando de arrojar alguna luz sobre las mismas.

Legitimación pasiva

Este tema fue polémico a finales de los setenta y principios de los ochenta, pues la doctrina se debatía los sujetos que la Ley Cambiaria debía incluir como posibles demandados. La polémica quedó resuelta con la publicación de la Ley 19/1985 pues, como afirma Jiménez Sánchez³⁵, «la determinación de los sujetos pasivos de la acción de enriquecimiento representa el resultado de una elección de política legislativa». Así las cosas y siguiendo el tenor literal de la Ley sólo podrán ser demandados en un procedimiento de este tipo el librador, el aceptante o un endosante sujetos a los que ya no cabe negarles esta condición. Se excluye, por tanto, a otros sujetos que históricamente eran considerados como posibles demandados, tales como el librado no aceptante o el ordenador, es decir, a todos aquellos que, estando mencionados en la letra, no asumen obligación cambiaria con lo que queda claro que el texto español se olvida de las vinculaciones extracartaceas, del mundo causal de referencia de la letra, excluyéndose también al avalista tanto por el elocuente silencio de la Ley como por la imposibilidad de encontrar supuestos de enriquecimiento efectivo del mismo.

Parece coherente la eliminación del ordenador, al ser esta una figura no prevista en nuestro actual Derecho Cambiario, pero no nos parece tan apropiada la supresión del librado. Aun no compartiendo la denominada, y ya explicada anteriormente, «teoría de la provisión» y sosteniendo, como veremos más adelante la naturaleza extracambiaria de este remedio procesal no debería representar ningún obstáculo para la asunción de esta posible responsabilidad el hecho de que el librado no tenga asumida ninguna obligación cambiaria porque el fundamento de una reclamación de este tipo no radica en esta clase de responsabilidad sino, como afirma Logendio³⁶, «en la imposición por el Derecho de una especial sujeción a la reclamación del tenedor perjudicado de quien hubiese resultado enri-

³⁵ G. J. Jiménez Sánchez, «Acción causal y acción de enriquecimiento», *op. cit.*, pág. 27

³⁶ I. Logendio Osborne, «La acción de enriquecimiento contra un endosante», *op. cit.*, pág. 670.

quecido con los fondos, valor o importe destinados a la atención del efecto», hipótesis que es fácil que se produzca a favor del sujeto mencionado.

Pero analicemos el supuesto que llama más la atención en este tema, nos referimos al tema de la denominada legitimación pasiva del endosante sobre el que, como ya hemos apuntado anteriormente, polemizó largamente la doctrina. En contra de que la Ley Cambiaria lo incluyera se manifestaba la mayoría de la doctrina, pero Paz Arés³⁷, apartándose de esta línea, planteó, ya en 1982, la necesidad de que se considerara a este sujeto cambiario como posible demandado de la acción que estamos analizando, al enumerar supuestos efectivos de su enriquecimiento. Nos interesa analizarlos, pues parece que el legislador los tuvo en cuenta al redactar el artículo 65, ya que en él se menciona expresamente al endosante como uno de aquellos contra los que puede dirigirse un proceso por enriquecimiento. Veámoslos:

- En primer lugar el endosante será sujeto pasivo en todos los supuestos en los que material o económicamente aparezca en una posición de punta, es decir, en los que sea auténtico creador del título. Esto sucede, por ejemplo, cuando el endosante sea favorecido de una letra de favor que descuento y el librador asuma el papel de mero favorecedor. Si este endosante, tras descontar el título lo cobrara, a través de un pago voluntario hecho por el librado, su deudor *ex causa*, sería el posible demandado al hallarse en descubierto del valor de la cambial.
- En segundo lugar, el autor citado considera el supuesto del endosante que recibe la valuta de su endosatario cuando el mismo ni ha dado ni debe nada a los obligados anteriores o lo da y más tarde lo recupera³⁸.
- Finalmente, el enriquecimiento del endosante era admitido, incluso por aquellos autores que lo negaban de forma general, en los casos en los que este sujeto fuese cesionario de la provisión. Así Logendio y Jiménez Sánchez³⁹, analizando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1981, afirman que el endosante podía resultar demandado por este remedio procesal cuando por cualquier motivo tuviera en su poder la provisión, lo que sólo sucedía en el caso de cesión de la misma o de subrogación en la titularidad activa de las vinculaciones jurídicas derivadas de las relaciones subyacentes al libramiento.

¿Nace el Derecho a la acción por perjuicio o también por prescripción?

Como ya vimos el texto del Anteproyecto de 1980 consideraba que la posibilidad de la acción de enriquecimiento nacía cuando la obligación cambiaria se

³⁷ C. Paz Arés, «La responsabilidad cambiaria derivada...», *op. cit.*, págs. 463 y ss.

³⁸ C. Paz Arés, «El deudor de la letra perjudica», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 171, enero-marzo 1984, págs. 89 y ss.

³⁹ Y. Logendio Osborne, «La acción de enriquecimiento contra un endosante», *op. cit.*, pág. 673; G. J. Jiménez Sánchez, «Reflexiones sobre la acción de enriquecimiento», *op. cit.*, pág. 435.

hubiese extinguido por «prescripción o bien por la omisión de los datos exigidos por la Ley para la conservación de los Derechos que derivan del título». Sin embargo, el texto actual del artículo 65 circunscribe el presupuesto del nacimiento de la acción únicamente al segundo de los supuestos mencionados, es decir, a la «extinción de la obligación cambiaria por omisión de los actos exigidos por la Ley para la conservación de los Derechos que derivan del título». En un principio parece que la Ley se decanta por admitir ese único supuesto, lo cual no traería mayores consecuencias al ser una elección de política legislativa, pero la incoherencia se produce porque anteriormente el precepto que analizamos menciona al aceptante como posible demandado, planteándonos la cuestión de cómo es posible que la acción se dirija contra este sujeto si sólo la hace surgir la caducidad y el aceptante responde siempre con independencia del perjuicio de la cambial.

Para hallar una solución a esta incógnita hemos de llevar a cabo una interpretación conjunta de todo el precepto, tarea que ha sido realizada por la doctrina que concluye que la Ley española contempla no sólo el perjuicio, sino también la prescripción entre las causas que, al determinar la extinción de la obligación cambiaria, son susceptibles de dar lugar a la situación de enriquecimiento cuya corrección corresponde al remedio extremo configurado por el artículo 65. Así lo afirma Jiménez Sánchez⁴⁰ cuando afirma «si el supuesto de pérdida de la acción cambiaria corregible con el recurso fundado en el enriquecimiento fuese sólo el derivado del perjuicio, al no producirse éste en ningún caso respecto del aceptante, nunca cabría pensar en la necesidad de considerar su figura en el número de aquellos a quienes ha de reclamarse por una vía última y excepcional una satisfacción no obtenible por cauces normales en Derecho». Aurelio Menéndez⁴¹ tras señalar que otros ordenamientos, como el alemán o el suizo, mencionan expresamente a la prescripción, realiza una interpretación integradora del artículo 65 y puntualiza que como la acción directa no está sometida al levantamiento del protesto y, por tanto, no puede extinguirse «por la omisión de los actos exigidos por la Ley» la alusión del precepto al aceptante como posible sujeto pasivo de la acción se debe a que el legislador «considera como posible el ejercicio de la acción de enriquecimiento cuando la pérdida de las cambiarias obedezca a prescripción y no sólo a caducidad, pues frente al aceptante la acción cambiaria no caduca». En este mismo sentido se pronuncia la mayoría de la doctrina mercantilista, entre ellos el profesor Broseta⁴² y Uría⁴³.

Quizá en esta interpretación que estamos haciendo, y forzando el argumento al límite, podíamos concluir que cuando el precepto alude a «otros actos exigidos por la Ley» se está refiriendo también a la obligación del tenedor de no dejarse prescribir el título ejercitando las acciones cambiarias en los plazos que señala el

⁴⁰ G. J. Jiménez Sánchez, «Acción causal y acción de enriquecimiento», *op. cit.*, pág. 25.

⁴¹ A. Menéndez Menéndez, «Derecho cambiario...», *op. cit.*, pág. 693.

⁴² M. Broseta Pont, *Manual de Derecho mercantil*, 9.^ª ed., Editorial Tecnos, 1991, pág. 659.

⁴³ R. Uría, *Derecho mercantil*, 20.^ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 930.

artículo 88, con lo que tendríamos incluida la prescripción, como presupuesto de ejercicio, incluso dentro de la propia Ley.

Naturaleza Jurídica

Para finalizar analizaremos ahora si la acción de enriquecimiento es de naturaleza cartacea o extracartular partiendo de que la polémica sobre este tema es tan amplia que la mayoría de la doctrina ni siquiera se refiere a ella con el vocablo «acción» denominándola, por el contrario, «recurso último y final», «recurso *in extremis*», «mecanismo corrector», «remedio procesal» o «derecho *sui generis*» y son pocos los autores⁴⁴ que se atreven a afirmar que es una acción derivada de la letra, aunque no cambiaria.

Como acabamos de apuntar en este tema la mayoría de los autores, y nosotros con ellos, se decantan por defender la naturaleza extracambiaria de remedio que regula el artículo 65 por las siguientes razones.

1. Desde un punto de vista puramente gramatical la Ley Cambiaria distingue entre la acción de enriquecimiento y la «acción cambiaria» en sentido estricto al configurar la pérdida de esta última como requisito constitutivo de la posibilidad de ejercicio de aquella, así lo afirma Jiménez Sánchez⁴⁵.
2. Una segunda razón la encontramos en el distinto plazo de prescripción que para ambas clases prevee la Ley y en su distinta causa pretendí pues en el caso de la acción de enriquecimiento, ésta no va a ser como afirma Broseta⁴⁶, la existencia de una obligación previa sino el enriquecimiento injusto o sin causa. En efecto, como sostiene Uría⁴⁷, el que los legitimados pasivos sean sujetos cambiarios no tiene nada de especial, ya que la razón de su legitimación no es esa sino la posibilidad de que se enriquezcan injustamente en perjuicio del tenedor.
3. En tercer lugar para diferenciar ambos tipos de acciones baste con observar que la acción de enriquecimiento no está dotada de la ejecutividad propia de las cartulares.

Pero como ocurre en toda cuestión polémica, y pese a que la postura que mantenemos es la mayoritaria, no faltan autores como Aurelio Menéndez⁴⁸ que sostienen que se trata de un «*tertium genus* que se alinea entre las cambiarias y las causales» y otros, y de entre ellos el más significativo Paz Arés⁴⁹ que defienden abiertamente su naturaleza cartacea afirmando que «la acción de enriquecimiento es un residuo de la acción cambiaria originaria». El principal argumento que esgrimen los tratadistas que defienden esta postura se basa en la condición de

⁴⁴ Carrigues, *Tratado de Derecho mercantil*, vol. II, Madrid, 1955.

⁴⁵ G. J. Jiménez Sánchez, «Acción causal y acción de enriquecimiento», *op. cit.*, pág. 27.

⁴⁶ M. Broseta Pont, «Manual de...», *op. cit.*, pág. 669.

⁴⁷ R. Uría, «Derecho mercantil», *op. cit.*, pág. 930.

⁴⁸ A. Menéndez Menéndez, «Derecho cambiario...», *op. cit.*, pág. 701.

⁴⁹ C. Paz Arés, «La responsabilidad cambiaria derivada...», *op. cit.*, págs. 477 y ss.

sujetos cambiarios de los legitimados pasivos y ya lo hemos rebatido. Haremos ahora lo mismo con el otro de los pilares en que basan su construcción, pues según el autor citado la acción tiene origen cartular porque el *quantum* de la reclamación debe ser exactamente el importe literal de la letra, pero, como ya hemos visto el *petititum* lo constituye el enriquecimiento que debe ser probado por el actor y que determinará la cantidad reclamable en cada caso cuyo límite máximo será el valor por el que se giró el título pero que evidentemente puede ser inferior. Con esta aseveración se destruye la tesis antes citada reforzando la que nosotros mantene-
mos.

BIBLIOGRAFÍA

- Broseta Pont, M: *Manual de Derecho Mercantil*; Editorial Tecnos, 9.ª ed., 1991.
- Cunat Edo, V: «El artículo 1.170 del Código Civil y su aplicación a la entrega de letras de cambio»; *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 127, 1973, pág. 89 y ss.
- Garrigues, J: *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid, 1955.
- Jiménez Hernández, J. I: *De la letra de cambio y del cheque*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1981.
- Jiménez Sánchez, G. J: «Reflexiones sobre la acción de enriquecimiento ante un proyecto de reforma del Derecho cambiario español», *Estudios homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, págs. 409 y ss.
- Jiménez Sánchez, G. J: «Acción causal y acción de enriquecimiento», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 38, 1987, págs. 7 y ss.
- Logendio Osborne, I: «El perjuicio de la letra y la obligación del aceptante», *Revista de Derecho Privado*, 1980, págs. 609 y ss.
- Logendio Osborne, I: «La acción de enriquecimiento contra un endosante», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 11, julio-septiembre 1983, págs. 663 y ss.
- Martí Sánchez, J. N: «La llamada “cesión de la provisión” en el Derecho cambiario español», *La Ley*, 1986-2, págs. 1.094 y ss.
- Menéndez Menéndez, A: *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Editorial Cívitas, Madrid, 1980.
- Mossa, L: *Trattato della cambiale*. Padova, 1956.
- Paz Arés, C: «La responsabilidad cambiaria derivada de la letra perjudicada (observaciones críticas sobre la acción de enriquecimiento)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 259, 1982, págs. 440 y ss.
- Paz Arés, C: «El deudor de la letra perjudicada», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 171, enero-marzo 1984, págs. 79 y ss.
- Polo Díez, V: «Reflexiones sobre la reforma del Ordenamiento Jurídico Mercantil», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 552 y ss.
- Rubio: *Derecho Cambiario*, Madrid, 1973.
- Sánchez Calero, F: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Revista de Derecho Privado, 17.ª ed., 1994.
- Uría, R: *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 20.ª ed., Madrid, 1993.